

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zwischen  
unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und  
sozialer Gestaltungspflicht“

Eine grundlegende Auseinandersetzung mit der Bestimmung des

§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG

Mag.<sup>a</sup> Julia Hutter

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Juni 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal



## **Vorwort**

Die Idee für das vorliegende Dissertationsvorhaben hat sich während meiner Tätigkeit als Universitätsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien ergeben. An dieser Stelle danke ich meinem Betreuer Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal, der meine wissenschaftliche Arbeit immer gefördert, mir aber gleichzeitig auch den notwendigen Freiraum für eigenständige wissenschaftliche Tätigkeit eröffnet, und damit insgesamt wesentlich zu meiner fachlichen und persönlichen Entwicklung beigetragen hat. Gleichermaßen danken möchte ich ao.Univ.-Prof. Dr. Martin Risak für seine ständige Bereitschaft zur fachlichen Diskussion und seine vielen konstruktiven Anmerkungen, ebenso wie seine freundschaftlichen Ratschläge während des Entstehens dieser Dissertation.

Aufrichtiger Dank gebührt auch meinem Partner Wolfgang, der mir unentwegt und geduldig zur Seite gestanden und auf diese Weise einen unschätzbaren Beitrag zu der vorliegenden Arbeit geleistet hat. Ebenso bedanke ich mich bei meiner Familie, die meine Interessen stets gefördert und mir durch ihre Unterstützung meine Ausbildung ermöglicht hat. Besonders zu danken gilt es schließlich meinen Freundinnen Sandra und Christiane, die mir nicht nur durch ihre Unterstützung beim Korrekturlesen, sondern vor allem auch durch ihren unermüdlichen Zuspruch und die vielen aufmunternden Worte den Weg zum Abschluss meiner Dissertation erheblich erleichtert haben.

Wien, im Juni 2012

Julia Hutter



# Inhaltsverzeichnis

<b>VORWORT</b> .....	<b>I</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>III</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>VII</b>
<b>1. KAPITEL: EINLEITENDE BEMERKUNGEN ZUM UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND</b> .....	<b>1</b>
1.1. EINGRENZUNG DER PROBLEMSTELLUNG UND ZIELSETZUNG .....	1
1.2. AUFBAU UND GANG DER UNTERSUCHUNG .....	3
1.3. VERGLEICHBARKEIT DES § 105 ABS 3 Z 2 LIT B ARBVG MIT § 1 II DTKSCHG 1969 .....	4
1.4. EXKURS: DIE AUSWIRKUNGEN VON KÜNDIGUNGSSCHUTZREGELUNGEN AUF DEN ARBEITSMARKT – RECHTSÖKONOMISCHE ASPEKTE .....	7
1.4.1. Einleitende Bemerkungen .....	7
1.4.2. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Arbeitnehmermotivation .....	10
1.4.3. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Bereitschaft zu Investitionen in Humankapital .....	12
1.4.4. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf das Einstellungsverhalten von Arbeitgebern .....	12
1.4.4.1. Erhöhung der Kostenbelastung und subjektive Wahrnehmung des Kündigungsschutzes als maßgebliche Faktoren .....	12
1.4.4.2. Negative Auswirkungen auf das Einstellungsverhalten .....	14
1.4.5. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Arbeitslosigkeit, die Erwerbsbeteiligung sowie die Arbeitsmarktdynamik .....	16
1.4.6. Schlussfolgerungen und Flexibilisierungstendenzen .....	18
<b>2. KAPITEL: HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES SCHUTZES VOR SOZIALWIDRIGER KÜNDIGUNG</b> .....	<b>21</b>
2.1. ALLGEMEINE ANMERKUNGEN .....	21
2.2. DER SCHUTZ VOR SOZIALWIDRIGER KÜNDIGUNG NACH DEM ERSTEN WELTKRIEG .....	22
2.2.1. Der Kündigungsschutz des § 3 Z 9 BRG 1919 .....	22
2.2.2. Der Kündigungsschutz der §§ 84 ff dtBRG 1920 .....	22
2.2.2.1. Gesetzliche Ausgestaltung des Kündigungsschutzes .....	22
2.2.2.2. Die Demobilmachungsverordnung vom 12.2.1920 .....	24
2.2.2.3. Rechtsprechung und Literatur zu § 84 Z 4 dBRG .....	25
2.3. DER SCHUTZ VOR SOZIALWIDRIGER KÜNDIGUNG IN DER ZEIT DES NATIONALSOZIALISMUS .....	29
2.3.1. Der Kündigungsschutz der §§ 56 ff AOG .....	29
2.3.2. Rechtsprechung und Literatur zu § 56 AOG .....	31
2.4. DER SCHUTZ VOR SOZIALWIDRIGER KÜNDIGUNG NACH DEM ZWEITEN WELTKRIEG .....	33
2.4.1. Der Kündigungsschutz nach § 25 BRG 1947 .....	33
2.4.2. Rechtsprechung und Literatur zu § 25 Abs 4 BRG 1947 .....	35

2.5. ABSCHLIEBENDE BEMERKUNGEN.....	39
<b>3. KAPITEL: DIE UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT IM SPIEGEL DER RECHTSPRECHUNG ZUR BETRIEBSBEDINGTEN KÜNDIGUNG.....</b>	<b>41</b>
3.1. DIE UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT IN DER RECHTSPRECHUNG DES VWGH .....	41
3.2. DIE UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT IN DER RECHTSPRECHUNG DES OGH .....	47
3.3. WÜRDIGUNG DER HÖCHSTGERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNGSPRAXIS ZUM GRUNDSATZ DER UNTERNEHMERISCHEN ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT .....	58
<b>4. KAPITEL: DOGMATISCHE GRUNDLAGEN DER „FREIEN“ UNTERNEHMERISCHEN ENTSCHEIDUNG .....</b>	<b>61</b>
4.1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN.....	61
4.2. VERFASSUNGSRECHTLICHE ASPEKTE DES FREIEN UNTERNEHMERISCHEN HANDELNS .....	62
4.2.1. <i>Der Grundrechtsschutz des Arbeitgebers als Unternehmer.....</i>	62
4.2.1.1. Eigentumsfreiheit und Privatautonomie .....	62
4.2.1.2. Die Erwerbs(ausübungs)freiheit .....	64
4.2.2. <i>Der Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer .....</i>	65
4.2.3. <i>Der Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen durch die einfache Gesetzgebung.....</i>	69
4.3. DER KÜNDIGUNGSSCHUTZ ALS EINFACHGESETZLICHER AUSGLEICH KOLLIDIERENDER GRUNDRECHTSPOSITIONEN.....	71
4.3.1. <i>Einleitende Bemerkungen.....</i>	71
4.3.2. <i>Freies unternehmerisches Handeln und die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG.....</i>	72
4.3.3. <i>Freies unternehmerisches Handeln und das Mitbestimmungskonzept des ArbVG.....</i>	74
4.3.4. <i>Verfassungskonforme Interpretation des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG.....</i>	78
4.3.5. <i>Fehlende Justiziabilität der Sinnhaftigkeit der unternehmerischen Entscheidung .....</i>	81
4.3.6. <i>Zusammenfassung und Schlussfolgerung.....</i>	83
<b>5. KAPITEL: DIE „FREIE“ UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNG ISD ALLGEMEINEN KÜNDIGUNGSSCHUTZES – INHALT UND GRENZEN.....</b>	<b>85</b>
5.1. DIE „FREIE“ UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG – EINE BESTANDSAUFNAHME.....	85
5.1.1. <i>Der Meinungsstand in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung .....</i>	85
5.1.2. <i>„Freie“ Unternehmerentscheidung und Differenzierung zwischen inner- und außerbetrieblichen Gründen in der Rechtsprechung des BAG .....</i>	89
5.2. „FREIE“ UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG UND „BETRIEBLICHE ERFORDERNISSE“ .....	92
5.2.1. <i>Die „freie“ Unternehmerentscheidung als normativer Begriff .....</i>	92
5.2.2. <i>Die Kündigungsentscheidung als „freie“ unternehmerische Entscheidung? .....</i>	93
5.2.3. <i>Die „betrieblichen Erfordernisse“ iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG.....</i>	94
5.2.3.1. <i>Das Grundkonzept des Schutzes vor sozialwidriger Kündigung .....</i>	94
5.2.3.2. <i>Unterscheidung zwischen Entscheidungs- und Organisationsebene .....</i>	95
i) <i>„Betriebliche“ Erfordernisse als Anknüpfung an die Organisationsebene .....</i>	95
ii) <i>Unterscheidung zwischen Arbeitsvolumen und Beschäftigungsmöglichkeit.....</i>	96

iii) Wegfall des Arbeitsplatzes als Voraussetzung für das Vorliegen betrieblicher Erfordernisse.....	98
5.2.3.3. Die Organisationshoheit des Arbeitgebers.....	100
5.2.4. Die „freie“ Unternehmerentscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes .....	101
5.3. DARLEGUNG DER „FREIEN“ UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG IM KÜNDIGUNGSSCHUTZVERFAHREN .....	101
5.3.1. Die Kündigung als Folge der „freien“ Unternehmerentscheidung.....	101
5.3.2. Gedankliche Trennung zwischen der „freien“ Unternehmerentscheidung und der Kündigung als deren Folge .....	102
5.4. EXKURS: DIE „FREIE“ UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG UND DIE BEDEUTUNG VON KOSTENASPEKTEN – EINE „EMOTIONSGELADENE FRAGE“ .....	104
5.4.1. Die Erzielung einer Kostenersparnis als Motiv der unternehmerischen Entscheidung .....	105
5.4.2. Die „freie“ Unternehmerentscheidung in hochrentablen Unternehmen.....	110
5.5. DIE GRENZEN DER „FREIEN“ UNTERNEHMERISCHEN ENTSCHEIDUNG .....	113

## **6. KAPITEL: FALLKONSTELLATIONEN DER „FREIEN“ UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG ISD ALLGEMEINEN KÜNDIGUNGSSCHUTZES .....**

6.1. EINLEITENDE ANMERKUNGEN UND DENKBARE SYSTEMATISIERUNGSANSÄTZE .....	119
6.2. WEGFALL DER BESCHÄFTIGUNGSMÖGLICHKEIT INFOLGE DER EINSCHRÄNKUNG DER UNTERNEHMERISCHEN TÄTIGKEIT .....	121
6.2.1. Einschränkung der unternehmerischen Tätigkeit nach Inhalt und Umfang.....	121
6.2.2. Sonderfall: Auslagerung einer bislang intern besorgten Tätigkeit.....	124
6.3. WEGFALL DER BESCHÄFTIGUNGSMÖGLICHKEIT BEI UNVERÄNDERTER UNTERNEHMERISCHER TÄTIGKEIT.....	131
6.3.1. Effizienzsteigerung durch technische oder prozessbezogene Maßnahmen.....	131
6.3.2. Effizienzsteigerung durch Umstrukturierung oder Veränderung der Arbeitsplatzorganisation ....	133
6.3.3. Effizienzsteigerung durch Verdichtung der Leistungserbringung .....	135
6.4. EXKURS: „SCHLICHTE“ REDUKTION DER PERSONALKOSTEN ALS „FREIE“ UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNG? .....	140
6.4.1. Problemstellung und einleitende Bemerkungen zur Änderungskündigung .....	140
6.4.2. Der Meinungsstand zur Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung .....	143
6.4.3. Die Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung in der Rspr des BAG.....	146
6.4.4. Die Reduktion der Personalkosten als „atypische“ Unternehmerentscheidung.....	148
6.5. EXKURS: DER AUSTAUSCH VON ARBEITNEHMERN ALS „FREIE“ UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNG? .....	152
6.5.1. Problemstellung und einleitende Bemerkungen zum Meinungsstand.....	152
6.5.2. Austausch aufgrund der Qualifikation des Arbeitnehmers .....	155
6.5.3. Austausch gegen einen günstigeren Arbeitnehmer .....	159
6.5.4. Sonderfall: Austausch von Stammarbeitnehmern gegen überlassene Arbeitskräfte – zulässige unternehmerische Entscheidung oder unzulässige Austausch Kündigung? .....	161
6.5.5. Zusammenfassende Anmerkungen .....	166

## **7. KAPITEL: DOGMATISCHE GRUNDLAGE UND INHALT DER SOZIALEN GESTALTUNGSPFLICHT.....**

7.1. EINLEITENDE BEMERKUNGEN .....	169
------------------------------------	-----

7.2. DOGMATISCHE GRUNDLAGE DER SOZIALEN GESTALTUNGSPFLICHT .....	170
7.2.1. <i>Denkbare Begründungsansätze – der Meinungsstand</i> .....	170
7.2.2. „BETRIEBLICHE ERFORDERNISSE“ ALS DOGMATISCHE GRUNDLAGE DER SOZIALEN GESTALTUNGSPFLICHT	172
7.2.2.1. Herleitung der sozialen Gestaltungspflicht aus der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG .....	172
7.2.2.2. Soziale Gestaltungspflicht als Resultat der gesetzlich angeordneten „Erforderlichkeitsprüfung“ .....	173
7.2.3. <i>Rechtsnatur der sozialen Gestaltungspflicht als Obliegenheit</i> .....	175
7.3. INHALT UND AUSPRÄGUNGEN DER SOZIALEN GESTALTUNGSPFLICHT.....	176
7.3.1. <i>Der Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung</i> .....	176
7.3.2. <i>Allgemeine Überlegungen zur Eingrenzung der sozialen Gestaltungspflicht</i> .....	179
7.3.2.1. Die betriebliche Organisationsstruktur als absolute Grenze der sozialen Gestaltungspflicht .....	179
7.3.2.2. Sonstige Einschränkungen.....	182
7.3.3. <i>Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz</i> .....	183
7.3.3.1. Einleitende Überlegungen .....	183
7.3.3.2. Weiterbeschäftigung auf einem freien/besetzten Arbeitsplatz? .....	184
i) Weiterbeschäftigung durch „Freimachen“ von Arbeitsplätzen?.....	184
ii) Weiterbeschäftigung durch den Abbau von überlassenen Arbeitskräften .....	187
7.3.3.3. Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz.....	189
i) Die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz .....	189
ii) Weiterbeschäftigung auf einem „gleichwertigen“ Ersatzarbeitsplatz.....	191
iii) Weiterbeschäftigung bei Bestehen mehrerer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten .....	196
7.3.3.4. Exkurs: Weiterbeschäftigung durch Abbau von Überstunden?.....	197
7.4. DIE ORGANISATORISCHE REICHWEITE DER SOZIALEN GESTALTUNGSPFLICHT .....	199
7.4.1. <i>Der Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung</i> .....	199
7.4.2. <i>Der Betrieb als Grenze der sozialen Gestaltungspflicht</i> .....	201
7.4.3. „Betriebsübergreifende“ soziale Gestaltungspflicht als Ausnahme .....	205
7.4.3.1. Denkbare Konstellationen einer Erweiterung.....	205
7.4.3.2. Dogmatischen Grundlagen einer Erweiterung auf die Unternehmensebene.....	205
7.4.3.3. Kritische Würdigung und Überlegungen zu einer möglichen Erweiterung .....	207
7.4.3.4. Probleme der Erweiterung auf die Konzernebene .....	209
<b>8. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE .....</b>	<b>215</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>225</b>
<b>ANHANG .....</b>	<b>241</b>
KURZBESCHREIBUNG DER ARBEIT.....	241
ABSTRACT .....	243
LEBENS LAUF.....	245

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg	allgemein(e,er,es)
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR	Arbeitsrecht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRPrax	Arbeitsrechtspraxis
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD-Betriebsdienst
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
Aufl	Auflage
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
AuR	Arbeit und Recht – Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz

B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BefristungsRL	Befristungsrichtlinie
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BRG	Betriebsrätegesetz
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders	derselbe
dgl	dergleichen
dh	das heißt
div	diverse(s)
DRdA	Das Recht der Arbeit
dt	deutsch(e, er, es)
dtBRG	Betriebsrätegesetz (Deutschland)
dtKSchG	Kündigungsschutzgesetz (Deutschland)
E	Entscheidung
EA	Einigungsamt
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Erk	Erkenntnis
Erl	Erlass
Erläut	Erläuterungen
ErlB	Erläuternde Bemerkungen

ErlRV	Erläuternde Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EvBl	Evidenzblatt
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f	und der/die Folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht, Zeitschrift für die beratende und die gerichtliche Praxis
ff	und die Folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemeint
GewO 1859	Gewerbeordnung 1859
GG	Grundgesetz
ggf	gegebenenfalls
ggü	gegenüber
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GO	Geschäftsordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
gs	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
Handkomm	Handkommentar
HK-ArbR	Handkommentar zum Arbeitsrecht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne

idZh	in diesem Zusammenhang
ieS	im enge(re)n Sinn
iHv	in Höhe von
Infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZhm	in Zusammenhang mit
iZw	im Zweifel
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
Jud	Judikatur
JZ	Juristenzeitung
Komm	Kommentar
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
krit	kritisch (e, r, s)
KSchR	Kündigungsschutzrecht
KVG	Kollektivvertragsgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
lit	litera
Lit	Literatur
lt	laut
Mat	Materialien
maW	mit anderen Worten
max	maximal
mE	meines Erachtens
MEntw	Ministerialentwurf
mind	mindestens
MittAB	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
mN	mit Nachweisen
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift

Nov	Novelle
Nr	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
oä	oder Ähnliches
OECD	Organisation für Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
österr	österreichisch(e, er, es)
RABI	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAM	Reichsarbeitsministerium
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sE	seines Erachtens
Slg	Sammlung
sog	sogenannt(e, er, es)
StGB	Strafgesetzbuch
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte und Pflichten der Staatsbürger
StProt	stenographische(s) Protokoll(e)
stRspr	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungsachen
tw	teilweise

uä	und ähnliche(s)
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UN	United Nations Organisation / Vereinte Nationen
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uvm	und viele mehr
va	vor allem
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge
vgl	vergleiche
Vorbem	Vorbemerkungen
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
wg	wegen
WiPolBl	Wirtschaftspolitische Blätter
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
Z	Ziffer
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZASB	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Judikaturbeilage
zB	zum Beispiel
ZellKomm	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfVB	Zeitschrift für Verwaltung
zit	zitiert
Zl	Zahl
ZPMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil
zust	zustimmend
zw	zwischen

(Hier nicht angeführte Zitate folgen *Friedl/Loebenstein*, AZR, 6. Auflage (2008))

Hinweis:

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die durchgängige Verwendung beider Geschlechter verzichtet. Die Verwendung männlicher Formen für personenbezogene Bezeichnungen bezieht sich in gleicher Weise auf die weiblichen Entsprechungen (und umgekehrt).



# 1. Kapitel: Einleitende Bemerkungen zum Untersuchungsgegenstand

## 1.1. Eingrenzung der Problemstellung und Zielsetzung

Der allgemeine Kündigungsschutz schränkt die Freiheit des Arbeitgebers zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu Gunsten der Arbeitnehmer ein. Gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist die Kündigung eines wesentlich in seinen Interessen beeinträchtigten Arbeitnehmers nur dann zulässig, wenn sie durch Gründe in dessen Person oder Verhalten oder aber durch „betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen“ bedingt ist. Nach hM liegen solche betrieblichen Erfordernisse dann vor, wenn im gesamten Betrieb kein Bedarf mehr für den betreffenden Arbeitnehmer besteht und dem Arbeitgeber keine andere Möglichkeit zur Verfügung steht, diesen weiterzubeschäftigen.<sup>1</sup> Auch wenn dieser Ansatz auf den ersten Blick durchwegs überzeugend erscheint, vermag er bei genauerer Betrachtung doch nicht über die Fülle an Unklarheiten hinwegzutäuschen, die in diesem Bereich nach wie vor bestehen. Allen voran drängt sich in diesem Zusammenhang insb die Frage auf, inwiefern durch die gesetzliche Einschränkung der Beendigungsfreiheit, die – und das kann an dieser Stelle unzweifelhaft festgehalten werden – einen Bestandteil der Autonomie des Arbeitgebers zur unternehmerischen Betätigung als solche darstellt, auch dessen Freiheit zur Gestaltung und Führung seines Unternehmens eingeschränkt wird und damit auch die der Kündigung vorausgehenden unternehmerischen Dispositionen einer Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens unterworfen werden.

Der OGH<sup>2</sup> hat diesbezüglich wiederholt festgehalten: „*Hinsichtlich der **wirtschaftlichen Führung** des Betriebes hat [...] der Betriebsinhaber **uneingeschränkte Freiheit**, es trifft ihn durch den § 105 ArbVG keine wirtschaftliche, insb produktionstechnische Gestaltungspflicht im Betrieb. Wohl aber trifft den Arbeitgeber eine **Gestaltungspflicht**, soweit dies **soziale Gesichtspunkte** der Arbeitnehmer des Betriebes verlangen. Soziale Interessen der Arbeitnehmer sind zu berücksichtigen. So hat der Betriebsinhaber trotz Einschränkung des Betriebes oder Stilllegung einer Betriebsabteilung oder trotz Rationalisierungsmaß-*

---

<sup>1</sup> Vgl zB OGH 28.10.1986, 2 ObA 554/86; *Floretta*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 638; *Karl*, Kündigung mwN auf Rspr und Lehre.

<sup>2</sup> IdS erstmals OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; vgl zB auch OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 10.6.1998, 9 ObA 19/98d; OGH 12.1.2000, 9 ObA 289/99m; OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g.

*nahmen alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherigen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen.*“ Mit diesen Ausführungen hat der Gerichtshof jene beiden Topoi angesprochen, die zwischenzeitig zu einem festen Bestandteil der höchstgerichtlichen Rspr zum Schutz des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung nach § 105 ArbVG geworden sind: die unternehmerische Entscheidungsfreiheit einerseits und die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers andererseits.

Im Schrifttum ist der in der höchstgerichtlichen Rspr immer wieder betonte Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auf einen breiten Grundkonsens gestoßen.<sup>3</sup> In Bezug auf seine dogmatischen Grundlagen ebenso wie hinsichtlich der exakten Grenzziehung zwischen den der Justiziabilität entzogenen „freien“ Gestaltungsspielräumen und jenem Bereich, der bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Kündigung sehr wohl einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist, hüllt man sich jedoch in (mitunter betretenes) Schweigen. Demgegenüber hat die den Arbeitgeber im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes treffende soziale Gestaltungspflicht in Lehre und Rspr deutlich mehr Aufmerksamkeit erfahren, sodass in diesem Zusammenhang grundsätzlich auf ein breites und durchwegs differenzierendes Spektrum an höchstgerichtlicher Rspr und literarischen Anmerkungen zurückgegriffen werden kann. Allerdings sind auch die in Bezug auf die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers im arbeitsrechtlichen Diskurs vorzufindenden Auseinandersetzungen vorwiegend auf spezifische Einzelfragen oder Detailprobleme bezogen,<sup>4</sup> sodass auch in diesem Bereich diverse rechtliche Fragestellungen unbeantwortet geblieben sind und eine grundlegende und umfassende Auseinandersetzung jedenfalls ihre Berechtigung findet.

Ziel der vorliegenden Dissertation ist es, die Topoi der „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ und der „sozialen Gestaltungspflicht“ grundlegend und in all ihren Facetten zu beleuchten, sie ein- und gleichzeitig auch voneinander abzugrenzen, bestehende Literatur- und Judikaturmeinungen aufzuarbeiten, zu systematisieren und einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen, sowie sachgerechte Lösungsansätze für die unterschiedlichsten damit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen zu entwickeln. IdS wird die nachfolgende Auseinandersetzung bewusst auf den Kündigungsrechtfertigungsgrund

---

<sup>3</sup> Vgl zB *Kuderna*, ZAS 1975, 9 (15); *Floretta*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 638 f; *Mayer-Maly*, WBI 1988, 388 (388 ff); *Grillberger*, WBI 1990, 7 (11 f); *Tomandl*, Kündigung 62 ff; *Karl*, Kündigung 126 ff; *Gahleitner*, in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 46; *Tinhofer*, in Mazal/Risak, XVIII Rz 56; *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 188.

<sup>4</sup> Bislang haben sich nur wenige Autoren grundlegend und umfassend mit der sozialen Gestaltungspflicht befasst; so aber *Tomandl*, Kündigung, 52 ff; *Tinhofer*, Kündigung 99; und *Pircher*, JBI 2001, 694.

der objektiven Betriebsbedingtheit nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG begrenzt. Auf eine Auseinandersetzung mit der für die Anfechtung einer Kündigung wegen Sozialwidrigkeit in einem ersten Schritt zu fordernden „wesentlichen Interessenbeeinträchtigung“ wird demgegenüber ebenso verzichtet wie auf die Erläuterung der in § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG normierten subjektiven Betriebsbedingtheit. Auch auf die in § 105 Abs 3c ArbVG normierte Regelung über die Durchführung eines Sozialvergleichs und die – zumindest nach stRspr<sup>5</sup> des OGH – durchzuführende abschließende Interessenabwägung wird nur soweit eingegangen, als dies für die Ab- und Eingrenzung der beiden Topoi notwendig ist. Die grundlegende Aufarbeitung dieser Themenkreise würde den Rahmen der gegenständlichen Untersuchung sprengen und muss daher einer separaten Auseinandersetzung vorbehalten bleiben.

## **1.2. Aufbau und Gang der Untersuchung**

Der soeben erläuterten Zielsetzung versucht die Untersuchung durch folgenden Aufbau gerecht zu werden:

Für den Einstieg in die Thematik findet sich in Kapitel 2 zunächst ein geschichtlicher Abriss des Schutzes des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung. Ziel ist es, die Ursprünge der im Zentrum dieser Arbeit stehenden Topoi zu erforschen und deren historische Entwicklung über mehrere Gesetzesfassungen hinweg nachzuzeichnen.

Die Kapitel 3 bis 6 sind sodann der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes gewidmet. Zur Veranschaulichung der Problemstellung wird dabei zunächst die höchstgerichtliche Entscheidungspraxis analysiert, wobei neben der Rspr des OGH auch jene des VwGH, als bis zum Inkrafttreten des ASGG mit 1.1.1987 für die Entscheidung über betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten zuständiges Höchstgericht aufgearbeitet werden soll (Kapitel 3). Im Anschluss daran wird nach den dogmatischen Grundlagen des unternehmerischen Ermessens gefragt (Kapitel 4). Dabei werden in einem ersten Schritt die in diesem Zusammenhang bestehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben analysiert. In weiterer Folge wird diskutiert, inwiefern diese durch die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG aber auch durch andere Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts eine Ausgestaltung im einfachen Ge-

---

<sup>5</sup> ZB OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88; OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; OGH 2.3.2007, 9 ObA 78/06w.

setzesbestand erfahren haben. Auf den dogmatischen Grundlagen aufbauend soll in Kapitel 5 schließlich die inhaltliche Reichweite der unternehmerischen Gestaltungsspielräume im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes ausgemacht werden. Dabei wird der Versuch einer generellen Eingrenzung der „freien“ Unternehmerentscheidung als die der Kündigung vorausgehende und damit der Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte entzogene Disposition des Arbeitgebers unternommen. Durch Bildung von Fallgruppen werden anschließend in Kapitel 6 die verschiedenen Ausprägungen und Erscheinungsformen der „freien“ unternehmerischen Disposition erfasst, bevor in einem letzten Schritt die Grenzen des unternehmerischen Ermessens des Arbeitgebers abzustecken sind.

In Kapitel 7 erfolgt schließlich eine Auseinandersetzung mit der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers. Im Anschluss an die Darlegung ihrer dogmatischen Grundlagen wird dabei unter Aufarbeitung des bestehenden Meinungsspektrums die inhaltliche Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht iSd der vom Arbeitgeber zur Vermeidung der Kündigung zu ergreifenden Maßnahmen erläutert. Zum Abschluss wendet sich die Untersuchung dann der Frage nach den organisatorischen Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht zu.

In Kapitel 8 werden die Ergebnisse der Untersuchung präsentiert.

### **1.3. Vergleichbarkeit des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG mit § 1 II dtKSchG 1969**

Folgendes soll an dieser Stelle vor die Klammer gezogen werden: Im Gegensatz zum österreichischen war die „freie“ Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers bei betriebsbedingter Kündigung im deutschen Diskurs deutlich häufiger Gegenstand höchstgerichtlicher wie wissenschaftlicher Auseinandersetzungen. So besteht neben einer Fülle umfassender literarischer Aufarbeitung auch ein regelrechter Katalog an Entscheidungen, in denen vor allem der ausschließlich für Kündigungsfragen zuständige zweite Senat des BAG zu den unterschiedlichsten Fallkonstellationen Stellung genommen und zum Teil sehr differenzierte Lösungsansätze entwickelt hat. Nicht umsonst hat *Berkowsky* die Frage nach der Grenzziehung zwischen der autonomen unternehmerischen Entscheidung und den im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses einer gerichtlichen Prüfung unterworfenen Bereichen daher als „*das Herzstück des betrieblichen Kündigungsrechts*“ bezeichnet<sup>6</sup> und

---

<sup>6</sup> *Berkowsky*, Kündigung<sup>6</sup> 95.

spricht *Bitter* in der Überschrift seines Beitrages in diesem Zusammenhang von einem „*kündigungsrechtlichen Dauerbrenner*“.<sup>7</sup>

Fraglich ist, ob und inwiefern die das deutsche Kündigungsschutzrecht betreffenden Auseinandersetzungen auch für die heimische Diskussion fruchtbar gemacht werden können. Dafür sprechen zunächst die gemeinsamen historischen Wurzeln, die – wie nachfolgend im Rahmen der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung<sup>8</sup> noch ausführlich darzulegen sein wird – die Regelungen der beiden Länder zumindest in ihrem Ursprung miteinander verbinden. Hinzu tritt aber auch der Umstand, dass die Formulierungen des deutschen und des österreichischen Kündigungsschutzrechts einander – ausgehend von ihrer historischen Verflechtung – bis zum heutigen Tage in weiten Teilen sehr ähnlich geblieben sind. Darauf hat *Mayer-Maly* bereits vor mehr als zwanzig Jahren hingewiesen und bedauert, dass die Konkretisierungsversuche, die in der einen Rechtsordnung entwickelt wurden, für die Aufgaben, vor denen man in der jeweils anderen Rechtsordnung steht, viel zu wenig genutzt wurden.<sup>9</sup> Anhand eines Rechtsvergleiches hat er die Kündigungsschutzregelungen der beiden Länder samt ihrer zentralen Fragestellungen einander gegenübergestellt und ist dabei zu dem Schluss gekommen, dass „*Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in beiden Bereichen noch viel voneinander an Erfahrung gewinnen können, ohne rezipieren zu müssen.*“<sup>10</sup>

Ein Blick auf die Bestimmung des § 1 II Satz 1 KSchG verrät, dass dieser Ansatz durchaus seine Berechtigung hat.<sup>11</sup> Trotz der unterschiedlichen Grundkonzeptionen – im

---

<sup>7</sup> *Bitter*, DB 1999, 1214.

<sup>8</sup> Vgl dazu 2. Kapitel: Historische Entwicklung des Schutzes vor sozialwidriger Kündigung.

<sup>9</sup> *Mayer-Maly*, ZfA 1988, 209.

<sup>10</sup> *Mayer-Maly*, ZfA 1988, 209 (220).

<sup>11</sup> § 1 KSchG 1969 lautet:

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn

1) in Betrieben des privaten Rechts

a) die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,

b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann

Gegensatz zu dem durch eine deutlich stärker kollektivrechtliche Komponente geprägten<sup>12</sup> § 105 ArbVG ist nach dem dtKSchG eine Kündigung unabhängig (!!!) vom Vorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung immer sozialwidrig und damit rechtsunwirksam (!!!) wenn sie nicht durch betriebliche Erfordernisse oder personen- oder verhaltensbedingte Umstände auf Seiten des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist – weist der Wortlaut des § 1 II Satz 1 KSchG in der Tat signifikante Ähnlichkeiten mit § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG auf: So ist eine Kündigung gem § 1 II 1 KSchG dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch „Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen“ oder durch „**dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen**“ bedingt ist. Als durch „dringende betriebliche Erfordernisse“ bedingt gilt eine Kündigung dann, wenn für die Tätigkeit des Arbeitnehmers kein Bedarf mehr besteht,<sup>13</sup> dh der bisherige Arbeitsplatz weggefallen ist und der Arbeitnehmer weder auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt werden kann noch, sonstige mildere Maßnahmen anstelle der Kündigung ergriffen werden können.<sup>14</sup>

---

*und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,*

2) [...].

*Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.*

*(3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insb wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen und zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.*

(4) [...].

(5) [...].

<sup>12</sup> Mayer-Maly, ZfA 1988, 209 (Fn 6).

<sup>13</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, kann die Kündigung dennoch sozialwidrig sein, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers bestimmte soziale Gesichtspunkte (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung) nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 III 1 KSchG). Durch diese sog „Sozialauswahl“ soll der Arbeitgeber dazu veranlasst werden, bei Bestehen einer Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern denjenigen zu kündigen, der durch die Kündigung in seiner sozialen Stellung am wenigstens betroffen ist.

<sup>14</sup> Die Einschränkung in § 1 II 2 Nr 1b KSchG, wonach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nur dann unternehmensweit zu beachten sind, wenn ein Widerspruch des Betriebsrates vorliegt, wird vom BAG jedoch

Wie die österreichische steht dabei auch die deutsche hM auf dem Standpunkt, dass die den betrieblichen Erfordernissen zugrunde liegende Unternehmerentscheidung von den Gerichten grundsätzlich nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen ist, sondern nur darauf, ob sie tatsächlich zum Wegfall des Arbeitsplatzes iSd KSchG führt.<sup>15</sup> Das Problem der Abgrenzung des gerichtlich nicht zu überprüfenden unternehmerischen Ermessensspielraumes von jenem Bereich, der im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens für die Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung sehr wohl einer gerichtlichen Nachprüfung unterliegt, stellt sich damit in Deutschland gleichermaßen.

Vor diesem Hintergrund und aufgrund der zuvor schon angesprochenen teilweise fehlenden dogmatischen Aufarbeitung der beiden Topoi im österreichischen Diskurs, scheint es daher durchaus berechtigt, wenn für die vorliegende Untersuchung auch die deutschen „Diskussionsvorsprünge“ verwertet werden. In den nachfolgenden Abschnitten – insb für die Bestimmung und Eingrenzung der „freien“ unternehmerischen Entscheidung – wird daher neben dem österreichischen Literatur- und Judikaturbestand auch auf einschlägige deutsche Auseinandersetzung in Lehre und Rspr zurückzugreifen sein. Auf diese Weise soll die von *Mayer-Maly* aufgezeigte Chance genutzt und zu einer umfassenden Aufarbeitung dieser grundlegenden Frage des allgemeinen Kündigungsschutzrechts beigetragen werden.

## **1.4. Exkurs: Die Auswirkungen von Kündigungsschutzregelungen auf den Arbeitsmarkt – rechtsökonomische Aspekte**

### **1.4.1. Einleitende Bemerkungen**

Die durch die ständig voranschreitende Globalisierung bedingte Schnelllebigkeit des heutigen Wirtschaftslebens verlangt Unternehmen, wollen diese konkurrenzfähig sein und langfristig auf dem Markt bestehen, ein hohes Maß an Flexibilität und Anpassungsfähigkeit ab. Marktlücken müssen erkannt und aufgegriffen werden, bevor die Konkurrenz sich diese zu Nutzen macht, technologische Neuerungen müssen implementiert und bewältigt werden, und auf Marktdynamiken gilt es adäquat zu reagieren. In einem Spannungsverhältnis zu diesen an das unternehmerische Handeln gestellten Anforderungen scheint

---

ignoriert, sodass der Arbeitgeber unabhängig vom Verhalten des Betriebsrates vor Ausspruch der Kündigung allfällige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im gesamten Unternehmen zu prüfen hat (BAG 13.9.1973, 2 AZR 601/72, BAGE 25, 278 = AP Nr 2 zu § 1 KSchG 1969 mit Anm *Hueck* = SAE 1975, 1 mit Anm *Otto*).

<sup>15</sup> Für eine überblicksmäßige Darstellung des deutschen Kündigungsschutzrechts vgl zB *Junker*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> Rz 356 ff, 371 ff; *Preis*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> 720 ff, 757 ff; *Däubler*, Arbeitsrecht<sup>8</sup> 308 ff, 314 ff mwN.

die den gesetzlichen Kündigungsschutzregelungen zugrunde liegende Zielsetzung zu stehen. Zweck des Kündigungsschutz ist es, durch eine inhaltliche Einschränkung des arbeitgeberseitigen Beendigungsrechts in Form der Bindung an bestimmte Sacherfordernisse sowie an das Nichtvorliegen bestimmter Beendigungsmotive, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses iSd Erhaltung des Arbeitsplatzes des persönlich und idR auch wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmers zu sichern und damit dessen wirksamen Schutz vor der Erschütterung der sozialen Stellung bedingt durch einen Arbeitsplatzverlust zu gewährleisten.<sup>16</sup>

Auf europäischer ebenso wie auf nationaler Ebene ist diese Einschränkung der Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers (als Teil der unternehmerischen Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit) durch Kündigungsschutzregelungen zum Zweck der Gewährleistung von Arbeitsplatzsicherheit und Beschäftigungsstabilität seit geraumer Zeit immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen. Bezweifelt wird dabei immer häufiger, dass die Kündigungsschutzgesetze ihrem Schutzzweck gerecht werden, sondern vielmehr zu Lasten der eigentlichen Schutzobjekte ausschlagen und primär negative Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation von Arbeitnehmern wie Arbeitssuchenden und damit auf den Arbeitsmarkt als solchen mit sich bringen. Wie ein Blick in das ökonomische Schrifttum zeigt, existieren bereits unzählige theoretische wie empirische Studien, die sich näher mit den ökonomischen Auswirkungen des Kündigungsschutzes auseinandergesetzt haben. Bevor die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes in den nachfolgenden Kapiteln einer rechtsdogmatischen Untersuchung unterzogen werden, soll im vorliegenden Abschnitt ein kurzer Überblick über die rechtsökonomische Diskussion gegeben werden, in dem die wichtigsten, in diesem Bereich gewonnenen Forschungsergebnisse zu erläutern sind.

Folgendes muss im gegebenen Zusammenhang dabei vorangestellt werden: Um die ökonomischen Auswirkungen des Kündigungsschutzes zu analysieren, wird sowohl auf intertemporale als auch auf internationale Gegenüberstellungen zurückgegriffen. Die letztere Methodik macht sich dabei die Vielfalt der Regelungsmöglichkeiten nationaler Kündigungsschutzgesetze zu Nutze<sup>17</sup> und versucht durch Gegenüberstellung und Vergleich mehrerer nationaler Regelungen in Verbindung mit den Arbeitsmarktdaten der entsprechenden

---

<sup>16</sup> Vgl *Floretta/Strasser*, BRG § 25 Vorbem 356.

<sup>17</sup> Für eine rechtsvergleichende Darstellung der Regelungsvarianten innerhalb der EU vgl *Rebhahn*, ZfA 2003, 163 (169 ff).

Länder Rückschlüsse auf die Auswirkung der Stringenz des Kündigungsschutzes auf den Arbeitsmarkt zu ziehen.<sup>18</sup> Für eine solche Gegenüberstellung hat die OECD<sup>19</sup> im Jahr 1999 ein System an Indikatoren ausgearbeitet, die es erlauben, die Stringenz und Intensität des Bestandsschutzes nach einem einheitlichen System zu ermitteln und die nationalen Regelungen in eine entsprechende Ordnung von „streng“ nach „schwach“ zu bringen. Diese auf Basis der gesetzlichen Normen erfolgende Reihung nationaler Kündigungsschutzsysteme nach ihrer Rigidität ist hinsichtlich ihrer Repräsentativität jedoch nicht völlig unumstritten. Bemängelt wird daran vor allem, dass sie der zunehmenden Komplexität des Kündigungsschutzes nicht gerecht wird, weil neben der Interaktion des Kündigungsschutzes mit anderen Arbeitsmarktinstitutionen (wie bspw. Kollektivverträgen)<sup>20</sup> vor allem auch die Rechtsauslegung durch die Rspr keine Berücksichtigung findet. Wie *Rebhahn* in seiner rechtsvergleichenden Darstellung des Kündigungsschutzes in Europa gezeigt hat, lässt sich die Intensität des Kündigungsschutzes nur begrenzt durch das Gesetz beeinflussen, weil es nicht vorrangig auf dessen begriffliche Ausgestaltung an sich ankommt, sondern auf die Anforderungen, die an die Intensität dieser begrifflichen Ausgestaltung gestellt werden. De facto haben daher nicht notwendigerweise die Unterschiede in der dogmatischen Konstruktion der nationalen Regelungen Einfluss auf deren Stringenz, sondern ist vielmehr die Auslegung und Anwendung des Kündigungsschutzes durch die Gerichte der bestimmende Faktor.<sup>21</sup> Eine ähnliche Einschätzung findet sich auch bei *Jahn*, die den Kündigungsschutz als „Konglomerat von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen“<sup>22</sup> bezeichnet, des-

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Jahn*, *Ökonomische Theorie* 63 ff.

<sup>19</sup> OECD, *Employment Outlook 1999* 49 ff; Anlass dafür war eine Studie, in der die Zusammenhänge zwischen *employment protection regulations* und der *labour market performance* näher untersucht werden sollten. Zu diesem Zweck wurden die Kündigungsschutzregelungen von insgesamt 27 Staaten auf ihre Stringenz hin analysiert. Als Indikatoren zur Beurteilung der Stringenz der Kündigungsschutzbestimmungen herangezogen wurden dabei a) inhaltliche Beschränkungen der Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers, b) Beschränkungen in Form von Verfahrensvorschriften, c) Regelungen über die Kündigungsfristen und Abfertigungszahlungen, d) zusätzliche gesetzliche Anforderungen im Falle von Massenkündigungen sowie e) Beschränkungen der Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverhältnissen und Arbeitskräfteüberlassung. Je nach Ausprägung der nationalen Regelungen wurde jeder dieser Indikatoren auf einer Skala von 0 bis 6 bewertet und schließlich ein Mittelwert ermittelt. Für den europäischen Raum ergab sich am Ende folgende Reihung (nach abnehmender Stringenz): Portugal – Niederlande – Tschechien – Italien – Schweden – Deutschland – Türkei – Spanien – Österreich – Griechenland – Norwegen – Frankreich – Polen – Finnland – Ungarn – Irland – Dänemark – Belgien – Schweiz – Großbritannien.

<sup>20</sup> *Jahn*, *Kündigungsschutz* 17 mwN.

<sup>21</sup> Vgl. *Rebhahn*, *ZfA* 2003, 163 (175, 182); Darüber hinaus bemängelt *Rebhahn* außerdem, dass die Bewertung der OECD auch deshalb nicht vollends überzeugend ist, weil neben dem Kündigungsschutz an sich auch die Dauer der Kündigungsfristen sowie die Verpflichtung zur Leistung von Abfertigungen miteinbezogen wird, sodass sich daraus ein unscharfes Bild ergibt, wird allein nach dem Kündigungsschutz gefragt.

<sup>22</sup> *Jahn*, *ZAF* 2005, 284 (285).

sen Rigidität primär durch die höchstgerichtliche Rspr und deren Auslegungsansätze bestimmt wird.<sup>23</sup> Für die im Nachfolgenden zu erläuternden theoretischen und empirischen Untersuchungen, die sich vorwiegend an dieser Reihung orientieren, ist daher zu berücksichtigen, dass „die Einschätzung der Stringenz des Kündigungsschutzes auf der Basis von gesetzlichen Vorschriften [...] allenfalls eine Näherung an die real existierenden Verhältnisse“<sup>24</sup> ist und deshalb auch keine restlos zuverlässigen Aussagen über die Wirkung des Kündigungsschutzes zulässt.

#### **1.4.2. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Arbeitnehmermotivation**

In Hinblick auf die Frage, wie sich der Kündigungsschutz auf die Motivation und Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer auswirkt, gehen die Meinungen im ökonomischen Schrifttum zum Teil massiv auseinander.<sup>25</sup> *Buttler/Walwei*<sup>26</sup> haben sich mit den Auswirkungen der Arbeitsplatzstabilität auf die Motivation der Arbeitnehmer auf Basis von spieltheoretischen Überlegungen auseinandergesetzt und sind unter Zugrundelegung der für einen Arbeitsvertrag typischen Asymmetrie der Leistungsspezifikation<sup>27</sup> zu dem Ergebnis gekommen, dass die dauerhafte Festigung des Arbeitsverhältnisses in seinem Bestand von zentraler Bedeutung für die Bereitschaft der Arbeitsvertragsparteien zu kooperativem Verhalten ist. Positive Effekte auf die Arbeitseinstellung der Arbeitnehmerschaft hat auch *Janson* dem allgemeinen Kündigungsschutz attestiert und meint, dass durch das Bewusstsein um eine stabile Beschäftigungssituation auch die Bereitschaft der Arbeitnehmer zur Weitergabe von Fachwissen und Fähigkeiten an Kollegen gesteigert wird, weil der Arbeitnehmer mangels ständiger Angst eines Arbeitsplatzverlustes nicht unentwegt dazu bestrebt ist, sich durch besondere Fähigkeiten und Leistungen von der übrigen Belegschaft abzuheben, was sich insgesamt positiv auf die Produktivität der Belegschaft auswirkt.<sup>28</sup> Demgegenüber wird im ökonomischen Schrifttum aber auch die Ansicht vertreten, dass der Kündigungs-

---

<sup>23</sup> Auch die OECD nimmt in der überarbeiteten Auflage ihrer Untersuchung auf diese Problematik Bezug und gesteht ein, dass die Handhabung des Kündigungsschutzes durch die nationale Rspr Einfluss auf dessen Stringenz haben kann und diese in der auf gesetzlichen Normen basierenden Reihung nicht vollends zum Ausdruck kommt; vgl. *OECD*, *Employment Outlook 2004*, 64, 66.

<sup>24</sup> *Jahn*, *Ökonomische Theorie* 84; *dieselbe*, *Kündigungsschutz* 17.

<sup>25</sup> In Bezug auf den allgemeinen Kündigungsschutz vgl. *Janson*, *Ökonomische Theorie* 222 mwN.

<sup>26</sup> *Buttler/Walwei*, *MittAB* 1990, 386 (388).

<sup>27</sup> Diese besteht darin, dass die Leistung des Arbeitgebers idR schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eindeutig definiert ist, wohingegen die Leistung des Arbeitnehmers erst im Laufe der Vertragserfüllung durch Weisung und durch tatsächliche Leistungserbringung konkretisiert wird.

<sup>28</sup> *Janson*, *Ökonomische Theorie* 222 f mwN.

schutz negative Effekte auf die intrinsische Motivation der Arbeitnehmer hat und ein rational und eigeninteressiert handelnder Arbeitnehmer in dem Wissen um einen gesicherten Arbeitsplatz nur wenig Anreiz zur Anstrengung bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung verspürt. So sind etwa *Wagner/Jahn* auf Basis der Effizienzlohntheorie zu dem Ergebnis gekommen, dass ein gesetzlicher Kündigungsschutz die Anreizwirkung von Löhnen verringert und damit auch die Leistungsbereitschaft der Arbeitnehmer nachteilig beeinflusst.<sup>29</sup> Empirischen Beleg findet dieser Ansatz in zwei Studien,<sup>30</sup> in deren Rahmen die Veränderungen in der Leistungsbereitschaft anhand der Anzahl der Krankenstandstage untersucht und dabei festgestellt worden ist, dass das Ausmaß krankheitsbedingter Abwesenheiten bei Arbeitnehmern mit einem vergleichsweise strengen Kündigungsschutz signifikant höher ist.

---

<sup>29</sup> *Wagner/Jahn*, Neue Arbeitsmarkttheorien<sup>2</sup> 280 ff.

<sup>30</sup> *Ichino/Riphahn*, The Effect of Employment Protection, haben anhand des von einer italienischen Bank zur Verfügung gestellten Datenmaterials die Veränderungen in der Leistungsbereitschaft der Arbeitnehmer innerhalb des ersten Beschäftigungsjahres untersucht; Ziel war es zu ermitteln, ob und inwieweit der Übergang von einem dreimonatigen Probearbeitsverhältnis zu Beginn der Tätigkeit in ein gewöhnliches, durch den allgemeinen Kündigungsschutz in seinem Bestand abgesichertes Arbeitsverhältnis die Motivation eines Arbeitnehmers bei der Leistungserbringung beeinflusst. Für den Beobachtungszeitraum von Jänner 1993 bis Februar 1995 konnte dabei festgestellt werden, dass die Anzahl der wöchentlichen Krankheitstage ab dem Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes im Vergleich zur Anzahl der wöchentlichen Krankheitstage während des Probearbeitsverhältnisses um durchschnittlich 55 Prozent anstiegen und sich die krankheitsbedingten Abwesenheitszeiten somit mehr als verdoppelten.

Ein ähnliches Ergebnis erzielte *Riphahn*, Employment protection, im Jahr 2004 im Rahmen einer mit deutschen Daten durchgeführten Studie; Untersucht wurde jedoch nicht die Phase rund um den Übergang von der Probezeit in das „reguläre“ Arbeitsverhältnis, sondern die Unterschiede zwischen dem öffentlichen Dienst und der Beschäftigung im privaten Bereich. Konkret wurden einander dabei drei Gruppen von Arbeitnehmern gegenübergestellt: (1) Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, denen insoweit eine besondere Arbeitsplatzgarantie zukommt, als sie gemäß § 53 III BAT aufgrund einer Dienstzeit von 15 Jahren und einem Lebensalter von mindestens 40 Jahren unkündbar sind, (2) Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, denen es an einer derartigen Arbeitsplatzgarantie mangelt, auf die jedoch das allgemeine Kündigungsschutzrecht des KSchG nach § 23 I KSchG sinngemäß anzuwenden ist, und schließlich (3) Arbeitnehmer im privaten Sektor, die den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 II KSchG genießen und nur aus personen-, verhaltens- und betriebsbedingten Gründen gekündigt werden können. Aus dem untersuchten Datenmaterial ließ sich für den Zeitraum von Jänner bis Dezember 2001 bei Arbeitnehmern im privaten Sektor eine durchschnittliche krankheitsbedingte Abwesenheitszeit von 10,1 Tage pro Jahr ableiten. Bei Arbeitnehmern im öffentlichen Bereich ohne verstärkten Bestandschutz betrug die durchschnittliche krankheitsbedingte Abwesenheitszeit 11,8 Tage pro Jahr, bei Arbeitnehmern im öffentlichen Bereich mit verstärktem Bestandschutz 16,1 Tage pro Jahr. Dass diese zum Teil signifikanten Unterschiede auf das variierende Ausmaß an Arbeitsplatzsicherheit und nicht bloß auf sektorale Gegebenheiten zurückzuführen sind belegte *Riphahn* anhand eines „difference-in-differences-approach“. Dabei analysierte sie die Veränderung in der Anzahl der Abwesenheitstage vor und nach dem Erreichen einer Dienstdauer von 15 Jahren und eines Lebensalters von 40 Jahren jeweils getrennt für den privaten und den öffentlichen Bereich. Anschließend stellte sie die Ergebnisse einander in einem sektorübergreifenden Vergleich gegenüber und leitete daraus einen mit dem Eintritt des erhöhten Schutzes einhergehenden Anstieg der jährlichen krankheitsbedingten Abwesenheit um 3,3 Tage oder 32 Prozent ab.

### **1.4.3. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Bereitschaft zu Investitionen in Humankapital**

Als positive Auswirkung des Kündigungsschutzes wird immer wieder die durch die Arbeitsplatzstabilität gesteigerte Bereitschaft zur Investition in die Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmer ins Treffen geführt, und zwar sowohl durch die Beschäftigten selbst als auch durch die Unternehmen als deren Arbeitgeber.<sup>31</sup> *Buttler/Walwei* sprechen diesbezüglich von einer Art „Anschubfinanzierung des Prozesses der gegenseitigen Vertrauensbildung“, weil die Arbeitsvertragsparteien aufgrund der durch den Kündigungsschutz dauerhaft angelegten Beziehung eher bereit sind, „langfristige partnerspezifische Investitionen“ vorzunehmen.<sup>32</sup> Bestätigung findet diese These auch in einer Studie von *Estevez-Abe/Iversen/Soskice*, die in einem internationalen Vergleich zu dem Ergebnis gekommen sind, dass ein Zusammenhang zwischen Arbeitsplatzsicherheit und der Bereitschaft der Arbeitnehmer zum Erwerb unternehmensspezifischen Wissens besteht. So zeigte sich nämlich insbesondere in Ländern, die über stringente Kündigungsschutzregelungen verfügen, eine erhöhte Geneigtheit der Arbeitnehmer, in unternehmensspezifische Kenntnisse und Fähigkeiten zu investieren. Demgegenüber wird gesetzlichen Regelungen, die eine Absicherung für den Fall der Arbeitslosigkeit vorsehen, eine gewisse Anreizwirkung zum Erwerb von branchenspezifischen Fähig- und Fertigkeiten zugeordnet. In Ländern schließlich, die über einen nur geringen Kündigungsschutz kombiniert mit einem schwachen Auffangnetz für den Fall der Arbeitslosigkeit verfügen, zeichnete sich eine erhöhte Investition in allgemeine Kenntnisse ab.<sup>33</sup>

### **1.4.4. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf das Einstellungsverhalten von Arbeitgebern**

#### **1.4.4.1. Erhöhung der Kostenbelastung und subjektive Wahrnehmung des Kündigungsschutzes als maßgebliche Faktoren**

Dem Kündigungsschutz wird immer wieder angelastet, dass er sich negativ auf das Einstellungsverhalten von Arbeitgebern auswirke. Zurückgeführt wird dies auf den Umstand, dass durch die dem Unternehmer auferlegte Beschränkung der zur Verfügung stehenden Handlungsmechanismen zur Anpassung seines Unternehmens an Nachfrageverän-

---

<sup>31</sup> Vgl dazu *Janson*, Ökonomische Theorie 227 mwN.

<sup>32</sup> *Buttler/Walwei*, MittAB 1990, 386 (392).

<sup>33</sup> *Estevez-Abe/Iversen/Soskice*, in *Hall/Soskice*, Varieties of Capitalism, 145 (180 ff).

derungen und sonstigen Marktdynamiken eine erhöhte Kostenbelastung verursacht wird.<sup>34</sup> Je strenger nämlich die Anforderungen sind, die an die zulässige Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gestellt werden, desto teurer wird diese Handlungsalternative auch für den Arbeitgeber.<sup>35</sup> Verstärkt werden soll dies durch die sich aus den Bestandsschutzregelungen typischerweise ergebende Rechts- und Planungsunsicherheit kombiniert mit lang andauernden und in ihrem Ausgang zum Teil nur wenig vorhersehbare Kündigungsschutzprozessen.<sup>36</sup> Aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe, derer sich der Gesetzgeber für die Normierung von Kündigungsschutzregelungen bedient und der massenhaft vorhandenen, in sich zum Teil wenig schlüssigen Rspr, kann über den Ausgang eines möglicherweise initiierten Kündigungsschutzverfahrens häufig nur gemutmaßt werden, sodass sich selbst der rechtskundige Arbeitgeber mit einem gewissen Maß an Unsicherheit in Hinblick auf den Verfahrensausgang konfrontiert findet. Dass die Arbeitgeber einen strengen Kündigungsschutz, wie bspw den des deutschen KSchG, subjektiv auch tatsächlich als „Erschwernis“ ihrer unternehmerischen Tätigkeit empfinden, hat eine Arbeitgeberbefragung des Institutes der deutschen Wirtschaft Köln<sup>37</sup> im Jahr 2003 ergeben.<sup>38</sup> Auch eine von *Bothfeld/Ullmann*<sup>39</sup> durchgeführte Studie, die die subjektive Einstellung der Personalver-

---

<sup>34</sup> Vgl zB *Buttler/Walwei*, MittAB 1990, 386 (388); *Jahn*, Kündigungsschutz 10 f; *dieselbe*, ZAF 2005, 284 (287); *Janson*, Ökonomische Theorie 221.

<sup>35</sup> Zu den im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses potentiell drohenden Kostenbelastungen zählen dabei die Kosten, die im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses anfallen (Rechtsdurchsetzungskosten in Form von Anwalts- und Gerichtskosten), ebenso wie Lohnfortzahlungskosten bei Verlust des Kündigungsschutzprozesses, die Kosten einer eventuellen Abfindung zur außergerichtlichen Beilegung des Kündigungsschutzprozesses und allfällige Kosten, die aus einem Sozialplan heraus erwachsen.

<sup>36</sup> Vgl zB *Jahn*, Kündigungsschutz 4; *dieselbe*, ZAF 2005, 284 (287).

<sup>37</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung wurden insgesamt 859 deutsche Unternehmen mit mindestens einem sozialversicherungspflichtig Beschäftigten nach Gründen für den Verzicht auf Neueinstellungen befragt. Hinter den Lohnnebenkosten (93%), der Wirtschaftslage (88%) und der Steuerbelastung (83%) nannten 77% der Befragten das deutsche Arbeitsrecht als Beschäftigungshemmnis und Grund für eine zurückhaltende Einstellungspraxis. Befragt nach den arbeitsrechtlichen Regelungen, die als der Schaffung und Sicherung von Arbeitsplätzen besonders hinderlich wahrgenommen werden, nannten 80% der Arbeitgeber den gesetzlichen Kündigungsschutz, womit sich dieser an erster Stelle findet.<sup>37</sup> In Hinblick auf die konkrete Betroffenheit gaben 57% der befragten Unternehmen an, wegen der gesetzlichen Bestandsschutzregelungen tatsächlich schon einmal von einer Personalaufstockung abgesehen zu haben. Ein ähnliches Bild zeigen die Untersuchungsergebnisse auch hinsichtlich der Frage, unter welchen Bedingungen Unternehmer bereit wären, in zusätzliche Arbeitsplätze zu investieren: So nannten 70% der Arbeitgeber eine Lockerungen des gesetzlichen Kündigungsschutzes als Bedingung für Neueinstellungen, gefolgt von der Erleichterung der Befristung von Arbeitsverträgen mit 65% und der Abweichung von tariflichen Vorgaben im Krisenfall mit 53%.

<sup>38</sup> Zu einem ähnlichen Ergebnis dürfte auch eine Studie des Umfrage-Institutes Forsa, Gesellschaft für Sozialforschung und statistische Analysen mbH, gekommen sein, die festgestellt hat, dass eine Änderung des Kündigungsschutzes zur Schaffung von 300 000 neuen Stellen in Deutschland führen würde; die Studie selbst war für die vorliegende Aufarbeitung nicht zugänglich; einige Angaben dazu finden sich in *Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peucker/Ullmann*, BB 2003, 2286 (2286).

<sup>39</sup> *Bothfeld/Ullmann*, WSI Mitteilungen 2004, 262.

antwortlichen ebenfalls anhand von Unternehmensbefragungen untersuchte, konnte eine gewisse Abneigung deutscher Betriebe gegenüber den Regelungen zum Kündigungsschutz nicht gänzlich widerlegen.<sup>40</sup>

#### 1.4.4.2. Negative Auswirkungen auf das Einstellungsverhalten

Die Ergebnisse der Arbeitgeberbefragungen geben jedoch bloße Hinweise auf das *subjektive Empfinden* und die *Absichten* der Arbeitgeber. Zuverlässige Aussagen über die Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf das *tatsächliche Einstellungsverhalten* lassen sich daraus jedoch nicht ableiten.<sup>41</sup> Offen bleibt damit insb, ob und inwieweit es tatsächlich zu einer Antizipation potentieller Kosten durch den Arbeitgeber schon in einem Prae-Einstellungs-Stadium kommt und diese auch faktischen Niederschlag in seinem Einstellungsverhalten finden, indem zB auf alternative, mitunter prekäre Formen der Beschäftigung zurückgriffen oder auf die Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte gar zur Gänze verzichtet und versucht wird, den Arbeitsanfall auf die bereits vorhandenen Arbeitskräfte (zB durch Überstunden) zu verteilen.

Was die letztgenannte These anbelangt, weisen die empirischen Untersuchungen gegensätzliche Befunde auf: In mehreren Studien wurde anhand der Analyse der Wirkung von Schwellenwerten (für die Geltung des Kündigungsschutzes)<sup>42</sup> untersucht, ob aufgrund strenger Bestandschutzregelungen Neueinstellungen unterlassen werden. *Garibaldi/Pacelli/Borgarello* haben diese Frage in Hinblick auf das italienische Kündigungsschutzrecht, das die aus einer unzulässigen Kündigung resultierenden Rechtsfolgen an die Belegschaftsstärke von mehr als 15 Arbeitnehmern knüpft,<sup>43</sup> überprüft<sup>44</sup> und sind zu dem

---

<sup>40</sup> So bezeichneten immerhin 34% der befragten Unternehmen den Kündigungsschutz als reformbedürftig – womit dieser an oberster Stelle der wichtigsten arbeitsrechtlichen Reformprojekte rangiert. Dass deutsche Unternehmer aufgrund des Kündigungsschutzes aber von der Durchführung eines bereits geplanten Personalabbaus absehen, konnte demgegenüber nicht nachgewiesen werden. Auf die Frage, ob ein geplanter Personalabbau aufgrund der gesetzlichen Regelungen schon einmal unterlassen wurde, gaben nur 9% aller Personalverantwortlichen bzw 21% der Personalverantwortlichen in Betrieben mit mehr als fünf Arbeitnehmern eine bejahende Antwort.

<sup>41</sup> So auch die Kritik von *Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann*, BB 2003, 2286 (2286).

<sup>42</sup> Ähnlich der österreichischen Regelung knüpfen auch die Kündigungsschutzregelungen in Deutschland, Frankreich und Italien die (volle) Geltung des gesetzlichen Kündigungsschutzes an die Erreichung einer bestimmten Belegschaftsstärke (sog Schwellenwert); für eine rechtsvergleichende Darstellung vgl *Rebhahn*, ZFA 2003, 163 (191 f).

<sup>43</sup> Betriebe, in denen mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt sind, sind im Falle einer unzulässigen Kündigung zur Wiedereinstellung des betreffenden Arbeitnehmers verpflichtet, wohingegen für kleinere Betriebe bloß die Leistung einer Entschädigungszahlung vorgesehen ist; vgl Art 18, 35 Statuto dei lavoratori, L 20.5.1970 n 300.

<sup>44</sup> *Garibaldi/Pacelli/Borgarello*, Employment Protection Legislation 15 ff.

Ergebnis gekommen, dass bei Betrieben mit 14 und 15 Arbeitnehmern eine erhöhte Wahrscheinlichkeit zur Nichtausdehnung ihrer Belegschaftsstärke gegeben und ein zwar geringer, aber dennoch signifikanter Schwellenwerteffekt zu verzeichnen ist. Zwar konnte auch eine Untersuchung von *Verick*<sup>45</sup> anhand deutscher Datensätze im intertemporalen Vergleich nachweisen, dass die gesetzlichen Adaptierungen des Schwellenwertes<sup>46</sup> im Zeitraum von 1997 bis 2001 das Einstellungsverhalten von Kleinstbetrieben insofern beeinflusst haben, als sich durch dessen Senkung die Wahrscheinlichkeit einer Belegschaftsausdehnung verringert hat. Allerdings zeigten die empirischen Daten auch, dass sich der Effekt gerade bei jenen Betrieben am stärksten einstellte, die am weitesten von der Erreichung des Schwellenwertes entfernt waren.<sup>47</sup> Demgegenüber konnten *Bauer/Bender/Bonin*<sup>48</sup> entgegen ihrer Hypothese keinen Einfluss der Adaptierung des Schwellenwertes auf die Belegschaftsfluktuation nachweisen. Sie interpretieren dieses Ergebnisse dahingehend, dass deutsche Unternehmer auf veränderte Gegebenheiten anstatt mit Änderungen in der Belegschaftsstärke durch die Anpassung der Arbeitszeit und/oder das Ausweichen auf flexiblere Beschäftigungsformen reagieren. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam auch die sog REGAM-Studie<sup>49</sup>. Anhand einer multivariaten Analyse, die eine Berücksichtigung mehrerer Einflussfaktoren ermöglicht, wurde darin festgestellt, dass die Beschäftigungsschwelle keine statistisch nachweisbare Auswirkung auf das Einstellungsverhalten von Kleinstbetrieben entfaltet, sondern dieses vor allem von den Variablen „wirtschaftliche Entwicklung“, „Branche“ und „Region“ bestimmt wird.

Hinsichtlich der Frage, ob Arbeitgeber aufgrund der allenfalls antizipierten Kostenbelastung auf atypische Beschäftigung (zB befristete Arbeitsverhältnisse, Leiharbeitskräfte, freie Dienstnehmer, Werkunternehmer) zurückgreifen, hat die OECD anhand eines Ländervergleiches am Beispiel von befristeten Arbeitsverhältnissen festgestellt, dass in

---

<sup>45</sup> *Verick*, Threshold effects 21 ff.

<sup>46</sup> Dieser war um Oktober 1996 von fünf auf zehn im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer angehoben worden, bevor man ihn im Jänner 1999 wieder auf fünf Arbeitnehmer herabsetzte.

<sup>47</sup> Als mögliche Erklärung für diese Tendenz folgerte der Autor, dass weniger die gesetzlichen Änderungen (und damit der durch den Schwellenwert in kraft gesetzte Kündigungsschutz) als vielmehr andere Faktoren (sonstige institutionelle Vorgaben und Anpassungskosten) sowie die rechtliche Unkenntnis der Kleinunternehmer für den Effekt ausschlaggebend waren; Ähnlich auch *Jahn*, ZAF 2005, 284 (299 f); auch *Bothfeld/Ullmann*, WSI Mitteilungen 2004, 262 (266), stellten fest, dass va in Kleinstbetrieben ein erhebliches Defizit an Sachkenntnissen besteht, das zu einer Überschätzung der Kostenbelastung führt.

<sup>48</sup> *Bauer/Bender/Bonin*, Dismissal Protection 12 ff.

<sup>49</sup> Projekt „Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM)“, ein interdisziplinäres Projekt zu Fragen einer Deregulierung des Arbeitsmarktes, durchgeführt vom Wirtschaftlichen- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung; vgl dazu *Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peucker/Ullman*, BB 2003, 2286.

Ländern mit einem strengen gesetzlichen Kündigungsschutz tatsächlich ein erhöhter Einsatz befristeter Arbeitsverhältnisse kombiniert mit einer verringerten Wahrscheinlichkeit, aus einem derartigen Beschäftigungsverhältnis hin in eine reguläres, unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden, zu beobachten ist.<sup>50</sup> Auch *Bookmann/Hagen*<sup>51</sup> konnten die Vermeidung des Kündigungsschutzes durch atypische Beschäftigung anhand einer empirischen Untersuchung belegen und nachweisen, dass die Wahrscheinlichkeit des Einsatzes von Befristungen bei jenen Unternehmen abnahm, die in Folge der gesetzlichen Anhebung des Schwellenwertes aus dem Geltungsbereich der Bestandschutzregelungen herausfielen.<sup>52</sup> Zuletzt haben *Baumann/Mechtel/Stähler*<sup>53</sup> das Verhältnis des Einsatzes atypischer Beschäftigung und der Stringenz des Kündigungsschutzes am Beispiel des Einsatzes überlassener Arbeitskräfte näher beleuchtet. Dabei konnten sie feststellen, dass dieses Verhältnis wesentlich dadurch bestimmt ist, ob die sich für den Arbeitgeber aus dem gesetzlichen Kündigungsschutz ergebenden Einschränkungen auch auf Arbeitskräfteüberlasser Anwendung finden. So geht der Einsatz überlassener Arbeitskräfte nämlich insb dann zurück, wenn auch Überlasserunternehmen den Kostenbelastungen des Kündigungsschutzes ausgesetzt sind. Aus dieser Erkenntnis folgern die Autoren, dass die starke Verbreitung der Leiharbeit in den letzten Jahren nicht primär dadurch bedingt ist, dass atypische Beschäftigungsverhältnisse als Ersatz für reguläre Arbeitsverhältnisse zur Umgehung des Kündigungsschutzes eingesetzt werden. Vielmehr sehen sie den bloß vorübergehenden Bedarf an Arbeitskraft als tragende Ursache für diese Entwicklung.

#### **1.4.5. Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Arbeitslosigkeit, die Erwerbsbeteiligung sowie die Arbeitsmarktdynamik**

Was die Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Arbeitslosenquote anbelangt, kommen theoretische Überlegungen zu dem Ergebnis, dass strenge Kündigungsschutzbestimmungen zwar keinerlei signifikanten Effekt auf die Gesamtarbeitslosigkeit an sich haben, sehr wohl aber deren Zusammensetzung beeinflussen. Aufgrund der durch den Kündigungsschutz eingeschränkten Möglichkeit des Arbeitgebers, Arbeitsverhältnisse zu

---

<sup>50</sup> *OECD*, Employment Outlook 2004 87.

<sup>51</sup> *Bookmann/Hagen*, Flexible Working Contracts 19 ff.

<sup>52</sup> Darüber hinaus zeigte sich, dass Personen, die auf Basis von befristeten Arbeitsverhältnissen und als Leiharbeiter beschäftigt sind, im Durchschnitt über eine geringere Ausbildung verfügen, als Beschäftigte in „regulären“, dh idF unbefristeten Arbeitsverhältnissen.

<sup>53</sup> *Baumann/Mechtel/Stähler*, Employment protection.

beenden, kommt es zwar in Zeiten eines wirtschaftlichen Abschwunges zu einer verringerten Freisetzung von Arbeitnehmern, bedingt durch die Antizipation der potentiellen Kostenbelastung agieren Arbeitgeber im Falle zunehmender Nachfrage gleichzeitig aber auch bei der Einstellung neuer Arbeitnehmer mit entsprechender Zurückhaltung. Damit senkt ein rigider Kündigungsschutz zwar den Zugang in die Arbeitslosigkeit, gleichsam aber auch den Abgang aus dieser, was wiederum zur Konsequenz hat, dass die durchschnittliche Dauer der Arbeitslosigkeit zunimmt und eine Verlagerung von Kurz- hin zu Langzeitarbeitslosigkeit stattfindet.<sup>54</sup> Häufig ist in diesem Zusammenhang auch von dem sog Insider-Outsider-Phänomen die Rede.<sup>55</sup>

Neben der Verfestigung der Langzeitarbeitslosigkeit wird einem strengen Kündigungsschutz außerdem angelastet, zu einer personellen Segregation des Beschäftigungsniveaus beizutragen und die Erwerbschancen jener Personen zusätzlich zu beeinträchtigen, die sich auf dem Arbeitsmarkt ohnehin schon mit zum Teil massiven Schwierigkeiten konfrontiert finden. Wenn Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitskräften nämlich bereits die Kosten ihrer Freisetzung antizipieren, entscheiden sie sich bei der Personalauswahl primär für jene Bewerber, die potentiell das geringere „Risikopotential“ aufweisen.<sup>56</sup> Daher wirkt sich die Stringenz des Kündigungsschutzes auf die Erwerbsquote von Berufseinsteigern, Jugendlichen, Frauen sowie älteren Arbeitnehmern besonders nachteilig aus, wohingegen die Arbeitsmarktstellung von männlichen Arbeitnehmern im Haupterwerbssalter durchwegs positiv beeinflusst wird.<sup>57</sup>

Dass diese theoretischen Ansätze teilweise auch in empirischen Untersuchungen Deckung finden, zeigt bspw die von *Addison/Teixeira*<sup>58</sup> erarbeitete Überblicksstudie, in der einschlägige empirische Untersuchungen, die im Zeitraum von 1990 bis 2001 durchgeführt wurden, zusammengefasst und anhand einer Gegenüberstellung der wesentlichen Ergebnisse auf ihre Plausibilität hin überprüft wurden. Auch eine länderübergreifende Untersu-

---

<sup>54</sup> Vgl dazu etwa *Young*, Employment protection legislation 14 ff; *Janson*, Ökonomische Theorie 224 f; *Jahn*, ZAF 2005, 284 (295) mwN.

<sup>55</sup> Vgl zB *Buttler/Walweil*, MittAB 1990, 386 (387); *Jahn*, Ökonomische Theorie 116 ff; *Janson*, Ökonomische Theorie 224 f mwN.

<sup>56</sup> *Young*, Employment protection legislation 14.

<sup>57</sup> Vgl dazu *Addison/Teixeira*, The Economics of Employment Protection, 38 ff; *Bertola/Blau/Kahn*, Labor Market Institutions 2; *Young*, Employment protection legislation 14; sowie *Jahn*, ZAF 2005, 284 (295 f) mwN.

<sup>58</sup> *Addison/Teixeira*, The Economics of Employment Protection.

chung der OECD aus 2004<sup>59</sup> konnte empirische Hinweise auf einen Zusammenhang zwischen einem strengen Kündigungsschutz und der Arbeitsmarktdynamik ausmachen. So zeigt sich in Ländern mit strengem Kündigungsschutz eine geringere Zuflussrate in die Arbeitslosigkeit, ebenso wie eine schwächere Abgangsquote aus der Arbeitslosigkeit, wobei die Wechselwirkung statistisch allerdings nicht signifikant war.<sup>60</sup> Hinsichtlich der Auswirkungen der Stringenz des Kündigungsschutzes auf die einzelnen Personengruppen konnte eine unterschiedliche Betroffenheit festgestellt werden: Neben der Arbeitsmarktstellung von jungen Personen als Neuzugänge auf den Arbeitsmarkt, werden vor allem die Erwerbschancen von Frauen im Haupterwerbsalter signifikant durch einen strengen Kündigungsschutz beeinträchtigt, was insbesondere darauf zurückgeführt wird, dass die Wahrscheinlichkeit eines Wechsels zwischen Erwerbstätigkeit und „Inaktivität“ aufgrund der Doppelbelastung von Beruf und Familie bei dieser Personengruppe höher ist.<sup>61</sup>

Letztlich wird einem strengen Kündigungsschutz immer wieder attestiert, durch die Einschränkung der Reaktionsmöglichkeiten auf Markterfordernisse und -dynamiken das Produktivitätswachstum negativ zu beeinflussen.<sup>62</sup> Die OECD hat auch dieses Phänomen empirisch untersucht und konnte belegen, dass der Kündigungsschutz einen geringen, aber statistisch signifikanten, sich im Laufe der Zeit kumulierenden (und deshalb nicht zu unterschätzenden), nachteiligen Effekt auf das Wachstum der Arbeitsproduktivität hat.<sup>63</sup> Bestätigung findet dieser OECD-Befund in einer erst kürzlich aktualisierten Studie von *Caballero/Cowan/Engel/Micco*<sup>64</sup>, die anhand empirischer Daten ebenfalls festgestellt haben, dass mit zunehmender Stringenz und tatsächlicher Durchsetzung des Kündigungsschutzes die Anpassungsgeschwindigkeit der Beschäftigung sowie das jährliche Produktivitätswachstum abnimmt.

#### **1.4.6. Schlussfolgerungen und Flexibilisierungstendenzen**

Trotz der Vielzahl der durchgeführten Analysen scheinen die mikro- und makroökonomischen Auswirkungen des Kündigungsschutzes bislang kaum geklärt. Gesicherte Aussagen darüber, wie sich das Bestehen strenger Kündigungsschutzregelungen auf den

---

<sup>59</sup> OECD, Employment Outlook 2004.

<sup>60</sup> OECD, Employment Outlook 2004 76 ff.

<sup>61</sup> OECD, Employment Outlook 2004 80 ff.

<sup>62</sup> Vgl dazu zB *Jahn*, ZAF 2005, 284 (296) mwN.

<sup>63</sup> OECD, Employment Outlook 2007 70 f.

<sup>64</sup> *Caballero/Cowan/Engel/Micco*, Effective Labor Regulation and Microeconomic Flexibility 12 ff.

Arbeitsmarkt niederschlägt und welche Effekte dessen allfällige Lockerung auf die Situation der Beschäftigten und die Beschäftigungssituation im Allgemeinen mit sich bringen würde, können auch ökonomische Auseinandersetzungen nicht zuverlässig treffen. Insgesamt tendiert das ökonomische Schrifttum en gros aber doch dazu, einen eher nachteiligen Effekt eines strengen Bestandsschutzes auf den Arbeitsmarkt zu bejahen. Für die vorliegende Untersuchung muss daraus gefolgert werden, dass jedenfalls aus ökonomischer Sicht ein durchaus berechtigtes Interesse daran besteht, dass die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers auch im Rahmen der Bestimmungen zum Schutz vor sozialwidriger Kündigung gewahrt bleibt. Wie mehrfach erwähnt wurde, wird die Stringenz von Kündigungsschutzgesetzen dabei neben ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nicht unwesentlich auch durch Auslegung der in Kündigungsschutzgesetzen häufig vorzufindenden unbestimmten Gesetzesbegriffe durch die Rspr bestimmt. Durch diesen Umstand wird die Verantwortung der Höchstgerichte, eine nachvollziehbare und transparente Rechtsprechungslinie zu schaffen, um die Vorhersehbarkeit der Zulässigkeit einer Kündigung schon im Vorfeld zu verbessern und damit insgesamt zur Steigerung der Rechtssicherheit beizutragen, aus meiner Sicht besonders unterstrichen.

Im Übrigen geht auch in der Gesetzgebungspraxis die Tendenz der letzten Jahre hin zu einer Lockerung des Kündigungsschutzes in Verbindung mit einer gleichzeitigen Implementierung aktiver arbeitsmarktpolitischer Maßnahmen und der Schaffung effizienter Systeme zur Gewährleistung von Einkommenssicherheit für den Fall des Arbeitsplatzverlustes. Auf diese Weise soll zu einem Übergehen von Arbeitsplatzsicherheit auf Beschäftigungssicherheit beigetragen und auf dem Arbeitsmarkt nicht der konkrete Arbeitsplatz, sondern die Beschäftigung als solche geschützt und die rasche Wiedereingliederung in diese sichergestellt werden.<sup>65</sup> In Dänemark wurde dieser Weg im Rahmen einer Strategie zur Kombination von Flexibilität und Sicherheit (kurz „Flexicurity“) bereits beschritten. Im Wesentlichen baut die dänische Beschäftigungsstrategie dabei auf einem sog „goldenen Dreieck“ auf, dass sich aus einem flexiblen Arbeitsrecht (mit einem relativ geringen Kündigungsschutz), einem großzügigen System der sozialen Sicherheit für den Fall der Arbeitslosigkeit sowie einer aktiven Arbeitsmarktpolitik zusammensetzt.<sup>66</sup> Auch die Europäische Union hat den Flexicurity-Ansatz aufgegriffen und es sich zum Ziel gemacht, der

---

<sup>65</sup> Vgl dazu *OECD*, Employment Outlook 2004 95 ff mwN.

<sup>66</sup> Eine umfassende Darstellung des dänischen Flexicurity-Modells und weitere Literaturhinweise finden sich bspw bei *Kristiansen*, RIW 2008, 509.

durch die Globalisierung geforderten, schnellen Entscheidungs- und Anpassungsfähigkeit der Unternehmer bei gleichzeitiger Stärkung der Beschäftigungssicherheit gerecht zu werden. Zu diesem Zweck hat die Europäische Kommission – als Teil der beschäftigungspolitischen Leitlinien und der europäischen Beschäftigungsstrategie – einige gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz<sup>67</sup> erarbeitet und eine sog „Flexicurity Mission“ als Forum für eine Diskussion über nationale Flexicurity-Maßnahmen gestartet. Das europäische Flexicurity-Konzept<sup>68</sup> soll dabei durch die vier Komponenten (1) „flexible und zuverlässige vertragliche Vereinbarung“, (2) „umfassende Strategien des lebenslangen Lernens“, (3) „wirksame aktive arbeitsmarktpolitische Maßnahmen“ und (4) „modernende Systeme der sozialen Sicherheit“ umgesetzt werden. Der Abbau strenger Beschäftigungsschutzvorschriften ist dabei ein wesentlicher Aspekt der erstgenannten Komponente.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> *Europäische Kommission*, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz.

<sup>68</sup> *Europäische Kommission*, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz 6 f.

<sup>69</sup> In Österreich wurde ein Flexicurity-Paket umgesetzt, das mit 1.1.2008 sowie 1.1.2009 in Kraft getreten ist. Im Gegensatz zum Flexicurity-Konzept der EU hat sich der österreichische Gesetzgeber jedoch nicht für eine Lockerung im Bereich des Kündigungsschutzes entschieden, sondern hat ua mit der Ausdehnung des Systems der Abfertigung neu sowie der Arbeitslosenversicherung auch auf bestimmte selbständig Erwerbstätige und der Erleichterung der Inanspruchnahme einer Bildungskarenz die Schwerpunkte im Bereich des Ausbaues der sozialen Sicherheit sowie des lebenslangen Lernens gesetzt; Für einen umfassenden Überblick über die in Österreich implementierten Maßnahmen vgl *Pacic*, RIW 2008, 503.

## **2. Kapitel: Historische Entwicklung des Schutzes vor sozialwidriger Kündigung**

### **2.1. Allgemeine Anmerkungen**

Der Schutz des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung ist keineswegs eine Erfindung des ArbVG-Gesetzgebers. Vielmehr geht dieser in seinen Ursprüngen auf die Kündigungsschutzbestimmungen des deutschen Betriebsrätegesetzes (dtBRG 1920) aus 1920 zurück, die als Vorbild für das in Folge der nationalsozialistischen Machtergreifung in Österreich eingeführte Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) gedient und auf diese Weise auch das heute in Kraft stehende Kündigungsschutzrecht der §§ 105 ff ArbVG beeinflusst haben.<sup>70</sup>

Eine umfassende Aufarbeitung der gegenständlichen Thematik wäre nicht vollständig, würde man diese historische Entwicklung zur Gänze ausblenden. Wie noch zu zeigen sein wird, gehen die Anfänge dessen, was heute unter dem Topos der „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ einerseits und jenem der „sozialen Gestaltungspflicht“ andererseits von Lehre und Rspr weitestgehend anerkannt wird nämlich beinahe genauso weit zurück wie die gesetzlichen Regelungen zum Schutz des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung selbst. In den nachfolgenden Abschnitten wird daher zunächst eine chronologische Darstellung der Vorgängerregelungen der §§ 105 ff ArbVG gegeben und die historische Literatur und Rspr näher erörtert. Besonderes Augenmerk liegt der Aufgabenstellung entsprechend auf der Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber schon nach damaliger Ansicht dazu verpflichtet war, im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidung auf die sozialen Belange der Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen und ggf anstelle der Kündigung sonstige für den betroffenen Arbeitnehmer weniger nachteilige Maßnahmen zu ergreifen, um dessen Weiterbeschäftigung im Betrieb zu ermöglichen. Ziel ist es, die Ursprünge der beiden Topoi auszumachen, deren Entstehung und Entwicklung umfassend zu dokumentieren und aus der Betrachtung der historischen Zusammenhänge im Ergebnis sodann etwaige Hinweise und Anregungen für die Klärung heute strittiger Fragestellungen zu gewinnen.

---

<sup>70</sup> Für einen umfassenden historischen Überblick über die Entwicklung des österreichischen Betriebsverfassungsrechts siehe auch *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG Einleitung 2.3.

## 2.2. Der Schutz vor sozialwidriger Kündigung nach dem ersten Weltkrieg

### 2.2.1. Der Kündigungsschutz des § 3 Z 9 BRG 1919

Bis zum Inkrafttreten des Betriebsrätegesetzes 1919 (BRG 1919)<sup>71</sup> war das österreichische Arbeitsrecht – sieht man von den schon zu diesem Zeitpunkt bestehenden gesetzlichen Regelungen über Kündigungsfristen ab – durch eine weitestgehende Kündigungsfreiheit beider Arbeitsvertragsparteien gekennzeichnet. Durch § 3 Z 9 BRG 1919 erfuhr das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers sodann erstmals eine inhaltliche Einschränkung zugunsten des zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes auf das Beschäftigungsverhältnis angewiesenen Arbeitnehmers. In sachlicher Hinsicht erfasste die österreichische Regelung dabei jedoch einen relativ bescheidenen Schutzbereich: So konnte der Betriebsrat die Kündigung eines Arbeitnehmers nur „mit der Begründung anfechten, dass sie aus politischen Gründen, im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrates oder deswegen erfolgt sei, weil der Betroffene vom Vereins- oder Koalitionsrecht Gebrauch gemacht habe“. Sonstige Anfechtungstatbestände, insb eine Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit, waren nicht vorgesehen.

Auch das Gesetz über die Errichtung von Werksgemeinschaften<sup>72</sup>, das in Österreich infolge der Änderung der Staatsform im Jahr 1934 das BRG 1919 ablöste, brachte diesbezüglich keine wesentlichen Neuerungen, gab dessen § 7 doch bloß die bereits in § 3 Z 9 BRG 1919 genannten Anfechtungsgründe in bloß sprachlich abgewandelter Form wieder.<sup>73</sup>

### 2.2.2. Der Kündigungsschutz der §§ 84 ff dtBRG 1920

#### 2.2.2.1. Gesetzliche Ausgestaltung des Kündigungsschutzes

Anders gestaltete sich die Rechtslage in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg in Deutschland: Im Gegensatz zu ihrem österreichischen Pendant nahmen dort nämlich bereits die nur kurze Zeit später implementierten Kündigungsschutzbestimmungen des dtBRG 1920<sup>74</sup> auf die sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmers Bedacht und unterwarfen die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers – im Vergleich zu § 3 Z 9 BRG 1919 – deutlich strengeren Beschränkungen. Die Ausgestaltung der §§ 84 ff dtBRG 1920 basierte dabei – ähnlich

---

<sup>71</sup> Gesetz vom 15.5.1919 betreffend die Errichtung von Betriebsvertretungen (StBG I 283/1919).

<sup>72</sup> Bundesgesetz vom 12.7.1934 über die Errichtung von Werksgemeinschaften (BGBl 153/1934).

<sup>73</sup> Vgl Floretta/Strasser, BRG § 25 Vorbem 358.

<sup>74</sup> Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBl 147).

der den Kündigungsschutzbestimmungen des ArbVG wohl noch heute zugrunde liegenden Konzeption – jedoch nicht auf rein individualrechtlichen Ansatzpunkten. Vielmehr stand neben dem Schutz des individuellen Arbeitnehmers vor den sozialen und wirtschaftlichen Nachteilen der ungerechtfertigten Entziehung seiner Erwerbsgrundlage in erster Linie der Gedanke im Vordergrund, der durch die Betriebsvertretung repräsentierten Belegschaft ein entsprechendes Instrumentarium gegen willkürliche Änderungen der Belegschaftszusammensetzung zu bieten.<sup>75</sup>

IdS räumte § 84 Z 4 dtBRG dem Arbeitnehmer die Möglichkeit ein, Einspruch gegen die Kündigung beim Arbeiter- oder Angestelltenbetriebsrat zu erheben, wenn diese „*sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellt[e]*“.<sup>76</sup> Erachtete das zuständige Vertretungsorgan den Einspruch im Rahmen einer Vorprüfung als begründet, konnte der Arbeitnehmer in weiterer Folge das Arbeitsgericht mit seinem Begehren befassen. Anderenfalls blieb dem Arbeitnehmer der Gang vor Gericht verwehrt. Selbst aber in jenen Fällen, in denen das angerufene Arbeitsgericht den Einspruch des Arbeitnehmers als zulässig und begründet erkannte, war dessen Weiterbeschäftigung nicht gesichert. Den Kündigungsschutzbestimmungen des dtBRG 1920 lag nämlich das sog. „*Entschädigungsprinzip*“ zugrunde.<sup>77</sup> Demzufolge hatte das erkennende Gericht in seiner dem Einspruch stattgebenden Entscheidung gleichzeitig eine Entschädigungssumme festzusetzen. Dem Arbeitgeber stand sodann die Wahl offen, den gekündigten Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen oder aber eine Weiterbeschäftigung unter Begleichung der Entschädigung abzulehnen. Auf diese Weise konnte der Arbeitgeber unter Erbringung gewisser finanzieller Opfer im Ergebnis daher auch dann an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festhalten, wenn diese eine

---

<sup>75</sup> So Flatow, in Flatow/Kahn-Freund, BRG<sup>13</sup> § 84 443; vgl dazu auch Wettzel, Entscheidungsfreiheit 33; Berkowsky, Kündigung<sup>6</sup> Rz 20, spricht in diesem Zusammenhang vom sog. „*Dualismus von kollektivem und individuellem Kündigungsschutzrecht*“.

<sup>76</sup> Darüber hinaus bestand ein Einspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 84 dtBRG 1920 auch dann,

„1. wenn der begründete Verdacht vorliegt, dass die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlechte, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder wegen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen oder beruflichen Verein oder einem militärischen Verbands erfolgt ist;

2. wenn die Kündigung ohne Angabe von Gründen erfolgt ist;

3. wenn die Kündigung deshalb erfolgt ist, weil der Arbeitnehmer sich weigerte, dauernd andere Arbeit, als die bei der Einstellung vereinbarte, zu verrichten“.

<sup>77</sup> § 87 Abs 1 dtBRG 1920: „*Geht das Urteil des Arbeitsgerichts dahin, dass der Einspruch gegen die Kündigung gerechtfertigt ist, so ist zugleich für den Fall, dass der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung ablehnt, ihm eine Entschädigungspflicht aufzuerlegen.*“; vgl dazu umfassend Flatow, in Flatow/Kahn-Freund, BRG<sup>13</sup> § 87 522 ff.

„unbillige Härte“ darstellte, die „nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes“ gerechtfertigt war.

#### 2.2.2.2. Die Demobilmachungsverordnung vom 12.2.1920<sup>78</sup>

Ergänzt wurden die Kündigungsschutzbestimmungen des dBRG 1920 zunächst durch die Demobilmachungsverordnung 1920<sup>79</sup>. Primäres Ziel dieser Verordnung war es zwar, die nach der Entlassung aus dem Heeresdienst zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte wieder in den Arbeitsmarkt einzugliedern und damit einer etwaigen Massenarbeitslosigkeit vorzubeugen.<sup>80</sup>

Neben diversen Regelungen zum Schutz der wiedereinzustellenden Kriegsteilnehmer enthielt die Verordnung aber auch eine Reihe materieller Kündigungsschutzbestimmungen, die – wenn auch nur in Ansätzen – noch bis in das gegenwärtige Kündigungsschutzrecht fortwirken und von *Preis* daher als erste „Wegbereiter“ des heutigen Kündigungsschutzes bezeichnet werden<sup>81</sup>: So legte etwa § 12 Demobilmachungsverordnung fest, dass eine Kündigung zur Verminderung der Arbeitnehmerzahl nur dann zulässig ist, wenn dem Arbeitgeber eine Vermehrung der Arbeitsgelegenheiten durch Verkürzung der Arbeitszeit bis zur Hälfte der Wochenarbeitszeit, kurz eine „Arbeitsstreckung“ nicht zugemutet werden konnte. Besonders hervorzuheben ist des Weiteren die Bestimmung des § 13 der Verordnung, derzufolge bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen das Lebens- und Dienstalter sowie der Familienstand des Arbeitnehmers derart Berücksichtigung zu finden hatte, dass ältere, eingearbeitete Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit unterhaltsbedürftigen Angehörigen nach Möglichkeit in ihrer Arbeitstelle zu belassen waren.

Ursprünglich bestand die Bestrebung, die Kündigungsschutzbestimmungen der Verordnung dauerhaft in den Gesetzesbestand zu übernehmen. Ein entsprechender Entwurf lag bereits vor. Die katastrophale wirtschaftliche Lage in Deutschland machte dieses Vorhaben jedoch nahezu unmöglich,<sup>82</sup> sodass die Demobilmachungsverordnung im Herbst 1923 – von einer Regelung über den Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen

---

<sup>78</sup> Für eine umfassende Darstellung vgl. *Wüllenweber*, Entwicklung 41 ff.

<sup>79</sup> Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 3.9.1919 (RGBl 1500), geändert und neu bekanntgemacht durch die Verordnung vom 12.2.1920 (RGBl 218).

<sup>80</sup> Vgl. *Wüllenweber*, Entwicklung 40.

<sup>81</sup> *Preis*, Prinzipien 14, bezeichnet § 12 der Demobilmachungsverordnung als die „Geburtsstunde“ des Ultima-ratio-Prinzips.

<sup>82</sup> *Hueck*, in *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht Bd I<sup>7</sup> 619.

abgesehen – weitestgehend außer Kraft gesetzt wurde.<sup>83</sup> Vielerorts wurde aber auch nach der Außerkraftsetzung der Demobilmachungsverordnung weiterhin die Beachtlichkeit des in ihrem Art 13 verankerten Grundsatzes der Sozialauswahl bejaht. Da dieser Grundsatz nunmehr gewohnheitsrechtliche Bedeutung erlangt habe, sei bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer auch weiterhin auf die darin zum Ausdruck kommenden Wertungen Bedacht zu nehmen, so die Begründung.<sup>84</sup>

#### 2.2.2.3. Rechtsprechung und Literatur zu § 84 Z 4 dBRG

Sowohl in der Rspr als auch in der Lehre stieß die Bestimmung des § 84 Z 4 dBRG auf große Aufmerksamkeit. Einigkeit herrschte dabei zumindest insofern, als unter der Wendung „*Verhältnisse des Betriebes*“, die eine unbillige Härte darstellende Kündigung bedingen, grundsätzlich sowohl wirtschaftliche (zB eine mangelhafte Absatzlage) wie auch technische oder organisatorische Umstände (zB die Einführung neuer, arbeitskräftesparender Maschinen) anerkannt wurden.<sup>85</sup> Dies entspricht soweit wohl auch der heute herrschenden Ansicht.<sup>86</sup>

Weit strittiger war hingegen die Frage, inwieweit es dem Arbeitgeber frei stand, seinen Betrieb nach eigenem Ermessen zu gestalten, und ob und in welchem Umfang die Gerichte dazu befugt sein sollten, eine die Freisetzung von Arbeitnehmern auslösende Unternehmerentscheidung einer Nachprüfung zu unterwerfen. Insb in Zusammenhang mit der Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit zur Vermeidung des Arbeitskräfteabbaus wurde die gerichtliche Nachprüfungskompetenz immer wieder diskutiert. In der Literatur war das Meinungsbild diesbezüglich uneinheitlich, fielen die Auffassungen zum Teil doch massiv auseinander: So wurde zum einen die Ansicht vertreten, dass die Gestaltung des Betriebes einzig und allein Sache des Unternehmers sei und die Durchführung etwaiger organisatorischer Änderungen, wie etwa die Einführung von Kurzarbeit, von diesem nicht

---

<sup>83</sup> Dies erfolgte durch Stilllegungsverordnung vom 15.10.1923 (RGI 983).

<sup>84</sup> Vgl dazu Bescheid des RAM 18.11.1923, RABl 1923, 734; Bescheid des RAM 15.11.1934, RABl 1924, 461; *Flatow*, in *Flatow/Kahn-Freund*, BRG<sup>13</sup> § 84 456 mit umfassenden Nachweisen aus Rspr und Lehre; siehe auch *Mansfeld*, BRG<sup>2</sup> § 84 433, der allerdings betont, dass der Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet sei, innerhalb des Betriebs Versetzungen vorzunehmen, um diesen Grundsätzen unbedingt Rechnung tragen zu können.

<sup>85</sup> Vgl dazu *Mansfeld*, BRG<sup>2</sup> § 84 433; *Flatow*, in *Flatow/Kahn-Freund*, BRG<sup>13</sup> § 84 443 mwN aus Lehre und Rspr.

<sup>86</sup> Für eine umfassende Darstellung der hM vgl 5.2.3. Die „betrieblichen Erfordernisse“ iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG.

verlangt werden könne.<sup>87</sup> Unter Berufung auf den Umstand, dass der Unternehmer „*allein Herr seiner Produktionsmittel sei*“ lehnte insb *Mansfeld* eine gerichtliche Kontrolle der arbeitgeberseitig getroffenen wirtschaftlichen Maßnahmen auf ihre Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit hin ab. Nur in jenen Fällen, in denen der Unternehmer willkürlich oder schikanös handle, dürfe es zu einer gerichtlichen Kontrolle kommen.<sup>88</sup> Auch in Bezug auf die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer stand *Mansfeld* auf dem Standpunkt, dass die Entscheidung über die künftige Belegschaftszusammensetzung, dh die Frage, welche Personen weiterhin im Betrieb beschäftigt sein sollten, grundsätzlich dem Arbeitgeber vorbehalten bleiben müsse und dieser nicht verpflichtet werden könne, „*immer nur den jüngsten, ledigen und sozial gut gestellten Arbeitnehmern zuerst zu kündigen*“. Allerdings dürfe die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer auch nicht willkürlich erfolgen und müssten bei einem größeren Personalabbau auch die sozialen Verhältnisse der Arbeitnehmer Berücksichtigung finden.<sup>89</sup> Demgegenüber verneinte der überwiegende Teil der Lehre die Bindung der Gerichte an die unternehmerische Entscheidung und trat stattdessen für eine gerichtliche Prüfung der betrieblichen Verhältnisse in wirtschaftlicher, technischer und organisatorischer Hinsicht ein. Uneinigkeit bestand dabei jedoch in Hinblick auf Intensität und Reichweite der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis. Während so manche Literaturmeinung eine Kündigung dann als durch die betrieblichen Verhältnisse gerechtfertigt erachtete, wenn diese „*zum finanziellen Gedeihen des Unternehmens*“ erforderlich war,<sup>90</sup> wurde die Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung von anderen Stimmen nur in jenen Fällen bejaht, in denen anderenfalls der Zusammenbruch des Unternehmens drohte.<sup>91</sup> Eine relativ differenzierte Sichtweise vertrat dabei *Flatow*, demzufolge es nicht ausreichend sei, dass der Arbeitgeber im Falle einer durch eine mangelhafte Auftragslage bedingten Abbaukündigung erklärt, er müsse die Zahl der Arbeitnehmer in Folge einer rückläufigen Auftragslage dezimieren. Vielmehr habe dieser „*näher darzulegen, in welchem Umfang seine Aufträge zurückgegangen sind und deshalb eine Einschränkung der Ausgaben notwendig wird*“. Insb dann, wenn „*keine gleichmäßige Verringerung der verschiedenen Kostenbestandteile seitens des Unternehmers*“ stattfinde (dieser etwa seine Dividen-

---

<sup>87</sup> So insb *Mansfeld*, NZA 1931, 415 (424 ff); *Nikisch*, Der ArbG, 1931, 61 (62 ff).

<sup>88</sup> *Mansfeld*, NZA 1931, 415 (430).

<sup>89</sup> *Mansfeld*, BRG<sup>2</sup> § 84 433.

<sup>90</sup> *Jadesohn*, NZA 1931, 343 (347).

<sup>91</sup> Vgl dazu *Bendix*, ArbRPrax 1930, 33 (34); ähnlich auch *Jacoby*, ArbRPrax 1932, 167 (167 ff); krit dazu *Mansfeld*, NZA 1930, 289 (289 ff).

den- und Tantiemenzahlungen nicht eingeschränkt oder keinen Versuch unternommen habe, die Gehälter der zu hoch bezahlten Arbeitnehmer zu reduzieren), sei die Kündigung so lange nicht durch die Verhältnisse des Betriebes gerechtfertigt, „als nicht der Arbeitgeber nachweist, dass die Betriebsverhältnisse nur auf diesem Wege zu bessern sind, wobei auch die [...] Möglichkeit einer Arbeitsstreckung eine Rolle spielen kann.“<sup>92</sup> Demgegenüber habe der Arbeitgeber im Falle einer Kündigung aufgrund von technischen oder organisatorischen Veränderungen im Betrieb zwar nicht die Notwendigkeit der Maßnahme, sehr wohl aber deren Umfang darzulegen und nachzuweisen, dass die technische oder organisatorische Veränderung eben gerade diese Kündigung notwendig gemacht habe. Insb sei darzutun, dass „ein anderer Arbeitsplatz für diesen Arbeitnehmer nicht mehr frei war und dass infolge der speziell vorhandenen oder fehlenden Vorbildung oder Fähigkeit des Gekündigten er auch auf keinem anderen Arbeitsplatz mehr Verwendung finden konnte, wenn sich ergibt, dass noch andere Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sind, die von der Kündigung in ihren sozialen Verhältnissen weniger hart betroffen werden.“<sup>93</sup>

Ebenso gegensätzlich wie die Ansichten im Schrifttum war auch die Entscheidungspraxis der deutschen Arbeitsgerichte: Von den Instanzengerichten wurde die gerichtliche Überprüfbarkeit der die Kündigung auslösenden unternehmerischen Entscheidung vielfach bejaht.<sup>94</sup> Beispielhaft sei hier die Entscheidung des LAG Frankfurt/Main vom 11.2.1932 erwähnt.<sup>95</sup> In dieser war das Gericht mit der Frage befasst, inwieweit die Arbeitsgerichte dazu befugt sind, im Rahmen des Einspruchsverfahrens zu beurteilen, ob die Kündigung durch eine Verkürzung der Arbeitszeit hätte vermieden werden können und bejahte eine gerichtliche Nachprüfungsbefugnis unter Berufung auf die stetig zunehmende Arbeitslosigkeit. Der Zweck der Kündigungsschutzbestimmungen liege nämlich nicht allein im Schutz des einzelnen Arbeitnehmers, sondern auch „im Interesse der Allgemeinheit, nämlich [in der] Entlastung des Arbeitsmarkts“. Dabei stelle die gerichtliche Nachprüfung „auch keinen unzulässigen Eingriff in das Direktionsrecht des Arbeitgebers oder

---

<sup>92</sup> Flatow, in Flatow/Kahn-Freund, BRG<sup>13</sup> § 84 456.

<sup>93</sup> Flatow, in Flatow/Kahn-Freund, BRG<sup>13</sup> § 84 455.

<sup>94</sup> Vgl zB LAG Dresden, 20.11.1931, Sammlung Bereinigung 1932, 22 f; LAG Frankfurt/Main, 11.2.1932, 6 I S 233/31, ArbRSam 14, LAG 17; LAG Augsburg, 17.2.1933, ArbRSam 18, LAG 55; weitere Nachweise auch bei Ribbert, Nachprüfung 63 f. Andere LAG lehnten die gerichtliche Nachprüfung hingegen mit der Begründung ab, dass diese einen unzulässigen Eingriff in das unternehmerische Direktionsrecht darstelle; vgl zB LAG Limburg, 25.8.1927, ArbRPrax 1931, 268; LAG Stuttgart, 14.3.1933, ArbRSam 19, LAG 96; weitere Nachweise auch bei Ribbert, Nachprüfung 63 f.

<sup>95</sup> LAG Frankfurt/Main, 11.2.1932, ArbRSam 14, LAG 17.

*eine Verletzung der Grundsätze privatkapitalistischer Wirtschaftsordnung[en]“ dar, könne dem Arbeitgeber doch nicht auferlegt werden, „eine Verkürzung der Arbeitszeit vorzunehmen, zu einer solchen Anordnung [...] fehlt die Befugnis.“ Vielmehr könne das Gericht nur nachprüfen, „ob nicht bei Verkürzung der Arbeitszeit die Entlassung vermeidbar war, und [...] wenn es zu einer solchen Feststellung gelangt, die unbillige Härte annehmen.“ „Jedoch“, so das LAG weiter, könne „dem Arbeitgeber eine Verkürzung der Arbeitszeit zur Vermeidung von Entlassungen nur unter 3 Voraussetzungen angesonnen werden, nämlich: a) die Verkürzung der Arbeitszeit muss in dem betreffenden Betrieb ohne erhebliche Schwierigkeiten technisch durchführbar sein; b) sie darf nicht zu einer untragbaren Mehrbelastung des Arbeitgebers führen; c) die Belegschaft muss zu einer solchen Arbeitszeitverkürzung bereit sein.“*

Einen deutlich zurückhaltenderen Standpunkt vertrat demgegenüber das Reichsarbeitsgericht, das die gerichtliche Nachprüfung der unternehmerischen Entscheidung grundsätzlich ablehnte.<sup>96</sup> In Hinblick auf die Frage, „ob die Entlassung von Arbeitnehmern durch Einführung von Kurzarbeit mittels Änderung des Arbeitsverfahrens vermieden werden kann,“ habe sich „die Erörterung des Arbeitsgerichts darauf zu beschränken, ob der Arbeitgeber diese Aushilfe ernstlich erwogen hat. Die mit fachlichen Gründen vertretene EntschlieÙung des Arbeitgebers zur Arbeitsordnung unterliegt dagegen als Maßnahme der Betriebsleitung der Nachprüfung des Arbeitsgerichts [...] nicht,“.<sup>97</sup> Ähnliches führte das RAG in Bezug auf die Abschaffung von Leistungszulagen zur Vermeidung des Arbeitskräfteabbaus aus. Auch in diesem Fall habe der für das Betriebsergebnis verantwortliche Arbeitgeber „über die Zweckmäßigkeit der Beibehaltung der Leistungszulagen allein zu entscheiden“, so das RAG.<sup>98</sup> Eine dogmatische Begründung dieser Sichtweise blieb das RAG dabei jedoch schuldig und beschränkte sich schlicht auf die Ausführung, dass eine derartige Aufgabe bei weitem die Möglichkeit ihrer Lösung übersteige, müsste das Arbeitsgericht doch „von sich aus die Lage des ganzen Betriebs überprüfen und schließlich schwerwiegende Entscheidungen für die ganze Gestaltung des künftigen Arbeitsprozesses treffen.“<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Zwar hat sich das RAG aufgrund prozessualer Vorschriften niemals direkt zu § 84 Z 4 dtBRG geäußert, jedoch anderenorts dazu Stellung genommen; vgl RAG RB 96/31, 27.2.1932, ArbRSam 14, 546; RAG RB 23/32, 22.4.1932, ArbRSam 15, 372; RAG RB 99/32, 4.2.1933, ArbRSam 17, 273.

<sup>97</sup> RAG RB 96/31, 27.2.1932, ArbRSam 14, 546 (548).

<sup>98</sup> RAG RB 99/32, 4.2.1933, ArbRSam 17, 273 (273).

<sup>99</sup> RAG RB 96/31, 27.2.1932, ArbRSam 14, 546 (547).

## 2.3. Der Schutz vor sozialwidriger Kündigung in der Zeit des Nationalsozialismus

### 2.3.1. Der Kündigungsschutz der §§ 56 ff AOG<sup>100</sup>

Infolge der nationalsozialistischen Machtergreifung durch den „Anschluss“ an das Deutsche Reich trat in Österreich 1938 das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) in Kraft.<sup>101</sup> Dieses hatte in Deutschland im Jahre 1934 das dBRG 1920 abgelöst. Der heimische Kündigungsschutz, der sich bis zu diesem Zeitpunkt auf einen Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigungen aus bestimmten verpönten Motiven beschränkt hatte, erfuhr damit zumindest in sachlicher Hinsicht eine wesentliche Erweiterung. Auch wenn die Kündigungsschutzbestimmungen der §§ 56 ff AOG dem „Führerprinzip“ entsprechend die Mitwirkung der Belegschaftsvertretungen weitestgehend beseitigten und dem Kündigungsschutz damit einen rein individualarbeitsrechtlichen Charakter verliehen, orientierten sie sich in ihrer Ausgestaltung doch in weiten Teilen an den §§ 84 ff dBRG 1920<sup>102</sup> und behielten – trotz sprachlich abgewandelter Fassung – deren Regelungen zum Schutz des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung inhaltlich im Wesentlichen bei. So räumte § 56 Abs 1 AOG dem Arbeitnehmer bei mindestens einjähriger Beschäftigungsdauer in einem Betrieb mit in der Regel mindestens zehn Beschäftigten das Recht ein, seinen Arbeitgeber beim Arbeitsgericht auf Widerruf der Kündigung zu klagen, wenn die Kündigung *„unbillig hart und durch die Verhältnisse des Betriebes nicht bedingt war“*. Ähnlich dem Konzept der Kündigungsschutzbestimmungen nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG war eine die Interessen des Arbeitnehmers wesentlich beeinträchtigende Kündigung somit zwar grundsätzlich rechtswirksam, konnte aber nachträglich bekämpft werden, wenn eine Rechtfertigung in den betrieblichen Verhältnissen fehlte. Wie schon nach §§ 84 ff dBRG konnte die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dabei jedoch selbst bei Obsiegen des Arbeitnehmers vor dem Arbeitsgericht nicht erzwungen werden. So behielt nämlich auch das AOG das Entschädigungsprinzip bei und eröffnete damit dem Arbeitgeber die Möglich-

---

<sup>100</sup> Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 (DRGBI I 45).

<sup>101</sup> Zweite Verordnung über die Einführung sozialrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 9.7.1938, Gesetzblatt für das Land Österreich 290/38 (DRGBI I 851).

<sup>102</sup> Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Vorbem Rz 2.

keit, durch Begleichung einer Entschädigungssumme an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festzuhalten.<sup>103</sup>

Ab Kriegsbeginn war der wirksame Ausspruch der Kündigung aufgrund der Regelung der Arbeitsplatzwechsel-VO<sup>104</sup> darüber hinaus an die Zustimmung des Arbeitsamtes gebunden. In ihrer Zielsetzung verfolgte die Arbeitsplatzwechsel-VO damit jedoch nicht den Zweck, den Arbeitnehmer vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes zu schützen. Vielmehr diente sie primär dazu, jeglichen Arbeitseinsatz der staatlichen Kontrolle zu unterwerfen und auf diese Weise dem insb in der Rüstungsindustrie stetig zunehmenden Mangel an Arbeitskräften entgegenzuwirken.<sup>105</sup>

Bevor im nachfolgenden Abschnitt ein kurzer Überblick über die Rspr und das Schrifttum zu § 56 AOG gegeben wird, muss an dieser Stelle ausdrücklich betont werden, dass die aus der Zeit des Nationalsozialismus rührenden „Materialien“ aufgrund der im Dritten Reich vorherrschenden politischen und ideologischen Gesinnung sowie der daraus resultierenden gesellschaftlichen Zwänge mit entsprechender Zurückhaltung zu beurteilen sind. Insb unbestimmte Gesetzesbegriffe – wie sie in § 56 Abs 1 AOG mit den Wendungen „*unbillige Härte*“ und „*Verhältnisse des Betriebes*“ in zweifacher Weise wiederzufinden sind – sind nämlich besonders empfänglich dafür, in ihrer Auslegung mit ideologischen Wertungen besetzt zu werden und so zu einer Instrumentalisierung gesetzlicher Regelungen für politische Zwecke beizutragen. Dass dies auch während der NS-Herrschaft der Fall war, steht gänzlich außer Frage.<sup>106</sup> Selbst wenn – wie noch zu zeigen sein wird – die damaligen Ansätze in ihren Ergebnissen daher gewisse Parallelen zu einzelnen Überlegungen aufweisen, die auch der heutigen Diskussion nicht fremd sind, sind allfällige Rückschlüsse nur mit größter Vorsicht zu ziehen. In erster Linie muss die der damaligen Zeit entstammende Rspr und Literatur aber als abschreckendes Beispiel für den unachtsamen Umgang mit Generalklauseln und gleichzeitig als Mahnung für die Zukunft dienen.

---

<sup>103</sup> Gemäß § 57 AOG hatte der Arbeitgeber die Möglichkeit, anstelle der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers eine durch das Gericht festzusetzende Entschädigung zu leisten und sich auf diese Weise von einem Widerruf der Kündigung „freizukaufen“; vgl dazu Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 57.

<sup>104</sup> Arbeitsplatzwechsel-VO vom 1.9.1939 (DRGBI I 1685).

<sup>105</sup> Floretta/Strasser, BRG § 25 Vorbem 359.

<sup>106</sup> Für eine umfassende Darstellung dieser Problematik siehe Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 238 ff; So hielt schon das RAG infolge der nationalsozialistischen Machtergreifung ausdrücklich fest, dass Begriffe wie „Treu und Glaube“, „gute Sitten“, „wichtiger Grund“, „Zumutbarkeit“, „unbillige Härte“ und andere Generalklauseln „nunmehr nach nationalsozialistischer Anschauung zu beurteilen seien; RAG 28.10.1933, ArbRSam 19, 207; RAG 25.11.1933, ArbRSam 19, 214 (216).

### 2.3.2. Rechtsprechung und Literatur zu § 56 AOG

Nach dem Inkrafttreten der Kündigungsschutzbestimmungen des AOG wurden die während der Geltung der §§ 84 ff dBRG in Lehre und Rspr vorherrschenden Streitigkeiten in Bezug auf die gerichtliche Nachprüfbarkeit einer den Abbau von Arbeitskräften auslösenden Unternehmerentscheidung weitestgehend beigelegt. Die Rspr zu § 56 Abs 1 AOG vertrat nunmehr einheitlich den Standpunkt, dass allein der Unternehmer als „Führer“ des Betriebes darüber zu entscheiden habe, „*was die Belange seines Betriebes erfordern*“<sup>107</sup> und „*in welche Richtung und auf welches Sondergebiet sein Unternehmen zu leiten ist.*“<sup>108</sup> Insb vor dem Hintergrund des Führerprinzips, müsse der Grundsatz, „*dass die mit sachlichen Gründen vertretene Entschließung des Arbeitgebers zur Arbeitsanordnung der Nachprüfung des Arbeitsgerichts nicht unterliege*“ noch stärker in den Vordergrund treten, so die Urteilsbegründung des Arbeitsgerichts Bremen in seiner Entscheidung vom 8.6.1934.<sup>109</sup> In Ansätzen schien die Rspr den Gedanken der verhältnismäßigen Ausübung des Kündigungsrechts aber weiterhin anzuerkennen, wurden in vereinzelt Entscheidungen doch gewisse Einschränkungen des Arbeitgebers in Hinblick auf die betriebliche Umsetzung seiner unternehmerischen Entscheidung bejaht. So erachtete etwa das LAG Krefeld-Uerdingen die Kündigung eines Bademeisters nach Schließung einer vom Arbeitgeber betriebenen Badeanstalt deshalb als unzulässig, weil in anderen Teilen des Betriebes weiterhin Neueinstellungen vorgenommen wurden. Wenn ein langjähriger Angestellter zwar nicht mehr an seinem alten Arbeitsplatz, sehr wohl aber einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb beschäftigt werden könne, sei die Kündigung nämlich nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt.<sup>110</sup> Ebenso verneinte das Arbeitsgericht Hamburg die Betriebsbedingtheit einer aufgrund von budgetären Einschränkungen des Fahrpersonales ausgesprochenen Kündigung eines Beifahrers, weil im Fahrdienst weiterhin Überstunden geleistet wurden. Solange in dem betreffenden Betrieb von gleichartigen Arbeitern Überstunden gemacht würden, sei die Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer nicht durch die betrieblichen Verhältnisse erforderlich, so die Urteilsbegründung.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> ArbG Bremen, 8.6.1934, ArbRSam 21, ArbG 73 (78); idS auch LAG Schneidemühlen, 16.8.1934, ArbRSam 24, LAG 3 (6); ArbG Gleiwitz, 16.4.1940, ArbRSam 39, LAG 80.

<sup>108</sup> LAG Darmstadt, 26.4.1935, ArbRSam 26, LAG 153 (158).

<sup>109</sup> ArbG Bremen, 8.6.1934, ArbRSam 21, ArbG 73 (78).

<sup>110</sup> LAG Krefeld-Uerdingen am Rhein, 27.3.1935, ArbRSam 24, LAG 88.

<sup>111</sup> ArbG Hamburg, 5.10.1934, ArbRSam 26, ArbG 172 (mit zustimmender Anm *Dersch*).

Ein ähnliches Bild zeigte auch das arbeitsrechtliche Schrifttum zu § 56 AOG: Wie die Rspr vertrat nunmehr auch die Literatur einhellig die Ansicht, dass die Gestaltung des Betriebes grundsätzlich der freien Entscheidung des Unternehmers unterliege und die Gerichte nicht dazu befugt seien, technische oder organisatorische Maßnahmen auf ihre wirtschaftliche Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.<sup>112</sup> „Eine solche Kontrolle wäre [nämlich] eine Beeinträchtigung der Unternehmerfreiheit und Privatinitiative und eine Schmälerung der Selbstverantwortlichkeit des Unternehmers, die einem Grundprinzip unserer Rechtsordnung und dem auch in das Wirtschaftsleben übertragenen Führerprinzip widerspräche.“<sup>113</sup> Weiterhin – wenn auch ohne überzeugende dogmatische Begründung sowie in zum Teil unterschiedlicher Intensität und Ausgestaltung – wurde aber auch im Schrifttum die verhältnismäßige Ausübung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts unter Berücksichtigung der sozialen Interessen der Arbeitnehmer gefordert, galt eine Kündigung doch nur dann als durch die betrieblichen Verhältnisse bedingt, wenn im Betrieb für die Tätigkeit gerade dieses Arbeitnehmers kein Bedarf mehr bestanden habe und ein solcher auch nicht durch die Kündigung eines anderen, weniger schutzbedürftigen Beschäftigten geschaffen werden hätte können.<sup>114</sup> Diesen Ansatz bringen auch die Ausführungen Huecks deutlich zum Ausdruck, demzufolge das Gericht zwar „nicht zu prüfen [hat], ob die Anschaffung einer neuen, arbeitskräftesparenden Maschine vom wirtschaftlichen oder technischen Standpunkt aus zweckmäßig ist [...] [oder] ob die ersparten Löhne wirklich die durch Anschaffung und Betrieb der Maschine entstehenden Mehrkosten übersteigen, die Kalkulation des Unternehmers also richtig war. Wohl aber unterliegt seiner Beurteilung, ob bei den Rationalisierungsmaßnahmen die **sozialen** Gesichtspunkte gebührend berücksichtigt worden sind.“<sup>115</sup> Daher könne die gegen eine Kündigung erhobene Widerrufsklage insb dann Erfolg haben, wenn die durch die unternehmerseitig ergriffene Maßnahme zu erwartenden Vorteile in keinem rechten Verhältnis zu den für die von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer entstehenden Härten stünden. Ebenso, so Hueck weiter, könne eine Kündigung zum Zwecke der Verringerung der Belegschaft grundsätzlich selbst dann durch die schlechte finanzielle Lage des Unternehmens gerechtfertigt wer-

---

<sup>112</sup> Vgl dazu Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Rz 10; Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, AOG § 56 Rz 2e; Franke, JW 1936, 1184 (1186).

<sup>113</sup> Franke, JW 1936, 1184 (1186); unter Berufung auf das Führerprinzip auch Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Rz 10.

<sup>114</sup> IdS etwa Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Rz 10.

<sup>115</sup> Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Rz 10.

den, wenn an sich genügend Aufträge vorhanden seien. Allerdings bleibe in diesem Fall „zu prüfen, ob die notwendig gewordene Kostensenkung nicht durch andere Mittel, zB durch Einschränkung besonders hoher Gehälter der Vorstandsmitglieder oder leitender Angestellter erzielt oder aber die finanzielle Lage des Unternehmens durch Verringerung der Dividenden, Tantiemen usw gebessert werden“ könne.<sup>116</sup> Einen ähnlichen Ansatz vertrat auch Franke,<sup>117</sup> der eine Kündigung „angesichts [...] der allgemeinen Bedeutung der Beschäftigungslage und der Allgemeinschädlichkeit jedes Personalabbaues“ nur in jenen Fällen als durch die betrieblichen Verhältnisse bedingt erachten wollte, in denen es dem Unternehmer nicht zumutbar sei, den Arbeitskräfteabbau durch Anwendung geeigneter Gegenmaßnahmen zu verhüten. Das Gericht habe daher im Rahmen des Einspruchsverfahrens zu prüfen, ob die Kündigung nicht etwa durch das Ergreifen einer sog „Abbauverhütungsmaßnahme“, wie bspw die Einführung von Kurzarbeit oder die Zurückführung der überhöhten Arbeitszeit auf das „normale Maß“, vermeidbar gewesen wäre.<sup>118</sup> Die Zumutbarkeit einer „Abbauverhütungsmaßnahme“ könne dabei aufgrund der „vordringlichen sozialen Belange“ nur dann verneint werden, wenn „durch sie der Bestand des Unternehmens“ und damit auch die Interessen der nicht von der Kündigung betroffenen übrigen Belegschaft gefährdet werden würden, so Franke. „Eine Überspannung der sozialen Anforderungen würde schließlich der Existenz aller schaden, sowohl dem Unternehmer wie dem ungekündigten als auch dem gekündigten Gefolgschaftsteil, und damit einen weit größeren Schaden hervorrufen als in diesem Falle eine Hintanstellung und Abweisung der Weiterbeschäftigungsansprüche.“<sup>119</sup>

## **2.4. Der Schutz vor sozialwidriger Kündigung nach dem zweiten Weltkrieg**

### **2.4.1. Der Kündigungsschutz nach § 25 BRG 1947<sup>120</sup>**

Auch nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft in Österreich verblieben die Kündigungsschutzbestimmungen des AOG zunächst weiter in Kraft, ehe sie

---

<sup>116</sup> Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Rz 13.

<sup>117</sup> Vgl Franke, JW 1936, 1184 sowie JW 1936, 2690.

<sup>118</sup> Franke, JW 1936, 2690 (2695).

<sup>119</sup> Franke, JW 1936, 1184 (1186).

<sup>120</sup> Bundesgesetz vom 28.3.1947 über die Errichtung von Betriebsvertretungen (BGBl 97/1947).

schließlich im Februar 1947 durch die Regelung des BRG 1947 abgelöst wurden.<sup>121</sup> Nach dem nunmehr in Geltung stehenden § 25 BRG 1947 konnte eine von Seiten des Arbeitgebers ausgesprochene Kündigung beim jeweils zuständigen Einigungsamt angefochten werden, wenn ihr eines der im Gesetz genannten verpönten Motive zugrunde lag (Abs 3) oder aber, wenn sie für den Arbeitnehmer, sofern dieser bereits sechs Monate im Betrieb beschäftigt war, eine „soziale Härte bedeutet und in den Betriebsverhältnisse nicht begründet“ war (Abs 4). Auch wenn der Gesetzgeber sich in der Formulierung des Anfechtungstatbestandes damit einer sprachlich leicht abgewandelten Wendung bediente, orientierte er sich in Hinblick auf dessen inhaltliche Ausgestaltung doch weiterhin zu großen Teilen an dessen Vorgängerbestimmung in § 56 AOG. Dies belegen auch die Gesetzesmaterialien zur Stammfassung des BRG 1947, die ausdrücklich auf die §§ 56 ff AOG Bezug nehmen und festhalten, dass Anfechtungsgründe der Neuregelung mit jenen des AOG übereinstimmen.<sup>122</sup>

Im Gegensatz zu den Kündigungsschutzbestimmungen des AOG war der Kündigungsschutz des BRG 1947 allerdings – nach dem Vorbild des BRG 1919 – wieder vermehrt durch den Gedanken der betrieblichen Mitbestimmung und damit durch eine Stärkung der Rolle des Betriebsrates geprägt: So war der Betriebsrat nach § 25 Abs 1 und Abs 2 BRG 1947 nunmehr vor Ausspruch einer geplanten Kündigung im Rahmen des sog betrieblichen Vorverfahrens zu konsultieren und konnte deren spätere Anfechtung durch zustimmende Stellungnahme oder bloßes Schweigen verhindern (sog Sperrrecht des Betriebsrates).<sup>123</sup> Darüber hinaus stand das Recht, die Kündigung anzufechten, primär dem Betriebsrat zu und ging erst bei dessen Untätigkeit auf den von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer selbst über.

Aber auch in einem weiteren, nicht weniger bedeutsamen Punkt brachte die nach Ende des zweiten Weltkrieges erlassene Neuregelung gegenüber ihren Vorgängerbestim-

---

<sup>121</sup> Formell wurde das AOG durch § 48 KVG (Bundesgesetz vom 26. Februar 1947 über die Regelung von Arbeits- und Lohnbedingungen durch Kollektivverträge und Arbeitsordnungen – Kollektivvertragsgesetz, BGBl 76/1947) aufgehoben.

<sup>122</sup> So findet sich in den ErlB zu der RV (320 BlgNr V. GP, 13) folgende Aussage: „Mit Einführung des AOG trat in Österreich auch der erweiterte Kündigungsschutz des § 56 AOG in Kraft, der unter bestimmten Voraussetzungen den Dienstnehmer im Falle einer Kündigung, wenn diese eine unbillige Härte bedeutet und nicht durch die Betriebsverhältnisse bedingt war, [berechtigte...] beim Arbeitsgericht die Widerrufsklage einzubringen. Das vorliegende Gesetz knüpft sowohl an die Vorschriften des Betriebsrätegesetzes vom Jahre 1919 als auch an die Bestimmungen des AOG an. [...] Die Gründe, aus denen der Betriebsrat der Kündigung widersprechen kann, sind dieselben wie im AOG, nämlich, dass die Kündigung für den Dienstnehmer eine soziale Härte bedeutet und nicht in den Betriebsverhältnissen begründet ist.“

<sup>123</sup> Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 25 Abs 2 BRG 1947 war das Schweigen des Betriebsrates im betrieblichen Vorverfahren als Zustimmung zu der Kündigung zu werten.

mungen eine wesentliche Veränderung mit sich. Mit der Kündigungsschutzbestimmung des § 25 BRG 1947 wurde nämlich erstmals das Entschädigungsprinzip, das von Anbeginn an bis hin zu diesem Zeitpunkt fester Bestandteil des Kündigungsschutzes gewesen war, fallen gelassen und die Wahlfreiheit des Arbeitgebers zwischen der Fortbeschäftigung des Arbeitnehmers und der Leistung einer Entschädigungszahlung beseitigt. Gemäß § 25 Abs 7 BRG 1947 führte die erfolgreiche Anfechtung der Kündigung vor dem Einigungsamt nunmehr unweigerlich zu deren Rechtsunwirksamkeit und damit zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Eine Möglichkeit des Arbeitgebers, sich durch Zahlung einer Entschädigungssumme einseitig der Weiterverwendung des Arbeitnehmers zu entziehen, bestand nicht mehr.<sup>124</sup>

#### **2.4.2. Rechtsprechung und Literatur zu § 25 Abs 4 BRG 1947**

Im arbeitsrechtlichen Diskurs verlor die Frage, wann eine Kündigung als in den betrieblichen Verhältnissen begründet anzusehen ist und inwieweit der Arbeitgeber bei seiner den Personalabbau auslösenden unternehmerischen Entscheidung auf die sozialen Belange des betroffenen Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat, auch nach Inkrafttreten der Kündigungsschutzbestimmung des § 25 BRG 1947 keineswegs an Bedeutung. Insb der VwGH, der nunmehr als Höchstgericht in Fragen des Betriebsverfassungsrechts zur letztinstanzlichen Entscheidung über Kündigungsanfechtungsklagen berufen war, aber auch die als Unterinstanz zuständigen Einigungsämter setzten sich in einem bemerkenswert weiten Spektrum an Entscheidungen mit der Thematik auseinander und äußerten sich dabei zu Fragestellungen, die sich zum Teil auch in der heutigen Diskussion nach wie vor wiederfinden.

In Hinblick auf die gerichtliche Nachprüfbarkeit der die Kündigung auslösenden Unternehmerentscheidung wurde dabei von der Rspr – und an diese anknüpfend ebenso vom Schrifttum<sup>125</sup> – weiterhin der Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers anerkannt.<sup>126</sup> Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang das Erkenntnis des VwGH vom 26.2.1953<sup>127</sup> erwähnt, in dem die Kündigungen von insgesamt 65 Arbeit-

---

<sup>124</sup> Für eine umfassende Darstellung der Kündigungs- und Entlassungsschutzbestimmungen des § 25 BRG 1947 vgl die Ausführungen von *Floretta/Strasser*, BRG § 25.

<sup>125</sup> Vgl etwa *Henrich*, JBl 1956, 437 (437 f); *Floretta/Strasser*, BRG § 25 378.

<sup>126</sup> Vgl VwGH 26.2.1953, ZI 2471/52, Arb 5.637; EA Amstetten 11.12.1958, Re 13/58, Arb 6.965; EA Amstetten 20.3.1959, Re 11 bis 17/59, Arb 7.054; VwGH 26.11.1959, ZI 240/57, Arb 7.185; EA Klagenfurt 9.8.1968, Re 23/68, Arb 8.542.

<sup>127</sup> VwGH 26.2.1953, ZI 2471/52, Arb 5.637.

nehmern angefochten wurden, weil – so das Vorbringen des anfechtenden Betriebsrates – die betroffenen Arbeitnehmer als „stille Reserve“ im Betrieb behalten und abwechselnd mit der übrigen Belegschaft zum Einsatz kommen hätten können, ohne dass die Rentabilität des Unternehmens gefährdet werden würde. Der VwGH sah die Kündigungen aber dennoch als in den Betriebsverhältnissen begründet, weil bei der Beurteilung der Betriebsbedingtheit nur von jenen wirtschaftlichen, technischen und organisatorischen Verhältnissen auszugehen sei, die auch tatsächlich gegeben sind. Dem Arbeitgeber könne dabei von Seiten der Behörde nämlich nicht vorgeschrieben werden, *„bestimmte organisatorische, technische oder personelle Veränderungen vorzunehmen, die ihn nach ihrer Ansicht in produktionstechnischer Beziehung sowie seiner Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit nach voraussichtlich dazu bringen könnten, auch ohne Vornahme von Kündigungen das Auslangen zu finden.“* Ein derartiges Behördenvorgehen *„würde jedenfalls einen gesetzlich nicht mehr gedeckten Eingriff in die wirtschaftliche Sphäre des Unternehmers bedeuten;“* so das Höchstgericht.<sup>128</sup>

Gewisse Einschränkungen der arbeitgeberseitigen Entscheidungsfreiheit zu Gunsten der sozialen Belange des Arbeitnehmers wurden – allerdings ohne überzeugende dogmatische Begründung – von der Rspr aber auch zu § 25 Abs 4 BRG 1947 bejaht. So hielt der VwGH wiederholt fest, dass eine Kündigung nicht schon dann in den Betriebsverhältnissen begründet sei, wenn die Notwendigkeit einer Verminderung des Betriebspersonals festgestellt werde und die Kündigung das Ausmaß der als notwendig festgestellten Personalverminderung nicht überschreite. Die Vornahme von Kündigungen stehe nämlich auch in einem solchen Fall nicht im Belieben des Arbeitgebers. Vielmehr müsse für die Beurteilung der Betriebsbedingtheit der Kündigung immer auf die konkreten Umstände des jeweiligen Kündigungsfalles Bedacht genommen werden.<sup>129</sup> Daher könne die Kündigung eines Arbeitnehmers auch bei der Notwendigkeit einer allgemeinen Personaleinschränkung dann nicht als betrieblich gerechtfertigt angesehen werden, wenn für diesen wieder Ersatz zu

---

<sup>128</sup> Vgl auch die Ausführungen des EA Amstetten 11.12.1958, Re 13/58, Arb 6.965, in dem die Betriebsbedingtheit der Kündigung mit ähnlicher Begründung bejaht wurde: *„Die Betriebsstilllegung kann [...] nur durch betriebliche Umorganisation, die zu einer Rentabilität führen würde, vermieden werden. Eine solche Umorganisation kann jedoch der Firma nicht aufgezwungen werden, da auch die betriebliche Organisation und nicht nur die betrieblichen Organisationsmöglichkeiten zu den Betriebsverhältnissen gehören.“*

<sup>129</sup> VwGH 3.4.1951, ZI 472/50, Arb 5.255; VwGH 4.7.1952, ZI 752/51, Arb 5.459; VwGH 18.12.1952, ZI 1012/52, Arb 5.583; VwGH 23.10.1953, ZI 741/53, Arb 5.846; VwGH 29.4.1954, ZI 3131/53, Arb 5.981; VwGH 11.6.1963, ZI 822/62, Arb 7.781; VwGH 17.9.1968, ZI 72/68, Arb 8556.

schaffen wäre, der konkrete Arbeitsplatz also weiterhin bestehen bliebe.<sup>130</sup> Aber selbst im Falle des ersatzlosen Wegfalles des Arbeitsplatzes galt die Kündigung nicht unweigerlich als in den Betriebsverhältnissen begründet. In stRSpr vertrat nämlich bereits der VwGH die Ansicht, dass es letztlich „auf die Verwendungsmöglichkeit im Betrieb und nicht auf den Bedarf an einer bestimmten Stelle des Betriebes“ ankomme.<sup>131</sup> Bei der Beurteilung der Betriebsbedingtheit der Kündigung sei daher auch zu prüfen, „ob der zu kündigende Dienstnehmer nicht an einer anderen Stelle des Betriebes in Verwendung genommen werden könnte, und ob für andere Dienstnehmer eine Kündigung sich nicht in geringerem Maße als soziale Härte auswirken würde als für diesen.“<sup>132</sup> Dieser Ansatz stieß auch im Schrifttum auf Zustimmung.<sup>133</sup> Von besonderer Bedeutung scheinen in diesem Zusammenhang vor allem die Ausführungen von *Floretta/Strasser*, die in ihrer Kommentierung zu § 25 BRG 1947 ausführlich auf die Frage der Berücksichtigung der sozialen Interessen des Arbeitnehmers Bezug nahmen und damit wohl den Grundstein für die im heutigen Diskurs gebräuchliche Begrifflichkeit der „sozialen Gestaltungspflicht“ gelegt haben dürften, wenn sie festhalten: „Es trifft den Dienstgeber durch § 25 [zwar] keine wirtschaftliche, insb produktionstechnische Gestaltungspflicht im Betrieb. Wohl aber trifft den Dienstgeber eine **Gestaltungspflicht**, soweit dies **soziale** Gesichtspunkte der Dienstnehmer des Betriebes verlangen. Soziale Interessen der Dienstnehmer sind zu berücksichtigen.“<sup>134</sup> Daher habe der Arbeitgeber sämtliche Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherigen Arbeitnehmer weiterhin zu beschäftigen und Einsparungsmaßnahmen nach sozialen Gesichtspunkten abzustimmen. Insb habe er mögliche Weiterverwendungen in anderen Abteilungen zu prüfen und im Falle der Einführung neuer Arbeitsmethoden oder der Anschaffung neuer Maschinen den bislang im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern die nötige An-

---

<sup>130</sup> VwGH 3.4.1951, ZI 472/50, Arb 5.255; vgl auch VwGH 22.11.1956, ZI 2132/54, Arb 6.579 in der der VwGH eine Kündigung nicht als in den objektiven Betriebsverhältnissen begründet erachtete, „wenn anstelle eines Gekündigten ein neuer Dienstnehmer aufgenommen wird, der im wesentlichen dieselbe Tätigkeit ausübt und fast die gleiche Entlohnung erhält“.

<sup>131</sup> VwGH 3.4.1951, ZI 472/50, Arb 5.255; ebenso VwGH 18.12.1952, ZI 1012/52, Arb 5.583; VwGH 23.10.1953, ZI 741/53, Arb 5.846; VwGH 29.4.1954, ZI 3131/53, Arb 5.981; VwGH 11.6.1963, ZI 822/62, Arb 7.781; VwGH 17.9.1968, ZI 72/68, Arb 8556.

<sup>132</sup> VwGH 23.10.1953, ZI 741/53, Arb 5.846; zur anderweitigen Verwendung im Betrieb vgl auch VwGH 3.4.1951, ZI 472/50, Arb 5.255; VwGH 18.12.1952, ZI 1012/52, Arb 5.583; VwGH 29.4.1954, ZI 3131/53, Arb 5.981; zur Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers nach sozialen Gesichtspunkten vgl auch EA St. Pölten 22.1.1953, Re 1-9/53, Arb 5.608; VwGH 12.10.1961, ZI 1087/60, Arb 7.599; VwGH 11.6.1963, ZI 822/62, Arb 7.781.

<sup>133</sup> Vgl dazu *Schimetschek*, DRdA Dezember 1952, 13 (13 f); *Henrich*, JBl 1956, 437 (440); *Rabofsky*, DRdA Juni 1958, 46 (48); *Floretta/Strasser*, BRG § 25 378 ff.

<sup>134</sup> *Floretta/Strasser*, BRG § 25 378.

leitung und Gelegenheit zur Einarbeitung zu geben. Soweit rechtlich und betriebswirtschaftlich möglich, sei darüber hinaus auch zu prüfen, ob Kündigungen nicht durch die Einschränkung besonders hoher Gehälter oder durch die Ausschüttungen geringerer Dividenden vermieden werden könnten. Ebenso als Maßnahme zur Verhinderung eines Personalabbaus für denkbar hielten *Floretta/Strasser* eine vorübergehende Streckung der betrieblichen Arbeitszeit, sofern diese über 45 Wochenstunden liege – nicht verlangt werden könne hingegen die Einführung von Kurzarbeit.<sup>135</sup>

Bemerkenswert und deshalb abschließend besonders hervorzuheben ist, dass die Frage der Berücksichtigung der sozialen Interessen des Arbeitnehmers damals erstmalig nicht bloß in Bezug auf Kündigungen aufgrund von wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Erfordernissen, dh bei betriebsbedingten Kündigungen im engeren Sinn, thematisiert wurde. Vielmehr finden sich in der damaligen Rspr auch Entscheidungen, in denen eine soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers in Fällen bejaht wurde, in denen die Kündigung aufgrund einer altersbedingten Schmälerung der Leistungsfähigkeit ausgesprochen wurde – ihr also ein Umstand in der Person des gekündigten Arbeitnehmers zugrunde lag. Auch in diesen Fällen verneinte der VwGH – unter Berufung auf eine deutsche Literaturmeinung<sup>136</sup> – die Betriebsbedingtheit der Kündigung, wenn der betroffene Arbeitnehmer weiterhin für leichtere Arbeiten im Betrieb verwendet werden konnte. Zur Begründung dieses Ansatzes führte der VwGH aus, dass „*bei Kündigung eines langjährigen Dienstnehmers höheren Alters an die sozialen Pflichten des Betriebsinhabers in der Regel ein strengerer Maßstab angelegt werden müsse als in anderen Fällen.*“<sup>137</sup> Insb habe ein billig denkender Arbeitgeber auch das Alter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen und komme umgekehrt einem Arbeitnehmer, der im Betrieb alt geworden ist, ein Anspruch auf „*eine gewisse Schonung*“ zu. Der Arbeitgeber werde daher „*versuchen müssen, ihn nach Möglichkeit auf einem seinen geminderten Kräften entsprechenden Arbeitsplatz zu beschäftigen*“, so der VwGH.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> *Floretta/Strasser*, BRG § 25 378 ff.

<sup>136</sup> *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd I<sup>3</sup> 759 f mwN.

<sup>137</sup> VwGH 26.6.1958, ZI 866/57, Arb 6.897.

<sup>138</sup> VwGH 26.6.1958, ZI 1278/57, 2448/57, Arb 6.883.

## 2.5. Abschließende Bemerkungen

Ebenso wenig wie die gesetzlichen Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor sozialwidriger Kündigung in ihren Ursprüngen eine „Erfindung“ des ArbVG-Gesetzgebers sind, stellt die Diskussion über die Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidung auf die sozialen Belange der Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen hat und gegebenenfalls Disposition vornehmen muss, um Kündigungen zu vermeiden, ein erstmalig im arbeitsrechtlichen Diskurs der letzten Jahre aufkeimendes Phänomen dar. Vielmehr reichen die Anfänge dessen, was heute unter dem Terminus der „sozialen Gestaltungspflicht“ von Lehre und Rspr – wenn auch in zum Teil unterschiedlicher inhaltlicher und organisatorischer Reichweite – anerkannt wird, beinahe bis in jene Zeit zurück, in der auch die gesetzlichen Regelungen zum Schutz vor sozialwidriger Kündigung selbst durch das dBRG erstmals in den arbeitsrechtlichen Rechtsbestand aufgenommen wurden. Die damit Hand in Hand gehende Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber im Rahmen der unternehmerischen Entscheidung selbst sowie bei deren Umsetzung in seinem Betrieb und schließlich bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer auf die sozialen Interessen der Arbeitnehmer Bedacht zu nehmen hat, scheint sowohl die Rspr ebenso wie das Schrifttum seit nunmehr knapp einem ganzen Jahrhundert zu beschäftigen. Bemerkenswert ist dabei aber nicht nur, dass manche der im historischen Material aufzufindenden Ansätze zum Teil durchaus nicht weit von jenen Positionen entfernt liegen, die auch in der aktuellen Diskussion vertreten werden. Auffällig und dabei gleichzeitig verwunderlich ist darüber hinaus auch, dass – trotz einer doch intensiven Auseinandersetzung mit der Frage der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitgeber – eine überzeugende dogmatische Begründung und Herleitung der im gegebenen Zusammenhang zu erörternden Topoi sowie deren klare Ein- und Abgrenzung auch im historischen Diskurs fehlt.

Aber auch in einem weiteren Punkt hat der historische Abriss für die vorliegende Untersuchung durchwegs verwertbare Aufschlüsse geliefert, die es bei der Auslegung der aktuellen Regelungen zum Kündigungsschutz zu berücksichtigen gilt: Stellt man die Aufarbeitung der historischen Rspr und Literatur der Kündigungsschutzbestimmung des § 105 ArbVG gegenüber, so wird zunächst augenscheinlich, dass sich der ArbVG-Gesetzgeber bei der gesetzlichen Ausgestaltung des derzeit in Geltung stehenden Kündigungsschutzes bis zu einem gewissen Grade sehr wohl an den in der Vergangenheit entwickelten Ansätzen orientiert haben dürfte. So bestand etwa bis zum Inkrafttreten des ArbVG keine expli-

zite gesetzliche Grundlage für die besondere Berücksichtigung des höheren Lebensalters und der langen Beschäftigungszeit im Betrieb bei der Kündigung älterer Arbeitnehmer – ein Ansatz, den der VwGH schon Jahrzehnte zuvor in seinen Erkenntnissen zu den Kündigungsschutzbestimmungen des § 25 BRG 1947 wiederholt vertreten hatte. Ebenso verhält es sich mit dem Grundsatz der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer nach sozialen Gesichtspunkten – heute gemeinhin unter dem Begriff „Sozialvergleich“ erfasst. Auch dieser hatte bis zur Aufnahme in die Bestimmung des § 105 ArbVG keine gesetzliche Regelung erfahren, sondern war von der historischen Rspr entwickelt und im Laufe der Zeit immer weiter präzisiert worden, bis er schließlich durch den ArbVG-Gesetzgeber in den Gesetzesbestand inkorporiert wurde. Andere der schon im historischen Diskurs vertretenen Ansätze sind demgegenüber – ob bewusst oder unbewusst sei dahingestellt – bislang von einer ausdrücklichen Festschreibung im Gesetzesbestand ausgeklammert geblieben. Evident wird dies insb am Beispiel der sozialen Gestaltungspflicht. In diesem Bereich hat sich der österreichische Gesetzgeber – im Gegensatz zu seinem deutschen Pendant, der in § 1 Abs 2 Z 1 lit b KSchG ausdrücklich normiert hat, dass eine Kündigung dann sozial ungerichtlich ist, wenn *„der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann“* – gegen eine ausdrückliche gesetzliche Festschreibung entschieden, sodass für die soziale Gestaltungspflicht in Österreich auch heute noch eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt. Es wäre freilich überzogen, aus diesem Umstand schließen zu wollen, der österreichische Gesetzgeber lehne das Bestehen einer sozialen Gestaltungspflicht zur Gänze ab. Sehr wohl muss daraus aber gefolgert werden, dass man – trotz der ehemals gemeinsamen gesetzlichen Grundlage – hierzulande in der Nachkriegszeit einen eigenständigen Weg zur Regelung des Kündigungsschutzes gewählt und an dieser Entscheidung bis zum heutigen Tage auch festgehalten hat. Selbst wenn der österreichische Kündigungsschutz daher nach wie vor eine Reihe von Gemeinsamkeiten mit der deutschen Regelung aufweist, ist zu beachten, dass in manchen Punkten doch unterschiedliche Richtungen eingeschlagen wurden, wie insb die zuvor schon erwähnten unterschiedlichen Grundkonzepte<sup>139</sup> belegen. Insgesamt sind die Überlegungen des deutschen Arbeitsrechtsdiskurses damit nicht undifferenziert auf den heimischen Kündigungsschutz übertragbar. Wird dies entsprechend berücksichtigt, können sie aber dennoch eine wertvolle Hilfestellung für die Lösung der im gegebenen Zusammenhang zu erörternden Fragestellungen bieten.

---

<sup>139</sup> Vgl dazu schon unter 1.3. Vergleichbarkeit des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG mit § 1 II dtKSchG 1969.

### **3. Kapitel: Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Spiegel der Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung**

#### **3.1. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in der Rechtsprechung des VwGH**

Wie schon in seiner Rspr zu § 25 BRG 1947<sup>140</sup> hat der VwGH<sup>141</sup> das Bestehen eines im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens gerichtlich nicht zu überprüfenden unternehmerischen Ermessens auch nach Inkrafttreten des ArbVG mit 1.7.1974 anerkannt. IdS hat der Gerichtshof in dem Erkenntnis vom 24.10.1984<sup>142</sup> eine Kündigungsschutzklage, die gegen eine Kündigung infolge der Einführung einer EDV-Anlage zur Führung der Lagerkartei gerichtet war, als unzulässig erachtet. Das Begehren war darauf gestützt worden, dass die Maßnahme nicht notwendig und zweckmäßig gewesen sei, weil sie nicht zu einer wesentlichen Kostenersparnis geführt habe. Der VwGH beurteilte dieses Vorbringen als nicht gerechtfertigt, „weil es der Disposition des Unternehmers überlassen ist, ob und welche Maßnahme er zur Rationalisierung seines Betriebes setzt, um den Umsatzrückgang aufzuhalten oder einzuschränken.“ Diesen Ansatz bestätigte der VwGH in dem Erkenntnis vom 25.2.1987 am Beispiel einer Kündigung aufgrund einer durch Umsatzrückgänge bedingten organisatorischen Zusammenlegung zweier Abteilungen (Disposition und Auftragsannahme), die zum Wegfall des Arbeitsplatzes des betroffenen Arbeitnehmers führte.<sup>143</sup> In seiner Begründung hielt der VwGH fest, dass es sich bei der Auflösung einer Abteilung und deren Eingliederung in eine andere Abteilung um eine Rationalisierungsmaßnahme handle, die die Kündigung als durch die betrieblichen Erfordernisse begründet erscheinen lässt. Es sei nämlich der Entscheidung des Unternehmers überlassen, ob und welche Maßnahmen er zur Rationalisierung seines Betriebes setzt. Ebenfalls unter Berufung auf den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bejahte der VwGH die Zulässigkeit einer Kündigung infolge der Anpassung des Personalstandes an die aktuell

---

<sup>140</sup> Zur Rspr des VwGH zu § 25 Abs 4 BRG 1947 siehe unter 2.4.2. Rechtsprechung und Literatur zu § 25 Abs 4 BRG 1947.

<sup>141</sup> Der VwGH war bis zum Inkrafttreten des ASGG mit 1.1.1987 als Höchstgericht für betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten zuständig.

<sup>142</sup> VwGH 24.10.1984, ZI 86/01/0084, RdW 1985, 23.

<sup>143</sup> VwGH 25.2.1987, ZI 86/01/0084, ZfVB 1987/5/1946.

rückläufige Auftragslage im Bereich des Industriebauwesens. Die Begründung: Auch hierbei handele es sich um einen „Sachverhalt, der [...] die Kündigung des Beschwerdeführers als durch betriebliche Erfordernisse begründet erscheinen läßt, weil es der Entscheidung des Unternehmers überlassen ist, ob und welche Maßnahmen er zur Rationalisierung seines Betriebes setzt, um Umsatzrückgänge aufzuhalten oder einzuschränken.“<sup>144</sup> Mit eben dieser Begründung und unter Berufung auf seine bisherige Rspr erachtete der VwGH schließlich auch die Auflassung eines Produktionszweiges in Verbindung mit der Anschaffung einer EDV-Anlage als Rationalisierungsmaßnahmen, die eine Kündigung „als durch die betrieblichen Erfordernisse begründet erscheinen“ lassen.<sup>145</sup> Interessant ist dieses Erkenntnis aber auch insofern, als es den Eindruck erweckt, der VwGH würde die Entscheidung des Arbeitgebers zum Personalabbau bei gleichzeitiger Verteilung der Arbeit auf die übrige Arbeitnehmerschaft ebenfalls als vollkommen unproblematische unternehmerische Entscheidung erachten. Im Anlassfall war der Tätigkeitsbereich des gekündigten Arbeitnehmers infolge der Produktionseinschränkung und EDV-Einführung nämlich nicht gänzlich entfallen, sondern es wurden einzelne Tätigkeiten auch weiterhin erbracht, nunmehr jedoch durch die übrige Arbeitnehmerschaft. Kurz und prägnant stellte der VwGH fest: „Daraus [gemeint: aus der Verteilung der bislang von dem gekündigten Arbeitnehmer verrichteten Tätigkeiten auf andere Mitarbeiter] zeigt sich, daß die Kündigung betriebsbedingt war.“

In Hinblick auf Umfang und Inhalt der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und damit einhergehend auch in Bezug auf die konkrete Reichweite der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis im Kündigungsschutzprozess sind in der Rspr des VwGH jedoch auch eine Reihe von Fragen zum Teil offen geblieben, zum Teil in Widerspruch zum Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beantwortet worden: Zu erwähnen ist diesem Zusammenhang etwa das Erkenntnis des VwGH vom 16.4.1980, in dem der Gerichtshof der unterinstanzlichen Entscheidung das Fehlen präziser Tatsachenfeststellungen anlastete. Das EA Linz hatte in seinem Bescheid die Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund von beträchtlichen Umsatzrückgängen bei gleichzeitiger Produktionssteigerung als objektiv betriebsbedingt erachtet. Der VwGH merkte an, dass die bisherigen Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens eine klare rechtliche Beurteilung nicht zuließen, weil „jedenfalls zu prüfen gewesen [wäre], ob es sich bei der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage

---

<sup>144</sup> VwGH 20.4.1988, ZI 88/01/0033, ZfVB 1989/2/366.

<sup>145</sup> VwGH 25.11.1987, ZI 87/01/0221, ZfVB 1988/4/1348.

nur um eine konjunkturbedingte kurzfristige Erscheinung gehandelt habe, oder ob strukturelle Schwierigkeiten eine derartige Maßnahme **zur Sanierung des Unternehmens erforderlich** erscheinen lassen haben, wobei auch eine Prognose über die zukünftige Entwicklung zu erstellen gewesen wäre“.<sup>146</sup> In eine ähnliche Richtung deutet auch das VwGH-Erkenntnis vom 30.4.1980:<sup>147</sup> Darin hatte der Gerichtshof die Zulässigkeit einer Kündigung aufgrund von Personalkosteneinsparungen in Verbindung mit einer gleichzeitigen Umverteilung der Arbeit auf andere Arbeitnehmer zu beurteilen. Der VwGH wies die Beschwerde des Arbeitgebers gegen den der Kündigungsanfechtungsklage stattgebenden Bescheid des EA Wien mangels entsprechender Beweisführung im Ergebnis zwar ab. Gleichzeitig betonte er aber die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Kündigung, weil – so die Entscheidungsbegründung – „*ins Gewicht fallende Rückgänge in der Auftrags- und Produktionslage eines Unternehmens (Betriebes), die nicht bloß kalkulierbar von kurzer Dauer sind, ebenso als betriebliche Erfordernisse für die Rechtfertigung einer Kündigung im Sinne des § 105 Abs 3 Z 3 lit b ArbVG heranziehbar [sind,] wie auch wirtschaftlich notwendig gewordene Maßnahmen der Betriebsrationalisierung, wenn sie zwangsläufig mit der Freisetzung von Arbeitskräften verbunden sind, einen arbeitsverfassungsrechtlich gerechtfertigten Grund für die Kündigung von Arbeitnehmern bilden können.*“ In beiden Entscheidungen erweckt der VwGH den Eindruck, als habe er die Freiheit des Arbeitgebers, als Unternehmer über die Gestaltung seines Betriebes nach eigenem Ermessen zu entscheiden und in weiterer Folge dieser Entscheidung entsprechend zu disponieren, nicht unbegrenzt anerkennen wollen. Vielmehr scheint der Gerichtshof – zumindest in Hinblick auf die den Erkenntnissen zugrunde gelegenen Fallkonstellationen – sehr wohl von einer judiziellen Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung auf ihre Notwendigkeit hin auszugehen, wenn er eine unternehmerische Entscheidung bzw deren betriebliche Umsetzung nur soweit als Rechtfertigung für eine betriebsbedingte Kündigung anerkennt, als sie „**wirtschaftlich notwendig**“ oder „**zur Sanierung des Unternehmens erforderlich**“ ist.

Beachtung verdienen im gegebenen Zusammenhang auch zwei weitere Erkenntnisse aus dem Rechtsprechungsrepertoire des VwGH, die ebenfalls in einem gewissen Gegensatz zum Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu stehen scheinen.<sup>148</sup> Beiden Erkenntnissen lag als Sachverhalt eine Kündigung infolge der Auslagerung von

---

<sup>146</sup> VwGH 16.4.1980, ZI 599/79, ZAS 1983, 69 (Raschauer).

<sup>147</sup> VwGH 30.4.1980, ZI 724/79, DRdA 1981, 147.

<sup>148</sup> VwGH 25.2.1981, ZI 01/1409/80, Arb 9.953; VwGH 4.3.1987, ZI 86/01/0161, Arb 10.599.

Reinigungsarbeiten auf ein externes Reinigungsunternehmen zugrunde. In der zeitlich früheren Entscheidung hielt der VwGH fest, dass die Kündigung nur dann als objektiv betriebsbedingt erachtet werden kann, „wenn sich der Kostenaufwand, der mit dem Ausscheiden der Beschwerdeführerin aus dem Betrieb [...] wegfällt, iS einer Kostenminderung in deutlicher und ins Gewicht fallender Weise von dem Kostenaufwand abhebt, der durch den Einsatz von Mitarbeitern eines externen Reinigungsunternehmens erwächst.“ Wenn sich demgegenüber durch den Einsatz eines externen Unternehmens aber „keine erkennbar günstigere Kostenrelation ergibt, so könnte wohl kaum davon die Rede sein, daß die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung [...] entgegenstehen, begründet ist“.<sup>149</sup> Den Ansatz, wonach die Betriebsbedingtheit einer aufgrund einer Auslagerung erfolgten Kündigung anhand eines Kostenvergleichs zu eruieren ist, bestätigte der VwGH auch in der zeitlich späteren Entscheidung vom 4.3.1987.<sup>150</sup> Bemerkenswert an diesem Erkenntnis ist allerdings, dass der VwGH darin gleichzeitig wohl auch den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit betonen wollte. So führte er in seiner Entscheidungsbegründung nämlich zunächst aus, dass die in der unterinstanzlichen Entscheidung vertretene Rechtsmeinung, wonach kein betriebliches Erfordernis für die Kündigung vorliege, weil die vom gekündigten Arbeitnehmer verrichteten Tätigkeiten im Betrieb auch in Zukunft gebraucht würden, nun aber offenbar billiger erbracht werden sollten, im Gesetz keine Stütze findet, weil es dem Arbeitgeber überlassen bleiben muss, „welche Reinigungsarbeiten im Betrieb er von Arbeitnehmern ausführen läßt und welche er einer Reinigungsfirma überträgt“. Quasi im selben Atemzug relativierte der VwGH diese Aussage aber sogleich wieder und hielt unter Berufung auf seine Vorgängerentscheidung fest, dass von einer objektiven Betriebsbedingtheit der Kündigung nur dann gesprochen werden kann, wenn mit der ergriffenen betrieblichen Maßnahme eine deutliche und ins Gewicht fallende Kostenersparnis einhergeht und damit der angestrebte Rationalisierungseffekt eintritt. Im Gegensatz zu den zuvor dargestellten Erkenntnissen beurteilte der VwGH in den beiden „Auslagerungs“-Entscheidungen die Zulässigkeit der Kündigungen grundsätzlich losgelöst von der Frage der wirtschaftlichen Notwendigkeit der die Kündigung auslösenden unternehmerischen Maßnahme. Stattdessen scheint der Gerichtshof bei der Beurteilung der Betriebsbedingtheit der Kündigungen nunmehr allerdings auf die Zweckmäßigkeit der betrieblichen Maßnahmen abstellen zu wollen. Unklar bleibt dabei aber, welche Schluss-

---

<sup>149</sup> VwGH 25.2.1981, ZI 01/1409/80, Arb 9.953.

<sup>150</sup> VwGH 4.3.1987, ZI 86/01/0161, Arb 10.599.

folgerungen aus diesen beiden Erkenntnissen gezogen werden können. So stellt sich mE zunächst die Frage, auf welche „Form“ der Zweckmäßigkeit der VwGH in seinen Erkenntnissen abstellte. MaW: Wollte der Gerichtshof an eine „Zweckmäßigkeit“ iS der Geeignetheit der Maßnahme zur Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz des Betriebes anknüpfen oder hatte er vielmehr eine Zweckmäßigkeit iS der Geeignetheit der Maßnahme zur Erreichung eines vom Arbeitgeber selbst definierten Zweckes, der uU auch einer Steigerung der Wirtschaftlichkeit zuwiderlaufen kann, vor Augen? Ersteres Verständnis der Zweckmäßigkeit – das am Rande bemerkt einen massiven Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit darstellt – dürfte jedenfalls *Floretta* aus der VwGH-Rsp abgeleitet haben, wenn er aus den Ausführungen des Gerichtshofs folgert, dass „*Maßnahmen, welche die Wirtschaftskraft des Unternehmens schwächen oder sie jedenfalls nicht stärken, zwar durchaus im Bereich der betriebswirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit des Unternehmers liegen, aber nicht als Rechtfertigung für eine Kündigung dienen können*“.<sup>151</sup> Nicht klar hervor geht aus den beiden Erkenntnissen aber auch, welchen Stellenwert der VwGH dem Kriterium der Zweckmäßigkeit einer betrieblichen Maßnahme – in welche Richtung auch immer verstanden – in Hinblick auf die Rechtfertigung einer Kündigung einräumen wollte. Im extremsten Fall denkbar wäre etwa, dass es dem VwGH in diesem Zusammenhang primär auf die Herbeiführung einer Kostensenkung und Effizienzsteigerung ankam, sodass grundsätzlich jede Art von betrieblicher Maßnahme als Rechtfertigungsgrund für eine Kündigung in Frage kommt, sofern sie nur zu einer erheblichen Kostenersparnis führt.

Dass der VwGH die Grenze der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit aber jedenfalls dort zu ziehen scheint, wo das arbeitgeberseitige Vorgehen auf den bloßen Austausch von Arbeitnehmern gerichtet ist, belegt das Erkenntnis des Gerichtshofes vom 15.12.1982.<sup>152</sup> Der VwGH hatte in dieser Entscheidung die Betriebsbedingtheit einer Kündigung zu beurteilen, die vom Arbeitgeber mit einer durch Verluste bedingten Verringerung der Anzahl an Außerdienstmitarbeitern begründet worden war. Das in erster Instanz zuständige EA Wien hatte zuvor den Antrag des Arbeitnehmers auf Aufhebung der Kündigung mit der Begründung abgewiesen, dass die festgestellten Verluste ein betriebliches Erfordernis zur Rationalisierung darstellten und die Kündigung sohin betrieblich bedingt sei. Der VwGH hob diese Entscheidung aufgrund von Verfahrensmängeln auf und führte aus, dass die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ua deshalb keineswegs für die Beurtei-

---

<sup>151</sup> *Floretta*, DRdA 1988, 229 (234); krit dazu *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (216).

<sup>152</sup> VwGH 15.12.1982, ZI 82/01/0146, infas A 28/1984.

lung der Betriebsbedingtheit ausreichen, weil der Einwand des Arbeitnehmers, an seiner Stelle seien jüngere Arbeitskräfte eingestellt worden, nicht berücksichtigt worden sei. Nach Ansicht des VwGH wäre dies jedoch „unerlässlich“ gewesen, „weil weder der festgestellte Betriebsverlust noch die [...] Reduzierung der Zahl der im Außendienst Beschäftigten eine Kündigung dann rechtfertigen könnte, wenn diese nicht zu einer weiteren Reduzierung der Anzahl der Außendienstmitarbeiter führen sollte, sondern der Arbeitgeber nur andere Arbeitskräfte für den Außendienst anstelle älterer Arbeitskräfte einstellen wollte.“ In eine ähnliche Richtung geht auch ein frühes Erkenntnis des VwGH, dem eine mit der rückläufigen Auftragslage begründete Kündigung zugrunde lag.<sup>153</sup> Auch in dieser Entscheidung hob der Gerichtshof den unterinstanzlichen Bescheid aufgrund von Verfahrensfehlern auf, weil bei der Beurteilung der betrieblichen Notwendigkeit der Kündigung auch auf die Anzahl der Heimarbeiter abzustellen sei. „Anderenfalls könnte nämlich der im Arbeitsverfassungsgesetz verankerte Kündigungsschutz durch ein manipuliertes Ausweichen auf den Einsatz von Heimarbeitern geradezu ausgehöhlt werden,“ so die Begründung. In der Literatur besteht jedoch Uneinigkeit in Bezug auf den Bedeutungsgehalt dieses Erkenntnisses. So haben etwa *Weißenberg/Cerny* die Ausführungen des VwGH dahingehend verstanden, dass eine Kündigung dann nicht betrieblich bedingt ist, wenn die von den gekündigten Arbeitnehmern geleisteten Tätigkeiten im Betrieb weiterhin anfallen, sie durch andere Arbeitskräfte (wie etwa Heimarbeiter) nun aber billiger erbracht werden.<sup>154</sup> Demgegenüber empfindet *Tomandl* dieses Verständnis als zu weit gehend und meint, der VwGH habe nicht einer grundlegenden Umorganisation iS einer Verlagerung der Produktion auf Heimarbeiter entgegentreten wollen. Vielmehr habe der Gerichtshof nur eine „manipulierte“ Verlagerung der Tätigkeit auf Heimarbeiter zum Zweck des Abbaus missliebiger Arbeitnehmer und damit ein Unterlaufen des Kündigungsschutzes durch Vorschützen betrieblicher Erfordernisse zu verhindern angestrebt.<sup>155</sup>

In welche Richtung man das letztgenannte Erkenntnis auch immer deuten möchte – was die Frage der Reichweite der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei betriebsbedingter Kündigung betrifft, stellt sich die Rspr des VwGH insgesamt betrachtet als enorm einzelfallbezogen und nicht frei von Widersprüchen und Unklarheiten dar. Wie der soeben angestellte Rechtsprechungsüberblick gezeigt hat, hat der VwGH den Grundsatz der freien,

---

<sup>153</sup> VwGH 22.2.1977, ZI 724/75, ZfVB 1977/4/1365.

<sup>154</sup> *Weißenberg/Cerny*, ArbVG<sup>2</sup> § 105 Erl 36.

<sup>155</sup> *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (215).

einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglichen, unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers zwar stets hochgehalten, ist in einer Reihe von Entscheidungen aber dennoch wiederholt in die eine oder andere Richtung von diesem abgewichen und hat die unternehmerische Entscheidungsfreiheit damit – zumindest indirekt – gewissen, nicht immer klar nachvollziehbaren Schranken unterworfen. Auch im bisherigen Schrifttum sind die Widersprüchlichkeiten in der Rspr des VwGH nicht unbemerkt geblieben. So haben bereits *Tomandl*<sup>156</sup> und *Karl*<sup>157</sup> auf eine Reihe an Gegensätzlichkeiten hingewiesen und Kritik an den höchstgerichtlichen Eingriffen in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit geäußert. *Karl* hat in diesem Zusammenhang aber gleichzeitig auch die Vermutung aufgestellt, dass der VwGH eine derart weitreichende Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, wie sie einzelne Entscheidungen annehmen lassen, eigentlich gar nicht beabsichtigt hatte. Vielmehr habe der VwGH ihrer Ansicht nach in den betreffenden Erkenntnissen – ähnlich dem deutschen BAG – nur sicherstellen wollen, dass der Arbeitgeber sein unternehmerisches Ermessen nicht missbraucht. Dabei habe sich der VwGH jedoch „in der Wahl der Grenzen der Mißbrauchskontrolle vergriffen.“ Ähnliche Überlegungen hatte zuvor schon *Tomandl* angestellt und Zweifel daran geäußert, dass der VwGH die unternehmerische Maßnahme tatsächlich einer Prüfung auf ihre wirtschaftliche Notwendigkeit hin unterziehen wollte. Insb die Einzelfallbezogenheit der Erkenntnisse des VwGH lässt diese Vermutungen mE durchwegs plausibel erscheinen. Vor diesem Hintergrund nicht minder bedauerlich ist jedoch, dass es dem Gerichtshof nicht gelungen ist, in einer so zentralen Frage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes eine klare Rechtsprechungslinie zu finden. Dies hätte, nicht allein aus Gründen der Rechtssicherheit, das Bestreben eines jeden Höchstgerichtes sein müssen.

### **3.2. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in der Rechtsprechung des OGH**

Der Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit wurde in Anlehnung an die vorausgehende Rspr des VwGH auch vom OGH aufgegriffen und fortgeführt. Erstmals nahm der Gerichtshof darauf schon vor Erlangung der Zuständigkeit in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten in jener Entscheidung Bezug, in der er sich – eben-

---

<sup>156</sup> *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (215 ff).

<sup>157</sup> *Karl*, Kündigung 128 f.

falls zum ersten Mal in seiner Rspr – auch mit der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers befasste. Konkret hatte der OGH in der Entscheidung vom 28.10.1986 durch einen schadenersatzrechtlichen Senat die Zulässigkeit der Klage einer gekündigten Arbeitnehmerin auf Schadenersatz gegen ihren bevollmächtigten Vertreter zu beurteilen. Diese wurde wegen Versäumung der Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen eine Kündigung eingebracht, die infolge der Einführung eines Kleincomputers verbunden mit der einsparungsbedingten Verteilung der verbleibenden Tätigkeitsbereiche der Arbeitnehmerin auf die übrige Arbeitnehmerschaft ausgesprochen worden war.<sup>158</sup> In der Entscheidungsbeurteilung führte der OGH aus, dass dem Arbeitgeber als Betriebsinhaber das freie Entscheidungsrecht darüber zusteht, ob er seinen Betrieb einschränken oder rationalisieren will. *„Auf Grund des freien Entscheidungsrechts des Arbeitgebers kann das Einigungsamt auch nicht prüfen, ob die Stillegung oder Einschränkung des Betriebes oder die Anschaffung einer neuen arbeitskräftesparenden Maschine vom wirtschaftlichen oder technischen Standpunkt aus zweckmäßig ist. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Führung des Betriebes hat also der Betriebsinhaber uneingeschränkte Freiheit, es trifft ihn durch den § 105 ArbVG keine wirtschaftliche, insb produktionstechnische Gestaltungspflicht im Betrieb.“* Unklar bleibt jedoch, ob der OGH die unternehmerische Entscheidung dabei aber tatsächlich wie er sagt *„uneingeschränkt“* anerkannt und damit auch einer Prüfung auf ihre Notwendigkeit hin entzogen hat. In eine gegenteilige Richtung verstehen könnte man jedenfalls die Ausführungen, mit denen der Gerichtshof nur wenige Zeilen zuvor die unterinstanzlichen Feststellungen als nicht ausreichend bemängelt hatte, um die Rechtfertigung der Kündigung iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit a und lit b ArbVG beurteilen zu können. So wird es zur Beurteilung des Vorliegens wirtschaftlicher Gründe nämlich *„der erforderlichen eingehenderen Feststellungen über die Wirtschaftslage des Betriebes, über den Geschäftserfolg, das Ausmaß und die Ursache eines allfälligen ungünstigen Erfolges usw bedürfen.“*

Auch seit dem Übergang der Zuständigkeit in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten vom VwGH auf den OGH infolge des Inkrafttretens des Arbeits- und Sozialge-

---

<sup>158</sup> OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; Die Kündigungsanfechtungsklage war zu spät eingebracht worden und musste daher in der ersten Verhandlung wieder zurückgezogen werden. Im Rahmen der Entscheidung über das Bestehen eines Schadenersatzanspruches hatte der Gerichtshof daher als Vorfrage zu prüfen, ob die Kündigungsanfechtung, wäre sie fristgerecht eingebracht worden, Erfolg gehabt hätte; zur Bedeutung dieser Entscheidung in Hinblick auf die soziale Gestaltungspflicht vgl 7. Kapitel: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht.

richtsgesetzes 1985<sup>159</sup> mit 1.1.1987 hat der OGH den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Rahmen seiner Rspr zur betriebsbedingten Kündigung immer wieder hervorgehoben. Zusammengefasst hat der OGH in einer Reihe höchstgerichtlicher Entscheidungsbegründungen betont, dass weder die „*Zweckmäßigkeit oder objektive Richtigkeit der vom Betriebsinhaber getroffenen Maßnahmen*“ noch deren „*betriebswirtschaftliche Notwendigkeit*“ durch die Gerichte im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens zu prüfen ist und Letztere auch nicht dazu befugt sind „*dem Betriebsinhaber gar wirtschaftliche Maßnahmen vorzuschreiben, weil es sich [...] um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens handelt*“<sup>160</sup> und „*insoweit unternehmerische Entscheidungsfreiheit*“<sup>161</sup> besteht. IdS hat er auch festgehalten, dass „*eine Kündigung [...] nur dann betriebsbedingt [ist], wenn sie eine normale und für jedermann nachvollziehbare betriebswirtschaftliche Konsequenz einer unternehmerischen Disposition ist, wobei die Kündigung, nicht jedoch die sie auslösende Unternehmerdisposition der Rechtfertigung bedarf*“.<sup>162</sup> Tut der Arbeitgeber daher „*die wirtschaftliche Bedingtheit der Kündigung [...] in rational nachvollziehbarer Weise im Kündigungsverfahren dar*“, so ist deren betriebliche Rechtfertigung zu bejahen.<sup>163</sup> Bedauernswerterweise war der Gerichtshof – wie auch schon sein Vorgänger der VwGH – bisweilen jedoch in keiner seiner Entscheidungen um eine dogmatische Herleitung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bemüht; nur in einer einzigen Urteilsbegründung hielt er unter Berufung auf die Ausführungen *Pichers*<sup>164</sup> fest, dass „*die Freiheit des Unternehmers, auf die betrieblichen Erfordernisse nach wirtschaftlichem Ermessen zu reagieren, [...] ein tragendes Element der Marktwirtschaft*“ ist.<sup>165</sup> Wie der Gerichtshof wiederholt zu verstehen gegeben hat, soll daher auch die wirtschaftliche Situation des Ar-

---

<sup>159</sup> Bundesgesetz vom 7.3.1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (ASGG), BGBl 1985/104 idF BGBl I 2010/111.

<sup>160</sup> Vgl zB OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 280/88; OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v; OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a; OGH 15.4.1999, 8 ObA 80/99v; OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g; OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f; OGH 28.9.2001, 8 ObA 201/01v; OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m; OGH 24.1.2002, 8 ObA 187/01k; OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y; OGH 8.9.2005, 8 ObA 51/05s; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b.

<sup>161</sup> OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v; OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a.

<sup>162</sup> OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g; OGH 28.9.2001, 8 ObA 201/01v; OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f; OGH 24.1.2002, 8 ObA 187/01k.

<sup>163</sup> OGH 27.6.1990, 9 ObA 151/90; OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g; OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f; OGH 28.9.2001, 8 ObA 201/01v; OGH 19.12.2001, 9 ObA 244/01z; OGH 24.1.2002, 8 ObA 187/01k; OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y.

<sup>164</sup> *Pircher*, JBl 2001, 694.

<sup>165</sup> OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m.

beitgebers grundsätzlich keinerlei Auswirkungen auf das Bestehen und die Reichweite des unternehmerischen Ermessens haben. Vielmehr sollen „auch hochrentable Unternehmen [...] frei in ihrer Entscheidung, rentabilitätserhöhende Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen, [...]“ sein.<sup>166</sup> Unter Zugrundelegung dieses Ansatzes hat der Gerichtshof dann auch in der Entscheidung vom 4.7.2002 die Betriebsbedingtheit der Kündigung eines Abteilungsleiters bejaht. Diese war aufgrund einer durch einen Konzernbeschluss veranlassten Umstrukturierung in Form der Auflassung der nationalen Rechtsabteilung infolge einer Verschmelzung ausgesprochen worden. Der Revisionswerber hatte vorgebracht, die Kündigung sei nicht durch betriebliche Erfordernisse bedingt, weil sie nicht mit einem schlechten Geschäftsgang, Rationalisierungen oder überhöhtem Personalbedarf begründet wurde. Der OGH beurteile das Vorbringen als „irrelevant“, weil nicht davon auszugehen ist, „dass ein Unternehmen erst in wirtschaftlichen Schwierigkeiten sein muss, damit es Rationalisierungsmaßnahmen ergreifen kann.“<sup>167</sup>

Unglücklicherweise hat der OGH in seiner übrigen Rspr am Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Ergebnis aber oft doch nicht so konsequent festgehalten, wie dies in der eben erläuterten Entscheidung der Fall war. Vielmehr finden sich in den verschiedensten höchstgerichtlichen Urteilen zur betriebsbedingten Kündigung immer wieder Aussagen und Formulierungen, die begründeten Anlass geben, daran zu zweifeln, ob der Gerichtshof das unternehmerische Ermessen tatsächlich im dem wiederholt postulierten Ausmaß respektieren will. In diesem Zusammenhang immer wieder beispielhaft erwähnt wird etwa die Entscheidung vom 15.3.1989, in der der OGH zunächst die Unüberprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung und das unternehmerische Ermessen des Arbeitgebers betonte, nur um in dem unmittelbar darauf folgenden Satz festzuhalten, dass „die **betriebliche Notwendigkeit** von Rationalisierungsmaßnahmen [...] im vorliegenden Fall festgestellt“ wurde.<sup>168</sup> Ähnlich widersprüchlich äußerte sich der OGH auch in einer anderen Entscheidung, in der er eine Kündigung als betrieblich gerechtfertigt erachtete, „da für den Personalabbau die vom Erstgericht festgestellten objektiven Gründe maßgeblich waren“ und der Arbeitgeberin „als Betriebsinhaberin das freie Entscheidungsrecht darüber zu[kommt], welche Maßnahmen sie **zweckmäßigerweise** ergreift, um den betrieb-

---

<sup>166</sup> OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v; OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a; OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m, OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h; OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y.

<sup>167</sup> OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h.

<sup>168</sup> OGH 15.3.1989, 9 ObA 279, 280/88.

lichen Erfordernissen Rechnung zu tragen.“<sup>169</sup> Schon *Tomandl* hat Kritik an den Ausführungen des OGH in diesen beiden Entscheidungen geübt und ihnen die Eignung attestiert, darauf hinzudeuten, „daß sich der OGH im Einzelfall des Recht vorbehalten möchte, die Notwendigkeit der die Kündigung auslösenden betrieblichen Maßnahme eigenständig zu überprüfen.“<sup>170</sup> Gleichzeitig hat er sich jedoch gegen eine derartige Schlussfolgerung ausgesprochen und gemeint, den höchstgerichtlichen Formulierungen sei nicht allzu große Bedeutung beizumessen. Vielmehr, so die Vermutung *Tomandls*, seien diese Aussagen als bloße Zusatzargumente zu betrachten, derer sich der Gerichtshof nur bedient habe, um seine Begründung weiter „abzusichern“ und abzurunden, ohne dabei jedoch zu bedenken, dass eine derartige Vorgehensweise insb dann gefährlich werde, wenn die zweifelhaften Ausführungen mit den übrigen, zur Rechtfertigung der Entscheidung verwendeten Argumenten in Widerspruch stehen.

Aber selbst wenn die *Tomandl*'sche These, wonach sich der OGH bloß das eine oder andere Mal einer etwas unglücklichen Formulierung bedient habe, für die soeben erläuterten Entscheidungen durchaus plausibel erscheinen mag, finden sich im höchstgerichtlichen Rechtsprechungsrepertoire noch eine Fülle anderer Urteile, die für sich betrachtet ebenfalls in einem gewissen Gegensatz zum Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit stehen und damit die bereits bestehenden Unklarheiten weiter verstärken sowie neue Widersprüchlichkeiten erzeugen: Anzuführen ist in diesem Zusammenhang zunächst die Entscheidung des Gerichtshofes vom 23.5.1997, in der er sich mit der Zulässigkeit einer Kündigung infolge der durch Umsatzrückgänge veranlassten Verkleinerung einer Werkstätte auseinandersetzte und diese – unter Berufung auf eine deutsche Literaturmeinung<sup>171</sup> – mit der Begründung bejahte, dass „insoweit unternehmerische Entscheidungsfreiheit [...] **bei gegebener Dringlichkeit** der betrieblichen Erfordernisse [...]“ besteht.<sup>172</sup> Weiter heißt es dann: „Die festgestellte Entwicklung der Unternehmensdaten [...] macht die Betriebsbedingtheit von Personalreduktionen im Falle der Werkstatt, in der der Kläger beschäftigt war, in Verbindung mit erheblich vermindertem Bedarf nach Reparaturleistungen im Bauunternehmen [...] plausibel.“ Hinweise darauf, dass der OGH die der Kündigung zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung in Hinblick auf ihre Notwendig-

---

<sup>169</sup> OGH 27.6.1990, 9 ObA 151/90.

<sup>170</sup> *Tomandl*, Kündigung 62 ff; zustimmend *Karl*, Kündigung 133.

<sup>171</sup> Der OGH beruft sich dabei auf die Ausführungen von *Berkowsky*, in *MünchArbR* Bd I<sup>1</sup> § 134 Rz 52 ff.

<sup>172</sup> OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v; später wortwörtlich auch OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a.

keit wohl doch nicht gänzlich unüberprüft lassen will, gibt auch das höchstgerichtliche Urteil vom 30.3.1998.<sup>173</sup> Darin war der OGH mit der Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund einer verlustbedingten Änderung der Unternehmenstätigkeit (Umstellung von Verkauf auf Leasing, wodurch die Tätigkeit des für den Verkauf zuständigen Produktmanagers weitestgehend wegfiel) befasst und hielt einleitend unter Bezug auf die wesentlichen Sachverhaltsfeststellungen fest, dass die „**betriebswirtschaftliche Notwendigkeit für einschneidende Sparmaßnahmen [...] nicht zweifelhaft sein**“ kann. Im darauffolgenden Absatz beurteilte der OGH die Kündigung dann aber wie es scheint doch losgelöst von der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit der Änderung der unternehmerischen Tätigkeit als betriebsbedingt, weil es genügt, „*daß die Rationalisierung (Kostensenkung ua) durch eine Übernahme der veränderten [...] Aufgaben durch eine geringere Anzahl von Arbeitnehmern angestrebt wird und die Tätigkeit des Klägers auf andere, bereits vorhandene Mitarbeiter aufgeteilt wurde, somit der Arbeitsplatz des Klägers weggefallen ist.*“<sup>174</sup> In ähnlicher Weise hat der OGH auch in anderen Entscheidung an den Wegfall des Arbeitsplatzes angeknüpft und betont, dass „*der Unternehmer [...] nicht über den Kündigungsschutz mittelbar gezwungen werden [darf], **unwirtschaftliche Arbeitsplätze zu erhalten.***“<sup>175</sup> Dass der OGH den Arbeitgeber in der Disposition über die von ihm unterhaltenen Arbeitsplätze dabei aber als völlig frei erachtet, scheint vor dem Hintergrund der erst vor kurzem ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidung vom 20.1.2012<sup>176</sup> jedoch zweifelhaft. In der betreffenden Rechtssache ging aus den Feststellungen der Unterinstanzen hervor, dass sich der Verzicht auf den Arbeitsplatz des von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers sogar zum Nachteil des Arbeitgebers ausgewirkt hatte. Danach, so die Ausführungen des Gerichtshofes, „*könnte durchaus in Frage gestellt werden, ob der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers **als überflüssig und unwirtschaftlich betrachtet werden konnte***“.

Nur schwer mit dem Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit in Einklang zu bringen sind auch die höchstgerichtlichen Ausführungen in vier nahezu iden-

---

<sup>173</sup> OGH 30.3.1998, 8 ObA 86/98z.

<sup>174</sup> Interessant an dieser Entscheidung ist auch, dass der OGH hier die unternehmerische Entscheidung zum Personalabbau bei gleichzeitiger Leistungsverdichtung wohl unabhängig von der Erzielung einer „*nicht unbeträchtlichen Kostenersparnis*“ als betrieblichen Rechtfertigungsgrund für die Kündigung anzuerkennen scheint; vgl demgegenüber sogleich OGH 8.9.1993, 9 ObA 233/93.

<sup>175</sup> OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m.

<sup>176</sup> OGH 20.1.2012, 8 ObA 95/11w.

ten Entscheidungen,<sup>177</sup> in denen der Gerichtshof mit der Zulässigkeit von Änderungskündigungen zum Zweck der Senkung des Lohn- und Gehaltsaufwandes befasst war. So betonte der OGH zunächst zwar die gerichtliche Unüberprüfbarkeit der Rationalisierungsmaßnahme auf ihre betriebswirtschaftliche Notwendigkeit hin, führte im selben Atemzug aber ganz selbstverständlich aus, dass „insoweit [...] unternehmerische Entscheidungsfreiheit **bei gegebener Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse**“ besteht und der vorliegende Bilanzverlust den Entschluss des Arbeitgebers „zur **Kostenreduzierung durch Einschränkung besonders hoher Gehälter plausibel**“ macht. Auch der nachfolgende Abschnitt der Urteilsbegründung gleicht mehr einer Aneinanderreihung gegensätzlicher Aussagen als einer konsequenten Entscheidungslinie. Dabei hob der Gerichtshof zunächst hervor, dass „die Kündigung, nicht jedoch die sie auslösende Unternehmerdisposition der Rechtfertigung bedarf“; Nur zwei Sätze später ruderte der OGH dann aber wieder zurück und hielt fest, dass im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens ua „die **Notwendigkeit der Kostenreduktion durch Lohn- und Gehaltsreduktion [...] zu prüfen**“ ist. Im Ergebnis verneinte der OGH schließlich die Betriebsbedingtheit der Änderungskündigungen, weil diese nicht allen, sondern nur einzelnen Arbeitnehmern gegenüber ausgesprochen worden waren, wohingegen es nach Ansicht des Gerichtshofes für eine „**sinnvolle Sanierung des Gesamtunternehmens**“ aber einer Reduktion sämtlicher Löhne bedurft hätte. „Die Art der Maßnahme zur Kostensenkung [kann] dem Arbeitgeber zwar nicht vorgeschrieben werden und unterliegt seiner Entscheidungsfreiheit; wählt er aber eine bestimmte Maßnahme, muss geprüft werden, ob die konkrete Kündigung zur Verwirklichung der Maßnahme und des beabsichtigten Erfolgs geeignet ist,“ so die Begründung.

Aber auch in anderer Hinsicht weisen die höchstgerichtlichen Urteile zur betriebsbedingten Kündigung gewisse Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten in Bezug auf die Anerkennung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch den OGH auf. Wenn der Gerichtshof nämlich auch immer wieder betont hat, dass die Zweckmäßigkeit der unternehmerischen Entscheidung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nicht zu prüfen ist, lassen eine Reihe von Entscheidungen doch an der Ernsthaftigkeit dieser Aussage zweifeln. Erstmals für dahingehende Unsicherheiten sorgten dabei die höchstgerichtlichen Entscheidungen betreffend der Zulässigkeit der Kündigung einer Reinigungskraft infolge der unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers zur Auslagerung der Reini-

---

<sup>177</sup> OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g; OGH 28.9.2001, 8 ObA 201/01v; OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f; OGH 24.1.2002, 8 ObA 187/01k; später auch bestätigend OGH 19.12.2001, 9 ObA 244/01z.

gungsarbeiten auf eine Fremdfirma. Sowohl im ersten<sup>178</sup> als auch im zweiten Rechts-  
gang<sup>179</sup> hielt der Gerichtshof fest, dass „*die Umstellung der Betriebsreinigung von eigenen  
Dienstnehmern auf Werkverträge*“ grundsätzlich einen betriebsbezogenen Kündigungs-  
grund nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG darstellt, sofern dadurch „*eine nicht nur unbe-  
trächtliche Kostenverringerung*“ erzielt wird. Obwohl anstelle der ursprünglich geplanten  
Kostensenkung von 50% nur eine Kostenersparnis iHv 15% erreicht wurde, bejahte der  
Gerichtshof dabei im Ergebnis die Betriebsbedingtheit der Kündigung, weil, so die Be-  
gründung, es sich bei der Auslagerung bloß um einen Teil eines Gesamtrationalisierungs-  
programmes handelte, von dem sämtliche Bereiche des Betriebes erfasst wurden. Ebenfalls  
auf die Erzielung einer Kostenersparnis stellte der Gerichtshof in seiner Entscheidung vom  
8.9.1993 ab.<sup>180</sup> Aus Rationalisierungsgründen hatte sich der Arbeitgeber zu einer Verringe-  
rung des Beschäftigungsstandes unter gleichzeitiger Umverteilung der bisher von dem ge-  
kündigten Arbeitnehmer verrichteten Arbeiten auf die übrige Arbeitnehmerschaft entschie-  
den. Der Gerichtshof erachtete die Kündigung als zulässig und führte diesbezüglich aus,  
dass „*ein betriebsbedingter Kündigungsgrund auch dann vor[liegt], wenn der Tätigkeitsbe-  
reich des Arbeitnehmers zwar nicht wegfällt, aber eine Nachbesetzung wegen Rationalisie-  
rung unterbleibt, weil die Tätigkeit von anderen Arbeitnehmern mitübernommen wird, so-  
ferne mit diesen Maßnahmen eine nicht unbeträchtliche Kostenverringerung eintritt*“.  
Diesen Begründungsansatz bestätigte der Gerichtshof wortgleich wenig später auch in ei-  
ner Entscheidung über die Zulässigkeit der Kündigung eines Arbeitnehmers, die im Rah-  
men der Durchführung einer organisatorischen Umstrukturierung in Form der Zusammen-  
legung von Abteilungen (Schließung der Lohnverrechnung eines Betriebes und Einrich-  
tung einer zentralen Lohnverrechnung) ausgesprochen worden war.<sup>181</sup> Dass der OGH die  
der Kündigung zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung einer Art Zweckmäßig-  
keitsprüfung zu unterziehen scheint, belegt darüber hinaus die Entscheidung vom  
4.6.2003.<sup>182</sup> Ein Arbeitnehmer war unter Berufung auf betriebliche Erfordernisse gekün-  
digt worden, weil sich der Arbeitgeber, ein Herausgeber einer Gratiszeitung, aufgrund von

---

<sup>178</sup> OGH 9.5.1990, 9 ObA 85/90; darin beschloss der OGH die Aufhebung der zweitinstanzlichen Entschei-  
dung wegen mangelnder Feststellungen unter gleichzeitiger Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur  
Ergänzung des Verfahrens und neuerlicher Urteilsfällung.

<sup>179</sup> OGH 19.6.1991, 9 ObA 120/91.

<sup>180</sup> OGH 8.9.1993, 9 ObA 233/93.

<sup>181</sup> OGH 31.8.1994, 8 ObA 236/94.

<sup>182</sup> OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y.

wirtschaftlichen Schwierigkeiten für eine Ausweitung des Erscheinungszeitraums entschieden hatte, wodurch es zu einer personellen Überkapazitäten gekommen war. In der Urteilsbegründung unterstrich der OGH mit den üblichen „Stehsätzen“ zunächst die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers und hielt fest, dass diese naturgemäß *„umso mehr“* gelten muss, wenn *„das Unternehmen einen massiven Umsatzeinbruch zu verkraften hat und über Jahre hohe Verluste erwirtschaftet.“* In Hinblick auf den konkreten Sachverhalt bejahte der Gerichtshof sodann die Betriebsbedingtheit der Kündigung und führte dazu aus: *„Dass die Reduzierung des Personals im festgelegten Umfang erhebliche Einsparungen mit sich bringt, liegt auf der Hand. Die Einsparung des Arbeitsplatzes der Klägerin erweist sich daher als Teil einer Maßnahme, deren Eignung, die wirtschaftliche Situation der Beklagten zu verbessern, nicht zweifelhaft sein kann.“* Auch Karl erkennt in diesen höchstgerichtlichen Aussagen einen *„Vorbehalt gegen die Berücksichtigung von Rationalisierungsmaßnahmen, die keine oder nur eine geringe Kosteneinsparung zur Folge haben.“*<sup>183</sup> Daraus zu folgern, dass es dem Arbeitgeber verwehrt ist, einen Arbeitnehmer nicht aus Kostengründen sondern bspw deshalb zu kündigen, um die Personaladministration zu „entschlacken“ und daher die Reinigungstätigkeiten an eine Fremdfirma auszulagern, lehnt sie jedoch ab. Ihrer Ansicht nach habe der OGH in den betreffenden Entscheidungen bloß jenen Fall vor Augen gehabt, in dem die Kündigung mit der Notwendigkeit der Kostensenkung begründet wurde. Wenn nämlich der Arbeitgeber selbst – wie dies in allen den drei Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten der Fall war – die Kündigung im Kündigungsanfechtungsverfahren mit Kosteneinsparungsbedarf rechtfertige, so sei es *„nur konsequent, die Rechtfertigung der Kündigung nur dann anzunehmen, wenn durch sie tatsächlich eine nicht unbeträchtliche Kostenverringerung eintritt.“*

In eine ähnliche Richtung wie die drei eben genannten Entscheidungen weist auch die rechtliche Beurteilung des OGH in einer relativ jungen Entscheidung,<sup>184</sup> in der der OGH festhielt *„dass die Reduktion von Lohnkosten eine geeignete Maßnahme zur Besserung der Wirtschaftslage des Unternehmens sein kann.“* Im Ergebnis verneinte der OGH in dieser Entscheidung allerdings die Betriebsbedingtheit der Kündigung, weil der Arbeitgeber alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer nicht in ausreichender Form geprüft hatte. Zwar keine Prüfung der Zweckmäßigkeit der unternehmerischen Maßnahme, sehr wohl aber die Tendenz hin zu einer „Rationalitätskontrolle“ indi-

---

<sup>183</sup> Karl, Kündigung 134.

<sup>184</sup> OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b.

zierte der Gerichtshof in der Entscheidung vom 10.4.2003.<sup>185</sup> Gegenstand des Verfahrens war die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die aufgrund der Auslagerung ihres ursprünglichen Tätigkeitsbereichs (konkret einer Sprachschule) zunächst in eine andere Abteilung versetzt, aufgrund der später auch dort durchgeführten Umstrukturierungen schließlich aber gekündigt worden war. Auch in diesem Urteil betonte der OGH einleitend das unternehmerische Ermessen, merkte gleichzeitig jedoch an, dass die vom Betriebsinhaber getroffenen wirtschaftlichen „**Maßnahmen und die jeweils abgeleitete Erforderlichkeit der Kündigung des Arbeitnehmers rational nachvollziehbar sein müssen.**“ Auf die betriebswirtschaftliche Rationalität der unternehmerischen Maßnahme hat der Gerichtshof schon einmal in einer weit früheren Entscheidung abgestellt. Die höchstgerichtlichen Urteilsbegründung vom 10.12.1993<sup>186</sup> ist aber vor allem deshalb interessant, weil der OGH darin nichts anderes als eine verschleierte Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung quasi über das „Hintertürchen“ der Interessenabwägung vorzunehmen scheint, und das Kriterium der Rationalität nicht schon im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens eines betrieblichen Rechtfertigungsgrundes ins Spiel bringt, sondern erst im Zuge der abschließenden Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatzertalt mit den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers an der Kündigung auf dieses Bezug nimmt. So hat der Gerichtshof zunächst nämlich sehr wohl auf das „*wirtschaftliche Ermessen des Betriebsinhabers*“ hingewiesen, unvermittelt heißt es aber: „*Während Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der betrieblichen Rationalisierungsmaßnahmen nicht zu überprüfen sind [...] muß sich der Arbeitgeber **im Rahmen der Interessenabwägung** die Prüfung gefallen lassen, ob die konkrete Kündigung durch die von ihm getroffene Maßnahme gerechtfertigt ist. Dabei spielt unvermeidlicherweise **der Grad der betriebswirtschaftlichen Rationalität der unternehmerischen Maßnahme eine Rolle.***“

Wie schon der VwGH hat der OGH eine ganz klare Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit aber jedenfalls dort bejaht, wo der Arbeitgeber durch die Kündigung bloß den Austausch von Arbeitnehmern anstrebt. IdS hat der Gerichtshof wiederholt zu verstehen gegeben, dass er die Entscheidung des Arbeitgebers, Arbeitnehmer zu kündigen um an ihrer Stelle neue aufzunehmen (etwa aus Gründen der Kostensenkung, weil Letztere bereit sind, niedrigere Lohnbedingungen in Kauf zu nehmen), jedenfalls nicht als unternehmerische Entscheidung zur Rechtfertigung einer Kündigung anerkennen

---

<sup>185</sup> OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; ebenso später OGH 17.2.2005, 8 ObA 103/04m.

<sup>186</sup> OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93.

will.<sup>187</sup> Beispielhaft kann in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OGH vom 5.11.1997 erwähnt werden.<sup>188</sup> Dieser lag die Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund einer durch die Anschaffung einer neuen EDV-Anlage bedingten gleichzeitigen Umstellung von Drei- auf Zwei-Schicht-Betrieb zugrunde – ein Sachverhalt den der OGH, seinen in anderen Entscheidungen aufzufindenden Ausführungen nach zu urteilen und eine „*nicht unbeträchtliche Kostenersparnis*“ vorausgesetzt, wohl unzweifelhaft als betrieblichen Kündigungsrechtfertigungsgrund akzeptieren würde. In der konkreten Rechtssache unterstrich der OGH zunächst zwar wie üblich den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, hob die Urteile der Unterinstanzen im Ergebnis dann allerdings auf und verwies die Sache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Urteilsfällung an das Erstgericht zurück. Im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens hatte der Arbeitnehmer nämlich vorgebracht, die Kündigung sei nicht durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber von vornherein geplant gehabt habe, ihn durch eine jüngere und billigere Arbeitskraft zu ersetzen. Dieses Vorbringen war von den Instanzengerichten jedoch nicht weiter behandelt worden, insb fehlten diesbezügliche Feststellungen. „*Träfe er [gemeint: der Vorwand] zu und könnte die Beklagte für eine derartige Vorgehensweise keine triftigen Gründe darlegen, wäre die Kündigung im Sinne der oben dargestellten Rechtslage nicht als durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt anzusehen,*“ so die Begründung des OGH. Im zweiten Rechtsgang bestätigte der Gerichtshof die Zulässigkeit der Kündigung aber letztlich doch, zumal die ergänzenden Feststellungen ergeben hatten, dass kein Zusammenhang zwischen der Neueinstellung und der Kündigung bestanden hatte.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; OGH 15.3.1989, 9 ObA 279, 280/88; OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 10.6.1998, 9 ObA 19/98d; OGH 24.8.1998, 8 ObA 172/98x; OGH 12.1.2000, 9 ObA 289/99m; OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g; OGH 28.9.2001, 8 ObA 201/01v; OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f; OGH 24.1.2002, 8 ObA 187/01k; OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 23.4.2003, 9 ObA 223/02p; OGH 7.8.2003, 8 ObA 48/03x; OGH 17.2.2005, 8 ObA 103/04m; OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b.

<sup>188</sup> OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s.

<sup>189</sup> OGH 17.3.1999, 9 ObA 45/99d.

### 3.3. Würdigung der höchstgerichtlichen Entscheidungspraxis zum Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit

Wie die Tour d'Horizon durch das Entscheidungsrepertoire der beiden zur letztinstanzlichen Entscheidung über Kündigungsanfechtungen nach § 105 ArbVG berufenen Gerichtshöfe gezeigt hat, ist die höchstgerichtliche Rspr, was die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei betriebsbedingter Kündigung anbelangt, insgesamt uneinheitlich, in sich wenig schlüssig und bloß mäßig vorhersehbar. In weiten Teilen weisen sowohl die Erkenntnisse des VwGH als auch die Urteile des OGH dabei ein relativ identes Muster auf: Der Gerichtshof betont zunächst beinahe textbausteinartig die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers und deren gerichtliche Unüberprüfbarkeit in Hinblick auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, weicht im Rahmen der weiteren Entscheidungsbegründung dann aber immer wieder von dieser Kernaussage ab und bedient sich etlichen Formulierungen, die in einem Spannungsverhältnis dazu stehen. Auf einige der zuvor aufgezeigten Gegensätzlichkeiten und Unklarheiten in der Rspr haben bereits *Tomandl* und an ihn anschließend auch *Karl* hingewiesen und versucht, die Widersprüchlichkeiten aufzulösen und die höchstgerichtlichen Aussagen unter Berücksichtigung der den jeweiligen Entscheidungen konkret zugrunde liegenden besonderen Sachverhaltsmerkmalen soweit als möglich miteinander in Einklang zu bringen. Der in diesem Zusammenhang von *Tomandl* erarbeitete und zuvor bereits erläuterte Ansatz, wonach den gegensätzlichen Ausführungen des Gerichtshofes keine allzu große Bedeutung beigemessen werden dürfe, weil der OGH seine Begründung mit derartigen Aussagen oftmals bloß „abrunden“ wolle,<sup>190</sup> scheint bei genauerer Betrachtung einzelner Entscheidungen zwar durchaus zutreffend. Wenn *Karl* allerdings fordert, „*der OGH sollte endlich erkennen, daß es dieser zusätzlichen Begründungen gar nicht bedarf, sondern daß er sich damit nur in Widersprüche verwickelt, und sollte aus dieser Erkenntnis die Konsequenzen ziehen, die nur in einem endgültigen Verzicht auf die Verwendung solcher „bestärkender“ Argumente bestehen können*“,<sup>191</sup> ist dieser Forderung zweifelsohne beizupflichten. So kann und darf es mE nicht Aufgabe des Schrifttums sein, erst durch ein „Zwischen-den-Zeilen-lesen“ und Hinzu- bzw Wegdenken

---

<sup>190</sup> *Tomandl*, Kündigung 62 ff; *ders.*, ZAS 1999, 104 (110 f).

<sup>191</sup> *Karl*, Kündigung 133.

von Aussagen den wahren Bedeutungsgehalt der Rspr herausfiltern zu müssen.<sup>192</sup> Insb aus Gründen der Rechtssicherheit, -klarheit und -richtigkeit fällt es vielmehr unzweifelhaft in den Verantwortungsbereich eines Höchstgerichtes, die Formulierungen in seinen Entscheidungsbegründungen so zu wählen, dass sie in sich schlüssig sind und Widersprüchlichkeiten vermieden bzw beseitigt werden.

Aber auch in anderer Hinsicht scheint Kritik an der höchstgerichtlichen Rspr angebracht: Obwohl der Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ über die Jahre hinweg zum festen Bestandteil des höchstgerichtlichen Begriffsrepertoires geworden ist, sind sowohl der OGH als auch sein Vorgänger – ob bewusst oder unbewusst kann dahingestellt bleiben – trotz einer Fülle an einschlägiger Anlasssachverhalte eine nähere Bestimmung seines Bedeutungsgehaltes schuldig geblieben. Auch in der mE nicht unwesentlichen Tatsache, dass der Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ nach eigenen Aussagen der Gerichtshöfe die Grenzen der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis im Kündigungsanfechtungsverfahren determinieren soll, dabei jedoch weder in den einschlägigen Kündigungsschutzregeln selbst, noch im übrigen Rechtsbestand Erwähnung findet, dürften die Höchstgerichte keinerlei Veranlassung zu einer näheren Begriffsbestimmung gesehen haben. Anstatt um eine klärende Definition bemüht zu sein, scheinen sowohl VwGH als auch OGH eine solche vielmehr als selbstverständlich vorauszusetzen und lassen in ihren Entscheidungsbegründungen häufig überhaupt nicht erst erkennen, in welchem Entscheidungsakt des Arbeitgebers in dem zugrundeliegenden Fall nun die unternehmerische Entscheidung gesehen wird. So finden sich eine Reihe von Entscheidungen, in denen der OGH zunächst die wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers untersucht und die Kündigung im Ergebnis schlichtweg als in dieser gerechtfertigt erachtet, ohne näher zu thematisieren, worin konkret nun die nicht justiziable unternehmerische Entscheidung liegt. Für manchen Leser lassen einige dieser Urteile mitunter gar berechtigte Zweifel daran entstehen, ob der OGH den Anlass für eine Kündigung jedenfalls in einer unternehmerischen Entscheidung sieht, oder nicht eher davon ausgeht, dass bestimmte Umstände der Gestaltung des Unternehmers entzogen sind und deren Vorliegen damit per se einen Personalabbau begründet erscheinen lässt. Der letztgenannte Ansatz findet sich im Übrigen – das sei an dieser Stelle am Rande

---

<sup>192</sup> Problematisch ist dies vor allem auch deshalb, weil der Gerichtshof insb in seinen jüngeren Entscheidungen auf eine Darstellung des Sachverhaltes zur Gränze verzichtet oder aber die Sachverhaltsangaben erst im Rahmen der rechtlichen Begründung, dann aber bloß fragmentarisch, wiedergibt, sodass sich der Anlasssachverhalt für einen am Verfahren unbeteiligten Leser mitunter nur schwer oder gar nicht rekonstruieren lässt.

bemerkt – auch in der deutschen Rspr wieder. So geht das BAG in stRspr<sup>193</sup> davon aus, dass vereinzelte Umstände wie etwa Umsatzrückgänge, Absatzschwierigkeiten oder Auftragsmängel unmittelbare Auswirkung auf den Beschäftigungsbedarf haben, ohne dass dem eine gestaltende unternehmerische Entscheidung vorausgeht, und Kündigungen in einem dem Ausmaß der Verringerung des Beschäftigungsbedarfs entsprechenden Umfang damit automatisch gerechtfertigt sind (sog außerbetriebliche Gründe mit unmittelbarer Auswirkung auf den Beschäftigungsbedarf).

Insgesamt kann der höchstgerichtlichen Rspr – mag dem Großteil der Entscheidungen in ihrem Ergebnis auch zuzustimmen sein – somit kein vollends befriedigendes Zeugnis ausgestellt werden. Neben den bereits erläuterten Gegensätzlichkeiten und Unschlüssigkeiten, lassen die höchstgerichtlichen Urteilsbegründungen nämlich vor allem auch eine grundlegende und nachvollziehbare, auf klaren inhaltlichen Ein- und Abgrenzungen der Begrifflichkeiten basierende Struktur vermissen. Für die Zukunft wird es daher Aufgabe des OGH sein, eine durchsichtige und konsistente Rechtsprechungslinie zu schaffen, der eine überschaubare und dogmatisch fundierte Systematik in der Fallprüfung zugrunde liegt, und auf diese Weise zur Verbesserung der – derzeit nur begrenzt vorhandenen – Vorhersehbarkeit des Ausgangs eines Kündigungsanfechtungsverfahrens sowie der Transparenz der Entscheidungsfindung beizutragen. In den nachfolgenden Abschnitten soll ein sachgerechter Lösungsansatz hierfür erarbeitet werden.

---

<sup>193</sup> Für eine Darstellung der Rspr des BAG zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vgl sogleich unter 5.1.2. „Freie“ Unternehmerentscheidung und Differenzierung zwischen inner- und außerbetrieblichen Gründen in der Rechtsprechung des BAG.

## 4. Kapitel: Dogmatische Grundlagen der „freien“ unternehmerischen Entscheidung

### 4.1. Einleitende Bemerkungen

Die österreichische Rspr steht seit Jahrzehnten – wenn auch, wie der Rechtsprechungsüberblick gezeigt hat, nicht immer vollkommen konsistent – auf dem Standpunkt, dass die unternehmerische Entscheidung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens durch die Gerichte weder auf ihre Zweckmäßigkeit noch auf ihre Notwendigkeit hin zu überprüfen ist. Um eine dogmatische Begründung dieser Sichtweise hat sich jedoch weder der OGH noch der VwGH als dessen Vorgänger bemüht gefühlt. Ähnlich der Rspr sind die Grundlagen des freien unternehmerischen Entscheidungsrechts auch im Schrifttum – von einigen Ausnahmen abgesehen – bislang eher dürftig aufgearbeitet worden, was insb dadurch deutlich wird, dass man sich regelmäßig mit der pauschalen Wiedergabe von – ohne nähere Ausführungen in ihrer inhaltlichen Aussagekraft doch bescheidenen – Stehsätzen wie *„hinsichtlich der wirtschaftlichen Führung des Betriebes hat also der Betriebsinhaber uneingeschränkte Freiheit“*<sup>194</sup> und *„dem Betriebsinhaber [kommt] grundsätzlich das freie Entscheidungsrecht darüber zu [...], ob er den Betrieb einschränken, ja sogar stilllegen, oder rationalisieren will“*<sup>195</sup> begnügt.<sup>196</sup> Eine dogmatische Herleitung und Untermuerung des Grundsatzes der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sind weite Teile der Lehre demgegenüber schuldig geblieben.

Die nachfolgenden Abschnitte sind um die Aufarbeitung der dogmatischen Grundlagen des unternehmerischen Ermessens bemüht. Dabei wird zunächst auf die verfassungsrechtlichen Aspekte eingegangen und davon ausgehend in einem weiteren Schritt untersucht, inwieweit diese durch einfachgesetzliche Regelungen – allen vor die Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG aber auch andere Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts – eine Ausgestaltung und Beschränkung gefunden haben und ob sich daraus allfällige Wertungen für die Anwendung und Auslegung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ableiten lassen.

---

<sup>194</sup> Floretta, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 639.

<sup>195</sup> Floretta, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 638.

<sup>196</sup> Für eine Zusammenfassung der Literatur zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vgl Karl, Kündigung 136 ff.

## 4.2. Verfassungsrechtliche Aspekte des freien unternehmerischen Handelns

### 4.2.1. Der Grundrechtsschutz des Arbeitgebers als Unternehmer

Auf verfassungsrechtlicher Ebene kommen im Wesentlichen zwei Grundlagen für die grundrechtliche Absicherung der Freiheit des Unternehmers, sein Unternehmen nach eigenen Vorstellungen zu führen und seine damit in Zusammenhang stehenden Rechtsbeziehungen nach eigenem Ermessen zu gestalten, in Betracht: die in Art 6 StGG verankerte Erwerbsfreiheit einerseits sowie die aus der in Art 5 StGG sowie Art 1 1. ZPMRK normierten Eigentumsfreiheit abgeleitete Privatautonomie andererseits.<sup>197</sup> Diese beiden grundrechtlichen Normen zählen zu den zentralen Bestimmungen des österreichischen Wirtschaftsverfassungsrechts<sup>198</sup> und schaffen damit den verfassungsrechtlichen Rahmen der bestehenden Wirtschaftsordnung. Den Bestimmungen kann dabei nach hM<sup>199</sup> zwar keine wirtschaftspolitische Gesamtentscheidung iS der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer ganz konkreten Ordnung der Wirtschaft entnommen werden. Selbst wenn die Verfassung dem einfachen Gesetzgeber aber auch weite Gestaltungsspielräume offen lässt, liegt ihr sehr wohl die verfassungsrechtliche Wertentscheidung hin zu einer grundsätzlichen marktwirtschaftlich orientierten Ordnung zugrunde,<sup>200</sup> zu deren wesentlichen Elementen der Wettbewerb und die unternehmerische Dispositionsfreiheit zählen. Innerhalb dieses verfassungsrechtlichen Rahmens steht es dem einfachen Gesetzgeber dann frei, die Wirtschaftsordnung weiter zu gestalten und im Rahmen der durch die Grundrechte vorgegebenen Grenzen auch abweichende Ordnungsmodelle zu verwirklichen.<sup>201</sup>

#### 4.2.1.1. Eigentumsfreiheit und Privatautonomie

Art 5 StGG und Art 1 1. ZPMRK schützen die Unverletzlichkeit des Eigentums. Da sich diese verfassungsrechtliche Eigentumsgewährleistung nach ständiger Rspr des VfGH auf alle privaten Vermögensrechte erstreckt, wird davon auch das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge mitumfasst und die Garantie der Privatautonomie grundrechtlich

---

<sup>197</sup> So wohl auch *Tomandl*, Kündigung 71 ff.

<sup>198</sup> Eine aktuelle Darstellung der verfassungsrechtlich gewährleisteten wirtschaftlichen Freiheiten findet sich bei *Korinek*, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 411.

<sup>199</sup> *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 21; *Berka*, Grundrechte Rz 762 mwN.

<sup>200</sup> So grundlegend *Korinek*, WiPolBl 1976, 87 (96); vgl auch *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 22 mwN auf Lehre und Rspr.

<sup>201</sup> *Berka*, Grundrechte Rz 763.

abgesichert.<sup>202</sup> Unter Privatautonomie wird die verfassungsrechtlich geschützte Berechtigung jedes einzelnen verstanden, seine Rechtsbeziehungen nach seinem eigenen Willen zu gestalten und durch persönliche Willensbetätigung rechtliche Sanktionen herbeizuführen oder zu verhindern.<sup>203</sup> Den Hauptfall der Betätigung von Privatautonomie bildet dabei die Vertragsfreiheit. Diese umfasst neben der Freiheit jedes Einzelnen, zu entscheiden ob und mit wem er einen Vertrag abschließen will (Abschlussfreiheit) auch die Freiheit den Inhalt dieses Vertrag zu bestimmen (inhaltliche Gestaltungsfreiheit) sowie die Freiheit zur Beendigung des Vertrages (Beendigungsfreiheit).<sup>204</sup>

Art 5 StGG (und ebenso Art 1 1. ZPMRK) legt neben der grundsätzlichen Unverletzlichkeit des Eigentums gleichzeitig auch die Voraussetzungen fest, unter denen der Gesetzgeber als Adressat der Grundrechte berechtigt ist, in dieses einzugreifen.<sup>205</sup> Entsprechend den von der hL und Rspr daraus abgeleiteten Grundsätzen sind sämtliche Eingriffe in die Eigentumsfreiheit (darunter fallen nach der hM sowohl Enteignungen als auch sonstige Eigentumsbeschränkungen und -belastungen)<sup>206</sup> nur soweit zulässig, als sie im öffentlichen Interesse gelegen sind und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.<sup>207</sup> Diese Schranken gelten für Eingriffe und Beschränkungen der Privatautonomie als verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit gleichermaßen.<sup>208</sup> Da auch arbeitsrechtliche Kündigungsbeschränkungen ebenso wie bspw Abschlussgebote oder -verbote als Eigentumsbeschränkungen wirken, ist der Gesetzgeber daher auch bei Erlass derartiger Regelungen an diese Schranken gebunden, wobei im Rahmen der Verhältnismäßigkeitprüfung vor allem auf die

---

<sup>202</sup> Vgl zB VfGH 30.11.1989, G139/88, G140/88, G141/88, G146/88, G177/88, G16/89, G17/89, G74/89, G75/89, G76/89, G77/89, G231/89, G232/89, VfSlg 12227/1989 mwN.

<sup>203</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie 127; *Mayer-Maly*, in FS Korinek, 151 (151); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I<sup>13</sup> 94 f mwN.

<sup>204</sup> *Schrammel*, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (83), unter Berufung auf VfGH 11.12.1991, G272/91, G323/91, G324/91, G343/91, VfSlg 12933/1991.

<sup>205</sup> *Korinek*, in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 5 StGG Rz 24 mwN.

<sup>206</sup> *Korinek*, in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 5 StGG Rz 28; vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 1480, die ausführen, dass es im Laufe der Zeit zu einer weitgehenden Angleichung der Voraussetzungen für beide Arten von Eigentumseingriffen gekommen und der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers daher nur mehr graduell dahingehend abgestuft ist, dass Enteignung als intensivster Eingriff in das Eigentumsrecht hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit strenger zu beurteilen sind als Eigentumsbeschränkungen, und Enteignungen jedenfalls, bloße Beschränkungen aber nur bei besonderer Schwere eine Entschädigungspflicht auslösen.

<sup>207</sup> Vgl zB VfGH 30.11.1989, G 139/88, G 140/88, G 141/88, G 146/88, G 177/88, G 16/89, G 17/89, G 74/89, G 75/89, G 76/89, G 77/89, G 231/89, G 232/89, VfSlg 12227; VfGH 14.10.1993, B 1633/92, VfSlg 13587; VfGH 9.3.1995, G 28/93, VfSlg 14075; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 1481, 1485 f sowie *Berka*, Grundrechte Rz 729 ff mwN auf Rspr und Literatur.

<sup>208</sup> So zB VfGH 30.11.1989, G139/88, G140/88, G141/88, G146/88, G177/88, G16/89, G17/89, G74/89, G75/89, G76/89, G77/89, G231/89, G232/89, VfSlg 12227/1989 mwN.

Auswirkungen dieser Beschränkungen auf die grundrechtliche Position des Arbeitgebers Bedacht zu nehmen ist.<sup>209</sup>

#### 4.2.1.2. Die Erwerbs(ausübungs)freiheit

Die in Art 6 StGG verankerte Freiheit der Erwerbsausübung<sup>210</sup> schützt das Recht des Staatsbürgers, jeder Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erwerb ausgerichtet ist, nachzugehen. Davon erfasst werden nicht nur alle selbständigen Gewerbeausübungen, sondern auch freiberufliche Tätigkeiten sowie die unselbständige Erwerbstätigkeit und die Betätigung im öffentlichen Dienst.<sup>211</sup> Von Art 6 StGG geschützt sind dabei sämtliche Phasen der Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sodass neben dem Antritt der Tätigkeit und deren Ausübung auch die Freiheit zur jederzeitigen Beendigung der Tätigkeit (sog. „negative Erwerbsfreiheit“) in den Schutzbereich der Erwerbsfreiheit fällt.<sup>212</sup> In all diesen Phasen lässt sich die Erwerbsfreiheit dabei, wie *Schulev-Steindl*<sup>213</sup> veranschaulicht hat, entsprechend den vielfältigen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens in unterschiedliche Einzelfreiheiten untergliedern: So besteht die Erwerbsantrittsfreiheit etwa in der Freiheit zur Unternehmensgründung, aber auch in der Freiheit zur Wahl eines entsprechenden Standortes sowie in der Organisationsfreiheit iS der Freiheit zur Wahl einer passenden Rechtsform und zur Gestaltung der innerbetrieblichen Organisation. Als Teil der mit der Privatautonomie untrennbar verbundenen unternehmerischen Dispositionsfreiheit zählt dazu darüber hinaus die Investitionsfreiheit (iSd Entscheidung über den Kapitaleinsatz), die Produktionsfreiheit (iSd der Entscheidung über Art und Umfang der Produktion), die Absatzfreiheit sowie die Freiheit zur Wahl des Vertragspartners und zum Abschluss von Verträgen an sich. Die negative Erwerbsfreiheit umfasst schließlich die Freiheit der Entscheidung zur Stilllegung von Betriebsanlagen und Tätigkeitssparten sowie zur Auflösung des gesamten Unternehmens. Konsequenterweise muss dazu auch die Freiheit zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen gezählt werden. Soll es dem Unternehmer nämlich frei stehen, seine unternehmerische Tätigkeit gänzlich einzustellen oder ihr Ausmaß zu verändern, muss ihm – soll

---

<sup>209</sup> *Schrammel*, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (83).

<sup>210</sup> In einem engen Zusammenhang mit der Erwerbsausübungsfreiheit steht die in Art 18 StGG verankerte Freiheit zur Wahl eines bestimmten Berufes.

<sup>211</sup> Vgl. dazu zB *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit 5 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 748 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 1494 ff mwN auf Rspr und Lit.

<sup>212</sup> *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit 6; *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 113; *Korinek*, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 411 (429).

<sup>213</sup> *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 113 ff.

die Erwerbsfreiheit effektiv gewährleistet werden – auch die Anpassung der Zahl der zur Ausübung des Gewerbes beschäftigten Arbeitskräfte in Form der Beendigung von Arbeitsverhältnissen offen stehen. Arbeitsrechtliche Regelungen, die diese Möglichkeit beschränken (so etwa Kündigungseinschränkungen) sind daher als Eingriffe in die Erwerbsausübungsfreiheit zu werten und nicht schrankenlos zulässig.<sup>214</sup> Wie bei der Eigentumsfreiheit sind nämlich auch Beschränkungen der Erwerbsfreiheit nach stRspr des VfGH nur gerechtfertigt, „wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, geeignet, zur Zielerreichung adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen [maW verhältnismäßig] sind“.<sup>215</sup> Hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob eine in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit eingreifende Regelung im öffentlichen Interesse liegt, bedient sich der Gerichtshof dabei einer bloßen „Vertretbarkeitskontrolle“, derzufolge dem einfachen Gesetzgeber bezüglich der Wahl der mit einer Regelung verfolgten Zwecke ein weiter Gestaltungsspielraum offen steht, sodass der VfGH einer gesetzlichen Regelung nur dann entgegenzutreten kann, wenn diese Ziele verfolgt, die keinesfalls im öffentlichen Interesse liegen.<sup>216</sup> Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes wird demgegenüber anhand der drei Teilaspekte der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Adäquanz) beurteilt.<sup>217</sup> IdS ist zunächst zu prüfen, ob die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks überhaupt *geeignet* ist. In einem nächsten Schritt wird dann die *Erforderlichkeit* des Eingriffes beurteilt, wobei geprüft wird, ob dieser auch tatsächlich das gelindeste Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes ist oder ob es u.U. Maßnahmen gibt, die gleichermaßen geeignet sind, aber weniger stark in die grundrechtlich geschützte Position eingreifen. Im Rahmen der abschließenden Prüfung der Adäquanz des Eingriffes erfolgt schließlich eine Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffes einerseits und der Bedeutung der damit verfolgten Zielsetzung andererseits – dadurch sollen jene Maßnahmen ausgeschieden werden, die trotz Geeignetheit und Erforderlichkeit unverhältnismäßig in das Grundrecht eingreifen.<sup>218</sup>

#### 4.2.2. Der Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer

Fraglich ist, ob und inwieweit den verfassungsrechtlich verankerten Freiheiten des Arbeitgebers auch grundrechtlich geschützte Interessen des Arbeitnehmers gegenüberste-

---

<sup>214</sup> So auch *Schrammel*, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung 81 (88).

<sup>215</sup> VfGH 6.10.1987, G1/87, G171/87, VfSlg 11483/1987 mwN.

<sup>216</sup> VfGH 1.12.1987, G132/87, G133/87, G181/87, G183/87, VfSlg 11558/1987 mwN.

<sup>217</sup> *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit 13 f mwN; *Berka*, Grundrechte Rz 266 ff.

<sup>218</sup> *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit 13 f mwN; *Berka*, Grundrechte Rz 266 ff.

hen. Zwar ist es im österreichischen Bundesverfassungsrecht trotz jahrzehntelanger rechtspolitischer Diskussionen bislang zwar zu keiner Verankerung sozialer Grundrechte gekommen. In diesem Sinne besteht derzeit auch kein Recht auf Arbeit als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht.<sup>219</sup> Wie zuvor schon ausgeführt, werden jedoch von der in Art 6 StGG verankerten Freiheit der Erwerbsausübung selbstständige wie unselbstständige Tätigkeiten gleichermaßen erfasst. Ebenso ergibt sich aus der auf der Eigentumsfreiheit nach Art 5 StGG basierenden Privatautonomie auch für den Arbeitnehmer das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht, seine rechtlichen Beziehungen nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit das Interesse des Arbeitnehmers an der Sicherung des Bestandes seines Beschäftigungsverhältnisses vom Schutzbereich der Grundrechte der Eigentums- und Erwerbsfreiheit erfasst wird und damit die Einschränkung der Freiheit des Arbeitgebers als Unternehmer (va hinsichtlich der Beendigung von Arbeitsverhältnissen) erfordert. In der österreichischen Literatur ist diese Frage bislang nur am Rande thematisiert worden, weshalb sich zunächst ein Blick über die Landesgrenzen hinaus nach Deutschland anbietet.

In Deutschland kommt in diesem Zusammenhang vor allem die in Art 12 Abs 1 GG verankerte Berufsfreiheit als verfassungsrechtliche Grundlage in Betracht. Art 12 Abs 1 GG schützt neben der Wahl des Berufes auch die Ausübung der gewählten Tätigkeit sowie deren Beendigung, wobei auch hier selbstständige wie unselbstständige Beschäftigungen gleichermaßen vom Schutzbereich erfasst werden. Als Teil der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit wird durch Art 12 Abs 1 GG darüber hinaus die Vertragsfreiheit geschützt, soweit diese die berufliche Betätigung (insb auch die Gestaltung von Arbeitsbeziehungen) betrifft.<sup>220</sup> In der sog Warteschleife-Entscheidung<sup>221</sup> hat sich das deutsche BVerfG erstmals eingehend mit der Reichweite der Berufsfreiheit bei unselbstständiger Beschäftigung auseinandergesetzt. Dabei ist es zu dem Ergebnis gekommen, dass durch Art 12 Abs 1 GG weder eine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz noch ein unmittelbarer

---

<sup>219</sup> Für eine umfassende Darstellung der Argumente pro und contra einer Verankerung sozialer Grundrechte im formellen Verfassungsrecht vgl *Schäffer*, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 411; vgl zu der Thematik der sozialen Grundrechte außerdem *Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann*, FS Floretta mit Beiträgen von *Dollinger*, Das Recht auf Arbeit im wirtschaftlichen und politischen Wandel, 131; *Loebenstein*, Soziale Grundrechte und die Frage ihrer Justitiabilität, 209; *Martinek*, Angemessene Arbeitsbedingungen als soziale Grundrechte 237; *Öhlinger*, Soziale Grundrechte 271.

<sup>220</sup> Damit wird die in Art 2 Abs 1 GG verankerte allgemeine Handlungsfreiheit durch die speziellere Regelung des Art 12 Abs 1 GG verdrängt; allgemein zur Berufsfreiheit vgl *Hergenröder*, in HWK<sup>3</sup> Art 12 GG Rz 1ff; *Lakies*, in HK-ArbR<sup>2</sup> Art 12 GG Rz 1 ff.

<sup>221</sup> BVerfG 24.4.1991, 1 BvR 1341/90, AP Nr 70 GG Art 12, BVerfGE 84, 133.

Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition gewährleistet wird, sondern daraus „*lediglich*“ eine Schutzpflicht resultiert, der der Staat mit den Bestimmungen des KSchG gerecht geworden ist. In einem späteren Erkenntnis hat das BVerfG diese Entscheidung bestätigt und die angesprochene Schutzpflicht – allerdings ohne nähere Begründung – dahingehend konkretisiert, als es aus der Berufsfreiheit des Art 12 Abs 1 GG einen verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition abgeleitet hat.<sup>222</sup> Diese verfassungsrechtliche Vorgabe der staatlichen Schutzpflicht hat es dabei auch in Kleinbetrieben, die aufgrund der in § 23 KSchG vorgesehenen Kleinbetriebsklausel aus dem Schutzbereich des KSchG hinausfallen, als erfüllt betrachtet, weil die betreffenden Arbeitnehmer in diesem Fall durch „*zivilrechtliche Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt*“ werden. Ebenfalls ohne eine entsprechende Begründung hat das BAG diesen Ansatz aufgegriffen und unter Berufung auf die verfassungsgerichtliche Rspr ausgesprochen, dass „*ein durch Art 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme*“<sup>223</sup> zu wahren ist, zumal „*die Berufsfreiheit des Art 12 Abs 1 GG [...] nicht nur die unternehmerische Freiheit [des Arbeitgebers schützt], sondern [...] auch einen Mindestbestandsschutz für den Arbeitnehmer*“<sup>224</sup> gewährt. Auch von weiten Teilen des deutschen Schrifttums wird in Übereinstimmung mit der höchstgerichtlichen Rspr ein grundrechtlich gewährleistetes Mindestmaß an Kündigungsschutz bejaht.<sup>225</sup>

Wie in Deutschland steht man auch in der österreichischen Grundrechtsdogmatik in weiten Teil auf dem Standpunkt, dass die Grundrechte der Eigentums- und Erwerbsfreiheit keine Teilhabe- oder Leistungsansprüche, sehr wohl aber staatliche Schutzpflichten begründen.<sup>226</sup> So geht man entgegen dem historischen Grundrechtsverständnis heute übereinstimmend davon aus, dass sich die Grundrechte nicht mehr in bloßen Abwehransprüchen des individuellen Bürgers gegen den Staat erschöpfen, sondern dass den einzelnen Grundrechten auch darüber hinausgehende staatliche Schutz- und Gewährleistungspflichten entnommen werden können. IdS ist der Staat nicht nur dazu angehalten, nicht bzw nur inner-

---

<sup>222</sup> BVerfG 27.1.1998, 1 BvL 15/87, AP Nr 17 § 23 KSchG 1969; in dieser Entscheidung setzte sich das BVerfG mit der Verfassungskonformität der in § 23 Abs 1 Satz 2 KSchG normierten Kleinbetriebsklausel auseinander und beurteilte diese als verfassungskonform.

<sup>223</sup> BAG 21.2.2001, 2 AZR 15/00, AP Nr 12 § 242 BGB Kündigung; ebenso bejaht das BAG eine aus Art 12 Abs 1 GG abgeleitete Schutzpflicht in BAG 25.4.2001, 5 AZR 360/99, AP Nr 14 § 242 BGB Kündigung.

<sup>224</sup> BAG 26.9.2002, 2 AZR 636/01, AP Nr 124 § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>225</sup> Für eine Aufarbeitung des deutschen Meinungsstandes vgl *Annuß*, Kündigung 15 ff.

<sup>226</sup> *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 122 ff mwN.

halb der zulässigen Schranken in die durch die Grundrechte gewährleisteten Freiheitsbereiche einzugreifen, sondern resultiert für ihn aus den Grundrechten auch die Verpflichtung, durch aktives Tätigwerden für die Ausübbarkeit der grundrechtlich geschützten Freiheit zu sorgen.<sup>227</sup> Adressat der aus den grundrechtlich verankerten Freiheiten entspringenden Schutzpflicht ist dabei in erster Linie der einfache Gesetzgeber. Seine Aufgabe ist es, unzulässige Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Rechtsposition von dritter (privater) Seite durch die Schaffung entsprechender gesetzlicher Regelungen hintanzuhalten und dem Einzelnen rechtliche Mittel in die Hand zu geben, diese abzuwehren.<sup>228</sup>

Vor dem Hintergrund der Schutzpflichtlehre erscheint es mE durchaus vertretbar, die Interessen des Arbeitnehmers an der Sicherung des Bestands des Arbeitsverhältnisses als grundrechtlich geschützt anzuerkennen. Unzweifelhaft ist dabei wohl, dass aus den Grundrechten der Erwerbs- und Eigentumsfreiheit sowie der daraus abgeleiteten Privatautonomie kein unmittelbarer Schutz des Arbeitnehmers gegen den Verlust seines Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition iS einer direkten Einschränkung der Freiheit des Arbeitgebers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses resultiert. Sehr wohl resultiert nach der Schutzpflichtlehre daraus jedoch die Verpflichtung des einfachen Gesetzgebers, die Grundrechte des Arbeitnehmers vor unzulässiger Beeinträchtigung von Seiten Dritter zu schützen und deren Ausübbarkeit und Funktionalität zu gewährleisten. In Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit besteht die Schutzpflicht dabei in der Herstellung eines weitestgehenden Machtgleichgewichts der Vertragsparteien. So besteht Einigkeit darüber, dass die Privatautonomie nämlich in all jenen Fällen versagt, in denen „das Kräftegleichgewicht zwischen den Kontrahenten massiv gestört“ ist, setzt ihre Funktionsfähigkeit doch voraus, dass auch die Arbeitnehmer die Gestaltung der Arbeitsbedingungen maßgeblich beeinflussen können.<sup>229</sup> Wenn nämlich ein Vertragspartner aufgrund einer „strukturellen Unterlegenheit“ seines Gegenübers iS einer typischen und eindeutigen Störung des Verhandlungsgleichgewichts den Inhalt des Vertrages diktieren kann, bewirkt

---

<sup>227</sup> Vgl dazu zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> Rz 694 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 1330 mwN; für eine umfassende Aufarbeitung der grundrechtlichen Gewährleistungspflichten vgl zB *Holoubek*, Gewährleistungspflichten.

<sup>228</sup> *Berka*, Grundrechte Rz 102 ff; konkret mit Bezug auf die Eigentums- und Erwerbsfreiheit *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 25ff, 122 ff sowie *Korinek*, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 5 StGG Rz 60ff mwN.

<sup>229</sup> IdS *Mayer-Maly*, in FS *Korinek*, 151 (154); *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 135; zust *Schrammel*, in *Tomandl*, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (84); grundlegend auch *Bydlinski*, Privatautonomie 169 ff; für Deutschland vgl dazu *Dieterich*, RdA 1995, 129 ff mwN.

dies auf Seiten des anderen Vertragspartners eine Fremdbestimmung und ihm bleibt die Möglichkeit verwehrt, seine Rechtsbeziehungen selbstständig und nach seinen eigenen Vorstellungen zu gestalten. Auf diese Weise wird die Vertragsfreiheit dieses Vertragspartners nicht gewährleistet und seine grundrechtlich geschützten Interessen bleiben dem „freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte“ überlassen.<sup>230</sup> Im Arbeitsverhältnis ergibt sich die Unterlegenheit des Arbeitnehmers dabei im Regelfall schon daraus, dass dieser auf den Arbeitsplatz zur Deckung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist und ihm neben allfälligen Ausweichmöglichkeiten auch die nötige Übersicht und Flexibilität fehlt.<sup>231</sup> Da die Vertragsfreiheit neben der Abschlussfreiheit auch die Beendigungsfreiheit umfasst, muss dies für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleichermaßen gelten. IdS hat auch *Schrammel* aufgezeigt, dass durch die grundrechtlich geschützte Privatautonomie die Pflicht der Gesetzgebung statuiert wird, durch entsprechende gesetzliche Maßnahmen die „wirtschaftliche Kräftebalance“ zwischen den Arbeitsvertragsparteien herzustellen<sup>232</sup>.

#### **4.2.3. Der Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen durch die einfache Gesetzgebung**

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, dass die grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers und jene des Arbeitnehmers in Hinblick auf die Sicherung des Bestandes von Arbeitsverhältnissen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen. So stellt die Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht zum Zweck der Gewährleistung der Privatautonomie in Form des Ausgleichs der Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber einen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers als Unternehmer dar, der nur im Rahmen der allgemein für grundrechtliche Eingriffe geltenden Schranken, insb im Rahmen der Verhältnismäßigkeit,<sup>233</sup> zulässig ist.<sup>234</sup> Einen Ausgleich zwischen diesen kollidierenden Grundrechtspositionen zu schaffen ist nach hM die Aufgabe des demokratisch legitimierten einfachen Gesetzgebers als primärer Adressat

---

<sup>230</sup> *Dieterich*, RdA 1995, 129 (130) mwN auf die dtRspr und Literatur.

<sup>231</sup> *Dieterich*, RdA 1995, 129 (135).

<sup>232</sup> *Schrammel*, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (84); auch *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 123 mwN.

<sup>233</sup> Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit siehe oben unter 4.2.1.2. Die Erwerbs(ausübungs)freiheit.

<sup>234</sup> *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 123 f mwN; *Schrammel*, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (85).

der Grundrechte.<sup>235</sup> Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz hat dieser einen schonenden Interessenausgleich der konkurrierenden Grundrechtspositionen herzustellen<sup>236</sup> und den widerstreitenden grundrechtlich verankerten Interessen entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „zu optimaler Wirksamkeit“<sup>237</sup> zu verhelfen. Bei der Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflichten und der Schaffung eines solchen Ausgleiches steht dem einfachen Gesetzgeber ein weitreichender rechtspolitischer Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des einfachen Gesetzesrechts offen. So lässt die Verfassung in ihrer Funktion als Rahmenordnung nämlich nicht bloß eine sondern eine Mehrzahl möglicher Gestaltungen zu und zeichnet hinsichtlich der einfachgesetzlichen Umsetzung bloß die Grenzen des Über- und Untermaßes vor.<sup>238</sup>

In Hinblick auf die dem Arbeitgeber im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zukommende unternehmerische Entscheidungsfreiheit bedeutet dies, dass deren Ausmaß und Umfang nicht direkt durch die Grundrechte der Eigentums- und Erwerbsfreiheit vorgegeben wird, sondern vorrangig durch die einfachgesetzliche Umsetzung der rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers determiniert ist. Die Grundrechte bilden bloß die äußersten Schranken dieser Entscheidung. Um zu bestimmen, wie weit der einfache Gesetzgeber die grundrechtlich gesicherten Interessen (in concreto die aus Art 5 StGG und Art 1 1. ZPRMK abgeleitete Privatautonomie sowie die in Art 6 StGG verankerte Erwerbsfreiheit des Unternehmers) im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes anerkannt hat, ist daher zunächst zu eruieren, inwieweit er diese durch einfachgesetzliche Rechtsakte (nämlich durch die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes) eingeschränkt hat. Zu diesem Zweck hat der Rechtsanwender in einem ersten Schritt immer nach den gesetzgeberischen Intentionen und Wertungen zu fragen, ohne dabei unter Rückgriff auf die Grundrechte eine neuerliche Abwägung außerhalb der gesetzlichen Grenzen durchzuführen und eigene Wertun-

---

<sup>235</sup> IdS etwa *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 135; *Berka*, Grundrechte Rz 188 mwN.

<sup>236</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 133; *Berka*, Grundrechte Rz 278; Der Begriff der „praktischen Konkordanz“ stammt ursprünglich aus dem deutschen Verfassungsrecht, wo sich dazu umfassende Aufarbeitungen finden, vgl dazu allgemein zB *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts<sup>20</sup> Rz 72; in Hinblick auf das Arbeitsverhältnis etwa *Dieterich*, RdA 1995, 129 (130); *Löwisch*, ZfA 1996, 293 (299).

<sup>237</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts<sup>20</sup> Rz 72.

<sup>238</sup> *Mayer-Maly*, in FS *Korinek*, 151 (151); *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 133, 136; *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 123 f; idS für Deutschland vgl auch *Preis*, Prinzipien 59 ff; *Oetker*, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz 32; *Löwisch*, ZfA 1996, 293 (299) mwN.

gen einfließen zu lassen.<sup>239</sup> Unter Heranziehung des gesamten Auslegungskanons ist demnach zu prüfen, ob sich auf einfachgesetzlicher Ebene aus der betreffenden Bestimmung eine legitime Beschränkung der grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten zum Zweck der Erzielung eines Ausgleiches konkurrierender Grundrechtspositionen ableiten lässt.

### **4.3. Der Kündigungsschutz als einfachgesetzlicher Ausgleich kollidierender Grundrechtspositionen**

#### **4.3.1. Einleitende Bemerkungen**

Einen Ausgleich zwischen den einander zuwiderlaufenden grundrechtlich gesicherten Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes zweifelsfrei getroffen. Durch die Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG hat er die grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers insofern eingeschränkt, als er die Freiheit des Arbeitgebers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmten inhaltlichen Beschränkungen unterwirft, sofern mit der Kündigung eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage des betroffenen Arbeitnehmers einhergeht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist eine Kündigung in diesem Fall sozial ungerechtfertigt, *„es sei denn der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung a) durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren oder b) durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist“*. Liegt demgegenüber keine wesentliche Interessenbeeinträchtigung auf Seiten des Arbeitnehmers vor, ist die Zulässigkeit der Kündigung an keine sachliche Rechtfertigung gebunden. Der Gesetzgeber hat sich damit gegen einen bloßen Konkurrenzschutz der Arbeitsplatzinhaber gegenüber den Arbeitssuchenden entschieden,<sup>240</sup> sodass der Arbeitgeber – zumal der reine Arbeitsplatzverlust für sich durch § 105 ArbVG nicht geschützt wird – grundsätzlich auch zum Ausspruch von Austauschkündigungen befugt ist.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Preis, NZA 1995, 241 (243); ders, NZA 1998, 449 (452); Kiel, in Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG<sup>3</sup> § 1 Rz 451 f; Ch. Müller, Die Berufsfreiheit 101; Oetker, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz 44.

<sup>240</sup> Schrammel, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (1993) 81 (92).

<sup>241</sup> OGH 12.10.1988, 9 ObA 206/88, Arb 10.775; zust Schrammel, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (1993) 81 (92).

Dass die Einschränkung der grundrechtlich untermauerten unternehmerischen Freiheit durch die gesetzlichen Regelungen zum allgemeinen Kündigungsschutz mit den zuvor dargelegten Grundsätzen der Beschränkung von Grundrechten vereinbar ist und die Bestimmungen der §§ 105 ff ArbVG damit grundsätzlich verfassungskonform sind, ist wohl unzweifelhaft.<sup>242</sup> Fraglich bleibt jedoch, inwieweit der Gesetzgeber durch die Regelung des § 105 Abs 2 Z 3 lit b ArbVG den Arbeitgeber über die bloße Begrenzung seiner Kündigungsfreiheit hinaus auch in den der Kündigung vorgelagerten unternehmerischen Entscheidungen binden und damit einer Überprüfung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens unterwerfen wollte. Eine Antwort auf diese Frage ist – wie zuvor dargelegt – unter Auslegung der Kündigungsschutzbestimmungen zu gewinnen.

#### **4.3.2. Freies unternehmerisches Handeln und die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG**

Aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG lässt sich eine über die Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers hinausgehende Einschränkung seiner unternehmerischen Gestaltungsspielräume nicht ableiten, nimmt dieser doch bloß auf die Kündigung, nicht aber auf eine allfällige ihr vorausgehende betriebswirtschaftliche Disposition des Arbeitgebers Bezug. IdS ist eine den Arbeitnehmer in seinen Interessen wesentlich beeinträchtigende Kündigung dann nach lit b leg cit gerechtfertigt, wenn sie durch betriebliche Erfordernisse begründet ist. Durch diese gesetzliche Ausgestaltung hat der Gesetzgeber die Rechtfertigung der Kündigung und das Vorliegen betrieblicher Erfordernisse klar miteinander in Beziehung gesetzt, wobei Letztere ausdrücklich zur Tatbestandsvoraussetzung erhoben wurden und den Arbeitgeber zum zulässigen Ausspruch der Kündigung berechtigen, wenn sie einer Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers entgegenstehen. Vorgaben hinsichtlich des Entstehens der betrieblichen Erfordernisse lassen sich der Bestimmung demgegenüber nicht entnehmen. Da vielmehr bloß der Nachweis über deren tatsächliches Vorliegen entscheidend ist, sind die betrieblichen Erfordernisse schon dem Wortlaut nach als Ausgangspunkt der judiziellen Kontrolle im Kündigungsschutzverfahren zu begreifen, von dem aus es zu beurteilen gilt, ob die Kündigung des Arbeitnehmers nach lit b leg cit begründet ist.

---

<sup>242</sup> Für eine Analyse des allgemeinen Kündigungsschutzes als betriebliches Mitbestimmungsrecht aus verfassungsrechtlicher Perspektive vgl etwa *Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Probleme der Mitbestimmung; *Pernthaler*, Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Grenzen.

Im deutschen Diskurs hat sich insb *Preis* grundlegend mit dieser Thematik auseinandergesetzt, wobei er vor allem den Wortlaut und die Normstruktur der Kündigungsschutzbestimmungen analysiert hat. Aus der in § 1 Abs 2 Satz 1 dtKSchG normierten Anknüpfung der Zulässigkeit der Kündigung an das Vorliegen „*dringender betrieblicher Erfordernisse*“ hat er dabei abgeleitet, dass der einfache Gesetzgeber den im Falle der betriebsbedingten Kündigung vorliegenden grundrechtlichen Interessenskonflikt zwischen dem Dispositionsinteresse des Arbeitgebers einerseits und dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers andererseits insoweit gelöst habe, als die Verwendung dieser Begrifflichkeiten auf die „*ausdrückliche gesetzliche Anordnung des Grundsatzes der Erforderlichkeit*“ als Teilgrundsatz des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips hinweist.<sup>243</sup> Daraus ergibt sich seiner Ansicht nach sowohl eine Begrenzung als auch eine Legitimierung der Kündigung: So sei aus dieser gesetzlichen Konstruktion einerseits zu folgern, dass der Arbeitgeber nach Möglichkeit ein milderes Mittel anstelle der Kündigung anzuwenden habe. Gleichzeitig lasse sich ihr andererseits aber auch entnehmen, dass der Gesetzgeber bewusst eben nur den Teilaspekt der Erforderlichkeit in die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung inkorporiert habe.<sup>244</sup> IdS bedingt die konsequente Anerkennung dieser gesetzgeberischen Entscheidung nach *Preis* dabei ua, dass „*die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit und Vernünftigkeit einer unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess nicht zu überprüfen ist*“. Vielmehr habe sich die gerichtliche Überprüfung auf die Erforderlichkeit der Kündigung zu beschränken, die sich ihrerseits nach dem vorgegebenen Zweck bestimme.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> *Preis*, Prinzipien 305.

<sup>244</sup> Mit diesem Argument zeigt *Preis* gleichzeitig auch auf, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen die Durchführung einer umfassenden Interessenabwägung (iS der Verhältnismäßigkeit ieS als dritter Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung) durch den Richter im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens entschieden habe, weil bereits er selbst in der gesetzlichen Regelung den Ausgleich der kollidierenden Interessen vorgenommen habe; vgl dazu ausführlich unter 4.2.3. Der Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen durch die einfache Gesetzgebung.

<sup>245</sup> *Preis*, Prinzipien 216, 217, 305, 306 f; unter Berufung auf das in der deutschen Regelung enthaltene Kriterium der „Dringlichkeit“ der betrieblichen Erfordernisse kommt *Preis* dann jedoch zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung der Kündigung nicht bloß das am Zweck gemessene relativ gelindeste Mittel (iSd bei gleicher Eignung weniger einschneidenden Maßnahme) zu ergreifen hat, sondern ihm als Kündigungsalternative das nach der konkreten Sachlage absolut gelindeste Mittel abzuverlangen ist und der Arbeitgeber vorrangig zur Kündigung etwa auch zur Arbeitsstreckung oder in bestimmten Konstellationen gar zur Einführung von Kurzarbeit gehalten werden kann; *Preis*, Prinzipien 307, 404 ff.

Dieser – mE durchaus überzeugende – Ansatz ist im deutschen Schrifttum vielfach auf Zustimmung gestoßen<sup>246</sup> und lässt sich ebenso auf die heimische Rechtslage übertragen,<sup>247</sup> zumal auch gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG eine Kündigung gerechtfertigt ist, wenn sie aufgrund von betrieblichen Umständen erforderlich ist. Geht man daher mit *Preis* davon aus, dass der Gesetzgeber die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers insofern eingeschränkt hat, als er für die Kündigung eine Erforderlichkeitsprüfung anordnet, so ergibt sich daraus unweigerlich, dass allfällige der Kündigung vorausgehende Dispositionen des Arbeitgebers der gerichtlichen Überprüfung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens entzogen sein sollen. Die Erforderlichkeitsprüfung setzt nämlich schon denknotwendigerweise immer einen Maßstab voraus, anhand dessen die Erforderlichkeit beurteilt werden kann. Nur wenn klar ist, welcher Zweck durch eine bestimmte Maßnahme verfolgt wird, kann auch beurteilt werden, ob diese tatsächlich erforderlich ist oder ob nicht ein für den Arbeitnehmer milderes Mittel ebenso zur Zweckerreichung geeignet ist. Daraus ergibt sich, um an den Worten *Tomandls*<sup>248</sup> festzuhalten, dass „*nur die Kündigung [...], nicht aber die sie auslösende unternehmerische Disposition*“ einer Rechtfertigung iS einer Erforderlichkeitsprüfung bedarf.

#### **4.3.3. Freies unternehmerisches Handeln und das Mitbestimmungskonzept des ArbVG**

Dass die der Kündigung vorausgehenden unternehmerischen Dispositionen durch die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG grundsätzlich keiner Einschränkung iS einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen werden, kommt darüber hinaus aber auch ganz eindeutig in der gesetzlichen Ausgestaltung des Betriebsverfassungsrechts (insb des diesem zugrunde liegenden Mitwirkungskonzeptes) in Verbindung mit der systematischen Ansidelung des allgemeinen Kündigungsschutzes in diesem Teil des arbeitsrechtlichen Rechtsbestandes zum Ausdruck. *Tomandl*<sup>249</sup> hat diese Thematik grundlegend untersucht und dabei unter Gegenüberstellung der gesetzlichen Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts mit der österreichischen Verfassungsordnung überzeugend herausgearbeitet,

---

<sup>246</sup> Vgl zB *Kiel*, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit 41; *Oetker*, SAE 1991, 11 (16 f); *Ch. Müller*, Die Berufsfreiheit 148 f; *Tenczer*, Freie Unternehmerentscheidung 27 ff.

<sup>247</sup> Auch *Kuderna* hat aus dem Begriff „*Erfordernisse*“ abgeleitet, dass es sich um Gründe handeln muss, die die Kündigung „*notwendig*“ machen; vgl dazu *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (14).

<sup>248</sup> *Tomandl*, Kündigung 69.

<sup>249</sup> *Tomandl*, Kündigung 65 ff; vgl zuvor schon *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (214 ff).

dass der Gesetzgeber das unserer Verfassungsordnung zugrunde liegende System der sozialen Marktwirtschaft auch in das Grundkonzept des Arbeitsverfassungsgesetzes einfließen hat lassen: So stellt die Erwerbsausübung in einem geordneten Wettbewerb samt der grundsätzlichen Möglichkeit der unternehmerischen Gestaltung und Anpassung an veränderte Wettbewerbs- und Marktgegebenheiten in einer marktwirtschaftlichen Ordnung eine unverzichtbare Voraussetzung dar. Durch die Sozialpflichtigkeit des Eigentums ergibt sich dabei zwar das Erfordernis zur Beachtung bestimmter Grenzen – nicht jedoch die Legitimationsbedürftigkeit jeglicher Eigentumsverfügung. Nach *Tomandl*<sup>250</sup> beruhen auch die Bestimmungen des betriebsverfassungsrechtlichen Teiles des ArbVG auf eben diesem Konzept, weil dort ebenso von der vollen Handlungsfreiheit des Arbeitgebers iSd Möglichkeit zur freien Gestaltung seiner Organisation ausgegangen und diese nur dort eingeschränkt wird, wo öffentliche Interessen an der Berücksichtigung der Belegschaftsinteressen es erfordern.

Ein Blick auf die Ausgestaltung und Systematik des österreichischen Betriebsverfassungsrechts belegt diesen Ansatz: Anstatt dem Unternehmer als Arbeitgeber Vorgaben hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung und Untergliederung seiner unternehmerischen Betätigung aufzubürden, hat der Gesetzgeber diese der freien Disposition des Arbeitgebers vorbehalten und die rechtlichen Konsequenzen – allen voran in Bezug auf die Organisation der Belegschaft (zB die Anzahl der Betriebsratsmitglieder) – erst von der nach dessen eigenem Ermessen geschaffenen Organisationsstruktur abhängig gemacht.<sup>251</sup> Trotz des Bestehens betrieblicher Mitbestimmungsrechte bleibt es dem Unternehmer im Rahmen dieser Organisationsfreiheit damit unbenommen, seine unternehmerische Betätigung durch die selbstverantwortlich geschaffenen Organisationseinheiten und –strukturen zu verwirklichen. IdS steht es ihm frei, sein Unternehmen in „Betriebe“ iSd § 34 ArbVG weiter zu untergliedern und innerhalb der organisatorischen Einheit des „Betriebes“ seinen Vorstellungen entsprechende Organisationshierarchien zu schaffen und Strukturen zur Realisierung seiner unternehmerischen Betätigung zu implementieren. Untermauert hat der Gesetzgeber die Anerkennung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Gestaltung und Führung seines Unternehmens außerdem durch die in § 39 Abs 3 Satz 2 ArbVG enthaltene Anordnung, derzufolge die Organe der Arbeitnehmerschaft *„nicht befugt [sind], in die Führung und den Gang des Betriebes durch selbständige Anordnungen*

---

<sup>250</sup> *Tomandl*, Kündigung 67 f.

<sup>251</sup> So auch *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 191.

*einzugreifen*“. Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich betont, dass trotz des Bestehens gesetzlicher Mitbestimmungsrechte der Belegschaft in einzelnen, durch das ArbVG normierten Angelegenheiten, die Führung des Betriebs weiterhin dem Betriebsinhaber oder einer von ihm hiermit beauftragten Person zusteht und es durch die Betriebsverfassung keineswegs zu einer „*Demokratisierung der Herrschaft im Betrieb*“ kommt.<sup>252</sup>

Auch bei der gesetzlichen Ausgestaltung der einzelnen Mitwirkungstatbestände hat der Gesetzgeber diesen Ansatz konsequent umgesetzt und die uneingeschränkte Organisationsfreiheit des Arbeitgebers anerkannt: So hat er der Belegschaft nämlich nicht in sämtlichen Angelegenheiten umfassende und einheitliche Mitwirkungskompetenzen übertragen, sondern bewusst nach den verschiedenen Sachbereichen differenziert und die Befugnisse der Belegschaftsorgane abschließend normiert<sup>253</sup>, sowie hinsichtlich ihrer Intensität dem jeweiligen Gegenstand entsprechend ausgestaltet. Insb im Bereich der wirtschaftlichen Befugnisse der Belegschaft hat er sich dabei gegen deren weitreichende Einflussnahme auf die Führung und Organisation des Unternehmens und für eine bloß „schwache“ Ausprägung der betrieblichen Mitbestimmung entschieden. IdS räumen die §§ 108 bis 112 ArbVG<sup>254</sup> dem Betriebsrat zwar Informations-, Vorschlags- und Beratungsrechte sowie ein imparitätisches (dh minderheitliches) Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften und vergleichbaren Aufsichtsorganen anderer Kapitalgesellschaften und schließlich ein fakultatives Mitwirkungsrecht sowie ein Einspruchsrecht gegen die Wirtschaftsführung iVm der Anrufung einer Schlichtungsstelle oder der Staatlichen Wirtschaftskommission ein – allerdings bleibt die endgültige Entscheidung über die betreffende wirtschaftliche Angelegenheit in jedem dieser Fälle weiterhin dem Betriebsinhaber vorbehalten.<sup>255</sup> Einzig § 109 Abs 3 ArbVG normiert ein erzwingbares Mitwirkungsrecht der Belegschaft hinsichtlich des Abschlusses eines Sozialplanes; dieses bezieht sich jedoch – wie

---

<sup>252</sup> *Strasser*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 10, 12 mwN; vgl auch *Resch*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 111, 112 Rz 2, der davon spricht, dass die wirtschaftliche Führung im Wesentlichen „*alleinige Chefsache*“ ist.

<sup>253</sup> *Jabornegg*, in *FS Strasser*, 367 ff.

<sup>254</sup> Im Detail zu den wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechten vgl *Winkler*, in *Tomandl*, ArbVG §§ 108 – 112; *Resch*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 108, 109, 111, 112; sowie *Jabornegg*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 110.

<sup>255</sup> IdS halten schon die Gesetzesmaterialien ausdrücklich fest, dass dem nach § 112 ArbVG zu erstattenden Gutachten der Staatlichen Wirtschaftskommission keine für den Betriebsinhaber bindende Wirkung zukommt, vgl dazu AB 993 BlgNr 13. GP 5; Selbiges gilt auch für die Entscheidung der Schlichtungsstelle nach § 111 ArbVG, weil deren Schiedsspruch schon nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in Abs 4 nur dann gefällt werden kann, wenn sich beide Parteien (und damit auch der Betriebsinhaber) diesem im Vorfeld durch schriftliche Erklärung unterwerfen.

sogleich noch zu zeigen sein wird – nicht auf die Betriebsänderung als unternehmerische Entscheidung, sondern nur auf die Abwehr der Folgen einer solchen.<sup>256</sup> Geht man vor diesem Hintergrund daher davon aus, dass es sich bei der Ausgestaltung der Mitbestimmungstatbestände nicht bloß um ein zufälliges Ergebnis gesetzgeberischer Würdigung handelt, sondern dass diese vielmehr als das Resultat eines durchdachten Vorgehens iS einer bewusst restriktiven Ausgestaltung der Belegschaftsbefugnisse in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu begreifen sind, gilt es die Entscheidung des Gesetzgebers zur „Organisationshoheit“<sup>257</sup> des Arbeitgebers auch bei der Auslegung der übrigen Mitbestimmungsrechte zu respektieren und nicht im Wege einer extensiven Interpretation der Mitwirkungsbefugnisse in personellen oder sozialen Angelegenheiten zu umgehen.

Zu besagter Umgehung käme es im Ergebnis jedoch, würde man die Justiziabilität der der Kündigung zugrunde liegenden unternehmerischen Entscheidung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens bejahen. Am Beispiel der gesetzlichen Regelungen über Betriebsänderungen und die erzwingbare Mitbestimmung zum Abschluss eines Sozialplanes nach § 109 Abs 3 ArbVG hat *Tomandl* dies anschaulich dargelegt.<sup>258</sup> Durch die Bestimmung des § 109 Abs 3 ArbVG hat der Gesetzgeber die betriebliche Mitwirkung bei Betriebsänderungen durch ausdrückliche Anordnung nämlich auf den Ausgleich der mit einer solchen verbundenen Auswirkungen beschränkt und dem Betriebsrat dazu die Befugnis eingeräumt, eine Betriebsvereinbarung über „*Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung dieser Folgen* [gem: die einer Betriebsänderung]“ zu erzwingen.<sup>259</sup> IdS hält auch *Strasser* fest, dass „*Gegenstand des Sozialplanes [...] die Folgen [sind], die sich aus einer Betriebsänderung ergeben*“, wobei er unter dem Begriff „*Folgen*“ „*alle Arten von möglichen Auswirkungen*“ versteht.<sup>260</sup> Keiner Mitwirkung unterworfen hat er demgegenüber die unternehmerische Organisationsentscheidung selbst, sodass entspre-

---

<sup>256</sup> IdS *Resch*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 111, 112 Rz 3.

<sup>257</sup> Für diese Begrifflichkeit vgl *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 190.

<sup>258</sup> *Tomandl*, Kündigung 68 f, 72 f; mit diesem Argument hat *Tomandl* gleichzeitig versucht, die Trennlinie zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und sozialer Gestaltungspflicht zu ziehen; vgl dazu umfassend in 7. Kapitel: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht; gs zust *Grillberger*, WBI 1990, 7 (11 f); aA *Mayer-Maly*, WBI 1988, 388 (390), der die Argumentation *Tomandls* zwar als schlüssig bezeichnet, gleichzeitig jedoch bemängelt, dass ihre argumentative Kraft zu stark von der positivrechtlichen Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte abhinge und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit deshalb mit der Unmöglichkeit der Überprüfung der Sinnhaftigkeit einer Unternehmerentscheidung durch die Gerichte zu begründen versucht; vgl dazu sogleich unter 4.3.5. Fehlende Justiziabilität der Sinnhaftigkeit der unternehmerischen Entscheidung.

<sup>259</sup> IdS zu § 1 dtKSchG vgl zB auch *Hofmann*, ZfA 1984, 295 (313); *Bitter*, DB 1999, 1214 (1217).

<sup>260</sup> *Strasser*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 96, 97 555 f.

chend dem dem ArbVG zugrunde liegenden Prinzip der vollen Handlungsfreiheit des Betriebsinhabers davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit zur Durchführung von betrieblichen Rationalisierungsmaßnahmen und Betriebsstilllegungen bzw –einschränkungen von der betrieblichen Mitbestimmung unberührt und dem Ermessen des Arbeitgebers vorbehalten bleibt. Dazu in einem Widerspruch stünde es aber, wollte man die unternehmerische Gestaltungsentscheidung als im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin überprüfbar erachten. Würde das Gericht dabei nämlich zu dem Ergebnis gelangen, dass die der Kündigung vorausgehende unternehmerische Entscheidung betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll weil nicht rentabilitäts erhöhend und die Kündigung deshalb unzulässig sei, würde damit gleichsam auch die Durchführung einer Betriebsänderung mangels der Möglichkeit zum Personalabbau verhindert werden. Auf diese Weise könnte demnach im Ergebnis über den Umweg des allgemeinen Kündigungsschutzes „die dem Arbeitgeber verbrieft Freiheit zur autonomen Durchführung von Betriebsänderungen“ wieder aufgehoben werden. Da ein solches Ergebnis wohl kaum vom Normzweck des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG getragen werden dürfte, muss die unternehmerische Organisationshoheit deshalb auch für den Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes anerkannt und eine vom Arbeitgeber gewählte organisatorische Gestaltung selbst dort respektiert werden, wo in deren Folge mitunter Kündigungen erforderlich sind.<sup>261</sup>

#### **4.3.4. Verfassungskonforme Interpretation des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG**

Im deutschen Diskurs wird die Freiheit der der Kündigung vorgelagerten unternehmerischen Entscheidung außerdem auf dem Wege der Auslegung der Kündigungsschutzbestimmungen im Lichte der Grundrechte herzuleiten versucht. IdS hat das BAG zur Untermauerung des unternehmerischen Ermessensspielraums wiederholt auf verfassungsrechtliche Argumente zurückgegriffen und im gegebenen Zusammenhang die Wertungen der in Art 12 Abs 1 GG verankerten Berufsfreiheit des Arbeitgebers, der das Grundrecht des Arbeitgebers immanent ist, „Arbeitsverhältnisse privatautonom zu begründen, aber auch zu beenden“, fruchtbar gemacht.<sup>262</sup> Da der Arbeitgeber nämlich „prinzipiell die Möglichkeit haben muß, sein Unternehmen aufzugeben, muß er wirksam kündigen können“ und „das Recht haben, darüber zu entscheiden, welche Größenordnung sein Unternehmen haben soll“. Ebenso sei der Arbeitgeber „auf Grund seiner Berufsfreiheit nach Art 12 I GG

---

<sup>261</sup> Tomandl, Kündigung 73.

<sup>262</sup> BAG 5.2.1998, 2 AZR 227/97, AP Nr 143 § 626 BGB.

*grundsätzlich bis an die Grenze der Willkür berechtigt, seine betrieblichen Aktivitäten einzuschränken und bestimmte bisher in seinem Betrieb verrichtete Arbeiten an Dritte fremd zu vergeben“ sowie festzulegen „an welchem Standort welche arbeitstechnischen Zwecke verfolgt werden sollen,“ weshalb ihn auch „das gesetzliche Kündigungsschutzrecht nicht dazu verpflichtet [...], betriebliche Organisationsstrukturen und -abläufe oder Standorte beizubehalten und geplante Organisationsänderungen nicht durchzuführen. Es ist nicht Sache der Arbeitsgerichte, dem Arbeitgeber eine bessere betriebliche oder unternehmerische Organisationsstruktur vorzuschreiben.“<sup>263</sup>*

Vergleichbare Begründungsansätze finden sich auch in der deutschen Literatur: So hat bspw. *Oetker*<sup>264</sup> festgehalten, dass der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt der Berufsfreiheit (des Arbeitnehmers) nur dem Schutz des wegen eines Arbeitsplatzes eingegangenen Arbeitsverhältnisses diene und der arbeitsrechtliche Bestandsschutz somit keine Arbeitsplätze schaffe, sondern deren Existenz vielmehr voraussetze. Arbeitsplätze seien als Resultat betrieblicher Wertschöpfung zu sehen, weshalb sich bei deren Wegfall der grundrechtlich geforderte Bestandsschutz darauf beschränken müsse, die Auswirkungen dieses Wegfalles auf das konkret betroffene Arbeitsverhältnis zu prüfen. Da eine weitreichendere Kontrolle zu einer justizförmigen Überprüfung des unternehmerischen Handelns führen würde, erstrecke sich die gerichtliche Kontrolle bezüglich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bloß auf die Umsetzungs-, nicht aber auf die Entwicklungsebene. Im Lichte der Grundrechte forderte auch *Papier*, dass die infolge reduzierter Produktion oder technologischer Veränderungen am Arbeitsplatz überflüssig gewordenen Arbeitskräfte im Grunde kündbar sein müssen.<sup>265</sup> Ebenso folgerte *Zöllner*, dass die Rechtsordnung aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben auf jene Beendigungsmöglichkeiten nicht verzichten dürfe, die „zur Anpassung des Arbeitnehmerbestandes an die wirtschaftliche Lage und an die Entwicklung der Produktivität des Unternehmens erforderlich sind.“ Selbst durch einen

---

<sup>263</sup> BAG 21.2.2002, 2 AZR 556/00, BeckRS 2002, 41379 mwN; ebenfalls unter Berufung auf Art 12 Abs 1 GG schränkte das BAG den Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung in der *Rheumaklinik*-Entscheidung vom 26.9.2002 dann aber auch wieder ein. Dieser gelte nicht schrankenlos, weil Art 12 Abs 1 GG neben der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers „auch einen Mindestbestandsschutz für den Arbeitnehmer“ gewähre. Aus der Berufsfreiheit lasse sich zwar „kein unmittelbarer Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes auf Grund privater Disposition“ ableiten, allerdings strahle der „verfassungsrechtlich gebotene Mindestbestandsschutz [...] auf die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes“ aus. Die Gerichte hätten daher „von Verfassungs wegen zu prüfen, ob von ihrer Anwendung im Einzelfall das Grundrecht des Art 12 Abs 1 GG berührt wird“ und wenn dies zutrifft, „die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden.“ Vgl. BAG 26.9.2002, AP Nr 124 § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>264</sup> *Oetker*, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz 42 ff.

<sup>265</sup> *Papier*, RdA 1989, 137 (140).

„von oben geplanten und dirigierten Arbeitsplatzesatz“ sei nur die Zuweisung vorhandener Beschäftigungen möglich, sodass die Möglichkeit zur Kündigung dort unverzichtbar sei, wo solche (etwa aufgrund eines Produktionsrückganges) nicht gegeben sind.<sup>266</sup> IdS diene das KSchG – wie *Hofmann* es formulierte – nicht der Unterbindung betrieblich notwendiger Kündigungen, sondern bloß dem „Schutz gegen vermeidbare Kündigungen“.<sup>267</sup> Ebenso stützt schließlich *Henssler* seine Argumentation auf grundrechtliche Wertungen und leitet daraus ein verfassungsrechtlich verankertes Verbot eines Zwanges zur unternehmerischen Risikoübernahme im Fremdinteresse ab. Da jede Beschäftigungsmöglichkeit ein derartiges unternehmerisches Risiko darstelle, stelle der Zwang zur Beibehaltung einer solchen als Übernahme nicht gewollter unternehmerischer Risiken einen massiven Eingriff in die Grundrechte des Arbeitgebers dar. Vor dem Hintergrund seiner grundrechtlichen Freiheiten dürfe dem Arbeitgeber durch die Bestimmungen des KSchG nicht vorgeschrieben werden, unternehmerische Risiken in Form der Beibehaltung von Arbeitsplätzen zu übernehmen. Das Sozialstaatsprinzip rechtfertige zwar eine Pflicht zur sozialverträglichen Gestaltung des Abbaus von einmal eingerichteten Arbeitsplätzen, nicht jedoch einen dauerhaften Bestandsschutz.<sup>268</sup> IdS müsse auch die freie Entscheidung des Arbeitgebers zum Abbau von Arbeitsplätzen und der damit verbundenen Risiken respektiert werden und es ihm unbenommen bleiben, den Personalbedarf einseitig festzulegen und jederzeit im Rahmen eines plausiblen Organisationskonzeptes zu verändern.<sup>269</sup>

Aus meiner Sicht erweisen sich all diese Überlegungen für den österreichischen Diskurs grundsätzlich als ebenso plausibel. Wie die zuvor angestellte Analyse der verfassungsrechtlichen Aspekte des unternehmerischen Handelns ergeben hat, ist ein Zwang des Unternehmers zur Aufrechterhaltung von ihm nicht (mehr) gewollter Arbeitsplätze wohl auch mit dem österreichischen Verständnis der verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Unternehmers unvereinbar. Dies wird offenkundig, wenn man sich die Auswirkungen eines solchen Zwanges vor Augen führt, der in seiner vollen Tragweite doch nichts anderes bedeutet, als dass dem Unternehmer der Umfang seiner unternehmerischen Betätigung

---

<sup>266</sup> *Zöllner*, Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse D 121.

<sup>267</sup> *Hofmann*, ZfA 1984, 295 (319 f).

<sup>268</sup> *Henssler*, in Henssler/Moll, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (92).

<sup>269</sup> *Henssler*, in Henssler/Moll, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (89 ff); In ähnlicher Weise stützt sich auch *Walker* auf die grundrechtliche Freiheit zur Übernahme von Unternehmerischen Risiken. Da damit die Entscheidung über den Umfang dieser Risiken untrennbar verbunden sei, sei die Festlegung der Produktionskapazität sowie der Menge der Arbeit „unantastbare Unternehmerentscheidung“; vgl dazu *Walker*, ZfA 2004, 501 (514 f).

vorgeschrieben und damit die **unfreiwillige Übernahme zukünftiger „unternehmerischer Risiken“** auferlegt würde. Gleichzeitig dürfen diese an verfassungsrechtlichen Wertungen orientierten Begründungsansätze aber freilich auch nicht überspannt und dazu bemüht werden, unerwünschte Argumentationsansätze vorschnell unter dem Vorwurf der Grundrechtswidrigkeit abzutun. Durch das Argument der Selbstbestimmung über unternehmerischen Risiken kann nämlich grundsätzlich jede gesetzgeberische Regelung, durch die eine bewusste Verteilung der Risiken zwischen den Vertragspartnern vorgenommen wird, in ihrer Wirkung mehr oder minder „weginterpretiert“ werden. Wie zuvor bereits dargelegt, gibt die Verfassung aber bloß die äußersten Grenzen (Über- und Untermaß) der einfachgesetzlichen Ausgestaltung vor und lässt dem Gesetzgeber innerhalb dieser Grenzen weitreichende Gestaltungsspielräume offen.<sup>270</sup> IdS dient auch die verfassungskonforme Interpretation einfachgesetzlicher Regelungen vorrangig dazu, von mehreren denkbaren Auslegungsergebnissen jene auszuschließen, die nicht mit dem Verfassungsrecht vereinbar sind<sup>271</sup> und kann – um auf die hier interessierende Fragestellung zurückzukommen – das im gegebenen Zusammenhang schon aus dem Wortlaut und der Normstruktur ebenso wie aus der systematischen Ansiedlung und dem Kontext des Betriebsverfassung abgeleitete Auslegungsergebnis nur zusätzlich bekräftigen.

#### **4.3.5. Fehlende Justiziabilität der Sinnhaftigkeit der unternehmerischen Entscheidung**

Letztlich wird als Argument für das Bestehen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auch die Unmöglichkeit der Beurteilung der Sinnhaftigkeit einer solchen Disposition durch die ordentlichen Gerichte ins Treffen führt. IdS hat *Mayer-Maly* vorgebracht, dass sich die Herausnahme der der Kündigung vorgelagerten unternehmerischen Entscheidung aus der gerichtlichen Nachprüfungscompetenz darauf gründe, dass es unmöglich sei, eine risikobehaftete betriebliche Disposition aus judizieller Sicht gerecht zu beurteilen.<sup>272</sup> Da deren Erfolgchancen ex-ante nämlich bestenfalls geschätzt werden könn-

---

<sup>270</sup> Vgl dazu unter 4.2.3. Der Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen durch die einfache Gesetzgebung.

<sup>271</sup> Vgl dazu *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> Rz 36 ff mwN und Beispielen aus der Rspr des VfGH.

<sup>272</sup> *Mayer-Maly*, ZfA 1988, 209 (212 f); *ders*, WBl 1988, 388 (390); Aus eben dieser Entscheidungsfreiheit leitet *Mayer-Maly* dann jedoch das Erfordernis der Durchführung einer abschließenden umfassenden Interessenabwägung ab.

ten, wäre eine Beurteilung in vielen Fällen schon deshalb ungerecht, weil sie ex-post zu einem Zeitpunkt erfolgen würde, „in dem man schon klüger ist“, so seine Begründung.<sup>273</sup>

Wohl aufgrund ähnlicher Erwägungen hat auch das BAG in einer frühen Entscheidung unter Berufung auf die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung die Kontrolle des unternehmerischen Gestaltungsermessens mit dem Argument abgelehnt, dass der Arbeitgeber „das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung seines Betriebes“ trägt und die Gerichte überfordert wären, wenn sie dem Arbeitgeber eine "bessere" betriebliche Organisation vorschreiben sollten.<sup>274</sup> D. Reuter hat diesen Begründungsansatz weiter zu konkretisieren versucht und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Feststellung des der Kündigung zugrunde liegenden wirtschaftlichen Bedürfnisses schon seiner Natur nach „nicht in einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Weise durch das Gericht“<sup>275</sup> zu überprüfen sei, weil die gerichtliche Überprüfung immer Maßstäbe erfordere, anhand derer das jeweilige Verhalten als auf seine Richtig- oder Unrichtigkeit hin beurteilt werden kann. Die Zukunftsaussichten eines Unternehmens würden aber maßgeblich durch unvorhersehbare und unbeeinflussbare Faktoren (zB Nachfrageverhalten, Reaktion der Konkurrenten) bestimmt, sodass die wirtschaftlichen Bedürfnisse verstärkt dem „Risiko ungewisser Entwicklungen“ ausgesetzt seien und idR nur ex post als richtig oder falsch eingeschätzt werden könnten. Da es somit insgesamt an den notwendigen justiziablen Maßstäben für die Beurteilung der Notwendigkeit der unternehmerischen Entscheidung fehle, müsse die gerichtliche Nachprüfung der unternehmerischen Bedürfnisse abgelehnt werden. Anderenfalls würde das Ermessen des Unternehmers nämlich im Ergebnis bloß durch das der Gerichte ersetzt – mit dem Unterschied, dass Letztere keinerlei Verantwortung trifft, wenn sich ihre Entscheidung ex post als unrichtig erweist.

Der Begründungsansatz D. Reuters ist mE durchwegs schlüssig und überzeugend. Selbst wenn nämlich – wie von kritischen Stimmen in der deutschen Literatur behauptet wird<sup>276</sup> – die Wirtschaftswissenschaften durchgängig bemüht sind, Werte vorzugeben, mit denen der Unternehmer seine Lage auf dem Markt erfassen sowie entsprechend disponieren kann, und dem Gericht außerdem die Möglichkeit offensteht, die ihm bei der Anwen-

---

<sup>273</sup> Mayer-Maly, WBI 1988, 388 (390).

<sup>274</sup> Vgl zB BAG 24.10.1979, BAGE 32, 150, AP Nr 8 § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>275</sup> D. Reuter, Anmerkung zu BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, AP Nr 6 § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>276</sup> IdS etwa M. Reuter, NZA 1989, 241 (243); auch Ch. Müller, Die Berufsfreiheit 147 f; für eine Zusammenfassung der krit Literaturmeinungen vgl Tenczer, Freie Unternehmerentscheidung 16 ff mwN.

dung dieser Maßstäbe mitunter fehlenden Sachkenntnis durch die Heranziehung von Sachverständigen auszugleichen, fehlen mangels exakter Prognostizierbarkeit der wirtschaftlichen Bedürfnisse hinreichende Maßstäbe für die Überprüfung der „Richtigkeit“ des unternehmerischen Handelns. Zweifelhaft ist aus meiner Sicht allerdings, ob die fehlende Justiziabilität für sich betrachtet eine taugliche Grundlage zur Herleitung des unternehmerischen Gestaltungsermessens darstellt, oder es sich dabei nicht vielmehr – wie etwa *Diller*<sup>277</sup> meint – um ein Argument handelt, dass „dogmatisch [...] kaum, praktisch allerdings umso mehr“ befriedigt. Jedenfalls kann die fehlende Justiziabilität der Kündigung vorausgehenden unternehmerischen Gestaltungsentscheidung aber als Motiv im Sinne eines Beweggrunds dafür begriffen werden, dass der Gesetzgeber diese bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG keiner gerichtlichen Kontrolle unterworfen hat. Insb in Zusammenschau mit den vorausgehenden Erörterungen liefert sie damit eine weitere Begründung für die im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes bestehende unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers.

#### **4.3.6. Zusammenfassung und Schlussfolgerung**

Die österreichische Grundrechteordnung gewährleistet die Freiheit des Einzelnen zur unternehmerischen Betätigung, wobei deren Antritt und Ausübung ebenso geschützt werden wie deren Beendigung und die damit in Zusammenhang stehenden Dispositionen über die eigenen wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen. Gleichzeitig ist dem Verfassungsrecht aber auch die Schutzpflicht zu entnehmen, die Privatautonomie des Arbeitnehmers in Form des Ausgleichs seiner Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber sicherzustellen. Innerhalb dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben hat der einfache Gesetzgeber die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes erlassen und einen Ausgleich dieser einander zuwider laufenden Grundrechtspositionen geschaffen.

Wie die Auslegung der Bestimmung des § 105 ArbVG ergeben hat, hat er sich dabei für eine gesetzliche Ausgestaltung entschieden, durch die – das Vorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung auf Seiten des Arbeitnehmers vorausgesetzt – zwar die Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers, nicht jedoch dessen Freiheit zur Gestaltung seiner unternehmerischen Betätigung einer Einschränkung unterworfen wird. Auch im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes steht es dem Arbeitgeber demnach frei, deren Inhalt und Ausmaß eigenverantwortlich und nach freiem Ermessen zu bestimm-

---

<sup>277</sup> *Diller*, in Preis/Willemsen, Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht, 157 (161).

men und seinen unternehmerischen Organisationsstrukturen entsprechend zu gestalten. IdS müssen die vom Arbeitgeber als Unternehmer gewählten organisatorischen Gestaltungen auch im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes respektiert und als Rechtfertigung für eine Kündigung anerkannt werden, wenn in deren Folge „betriebliche Erfordernisse“ der Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers entgegenstehen.

## **5. Kapitel: Die „freie“ unternehmerische Entscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes – Inhalt und Grenzen**

Nachdem die dogmatischen Grundlagen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers für den Bereich des Kündigungsschutzes in den vorangehenden Abschnitten definiert wurden, bleibt nunmehr zu untersuchen, welche Dispositionen des Arbeitgebers als Unternehmer als sog „freie“ Unternehmerentscheidungen von den Kündigungsschutzbestimmungen respektiert und damit der Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte entzogen werden.

### **5.1. Die „freie“ Unternehmerentscheidung – eine Bestandsaufnahme**

#### **5.1.1. Der Meinungsstand in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung**

Der Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ ist über die letzten Jahrzehnte hinweg zum festen Bestandteil des arbeitsrechtlichen Diskurses im Kündigungsrecht geworden. So selbstverständlich der Begriff dabei aber auch verwendet und immer wieder auf die unternehmerische Freiheit verwiesen wird, so sehr mangelt es an einer grundlegenden Bestimmung seines Bedeutungsgehaltes. Nur vereinzelt und dann eher beiläufig finden sich in Schrifttum und Rspr Hinweise, die zumindest ansatzweise erkennen lassen, welche Dispositionen eigentlich gemeint sind, wenn von der „freien“ Unternehmerentscheidung die Rede ist.

Das Gesetz selbst kennt den Begriff der unternehmerischen Entscheidung als solchen nicht, sondern stellt hinsichtlich der Zulässigkeit der Kündigung eines in seinen Interessen wesentlich beeinträchtigten Arbeitnehmers darauf ab, ob diese durch *„betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen“* begründet ist. Als betriebliche Erfordernisse iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG kommen nach hM dabei *„wirtschaftliche Gründe, die technischer, organisatorischer oder sonstiger Art sein können“* in Betracht. Diese können *„Anlaß zur Kündigung“* geben, sofern sie der *„Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen“* und nicht bloß kurzfristiger Natur

sind.<sup>278</sup> Beispielhaft werden eine mangelnde Auftragslage, Absatzrückgänge, Wettbewerbsrücksichten, eine verringerte Ertragslage, veraltete Betriebsanlagen, Rohstoff- und Materialmängel, Kreditschwierigkeiten sowie der Ausfall von Strom, Gas oder Maschinen genannt.

Neben diesen – wie *Floretta*<sup>279</sup> sie in seiner Kommentierung zu § 105 ArbVG bezeichnet – idR „unter dem Druck der wirtschaftlichen Verhältnisse, also von außen her“ eintretenden betrieblichen Gründen, akzeptiert die hM aber auch Kündigungen aufgrund von Umständen, die auf dem freien Entschluss des Arbeitgebers beruhen. IdS hat *Floretta* unter Berufung auf die Rspr des VwGH festgehalten, dass der Arbeitgeber „**uneingeschränkte Freiheit**“ hinsichtlich der „**wirtschaftlichen Führung seines Betriebs**“ habe. Mit der Ausführung, dass dem Betriebsinhaber das freie Entscheidungsrecht darüber zukomme, „ob er den Betrieb einschränken, ja sogar stilllegen, oder rationalisieren will“, konkretisiert er diese Aussage dann weiter und gibt zu verstehen, dass er als „freie“ unternehmerische Entscheidungen jedenfalls die Entscheidung zur Betriebseinschränkung und -stilllegung ebenso wie jene zu dessen Rationalisierung erachten will. Dieser Ansatz wurde auch vom OGH aufgegriffen. IdS hat der Gerichtshof wiederholt auf die Freiheit des Betriebsinhabers „hinsichtlich der **wirtschaftlichen Führung des Betriebes**“ hingewiesen und ausgeführt, dass diesen „durch § 105 ArbVG keine wirtschaftliche, insb produktionstechnische Gestaltungspflicht“ trifft.<sup>280</sup> Andererorts hielt der OGH fest, dass „die Gerichte [...] nicht dazu berufen [sind], die Zweckmäßigkeit oder objektive Richtigkeit der vom Betriebsinhaber getroffenen Maßnahmen im Rahmen des Verfahrens über eine Kündigungsanfechtung zu überprüfen oder dem Betriebsinhaber gar **wirtschaftliche Maßnahmen** vorzuschreiben, weil es sich bei den festgestellten **Rationalisierungsmaßnahmen** um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens handelt.“<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88; ähnlich zB OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; OGH 8.9.1993 9 ObA 233/93; OGH 31.8.1994 8 ObA 236/94; OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h; vgl auch *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar § 105 ArbVG 638; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht Bd II<sup>7</sup> (2008) 263; *Wolligger*, in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 105 ArbVG Rz 214; *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 189 mwN.

<sup>279</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105 – 107 638 f.

<sup>280</sup> RS0052008.

<sup>281</sup> RS0051649.

Obwohl dieser Ansatz in der Literatur auf breite Zustimmung gestoßen und bis heute vielfach zitiert worden ist,<sup>282</sup> finden sich im Schrifttum soweit ersichtlich nur vereinzelt weiterführende Hinweise darauf, welchen Kriterien eine Maßnahme des Arbeitgebers zu entsprechen hat, soll sie dem Bereich der „wirtschaftlichen Führung seines Betriebes“ zuzuordnen und damit als „freie“ unternehmerische Entscheidung der gerichtlichen Überprüfung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens entzogen sein. Einzelne Literaturmeinungen scheinen unter den Bereich des unternehmerischen Ermessens jedenfalls all jene Entscheidungen des Arbeitgebers subsumieren zu wollen, die eine Betriebsänderung iSd § 109 ArbVG darstellen. Anzuführen sind in diesem Zusammenhang etwa die Ausführungen Kudernas<sup>283</sup>, demzufolge betriebliche Erfordernisse „sowohl unter dem Zwang der wirtschaftlichen Verhältnisse auftreten als auch auf einem freien Entschluss des Betriebsinhabers beruhen“ können und als solche insb „Arbeitsmangel und **Betriebsänderungen in all ihren wirtschaftlichen Erscheinungsformen in Betracht**“ kommen. Er begründet dies damit, dass dem Betriebsinhaber keine „wirtschaftlichen Maßnahmen“ vorgeschrieben werden könnten, weil es sich dabei „um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens“ handle und betont unter Berufung auf die gesetzliche Ausgestaltung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 108, 109 ArbVG), dass dem Betriebsinhaber „grundsätzlich das freie Entscheidungsrecht über **Betriebsänderungen**“ zustehe. Beispielhaft für Letztere führt er dann in einer Fußnote (!!!) unter Verweis auf § 109 Abs 1 ArbVG „insbesondere“ die Einschränkung, Stilllegung oder Verlegung von Betrieben oder Betriebsteilen, den Zusammenschluss mit anderen Betrieben, die Änderung des Betriebszweckes, der Betriebsanlagen, der Arbeits- und Betriebsorganisation, die Einführung neuer Arbeitsmethoden, Rationalisierungs- und Automatisierungsmaßnahmen sowie die Änderung der Rechtsform oder der Eigentumsverhältnisse an. Diesen Ansatz hat auch Tomandl<sup>284</sup> aufgegriffen und aus den wirtschaftlichen Mitbestimmungstatbeständen den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit abgeleitet. Unter Berufung auf den Umstand, dass der Belegschaft lediglich ein Informations-, Beratungs- und Vorschlagsrecht „in **Fragen der Betriebsgestaltung**“ gem § 109 ArbVG zukommt, präzisiert

---

<sup>282</sup> Vgl zB Gahleitner, in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG Bd III<sup>4</sup> Erl 48; Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht Bd II<sup>7</sup> 263; Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup> 558.

<sup>283</sup> Kuderna, DRdA 1975, 9 (15).

<sup>284</sup> Tomandl, ZAS 1984, 203 (214); Tomandl, Kündigung 67 ff; für eine umfassende Aufarbeitung des Ansatzes Tomandls siehe bereits unter 4.3.3. Freies unternehmerisches Handeln und das Mitbestimmungskonzept des ArbVG.

er einerseits den Begriff der „freien“ unternehmerischen Entscheidung, versucht andererseits aber gleichzeitig auch dessen Grenze zu der den Arbeitgeber treffenden sozialen Gestaltungspflicht abzustecken.<sup>285</sup> *Schrank*<sup>286</sup> spricht in diesem Zusammenhang von der sog. „Organisationshoheit“ des Arbeitgebers, dem es frei stehe zu entscheiden, „*ob und welche Organisations-, Produktions-, Rationalisierungs- oder Reorganisationsmaßnahmen er trifft*“. Argumentativ knüpft er dabei an die Ausführungen *Tomandls* an, beruft sich wertungsmäßig aber außerdem auf das „*Wesen persönlich abhängiger Arbeit*“, demzufolge „*sich der Arbeitnehmer in die vom Arbeitgeber gestaltete und zu gestaltende Betriebsorganisation*“ eingliedert und das somit eine „*fremdgestaltete Betriebsorganisation*“ voraussetze.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der OGH ebenso wie ein Teil des Schrifttums von einem Begriffsverständnis ausgeht, demzufolge als „betriebliche Erfordernisse“ iSd § 105 Abs 2 Z 3 lit b ArbVG sowohl Umstände in Betracht kommen, die durch die äußeren Wirtschaftsverhältnisse bedingt werden, als auch solche, die – wohl ohne dass ein Druck durch wirtschaftliche Gegebenheiten bestünde – das Resultat der freien Disposition des Arbeitgebers sind. Nähere Erläuterungen hinsichtlich der rechtlichen Konsequenz dieser Unterscheidung, inwiefern und ob diese überhaupt rechtlich von Bedeutung ist, sind dabei zwar weder dem Schrifttum noch der Rspr zu entnehmen. Einigkeit scheint aber zumindest insoweit zu bestehen, als man der letztgenannten Gruppe der betrieblichen Erfordernisse sämtliche Maßnahmen zuzählt, die eine Betriebsänderung iSd § 109 ArbVG darstellen. Darin kommt zu Ausdruck, dass die hM jedenfalls all jene Entscheidungen der wirtschaftlichen Führung eines Betriebs als „freie“, nicht durch die Gerichte nachzuprüfende, unternehmerische Entscheidung werten will, die sich auf die Durchführung einer in der in § 109 Abs 1 ArbVG enthaltenen Aufzählung von Dispositionen und Gestaltungen beziehen.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> Zu Fragen der sozialen Gestaltungspflicht vgl 7. Kapitel: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht.

<sup>286</sup> *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG, § 105 ArbVG Rz 190 f sowie schon früher *Schrank*, ZAS 1979, 171 (174 ff); zust für den öffentlichen Dienst zB OGH 8.9.1993, 9 ObA 218/93, 219/93; OGH 11.10.2007, 8 ObA 26/07t.

<sup>287</sup> Für eine nähere Erläuterung der in § 109 Abs 1 ArbVG genannten Maßnahmen vgl *Resch*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 109, 110 ArbVG Rz 9 ff; *Preiss*, in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 109 ArbVG Erl 6 ff.

### 5.1.2. „Freie“ Unternehmerentscheidung und Differenzierung zwischen inner- und außerbetrieblichen Gründen in der Rechtsprechung des BAG

Ein Blick über die Landesgrenzen zeigt, dass der heimische Meinungsstand in gegebenem Zusammenhang in weiten Teilen Parallelen mit der höchstgerichtlichen Rspr des BAG aufweist: Wie der OGH vertritt auch das BAG grundsätzlich den Standpunkt, dass die der Kündigung zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung von den Gerichten grundsätzlich nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen ist und diese auch nicht dazu befugt sind, dem Arbeitgeber eine „bessere“ betriebliche Organisation oder ein anderes Konzept als das von ihm gewählte vorzuschreiben.<sup>288</sup> Eine gerichtliche Nachprüfung der unternehmerischen Entscheidung bejaht es dabei in ständiger Rspr nur in Form einer „Missbrauchskontrolle“, in deren Rahmen die Gerichte dazu befugt sind zu prüfen, ob die die Kündigung bedingende Unternehmerentscheidung „*offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist*“.<sup>289</sup>

Hinsichtlich der die Kündigung bedingenden „*betrieblichen Erfordernisse*“ hat das BAG in seiner Grundsatzentscheidung vom 7.12.1978<sup>290</sup> erstmals – unter Berufung auf die Ausführungen *Schmidts*<sup>291</sup> – zwischen inner- und außerbetrieblichen Gründen differenziert und diese Unterscheidungspraxis bis heute weitestgehend beibehalten. Demnach liegt ein **innerbetrieblicher Grund** für die Kündigung in jenen Fällen vor, in denen eine betriebsintern vorgenommene Maßnahme des Arbeitgebers auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet, durch die der Arbeitgeber seine Entscheidung über die Unternehmenspolitik in Hinblick auf den Markt und die Organisation des Betriebs verwirklicht, den bislang bestehenden Beschäftigungsbedarf für einen oder mehrere Arbeitnehmer wegfallen lässt.<sup>292</sup> Die innerbetrieblichen Ursachen fallen dabei im Regelfall mit der unter-

---

<sup>288</sup> Vgl zB BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 2 AZR 91/84, 7.2.1985, AP § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr 9; BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776; BAG 19.5.1993, 2 AZR 584/92, BAGE 73, 151; für einen umfassenden Überblick über die deutsche Rspr zur Frage der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei betriebsbedingter Kündigung vgl *Rommé/Pauker*, NZA-RR 2000, 281.

<sup>289</sup> Näher zur Missbrauchskontrolle unter 5.5. Die Grenzen der „freien“ unternehmerischen Entscheidung.

<sup>290</sup> BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6.

<sup>291</sup> *Schmidt*, AR-Blattei D Kündigungsschutz IV.

<sup>292</sup> Vgl zB BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 24.6.2004, 2 AZR 326/03, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 131, NZA 2004, 1268 mwN.

nehmerischen Entscheidung zusammen.<sup>293</sup> Als Beispiele nennt das BAG etwa Rationalisierungsmaßnahmen, die Umstellung oder Einschränkung der Produktion sowie die Änderung betrieblicher Hierarchiestrukturen.<sup>294</sup> In Bezug auf die Reichweite der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis vertritt das BAG in stRspr die Ansicht, dass innerbetriebliche Gründe nicht auf ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit hin nachzuprüfen sind. Sehr wohl gerichtlich zu prüfen ist jedoch, ob die zur Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung angegebenen innerbetrieblichen Gründe auch tatsächlich vorliegen und inwiefern sich diese Umstände im betrieblichen Bereich auswirken, dh ob und inwieweit sie zu einem Wegfall von Arbeitsplätzen führen.<sup>295</sup>

Im Gegensatz zu den innerbetrieblichen Gründen werden zu den **außerbetrieblichen Gründen** demgegenüber all jene Umstände gezählt, die ohne durch die Betriebsgestaltung und Betriebsführung unmittelbar beeinflussbar zu sein, von außen auf den Betrieb einwirken und so zu einem Wegfall von Arbeitsplätzen führen. Innerhalb der Gruppe der außerbetrieblichen Gründe differenziert die Rspr weiter zwischen jenen außerbetrieblichen Gründen, die unmittelbare Auswirkung auf den Beschäftigungsbedarf entfalten und jenen, die bloß mittelbare Auswirkung mit sich bringen.<sup>296</sup> Als außerbetriebliche Gründe mit bloß **mittelbarer Auswirkung** auf den betrieblichen Beschäftigungsbedarf werden dabei jene Umstände erachtet, die nicht ohne Weiteres zu dringenden betrieblichen Erfordernissen führen, weil sie auf den verschiedensten Gründen beruhen können und sich nicht unmittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeit der Arbeitnehmer auswirken.<sup>297</sup> Das BAG zählt dazu neben Gewinnverfall und Unrentabilität des Betriebes<sup>298</sup> insb auch die Einstellung

---

<sup>293</sup> BAG 20.2.1986, 2 AZR 212/85, AP § 1 KSchG 1969 Nr 11, NZA 1986, 823.

<sup>294</sup> Vgl BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; zu der Änderung betrieblicher Hierarchiestrukturen vgl BAG 27.9.2001, 2 AZR 176/00, NZA 2002, 1277.

<sup>295</sup> BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 17.06.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101; BAG 24.6.2004, 2 AZR 326/03, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 131, NZA 2004, 1268.

<sup>296</sup> Vgl zB BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 20.2.1986, 2 AZR 212/85, NZA 1986, 822; BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776.

<sup>297</sup> BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6.

<sup>298</sup> Vgl zB BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 20.2.1986, 2 AZR 212/85, NZA 1986, 822; BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776.

oder Kürzung von Drittmitteln.<sup>299</sup> Derartige außerbetriebliche Gründe können eine Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn sie vom Arbeitgeber zum Anlass genommen werden, im Rahmen seines Betriebs gestaltend tätig zu werden und innerbetriebliche Veränderungen vorzunehmen, die ihrerseits zu einer Verringerung der Arbeitsplätze führen. Da bei dieser Gruppe der außerbetrieblichen Gründe der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit damit streng genommen durch einen innerbetrieblichen Grund veranlasst wird, hat das Gericht grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der außerbetriebliche Anlass die vom Arbeitgeber innerbetrieblich vorgenommene Maßnahme auch tatsächlich erforderlich gemacht hat oder diese geeignet ist, den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen.<sup>300</sup> Vielmehr ist in diesem Fall der auf innerbetriebliche Umstände anzuwendende Prüfungsmaßstab heranzuziehen.<sup>301</sup>

Demgegenüber können bestimmte außerbetriebliche Gründe, wie etwa Umsatzrückgänge, Absatzschwierigkeiten oder Auftragsmängel, nach Ansicht des BAG aber auch **unmittelbare Auswirkungen** auf den Beschäftigungsbedarf mit sich bringen. Da in einem solchen Fall von einem direkten Zusammenhang zwischen dem außerbetrieblichen Umstand und der Kündigung ausgegangen wird, fehlt es an einer gestaltenden unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers.<sup>302</sup> Jedoch wird dessen Behauptung, allein außerbetriebliche Gründe hätten einen Entfall des Weiterbeschäftigungsbedürfnisses bewirkt, als Selbstbindung an die äußeren Sachzwänge verstanden, sodass letztere damit nicht nur dessen Anlass darstellen, sondern auch seinen Inhalt und seine Tragweite vorgeben<sup>303</sup> und in diesem Zusammenhang von einer sog. „gebundenen Unternehmerentscheidung“<sup>304</sup> (in der Literatur<sup>305</sup> zT auch von einer sog. „selbstbindenden Unternehmerentscheidung“) gesprochen wird. Eine Personalreduktion darf demnach nicht einschneidender durchgeführt werden, als es der außerbetriebliche Grund erfordert. Im Kündigungsschutzprozess hat das Gericht sodann zu prüfen, ob der außerbetriebliche Grund tatsächlich in dem behaupteten

---

<sup>299</sup> In der Entscheidung vom 20.2.1986, 2 AZR 212/85, NZA 1986, 822 hat das BAG festgehalten, dass die Entscheidung des Drittmittelgebers, in Hinkunft die Zuwendungen zu kürzen, für sich alleine noch keinen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellt, weil vielmehr erst der Drittmittelempfänger seinerseits entscheiden muss, ob er den geförderten Tätigkeitsbereich einschränken oder (etwa aus eigenen oder anderen Mitteln) fortführen will.

<sup>300</sup> BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 (777); BAG 17.6.1999, 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 103, NZA 1999, 1157.

<sup>301</sup> BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776.

<sup>302</sup> BAG 15.6.1989, 2 AZR 600/88, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 45, NZA 1990, 65.

<sup>303</sup> BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 (778).

<sup>304</sup> BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 (778).

<sup>305</sup> *Griebeling*, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 518 mwN.

Umfang vorliegt und ob er zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geführt hat.<sup>306</sup> Der Arbeitgeber genügt seiner Vortragslast nach Ansicht des BAG dabei dann, wenn er – etwa im Fall der Begründung der Kündigung mit dem Vorliegen eines Umsatzrückganges – den Berechnungsmodus so darlegt, dass aus der Verringerung des Umsatzes auf eine Veränderung der Beschäftigungsmöglichkeiten geschlossen werden kann.<sup>307</sup>

## **5.2. „Freie“ Unternehmerentscheidung und „betriebliche Erfordernisse“**

### **5.2.1. Die „freie“ Unternehmerentscheidung als normativer Begriff**

Der allgemeine Sprachgebrauch lässt hinsichtlich des Begriffes der „unternehmerischen Entscheidung“ grundsätzlich ein sehr weites Verständnis zu. So kann darunter im Wesentlichen jede Entscheidung subsumiert werden, die vom Arbeitgeber als Unternehmer getroffen wird. Ein derartiges Begriffsverständnis erweist sich jedoch – wie sogleich noch zu zeigen sein wird – zumindest für die vorliegende Untersuchung als zu weitgehend. Im vorangehenden Kapitel wurde bereits herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber seinem grundrechtlich vorgegebenen Regelungsauftrag nachgekommen ist und insofern einen Ausgleich zwischen den einander zuwiderlaufenden Grundrechtspositionen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschaffen hat, als er die Beendigung von Arbeitsverhältnissen seitens des Arbeitgebers durch die Bestimmungen des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG einem gewissen Inhaltsschutz unterworfen und dadurch dessen Beendigungsfreiheit eingeschränkt hat. Streng genommen bildet aber freilich auch die Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers einen Bestandteil seiner Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit als Unternehmer. Da die Grenzziehung zwischen den autonomen Entscheidungsspielräumen des Arbeitgebers und dem im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nachzuprüfenden Bereich damit durch die Regelungen zum allgemeinen Kündigungsschutz selbst vorgegeben wird, hat auch die Ermittlung dieser Grenzen unter Zugrundelegung dieser Normen zu erfolgen. IdS stellt – wie das BAG in seiner Entscheidung vom 20.2.1986 treffend ausgeführt hat<sup>308</sup> – das unterneh-

---

<sup>306</sup> BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 35; BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776; BAG 15.6.1989, 2 AZR 600/88, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 45, NZA 1990, 65.

<sup>307</sup> BAG 15.6.1989, 2 AZR 600/88, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 45.

<sup>308</sup> IdS BAG 20.2.1986, 2 AZR 212/85, AP § 1 KSchG 1969 Nr 11, NZA 1986, 822; ebenso BAG 19.5.1993, 2 AZR 584/92, BAGE 73, 151, NZA 1993, 1075.

merische Ermessen einen **normativen Begriff** dar, „*der keinen für alle Fälle feststehenden Inhalt hat, sondern stets im Hinblick auf den Zusammenhang, in dem er jeweils steht, zu bestimmen ist*“. Anhand der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zugrunde liegenden Normzwecks und der daraus abzuleitenden Wertungen wird in den nachfolgenden Abschnitten daher der Versuch unternommen, den Bedeutungsgehalt des Begriffes der „freien“ Unternehmerentscheidung im Kontext der Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz näher zu erörtern.

### 5.2.2. Die Kündigungsentscheidung als „freie“ unternehmerische Entscheidung?

Grundsätzlich könnte man meinen, dass auch die Kündigungsentscheidung selbst eine – um mit den Worten der Rspr<sup>309</sup> zu sprechen – Entscheidung der „*wirtschaftlichen Führung des Betriebes*“ und damit eine unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers darstellt. Dass der Entschluss zur Kündigung aber nicht als „freie“ Unternehmerentscheidung iSd § 105 ArbVG zu werten ist, ist mE unzweifelhaft. Sinn und Zweck der Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes ist es, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses eines in seinen Interessen wesentlich beeinträchtigten Arbeitnehmers durch die Bindung der arbeitgeberseitigen Kündigungsentscheidung an bestimmte Sacherfordernisse zu sichern.<sup>310</sup> Zu diesem Zweck wird durch die gesetzliche Vorgabe des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG die gerichtliche Überprüfbarkeit der Kündigung auf ihre Erforderlichkeit hin ausdrücklich angeordnet. Die Qualifikation des Kündigungsentschlusses als eine vom autonomen unternehmerischen Ermessensspielraum erfasste Entscheidung würde damit gegen die klare gesetzgeberische Anordnung verstoßen und stünde in diametralem Gegensatz zu der mit dem allgemeinen Kündigungsschutz verfolgten Zielsetzung. Auch das BAG vertritt in stRspr die Ansicht, dass eine arbeitgeberseitige Kündigung keinesfalls als gerichtlich nicht zu überprüfende unternehmerische Entscheidung angesehen werden kann. Es begründet diese Sichtweise damit, dass das KSchG anderenfalls keinen Bestandsschutz gewährleisten würde, zumal der Arbeitgeber eine Kündigung dann stets erfolgreich „*mit dem Hinweis verteidigen könnte, die Kündigung sei eine nicht zu überprüfende Unternehmerentscheidung*“. Sofern sich jemand darauf beruft, der „*Entschluss, [...] zu kündigen, sei eine Unternehmerentscheidung, [...] unterliegt er einem Irrtum über die Tragweite des*

---

<sup>309</sup> Vgl dazu unter 5.1.1. Der Meinungsstand in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung.

<sup>310</sup> Vgl Floretta/Strasser, BRG § 25 Vorbem 356.

*Begriffes der Unternehmerentscheidung“ und „hat nicht genügend bedacht, daß das unternehmerische Ermessen ein normativer Begriff ist“.*<sup>311</sup>

Des Weiteren wird vor diesem Hintergrund deutlich, dass die in der Literatur wiederholt anzutreffende Bestimmung der „freien“ Unternehmerentscheidung unter Hinweis auf § 109 ArbVG aus heutiger Sicht nicht mehr vollkommen zeitgemäß ist. Durch das BGBl 1993/460 wurde nämlich nachträglich *„die Auflösung von Arbeitsverhältnissen, die eine Meldepflicht nach § 45a Abs 1 Z 1 bis 3 AMFG [...] auslöst“* als Z 1a in die Aufzählung der als Betriebsänderungen zu qualifizierenden Maßnahmen in § 109 Abs 1 ArbVG eingefügt.<sup>312</sup> Aus meiner Sicht kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber durch diese Novellierung den allgemeinen Kündigungsschutz materiell verändern wollte. Im Ergebnis kann der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers daher *„nicht selbst die nicht nachprüfbare Unternehmerentscheidung, sondern [...] nur deren Folge sein“*<sup>313</sup> und kann umgekehrt jedenfalls nur eine der Kündigung vorgelagerte Entscheidung als „freie“ unternehmerische Entscheidung qualifiziert werden.

### **5.2.3. Die „betrieblichen Erfordernisse“ iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG**

#### 5.2.3.1. Das Grundkonzept des Schutzes vor sozialwidriger Kündigung

Von der relativ naheliegenden Schlussfolgerung, dass die Kündigungsentscheidung selbst keine „freie“ Unternehmerentscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes darstellt abgesehen, erweist sich die Grenzziehung zwischen dem „freien“ unternehmerischen Ermessen und den der gerichtlichen Nachprüfung im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses unterworfenen Vorgängen als durchwegs komplexe Aufgabe. Es scheint daher im gegebenen Zusammenhang sinnvoll, nochmals auf die Ausgestaltung der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG und die für die Rechtfertigung der Kündigung nach lit b leg cit geforderten *„betrieblichen Erfordernisse“* zurück zu kommen. Schon durch die legistische Trennung zwischen personen- und verhaltensbedingten Kündigungsrechtfertigungsgründen (lit a) einerseits und dem betriebsbedingten Kündigungsrechtfertigungsgrund (lit b) andererseits hat der Gesetzgeber ganz eindeutig zu verstehen gegeben, dass eine Kündigung nur

---

<sup>311</sup> BAG 20.2.1986, 2 AZR 212/85, AP § 1 KSchG 1969 Nr 11, NZA 1986, 822, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 37; auch BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824, AP § 2 KSchG 1969 Nr 14; BAG 17.6.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101; vgl auch *Griebeling*, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 525 mwN.

<sup>312</sup> BGBl 1993/460.

<sup>313</sup> BAG 20.2.1986, 2 AZR 212/85, AP § 1 KSchG 1969 Nr 11, NZA 1986, 822, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 37.

dann als nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt erachtet werden kann, wenn sie durch Umstände begründet ist, die aus der Sphäre des Arbeitgebers heraus resultieren und von der Person des Arbeitnehmers verschieden sind. IdS handelt es sich bei der objektiven Betriebsbedingtheit damit um einen generellen Kündigungsrechtfertigungsgrund, für dessen Prüfung die individuellen Auswirkungen der Kündigung auf den davon betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich auszublenden sind und nur im Rahmen eines Sozialvergleichs Berücksichtigung zu finden haben.<sup>314</sup>

#### 5.2.3.2. Unterscheidung zwischen Entscheidungs- und Organisationsebene

##### i) „Betriebliche“ Erfordernisse als Anknüpfung an die Organisationsebene

Fraglich ist jedoch, welche aus der Sphäre des Arbeitgebers stammenden Gründe, die nicht an die Person des Arbeitnehmers anknüpfen, geeignet sind, um dessen Kündigung zu rechtfertigen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes berechtigen „betriebliche Erfordernisse“ den Arbeitgeber dann zum Ausspruch der Kündigung, wenn sie „einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen“. Schon durch die der Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zugrunde liegende Terminologie kommt aus meiner Sicht damit zum Ausdruck, dass rein wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers für sich genommen dabei wohl nicht ausreichen, um eine Kündigung zu rechtfertigen. Dies bestätigt auch die Ansiedlung des allgemeinen Kündigungsschutzes im Betriebsverfassungsrecht sowie dessen Ausgestaltung als personelles Mitbestimmungsrecht. Vielmehr hat der Gesetzgeber hier mE bewusst zwischen der Unternehmensebene als Entscheidungsebene und der Betriebsebene als Ausführung- und Organisationsebene differenziert und für die Rechtfertigung der Kündigung an Letztere angeknüpft. Aus der – auch dem Betriebsverfassungsrecht immanenten – Unterscheidung zwischen „Betrieb“ und „Unternehmen“ folgt, dass wirtschaftliche Bedürfnisse in erster Linie immer bloß die Unternehmensebene tangieren und auf die Betriebsebene grundsätzlich nur dann Auswirkungen entfalten, wenn der Unternehmer durch eine entsprechende organisatorische Disposition auf diese reagiert und sie dadurch auf die Organisationsebene einfließen lässt. Vollzieht man diese Unterscheidung bei der Anwendung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nach, ergibt sich zwingend, dass die Rechtfertigung der Kündigung ausschließlich auf der Organisationsebene gesucht werden muss und ökonomische Belange dabei nur soweit von Relevanz sein können, soweit sie sich infolge einer entsprechenden unternehmerischen Gestaltung auf betrieblicher Ebene manifestieren.

---

<sup>314</sup> Tomandl, ZAS 1984, 203 (209) (215); ders, Kündigung 49 ff.

*ii) Unterscheidung zwischen Arbeitsvolumen und Beschäftigungsmöglichkeit*

Nachvollziehen lässt sich die Differenzierung zwischen Entscheidungs- und Ausführungsebene, wenn man – wie dies für die sachgerechte Beurteilung der Betriebsbedingtheit einer Kündigung erforderlich ist – zwischen den Größen „Arbeitsvolumen“ einerseits und „Beschäftigungsmöglichkeit“ andererseits unterscheidet.<sup>315</sup> Unter dem „**Arbeitsvolumen**“ ist dabei die tatsächlich anfallende Arbeitsmenge zu verstehen, die maßgeblich von äußeren Faktoren determiniert wird und vom Arbeitgeber als Unternehmer durch entsprechende unternehmerische Aktivität beeinflusst und gestaltet werden kann. Evident wird dies insb im Dienstleistungsbereich, wo das Ausmaß der anfallenden Arbeit in erster Linie durch die Nachfrage bestimmt wird. So ist bspw in einem Frisiersalon die Auslastung der beschäftigten Fachkräfte primär von der Zahl der täglich eintreffenden Kunden und deren Servicewünschen abhängig. Dem Unternehmer steht dabei die Möglichkeit offen, durch entsprechende Marketingstrategien, Preisgestaltungen, Standortentscheidungen, Kundenakquisitionen sowie einer Vielzahl anderer betriebswirtschaftlicher Maßnahmen aktiv auf diese Einfluss zu nehmen und auf deren Maximierung beizutragen. Ähnlich verhält es sich auch im Produktionssektor, wo das Arbeitsvolumen in gleicher Weise durch die Abnehmer vorgegeben wird und der Unternehmer durch entsprechende Sortimentserweiterungen, Produktinnovationen oder sonstige unternehmerische Strategien darauf hinwirken kann, den Absatz anzukurbeln und die Abnahme zu verbessern. Maßgeblich determiniert wird das Arbeitsvolumen damit in beiden Fällen durch äußere, durch den Markt und sonstige ökonomische Gegebenheiten bestimmte Faktoren – durch entsprechende Aktivität und betriebswirtschaftliches Know-How kann sich der Arbeitgeber als Unternehmer diese bestmöglich zu Nutzen machen.

Für die Ausführung und Verarbeitung des anfallenden Arbeitsvolumens bedarf es jedoch gewisser organisatorischer Strukturen, durch die die unternehmerische Betätigung realisiert wird. Den kleinsten Teil dieser organisatorischen Strukturen bildet dabei die „**Beschäftigungsmöglichkeit**“. Als solcher bezeichnet der Begriff „Beschäftigungsmöglichkeit“ die organisatorische Funktionsgröße „Arbeitsplatz“, in der eine Vielzahl einzelner Tätigkeitsinhalte zu einer individuellen Organisationseinheit zusammengefasst wird, und

---

<sup>315</sup> Eine inhaltlich vergleichbare Unterscheidung zwischen diesen beiden Größen findet sich auch bei *Tinhofer* der idZh allerdings die Begriffe „Arbeitsplatz“ und „Beschäftigungsmöglichkeit“ verwendet; vgl dazu *Tinhofer*, Kündigung 69 ff.

die dazu dient, das im Betrieb anfallende Arbeitsvolumen zu bewältigen.<sup>316</sup> Im Gegensatz zum Arbeitsvolumen unterliegt die Beschäftigungsmöglichkeit jedenfalls faktisch der alleinigen Gestaltung des Arbeitgebers und ist in ihrem Bestand von äußeren Gegebenheiten unabhängig.

Beide Größen stehen dabei insofern in einem Verhältnis zueinander, als es einem effizient und ökonomisch denkenden Unternehmer im Regelfall ein Anliegen sein wird, die Summe der von ihm unterhaltenen Arbeitsplätze umfänglich und hinsichtlich ihrer Zusammensetzung soweit als möglich nach dem anfallenden Arbeitsvolumen auszurichten und an dieses anzupassen. Ein direkter Zusammenhang ist einer unmittelbaren Wechselwirkung besteht zwischen den beiden Faktoren allerdings nicht. IdS entsteht eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht schon per se mit dem Anfall von Arbeit als solchem, sondern muss der Arbeitgeber als Unternehmer dieses Potential erst erkennen und durch die Schaffung entsprechender Beschäftigungsmöglichkeiten aufgreifen. Gleichmaßen verhält es sich aber auch im umgekehrten Fall: Durch das Zurückgehen des Bedarfs oder das Schwinden der Nachfrage wird eine Beschäftigungsmöglichkeit vielleicht unrentabel oder inhaltsleer; die Funktionseinheit „Arbeitsplatz“ fällt aber nicht schon allein deshalb weg, weil sich das bislang darauf entfallende Arbeitsvolumen reduziert oder zur Gänze ausbleibt. Vielmehr bedarf es auch hierfür erst einer Disposition des Unternehmers als Herr über seine betrieblichen Strukturen und Ressourcen, durch die er eine entsprechende Anpassung seiner organisatorischen Strukturen vornimmt. Die äußeren wirtschaftlichen Gegebenheiten bilden damit nur einen Anreiz, den Anlass für unternehmerische Dispositionen. Um auf die jeweiligen Einflüsse und Gegebenheiten zu reagieren, insb um seine unternehmerische Tätigkeit an die äußeren Erfordernisse und Umstände anzupassen, steht dem Unternehmer idR ein breites Spektrum an Verhaltens- und Dispositionsvarianten offen, wie sich etwa am Beispiel des Absatzrückganges veranschaulichen lässt: Sieht sich der Arbeitgeber mit einem solchen konfrontiert, kann er etwa den bisherigen Produktionsumfang beibehalten und Waren auf Vorrat produzieren – ebenso kann er aber auch seinen Produktionsschwerpunkt auf einen anderen Produktionszweig verlagern oder versuchen, durch effizientere Verfahren die Herstellung kostengünstiger zu gestalten. Denkbar wäre schließlich aber ebenso, dass der Unternehmer seine Produktion der Nachfrage entsprechend reduziert und zu diesem Zweck seine organisatorischen Strukturen an das verringert-

---

<sup>316</sup> Für eine ähnliche Definition vgl. *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (112), die den „Arbeitsplatz“ idS § 105 ArbVG definiert als eine „Funktionseinheit [...] die sich aus den Aufgaben, die vom gekündigten Arbeitnehmer ausgeführt worden sind, zusammensetzt“.

te Arbeitsvolumen anpasst, was letztlich auch zu einer Senkung des Beschäftigungsbedarfes und dem Abbau von Arbeitsplätzen führt.

Da die letztgenannte Variante dabei aber nur eine von mehreren Möglichkeiten darstellt, durch die der Arbeitgeber als Unternehmer auf äußere Gegebenheiten reagieren kann, wird deutlich, dass diese je nach gewählter Vorgehensweise Auswirkungen auf dessen organisatorische Strukturen haben können, nicht zwingend aber auch haben müssen. Vielmehr bleibt es immer dem Unternehmer vorbehalten, im Rahmen seiner unternehmerischen Gestaltungsspielräume die für ihn adäquateste Lösung zu finden und entsprechend umzusetzen. Klar wird darüber hinaus gleichzeitig aber auch, dass durch äußere Gegebenheiten zwar das Arbeitsvolumen, nicht aber unvermittelt auch die organisatorischen Strukturen, derer sich der Unternehmer bedient, beeinflusst werden, weil es hierfür immer erst einer entsprechenden Umsetzung auf der Organisationsebene bedarf. Daraus folgt, dass dem Wegfall eines Arbeitsplatzes unabhängig davon, ob er auf wirtschaftlichen Zwängen beruht oder nicht, **in jedem (!!!) Fall eine unternehmerische Disposition** zugrunde liegt und eine solche **sowohl den Ausgangs- als auch Endpunkt jeder Beschäftigungsmöglichkeit** darstellt. Die organisatorischen Strukturen sind nämlich nicht das Ergebnis äußerer Faktoren, sondern in jedem Fall das Produkt einer ganzen Kausalkette verschiedenster unternehmerischer Dispositionen.

### *iii) Wegfall des Arbeitsplatzes als Voraussetzung für das Vorliegen betrieblicher Erfordernisse*

Stellt man der in § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG verankerten Differenzierung zwischen Entscheidungs- und Organisationsebene entsprechend für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Kündigung damit auf die im betrieblichen Organisationskonzept gelegenen Umstände ab, ergibt sich mE unzweifelhaft, dass eine Kündigung jedenfalls dann nicht als betrieblich bedingt erachtet werden kann, wenn der Arbeitsplatz des betreffenden Arbeitnehmers auch in Zukunft unverändert fortbesteht. Aus rein organisatorischer Sicht ist in diesem Fall nämlich kein Grund, der nicht in irgendeiner Weise an die Person des Arbeitnehmers anknüpft, denkbar, aufgrund dessen der bisherige Arbeitsplatzinhaber nicht auch in Zukunft weiterhin auf seinem Arbeitsplatz eingesetzt werden sollte. Vom Fehlen einer entsprechenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit abgesehen, setzt das für die objektive Betriebsbedingtheit der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu fordernde Vorliegen von „*betrieblichen Erfordernissen, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers*

*entgegenstehen*“ damit in einem ersten Schritt immer voraus, dass der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers in seiner bisherigern Ausgestaltung entfallen ist.

Weil der Personalbedarf immer durch die in der Organisationsstruktur bestehenden Beschäftigungsmöglichkeiten bestimmt wird, ist daher auch der stRspr zuzustimmen, wenn diese für die objektive Betriebsbedingtheit der Kündigung fordert, dass im gesamten Betrieb für den betroffenen Arbeitnehmer kein Bedarf mehr gegeben ist und dem Arbeitgeber eine weniger einschneidende Maßnahme als der Ausspruch der Kündigung nicht zur Verfügung steht.<sup>317</sup> Wenn – wie zuvor dargestellt – ausgeführt wird, dass eine Kündigung durch „*wirtschaftliche Gründe, die technischer, organisatorischer oder sonstiger Art sein können*“ begründet sein kann, bedarf diese Ausführung zu ihrer inhaltlichen Richtigkeit mE demgegenüber jedoch einer weiteren Präzisierung: Die genannten Umstände können nämlich zwar Anlass zu einer Kündigung geben, rechtfertigen können sie – zumindest nach dem der vorliegenden Untersuchung zugrunde liegenden Verständnis – eine solche aber nur dann, wenn der Arbeitgeber auf diese durch eine entsprechende organisatorische Disposition reagiert und sie damit auch auf der Organisationsebene realisiert. IdS erweist sich auch die teilweise vorzufindende Unterscheidung zwischen den „*von außen her*“<sup>318</sup> eintretenden und den sich infolge freier unternehmerischer Entscheidung ergebenden Gründen als – wie auch in der deutschen Literatur<sup>319</sup> mE zutreffend ausgeführt wird – „*rechtlich bedeutungslos*“<sup>320</sup> und stellt nichts anderes als eine „*phänomenologische Umschreibung möglicher Kündigungsursachen*“<sup>321</sup> dar. Nachdem es für das zur Rechtfertigung der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG verlangte Vorliegen betrieblicher Erfordernisse nämlich in jedem Fall einer – wenn auch nur an die äußeren Gegebenheiten „anpassenden“ – Gestaltung der Organisationsstrukturen durch den Arbeitgeber bedarf, bringt diese keinen rechtlichen Mehrwert mit sich. Darüber hinaus ist die Bedeutung der Unterscheidung zwischen inner- und außerbetrieblichen Umständen aber auch praktisch marginal, weil sich wohl jeder vernünftig und ökonomisch denkende Unternehmer an den

---

<sup>317</sup> IdS etwa OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88; OGH 8.9.1993, 9 ObA 233/93; OGH 15.2.1995, 9 ObA 14/95; OGH 11.10.1995, 9 ObA 125/95; OGH 10.6.1998, 9 ObA 19/98d; OGH 24.8.1998, 8 ObA 172/98x; OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m; OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 17.2.2005, 8 ObA 103/04m; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; OGH 25.6.2007, 9 ObA 3/07t; OGH 8.8.2007, 9 ObA 57/07h.

<sup>318</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 638.

<sup>319</sup> Für eine umfassende Aufarbeitung der deutschen Literaturmeinungen vgl *von Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung 119.

<sup>320</sup> *Von Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung 122.

<sup>321</sup> *Preis*, in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 913.

auf dem Markt vorherrschenden Gegebenheiten orientiert und seine Gestaltungen den wirtschaftlichen Erfordernissen entsprechend vornimmt, sodass eine klare Zuordnung zu einer der beiden Kategorien nur in den seltensten Fällen überhaupt möglich sein wird.

#### 5.2.3.3. Die Organisationshoheit des Arbeitgebers

Schon in Zusammenhang mit der Untersuchung der dogmatischen Grundlage der unternehmerischen Freiheit im vorausgehenden Abschnitt der vorliegenden Arbeit wurde ausführlich erläutert, dass die Freiheit des Arbeitgebers zur Gestaltung einer Organisation nach seinen eigenen Vorstellungen iS einer Organisationshoheit<sup>322</sup> den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes ebenso wie dem der Betriebsverfassung zugrunde liegenden System der betrieblichen Mitbestimmung immanent ist. Demzufolge können die vom Arbeitgeber verfügbaren Organisationsänderungen rechtlich weder beeinflusst noch verhindert werden<sup>323</sup> und kann im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nur geprüft werden, ob die Kündigung eine für jedermann nachvollziehbare betriebswirtschaftliche Konsequenz<sup>324</sup> einer solchen Gestaltung ist. Der „Arbeitsplatz“ als organisatorische Funktionsgröße, in der eine Vielzahl von einzelnen Tätigkeitsinhalten zu einer individuellen Einheit zusammengefasst werden, ist dabei nichts anderes als der kleinste Bestandteil dieser betrieblichen Organisationsstruktur, durch den der Arbeitgeber ein bestimmtes Arbeitsvolumen und in der Gesamtheit aller Arbeitsplätze seine unternehmerische Tätigkeit als solche realisiert. Durch die Anknüpfung der Betriebsbedingtheit der Kündigung an das Vorliegen „betrieblicher Erfordernisse“ hat der Gesetzgeber den Entfall des Arbeitsplatzes in seiner bisherigen Ausgestaltung nämlich zur Zulässigkeitsvoraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung erhoben, sodass dieses Tatbestandsmerkmal, nicht aber Regelungsgegenstand ist. IdS bleibt es dem Arbeitgeber damit auch im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes unbenommen, über die Anzahl und Ausgestaltung der innerhalb seiner organisatorischen Strukturen bestehenden Arbeitsplätze selbstverantwortlich und nach freiem Ermessen zu disponieren und auf diese Weise seinen Personalbedarf zu bestimmen.

---

<sup>322</sup> Für diesen Begriff vgl. *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 190; davor bereits *ders.*, ZAS 1979, 171 (174 ff).

<sup>323</sup> *Schrank*, ZAS 1979, 171 (174).

<sup>324</sup> *Tomandl*, Kündigung 69.

#### 5.2.4. Die „freie“ Unternehmerentscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes

Durch das Anknüpfen der Rechtfertigung einer Kündigung an das Vorliegen „*betrieblicher Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen*“, hat der Gesetzgeber ganz bewusst zwischen der **durch die Gestaltung der betrieblichen Organisationsstrukturen bedingten Reduktion des Personalbedarfes** einerseits und der **Reduktion des Personalbestandes** andererseits differenziert und der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG ein Konzept zugrunde gelegt, durch das zwar der Abbau von Arbeitskräften durch Kündigung als Verringerung des Personalbestandes, nicht jedoch die diesem vorgelagerte, aus der organisatorischen Disposition des Arbeitgebers erfließende Reduktion des Personalbedarfes einer gesetzlichen Beschränkung unterworfen wird.<sup>325</sup> Wie die vorausgehenden Überlegungen gezeigt haben, wird der Arbeitgeber durch den allgemeinen Kündigungsschutz zwar in seiner Beendigungsfreiheit eingeschränkt, hinsichtlich seiner unternehmerischen Betätigung an sich und der Gestaltung der zu diesem Zweck bestehenden Organisationsstrukturen bleibt er demgegenüber jedoch frei. IdS bezeichnet der Begriff der „freien“ unternehmerischen Entscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes **jede der Kündigung vorausgehende Disposition des Arbeitgebers als Unternehmer über die Führung und Gestaltung seiner unternehmerischen Betätigung samt ihrer Umsetzung auf betriebsorganisatorischer Ebene, aus der der Wegfall des Arbeitsplatzes eines Arbeitnehmers in seiner bisherigen Ausgestaltung und damit ein veränderter Personalbedarf resultiert**. Als solche bleibt sie dem freien Ermessen des Arbeitgebers vorbehalten und einer gerichtlichen Kontrolle auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens entzogen.

### 5.3. Darlegung der „freien“ Unternehmerentscheidung im Kündigungsschutzverfahren

#### 5.3.1. Die Kündigung als Folge der „freien“ Unternehmerentscheidung

Schon zuvor wurde dargelegt, dass der Kündigungsentschluss selbst niemals als „freie“ unternehmerische Entscheidung zu werten ist, weil dadurch die Kündigung zu ihrer eigenen Rechtfertigung herangezogen und der allgemeine Kündigungsschutz seiner Wirkung beraubt werden würde. Vielmehr kann eine betriebsbedingte Kündigung aufgrund der

---

<sup>325</sup> IdS auch *Henssler*, in Henssler/Moll, Kündigungsschutz und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (94).

gesetzlichen Anknüpfung an das Vorliegen „betrieblicher Erfordernisse“ immer nur die Folge einer organisatorischen Gestaltung des Arbeitgebers darstellen. Als solche unterliegt sie damit in vollem Umfang der Überprüfung durch das Gericht, das für die Beurteilung der objektiven Betriebsbedingtheit einer Kündigung in einem ersten Schritt immer zu prüfen hat, ob der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers auch tatsächlich weggefallen ist, wobei es Sache des Arbeitgebers ist, den Wegfall des Arbeitsplatzes in rational nachvollziehbarer Weise darzutun.<sup>326</sup> Nur wenn dies bejaht werden kann und dem Arbeitgeber darüber hinaus keinerlei gelindere Mittel als die Kündigung zur Verfügung stehen,<sup>327</sup> ist diese nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt.

### **5.3.2. Gedankliche Trennung zwischen der „freien“ Unternehmerentscheidung und der Kündigung als deren Folge**

Wie die an späterer Stelle dieser Arbeit anzustellende Erläuterung der einzelnen Ausprägungen der „freien“ Unternehmerentscheidung zeigen wird, sind die den Wegfall des Arbeitsplatzes bedingende unternehmerische Organisationsentscheidung und die daraus resultierende Kündigung nach außen hin ohne nähere Ausführung allerdings nicht immer von einander zu unterscheiden. Gedanklich ist eine Trennung zwischen der unternehmerischen Disposition und der Kündigung aber selbst in den betreffenden Fällen möglich, weil – wie das BAG betont hat – die Kündigung nur besagt, dass *„ein bestimmter Arbeitsplatz freigemacht werden soll. Sie sagt [demgegenüber jedoch] nichts darüber aus, ob der Arbeitsplatz nach der Kündigung alsbald wieder besetzt werden soll“* oder nicht.<sup>328</sup> Damit diese gedankliche Trennung auch von dem die Zulässigkeit der Kündigung beurteilenden Gericht als außenstehender Betrachter nachvollzogen und die Betriebsbedingtheit der Kündigung von diesem überprüft werden kann, wird vom Arbeitgeber jedoch ein entsprechender Tatsachenvortrag erbracht werden müssen, durch den dieser insb die Dauerhaf-

---

<sup>326</sup> IdS hat der OGH wiederholt festgehalten, dass die betriebliche Bedingtheit der Kündigung vom Arbeitgeber in *„rational nachvollziehbarer Weise im Kündigungsverfahren dargetan“* werden muss; vgl zB OGH 27.6.1990, 9 ObA 151/90; OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g; OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f; OGH 28.9.2001, 8 ObA 201/01v; OGH 19.12.2001, 9 ObA 244/01z; OGH 24.1.2002, 8 ObA 187/01k; OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y; OGH 2.3.2007, 9 ObA 78/06w.

<sup>327</sup> Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber dazu verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz anzubieten vgl unter Kapitel 7: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht.

<sup>328</sup> BAG 17.6.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101, NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999, 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 103, NZA 1999, 1157.

tigkeit des Wegfalles der Arbeitsplatzes und die organisatorische Durchführbarkeit seiner unternehmerischen Entscheidung samt deren Auswirkung auf die betreffenden Beschäftigungsmöglichkeiten darzulegen hat.<sup>329</sup> Im Rahmen dieses Tatsachenvortrages ist dabei vom Arbeitgeber unter Bezugnahme auf die mit dem Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeiten verbundenen sonstigen Begleitumstände (zB das Vorliegen eines größeren Organisationskonzepts wie bspw ein Sanierungsplan) sowie durch Darlegung anderer damit in Zusammenhang stehender oder daraus resultierender Gegebenheiten (wie etwa einer Verringerung der anfallenden Arbeitsaufträge aufgrund rückläufiger Nachfragezahlen als Anlass für die Vornahme der unternehmerischen Disposition oder des zukünftigen Anfalls einer verringerten Arbeitsmenge oder einer reduzierten Kostenbelastung als Konsequenz einer solchen) plausibel zu erörtern, dass eine der Kündigung vorgelagerte unternehmerische Organisationsentscheidung vorliegt, die den Wegfall des Arbeitsplatzes bedingt.

Sinn und Zweck dieser – auch in der stRspr des BAG<sup>330</sup> geforderten – erhöhten Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers ist es dabei jedoch nicht, dem Gericht die Überprüfung der unternehmerischen Disposition auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu ermöglichen. Vielmehr soll durch die Konkretisierung der tatsächlichen Abläufe bloß dargelegt werden, dass eine den Entfall des Arbeitsplatzes bedingende organisatorische Umgestaltung der betrieblichen Strukturen auch tatsächlich vorgenommen wurde und diese vom Arbeitgeber nicht bloß als Vorwand genutzt wird, um sich unter Berufung auf den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit trotz Fortbestandes der Beschäftigungsmöglichkeit von einem missliebigen gewordenen Arbeitnehmer zu trennen.<sup>331</sup> Im letztgenannten Fall liegt strenggenommen nämlich keine an die

---

<sup>329</sup> BAG 17.6.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101, NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999, 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 103, NZA 1999, 1157.

<sup>330</sup> Für das vom BAG unter Anwendung des § 138 ZPO in diesem Zusammenhang entwickelte System der abgestuften Darlegungs- und Beweislast vgl zB BAG 17.6.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101, NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999, 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 103, NZA 1999, 1157; für eine Darstellung der Darlegungs- und Beweislast vgl außerdem *Griebeling*, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 553 mwN.

<sup>331</sup> IdS hat auch das BAG ausgeführt, dass vermieden werden soll, dass „die unternehmerische Entscheidung lediglich als Vorwand benutzt wird, um Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu drängen, obwohl Beschäftigungsbedarf und Beschäftigungsmöglichkeit fortbestehen und lediglich die Arbeitsvertragsinhalte und die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen als zu belastend angesehen werden“; vgl dazu BAG 18.9.2008, 2 AZR 560/07, NZA 2009, 142 mwN; im deutschen Diskurs wird in diesem Zusammenhang etwas missverständlich

betrieblichen Verhältnisse, sondern vielmehr eine an die Person des Arbeitsplatzinhabers anknüpfende Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Eine solche ist gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG jedoch nur dann zulässig, wenn die personen- und verhaltensbedingten Umstände „*die betrieblichen Interessen nachteilig berühren*“. Da somit die Gefahr besteht, dass die an die personen- und verhaltensbedingte Kündigung zu stellenden Anforderungen unter dem Deckmantel der Betriebsbedingtheit umgangen werden, bedarf es der näheren Darlegung der Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung auf betriebsorganisatorischer Ebene durch den Arbeitgeber. Nur auf diese Weise wird das Gericht in die Lage versetzt, den Wegfall des Arbeitsplatzes und damit die Betriebsbedingtheit der Kündigung sachgerecht zu beurteilen und eine allfällige Umgehung der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG im Wege der Austausch Kündigung hintanzuhalten.<sup>332</sup>

#### **5.4. Exkurs: Die „freie“ Unternehmerentscheidung und die Bedeutung von Kostenaspekten – eine „emotionsgeladene Frage“<sup>333</sup>**

Einer der in der Praxis häufigsten Anlassfälle für den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung ist wohl jener Fall, in dem sich ein Arbeitgeber aufgrund von wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu einer unternehmerischen Entscheidung veranlasst sieht und diese mit der Intention tätigt, eine Kostenersparnis zu erzielen. Unklar ist jedoch, ob derartige Kostenerwägungen „zwingend“ vorliegen müssen, damit eine Kündigung als betrieblich erforderlich angesehen werden kann. Weil der Faktor „Kosten“ in Literatur und Rspr für besonders große Kontroversen zu sorgen scheint, soll ihm in den nachfolgenden Abschnitten eine nähere Auseinandersetzung gewidmet werden. Zu klären wird dabei in einem ersten Schritt sein, ob der der Kündigung vorausgehenden Unternehmerentscheidung die Intention einer Kostenersparnis als unverzichtbare Voraussetzung zugrunde liegen muss oder ob umgekehrt eine Kündigung auch dann durch betriebliche Erfordernisse

---

auf die Missbräuchlichkeit der unternehmerischen Entscheidung verwiesen; vgl etwa *Von Hoyningen-Huene*, in Oetker/Preis/Rieble, 50 Jahre BAG, 369 (391).

<sup>332</sup> Eine Umgehungshandlung wird von der hM dabei grundsätzlich immer dort bejaht, wo die von einer Partei eigentlich gewollte Handlung aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung mit Nichtigkeit bedroht ist, und aus diesem Grund zur Erreichung desselben Zwecks eine andere Handlung vorgenommen wird; vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I<sup>13</sup> 178 mwN; Dabei genügt es, wenn die Umgehungshandlung „*objektiv den Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereitelt*“; vgl OGH 19.12.2006, 10 Ob 77/06f; OGH 22.5.2003, 8 ObA 161/02p; OGH 17.11.2004, 9 Ob 106/04k; Auf das Vorliegen von Umgehungsabsicht kommt es demgegenüber nicht an; *Rebhahn/Kietabl*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 879 ABGB Rz 8 f; *Heiss*, in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 916 Rz 4 ff; ebenso grundlegend *Tamussino*, Umgehung 61 ff.

<sup>333</sup> Für diese Terminologie vgl *Hillebrecht*, ZfA 1991, 87 (110).

gerechtfertigt sein kann, wenn im gegebenen Zusammenhang eben gerade nicht eine Kostensenkung angestrebt wird. Darüber hinaus bleibt zu fragen, ob und inwieweit die Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers durch die Notwendigkeit einer Kostenersparnis veranlasst sein muss und ob es auch einem Arbeitgeber, dessen Unternehmen ohnehin schon hochrentabel arbeitet, frei steht, Dispositionen zu treffen, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen.

#### **5.4.1. Die Erzielung einer Kostenersparnis als Motiv der unternehmerischen Entscheidung**

Wie die in Kapitel 4 angestellte Analyse der höchstgerichtlichen Rspr zu § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gezeigt hat, haben sowohl der VwGH<sup>334</sup> als auch der OGH<sup>335</sup> für die Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung einer Reinigungskraft infolge der Entscheidung des Arbeitgebers, die Reinigungsarbeiten künftig auf ein externes Reinigungsunternehmen auszulagern, auf die Erzielung einer „**nicht nur unbeträchtlichen Kostenverringerung**“<sup>336</sup> abgestellt. Begründet wurde diese Sichtweise damit, dass „wohl kaum davon die Rede sein [könnte], daß die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung [...] entgegenstehen, begründet ist,“ wenn sich durch die Übertragung der Fremdfirma „keine erkennbar günstigere Kostenrelation ergibt“.<sup>337</sup> Von diesen Auslagerungskonstellationen abgesehen, hat der OGH aber auch in anderen Anlsssachverhalten an das Vorliegen einer Kostenreduktion angeknüpft und „eine **nicht unbeträchtliche Kostenverringerung**“ etwa in jenem Fall gefordert, in dem sich der Arbeitgeber zu einer Umstrukturierung seines Betriebes entschieden hatte, im Zuge derer die bislang von dem betreffenden Arbeitnehmer besorgten Aufgaben zum Teil weggefallen, zum Teil auf die übrige Arbeitnehmerschaft verteilt worden waren.<sup>338</sup> Zwar nicht explizit an eine Kostenreduktion, sehr wohl aber an eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage angeknüpft hat der OGH auch in seinem Urteil vom 4.6.2003.<sup>339</sup> In dieser Rechtssache war eine Arbeitnehmerin gekündigt worden, weil sich ihr Arbeitgeber als Herausgeber einer Gratiszeitung aus wirtschaftlichen Schwierigkeiten dazu entschieden hatte, den Erscheinungszeit-

---

<sup>334</sup> VwGH 25.2.1981, ZI 01/1409/80, Arb 9.953; VwGH 4.3.1987, ZI 86/01/0161, Arb 10.599.

<sup>335</sup> OGH 9.5.1990, 9 ObA 85/90; OGH 19.6.1991, 9 ObA 120/91.

<sup>336</sup> OGH 9.5.1990, 9 ObA 85/90; OGH 19.6.1991, 9 ObA 120/91.

<sup>337</sup> VwGH 25.2.1981, ZI 01/1409/80, Arb 9.953.

<sup>338</sup> OGH 8.9.1993, 9 ObA 233/93; OGH 31.8.1994, 8 ObA 236/94.

<sup>339</sup> OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y.

raum von einer Woche auf vierzehn Tage zu verlängern und dadurch eine personelle Überkapazität entstanden war. Der OGH bejahte die objektive Betriebsbedingtheit der Kündigung und führte in seiner Begründung aus, dass sich „*die Einsparung des Arbeitsplatzes [...] als Teil einer Maßnahme [erweist], deren Eignung, die wirtschaftliche Situation der Beklagten zu verbessern, nicht zweifelhaft sein kann*“.

Auch in der Literatur finden sich vereinzelte Stimmen, die die Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung an die Erzielung einer Kostenersparnis knüpfen wollen. Allen voran zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen *Florettas*, der – unter Hinweis auf die oben erwähnte Rspr des VwGH aber ohne weiterführende Begründung – meint, dass „*Maßnahmen, welche die Wirtschaftskraft des Unternehmens schwächen oder sie jedenfalls nicht stärken, zwar durchaus im Bereich der betriebswirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit des Unternehmers liegen, aber nicht als Rechtfertigung für eine Kündigung dienen können*.“<sup>340</sup> Ob diese Anmerkung tatsächlich so gemeint war, wie sie bei objektiver Betrachtung verstanden werden muss, wird allerdings zweifelhaft wenn man sich seine zeitlich frühere Kommentierung zu § 105 ArbVG vor Augen führt, in der er festhält, dass das EA nicht prüfen könne, „*ob die Stilllegung oder Einschränkung des Betriebes oder die Anschaffung einer neuen arbeitskräftesparenden Maschine vom wirtschaftlichen oder technischen Standpunkt aus zweckmäßig ist*“ und daher im Falle einer Rationalisierung auch nicht darüber zu befinden habe, „*ob die Ersparnis an Lohn wirklich die durch die Neuanschaffung und den Betrieb der Maschine entstehenden Mehrkosten überschreitet*.“<sup>341</sup>

*Tomandl* hält in diesem Zusammenhang demgegenüber fest, dass die Motive und Hintergründe für eine die Kündigung bedingende betriebswirtschaftliche Entscheidung auch andere als bloße Kostengründe sein können und es einem Unternehmer unbenommen bleiben müsse, Dispositionen wie bspw die Auslagerung bislang intern besorgter Tätigkeiten aus rein persönlichen Gründen oder etwa deshalb zu treffen, weil ihm deren Administration zu mühsam oder die Fluktuation zu stark geworden ist.<sup>342</sup> Auch diese Entscheidungen habe das Arbeitsgericht im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens zu respektieren und schlichtweg zu prüfen, ob die Kündigung ein geeignetes Mittel, eine „*normale und für jedermann nachvollziehbare betriebswirtschaftliche Konsequenz einer unterneh-*

---

<sup>340</sup> *Floretta*, DRdA 1988, 229 (234).

<sup>341</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 639; zweifelnd auch *Karl*, Kündigung 139.

<sup>342</sup> *Tomandl*, Kündigung 69 ff.

*merischen Disposition*“ ist. In Ansätzen scheint jedoch auch *Tomandl* eine Berücksichtigung von Kostenaspekten in die im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens durchzuführende Prüfung der Zweck-Mittel-Relation einfließen lassen zu wollen. IdS müsse ein Arbeitgeber, der sich zur Begründung einer Kündigung auf die Kosteneinsparung stützt, dann unterliegen, wenn die erzielbare Kostenreduktion bloß eine für die wirtschaftliche Lage des Unternehmens praktisch bedeutungslose Größenordnung erreicht.<sup>343</sup> Diesem Ansatz stimmt auch *Karl*<sup>344</sup> zu und versucht die Judikaturlinie des OGH über eine Art „**Selbstbindung**“ des Arbeitgebers mit dem Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung in Einklang zu bringen. Wie sie aufzeigt – und zumindest in diesem Punkt ist ihr zuzustimmen – hat der OGH die Erzielung einer „*nicht unbedeutende Kostenverringering*“ nämlich immer nur in solchen Entscheidungen gefordert, in denen der Arbeitgeber diese zur Begründung seiner Kündigung selbst vorgebracht hatte. Vor diesem Hintergrund folgert *Karl*, dass es nur konsequent sei, in diesen Fällen „*die Rechtfertigung der Kündigung nur dann anzunehmen, wenn durch sie tatsächlich eine nicht unbedeutende Kostenverringering eintritt*“ und den Ausführungen des Gerichtshofes „*keine darüber hinausgehende Bedeutung beigemessen werden sollte*“.

Für eine weitergehende Differenzierung spricht sich schließlich *Grillberger*<sup>345</sup> aus. Er meint, dass sich die Sinnhaftigkeit einer unternehmerischen Disposition nicht in jedem Fall der gerichtlichen Kontrolle entziehe und dass insb dann, wenn die Kündigung auf den Austausch billigerer gegen teurere Arbeitnehmer gerichtet sei, ein besonders strenger Maßstab angelegt werden müsse, wobei eine solche Kündigung zumindest dort zulässig sein müsse, in denen sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig verschlechtert hat. Demgegenüber ist in jenen Fällen, in denen die Entscheidung des Arbeitgebers die Auflassung von Arbeitsplätzen zum Inhalt habe, deren Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit nur ausnahmsweise zu beurteilen und wird sich eine solche – wie er meint – „*tiefgreifende Umgestaltung*“ im Regelfall „*einer Überprüfung auf „erhebliche“ Kosteneinsparungen*“ entziehen.

---

<sup>343</sup> *Tomandl*, Kündigung 70.

<sup>344</sup> *Karl*, Kündigung 135.

<sup>345</sup> *Grillberger*, WBl 1990, 7 (12).

Auch in **Deutschland** wird über die Bedeutung von Kostenersparnissen für die betriebliche Rechtfertigung einer Kündigung diskutiert.<sup>346</sup> Insb *Preis*<sup>347</sup> will dabei unter Berufung auf das in § 1 KSchG ausdrücklich angeführte Merkmal der „*Dringlichkeit*“ der betrieblichen Erfordernisse ableiten, dass die betrieblichen Umstände „*eine gewisse Belastungsgrenze erreicht haben müssen, um die Kündigung zu rechtfertigen.*“<sup>348</sup> Daraus folgert er, dass der unternehmerischen Entscheidung ein „*triftiges Rentabilitätsinteresse*“ zugrunde liegen muss, und eine rentabilitätsneutrale Umstrukturierung, die bloß aus persönlichen Motiven des Arbeitgebers heraus erfolgt, selbst dann nicht als ausreichend anzusehen sei, um eine Kündigung zu rechtfertigen, wenn dadurch der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers wegfällt. Der überwiegende Teil des deutschen Schrifttums steht demgegenüber auf dem Standpunkt, dass mit der die Kündigung bedingenden unternehmerischen Entscheidung nicht zwangsläufig eine Kostenersparnis oder Verbesserung der Rentabilität einhergehen oder auch nur angestrebt sein muss.<sup>349</sup>

Davon abgesehen, dass sich die Ausführungen von *Preis* schon allein deshalb nicht auf den heimischen Kündigungsschutz übertragen lassen, weil dieser für seine Begründung ausschließlich an das Kriterium der „*Dringlichkeit*“ – das in der österreichischen Regelung keinerorts auch nur Erwähnung findet – anknüpft, ist seine Argumentationslinie aber auch in dogmatischer Hinsicht abzulehnen, weil – wie in der deutschen Literatur<sup>350</sup> überzeugend aufgezeigt wurde – dadurch nämlich nicht bloß die Kündigung, sondern bereits die vorausgehende unternehmerische Disposition an die Rechtfertigung durch ein betriebliches Erfordernis gebunden wird. IdS würde neben der Kündigung auch die ihr vorgelagerte Unternehmerentscheidung einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen, im Rahmen derer der Arbeitgeber unter Berufung auf das Argument der Kostenersparnis dazu verpflichtet werden könnte, Personal weiter zu beschäftigen, für dessen Arbeitskraft überhaupt kein Bedarf

---

<sup>346</sup> Für eine umfassende Darstellung und weitere Literaturnachweise vgl *Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik 47 ff.

<sup>347</sup> *Preis*, NZA 1995, 241 (248 f); grundlegend dazu *ders*, Prinzipien 305 ff.

<sup>348</sup> *Preis*, NZA 1995, 241 (248 ff); gleichzeitig gesteht er sich jedoch ein, dass die „*Dringlichkeit*“ der betrieblichen Erfordernisse auch aus „*Notwendigkeit der Reaktion auf geänderte rechtliche Rahmenbedingungen*“ sowie der „*Notwendigkeit zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit*“ resultieren kann.

<sup>349</sup> Vgl bspw *Kiel*, in *Ascheid/Preis/Schmidt*, KSchG<sup>3</sup> § 1 Rz 471; *Griebeling*, in *KR-Kommentar*<sup>9</sup> § 1 Rz 599 mwN.

<sup>350</sup> IdS *Hillebrecht*, ZfA 1991, 87 (109); auch *Stahlhacke*, DB 1994, 1361 (1364); zust *Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik 48 ff.

in seinem Betrieb mehr besteht.<sup>351</sup> So könnte dies, wie *Bitter/Kiel* gezeigt haben, etwa dann der Fall sein, wenn der Unternehmer zur Erzielung eines höheren Qualitätsniveaus die bislang intern besorgten Arbeiten an ein Drittunternehmen auslagert und dabei teurere externe Dienstleistungen in Anspruch nimmt.<sup>352</sup> Ebenso verhielte es sich wohl auch dort, wo sich der Arbeitgeber zum Ankauf einer arbeitskräftesparenden Maschine oder zur Einführung einer automatischen Fertigungsmethode entscheidet, die zunächst eine massive Kostenbelastung verursacht und deren Anschaffung sich erst nach mehreren Jahren amortisiert. Durch das Erfordernis einer Kostenersparnis könnte die vom Arbeitgeber getroffene Disposition demnach durch den allgemeinen Kündigungsschutz unterbunden und ihm ein andere als die eigentlich gewollte Entscheidung aufgezwungen werden.<sup>353</sup> Vor diesem Hintergrund steht das Abstellen auf ein solches als „zwingende“ Voraussetzung für die Betriebsbedingtheit einer Kündigung nach dem Vorschlag *Preis* – und nichts anderes kann auch für die zuvor erläuterten Ausführungen *Florettas* gelten – damit in einem eklatanten Widerspruch zum Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und ist daher im Ergebnis abzulehnen.

Demgegenüber scheint die von *Karl* in Anlehnung an *Tomandl* befürwortete Überprüfung der Erzielung einer Kostenersparnis nur in jenen Fällen, in denen sich der Arbeitgeber selbst auf diese beruft, auf den ersten Blick durchaus plausibel. Wenn der Arbeitgeber die Kostenreduktion nämlich von sich aus zur Rechtfertigung seiner Kündigung vorbringt, wird es für ihn im Regelfall kein Problem sein, eine solche auch nachzuweisen, und wäre es daher umgekehrt denkbar, ihm diesen Umstand entgegen halten zu wollen, wenn das angestrebte Ziel dann im Ergebnis nicht erreicht wird.

Entsprechend der nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu fordernden Beurteilung der Zulässigkeit einer Kündigung anhand der im betrieblichen Organisationskonzept gelegenen Umstände ist materiell jedoch auch in diesen Fällen in erster Linie auf den Entfall des bisher vom Arbeitnehmer bekleideten Arbeitsplatzes als organisatorische Funktionseinheit und die Erfüllung der sozialen Gestaltungspflicht abzustellen. IdS wird im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens mE daher zu fordern sein, dass der Arbeitgeber in nachvollziehbarer Weise darlegt, wie er seine organisatorischen Strukturen verändert hat

---

<sup>351</sup> So könnte dies, wie *Bitter/Kiel* gezeigt haben, etwa dann der Fall sein, wenn der Unternehmer zur Erzielung eines höheren Qualitätsniveaus die bislang intern besorgten Arbeiten an ein Drittunternehmen auslagert und dabei teurere externe Dienstleistungen in Anspruch nimmt; vgl dazu *Bitter/Kiel*, RdA 1994, 333 (349).

<sup>352</sup> *Bitter/Kiel*, RdA 1994, 333 (349).

<sup>353</sup> *Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik 48 f.

und sich diese Veränderungen auf den Arbeitsplatz des betreffenden Arbeitnehmers sowie auf allfällige sonstige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ausgewirkt haben. Auf dieser Basis kann das Gericht in weiterer Folge dann prüfen, ob die ausgesprochene Kündigung eine für jedermann nachvollziehbare Konsequenz der unternehmerischen Disposition darstellt. Einer etwaigen Kostenersparnis kann in diesem Zusammenhang aus meiner Sicht dabei bloße Indizwirkung zukommen und die Darlegung der organisatorischen Gestaltungen unterstützen. Allein das Fehlen einer solchen berechtigt das Gericht umgekehrt jedoch nicht dazu, die Betriebsbedingtheit der Kündigung zu verneinen.

#### **5.4.2. Die „freie“ Unternehmerentscheidung in hochrentablen Unternehmen**

Wie einleitend bereits erwähnt, bleibt unter dem Schlagwort „Kostenaspekte“ darüber hinaus zu klären, ob es auch einem Arbeitgeber, dessen Unternehmen bereits profitabel wirtschaftet, frei steht, weitere rentabilitätserhöhende Maßnahmen zu ergreifen und die in diesem Zusammenhang ausgesprochene Kündigung durch betriebliche Erfordernisse iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu rechtfertigen. In der Literatur finden sich – soweit absehbar – bislang keine nennenswerten Auseinandersetzungen mit dieser Thematik. Der OGH hat sich demgegenüber sehr deutlich zu dieser Fragestellung geäußert und wiederholt zu verstehen gegeben, dass die wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers grundsätzlich keinerlei Einfluss auf das Bestehen und die Reichweite des unternehmerischen Ermessens haben soll. IdS hat der OGH erstmals in der Entscheidung vom 23.5.1997<sup>354</sup> unter Berufung auf eine deutsche Literaturmeinung<sup>355</sup> ausgeführt, dass auch „hochrentierliche Unternehmen“ in ihrer Entscheidung frei sind, „rentabilitätserhöhende Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen“. Als Begründung verweist der Gerichtshof – meiner Meinung nach etwas kryptisch – auf die in § 39 Abs 1 ArbVG festgeschriebenen Ziele der Betriebsverfassung und führt aus, dass der Arbeitgeber für das wirtschaftliche Schicksal des Unternehmens verantwortlich ist und bereits vor einer fahrlässigen Krida Sparmaßnahmen zu ergreifen hat, „um die übrigen Arbeitsplätze und das Unternehmen zu sichern“. In einer Reihe zeitlich später folgender Urteile hat der OGH diesen Ansatz bestätigt.<sup>356</sup> So hat der Gerichtshof etwa in einer anderen Entscheidung festgehalten, dass Rationalisierungsmaßnahmen nicht erst dann durchgeführt werden können, „wenn anders eine Existenzbedro-

---

<sup>354</sup> OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v.

<sup>355</sup> Berkowsky, in MünchArbR § 112 (nunmehr: Berkowsky, in MünchArbR Bd I<sup>1</sup> § 134)

<sup>356</sup> OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a; OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m, OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h; OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y.

hung nicht mehr abgewendet werden könnte“ und es dem Arbeitgeber frei steht, „*schon im Vorfeld einer [...] betriebswirtschaftlichen Bedrohung des Unternehmens vorbeugend zu begegnen*“.<sup>357</sup> Weiter präzisiert hat der OGH diesen Ansatz dann auch in der Entscheidung vom 4.7.2002 im Fall der Kündigung des Leiters einer Rechtsabteilung.<sup>358</sup> Diese war ausgesprochen worden, weil es infolge der Fusionierung der Arbeitgebergesellschaft mit einer in einem Konzernverbund stehenden anderen Gesellschaft aufgrund einer Konzernvorgabe zur Schließung der Rechtsabteilung und damit zum Wegfall der dieser Abteilung zugeordneten Arbeitsplätze gekommen war. In seiner Anfechtungsklage brachte der gekündigte Arbeitnehmer vor, dass die Notwendigkeit der Kündigung „*nicht mit schlechtem Geschäftsgang, Rationalisierungsmaßnahmen oder überhöhten Personalkosten begründet*“ worden und deshalb sozialwidrig sei. Der OGH beurteilte dieses Vorbringen als irrelevant, weil nicht davon auszugehen ist, „*dass ein Unternehmen erst in wirtschaftlichen Schwierigkeiten sein muss, damit es Rationalisierungsmaßnahmen ergreifen kann.*“ Als wirtschaftliche Gründe iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG kommen nämlich – so die weitere Begründung – „*auch organisatorische und Gründe des Wettbewerbs in Frage*“, sodass „*wirtschaftliche Schwierigkeiten gleich welcher Art*“ nicht vorausgesetzt werden und Unternehmer unabhängig davon frei sind „*in ihrer Entscheidung, rentabilitätserhöhende Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen*“.

In Deutschland ist hinsichtlich der Zulässigkeit der Durchführung von rentabilitätssteigernden Maßnahmen in hochrentablen Unternehmen seit geraumer Zeit eine rege Diskussion im Gange. Im Zentrum dieser Diskussion steht dabei ua die Entscheidung des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 28.10.1997<sup>359</sup>. In dieser Rechtssache hatte das Gericht die Betriebsbedingtheit der Kündigung eines Arbeitnehmers in einem Mineralölkonzern zu beurteilen, in dem auf Veranlassung durch die Konzernmutter eine beträchtliche Anzahl von Arbeitsplätzen eingespart und damit der Personalstand in erheblichem Ausmaße reduziert wurde. Das ArbG Gelsenkirchen verneinte die Betriebsbedingtheit der Kündigung mit der Begründung, dass die unternehmerische Entscheidung zum Stellenabbau aufgrund der herausragenden wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers, der in den vorangehenden Jahren kontinuierliche Gewinnsteigerungen erzielen konnte, willkürlich erfolgt und des-

---

<sup>357</sup> OGH 7.6.1999, 8 ObA 88/99w.

<sup>358</sup> OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h, zust *Mazal*, *ecolex* 2002, 905.

<sup>359</sup> ArbG Gelsenkirchen 28.10.1997, 2 Ca 3762/96, *NZA* 1998, 944.

halb missbräuchlich sei.<sup>360</sup> Das BAG hat demgegenüber in seiner Entscheidung vom 29.3.2007 ausgeführt, dass ein Arbeitgeber selbst dann nicht zur Fortführung einer defizitären Betriebsabteilung verpflichtet sei, wenn sich sein Unternehmen in einer Phase des wirtschaftlichen Aufschwunges befindet, weil der Kündigungsschutz den Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet, „betriebliche Organisationsstrukturen und –abläufe oder Standorte beizubehalten und geplante Organisationsänderungen nicht durchzuführen“.<sup>361</sup> Diese Ausführungen werden zT als Bestätigung des im Schrifttum herrschenden Ansatzes verstanden,<sup>362</sup> demzufolge es dem Arbeitgeber auch bei guter wirtschaftlicher Lage grundsätzlich freistehen muss, unternehmerische Dispositionen zu tätigen, die zu einem Wegfall von Arbeitsplätzen führen.<sup>363</sup> Begründet wird dies damit, dass „das Streben nach Gewinnsteigerung zwar unpopulär, aber verfassungsrechtlich durch Art 12 und 14 GG geschützt“<sup>364</sup> sei und die unternehmerische Entscheidung nicht allein deshalb als missbräuchlich eingestuft werden könne, weil der Arbeitgeber in einem schon rentablen Unternehmen darauf abziele, die Gewinne weiter zu steigern.<sup>365</sup> Henssler<sup>366</sup> verweist darüber hinaus auf die Folgen eines derartigen Verständnisses für das marktwirtschaftliche System und die Arbeitsmarktsituation und führt aus, dass insb Existenzgründungen (va im klein- und mittelständischen Bereich) durch die fehlende Sicherheit, sich aus solchen Aktivitäten nicht mehr zurückziehen zu können, massiv blockiert werden würden.

ME ist den Ausführungen des OGH und dem überwiegenden Teil der deutschen Lehre zuzustimmen und das unternehmerische Ermessen aufgrund der durch § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG vorgegebenen Anknüpfung der Zulässigkeit der Kündigung an auf der

---

<sup>360</sup> In seiner Begründung stützte sich das LAG Gelsenkirchen vor allem auf das Sozialstaatsgebot sowie die Bestimmung des § 2 SBG III, derzufolge den Arbeitgeber auch arbeitsmarktpolitische Verantwortung zum Abbau von Arbeitslosigkeit trifft. Ergänzend führte das Gericht ins Treffen, dass eine derartige Vorgehensweise wie die des Arbeitgebers im Anlassfall das System der gesetzlichen Sozialversicherungen, das auf dem Prinzip der Solidargemeinschaft beruht, ernstlich gefährden würde; für eine Auseinandersetzung mit § 2 SBG III und der Bedeutung dieser Bestimmung für den Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vgl von Finckenstein, Freie Unternehmerentscheidung 211 ff mit umfassenden Nachweisen aus Lit und Rspr.

<sup>361</sup> BAG 29.3.2007, 2 AZR 31/06, AP § 2 KSchG 1969 Nr 131.

<sup>362</sup> IdS Griebeling, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 588.

<sup>363</sup> Vgl zB Diller, in Preis/Willemsen, Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht 157 (162 ff); Henssler, in Henssler/Moll, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis 89 (103 ff); Franzen, NZA 2001, 805 (810); Gilberg, NZA 2003, 817 (819); Kiel, in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht<sup>3</sup> § 1 Rz 471; Griebeling, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 518 sowie 588 mwN; aA Däubler, AuR 1999, 37 ff, der das Urteil des ArbG Gelsenkirchen begrüßt; ebenso Deinert, in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR<sup>8</sup> § 1 Rz 480 mwN.

<sup>364</sup> Von Hoyningen-Huene, in Oetker/Preis/Rieble, FS 50 Jahre BAG, 369 (380).

<sup>365</sup> Griebeling, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 588.

<sup>366</sup> Henssler, in Henssler/Moll, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (103 ff).

betrieblichen Organisationsebene gelegene Umstände losgelöst von etwaigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten anzuerkennen. Darüber hinaus fehlen aber nicht nur die objektiven Maßstäbe, anhand derer beurteilt werden kann, wann ein Unternehmen so „unrentabel“ wirtschaftet, dass dem Arbeitgeber eine entsprechende unternehmerische Disposition und der damit verbundene Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen zuzubilligen ist.<sup>367</sup> Auch wenn man sich die aus einer solchen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit resultierenden Konsequenzen vor Augen führt, wird evident, dass eine derartige Zielsetzung dem Normzweck der Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz wohl kaum unterstellt werden kann. Durch die Bindung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit an die Voraussetzung der unternehmerischen Unrentabilität wäre nämlich jeder Unternehmer mehr oder minder gezwungen, sein Unternehmen umgangssprachlich „an die Wand zu fahren“, bevor er sein Betätigungsfeld samt der von ihm geschaffenen Strukturen gestalten und den Markterfordernissen oder seinem eigenen Innovationsgeist entsprechend anpassen kann. Florierende Unternehmen würden auf diese Weise in den Ruin getrieben und jeglicher Wettbewerb und Fortschritt würde langfristig betrachtet im Keim erstickt werden. Weil eine derartige gesetzgeberische Vorgabe damit in einem eklatanten Widerspruch zu den grundlegenden Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft stünde, muss die unternehmerische Entscheidungsfreiheit aus meiner Sicht daher im Ergebnis vorbehaltlos und losgelöst von allfälligen Rentabilitätsabwägungen akzeptiert werden.

## 5.5. Die Grenzen der „freien“ unternehmerischen Entscheidung

Selbst wenn die der Kündigung vorausgehende „freie“ Unternehmerentscheidung durch den allgemeinen Kündigungsschutz keiner Einschränkung unterworfen wird, muss diese doch zumindest an den für rechtsgeschäftliches Handeln im Allgemeinen geltenden Vorgaben gemessen werden. Wie jede Rechtshandlung muss auch die im Rahmen seines „freien“ Gestaltungsspielraumes vorgenommene unternehmerische Disposition des Arbeitgebers ihre absolute Grenze daher jedenfalls im **zwingenden Recht**<sup>368</sup> (Gesetz, Kollektivvertrag etc) sowie in den **guten Sitten** finden. Durch diese beiden Maßstäbe werden die Schranken privatautonomer Gestaltung vorgegeben und Dispositionen, die mit den Werten

---

<sup>367</sup> *Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik 52 f mwN.

<sup>368</sup> Durch das zwingende Recht hat der Gesetzgeber bzw haben die den Kollektivvertrag abschließenden Parteien nämlich jene Inhalte markiert, die der Gestaltung der Rechtssubjekte entzogen und von diesen hinzunehmen sind; vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I<sup>13</sup> 43 mwN.

und Vorgaben unserer Rechtsordnung in untragbarem Widerspruch stehen, verhindert. Es kann deshalb nicht sein, dass der Arbeitgeber durch seine unternehmerische Gestaltung gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten verstößt und sich sodann zur Rechtfertigung einer Kündigung auf dieses von der Rechtsordnung nicht gebilligte Verhalten beruft.<sup>369</sup> Insb kann sich der Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens daher dann nicht auf seine „freie“ unternehmerische Entscheidung und den daraus resultierenden Entfall des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers stützen, wenn diese **rechtsmissbräuchlich** ist. Nach hM ist eine rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung immer dann anzunehmen, wenn jemand von einem ihm offenbar zustehenden Recht Gebrauch macht, dieses aber in Wahrheit enger ist als es den Anschein hat, weil das weite Verständnis, das die missbräuchliche Ausübung decken würde, gegen die guten Sitten verstößt.<sup>370</sup>

IdS vertritt auch das BAG in stRspr des Standpunkt, dass im Rahmen einer sog „**Missbrauchskontrolle**“<sup>371</sup> überprüft werden muss, ob die „freie“ unternehmerische Disposition des Arbeitgebers „*offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich*“ ist.<sup>372</sup> Die Missbrauchskontrolle wird als Ausdruck des allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauches verstanden und hat sich daran zu orientieren, „*dass durch die Wertung der Willkür und des Missbrauchs der verfassungsrechtlich geforderte Bestandsschutz nicht unangemessen zurück gedrängt wird*“.<sup>373</sup> Deziert hervorgehoben hat das BAG in diesem Zusammenhang jedoch, dass eine unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers nicht schon dann als unzulässig gewertet werden kann, wenn die Maßnahme „*offenbar unzweckmäßig*“ ist.<sup>374</sup>

---

<sup>369</sup> IdS führt auch das BAG unter dem Titel der Missbrauchskontrolle eine echte Rechtskontrolle durch und wertet unternehmerische Dispositionen dann als „*offenbar unsachlich*“, wenn sie „*unmittelbar oder mittelbar gegen Gesetze oder Verträge verstoßen, ihrer Umgehung dienen, oder [...] sich nur unter Verstoß gegen Gesetzes- bzw Tarifrecht, gegen betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben [...]*“ verwirklichen lassen; vgl dazu zB BAG 7.12.2000, 2 AZR 391/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 113 mwN; ebenso *Kiel*, in *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 467a ff.

<sup>370</sup> Vgl *Rebhahn/Kietaibl*, in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 879 ABGB Rz 51 mwN; grundlegend zum Rechtsmissbrauch auch *Mader*, *Rechtsmissbrauch*.

<sup>371</sup> ZT wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff „Willkürkontrolle“ verwendet.

<sup>372</sup> Vgl zB BAG 4.2.1960, 3 AZR 25/58, AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 5; BAG 22.11.1973, 2 AZR 543/72, AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 22; BAG 26.6.1975, 2 AZR 499/74, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 1; BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 6; BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 24.3.1983, 2 AZR 21/82, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 12; BAG 18.1.1990, 2 AZR 183/89, AP § 2 KSchG 1969 Nr 27; BAG 26.9.2002, 2 AZR 636/01, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 124.

<sup>373</sup> BAG 4.5.2006, 8 AZR 299/05, NZA 2006, 1096.

<sup>374</sup> BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 (777).

Die Missbrauchskontrolle darf nämlich nicht dazu herangezogen werden, „mit einer anderen Begründung in Wahrheit die den Gerichten verwehrte Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der organisatorischen Maßnahme nachzuholen“,<sup>375</sup> sodass unter dem Deckmantel der Missbräuchlichkeit der Grundsatz der gerichtlichen Unüberprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung ausgehöhlt würde. Vielmehr soll eine unternehmerische Entscheidung nach Ansicht des BAG daher nur in jenen Fällen als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sein, in denen „die Kündigung nicht durch die Betriebsänderung, sondern die Betriebsänderung durch den Wunsch des Arbeitgebers bedingt ist, sich von einem missliebigen Arbeitnehmer zu trennen“.<sup>376</sup> Tatsächlich bejaht hat das BAG die Missbräuchlichkeit einer unternehmerischen Entscheidung unter Zugrundelegung dieser Erwägungen bislang jedoch bloß ein einziges Mal in der sog *Rheumaklinik*-Entscheidung<sup>377</sup>. Im Anlassfall hatte der Betreiber eines Krankenhauses beschlossen, die bislang intern betriebenen Bereiche Reinigung, Küche und Service stillzulegen und diese Funktionen auf eine neu zu gründende Service-GmbH auszulagern.<sup>378</sup> Um eine steuerrechtliche Organschaft herzustellen und auf diese Weise keine Umsatzsteuer für die Leistungen der Service-GmbH entrichten zu müssen, sollte die Service-GmbH ihrerseits mehrheitlich im Eigentum des Krankenhausbetreibers stehen und finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Arbeitgebers eingegliedert sein. Ein im Zuge dieser Umorganisation gekündigter Arbeitnehmer beantragte die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung, weil die bisherigen Tätigkeitsbereiche nicht entfallen seien und der Krankenhausbetreiber aufgrund der Identität der Personen in der Geschäftsführerposition seine Arbeitgeberstellung nicht aufgegeben habe. In seiner Urteilsbegründung führt das BAG aus, dass zu der aus Art 12 Abs 1 GG abgeleiteten unternehmerischen Freiheit grundsätzlich auch das Recht des Unternehmers gehört, „sein Unternehmen aufzugeben, selbst darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben soll und festzulegen, ob bestimmte Aufgaben weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Subunternehmer vergeben werden sollen“. Diese unternehmerische Freiheit gilt jedoch nicht schrankenlos, weil Art 12 Abs 1 GG auch „einen Mindestbestands-

---

<sup>375</sup> BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8.

<sup>376</sup> BAG 24.10.1979, 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 8; so zuvor auch schon BAG 22.11.1973, 2 AZR 543/72, AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 22.

<sup>377</sup> BAG 26.9.2002, 2 AZR 636/01, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 124; idS auch BAG 22.5.2003, 2 AZR 326/02, AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 128; BAG 4.5.2006, 8 AZR 299/05, AP § 613a BGB Nr 304.

<sup>378</sup> Die Auslagerung von Reinigung, Küche und Servicebetrieb stellte in dem konkreten Fall keinen Betriebsübergang nach § 613a BGB dar.

*schutz für den Arbeitnehmer*“ gewährt. Die gerichtliche „*Missbrauchskontrolle hat sich [daher] ua daran zu orientieren, dass durch die Wertung der Willkür und des Missbrauchs der verfassungsrechtlich geforderte Bestandsschutz nicht unangemessen zurückgedrängt wird.*“ Auf diesen Überlegungen basierend beurteilte das BAG das gewählte unternehmerische Konzept im Ergebnis als rechtsmissbräuchlich und damit als kündigungsschutzrechtlich unbeachtlich. Selbst wenn die Gründung einer finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen eingegliederten Organgesellschaft und deren Betrauung mit bislang intern besorgten Aufgaben nämlich grundsätzlich zulässig ist, diene diese Konstruktion nach Ansicht des BAG primär dazu, die bislang in den betreffenden Teilbereichen beschäftigten Arbeitnehmern dem Kündigungsschutz zu entziehen und an ihrer Stelle künftig neue Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen (insb mit geringerer Entlohnung und ohne Kündigungsschutz in den ersten sechs Monaten) einzustellen.<sup>379</sup>

Im österreichischen Diskurs finden sich bis dato kaum Auseinandersetzungen mit der Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit einer die Kündigung auslösenden unternehmerischen Disposition des Arbeitgebers. Soweit ersichtlich hat sich bisher einzig *Windisch-Graetz* in Zusammenhang mit der Frage, ob es dem Arbeitgeber im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes frei steht, einen Arbeitsplatz von einem seiner Betriebe in einen anderen zu verlegen, damit befasst. Dabei kommt sie zu dem Schluss, dass das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Umgestaltung dort bejaht werden muss, wo die Verlegung eines Arbeitsplatzes mit dem ausschließlichen Ziel vorgenommen wird, den darauf beschäftigten Arbeitsplatzinhaber zu kündigen.<sup>380</sup> Diesem Ergebnis kann aus meiner Sicht grundsätzlich zugestimmt werden. Zu betonen ist jedoch, dass – wie auch *Windisch-Graetz* zutreffend anmerkt – es für die Qualifikation der unternehmerischen Disposition als Rechtsmissbrauch zwingend erforderlich ist, dass auf Seiten des Arbeitgebers neben der Schädigungsabsicht keinerlei andere maßgeblich anzuerkennende Handlungsinteressen (zB ökonomische oder wirtschaftliche Interessen) vorliegen.<sup>381</sup> Dies gilt für den Fall der Verlegung von Arbeitsplätzen von einer Organisationseinheit in eine andere gleichermaßen wie für alle übrigen, einer Kündigung zugrunde liegenden Varianten der unternehmerischen

---

<sup>379</sup> In der deutschen Literatur ist die Entscheidung des BAG auf mE durchwegs berechtigte Kritik gestoßen; vgl dazu zB *Walker*, ZfA 2004, 501 (519 ff); *Von Hoyningen-Huene*, in Oetker/Preis/Rieble, FS 50 Jahre BAG, 369 (387); Für eine Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung und weitere Literaturnachweise vgl *von Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung 296 ff.

<sup>380</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (113 f).

<sup>381</sup> *Mader*, Rechtsmissbrauch 179.

Organisationsentscheidung. Die Ausübung eines subjektiven Rechts kann nach der hM nämlich nur dann als rechtsmissbräuchlich iSd § 1295 Abs 2 ABGB angesehen werden, wenn das unlautere Motiv der Rechtsausübung die übrigen, lauterer Motive eindeutig überwiegt und der Schädigungszweck der betreffenden Handlung somit augenscheinlich im Vordergrund steht.<sup>382</sup> In der Praxis wird ein Unternehmer seine Dispositionen aber freilich nur in den seltensten Fällen losgelöst von jeglichen ökonomischen und finanziellen Motiven allein deshalb vornehmen, um einen bestimmten Arbeitnehmer dadurch zu schädigen. IdS hat mE wohl auch das BAG in der Rheumaklinik-Entscheidung die unternehmerische Gestaltung zu Unrecht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert, lagen – wie auch *Walker*<sup>383</sup> überzeugend ausführt – mit der Erzielung einer Steuerersparnis und dem Sanierungsbedarf doch nachvollziehbare Gründe vor, aufgrund derer die Tätigkeiten auf die Organgesellschaft übertragen worden waren. Hinzu kommt aber außerdem, dass der Arbeitnehmer als der sich auf die Rechtsmissbräuchlichkeit berufende Teil die Beweislast für deren Vorliegen trägt, wobei von ihm nicht nur die Schädigungsabsicht, sondern auch das Überwiegen der unlauteren gegenüber den lauterer Motiven nachzuweisen ist.<sup>384</sup> Da die praktische Relevanz der – im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens einredeweise geltend zu machenden<sup>385</sup> – Rechtsmissbräuchlichkeit daher schwindend gering sein dürfte, ist es im Ergebnis nicht weiter verwunderlich, dass diese Fragestellung im gegebenen Zusammenhang bislang niemals auch nur ansatzweise Gegenstand einer höchstgerichtlichen Entscheidung war. Vermutlich wird das auch noch eine ganze Weile so bleiben.

---

<sup>382</sup> Für eine umfassende, grundlegende Darstellung des Rechtsmissbrauches vgl *Mader*, Rechtsmissbrauch; *Reischauer*, in Rummel<sup>3</sup> § 1295 Rz 61 ff; *Kodek*, in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1295 Rz 88.

<sup>383</sup> *Walker*, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501 (519 ff)

<sup>384</sup> *Reischauer*, in Rummel<sup>3</sup> § 1295 Rz 82.

<sup>385</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (113 f) mwN.



## 6. Kapitel: Fallkonstellationen der „freien“ Unternehmerentscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes

### 6.1. Einleitende Anmerkungen und denkbare Systematisierungsansätze

Die Konstellationen, in denen es infolge einer „freien“ unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers und damit – das Fehlen gelinderer Mittel vorausgesetzt – zum Ausspruch einer betrieblich bedingten Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG kommen kann, sind vielfältig und facettenreich. Nicht in jeder Situation ist auf den ersten Blick eindeutig erkennbar, welche Disposition des Arbeitgebers im konkreten Fall überhaupt als „freie“ unternehmerische Gestaltung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes zu werten und wo die Grenze zu dem von der gerichtlichen Nachprüfungscompetenz im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens sehr wohl erfassten Bereich zu ziehen ist.

Für eine systematische Erfassung der verschiedenen Fallkonstellationen sind diverse Ansätze denkbar.<sup>386</sup> Neben der auf *Schmidt*<sup>387</sup> zurückgehenden und von der deutschen Rspr aufgegriffenen Unterteilung der Kündigungsursachen in inner- und außerbetriebliche Umstände,<sup>388</sup> wurde im deutschen Schrifttum auch angeregt, für die Systematisierung der unterschiedlichen Erscheinungsformen von unternehmerischen Entscheidungen darauf abzustellen, ob diese autonom getroffen oder heteronom veranlasst werden.<sup>389</sup> Des Weiteren hat *Henssler* vorgeschlagen, die verschiedenen Konstellationen danach zu unterteilen, ob der verringerte Personalbedarf mit einer Reduktion oder Verlagerung der unternehmerischen Tätigkeit einhergeht oder losgelöst von einer solchen und damit bei unverändert fortbestehender unternehmerischer Aktivität des Arbeitgebers auf dem Markt eintritt.<sup>390</sup> All diesen Systematisierungsansätzen ist meiner Meinung nach gemein, dass aus ihnen in rechtlicher Hinsicht kein Mehrwert erfließt, weil es – wie zuvor erläutert – für das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung an sich keinen Unterschied macht, ob der Ar-

---

<sup>386</sup> Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur und Rspr vgl *Von Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung 109 ff.

<sup>387</sup> *Schmidt*, AR-Blattei D, Kündigungsschutz IV (1978).

<sup>388</sup> Vgl dazu unter 5.1.2. „Freie“ Unternehmerentscheidung und die Differenzierung zwischen inner- und außerbetrieblichen Gründen in der Rechtsprechung des BAG.

<sup>389</sup> *Wank*, RdA 1987, 129 (135).

<sup>390</sup> *Henssler*, in *Henssler/Moll*, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (95).

beitgeber durch diese bloß auf äußere Gegebenheiten reagiert oder losgelöst von solchen interne Disposition trifft, und in der überwiegenden Zahl der Fälle die Motivation für eine unternehmerische Gestaltung sowohl durch interne als auch durch externe Impulse beeinflusst wird. Für eine leichtere Nachvollziehbarkeit der Thematik und zu einem besseren Verständnis der zuvor herausgearbeiteten abstrakten Grundsätze bietet sich deren Veranschaulichung anhand von konkreten Lebenssachverhalten aber sehr wohl an. Zur weiteren Systematisierung der praktisch wichtigsten Fallkonstellationen wird im Nachfolgenden dabei auf die von *Henssler* angeregte Untergliederung zurückgegriffen, weil diese durch die Anknüpfung an die (Nicht-)Veränderung der unternehmerischen Aktivität des Arbeitgebers der praktischen Realität aus meiner Sicht in besonderem Maße gerecht wird. Die Entscheidung zum Abbau von Arbeitsplätzen wird für einen Unternehmer nämlich nur in den seltensten Fällen ein Selbstzweck sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der arbeitgeberseitigen Disposition idR ein – bezogen auf sein Unternehmen – globaleres Denken zugrunde liegt und der Entfall von Beschäftigungsmöglichkeiten damit erst Ausfluss der Entscheidung zur Gestaltung seiner unternehmerischen Tätigkeit als Ganzes oder hinsichtlich eines bestimmten Teilbereiches ist. Unter Heranziehung ausgewählter Judikaturbeispiele aus der österreichischen und deutschen Rspr<sup>391</sup> werden in Abschnitt 6.2. daher zunächst die Konstellationen der Einschränkung des unternehmerischen Tätigkeitsfeldes nach seinem Inhalt und Umfang sowie die Auslagerung bislang intern besorgter Tätigkeitsbereiche auf einen dritten Rechtsträger als Fälle des Wegfalls von Beschäftigungsmöglichkeiten infolge der Einschränkung der unternehmerischen Tätigkeit thematisiert. In dem daran anschließenden Abschnitt 6.3. werden sodann jene Szenarien erläutert, in denen es trotz unveränderter unternehmerischer Betätigung zu einem Wegfall von Arbeitsplätzen kommen kann, wobei auf den Fall der Effizienzsteigerung durch technische oder prozessbezogene Maßnahmen, durch Umstrukturierung oder Veränderung der Arbeitsplatzorganisation sowie durch die Verdichtung der Leistungserbringung als Spezialfall einzugehen ist. Abschließend wird in Form zweier Exkurse schließlich erörtert, ob auch die Entscheidung zur Lohnkostensenkung (Abschnitt 6.4.) sowie jene zum Austausch der Person des Arbeitsplatzinhabers (Abschnitt 6.5.) eine „freie“ Unternehmerentscheidung darstellen kann. Vorwegzuschicken ist im gegebenen Zusammenhang, dass die in der täglichen Praxis vorzufindenden Sachverhalte, in denen es zum Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung

---

<sup>391</sup> Da sich vor allem in den jüngeren höchstgerichtlichen Entscheidungen des OGH kaum vollständige Sachverhaltsangaben finden, die dem am Verfahren unbeteiligten Leser eine abschließende Nachvollziehung des Anlassfalles ermöglichen, ist es vielfach unumgänglich, auf die Rspr des BAG zurückzugreifen.

kommt, freilich nicht immer bloß einer der im Nachfolgenden zu erläuternden Erscheinungsformen der „freien“ Unternehmerentscheidung zuordenbar sind (so zB wenn sich der Unternehmer zur Einschränkung des unternehmerischen Tätigkeitsinhaltes bei gleichzeitiger Umstrukturierung der verbleibenden Tätigkeiten zum Zweck der Steigerung der Effizienz entschließt). Zum Zweck einer systematischen Erfassung scheint eine „isoliert“, an die einzelnen Ausprägungen abstellende Erläuterung für die vorliegende Untersuchung aber dennoch angebracht.

## **6.2. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit infolge der Einschränkung der unternehmerischen Tätigkeit**

### **6.2.1. Einschränkung der unternehmerischen Tätigkeit nach Inhalt und Umfang**

Zu einem Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten kommt es immer dann, wenn der Arbeitgeber sich zu einer Einschränkung seiner unternehmerischen Tätigkeit entschließt und zu diesem Zweck seine organisatorischen Strukturen entsprechend verringert. In der Praxis sind unzählige verschiedene Konstellationen denkbar, in denen eine solche Einschränkung eintreten kann. Die unternehmerische Tätigkeit kann dabei grundsätzlich sowohl ihrem Inhalt als auch ihrem Umfang nach reduziert werden, wobei mit einer Einschränkung des unternehmerischen Tätigkeitsinhaltes unweigerlich immer auch eine Reduktion der unternehmerischen Betätigung in ihrem Umfang verbunden ist. IdS kann sich der Unternehmer etwa dazu entschließen, bestimmte Leistungen und Aktivitäten aus seinem Tätigkeitsrepertoire auszuschneiden und damit bloß einzelne Bestandteile seiner bisherigen unternehmerischen Aktivität zukünftig nicht weiter fortzuführen (zB Einstellung einzelner Produktionslinien, Verringerung des Dienstleistungsangebotes). Ebenso denkbar ist aber auch, dass der Unternehmer sein Tätigkeitsfeld zwar inhaltlich unverändert lässt, jedoch dessen Umfang einschränkt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitgeber in einem Dienstleistungsfeld in Hinkunft weniger Kundenaufträge entgegen nehmen oder eine bestimmte Produktionslinie zukünftig nur mehr in einem reduzierten Ausmaß betreiben will.

All diesen Konstellationen ist gemeinsam, dass der Wegfall der dem aufzugebenden unternehmerischen Tätigkeitsfeld zugeordneten Arbeitsplätze die einzig denkmögliche Konsequenz der Einschränkung der unternehmerischen Betätigung – sei es ihrem Inhalt oder aber bloß ihrem Umfang nach – ist und uno acto mit dieser eintritt. Da die unternehmerische Tätigkeit nämlich nicht allein aufgrund einer Wunschvorstellung des Unterneh-

mers, unternehmerisch tätig zu sein, besteht, sondern sich immer erst durch den Bestand entsprechender organisatorischer Strukturen realisiert, ist umgekehrt auch mit deren (inhaltlicher oder umfänglicher) Verringerung ein Abbau der zur Besorgung der betreffenden Tätigkeitsinhalte geschaffenen Strukturen untrennbar verbunden. Die Einschränkung kann sich dabei je nach Größenordnung durch den Entfall bloß eines oder einzelner Arbeitsplätze, durch den Entfall mehrerer Beschäftigungsmöglichkeiten in einer Betriebseinschränkung oder aber durch eine Betriebsstilllegung vollziehen. Gleichzuhalten ist dem darüber hinaus schließlich der Fall der Änderung des Betriebszwecks, weil auch eine solche Verlagerung des unternehmerischen Betätigungsfeldes genau genommen in einem ersten Schritt eine Einschränkung des bisherigen Tätigkeitsinhaltes voraussetzt.

Dass die Entscheidung des Arbeitgebers zur Einschränkung des unternehmerischen Tätigkeitsinhaltes oder -umfanges ganz unzweifelhaft eine „freie“ unternehmerische Entscheidung im Sinne des allgemeinen Kündigungsschutzes darstellt, die durch die Bestimmungen des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG keine Einschränkung erfährt, ist vor diesem Hintergrund aus meiner Sicht völlig unzweifelhaft. Entsprechend dem Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bleibt sie dem freien Ermessen des Arbeitgebers vorbehalten und ist damit im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens einer gerichtlichen Kontrolle auf Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin nicht zugänglich. Ein anderes Ergebnis ist meines nach dem Normzweck des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG jedenfalls für diese Fallgruppe nicht denkbar. Die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes können nämlich nicht so verstanden werden, dass der Arbeitgeber durch sie dazu verpflichtet werden soll, den Inhalt seiner unternehmerischen Tätigkeit gegen seinen Willen und allein deshalb unverändert zu lassen, um sozial in ihrer Stellung beeinträchtigten Arbeitnehmern auf alle Zeit eine Beschäftigungsmöglichkeit zu gewährleisten. Ein derartiges Verständnis des Kündigungsschutzes wäre nicht nur mit dem Wortlaut des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG vollkommen unvereinbar, sondern stünde auch in einem diametralen Widerspruch zu den tragenden Grundprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Sofern daher nicht gelindere Mittel zur Weiterbeschäftigung zur Verfügung stehen, muss es dem Arbeitgeber daher freigestellt bleiben, dem aus dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten resultierenden Personalüberhang durch Kündigung der betreffenden Arbeitnehmer zu begegnen.

Aufgrund der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ist für die Zulässigkeit eines Personalabbaus an sich dabei grundsätzlich auch nicht von Relevanz, ob sich der Unternehmer zur Einschränkung der unternehmerischen Aktivität aufgrund von äußeren Umständen veranlasst sieht, und die unternehmerische Entscheidung somit eine bloße Anpas-

sungsentscheidung darstellt, oder diese aus sonstigen „freien“ Motiven und Erwägungen heraus erfolgt.<sup>392</sup> IdS erweist sich die Einschränkung einer Produktionslinie aus rein persönlichen Gründen<sup>393</sup> als ebenso tauglicher betrieblicher Rechtfertigungsgrund für eine Kündigung wie die Streichung eines Teiles der Arbeitsplätze in einem bestimmten Geschäftsfeld infolge eines verringerten Arbeitsanfalles bedingt durch einen Rückgang der Nachfrage nach der dort angebotenen Dienstleistung. Dem OGH ist daher zuzustimmen, wenn er die Kündigung eines für den Verkauf zuständigen Produktmanagers als betrieblich bedingt erachtet, nachdem dessen Arbeitgeber sich dazu entschlossen hatte, vom Verkauf von Baugeräten auf Leasing der Maschinen umzustellen, weil – so die Begründung – die Kostensenkung *„durch die Übernahme der veränderten bzw verminderten Aufgaben durch eine geringere Anzahl von Arbeitnehmer angestrebt wird und [...] somit der Arbeitsplatz des Klägers weggefallen ist.“*<sup>394</sup> Ebenso hat das BAG aus meiner Sicht zu Recht die Kündigung von drei Maurern dann als betrieblich bedingt erachtet, wenn der Arbeitgeber in nachvollziehbarer Weise darlegt, dass aufgrund eines Auftragsrückganges in Verbindung mit dem Auslaufen einer bestimmten Zahl von Baustellen für drei von zehn Maurern kein Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung mehr besteht.<sup>395</sup> In diesem Fall liegt nämlich nichts anderes als eine Einschränkung des unternehmerischen Tätigkeitsbereiches in umfänglicher Sicht vor, mit der eine entsprechende Verringerung der organisatorischen Strukturen in diesem Bereich in Form der Reduktion einer entsprechenden Anzahl an einschlägigen Arbeitsplätzen einhergeht.<sup>396</sup> Für beide Konstellationen gilt jedoch, dass die Kündigungen grundsätzlich auch dann als zulässig anzuerkennen gewesen wären, hätte der Arbeitgeber die Einschränkung seiner Tätigkeit nicht durch die Notwendigkeit der Kostenersparnis oder den Nachfragerückgang gerechtfertigt, sondern sich schlichtweg darauf berufen, seine Tätigkeit aus persönlichen Motiven und von äußeren Gegebenheiten losgelöst eingeschränkt zu haben.

---

<sup>392</sup> In Hinblick auf die Darlegung des Wegfalles des Arbeitsplatzes können äußere Gegebenheiten aber uU von Relevanz sein; vgl dazu unter 5.3. Darlegung der „freien“ Unternehmerentscheidung im Kündigungsschutzverfahren.

<sup>393</sup> *Tomandl* führt aus, dass der Unternehmer sein Unternehmen auch aus rein persönlichen Gründen verkleinern kann, etwa weil er zu der Auffassung gelangt ist, dass sein Unternehmen zu groß geworden ist; *Tomandl*, Kündigung 71.

<sup>394</sup> OGH 30.3.1998, 8 ObA 86/98z.

<sup>395</sup> BAG 30.5.1985, 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155.

<sup>396</sup> Zur Darlegung des Wegfalles der Arbeitsplätze der betreffenden Arbeitnehmer wird im Kündigungsanfechtungsverfahren in einem solchen Fall aber zu fordern sein, dass der Arbeitgeber nachweist, dass die Reduktion der Tätigkeit von einer gewissen Dauerhaftigkeit ist; vgl dazu unter 5.3. Darlegung der „freien“ Unternehmerentscheidung im Kündigungsschutzverfahren.

Im letztgenannten Fall der umfänglichen Verringerung des unternehmerischen Tätigkeitsfeldes muss es dem Arbeitgeber im Übrigen auch vorbehalten bleiben, bei Bestehen mehrerer „gleichwertiger“ Arbeitsplätze nach freiem Ermessen zu entscheiden, welche(n) er entfallen lässt. Im Gegensatz zur Einschränkung des Tätigkeitsinhaltes, bei dem durch die entfallenen Inhalte der Kreis der betroffenen Arbeitsplätze (nämlich die der entfallenen inhaltlichen Ausrichtung bislang zugeordneten Arbeitsplätze) und damit auch der Personenkreis der zu kündigenden Arbeitnehmer (nämlich die Arbeitnehmer mit der diesem Tätigkeitsbereich entsprechenden Qualifikation) vorgegeben ist, ist dies bei der bloßen Einschränkung des Tätigkeitsumfanges nämlich nicht der Fall. Weil es hier nur zu einem Entfall eines Teils der den entfallenen Tätigkeitsinhalten zuzuordnenden Arbeitsplätzen kommt, kann der Arbeitgeber daher auswählen, welche von mehreren gleichwertigen Arbeitsplätzen er entfallen lässt. Auf diese Weise verbleibt dem Arbeitgeber in der betreffenden Konstellation damit indirekt auch ein gewisser Spielraum bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer, der durch den allgemeinen Kündigungsschutz – von den Regelungen des Sozialvergleiches abgesehen – grundsätzlich nicht eingeschränkt wird.<sup>397</sup>

### **6.2.2. Sonderfall: Auslagerung einer bislang intern besorgten Tätigkeit**

Einen Unterfall der Einschränkung des unternehmerischen Betätigungsfeldes stellt die Auslagerung bislang intern besorgter Tätigkeiten auf einen anderen Rechtsträger dar. Die Besonderheit derartiger Fallkonstellationen besteht allerdings darin, dass die unternehmerische Tätigkeit zwar auch hier grundsätzlich eine inhaltliche oder umfängliche Einschränkung erfährt, der unternehmerische Bedarf an der Ausführung der betreffenden Tätigkeiten für die Zukunft aber strenggenommen weiterhin fortbesteht und diese statt durch den Arbeitgeber selbst durch eine von diesem verschiedene Person besorgt wird. Als nicht unbegründet erweist sich deshalb die Frage, ob und inwieweit auch die Entscheidung des Arbeitgebers zur Auslagerung einzelner Betätigungsfelder von dessen unternehmerischer Freiheit iSd allgemeinen Kündigungsschutzes mitumfasst wird.<sup>398</sup>

---

<sup>397</sup> IdS auch *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (209).

<sup>398</sup> Diese Frage stellt sich naturgemäß nur in jenen Fällen, in denen die Auslagerung des bislang intern erledigten Tätigkeitsbereiches nicht als Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG zu qualifizieren ist und der Rechtsträger, an den die Tätigkeit vergeben wurde, damit ex lege als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges in der wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt. Zu den Konsequenzen einer im Zusammenhang mit einem solchen Übergang ausgesprochenen Kündigung vgl zB *Kietaibl*, ZAS 2010, 108 (113) mwN.

In der Rspr wurde eine infolge der Fremdvergabe bislang betriebsintern besorgter Tätigkeiten ausgesprochene Kündigung wiederholt als betrieblich bedingt iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG erachtet. Anzuführen ist in diesem Zusammenhang etwa die Entscheidung des VwGH vom 4.3.1987, in dem dieser die Zulässigkeit der Kündigung einer Arbeitnehmerin infolge der Auslagerung von Reinigungsarbeiten an ein externes Reinigungsunternehmen zu beurteilen hatte. Der VwGH hielt dazu in seiner Begründung fest, dass die Ausführungen des in erster Instanz zuständigen EA Linz, denen zufolge ein betriebliches Erfordernis deshalb nicht vorliege, weil die von der gekündigten Arbeitnehmerin besorgten Tätigkeiten im Betrieb weiterhin gebraucht würden, weder durch das Gesetz noch durch die bisherige Rspr gedeckt seien und es jedem Arbeitgeber vorbehalten bleibe, zu entscheiden, welche Arbeiten er in seinem Betrieb erledigt und welche an ein fremdes Unternehmen übertragen werden.<sup>399</sup> Die Kündigung ist daher dann als betrieblich bedingt zu erachten, wenn sich der dadurch entfallende Kostenaufwand „im Sinne einer Kostenminderung in deutlicher und ins Gewicht fallender Weise“ von dem Kostenaufwand des Einsatzes eines Reinigungsunternehmens abhebt. Diesen Ansatz hat auch der OGH aufgegriffen und – ebenfalls anlässlich der Auslagerung von Reinigungsarbeiten – die Fremdvergabe unternehmerischer Tätigkeiten im Wege der Umstellung auf Werkverträge anstatt des Einsatzes eigener Arbeitskräfte als betrieblichen Kündigungsrechtfertigungsgrund anerkannt, sofern dadurch „eine nicht nur unbeträchtliche Kostenverringerung“ erzielt wird.<sup>400</sup> Sieht man von dem Erfordernis der Realisierung einer Kostenersparnis ab,<sup>401</sup> scheint die Rspr die Entscheidung des Arbeitgebers zur Vergabe unternehmerischer Tätigkeitsbereiche an fremde Rechtsträger damit insgesamt als „freie“ unternehmerische Entscheidung akzeptieren zu wollen und eine darauf gestützte Kündigung bei Fehlen sonstiger gelinderer Maßnahmen als durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt zu erachten. Die Literatur lässt eine grundlegende Auseinandersetzung mit dieser Frage bislang zwar vermissen. Aus einzelnen beiläufigen Erwähnungen<sup>402</sup> sowie dem Fehlen kritischer Bemerkungen zu der eben erläuterten Rspr kann mE allerdings auf eine grundsätzliche Anerkennung der Auslage-

---

<sup>399</sup> VwGH 4.3.1987, ZI 86/01/0161, Arb 10.599; zuvor schon VwGH 25.2.1981, ZI 01/1409/80, Arb 9.953.

<sup>400</sup> OGH 19.6.1991, 9 ObA 120/91 (zweiter Rechtsgang zu OGH 9.5.1990, 9 ObA 85/90).

<sup>401</sup> Für eine Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Erzielung einer Kostenersparnis für das Vorliegen einer „freien“ unternehmerischen Entscheidung vgl 5.4. Exkurs: Die „freie“ Unternehmerentscheidung und die Bedeutung von Kostenaspekten – eine „emotionsgeladene Frage“.

<sup>402</sup> Vgl zB Tomandl, Kündigung 70 f der ausführt, dass es grundsätzlich keine Rolle spielt, welches Motiv den Arbeitgeber dazu bewegt, „auf angestellte Reinigungskräfte zu verzichten, die Reinigungsaufgaben aus seinem Betrieb auszugliedern und ihre Durchführung einem anderen Unternehmer zu übertragen“.

rungsentscheidung als „freie“ unternehmerische Disposition auch im Schrifttum geschlossen werden.

Der zweite Senat des BAG, der wie auch die heimischen Höchstgerichte wiederholt mit Kündigungen infolge der Fremdvergabe von bisher intern besorgten unternehmerischen Tätigkeiten befasst war, hat sich – wohl nicht zuletzt durch die Vielzahl und Vielfalt der aufgetretenen Anlassverhalte bedingt – weit differenzierter mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt. Dabei hat er – ähnlich dem OGH – den Entschluss des Arbeitgebers zur Auslagerung einzelner Tätigkeitsbereiche grundsätzlich als dem unternehmerischen Ermessen vorbehaltene Entscheidung jedenfalls in jenen Fallkonstellationen anerkannt, in denen die **Auslagerung zur selbstständigen Erledigung** durch den Dritten erfolgt ist.<sup>403</sup> IdS hat das BAG etwa die Auslagerung des Kundendienstes,<sup>404</sup> die Vergabe von Abbruch- und Stemmarbeiten an ein Subunternehmen,<sup>405</sup> die Übertragung der Laboruntersuchungen an ein klinikexternes Labor<sup>406</sup> sowie die Verlagerung des Außendienstes auf ein Drittunternehmen<sup>407</sup> als für das Gericht im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses bindend hinzunehmende unternehmerische Entscheidungen qualifiziert. Einzig in der – wie schon an anderer Stelle<sup>408</sup> erwähnt nicht unumstrittenen und mE wohl verfehlten – „Rheumaklinik“-Entscheidung<sup>409</sup> hat das BAG die Qualifikation der Auslagerung unternehmerischer Tätigkeiten auf einen dritten Rechtsträger als bindende unternehmerische Entscheidung demgegenüber verneint und die Disposition des Arbeitgebers als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. Im Anlassfall hatte der Betreiber eines Krankenhauses beschlossen, die bislang intern betriebenen Bereiche Reinigung, Küche und Service stillzulegen und diese Funktionen auf eine neu zu gründende Service-GmbH auszulagern.<sup>410</sup> Diese Organisationsgesellschaft sollte jedoch zum Zweck der Herstellung einer steuerrechtlichen Organschaft

---

<sup>403</sup> Vgl dazu zB BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 42; BAG 22.1.1998, 8 AZR 243/95, NZA 1998, 536; BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095; BAG 27. 6. 2002, 2 AZR 489/01, NZA 2002, 1304; BAG 21.2.2002, 2 AZR 556/00, NZA 2002, 1416.

<sup>404</sup> BAG 22.1.1998, 8 AZR 243/95, NZA 1998, 536.

<sup>405</sup> BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095.

<sup>406</sup> BAG 27. 6. 2002, 2 AZR 489/01, NZA 2002, 1304.

<sup>407</sup> BAG 21.2.2002, 2 AZR 556/00, NZA 2002, 1416.

<sup>408</sup> Vgl dazu unter 5.5. Die Grenzen der „freien“ unternehmerischen Entscheidung.

<sup>409</sup> BAG 26.9.2002, 2 AZR 636/01, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 124, NZA 2003, 549.

<sup>410</sup> Die Auslagerung von Reinigung, Küche und Servicebetrieb stellte in dem konkreten Fall keinen Betriebsübergang dar.

mehrheitlich im Eigentum des Krankenhausbetreibers stehen und finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Arbeitgebers eingegliedert sein. In seiner Urteilsbegründung führte das BAG zunächst aus, dass zu der aus Art 12 Abs 1 GG abgeleiteten unternehmerischen Freiheit zwar grundsätzlich auch das Recht des Unternehmers gehört, „*sein Unternehmen aufzugeben, selbst darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben soll und festzulegen, ob bestimmte Aufgaben weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Subunternehmer vergeben werden sollen*“ und daher auch die Entscheidung zur Beauftragung eines Drittunternehmens eine freie Entscheidung des Unternehmers ist. Das im vorliegenden Fall gewählte unternehmerische Konzept beurteilte das BAG im Ergebnis dann aber als rechtsmissbräuchlich und damit als kündigungsschutzrechtlich unbeachtlich, weil es dadurch faktisch zu keinerlei Änderungen in den betrieblichen Abläufen gekommen war, sondern die Konstruktion vorrangig dazu diente, die bislang in den betreffenden Teilbereichen beschäftigten Arbeitnehmer dem Kündigungsschutz zu entziehen und an ihrer Stelle künftig neue Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen (insb mit geringerer Entlohnung und ohne Kündigungsschutz in den ersten sechs Monaten) einzustellen.

Von den „klassischen Outsourcing“-Fällen abgesehen, nimmt die deutsche Rspr eine Auslagerung zur selbstständigen Erledigung – und damit das Vorliegen einer „freien“ Unternehmerentscheidung – darüber hinaus auch in jenen Fällen an, in denen die bislang durch eigene Arbeitnehmer verrichteten Arbeiten zukünftig durch den **Einsatz freier Dienstnehmer** erledigt werden sollen.<sup>411</sup> In diese Richtung hat das BAG erstmals in der „Weight Watchers“-Entscheidung<sup>412</sup> geurteilt. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich der Arbeitgeber dazu entschlossen, sein Ernährungsprogramm in Hinkunft nicht durch Arbeitnehmer, sondern durch auf der Basis von freien Dienstverträgen (sog „Partnerverträgen“) beschäftigte selbstständig tätige Personen auf dem Markt anzubieten. In seiner Entscheidungsbegründung hat das BAG das Vertragsmuster des Partnervertrages zunächst einer umfassenden Überprüfung dahingehend unterzogen, ob es sich dabei um einen vorgeschobenen Arbeitsvertrag handelt, und kam nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu dem Ergebnis, dass das für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses konstitutive Moment der persönlichen Abhängigkeit nicht gegeben ist und somit kein Fall von Scheinselbstständigkeit vorliegt. Auf dieser Grundlage befand das BAG schließlich, dass

---

<sup>411</sup> Vgl zB BAG 9.5.1996, 2 AZR 438/95, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 79; BAG 13.3.2008, 2 AZR 1037/06, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 176 mwN.

<sup>412</sup> BAG 9.5.1996, 2 AZR 438/95, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 79.

in der Umgestaltung der zugrunde liegenden Vertragsform eine bindende Unternehmerentscheidung zu sehen ist, weil es den Gerichten nicht zusteht, dem Arbeitgeber eine „bessere“ Organisation seines Betriebes oder einen andere Art der Kostenersparnis vorzuschreiben. Bestätigt wurde dieser Ansatz in einer relativ jungen Entscheidung am Fall eines sog „Moskito-Anschlägers“, dessen Aufgabe im Anbringen von Werbeplakaten lag.<sup>413</sup> Auch hier hat das BAG – wiederum nach Prüfung des Vorliegens von Scheinselbstständigkeit – festgehalten, dass die vom Arbeitgeber angestrebte Umgestaltung der vertraglichen Beziehung von einem Arbeitsverhältnis in ein freies Dienstverhältnis aus Sicht des Kündigungsschutzes nicht zu beanstanden und die Kündigung daher nach § 1 KSchG gerechtfertigt ist.

Aus meiner Sicht ist der Rspr des BAG zuzustimmen und der Entschluss des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten zukünftig nicht mehr in seiner eigenen Organisationseinheit auszuführen zu lassen, sondern zur selbstständigen Besorgung an ein Drittunternehmen zu vergeben, grundsätzlich als von dem im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes bestehenden unternehmerischen Gestaltungsspielraum erfasst zu sehen. Die Ausgestaltung einer Beschäftigungsmöglichkeit als organisatorische Funktionseinheit ist nämlich untrennbar mit den grundlegenden, für diese Einheit vorgesehenen Modalitäten der Leistungserbringung verbunden. IdS stellt die persönliche Abhängigkeit ein Wesensmerkmal eines Arbeitsplatzes im zuvor beschrieben Sinn dar und ist diesem immanent. Wenn der Unternehmer daher beschließt, strukturelle Änderungen in seinem Organisationskonzept vorzunehmen, die dazu führen, dass die Besorgung der zu einer Funktionseinheit zusammengefassten Tätigkeitsinhalte zukünftig nicht mehr in persönlicher Abhängigkeit erfolgt, ist darin eine grundlegende strukturelle Umgestaltung der betreffenden Funktionseinheit iS eines Wegfalles des Arbeitsplatzes zu sehen. Als solche muss die Entscheidung des Unternehmers zur Auslagerung bestimmter Tätigkeitsinhalte zur selbständigen Erledigung als Disposition über die vom Arbeitgeber in seiner organisatorischen Einheit zur Verfügung gestellten Arbeitsplätze gewertet werden, die als Gestaltung des durch die betrieblichen Organisationsstrukturen bestimmten unternehmerischen Personalbedarfs keiner Einschränkung durch § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG unterworfen ist. Wie das BAG in der „Moskito“-Entscheidung<sup>414</sup> treffend festgehalten hat, kann den gesetzlichen Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes daher nicht unterstellt werden, diese wollten den

---

<sup>413</sup> BAG 13.3.2008, 2 AZR 1037/06, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 176.

<sup>414</sup> BAG 13.3.2008, 2 AZR 1037/06, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 176; zust BAG 18.9.2008, 2 AZR 560/07, EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 162, NZA 2009, 142.

Unternehmer dazu zwingen, den Bedarf an bestimmten Leistungen ausschließlich durch Arbeitsverträge abzudecken. Damit würde dem Unternehmer meiner Meinung nach nämlich gleichzeitig auch eine durch persönliche Abhängigkeit geprägte Organisationsstruktur vorgeschrieben werden. Vielmehr muss es dem Arbeitgeber mE frei stehen, aus den durch die Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Vertragsarten die zur Realisierung seiner unternehmerischen Organisationsstruktur adäquateste zu wählen, weil anderenfalls ein tiefgreifender, von der gesetzlichen Wertung nicht gedeckter Eingriff in die Gestaltungsspielräume des Arbeitgebers zugelassen werden würde. Dem steht auch der im Arbeitsrecht bestehende Vertragstypenzwang<sup>415</sup> nicht entgegen, weil dieser bloß das „Wenn“, nicht aber das „Ob“ der Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit regelt. Erscheint dem Arbeitgeber die Besorgung bestimmter Angelegenheiten durch dritte Personen auf selbstständiger Basis – und damit eben gerade nicht in persönlicher Abhängigkeit – als geeigneter für die Umsetzung des Konzeptes seiner unternehmerischen Betätigung, so kann er aufgrund von § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht dazu verhalten werden, einen einmal geschaffenen Arbeitsplatz um des darauf beschäftigten Arbeitnehmers Willen bis in alle Ewigkeit aufrecht zu erhalten. Ein derartiger Zwang des Unternehmers zum Einsatz von durch das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit geprägten Beschäftigungsverhältnissen zur Verwirklichung seiner unternehmerischen Tätigkeit ist mE mit dem Normzweck der Kündigungsschutzbestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht vereinbar.

IdS gilt: Beschließt der Arbeitgeber, das seiner unternehmerischen Betätigung zugrunde liegende Konzept dahingehend zu adaptieren, dass bestimmte Tätigkeiten in Zukunft durch einen selbstständig tätigen Vertragspartner erbracht werden und geht mit dieser Entscheidung eine organisatorische Veränderung der den betreffenden Tätigkeitsinhalten zuordenbaren Funktionseinheiten dahingehend einher, dass diese in ihrer Ausgestaltung nicht mehr die Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit vorgeben, ist darin eine von der unternehmerischen Freiheit erfasste Disposition zu sehen, die zum Wegfall der betroffenen Arbeitsplätze führt. Im Rahmen einer solchen Disposition bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, freie Dienst- oder Werkverträge anstelle von Arbeitsverträgen einzusetzen, weil anderenfalls die organisatorische Umgestaltung gar nicht erst realisierbar wäre. Die in weiterer Folge ausgesprochene Kündigung ist betrieblich bedingt, sofern ihm

---

<sup>415</sup> Vgl dazu *Rebhahn*, in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 64 ff.

kein gelinderes Mittel zur Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers zur Verfügung steht.<sup>416</sup>

Anders zu beurteilen sind demgegenüber jedoch jene Konstellationen, in denen der Arbeitgeber die Fremdvergabe nur als Vorwand für den Ausspruch einer Kündigung verwendet, die Ausführung der betreffenden Tätigkeit aber trotz Umgestaltung der vertraglichen Grundlage in ihrer faktisch Handhabung weiterhin in persönlicher Abhängigkeit erfolgt und damit eine Beschäftigung in bloßer **Scheinselbstständigkeit** gegeben ist. In diesen Fällen hat die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers nämlich keinerlei Veränderung in ihrer organisatorischen Ausgestaltung erfahren, sondern besteht in Wahrheit (auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Qualität) unverändert fort. Dementsprechend wird die Kündigung durch eine Disposition bedingt, die nicht zu dem für die Betriebsbedingtheit zu fordernden Wegfall des „Arbeitsplatzes“ und damit zu den betrieblichen Erfordernissen, die der Weiterbeschäftigung entgegenstehen, führt. Vielmehr ist die Entscheidung des Arbeitgebers – je nach Konstellation – entweder auf die Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften (in jenen Fällen, in denen zwar keine Änderung in der Person des bisherigen Arbeitsplatzinhabers eintritt, dieser nunmehr jedoch in Scheinselbstständigkeit beschäftigt werden soll) und damit auf einen Verstoß gegen den zuvor angesprochenen Vertragstypenzwang, oder aber auf den Austausch des bisherigen Arbeitsplatzinhabers gegen einen neu einzustellenden Arbeitnehmer, der die Arbeitsleistung zukünftig in Scheinselbstständigkeit erbringen soll, gerichtet. In beiden Fällen liegt der Disposition damit ein Motiv zugrunde, das sich mE als mit dem Schutzzweck der Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzes unvereinbar erweist und der Berufung auf das unternehmerische Ermessen des Arbeitgebers entgegensteht. Im Ergebnis muss der Vorgehensweise des Arbeitgebers in diesen Konstellationen daher die Anerkennung als „freie“ unternehmerische Entscheidung versagt und die Betriebsbedingtheit der in der Folge ausgesprochenen Kündigung mangels Entfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit verneint werden.

Einem Außenstehenden wird es im praktischen Alltag freilich schwer fallen, zu beurteilen, ob der Arbeitgeber seine Organisationsstrukturen tatsächlich verändert hat oder es sich dabei wie in der zuletzt beschriebenen Konstellation bloß um einen Vorwand handelt. Die vom OGH offenbar vor diesem Hintergrund geforderte Erzielung einer „*nicht nur unbeträchtliche Kostenverringerung*“ erweist sich aus meiner Sicht jedoch nicht als geeigne-

---

<sup>416</sup> Für die Frage inwieweit der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht dazu gehalten ist, nach anderen Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu suchen oder sonstige gelindere Mittel einzusetzen vgl 7. Kapitel: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht.

tes Kalkül für eine Abgrenzung. Eine derartige Vorgabe ist mE nämlich mit dem Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit unvereinbar und darüber hinaus auch deshalb nicht absolut zuverlässig, weil selbst der bloße Austausch der vertraglichen Grundlage bei unveränderten Strukturen finanziell uU durchaus lukrativ sein und somit auch durch diese Vorgehensweise die verlangte Kostenersparnis erreicht werden kann. Vielmehr wird zu fordern sein, dass der Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens die Durchführung seiner organisatorischen Änderungen nachweist und nachvollziehbar darlegt, wie die davon betroffenen Funktionseinheiten verändert wurden. Aufgrund dieser Angaben kann das Gericht im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens sodann beurteilen, ob der Arbeitsplatz des betreffenden Arbeitnehmers durch die Disposition weggefallen ist und dessen Kündigung damit als betrieblich bedingt erachtet werden muss.

### **6.3. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit bei unveränderter unternehmerischer Tätigkeit**

Die unternehmerische Praxis zeigt, dass der durch die betrieblichen Organisationsstrukturen vorgegebene Personalbedarf aber auch bei grundsätzlich unverändertem Ausmaß und Inhalt des unternehmerischen Tätigkeitsfeldes variieren kann. Dies ist insb dann der Fall, wenn sich der Arbeitgeber dazu entschließt, seine unternehmerische Tätigkeit zu „rationalisieren“. Weil der Begriff der „*Rationalisierung*“<sup>417</sup> jedoch vielfältig verwendet werden kann und auch in der betriebswirtschaftlichen Theorie über keinen abschließend festgelegten Bedeutungsgehalt verfügt, wird für die vorliegende Untersuchung auf dessen Verwendung verzichtet. Nachfolgend sollen die gängigsten Konstellationen der unternehmerischen Effizienzsteigerung im Einzelnen erläutert und hinsichtlich der Frage näher beleuchtet werden, inwiefern die jeweilige Disposition des Arbeitgebers als „freie“ unternehmerische Entscheidung iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu werten ist.

#### **6.3.1. Effizienzsteigerung durch technische oder prozessbezogene Maßnahmen**

Vor allem im Produktionsbereich wohl durchaus gängig sind jene Konstellationen, in denen es trotz inhaltlich und umfänglich gleichbleibender unternehmerischer Betätigung deshalb zu einer Verringerung der Anzahl der für Arbeitnehmer bestehenden Beschäftigungsmöglichkeiten in einem Betrieb kommt, weil sich der Arbeitgeber zu einer Verbesse-

---

<sup>417</sup> Für eine Erläuterung des „Rationalisierungsbegriffes“ in der betriebswirtschaftlichen Theorie und Praxis vgl <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/57344/rationalisierung-v4.html> (17.1.2012).

rung der Arbeitsmethoden oder einer Beschleunigung des Arbeitsprozesses entschieden und zu diesem Zweck entsprechende Maßnahmen (wie zB die Einführung neuer arbeitskräftesparender Maschinen, die Umsetzung moderner Arbeitsmethoden oder die Verwendung fortschrittlicherer Produktionsverfahren in seinem Betrieb) implementiert hat.

Dass in der Entscheidung des Arbeitgebers zur Durchführung solcher technischer oder arbeitsprozessbezogener Maßnahmen eine „freie“ unternehmerische Entscheidung zu sehen ist, die von den Gerichten im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit überprüft werden darf, scheint in der Literatur seit jeher unstrittig<sup>418</sup> und wurde auch vom OGH wiederholt bestätigt. Bereits in der Entscheidung vom 28.10.1986<sup>419</sup>, in der die Kündigung einer Arbeitnehmerin damit begründet wurde, dass der bisherige Tätigkeitsbereich der Arbeitnehmerin ua infolge der Einführung eines Kleincomputers weggefallen war, hielt der schadenersatzrechtliche Senat fest, dass das (damals in erster Instanz für Kündigungsanfechtungsklagen zuständige) Einigungsamt nicht zu prüfen habe, ob „*die Anschaffung einer neuen arbeitskräftesparenden Maschine vom wirtschaftlichen oder technischen Standpunkt aus zweckmäßig ist*“, weil – so die weitere Begründung – der Betriebsinhaber diesbezüglich „*uneingeschränkte Freiheit*“ hat und ihn „*keine wirtschaftliche, insb produktionstechnische Gestaltungspflicht*“ trifft.<sup>420</sup>

Auch aus meiner Sicht ist es völlig unzweifelhaft, dass die Entscheidung des Arbeitgebers zur Effizienzsteigerung durch technische oder prozessbezogene Maßnahmen als eine seinem unternehmerischen Ermessen vorbehaltene Disposition gewertet werden muss. In diesem Fall liegt nämlich ganz eindeutig eine unternehmerische Organisationsentscheidung vor, die zum Wegfall jener Beschäftigungsmöglichkeiten führt, die zur Erledigung der nunmehr durch die Maschine verrichteten bzw durch das neuwertige Verfahren obsolet werdenden Tätigkeitsinhalte geschaffen wurden, und damit eine Verringerung des Personalbedarfs bewirkt. Eine andere Interpretation fände weder in der Ausgestaltung der Be-

---

<sup>418</sup> Vgl zum AOG etwa Hueck, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56 Rz 10; zum dtBRG 1920 siehe Mansfeld, BRG<sup>2</sup> § 84 433; zum BRG 1947 vgl Floretta/Strasser, BRG § 25 378; zum ArbVG vgl zB Kuderna, DRdA 1975, 9 Fn 31; Floretta, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 639; Tinhofer, in Mazal/Risak, XVIII Rz 55 mwN.

<sup>419</sup> OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86.

<sup>420</sup> Ähnlich auch OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s, in der der Arbeitgeber sich dazu entschlossen hatte, eine EDV-Anlage anzuschaffen, durch eine wesentliche Verkürzung der Arbeitszeiten und damit eine Umstellung von Zwei- auf Dreischicht-Betrieb ermöglicht wurde; im Ergebnis verwies der OGH die Rechtssache zur Verfahrensergänzung an die erste Instanz zurück, weil aufgrund der zum gegebenen Zeitpunkt getroffenen Feststellungen nicht beurteilt werden konnte, ob der Arbeitgeber seiner sozialen Gestaltungspflicht in hinreichendem Ausmaß nachgekommen war.

stimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG noch in den verfassungsrechtlichen Vorgaben Deckung, weil keiner der beiden Rechtsquellen die Wertung unterstellt werden kann, der Arbeitgeber als Unternehmer habe sich jeglichem Fortschritt zu verschließen, um Arbeitsplätze erhalten und Arbeitnehmer beschäftigen zu können. Ein derartiger Ansatz wäre nicht nur gravierend innovations- und wettbewerbsfeindlich, sondern scheint aus meiner Sicht vor allem auch mit den tragenden Prinzipien einer Marktwirtschaft unvereinbar.

### **6.3.2. Effizienzsteigerung durch Umstrukturierung oder Veränderung der Arbeitsplatzorganisation**

Der Bestand von Beschäftigungsmöglichkeiten kann aber ebenso durch den Entschluss des Unternehmers beeinflusst werden, in seinem Betrieb Maßnahmen zur Optimierung von Abläufen durch Straffung und Verbesserung von strukturellen Gegebenheiten oder durch eine entsprechende Adaptierung der Arbeitsplatzorganisation zu ergreifen. Die Szenarien und Konstellationen, in denen eine solche „Rationalisierung“ zu Tage treten kann, sind vielfältig und in ihren Erscheinungsformen breit gefächert. In der Praxis werden derartige Maßnahmen darüber hinaus nicht selten in Verbindung mit oder in der Konsequenz einer Einstellung unrentabler Geschäftsbereiche in Form einer Betriebsteilstilllegung bzw einer Betriebszusammenlegung und/oder gepaart mit einer technischen Modernisierung unternommen,<sup>421</sup> wie sich am Beispiel des der OGH-Entscheidung vom 31.8.1994<sup>422</sup> zugrunde liegenden Sachverhaltes deutlich veranschaulichen lässt: In dieser Rechtssache hatte sich der Arbeitgeber zu grundlegenden Umstrukturierungsmaßnahmen entschlossen, im Zuge derer die bislang in zwei getrennten Werken erledigte Produktion verringert und in einem Werk zusammengefasst wurde. Der daraus resultierende Personalabbau im Produktionsbereich ermöglichte eine Rationalisierung im Verwaltungsbereich in Form der Zusammenlegung der für die beiden Werke separat geführten Lohnverrechnung in einer zentralen Abteilung. Als Folge dieser Maßnahme – und in Verbindung mit der Einführung einer EDV-unterstützten Lohnbuchhaltung – war es schließlich zur Kündigung eines bislang vorwiegend in der Lohnverrechnung eingesetzten Arbeitnehmers gekommen. In seiner Urteilsbegründung hat der OGH die Rechtssache mangels ausreichender Feststellungen über allfällige anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen, weshalb eine höchstge-

---

<sup>421</sup> IdS auch *Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik Fn 345.

<sup>422</sup> OGH 31.8.1994, 8 ObA 236/94.

richtliche Entscheidung in der Sache bedauerlicherweise fehlt. Wie in allen anderen bislang erörterten Fällen ist jedoch aus meiner Sicht – und dies gilt gleichermaßen für Umstrukturierungs-<sup>423</sup> und Umorganisationsmaßnahmen im Allgemeinen – davon auszugehen, dass der unternehmerische Ermessensspielraum des Arbeitgebers durch die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes auch in dieser Konstellation nicht eingeschränkt wird und daher respektiert werden muss. IdS ist der Arbeitgeber in seinem Entschluss zur Veränderung der strukturellen Abläufe und organisatorischen Gegebenheiten frei und kann diese nach eigenen Vorstellungen in seinem Betrieb umsetzen. Die strukturellen Veränderungen können sich dabei auf „größere“ betriebsorganisatorische Einheiten wie etwa Betriebsabteilungen ebenso wie bloß auf eine ausgewählte Anzahl einzelner Arbeitsplätze beziehen. Als kleinste organisatorische Einheit unterliegt nämlich auch der individuelle Arbeitsplatz der ungebundenen Gestaltung durch den Arbeitgeber, sodass es diesem nicht verwehrt ist, die in Form eines solchen bestehende organisatorischen Zusammenfassung von Tätigkeitsinhalten aufzulösen und durch deren Neuverteilung eine neue Arbeitsplatzorganisation zu schaffen. Sofern sich für den vom Wegfall des Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitsplatzinhaber infolge einer solchen Umstrukturierung keine andere, „neue“ Beschäftigungsmöglichkeit ergibt, auf der dieser in Zukunft weiter beschäftigt werden kann, ist dessen Kündigung durch „betriebliche Erfordernisse“ iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt.<sup>424</sup>

IdS kann die Veränderung der Arbeitsplatzorganisation dabei bspw auch zu dem Zweck erfolgen, ein neues Arbeitszeitkonzept zu implementieren. IdS liegt eine „freie“ Unternehmerentscheidung etwa dann vor, wenn der Arbeitgeber beschließt, in seinem Betrieb Schichtarbeit einzuführen, und die davon betroffenen Beschäftigungsmöglichkeiten von „regulären“ Arbeitsplätzen in Schichtarbeitsplätze umgewandelt werden. Ebenso wird dem Arbeitgeber die Entscheidung nicht verwehrt werden können, einen Teil der in seinem Betrieb bestehenden Vollzeitarbeitsplätze zukünftig in zwei Teilzeitarbeitsplätze umzu-

---

<sup>423</sup> Dass auch der OGH die Durchführung von Umstrukturierungen im Wege der Umgestaltung von Betriebsabteilungen als „freie“ Unternehmerentscheidung sieht, hat er im Fall der Kündigung des Leiters einer Rechtsabteilung infolge der durch Konzernvorgaben bedingten Auflassung dieser Abteilung samt Umverteilung ihrer Aufgaben auf andere Abteilungen bestätigt und festgehalten: „Diese wirtschaftliche Entscheidung, insbesondere ihre Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der betrieblichen Rationalisierungsmaßnahme, ist durch das Gericht nicht zu überprüfen und ist Bestandteil der unternehmerischen Freiheit.“; vgl dazu OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h.

<sup>424</sup> IdS können betriebliche Erfordernisse etwa dann vorliegen, wenn sich durch die organisatorische Gestaltung von Arbeitsplätzen ein verändertes Anforderungsprofil ergibt, dem der betreffende Arbeitnehmer nicht entspricht und deshalb die Kündigung ausgesprochen wird – vgl dazu näher unter 6.5.2. Austausch aufgrund der Qualifikation des Arbeitnehmers.

wandeln oder umgekehrt.<sup>425</sup> Vom Arbeitgeber wird dabei aber freilich nicht bloß zu fordern sein, dass er dem bislang auf dem betroffenen Arbeitsplatz beschäftigten Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf einem der beiden neu geschaffenen Arbeitsplätze anbietet, um der ihm im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes treffenden sozialen Gestaltungspflicht zu entsprechen. Aufgrund der Tatsache, dass die Organisationsentscheidung und die Kündigung in einem solchen Fall quasi uno acto erfolgen und daher nach außen hin nicht voneinander zu unterscheiden sind, wird darüber hinaus verlangt werden müssen, dass der Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens schlüssig darlegt, dass der Kündigung plausible, auf den Arbeitsplatz als Funktionseinheit bezogene Erwägungen zugrunde liegen, und die „angebliche“ Organisationsänderung nicht bloß als Vorwand vorgeschoben wird, um die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeitszeit des Arbeitnehmers herabzusetzen und seine Beschäftigungsbedingungen zu verschlechtern.<sup>426</sup>

### 6.3.3. Effizienzsteigerung durch Verdichtung der Leistungserbringung

In Deutschland unter den Schlagworten „Verdichtung der Leistungserbringung“ ausführlich diskutiert wurde die Frage, ob die Entscheidung des Arbeitgebers, bei gleichbleibender Arbeitsmenge zukünftig mit weniger Personal zu arbeiten, als „freie“ unternehmerische Entscheidung zu werten ist.<sup>427</sup> In der Praxis kann eine solche Entscheidung dabei entweder isoliert (zu denken ist idZh etwa an das von *Ascheid*<sup>428</sup> vorgebrachte Fallbeispiel, dass der Betreiber eines Kaffeehauses beschließt, die Zahl der Servicekräfte zu verringern und die anfallende Arbeitsmenge mit bloß fünf statt zehn Arbeitnehmern zu erledigen) oder aber in Verbindung mit anderen Rationalisierungsmaßnahmen (so etwa dann, wenn der Arbeitgeber beschließt, einen bestimmten Tätigkeitsbereich zukünftig auf ein Drittunternehmen auszulagern und die weiterhin im Betrieb anfallenden Restarbeiten auf die übrige Belegschaft zu verteilen) stehen, wobei die letztgenannte Variante wohl weit

---

<sup>425</sup> Fraglich – wenn mE doch wohl eher zweifelhaft – ist allerdings, inwiefern einer solchen Disposition das in § 19d Abs 6 AZG normierte Verbot der nachteiligen Behandlung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern gegenüber Vollzeitbeschäftigten aufgrund der Teilzeitarbeit sowie die Vorgaben der TeilzeitarbeitsRL 97/81/EG entgegenstehen.

<sup>426</sup> IdS hat auch das BAG zur Zulässigkeit einer Änderungskündigung zur Herabsetzung der Arbeitszeit ausgeführt, dass diese dann als unzulässig anzusehen ist, „wenn ohne Änderung der realen Abläufe abstrakte Änderungen von Organisationsstrukturen benutzt würden, um den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zum Nachteil von Arbeitnehmern so ändern zu können, dass für die betroffenen Arbeitnehmer unzumutbare Arbeitsbedingungen entstehen und/oder sie de facto aus dem Betrieb gedrängt werden“; vgl dazu BAG 22.4.2004, 2 AZR 385/03, AP § 2 KSchG 1969 Nr 74.

<sup>427</sup> Für eine umfassende Darstellung der deutschen Rspr (samt der einschlägigen Entscheidungen der LAG) und Literatur vgl *Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik 97.

<sup>428</sup> *Ascheid*, DB 1987, 1144 (1146).

häufig anzutreffen sein wird. Der Fall der Effizienzsteigerung durch Leistungsverdichtung bildet dabei einen Sonderfall der zuvor erläuterten Umstrukturierung und Änderung der Arbeitsplatzorganisation, bei dem es zu einer Verteilung der bislang in dem nunmehr entfallenen Arbeitsplatz zusammengefassten Tätigkeiten auf andere Arbeitsplätze kommt und damit eine – wie schon die Bezeichnung erkennen lässt – Verdichtung der Arbeitsleistung der auf diesen Arbeitsplätzen beschäftigten Arbeitnehmer bewirkt wird.

Das BAG erkennt den Entschluss des Arbeitgebers, künftig dauerhaft mit weniger Personal zu arbeiten, grundsätzlich in beiden Konstellationen als „freie“ unternehmerische Entscheidung an.<sup>429</sup> Erstmals in diese Richtung hat es im Fall der Änderungskündigung einer Arbeitnehmerin, deren Arbeitszeit im Rahmen der Umsetzung des Programms „Straf- fung der Aufgaben im Bereich Küche/Reinigung“ verkürzt werden sollte, geurteilt und festgehalten, dass es im Ermessen des Unternehmers liegt, zu entscheiden, „*mit welcher Anzahl von Arbeitskräften*“ er nach Durchführung einer innerbetrieblichen Umorganisation die verbleibende Arbeitsmenge durchführen lässt.<sup>430</sup> Bestätigt hat das BAG diesen Ansatz dann in seiner Entscheidung vom 24.4.1997.<sup>431</sup> In dieser Rechtssache hatte der Arbeitgeber eine Änderungskündigung zum Zweck der Anpassung der Arbeitszeit ausgesprochen, um eine durch das Ausscheiden einer anderen Arbeitnehmerin entstandene Besetzungslücke aufzufüllen. In seiner Begründung führt das BAG aus, dass es zur „*Organisation und Ge- staltung des Betriebes*“ gehört, „*neben der Anschaffung von Maschinen, Gerätschaften sowie Vorrichtungen und der Gestaltung der Arbeitsabläufe, die **Stärke der Belegschaft, mit der das Betriebsziel erreicht werden soll, festzulegen***“. Sofern damit nämlich eine Leistungsverdichtung eintritt, wird diese als Konzept gewollt und dadurch notwendig wer- dende Änderungen sind in Kauf zu nehmen, weil der rationelle Einsatz des Personals Sa- che der Unternehmerentscheidung ist.<sup>432</sup> Weiter präzisiert hat das BAG seine Rechtspre-

---

<sup>429</sup> Vgl dazu BAG 24.4.1997, NZA 1997, 1047; BAG 7.5.1998, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kün- digung Nr 94; BAG 17.6.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101, NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999, 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 103, NZA 1999, 1157; BAG 6.7.2006, AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr 82.

<sup>430</sup> BAG 19.5.1993, 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075; Eine Entscheidung in der Sache fehlt, weil das BAG die unterinstanzlichen Urteile aufgehoben und mangels ausreichender Feststellung zurückverwiesen hat.

<sup>431</sup> BAG 24.4.1997, 2 AZR 352/96, NZA 1997, 1047.

<sup>432</sup> Im Ergebnis hat das BAG die Zulässigkeit der Änderungskündigung dann allerdings verneint und als sozialwidrig qualifiziert, weil das Änderungsangebot zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbe- handlung der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmerin gegen über den Vollzeitkräften geführt und damit einen Verstoß gegen § 2 BeschFG dargestellt hat.

chungslinie sodann in der „Entscheidungsserie“ vom 17.6.1999,<sup>433</sup> in der das Gericht anhand von drei verschiedenen ausgestalteten Sachverhalten über die Betriebsbedingtheit der infolge einer (behaupteten) Leistungsverdichtung ausgesprochenen Kündigung zu befinden hatte. Das BAG hat diesbezüglich festgehalten, dass *„die Entscheidung des Arbeitgebers, den Personalbestand auf Dauer [...] zu reduzieren“*, grundsätzlich eine Organisationsmaßnahme darstellt, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen kann. Diese unterscheidet sich dabei insofern vom Kündigungsentschluss selbst, als Letzterer nur besagt, dass ein bestimmter Arbeitsplatz frei werden soll ohne zu sagen ob dieser alsbald nachzubesetzen ist, wohingegen die **Entscheidung zur dauerhaften Personalreduzierung eine Entscheidung ist, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen** und damit zum Entfall des entsprechenden Beschäftigungsbedarfes führt. Wenn eine solche Organisationsentscheidung dem Kündigungsentschluss allerdings so nahe kommt, dass sie sich praktisch auf diesen reduziert und die beiden Entscheidungen des Arbeitgebers – die im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben unterliegen – ohne nähere Konkretisierung nicht voneinander unterschieden werden können, müssen nach Ansicht des BAG verschärfte Anforderungen an die arbeitgeberseitige Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess gestellt werden. IdS hat der Arbeitgeber daher im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses darzulegen, in welchem Umfang die bisher von dem zu kündigenden Arbeitnehmer verrichteten Arbeiten in Zukunft anfallen und *„wie diese Arbeiten von dem verbleibenden Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können“*. Je näher die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers an den Kündigungsentschluss heranrückt, desto mehr hat der Arbeitgeber dabei durch Tatsachenvortrag die organisatorische Durchführbarkeit sowie die Nachhaltigkeit seiner unternehmerischen Entscheidung zu verdeutlichen. In späteren Entscheidungen hat das BAG dann nochmals auf die erhöhte Darlegungslast Bezug genommen und hat diesbezüglich ausgeführt, dass diese *„weder Selbstzweck“* ist, noch dazu dient, dass die *„Gerichte in die betrieblichen Organisationsabläufe eingreifen können“*. Vielmehr soll auf diese Weise ein Missbrauch des Kündigungsrechts ausgeschlossen werden, wobei es einerseits darum geht, eine *„rechtswidrige Überforderung oder Benachteiligung des im Betrieb verbleibenden Personals“* (insb etwa durch Mehrarbeit) zu vermeiden, und andererseits verhindert werden soll, *„dass die unternehmeri-*

---

<sup>433</sup> BAG 17.6.1999, 2 AZR 141/99, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 101, NZA 1999, 1098; BAG 17.6.1999, 2 AZR 522/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 102, NZA 1999, 1095; BAG 17.6.1999, 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 103, NZA 1999, 1157; zuletzt auch BAG 12.3.2009, 2 AZR 418/07, NZA 2009, 1023.

*sche Entscheidung lediglich als Vorwand genutzt wird, um einen Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu drängen, obwohl Beschäftigungsbedarf und Beschäftigungsmöglichkeit fortbestehen und lediglich die arbeitsvertraglichen Inhalte und die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen als zu belastend angesehen werden.*<sup>434</sup>

Auch im Rechtsprechungsrepertoire des OGH finden sich Entscheidungen zu ganz ähnlich gelagerten Sachverhalten. Ebenso wie das BAG steht dabei auch das heimische Höchstgericht auf dem Standpunkt, dass die Rechtfertigung der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht unweigerlich voraussetzt, dass die bislang von dem durch die Kündigung betroffenen Arbeitnehmer besorgte Tätigkeit zur Gänze weggefallen ist. IdS hat der OGH erstmals im Fall der Kündigung eines Arbeitnehmers entschieden, dessen Tätigkeiten als Werkspostmann auch in Zukunft weiterhin anfielen, dessen Arbeitsplatz aber deshalb nicht mehr besetzt wurde, weil die von ihm bislang verrichteten Arbeiten nunmehr „nebenbei“ von anderen Arbeitnehmern ausgeführt werden sollten.<sup>435</sup> Der OGH bewertete die Kündigung als „noch nicht“ sozial ungerechtfertigt und führt in seiner rechtlichen Beurteilung aus, dass „wenn wirtschaftliche Schwierigkeiten zur Personalreduktion zwingen und der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers betroffen ist, [...] ein betriebsbedingter Kündigungsgrund auch dann vor[liegt], wenn der Tätigkeitsbereich dieses Arbeitnehmers zwar nicht wegfällt, aber eine Nachbesetzung wegen Rationalisierung unterbleibt, **weil die Tätigkeit von anderen Arbeitnehmern mitübernommen wird, sofern mit diesen Maßnahmen eine nicht unbeträchtliche Kostenverringerung eintritt.**“ Auch in diesem Fall ist „der Wegfall des Arbeitsplatzes [...] daher durch betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG begründet.“ Bestätigt und weiter konkretisiert hat der OGH diesen Ansatz auch in der bereits an anderer Stelle erwähnten Entscheidung vom 30.3.1998,<sup>436</sup> in der der Gerichtshof die Zulässigkeit der Kündigung eines für den Verkauf zuständigen Produktmanagers zu beurteilen hatten. Infolge der Umstellung vom Verkauf von Baugeräten auf Leasing der Maschinen waren dessen Tätigkeiten zum Teil entfallen, zum Teil durch andere Mitarbeiter übernommen worden. Der OGH bejahte die Betriebsbedingtheit der Kündigung und begründete dies damit, dass „es genügt, daß die Rationalisierung (Kostensenkung ua) durch eine Übernahme der veränderten bzw verminderten Aufgaben durch eine geringere Anzahl von Arbeitnehmern angestrebt wird und **die**

---

<sup>434</sup> BAG 23.11.2004, AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr 70; BAG 6.7.2006, AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr 82.

<sup>435</sup> OGH 8.9.1993, 9 ObA 233/93; wortgleich auch OGH 31.8.1994, 8 ObA 236/94.

<sup>436</sup> OGH 30.3.1998, 8 ObA 86/98z; ebenso auch OGH 4.6.2003, 9 ObA 33/03y.

***Tätigkeit des Klägers auf andere, bereits vorhandene Mitarbeiter aufgeteilt wurde, somit der Arbeitsplatz des Klägers weggefallen ist.***

Meiner Meinung nach ist der Rspr der beiden Höchstgerichte – von der in den Ausführungen des OGH wiederzufindenden Anknüpfung an die Erzielung einer nicht unbeachtlichen Kostenersparnis abgesehen – weitestgehend zuzustimmen und die Entscheidung des Arbeitgebers zur Leistungsverdichtung als „freie“ unternehmerische Entscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes anzuerkennen. Als „kleinste“ organisatorische Funktionseinheit unterliegt nämlich auch der Arbeitsplatz der freien, selbstverantwortlichen Gestaltung durch den Arbeitgeber als Unternehmer, der frei darin ist zu bestimmen, mit welcher Anzahl von „Arbeitsplätzen“ – und nicht wie das BAG ausgeführt hat *„mit welcher Anzahl von Arbeitskräften“* – er seiner unternehmerischen Tätigkeit nachgehen will. Entschließt sich dieser dazu, die bisher bestehende Zusammenfassung einzelner Tätigkeitsinhalte in einer solchen Funktionseinheit zu lösen und die betreffenden Tätigkeiten auf andere Funktionseinheiten zu verteilen, muss darin demnach eine unternehmerische Disposition gesehen werden, die im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens durch die Gerichte nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen ist. Fällt infolge einer solchen Gestaltung der Arbeitsplatz weg und ergibt sich nach der den Arbeitgeber treffenden sozialen Gestaltungspflicht keine andere Möglichkeit der Weiterbeschäftigung, kann der darauf beschäftigte Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt werden, obwohl die bislang von ihm verrichteten Tätigkeitsinhalte infolge der Rationalisierungsentscheidung nicht (zur Gänze) weggefallen sind, sondern bloß einer anderen Funktionseinheit zugeordnet wurden. Wie in dem zuvor erläuterten Fall der Umwandlung von Voll- in Teilzeitarbeitsplätze sind jedoch auch in den Konstellationen der Leistungsverdichtung die Organisationsentscheidung und die Kündigung nach außen hin nicht voneinander zu unterscheiden. IdS wird vom Arbeitgeber daher auch hier zu fordern sein, die Auflösung eines Arbeitsplatzes und die Neuverteilung der Tätigkeitsinhalte auf andere Beschäftigungsmöglichkeiten nachvollziehbar darzulegen. Unproblematisch wird dies idR in jenen Fällen sein, in denen die Leistungsverdichtung im Kontext eines größeren betrieblichen Organisationskonzeptes steht. Aber auch in allen übrigen Fällen ist eine solche im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens als gegeben hinzunehmen, sofern der Arbeitgeber plausibel nachweist, dass eine Disposition vorliegt, die an den Arbeitsplatz als organisatorische Funktionseinheit anknüpft und eine solche nicht bloß vorgeschoben wird, um einen unliebsam gewordenen Arbeitsplatzinhaber aus dem Betrieb zu entfernen. In diesem Zusammenhang wird der Arbeitgeber dabei bspw gehalten sein, die vor der Organisationsgestaltung

bestehenden Einsparungspotentiale nachzuzeichnen oder zu erläutern, wie die den anderen Arbeitsplätzen zugewiesenen Tätigkeitsinhalte von den jeweiligen Arbeitsplatzinhabern realistischerweise auch wirklich bewältigt werden können. Auf diese Weise kann das Gericht im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens sodann überprüfen, ob auch tatsächlich eine durch die Regelungen des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht beschränkte Gestaltung der betrieblichen Organisationsstrukturen und nicht bloß eine auf die Umgehung der an den Ausspruch von personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen durch den allgemeinen Kündigungsschutz gestellten Anforderungen gerichtete Disposition des Arbeitgebers vorliegt.

## **6.4. Exkurs: „Schlichte“ Reduktion der Personalkosten als „freie“ unternehmerische Entscheidung?**

### **6.4.1. Problemstellung und einleitende Bemerkungen zur Änderungskündigung**

Fraglich ist, ob auch die bloße Entscheidung des Arbeitgebers zur Verringerung der Personalkosten bei ansonsten unverändertem Fortbestehen der im Rahmen seiner betrieblichen Organisationsstrukturen errichteten Arbeitsplätze als „freie“ unternehmerische Entscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes gewertet werden kann. Im Gegensatz zu den bislang erörterten Fällen besteht die Besonderheit dieser Konstellation darin, dass der Personalbedarf im Betrieb des Arbeitgebers dabei grundsätzlich konstant gegeben bleibt, der Arbeitgeber aber die auf diesen Personalbedarf entfallenden Lohnkosten senken möchte. Zur Verwirklichung dieser Zielsetzung sind aus Sicht des Arbeitgebers hypothetisch betrachtet zwei Vorgehensweisen denkbar: Einerseits könnte er sich dafür entscheiden, die zu teuer gewordenen Arbeitnehmer zu kündigen und zukünftig durch günstigere Arbeitskräfte zu ersetzen (zur Zulässigkeit einer solchen Austausch Kündigung siehe unter 6.5.3. Austausch gegen einen günstigeren Arbeitnehmer). Ebenso gut könnte er aber andererseits beschließen, das anfallende Arbeitsvolumen auch weiterhin durch die bereits in seinem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu bewältigen, diese in Hinkunft allerdings gegen eine niedrigere Entlohnung einzusetzen. In diesem Fall müsste der Arbeitgeber eine Änderungskündigung zum Zwecke der Lohnkostensenkung aussprechen.

Im Allgemeinen wird unter einer Änderungskündigung eine Kündigung verstanden, die vom Arbeitgeber unter der Bedingung ausgesprochen wird, dass der Arbeitnehmer ein Angebot zu Änderung seines Arbeitsvertrages (in concreto: des Arbeitsentgelts) nicht annimmt. Durch Ausspruch einer solchen Kündigung wird damit grundsätzlich nicht auf die

Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern in erster Linie auf dessen Änderung abgezielt. Nur in jenen Fällen, in denen das Änderungsangebot vom Arbeitnehmer nicht angenommen wird und eine einvernehmliche Änderung des Vertragsverhältnisses somit nicht zustande kommt, soll die Kündigung endgültig wirksam und das Arbeitsverhältnis beendet werden, wobei die Beendigungserklärung grundsätzlich sowohl aufschiebend als auch auflösend bedingt ausgesprochen werden kann.<sup>437</sup> Die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes nehmen – im Gegensatz zu jenen des deutschen KSchG<sup>438</sup> – zwar nicht ausdrücklich auf das Rechtsinstrument der Änderungskündigung und die Voraussetzungen, unter denen eine solche zulässig sein soll, Bezug.<sup>439</sup> Die hM geht aber dennoch davon aus, dass der Arbeitgeber bei Ausspruch einer Änderungskündigung nicht bloß an die allgemeinen Kündigungsfristen und -termine gebunden ist.<sup>440</sup> Ebenso sollen auf diese – wie auch auf die Beendigungskündigung – die Regelung des § 105 ArbVG Anwendung finden.<sup>441</sup> IdS gilt: Hat der Arbeitnehmer die ihm offerierte Änderung seines Arbeitsvertrages abgelehnt und entfaltet die Kündigung damit endgültig Rechtswirksamkeit, so steht ihm die Möglichkeit offen, diese wegen Sozialwidrigkeit nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG anzufechten.<sup>442</sup> In diesem Zusammenhang hat sich wiederholt die Frage gestellt, ob und inwieweit im Rahmen der Anfechtung der Änderungskündigung wegen Sozialwidrigkeit auch das Änderungsangebot berücksichtigt werden muss. In Hinblick auf die Beurteilung des Vorliegens einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung wird die Berücksichtigung des Änderungsangebotes vom OGH in jenen Fällen bejaht, in denen dem Arbeitnehmer die Annahme des Angebotes zur Änderung der Arbeits- oder Entgeltbedingungen zumutbar ist.

---

<sup>437</sup> Grundlegend zum Rechtsinstitut der Änderungskündigung *Strasser*, DRdA 1988, 1 (2); vgl auch *Dungl*, in FS Floretta, 357; *Karl*, DRdA 2000, 263; *Friedrich*, ASoK 2005, 48.

<sup>438</sup> § 2 KSchG ordnet an: „Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs 2 Satz 1 bis 3, Abs 3 Satz 1 und 2). Diesen Vorbehalt muß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären.“

<sup>439</sup> *Risak* folgert daraus, dass der österreichische Kündigungsschutz kein Inhalts-, sondern ein bloßer Beendigungsschutz ist; vgl dazu *Risak*, Entgeltgestaltung 254 ff.

<sup>440</sup> *Strasser*, DRdA 1988, 1 (7 ff) mwN.

<sup>441</sup> Die rechtlichen Fragen, die sich iZm der Änderungskündigung stellen, sind vielfältig und betreffen ua die Problematik der grundsätzlichen Bedingungsfeindlichkeit von Beendigungserklärungen, den Lauf der Kündigungsfrist, das betriebliche Vorverfahren, die Anfechtungsfrist sowie die Möglichkeit einer Anfechtung des Änderungsangebotes wegen Zwanges nach § 870 ABGB; für die vorliegende Untersuchung sollen nur jene Punkte herausgegriffen werden, die für die Eingrenzung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit von Bedeutung sind; für weitere Nachweise vgl FN 437.

<sup>442</sup> OGH 24.4.1991, 9 ObA 79/91; *Strasser*, DRdA 1988, 1 (7 ff) mwN.

Ist dies der Fall, soll die Kündigung demzufolge wegen Nichtannahme des Angebotes keine Sozialwidrigkeit darstellen.<sup>443</sup> Für die Bewertung der Zumutbarkeit wird dabei auf die von der Judikatur erarbeiteten Grundsätze zu Beurteilung des Vorliegens einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung abgestellt.<sup>444</sup> Demzufolge ist nicht jede finanzielle Schlechterstellung als „eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage“<sup>445</sup> zu werten, sondern hat der Arbeitnehmer Einkommenseinbußen bis zu einem gewissen Ausmaß hinzunehmen. IdS hat der OGH einen Einkommensverlust iHv 10% als nicht ausreichend für das Vorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung erachtet<sup>446</sup> – eine Verdienstreduktion iHv 20% oder mehr hat er demgegenüber sehr wohl als solche qualifiziert.<sup>447</sup> Aus diesem Umstand ergibt sich, dass die Anfechtung einer Änderungskündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG im Regelfall häufig wohl schon auf der ersten Prüfungsebene mangels Vorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung des Arbeitnehmers scheitern wird.

Sollte dem Arbeitnehmer die Annahme des vom Arbeitgeber unterbreiteten Änderungsangebots ausnahmsweise aber doch unzumutbar und eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung daher gegeben sein, muss – und dies ist für die vorliegende Untersuchung von besonderem Interesse – geprüft werden, ob die Änderungskündigung durch „betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen“ nach lit b leg cit gerechtfertigt ist. Die Änderungskündigung ist zwar grundsätzlich nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet, führt jedoch zu dieser, wenn der Arbeitnehmer das ihm unterbreitete Änderungsangebot ausschlägt. Die Betriebsbedingtheit der Änderungskündigung wird dabei überall dort zu bejahen sein, wo der Arbeitgeber eine

---

<sup>443</sup> OGH 7.10.1998, 9 ObA 244/98t; in der Lit wurde gegen die Berücksichtigung des Änderungsangebots im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung zu denken gegeben, dass dies auf eine massive Schwächung der Position des Arbeitnehmers im Sinne einer Bestrafung für die Nichtannahme des Änderungsangebotes hinauslaufe. Begründet wird diese damit, dass der Arbeitnehmer – weil die Anfechtung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG stets das Vorliegen einer wirksamen Kündigung voraussetzt – das Änderungsangebot immer erst ablehnen muss bevor er gegen die Kündigung vorgehen kann, das Gericht im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens die Klage dann aber nur abweisen oder ihr stattgeben kann, das – zu diesem Zeitpunkt nicht mehr aufrechte – Änderungsangebot jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens ist; vgl dazu ausführlich dazu *Strasser*, DRdA 1988, 1 (10); *Friedrich*, ASoK 2005, 48 (50); aA wohl *Tinhofer*, RdW 2000, 424.

<sup>444</sup> *Gahleitner*, in *Cerny/Gahleitner/Preis/Schneller*, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 49; ebenso *Karl*, DRdA 2000, 263 (264).

<sup>445</sup> Vgl dazu zB OGH 12.10.1988, 9 ObA 206/88; OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88; OGH 17.1.1990, 9 ObA 338/89; OGH 23.1.2004, 8 ObA 127/03i; OGH 30.9.2005, 9 ObA 8/05z; OGH 30.7.2009, 8 ObA 41/09a mwN.

<sup>446</sup> OGH 20.9.2000, 9 ObA 179/00i.

<sup>447</sup> OGH 21.10.1998, 9 ObA 261/98t.

Disposition trifft, die zum Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes des betreffenden Arbeitnehmers führt und eine andere – von dem Änderungsangebot verschiedene – Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht besteht.<sup>448</sup> Hier erfolgt die Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung damit nach dem gewohnten Muster. Zu klären bleibt jedoch, wie die Änderungskündigung in jenen Fällen zu bewerten ist, in denen diese darauf abzielt, das Entgelt zu verringern, die Funktionseinheit des Arbeitsplatzes davon abgesehen aber grundsätzlich unverändert fortbesteht.

#### **6.4.2. Der Meinungsstand zur Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung**

In der Entscheidung vom 24.4.1991<sup>449</sup> hatte der OGH erstmals über die Zulässigkeit einer solchen, die wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigenden Änderungskündigung zu urteilen. Konkret war in dieser Rechtssache eine in einer Landesstelle der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als Reinigungskraft beschäftigte Arbeitnehmerin gekündigt worden, weil sich deren Arbeitszeit infolge der Einstellung einer weiteren Reinigungskraft auf 20 bis 25 Stunden pro Woche verringert hatte, ihre Entlohnung aber weiterhin auf der Grundlage von 40 Wochenstunden erfolgte. Infolge eines Führungswechsels war diese Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Arbeitszeit und der dafür gewährten Entlohnung als unerwünscht empfunden worden, weshalb eine Änderungskündigung zur Reduktion des Entgelts auf 25 Wochenstunden ausgesprochen wurde. Der OGH verneinte die Sozialwidrigkeit der Kündigung mit der Begründung, dass der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin betriebliche Erfordernisse entgegenstehen. In seiner rechtlichen Beurteilung führte er diesbezüglich aus, dass dem Arbeitgeber als Sozialversicherungsträger im Interesse der Versicherten das Recht zugestanden werden muss, „*seine Verwaltung nach den **Grundsätzen der Sparsamkeit und insb der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer** nach Maßgabe der für Arbeitnehmer der Sozialversicherung geltenden Dienstordnung auszurichten*“, und der Arbeitgeber es vor allem „*im Interesse der Gleichbehandlung*“ verbunden mit der Gefahr von Beispielfolgerungen aus einer sachlich nicht gerechtfertigten Sonderstellung nicht hinnehmen kann, ein solches Entgelt zu zahlen, „*auch wenn die mit der Beendigung dieses Zustandes erreichten **Einsparungsmaßnahmen im Verhältnis zum Verwaltungsaufwand [...] nur gering sind***“. Wie diese höchstgerichtli-

---

<sup>448</sup> IdS auch *Karl*, DRdA 2000, 263 (267 f).

<sup>449</sup> OGH 24.4.1991, 9 ObA 79/91.

chen Ausführungen zeigen, scheint der OGH den Ausspruch einer Änderungskündigung zum Zweck der „schlichten“ Lohnkostensenkung offenbar zumindest in jenen Fällen als zulässig zu erachten, in denen ein gewisses „öffentliches Interesse“ an der Erhaltung der „Wirtschaftlichkeit“ des Arbeitgebers besteht. Dass die höchstgerichtlichen Ausführungen gleichermaßen auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse übertragbar sind und jeder Unternehmer die in seinem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer damit mit dem bloßen Hinweise auf Sparsamkeits- und Gleichbehandlungserwägungen „änderungskündigen“ kann, erscheint aus meiner Sicht allerdings durchaus zweifelhaft, weil der einseitigen Lohnkostensenkung unter Androhung der Kündigung damit mehr oder minder Tür und Tor geöffnet und der allgemeine Kündigungsschutz im Ergebnis wirkungslos würde.

Dass der OGH die Bestrebung des Arbeitgebers zur „schlichten“ Lohnkostensenkung aber auch in Hinblick auf Arbeitsverhältnisse zu privaten Arbeitgebern grundsätzlich als betriebliches Erfordernis zur Rechtfertigung einer die Interessen des Arbeitnehmers wesentlich beeinträchtigenden Kündigung anerkennen will, hat der sodann durch seine Entscheidungen vom 5.9.2001<sup>450</sup> und 28.9.2001<sup>451</sup> bestätigt. In diesen Rechtsachen war der Gerichtshof mit der Zulässigkeit dreier Kündigungen befasst, die der Arbeitgeber ausgesprochen hatte, nachdem die davon betroffenen Arbeitnehmer einem vorausgehenden Änderungsangebot zur Senkung ihres überkollektivvertraglichen Entgelts auf 20% über dem Kollektivvertrag nicht zugestimmt hatten. In seiner Entscheidungsbegründung hielt der OGH zunächst fest, dass „*die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit von Rationalisierungsmaßnahmen*“ grundsätzlich nicht zu prüfen ist und betonte – wohl in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut von § 1 KSchG – die „*unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei gegebener Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse*“. Weiters führt er dann aus aus, dass die festgestellte Unternehmenssituation (insb der Bilanzverlust) in Verbindung mit den von externen Beratern empfohlenen Maßnahmen zur Reduktion von überkollektivvertraglichen Personalaufwendungen – darin sah der OGH offenbar im konkreten Fall die „freien“ Rationalisierungsmaßnahmen – „*den **Entschluss der beklagten Partei zur Änderungskündigung und zur Kostenreduzierung durch Einschränkung besonders hoher Gehälter plausibel***“ macht, wobei der Arbeitgeber die wirtschaftliche Bedingtheit der Kündigung in rational nachvollziehbarer Weise dartun und sich die Überprüfung gefallen lassen muss, ob die Kündigung tatsächlich zur Kostensenkung führt. Etwas widersprüchlich heißt

---

<sup>450</sup> OGH 5.9.2001, 9 ObA 199/01g.

<sup>451</sup> OGH 28.9.2001, 8 ObA 197/01f sowie 8 ObA 201/01v; später auch OGH 19.12.2001, 9 ObA 244/01z.

es sodann: „*Die Notwendigkeit der Kostenreduktion durch Lohn- und Gehaltsreduktion und ob die vom Arbeitgeber gewünschte und vom Arbeitnehmer verhinderte Veränderung des Vertragsinhaltes einen ausreichenden Grund darstellt, das Arbeitsverhältnis dieses Arbeitnehmers zu beenden, ob gerade durch die Kündigung dieses Arbeitnehmers die erwünschte Auswirkung auf die Wirtschaftslage des Unternehmens erzielt wird [...] ist daher im Rahmen des Vorbringens des Arbeitgebers und der Feststellungen zu prüfen.*“ Im Ergebnis verneinte der Gerichtshof schließlich die Betriebsbedingtheit der Kündigungen. Zur Begründung dieser Entscheidung führt er dabei aus, dass der Verzicht bloß einzelner Arbeitnehmer im Regelfall keine oder nur minimale Auswirkungen auf die Senkung des Personalaufwandes zu einer sinnvollen Sanierung des Gesamtunternehmens haben wird. Vielmehr wäre „*die Änderungskündigung aller überentlohnter Arbeitnehmer erforderlich gewesen [...], weil sich erst dann die Kostensenkung auf das gesamte Ergebnis auswirken kann.*“ So kann nämlich „*die Art der Maßnahme zur Kostensenkung dem Arbeitgeber zwar nicht vorgeschrieben werden und unterliegt seiner Entscheidungsfreiheit; wählt er aber eine bestimmte Maßnahme, muss geprüft werden, ob die konkrete Kündigung zur Verwirklichung der Maßnahme und des beabsichtigten Erfolges geeignet ist.*“

Auch im Schrifttum<sup>452</sup> wird das Bestreben des Arbeitgebers zur Senkung der Personalaufwendung grundsätzlich anerkannt und als betriebliche Rechtfertigung für den Ausspruch einer Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung zugelassen. IdS führt Floretta aus, dass eine Kündigung dann durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt ist, „*wenn der Arbeitgeber gezwungen ist, wegen Umsatzrückganges, aus Wettbewerbs- oder aus anderen Gründen billigere Arbeitskräfte zu beschäftigen, und der betroffene Arbeitnehmer nicht zu einer entsprechenden Änderung der Arbeitsbedingungen bereit ist.*“<sup>453</sup> Auch Schrank setzt sich mit der – wie er sie bezeichnet – „*wirtschaftlich erforderlichen Zurückführung des Lohnniveaus*“ auseinander und hält dazu fest, dass seiner Ansicht nach „*die im freien unternehmerischen Entscheidungsrecht wurzelnde Methodenfreiheit*“ auch „*betriebswirtschaftlich erforderliche Lohnreduktionen als an sich zulässige Sanierungsmaßnahme erscheinen*“ lässt, soweit dem nicht unabdingbare Rechtsansprüche entgegenstehen.<sup>454</sup> Weigert sich der Arbeitnehmer, einer solchen Entgeltreduktion zuzustimmen, so ist der auf ihn entfallende Lohnaufwand betriebswirtschaftlich nicht

---

<sup>452</sup> Für eine Aufarbeitung der jüngeren Literatur und Judikatur zur Änderungskündigung vgl. Karl, DRdA 2000, 263.

<sup>453</sup> Floretta, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 641.

<sup>454</sup> Schrank, Fortbestand 294 ff.

mehr gerechtfertigt, sodass seiner Weiterbeschäftigung nach der Ansicht *Schranks* betriebliche Erfordernisse iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG entgegenstehen. Ebenso bejaht auch *Karl* die Zulässigkeit einer Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung und versucht, unter Heranziehung von Rspr und Literatur zur betriebsbedingten Kündigung, jene Bereiche einzugrenzen, die im Rahmen des Verfahrens zur Anfechtung einer solchen Änderungskündigung der gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Vor diesem Hintergrund kommt sie dabei zu dem Ergebnis, dass die „**Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der Lohnreduktion**“ durch die Gerichte nicht zu überprüfen sei. Sehr wohl einer gerichtlichen Nachprüfung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens unterliegt ihrer Ansicht jedoch „**das Vorliegen des vom Arbeitgeber behaupteten Umsatzrückganges sowie die Eignung der wegen der beabsichtigten Lohnreduktion erfolgten Kündigungen der zu teuren Arbeitnehmer, eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage herbeizuführen.**“<sup>455</sup>

### 6.4.3. Die Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung in der Rspr des BAG

In der Entscheidung vom 20.3.1986<sup>456</sup> war das BAG im Fall der Kündigung eines als Automobilverkäufer beschäftigten Arbeitnehmers mit der Frage befasst, inwiefern der Entschluss des Arbeitgebers, Personalaufwendungen zu senken, eine „freie“ unternehmerische Entscheidung darstellt. Das BAG führte in diesem Zusammenhang erstmals aus, dass das Motiv der Lohnkostensenkung „*noch keine von den Gerichten für Arbeitssachen zu respektierende Unternehmerentscheidung*“ darstellt, weil eine solche immer erst dann vorliegt, wenn „*der Unternehmer/Arbeitgeber aufgrund des Motivs, Lohnkosten einzusparen, konkrete Maßnahmen im betrieblichen Bereich beschließt*“. Wenn man nämlich schon den Entschluss zur Senkung der Personalkosten als „freie“ Unternehmerentscheidung erachten

---

<sup>455</sup> *Karl*, DRdA 2000, 263 (268). *Karl* stützt sich für dieses Ergebnis auf *Tomandl*, ZAS 1999, 104 (110), der in dieser Analyse der OGH-Rspr zur sozialwidrigen Kündigung darauf hingewiesen hat, dass die Missverständnisse über die vollständige Anerkennung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch den OGH vielfach dadurch verursacht werden, dass im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens häufig nicht bloß der Entschluss zur Umstrukturierung oder Rationalisierung vom Arbeitgeber vorgebracht wird, sondern dieser darüber hinaus auch ausführt, weshalb und mit welcher Zielsetzung eine solche Maßnahme unternommen worden ist. In diesem Fall könne sich der Gerichtshof dann nicht damit begnügen, auf die unternehmerische Freiheit zu verweisen, sondern müsse prüfen, ob die behaupteten Umstände auch tatsächlich vorliegen. Im selben Atemzug führt *Tomandl* aber aus, dass – und dies entspricht auch der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht – es grundsätzlich ebenso genügen muss, wenn der Arbeitgeber ohne Bezugnahme auf die äußeren Gegebenheiten die Kündigung einfach damit begründet, dass er seinen Betrieb aus persönlichen Gründen verkleinern will. Ob und inwiefern *Karl* eine Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung auch in dieser letztgenannten Konstellation (dh in jenem Fall, in dem der Arbeitgeber seine Entscheidung zur Kostenreduktion nicht durch wirtschaftliche Schwierigkeiten, sondern bloß durch persönliche Umstände begründet) zulassen will, lässt sie jedoch unbeantwortet.

<sup>456</sup> BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 35, AP § 2 KSchG 1969 Nr 14.

würde, „würde den arbeitgeberseitigen Kündigungen selbst, die die Vergütungsregelung betreffen, der Charakter einer nicht nachprüfbaren Unternehmerentscheidung gegeben“, sodass sich der Arbeitgeber bei der Kündigung jederzeit darauf zurückziehen könnte, „er habe beschlossen die Vergütung um einen bestimmten Prozentsatz zu kürzen, ohne dass daraufhin überprüft werden könnte, ob denn für diese Entgeltkürzung ein dringendes betriebliches Erfordernis vorliege“. Dadurch würde sich der Kündigungsschutz auf eine bloße Zumutbarkeitsprüfung beschränken.

Die Zulässigkeit von Änderungskündigungen zum Zweck der Senkung der Lohnkosten lehnt das BAG dabei jedoch nicht grundsätzlich ab, sondern legt für deren Beurteilung bloß andere, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtete Maßstäbe an, nach denen eine Änderungskündigung zulässig ist, sofern dadurch eine aus wirtschaftlichen Gründen sonst erforderlich werdende Beendigungskündigung vermieden wird.<sup>457</sup> IdS wird eine solche in der deutschen Rspr dann als sozial gerechtfertigt erachtet, wenn „dringende betriebliche Erfordernisse“ iSd § 1 II KSchG die Änderungen der Arbeitsbedingungen bedingen und der Arbeitgeber sich bei einem an sich anerkannten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.<sup>458</sup> Das deutsche Höchstgericht stützt sich zur Begründung dieses Ansatzes dabei wesentlich auf den Umstand, dass einmal geschlossene Verträge grundsätzlich einzuhalten sind und der Arbeitgeber durch die Änderungskündigung „nachhaltig in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreift.“ Aus diesem Grund muss für die Zulässigkeit einer solchen geprüft werden, ob „die schlechte Geschäftslage einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegensteht,“<sup>459</sup> wobei es auf die wirtschaftliche Situation des Gesamtbetriebes und nicht bloß auf die eines unselbständigen Betriebsteils ankommen soll. „Die Unrentabilität des Betriebs kann einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen und ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen sein, wenn durch die Senkung der Personalkosten die

---

<sup>457</sup> Für eine zusammenfassende Darstellung der zur Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung in der Rspr des BAG entwickelten Grundsätze vgl BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92 sowie Fischermeier, NZA 2000, 737 (742 ff).

<sup>458</sup> BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 35, AP § 2 KSchG 1969 Nr 14; BAG 12.12.1996, 2 AZR 879/95, EzA § 2 KSchG 1969 Nr 32 mwN auf die Rspr zur Änderungskündigung.

<sup>459</sup> BAG 20.3.1986, 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 35, AP § 2 KSchG 1969 Nr 14.

*Stilllegung des Betriebs oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen<sup>460</sup> nicht zu senken sind [...].“ Die Änderungskündigung zur Lohnsenkung ist deshalb nur dann durch „**dringende betriebliche Erfordernisse**“ begründet, „wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen.“ Um diese ausreichend darzulegen, wird dabei regelmäßig ein umfassender Sanierungsplan gefordert, durch den der Arbeitgeber „die Finanzlage des Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen“.<sup>461</sup>*

#### **6.4.4. Die Reduktion der Personalkosten als „atypische“ Unternehmerentscheidung**

Wie bereits mehrfach erläutert, wird eine Kündigung nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Verständnis dann als durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt erachtet, wenn infolge einer unternehmerischen Entscheidung die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit eines Arbeitnehmers entfallen ist und dem Arbeitgeber darüber hinaus kein anderes, gelinderes Mittel als der Ausspruch einer Kündigung zur Verfügung steht. Wendet man diesen Ansatz auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung an, müsste man unweigerlich zu dem Ergebnis kommen, dass eine solche schon mangels Wegfall des Arbeitsplatzes niemals durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt sein kann. Im Gegensatz zu den zuvor thematisierten Konstellationen der Umgestaltung der betrieblichen Organisationsstrukturen bleibt die Funktionseinheit des Arbeitsplatzes in diesem Fall ja gerade weiterhin in unveränderter Form fortbestehen und soll bloß die Arbeitsleistung des darauf beschäftigten Arbeitnehmers künftig niedriger entlohnt werden. Dieses Ergebnis mutet schon deshalb als nicht vollkommen befriedigend an, weil im Arbeitsverhältnis aufgrund seiner Natur als Dauer-schuldverhältnis ein unabweisbares Bedürfnis nach einer späteren Anpassung an veränderte Gegebenheiten besteht.<sup>462</sup> Darüber hinaus scheint die Nichtzulassung einer Kündigung zum Zweck der Kostensenkung aber auch vor dem Hintergrund der damit verbundenen

---

<sup>460</sup> Solche anderen Maßnahmen sind nach dem BAG etwa die Streichung freiwilliger Zulagen, Rationalisierungsmaßnahmen und sonstige Einsparungen.

<sup>461</sup> BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92.

<sup>462</sup> IdS etwa Löwisch, NZA 1988, 633 (637); ebenso Buchner, in FS Kraft, 23 (35 f); zust Rieble, NZA Beilage 2000, 34 (36 f).

Konsequenzen widersinnig. Wenn dem Arbeitgeber der Ausspruch solcher Änderungskündigungen nämlich ausnahmslos verwehrt wird, wird er im Ergebnis dazu gezwungen, die aus seiner Sicht unrentabel gewordenen Arbeitsplätze gänzlich entfallen zu lassen und die bisherigen Arbeitsplatzinhaber mittels Beendigungskündigung freizusetzen. Bedenkt man in diesem Zusammenhang außerdem die gesetzliche Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutz als personelles Mitwirkungsrecht, das die Berücksichtigung der Interessen der Belegschaft durch die Miteinbeziehung des Betriebsrates im Rahmen des betrieblichen Vorverfahrens sicherstellen soll, so wird man dem Normzweck der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG insgesamt nicht unterstellen können, er wolle die Aufrechterhaltung der im Einstellungszeitpunkt vereinbarten Arbeitsbedingungen pro futuro um jeden Preis gewährleisten und damit die betreffenden Arbeitnehmer (sowie uU auch einen größeren Teil der übrige Belegschaft) ihrer Beschäftigungsmöglichkeiten zur Gänze berauben, anstatt deren grundsätzlichen Fortbestand – wenn auch zu veränderten Entgeltbedingungen – auch in Hinkunft zu ermöglichen.

Umgekehrt erweisen sich jedoch auch die in der Rspr des BAG zu findenden Bedenken, wonach der allgemeine Kündigungsschutz durch die Anerkennung des arbeitgeberseitigen Bestrebens zur schlichten Personalkostensenkung als freie, die Gerichte bindende Unternehmerentscheidung „zahnlos“ würde, als durchaus berechtigt. Nachvollziehbar wird dies, wenn man sich den Ablauf des Kündigungsanfechtungsverfahrens vor Augen führt: Die Anerkennung dieses Bestrebens als „freie“ unternehmerische Disposition hätte nämlich zur Folge, dass die Entscheidung zur Lohnkostensenkung von den Gerichten nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin beurteilt werden darf und im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens bloß zu prüfen wäre, ob die Kündigung zur Erreichung des angestrebten Zieles notwendig ist und dieses auch tatsächlich erreicht wird (Prüfung der Zweck-Mittel-Relation). Beides – und damit im Ergebnis auch die Zulässigkeit der Kündigung – wird das Gericht zwangsläufig zu bejahen haben, weil im Fall der Verweigerung der einvernehmlichen Reduktion des Entgelts im Wege der Annahme des Änderungsangebotes durch den Arbeitgeber unweigerlich der Ausspruch einer Kündigung von Nöten ist und durch eine solche auch in jedem Fall eine Verringerung der Lohnkosten erzielt wird. Durch die Zurechnung der Entscheidung des Arbeitgebers zur schlichten Lohnkostenreduktion zu dem im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes dem freien Ermessen des Unternehmers vorbehaltenen Gestaltungsspielraum wäre die gerichtliche Nachprüfung der Änderungskündigung im Anfechtungsverfahren damit praktisch nicht vorhanden und der Änderungskündigung durch Berufung auf die Bestrebung zur Lohnkos-

tensenkung im Ergebnis damit keinerlei Einschränkung unterworfen. Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG soll der Ausspruch einer Kündigung zur Reduktion des Entgelts für den Fall, das der davon betroffene Arbeitnehmer wesentlich in seinen Interessen beeinträchtigt ist, aber gerade nicht nach freiem Ermessen des Arbeitgebers, sondern eben nur bei Vorliegen eines „betrieblichen Erfordernisses“ zulässig sein. Hinzu tritt, dass – wie in der deutschen Literatur<sup>463</sup> überzeugend darlegt wurde – bei der Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung das bei der Beendigungskündigung bestehende Korrektiv der gleichzeitigen Selbstschädigung des Unternehmers nicht zum Tragen kommt. Im Gegensatz zur Beendigungskündigung soll der Arbeitsplatz des jeweiligen Arbeitnehmers bei der Änderungskündigung ja gerade nicht wegfallen, sondern weiterhin erhalten bleiben, sodass sich für den Arbeitgeber in diesem Fall keine Verringerung der für seinen Vorteil eingesetzten Arbeitskraft ergibt, sondern es vielmehr gar zu deren „Verbilligung“ kommt. So soll diese nämlich auch in Zukunft in unverändertem Ausmaß zum Einsatz gebracht werden, allerdings zu für den Arbeitgeber günstigeren Entgeltkonditionen.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Anerkennung des Entschlusses des Arbeitgebers zur Senkung der Personalkosten als „freie“, durch die Gerichte hinzunehmende unternehmerische Entscheidung damit im Ergebnis ebenso wenig als mit dem den heimischen Kündigungsschutzbestimmungen des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zugrunde liegenden Normzweck vereinbar wie die ausnahmslose Verneinung der Zulässigkeit einer Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung bei Vorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung auf Seiten des Arbeitnehmers. Vielmehr erweckt es den Eindruck, als habe der Gesetzgeber dieses Szenario schlichtweg nicht bedacht und die dem allgemeinen Kündigungsschutz zugrundeliegende Systematik deshalb auch nicht für die aus diesem Blickwinkel „atypische“ Konstellation der „schlichten“ Lohnkostensenkung ausgelegt. Um den Unternehmer nicht in die Betriebsstilllegung zu zwingen, die Wirksamkeit des Kündigungsschutzes aber gleichzeitig zu gewährleisten, ist deshalb ein differenzierter Lösungsansatz erforderlich, wobei der adäquateste Weg aus meiner Sicht wohl irgendwo zwischen den zuvor erläuterten Extrempositionen gesucht werden muss. IdS ist daher grundsätzlich auch die Entscheidung des Arbeitgebers zur Durchführung einer „schlichten“, dh von der Vornahme etwaiger organisatorischer Adaptierungen losgelösten

---

<sup>463</sup> Henssler, in Henssler/Moll, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (108 f); zust. Holthausen, Betriebliche Personalpolitik 143.

Reduktion der Personalkosten als unternehmerische Entscheidung anzuerkennen und dem Arbeitgeber damit die Möglichkeit zu eröffnen, einem drohenden Arbeitsplatzabbau vorzeitig mittels Ausspruch von Änderungskündigungen entgegen zu wirken. Weil sich diese aber eben nicht in einer organisatorischen (Um-)Gestaltung des Arbeitsplatzes vollzieht und damit gedanklich von der Kündigung nicht zu trennen ist und der Kündigungsschutz anderenfalls zur Erreichung der mit ihm verfolgten Zielsetzung untauglich würde, kann sie jedoch nicht als „freie“, von den Gerichten im Rahmen des Anfechtungsverfahrens als bindend hinzunehmende Disposition des Arbeitgebers gewertet werden, sondern muss einer begrenzten gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein. Im Rahmen dieser begrenzten Überprüfung wird dabei anhand von „wirtschaftlichen Kontrollüberlegungen“<sup>464</sup> zu beurteilen sein, ob die Verringerung der Personalkosten tatsächlich durch die Vermeidung eines anderenfalls zwangsläufig notwendig werdenden Arbeitsplatzabbaus motiviert und damit aufgrund von ökonomischen Erwägungen erforderlich ist. Hinsichtlich der im Rahmen dieser gerichtlichen Überprüfung konkret an die Kostensenkungsentscheidung zu stellenden Anforderungen sind grundsätzlich vielerlei Abstufungen denkbar, wie auch das im deutschen Diskurs vorzufindende Meinungsspektrum belegt.<sup>465</sup> Jedenfalls als zu weitgehend – insb schon deshalb, weil sich die Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG mit „betrieblichen Erfordernissen“ begnügt und nicht wie die deutsche Bestimmung zusätzlich deren Dringlichkeit fordert – wird meiner Meinung nach aber die in der deutschen Rspr verlangte akute Existenzgefährdung des gesamten Betriebes erachtet werden müssen. Demgegenüber weit plausibler erscheint etwa der Ansatz *Stoffels*, demzufolge auf einen vom Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess zu verdeutlichenden hypothetischen Kausalverlauf abgestellt werden solle, demnach sich die wirtschaftliche Lage bei Ausspruch der Kündigung derart gestaltet, „*dass es nach kaufmännischer Erfahrung ohne Anpassung der Personalkosten in überschaubarer Zukunft voraussichtlich zum Abbau von Arbeitsplätzen kommen wird*“.<sup>466</sup> Für die Zukunft bedarf es diesbezüglich freilich noch weiterer dogmatischer Überlegungen, die allerdings den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen würden und deshalb vorläufig ausgespart werden.

---

<sup>464</sup> *Henssler*, in *Henssler/Moll*, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 89 (109).

<sup>465</sup> IdS wird die in der Rspr des BAG geforderte Existenzgefährdung des Betriebes von einigen Literaturmeinungen begrüßt; andere sprechen sich demgegenüber für einen „gemäßigeren“ Ansatz aus; eine dritte Gruppe will schließlich jedes sachliche Interesse des Arbeitgebers zur Lohnkostensenkung genügen lassen; eine Aufarbeitung der unterschiedlichen Meinungsströme findet sich zB bei *Stoffels*, *ZfA* 2002, 401 (413 f); vgl ebenso *Holthausen*, *Betriebliche Personalpolitik* 138 ff.

<sup>466</sup> *Stoffels*, *ZfA* 2002, 401 (415).

## 6.5. Exkurs: Der Austausch von Arbeitnehmern als „freie“ unternehmerische Entscheidung?

### 6.5.1. Problemstellung und einleitende Bemerkungen zum Meinungsstand

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde, hat sich der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz bewusst gegen einen bloßen Konkurrenzschutz der Arbeitsplatzinhaber gegenüber den Arbeitsplatzsuchenden entschieden<sup>467</sup> und damit die Möglichkeit des Arbeitgebers zum Ausspruch einer Austausch Kündigung, dh einer Kündigung, die mit der Absicht ausgesprochen wird, das Arbeitsverhältnis eines bislang im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers zu beenden und diesen gegen einen neu einzustellenden Arbeitnehmer zu ersetzen, nicht grundsätzlich versperrt.<sup>468</sup> Durch die Bindung der Kündigungsanfechtung an das Vorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung lässt er diese vielmehr in all jenen Fällen zu, in denen auf Seiten des Arbeitsplatzinhabers keine spürbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung seiner gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse gegeben ist. Zu klären bleibt jedoch, inwieweit die Entscheidung zum Austausch von Arbeitnehmern auch in jenen Fällen, in denen der von der Kündigung betroffene Arbeitnehmer durch diese wesentlich in seinen Interessen beeinträchtigt wird, als „freie“, von den Gerichten im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens zu respektierende unternehmerische Entscheidung gewertet werden kann. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass sich die Unzulässigkeit der vom Arbeitgeber getroffenen Austauschentscheidung auch aus anderen, von der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG verschiedenen, arbeitsrechtlichen Rechtsquellen, allen voran den Regelungen des GIBG ergeben kann. Eine vertiefte Erörterung dieser Problemstellung würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, weshalb darauf in gegebenem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden kann. Für die nachfolgende Auseinandersetzung muss daher unterstellt werden, dass die Entscheidung zum Austausch eines Arbeitnehmers nicht aufgrund eines besonders geschützten Merkmales erfolgt und ihr auch sonst keinerlei durch die gesetzgeberischen Wertungen verpönte Motive zugrunde liegen.

---

<sup>467</sup> Schrammel, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (92).

<sup>468</sup> OGH 12.10.1988, 9 ObA 206/88, Arb 10.775; zuletzt wohl auch OGH 16.12.2005, 9 ObA 153/05y, wo der Gerichtshof festhält: „Ob der Arbeitgeber [...] die Klägerin durch neu aufgenommene Arbeitnehmer ersetzt hat, ist nur im Zusammenhang mit der Frage zu prüfen, ob die – wesentliche Interessen des Gekündigten beeinträchtigende – Kündigung betriebsbedingt iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt ist. Diese Frage ist aber, wenn – wie hier – die wesentliche Beeinträchtigung der Interessen des Gekündigten verneint wird, nicht mehr zu prüfen.“; zust Schrammel, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung, 81 (92).

Der OGH hat sich in dieser Hinsicht bislang sehr restriktiv gezeigt und lehnt die Zulässigkeit von Austauschkündigungen in stRspr grundsätzlich ab. IdS hat erstmals der schadenersatzrechtliche Senat des OGH im Zuge der Erläuterung der sozialen Gestaltspflicht des Arbeitgebers und unter Hinweis auf die Rspr des VwGH festgehalten, dass der Arbeitgeber „*nicht Arbeitnehmer kündigen und dafür neue einstellen*“ könnte, weil dafür „*ein triftiger Anlaß gegeben sein*“ muss.<sup>469</sup> Diese Ansicht wurde in einer Reihe späterer Entscheidungen auch von den arbeitsrechtlichen Senaten des Gerichtshofes aufgegriffen und bestätigt.<sup>470</sup> Eine Begründung dieser Sichtweise ist der Gerichtshof dabei aber ebenso schuldig geblieben wie nähere Erläuterungen zum Vorliegen eines solchen „triftigen Anlasses“.<sup>471</sup> Auch das BAG – und an dieses anschließend ein weiter Teil des deutschen Schrifttums<sup>472</sup> – steht der Zulässigkeit von sog „Personalaustauschkündigungen“<sup>473</sup> ablehnend gegenüber, wie die Entscheidung vom 13.3.1987 deutlich belegt.<sup>474</sup> In dieser Rechtsache hatte das BAG die Zulässigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Lehrers zu beurteilen, das von diesem zusätzlich zu seiner beamteten Vollbeschäftigung als Nebenbeschäftigung aufgenommen worden war und das mit dem Vorbringen, zukünftig arbeitslose Lehrer einstellen zu wollen, aufgelöst wurde. Das BAG verneinte die Betriebsbedingtheit der Kündigung und führte aus, dass stets zu prüfen ist, ob durch einen inner- oder außerbetrieblichen Grund ein Überhang von Arbeitskräften entstanden und dadurch das Weiterbeschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer entfallen ist. Da sich der Arbeitgeber im Anlassfall aber bloß dazu entschieden habe, einen Personalaustausch vorzunehmen, liegt kein Überhang von Arbeitskräften und damit auch kein dringendes betriebliches Erfordernis vor, weshalb die Kündigung als unzulässige Austausch Kündigung zu werten war.

---

<sup>469</sup> OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86.

<sup>470</sup> OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88; OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88; OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 10.6.1998, 9 ObA 19/98d; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m.

<sup>471</sup> Im Übrigen stellt der OGH nicht in allen Entscheidungen auf das Vorliegen eines „triftigen Ablasses“ ab und begnügt sich etwa in der Entscheidung OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, mit der Aussage, der Betriebsinhaber „*darf insb Arbeitnehmer nicht in der Absicht kündigen, sie durch neue zu ersetzen*.“

<sup>472</sup> Vgl zB *Griebeling*, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1 Rz 524; *Preis*, in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 946; *Schubert*, in HK-ArbR<sup>2</sup> § 1 KSchG 2352 f mwN.

<sup>473</sup> Diesen Begriff verwendet *Preis* um die Kündigung zum Zweck des Austausches grundsätzlich geeigneter Arbeitnehmer gegen besser geeignete Arbeitnehmer von der sog „Vertragsaustauschkündigung“, dh jener Kündigung, die ausgesprochen wird, weil die Tätigkeit zukünftig auf einer anderen vertraglichen Grundlage erbracht werden soll, abzugrenzen; vgl *Preis*, in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 946; zum Fall der Umstellung auf selbstständige Leistungserbringung vgl ausführlich unter 6.2.2. Sonderfall: Auslagerung einer bislang intern besorgten Tätigkeit.

<sup>474</sup> BAG 13.3.1987, NZA 1987, 629.

Zumindest in jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber mit der Kündigung auf einen reinen Austausch der Person des Arbeitsplatzinhabers – etwa aus Sympathiegründen – abzielt, ist dem von der Rspr vertretenen Ansatz mE uneingeschränkt zuzustimmen und die Rechtfertigung der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG mangels Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers abzulehnen. Die zuvor unter Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes angestellten Überlegungen haben in aller Deutlichkeit gezeigt, dass die Freiheit des Arbeitgebers zur Disposition über die in seiner Organisationseinheit unterhaltenen Beschäftigungsmöglichkeiten durch die Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zwar grundsätzlich keiner Einschränkung unterworfen wird und die Festlegung der Summe der zur Verfügung gestellten Arbeitsplätze ebenso wie deren Ausgestaltung damit selbst im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes dem „freien“ unternehmerischen Ermessen des Arbeitgebers als Unternehmer vorbehalten bleibt. Sehr wohl einer Einschränkung unterworfen werden demgegenüber jedoch die Dispositionen des Arbeitgebers zur Anpassung seines Personalbestandes. Gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG sind diese nämlich nur soweit zulässig, als betriebliche Erfordernisse der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, dh der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers infolge einer die den Personalbedarf vorgebenden organisatorischen Strukturen verändernde Disposition des Arbeitgebers entfallen ist und dem Arbeitgeber auch sonst keinerlei gelindere Mittel als die Kündigung zur Verfügung stehen – kurz: insgesamt kein Beschäftigungsbedürfnis für die betroffenen Arbeitnehmer mehr gegeben ist. Gerade an einem solchen Entfall des Beschäftigungsbedürfnisses fehlt es aber in der soeben angesprochenen Konstellation, weil die Entscheidung zum Austausch der Person des Arbeitsplatzinhabers keine an die betrieblichen Organisationsstrukturen anknüpfende Disposition darstellt und damit zu keiner Veränderung des Personalbedarfs führt, sondern als bloße Disposition über den Personalbestand zu werten ist. Die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers wird durch die Entscheidung des Arbeitgebers nämlich nicht berührt. Vielmehr bleibt sie in ihrer ursprünglichen Form und Ausgestaltung unverändert erhalten und soll zukünftig bloß von einer anderen Person bedient werden. In Wahrheit liegt damit keine betriebsbedingte sondern vielmehr eine unter dem Deckmantel der Betriebsbedingtheit ausgesprochene, an die Person des Arbeitsplatzinhabers anknüpfende Disposition über den Personalbestand vor. Da eine solche aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung allerdings voraussetzt, dass die personen- und verhaltensbedingten Umstände „*die betrieblichen Interessen nachteilig berühren*“, wäre es mit dem der gesetzlichen Ausgestaltung der Kündigungs-

rechtfertigungsgründe zugrunde liegenden Normzweck des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht vereinbar, würde man die Entscheidung zum Austausch eines bestimmten Arbeitnehmers als „freie“ unternehmerische Disposition anerkennen und die untrennbar damit verbundene Kündigung losgelöst von den in § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG normierten Anforderungen auf dem Umweg der betrieblichen Erfordernisse nach lit b leg cit zulassen.

Vor diesem Hintergrund kann die Austauschentscheidung des Arbeitgebers als eine an die Person des Arbeitsplatzinhabers anknüpfende Disposition über den Personalbestand demnach im Ergebnis aus meiner Sicht nicht als „freie“ unternehmerische Entscheidung gewertet werden, anderenfalls der allgemeine Kündigungsschutz zur Gänze ins Leere liefe. Eine mit dieser Intention ausgesprochene Kündigung ist daher im Ergebnis aufgrund des Fehlens ihrer Rechtfertigung durch „*betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen*“ die betriebliche Rechtfertigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu versagen.

#### **6.5.2. Austausch aufgrund der Qualifikation des Arbeitnehmers**

Grundlos oder aus reinen Sympathieerwägungen wird ein Arbeitgeber einen Austausch von Arbeitskräften – insb wenn sich daraus für ihn die Gefahr ergibt, sich einem gerichtlichen Kündigungsanfechtungsverfahren auszusetzen – aber nur selten vornehmen. Vielmehr wird in der überwiegenden Zahl der Fälle wohl ein ökonomisches Motiv Anlass für eine Austauschentscheidung geben und der Arbeitgeber mit einem solchen Vorgehen einen wirtschaftlichen Vorteil für seine unternehmerische Tätigkeit anstreben. Vorstellbar ist etwa, dass der Arbeitgeber beschließt, einen Arbeitnehmer gegen einen neuen, besser qualifizierten Stellenwerber zu ersetzen, weil er sich daraus eine qualitative oder quantitative Leistungssteigerung oder die Erzielung eines hochwertigeren Arbeitsergebnisses erwartet. Dass der Arbeitgeber – rein wirtschaftlich betrachtet – ein nicht unerhebliches unternehmerisches Interesse an einem derartigen Austausch hat, ist wohl unstrittig. Fraglich ist jedoch, ob dieses Interesse des Arbeitgebers gewichtig genug ist, als dass die Austauschentscheidung in diesem Fall – entgegen dem zuvor Gesagten – als von den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes respektierte „freie“ Unternehmerentscheidung zu qualifizieren ist und die in weiterer Folge ausgesprochene Kündigung des bisherigen Arbeitsplatzinhabers dadurch gerechtfertigt werden kann.

Aus meiner Sicht muss in diesem Zusammenhang weiter differenziert werden: Ist der vom Austausch der Person des Arbeitsplatzinhabers betroffene Arbeitsplatz (insb in Hinblick auf die für diesen bestehenden Anforderungen und Qualifikationserfordernisse)

unverändert geblieben, so liegt der Kündigung des bislang in dieser Verwendung tätigen Arbeitnehmers in Wahrheit ein Umstand zugrunde, der nicht durch betriebliche Erfordernisse bedingt und damit auf Seite des Arbeitgebers gelegen ist, sondern der vielmehr der Sphäre des Arbeitnehmers entstammt.<sup>475</sup> Wie zuvor dargelegt, will der Gesetzgeber derartige Gründe jedoch – und das hat er in § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG unvermissverständlich zum Ausdruck gebracht – nur dann zur Rechtfertigung einer Kündigung genügen lassen, wenn sie „*die betrieblichen Interessen nachteilig berühren*“. Die mangelnde Qualifikation eines Arbeitnehmers kann dessen Austausch gegen einen neu einzustellenden Arbeitnehmer daher nur in jenen Fällen rechtfertigen, in denen diese das Ausmaß eines personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsrechtfertigungsgrund erreicht. Wird dieses Ausmaß demgegenüber nicht erreicht, ist die Zulässigkeit der Kündigung mE zu verneinen. Selbst wenn der Arbeitgeber auch in einem solchen Fall ein unternehmerisches Interesse an der Kündigung des weniger qualifizierten Arbeitnehmers hat, darf nämlich der Rechtfertigungsgrund der objektiven Betriebsbedingtheit nicht überstrapaziert werden, weil anderenfalls die gesetzlich an die subjektive Betriebsbedingtheit gestellten Anforderungen umgangen werden könnten und die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG damit jeglicher Wirkung beraubt werden würde.

Davon zu unterscheiden ist mE jene Konstellation, in der es infolge einer unternehmerischen Gestaltung des Arbeitgebers zu einer Veränderung der Qualifikationserfordernisse für einen bestimmten Arbeitsplatz kommt und der bislang in dieser Verwendung tätige Arbeitnehmer die neuen Anforderungen nicht erfüllt oder überqualifiziert ist. In Deutschland wird die Disposition über das für eine Beschäftigungsmöglichkeit bestehende Anforderungsprofil grundsätzlich als „freie“ unternehmerische Entscheidung anerkannt und die in weiterer Folge ergehende Kündigung des Arbeitnehmers als betrieblich bedingt erachtet.<sup>476</sup> So hat das BAG<sup>477</sup> wiederholt festgehalten, dass die Gestaltung und Änderung des Anforderungsprofils eines Arbeitsplatzes und damit die Entscheidung, welche Anforderungen an einen Stelleninhaber zu stellen sind, im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses grundsätzlich als bindend hinzunehmen sind und dem Arbeitgeber die Entscheidung

---

<sup>475</sup> In diese Richtung auch *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (216).

<sup>476</sup> Vgl dazu zB *Deinert*, in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR<sup>8</sup> § 1 Rz 490; *Preis*, in Stahlhake/Preis/Vossen, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 936 mwN.

<sup>477</sup> zB BAG 24.6.2004, 2 AZR 326/03, AP § 1 KSchG 1969 Nr 76; BAG 16.12.2004, 2 AZR 66/04, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 133; BAG 7.7.2005, 2 AZR 399/04, NZA 2006, 266; zuletzt BAG 10.7.2008, 2 AZR 1111/06, NZA 2009, 312.

frei steht, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit bestimmten Qualifikationen besorgen zu lassen. Zu beachten ist jedoch, dass – wie *Preis*<sup>478</sup> in diesem Zusammenhang zu denken gegeben hat – in solchen Fällen immer wieder die Gefahr besteht, dass der Arbeitgeber die Änderung des Qualifikationsprofils bloß als Vorwand für eine Austausch- kündigung verwendet. Ähnliche Bedenken dürfte wohl auch das BAG hegen, weshalb es im Falle der Änderung der Qualifikationserfordernisse eines Arbeitsplatzes erhöhte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers stellt. IdS wird von der deutschen Rspr gefordert, dass die Entscheidung zur Änderung der Arbeitsplatzanforderungen im Kontext einer organisatorischen Maßnahme getroffen wird und die neu festgelegten Qualifikationsmerkmale damit in einem nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten stehen muss.<sup>479</sup>

Dieser Ansatz erscheint zunächst schon deshalb durchwegs plausibel, weil durch die Entscheidung des Arbeitgebers zur Modifikation der Qualifikationserfordernisse eines Arbeitsplatzes – im Gegensatz zu dem zuvor geschilderten Szenario – nicht auf die Person des bisherigen Arbeitsplatzinhabers abgestellt wird.<sup>480</sup> Jedenfalls in jenen Konstellationen, in denen die Veränderung des für eine Stelle bestehenden Qualifikationsprofils daraus resultiert, dass sich der Arbeitgeber für eine Umgestaltung der bestehenden organisatorischen Zusammenfassung von Tätigkeitsinhalten in Arbeitsplätzen oder für eine Neuordnung einzelner Tätigkeitsinhalte zu diesen Funktionseinheiten entscheidet, liegt vielmehr eine Disposition vor, die an die Funktionseinheit des Arbeitsplatzes anknüpft und dessen organisatorische Umgestaltung iS eines Wegfalles des Arbeitsplatzes in der bisherigen Form bedingt. Nach außen hin wird die durch § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht eingeschränkte Entscheidung über den Wegfall des Arbeitsplatzes und jene, mit der sich der Arbeitgeber eines von ihm nicht mehr gewünschten Arbeitnehmers im Austausch gegen eine neue Arbeitskraft entledigt, freilich ohne weitere Ausführung (insb hinsichtlich der sonstigen Begleitumstände) häufig nur schwer von einander zu unterscheiden sein. Um die Wirksamkeit des Kündigungsschutzes zu gewährleisten und dessen Umgehung durch Berufung auf das unternehmerische Ermessen hintanzuhalten, scheint es daher durchaus begründet, wenn vom Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens eine nähere Konkretisierung der Abläufe verlangt wird. Dadurch soll nicht die unternehmeri-

---

<sup>478</sup> *Preis*, in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 936.

<sup>479</sup> vgl zB BAG 10.7.2008, 2 AZR 1111/06, NZA 2009, 312 mwN.

<sup>480</sup> So schon *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (216).

sche Entscheidung einer Kontrolle auf Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin unterstellt werden, sondern bloß das Vorliegen einer mit dem allgemeinen Kündigungsschutz zu vereinbarenden unternehmerischen Disposition über die betreffende Beschäftigungsmöglichkeit sichergestellt werden. Es geht also nicht darum, zu überprüfen, ob die Umgestaltung des betreffenden Arbeitsplatzes auch tatsächlich erforderlich war oder durch sie ein wirtschaftlicher Erfolg erzielt werden konnte – vielmehr soll bloß gewährleistet werden, dass der Arbeitgeber die vorgebrachte, den Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit bedingende organisatorische Umgestaltung auch tatsächlich vorgenommen hat und diese nicht bloß als Vorwand verwendet, um sich des missliebig gewordenen Arbeitsplatzinhabers unter Beibehaltung des von diesem bislang besorgten Arbeitsplatzes zu entledigen.

Anzumerken ist an dieser Stelle jedoch, dass selbst in jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber die in einem veränderten Qualifikationsprofil resultierende Umgestaltung des betreffenden Arbeitsplatzes in nachvollziehbarer Weise darlegt, allein daraus nicht per se auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung des jeweiligen Arbeitsplatzinhabers geschlossen werden kann. Nach der hM ist der Arbeitgeber aufgrund der sozialen Gestaltungspflicht nämlich dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer, dessen bisherige Beschäftigungsmöglichkeit entfallen ist, einen Ersatzarbeitsplatz anzubieten oder sonstige gelindere Maßnahmen zu ergreifen, um dessen Weiterbeschäftigung zu ermöglichen.<sup>481</sup> Jedenfalls dann, wenn die Anforderungen an die jeweilige Stelle gesenkt werden, wird der Arbeitgeber daher aufgrund der sozialen Gestaltungspflicht dazu verpflichtet sein, dem betreffenden Arbeitnehmer die weitere Beschäftigung auf dem (nunmehr in seinen Qualifikationserfordernissen herabgestuften) Arbeitsplatz zumindest anzubieten. Aber selbst im umgekehrten Fall, also wenn die Qualifikationen für einen Arbeitsplatz angehoben oder sonst wie verändert werden, kann sich für den Arbeitgeber aus der sozialen Gestaltungspflicht uU die Obliegenheit ergeben, den bisherigen Arbeitsplatzinhaber nach Durchführung einer Ein- oder Umschulung auf diesem weiter zu beschäftigen.<sup>482</sup> Nur dort, wo keine der soeben geschilderten Konstellationen vorliegt, wird der „Austausch“ des bisherigen Arbeitsplatz-

---

<sup>481</sup> Ausführlich zur sozialen Gestaltungspflicht vgl unter

7. Kapitel: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht.

<sup>482</sup> IdS hat auch der OGH die Kündigung eines Konstrukteurs für Holzöfen infolge der Umstellung der Konstruktion von Holz- auf Gas- und Ölöfen samt Einstellung eines „Spezialisten“ als betrieblich nicht gerechtfertigt beurteilt, weil dem Arbeitnehmer das Einarbeiten auf einem neuen Arbeitsgebiet vom Arbeitgeber zu ermöglichen sei und er nach einer „gewissen Anlaufzeit“ auch in dem neuen Bereich eingesetzt werden könne, vgl OGH 22.12.1994, 8 ObA 335/94.

inhabers gegen einen neu einzustellenden Arbeitnehmer damit im Ergebnis als zulässig zu werten und die Kündigung als betrieblich gerechtfertigt zu erachten sein.

### 6.5.3. Austausch gegen einen günstigeren Arbeitnehmer

Ein weiterer Umstand, der für den Arbeitgeber durchaus einen Anlass zum Ausspruch einer Austausch Kündigung geben kann, ist das Anliegen, die Personalkosten möglichst gering zu halten und deshalb teure (hoch entlohnte) gegen günstigere (geringer entlohnte) Arbeitnehmer zu ersetzen. Dass der Ersatz teurer gegen billigere Arbeitskräfte grundsätzlich eine betriebswirtschaftlich durchaus sinnvolle Maßnahme der Kostensenkung sein kann, hat *Tomandl* – ohne damit jedoch die Zulässigkeit einer solchen generell zu bejahen – angemerkt.<sup>483</sup> Einer Kündigung sei aber jedenfalls dann die betriebliche Rechtfertigung zu versagen, wenn sich diese darin erschöpfe, ältere, langjährig im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer durch jüngere Arbeitnehmer zu ersetzen, weil – unter Bedachtnahme auf die gesetzlichen Wertungen – in diesem Fall eine Verringerung gerade jener Kosten eintrete, die aus der vom Gesetzgeber als besonders schutzwürdig erachteten Betriebstreue resultieren.<sup>484</sup> *Karl* hat diesen Ansatz aufgegriffen und ist unter Berufung darauf – allerdings ohne nähere Begründung – zu dem Schluss gekommen, dass eine Kostensenkung „*jedenfalls ein betriebliches Erfordernis iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG*“ darstellt. Darauf gestützt fordert sie, dass der OGH auch die Entscheidung des Arbeitgebers zu einem solchen Austausch grundsätzlich zu respektieren habe und die Zulässigkeit einer zu diesem Zweck ausgesprochenen Kündigung in Hinblick auf den konkreten Fall davon abhängig gemacht werden sollte, ob damit „*tatsächlich eine nicht unbeträchtliche Kostenersparnis eingetreten ist*“.<sup>485</sup> Auch *Gerlach* hat zur Frage des Austausches teurer gegen billigere Arbeitskräfte Stellung bezogen und ein ausnahmsloses Verbot von Austausch Kündigungen aus betrieblichen Gründen als „*unverständlich*“ abgelehnt.<sup>486</sup> Unter Hinweis auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit fordert er, dass dem Arbeitgeber die Rationalisierung durch Senkung der Lohnkosten bei unverändertem Beschäftigungsstand nicht grundsätzlich zu untersagen oder nur unter besonderen Voraussetzungen – „*triftigen Anlässen*“ – zu erlauben ist. Vielmehr müsse eine zu diesem Zweck ausgesprochene Austausch Kündigung nach denselben Maßstäben beurteilt werden, die für Kündigungen wegen

---

<sup>483</sup> *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (215).

<sup>484</sup> *Tomandl*, ZAS 1984, 203 (219 f).

<sup>485</sup> *Karl*, Kündigung 136.

<sup>486</sup> *Gerlach*, ZAS 2000, 97 (102).

der Reduzierung von Arbeitsplätzen gelten. Die gerichtliche Prüfung im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens habe sich daher auch in diesen Fällen darauf zu beschränken, ob der Arbeitgeber ein solches Sanierungskonzept tatsächlich verwirklicht hat oder dies nur als Vorwand für die Kündigung behauptet.

Mit dem einzigen Unterschied, dass nicht bloß die Höhe des für die Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz gebührenden Entgelts herabgesetzt werden soll, sondern eine Veränderung in der Person des Arbeitnehmers eintritt, tut sich im gegebenen Zusammenhang grundsätzlich dieselbe Problematik wie bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Änderungskündigung zum Zweck der schlichten Lohnkostensenkung<sup>487</sup> auf. Entscheidend ist daher auch in der betreffenden Konstellation zunächst, ob die Disposition des Arbeitgebers über die Höhe des für eine bestimmte Tätigkeit gebührenden Entgelts als „freie“ unternehmerische Entscheidung gewertet und das Interesse des Arbeitgebers zur Senkung der Personalkosten unabhängig von der Durchführung einer Gestaltung der betrieblichen Organisationsstrukturen als Rechtfertigung für eine betriebsbedingte Kündigung anerkannt wird. Kommt man diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass eine Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung mangels organisatorischer Gestaltung des Personalbedarfs nicht zulässig ist, so muss dies in gleicher Weise auch für die Kündigung eines Arbeitnehmers zum Zweck des Austausches gegen einen günstigeren Arbeitnehmer gelten, weil in beiden Fällen dieselben Maßstäbe an die Kündigung angelegt werden müssen. Aber selbst wenn man umgekehrt die Zulässigkeit einer solchen Änderungskündigung bejaht, darf daraus nicht automatisch gefolgert werden, dass der Arbeitgeber anstelle der Kündigung iVm einem Angebot zur Entgeltsenkung ebenso gut eine Austausch Kündigung hätte aussprechen können. Hier kommt nämlich die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers zum Tragen, aufgrund derer eine Kündigung nur dann zulässigerweise ausgesprochen werden kann, wenn kein gelinderes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund wird daher zu fordern sein, dass der Arbeitgeber zunächst dem bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung zu veränderten Entgeltkonditionen anbietet und nur dann, wenn dieser das Angebot ausschlägt, das Arbeitsverhältnis zulässigerweise beenden und stattdessen einen anderen, günstigeren Arbeitnehmer einstellen darf. Im Ergebnis wird somit auch nach diesem Ansatz der Austausch eines teuren gegen einen günstigeren Arbeitnehmer nicht unbeschränkt, sondern nur in

---

<sup>487</sup> Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung vgl. unter 6.4. Exkurs: „Schlichte“ Reduktion der Personalkosten als „freie“ unternehmerische Entscheidung?.

Ausnahmefällen und in Abhängigkeit von der Entscheidung des bisherigen Arbeitsplatzinhabers zulässig und ein grundsätzlicher Vorrang der Änderungskündigung vor der Austausch Kündigung anzunehmen sein.

#### **6.5.4. Sonderfall: Austausch von Stammarbeitnehmern gegen überlassene Arbeitskräfte – zulässige unternehmerische Entscheidung oder unzulässige Austausch Kündigung?**

Eine im österreichischen Arbeitsrecht nicht abschließend geklärte Frage ist jene nach der Zulässigkeit des Austausches von Stammarbeitnehmern durch überlassene Arbeitskräfte. Nach der gemeinen Perzeption erspart das Instrument der Leiharbeit dem Arbeitgeber nicht nur den Aufwand, der mit der Suche nach und der Einstellung von für die betreffende Tätigkeit qualifiziertem Personal verbunden ist, sondern ermöglicht ihm vor allem eine – je nach Ausgestaltung der zwischen Beschäftiger und Überlasser geschlossenen Überlassungsvereinbarung – flexible und rasche Anpassung seiner Personalkapazitäten an äußere Gegebenheiten und Marktanforderungen und demnach eine wirksame Minimierung der personalspezifischen Kosten bei gleichzeitiger Maximierung der Konkurrenzfähigkeit im internationalen Wettbewerb.<sup>488</sup> Wie der schon zuvor angesprochene Austausch teurer gegen billigere Arbeitskräfte stellt damit auch der Einsatz überlassener anstelle von „regulär“ beschäftigten Arbeitnehmern eine betriebswirtschaftlich durchaus sinnvolle Maßnahme der Kostensenkung und deren Durchführung damit ein – rein ökonomisch betrachtet – legitimes Interesse des Arbeitgebers als Unternehmer dar. Fraglich bleibt jedoch, inwiefern auch der Gesetzgeber ein derartiges Interesse bei der Konzipierung der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG als legitimes Interesse erachtet hat und eine solche Disposition des Arbeitgebers somit als „freie“ unternehmerische Entscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes gewertet werden kann.

In der höchstgerichtlichen Rspr des OGH sucht man mangels Anlassfall bis dato vergebens nach einer Stellungnahme zu dieser Fragestellung.<sup>489</sup> Die vereinzelt im Schrifttum aufzufindenden Stimmen stehen solchen Kündigungen aber jedenfalls durchwegs ab-

---

<sup>488</sup> Zur sozialen Realität des Einsatzes überlassener Arbeitskräfte in Österreich vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 175 ff.

<sup>489</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht dazu verhalten werden kann, dem von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer bislang von überlassenen Arbeitskräften verrichtete Tätigkeiten zu übertragen und damit vorrangig Leiharbeitskräfte anstelle von Stammarbeitnehmern abzubauen; vgl. dazu in Kapitel 7 unter ii) Weiterbeschäftigung durch den Abbau von überlassenen Arbeitskräften.

lehnend gegenüber, wobei als Begründung insb das in § 2 Abs 3 AÜG normierte Verbot der Gefährdung der Arbeitsplätze der Stammarbeitnehmer ins Treffen geführt wird. IdS vertritt etwa *Geppert* den Standpunkt, dass es an den die Kündigung rechtfertigenden „*betrieblichen Erfordernissen*“ mangelt, wenn überlassene Arbeitskräfte eingesetzt und die bislang beschäftigten Arbeitnehmer gekündigt werden.<sup>490</sup> Ebenso folgert *Schrank*, dass zwar kein genereller Rechtssatz bestehe, demzufolge Arbeitsplätze nur subsidiär durch überlassene Arbeitskräfte zu besetzen sind, dass die Bestimmung des § 2 Abs 3 AÜG aber „*den Ersatz gekündigter Arbeitnehmer durch Leiharbeitskräfte (also wie sonst den bloßen Arbeitnehmernaustausch)*“ verbiete.<sup>491</sup> Auch *Schindler*<sup>492</sup> vertritt schließlich die Ansicht, dass Kündigungen zum Austausch von Stammarbeitnehmern als unzulässige Austauschkündigungen qualifiziert werden müssen und wegen Verstoßes gegen § 2 Abs 3 AÜG nichtig sind. Umso mehr müsse dies in jenen Fällen gelten, in denen die Person des Beschäftigten unverändert bleibt, dh ein Arbeitnehmer gekündigt werde, um dann auf Überlassungsbasis auf seinem bisherigen Arbeitsplatz eingesetzt zu werden. Für irrelevant hält er in diesem Zusammenhang auch die Dauer des Einsatzes von Leiharbeitnehmern sowie den Umstand, dass der Austausch zur Bewältigung saisonaler Schwankungen diene, weil – so sein Argument – auch im letztgenannten Fall „*Stammarbeitsplätze in Zeitarbeitsplätze umgewandelt*“ werden würden und das österreichische Arbeitsrecht für solcherlei Beschäftigungsschwankungen das Instrument des befristeten Arbeitsvertrages zur Verfügung stelle.

Ungleich mehr (judizielle) Aufmerksamkeit erfahren hat diese Thematik demgegenüber im deutschen Diskurs, wo man dem Austausch von Stamm- gegen Leiharbeitnehmer ebenfalls überwiegend ablehnend gegenüber steht.<sup>493</sup> Einschlägig ist in diesem Zusammenhang allen voran die sog „Crewing“-Entscheidung<sup>494</sup>, in der das BAG über die Entscheidung eines Schiffbetreibers zu befinden hatte, sein eigenes Schiffspersonal abzubauen und für die Erledigung der betreffenden Aufgaben künftig die Arbeitnehmer eines ausländischen Crewing-Unternehmens heranzuziehen, wobei Letzterem bloß die Auswahl

---

<sup>490</sup> *Geppert*, AÜG § 2 40.

<sup>491</sup> *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 207; nach der Ansicht *Schrank*s ist eine solche Kündigung aufgrund des Verbotes nach § 2 Abs 3 AÜG auch außerhalb des Geltungsbereiches des allgemeinen Kündigungsschutzes, also etwa in Kleinbetrieben oder bei leitenden Angestellten, relativ nichtig und damit entsprechend bekämpfbar; vgl dazu *Schrank*, ZAS 1991, 49 (52).

<sup>492</sup> *Schindler*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 2 AÜG Rz 16.

<sup>493</sup> Für eine aktuelle Darstellung des deutschen Meinungsstandes vgl *Hamann*, NZA 2010, 1211 mwN.

<sup>494</sup> BAG 26.9.1996, 2 AZR 200/96, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 80.

und Zurverfügungstellung des Personals oblag. Das BAG verneinte das Vorliegen einer die Kündigung rechtfertigenden unternehmerischen Entscheidung mit der Begründung, dass der Schiffsbetreiber seine Arbeitgeberstellung bloß formal aufgegeben, sich die Ausübung des Direktionsrechts aber auch weiterhin vorbehalten hatte und es sich bei dem Personalabbau deshalb um eine unzulässige Austausch Kündigung handelt. Gerade das Direktionsrecht kennzeichnet nämlich die für das Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit, sodass die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit weiterhin besteht und die Kündigung nicht durch betriebliche Erfordernisse bedingt und damit sozial ungerechtfertigt ist. Daran änderte nach Ansicht des BAG auch der Umstand nichts, dass der Arbeitgeber durch seine Disposition darauf abgezielt hatte, die Lohnkosten zu senken und sich (durch Zwischenschaltung eines ausländischen Unternehmens) der Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts zu entziehen, weil es sich dabei ebenso wenig um eine freie Unternehmerentscheidung handelt, wie bei dem Entschluss zur Kündigung selbst. Dieser Ansatz ist auch in der Literatur<sup>495</sup> auf Zustimmung gestoßen und wurde vom BAG<sup>496</sup> – und daran anschließend von verschiedenen Landesarbeitsgerichten<sup>497</sup> – in mehreren Folgeentscheidungen bestätigt.

Vor dem Hintergrund der in der vorliegenden Arbeit herausgearbeiteten Erwägungen, denen zufolge durch die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zwar die Freiheit des Arbeitgebers zur Gestaltung seiner betrieblichen Organisationsstrukturen, nicht aber die zur Anpassung des Personalbestandes unberührt bleibt, muss der Disposition des Arbeitgebers aus meiner Sicht jedenfalls in jenen Fällen die Qualifikation als „freie“ Unternehmerentscheidung versagt werden, in denen ein bloßer Austausch von Stamm- gegen Leiharbeitnehmer (etwa aus Gründen der Kostenreduktion) bei Beibehaltung der bisherigen Ausgestaltung der Beschäftigungsmöglichkeit vorliegt. Der Grund dafür liegt mE in der Tatsache, dass ein solcher Austausch schlichtweg keine Gestaltung des Personalbedarfes darstellt, weil der Arbeitsplatz sowohl hinsichtlich des Tätigkeitsinhaltes und -umfanges wie auch hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung seiner wesentlichen

---

<sup>495</sup> Vgl zB *Bertzbach*, in FS Hanau, 173 (180 ff); *Preis*, in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 947.

<sup>496</sup> BAG 16.12.2004, 2 AZR 66/04, NZA 2005, 761; BAG 12.3.2009, 2 AZR 418/07, NZA 2009, 1023; konsequenterweise hat das BAG auch die für einen späteren Zeitpunkt geplante Besetzung eines Arbeitsplatzes durch Leiharbeitnehmer nicht als sachliche Rechtfertigung für eine Befristung von Arbeitsverhältnissen wegen eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfes nach § 14 I 2 Nr 1 TzBfG anerkannt; vgl dazu BAG 17.1.2007, 7 AZR 20/06, NZA 2007, 566.

<sup>497</sup> zB LAG Bremen 2.12.1997, NZG 1998, 471, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 47; LAG Düsseldorf, 10.2.2004, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 68; LAG Hamburg, 17.8.2006, NZA-RR 2007, 630; LAG Hamm 23.3.2009, ArbR 2009.

Charakteristika unverändert bleibt und es somit an einer grundlegenden Änderung iS eines Wegfalles des Arbeitsplatzes fehlt. Vielmehr soll die Funktionseinheit des Arbeitsplatzes „konstant“ beibehalten werden – allerdings soll sie in Zukunft nicht durch den bisherigen Arbeitsplatzinhaber, sondern eben durch eine von diesem verschiedene, überlassene Arbeitskraft bedient werden. Mangels Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit fehlt es in dieser Konstellation damit an den nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu fordernden „betrieblichen Erfordernissen“, sodass die Kündigung im Ergebnis nicht als betrieblich bedingt erachtet werden kann. Man könnte diesen Ausführungen nun entgegenhalten, dass der Einsatz überlassener Arbeitskräfte ein ebenso zulässiges – weil durch den Gesetzgeber zur Verfügung gestelltes – Konzept zur Verwirklichung der unternehmerischen Betätigung ist wie bspw die Auslagerung bestimmter Aufgaben zur selbstständigen Erledigung auf einen dritten Rechtsträger, und daher auch in gleicher Weise von der unternehmerischen Freiheit erfasst sein muss. Dem ist mE nur soweit zuzustimmen, als es sich um „neue“, dh bislang überhaupt nicht durch den Einsatz persönlich abhängiger Beschäftigter besorgte Tätigkeitsbereiche handelt, weil – wie *Schrank*<sup>498</sup> treffend bemerkt – keinerlei ein genereller Rechtssatz die Subsidiarität der Verwendung überlassener Arbeitskräfte anordnet und ein solcher mitunter auch schon deshalb problematisch wäre, weil dem Unternehmer wohl nicht vorgeschrieben werden kann, welcher Mechanismen und Instrumente er sich zur Besorgung seiner Unternehmertätigkeit zu bedienen hat. Anders gestaltet sich die Rechtslage aus meiner Sicht jedoch in jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber eine Aufgabe in der Vergangenheit durch „reguläre“ Arbeitnehmer hat besorgen lassen und diese nun bei Beibehaltung der Arbeitsplätze in ihrer bisherigen Ausgestaltung durch Leiharbeiter auszutauschen gedenkt. In diesen Fällen darf – vom Fehlen des Wegfalles des Arbeitsplatzes einmal abgesehen – nämlich nicht übersehen werden, dass § 2 Abs 3 AÜG ausdrücklich angeordnet, dass durch den Einsatz von überlassenen Arbeitskräften „keine Gefährdung der Arbeitsplätze“ der übrigen Arbeitnehmer bewirkt werden darf. Mit dieser Anordnung lässt der Gesetzgeber die klare Wertung hin zu einer Nachrangigkeit von Leiharbeitsverhältnissen gegenüber den Beschäftigungsverhältnissen der Stammarbeitnehmer bei aufrechter Beschäftigung erkennen. Dies bestätigt auch ein Blick in die Materialien zu § 2 Abs 3 AÜG, in denen ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass der Überlasser bzw der Beschäftiger mit nachteiligen Folgen zu rechnen haben, „wenn sie versuchen, betriebliche Lohn- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer des Beschäftigers zu deren Nachteil zu

---

<sup>498</sup> *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 ArbVG Rz 207.

verändern und **überlassene Arbeitskräfte als billige Alternative einzusetzen.**<sup>499</sup> Daraus muss mE im Ergebnis gefolgert werden, dass der Austausch von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer jedenfalls bei gleichbleibenden Beschäftigungsgegebenheiten nicht als eine von der Rechtsordnung gebilligte „freie“ unternehmerische Entscheidung erachtet und als taugliche Rechtfertigung einer Kündigung herangezogen werden kann.

Ein abweichendes Ergebnis könnte uU dann erzielt werden, wenn man – was bislang allerdings nicht abschließend geklärt ist<sup>500</sup> – unterstellt, dass der Gesetzgeber das Instrument der Arbeitskräfteüberlassung bewusst als kurzfristige Beschäftigungsform zur Deckung eines bloß vorübergehenden Arbeitsanfalles zur Verfügung gestellt hat und der Arbeitgeber den „Austausch“ eben genau zu diesem Zweck anstrebt. Geht man von einer solchen gesetzgeberischen Intention aus, könnte nämlich mitunter argumentiert werden, dass das Verbot des § 2 Abs 3 AÜG dahingehend verstanden werden muss, dass es nur den soeben angesprochenen bloßen Austausch von Stamm- gegen Leiharbeitnehmer bei unveränderter Beschäftigungsmöglichkeit hintanhaltet, nicht aber den zweckmäßigen Einsatz überlassener Arbeitskräfte anstelle von „regulären“ Arbeitnehmern unter entsprechend veränderten Gegebenheiten unterbinden wollte, und in der letztgenannten Konstellation die von den Materialien angesprochene „Alternative“ damit gar nicht erst vorliegt. Wenn der Arbeitgeber daher beschließt, den bisherigen Arbeitsplatz eines Arbeitnehmers hin zu einer Funktionseinheit mit kurzfristig vorhersehbaren und in unregelmäßigen Abständen und bloß vorübergehend anfallenden Verwendungsnotwendigkeiten umzuorganisieren, müsste der Austausch gegen einen Leiharbeitnehmer wohl als legitim erachtet werden. In diesem Fall läge nämlich – selbst bei Beibehaltung der persönlichen Abhängigkeit – eine grundlegende organisatorische Umgestaltung der Beschäftigungsmöglichkeit vor, die als Disposition über den Personalbedarf durch die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht eingeschränkt wird und der – unter der eben angestellten Hypothese – auch § 2 Abs 3 AÜG nicht entgegensteht. Das Argument, der Arbeitgeber sei zur Bewältigung derartiger Schwankungen auf den Einsatz befristeter Arbeitsverträge verwiesen, erweist sich in diesem Zusammenhang aus meiner Sicht im Übrigen nur mäßig überzeugend, weil darin –

---

<sup>499</sup> 450 BlgNR XVII. GP.

<sup>500</sup> Berechtigten Anlass für eine solche Annahme geben die Formulierungen der Leiharbeitsrichtlinie, die wiederholt auf die bloß „vorübergehende“ Beschäftigung der überlassenen Arbeitskraft Bezug nehmen; vgl RL 2008/104/EG vom 19.11.2008; vgl auch OGH 3.12.2003, 9 ObA 113/03p der das „kurzfristige Aushelfen mit einer Arbeitskraft beim Beschäftigten“ als den typischen Fall der Arbeitskräfteüberlassung ansieht; krit dazu Risak, ecoloex 2004, 465.

insb aufgrund der Kettenbefristungsjudikatur des OGH<sup>501</sup> und der Vorgaben der BefristungsRL<sup>502</sup> – kein der Verwendung überlassener Arbeitskräfte vergleichbares Instrument zur Bewältigung eines vorübergehenden, kurzfristigen und unregelmäßigen Arbeitsanfalles zu sehen ist. In der Praxis wird die Abgrenzung der soeben beschriebenen Konstellation aber zugegebenermaßen auf eine schwierige Gratwanderung hinauslaufen, weil auch hier der Entschluss zur Umgestaltung des „Arbeitsplatzes“ und die Kündigung sehr nahe beieinander liegen und sich damit eine ähnliche Umgehungsproblematik wie im Fall der Änderung der Qualifikationserfordernisse für einen bestimmten Arbeitsplatz auftut. Es müssten deshalb auch in diesem Fall verschärfte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers gestellt und gefordert werden, dass dieser etwa durch die Erläuterung eines größeren, dahinter stehenden Organisationskonzepts darlegt, dass er durch sein Vorgehen eben gerade nicht auf den Einsatz von Leiharbeit als „billige Alternative“ zu regulären Arbeitsverhältnissen abzielt.

#### **6.5.5. Zusammenfassende Anmerkungen**

Die soeben angestellten Überlegungen haben gezeigt, dass eine Disposition des Arbeitgebers jedenfalls dann nicht als „freie“ unternehmerische Entscheidung iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG qualifiziert werden kann, wenn diese bloß auf den Austausch der Person des Arbeitsplatzinhabers und die ersatzweise Einstellung eines von diesem verschiedenen Beschäftigten gerichtet ist. In diesem Fall erfährt die Funktionseinheit des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers nämlich keinerlei Veränderung, sondern bleibt unverändert bestehen, sodass im Ergebnis keine Disposition über den Personalbestand vorliegt und die Kündigung jedenfalls nicht unter Berufung auf betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegen stehen, gerechtfertigt ist. Anders gestaltet sich die Rechtslage demgegenüber in jenen Konstellationen, in denen die arbeitgeberseitige Gestaltung nicht an der Person des Arbeitsplatzinhabers, sondern eben gerade an dessen bisheriger Beschäftigungsmöglichkeit ansetzt; so etwa im Fall der zuvor eingehend erläuterten Disposition des Arbeitgebers hinsichtlich der Änderung der Qualifikationserfordernisse für einen Arbeitsplatz. Weil diesfalls sehr wohl eine Gestaltung des betrieblichen Personalbedarfs gegeben ist, infolge derer der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers

---

<sup>501</sup> Va auch deshalb, weil nach stRspr die inhaltlichen Anforderungen an den sachlichen Rechtfertigungsgrund umso strenger sind, je öfter bereits befristet wurde; vgl dazu zB OGH 22.5.2002, 9 ObA 80/02h mwN; Für einen Überblick über die Rspr vgl *Reissner*, in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 19 AngG Rz 22 ff.

<sup>502</sup> RL 1999/70/EG vom 28.6.1999.

grundlegend verändert wird, muss es unter gegebenen Umständen als grundsätzlich zulässig erachtet werden, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer kündigt und an seiner Stelle einen anderen einstellt. Die „freie“ Unternehmerentscheidung ist dabei aber nicht in der Austauschentscheidung selbst, sondern in der dieser vorgelagerten organisatorischen Arbeitsplatzumgestaltung zu sehen. Im Ergebnis wird der Arbeitgeber allerdings auch in dieser Konstellation nur in den seltensten Fällen tatsächlich mit der Kündigung durchdringen, weil er doch im Regelfall wohl aufgrund der von der hM angenommenen sozialen Gestaltungspflicht dazu gehalten sein wird, dem Arbeitnehmer die Beschäftigung auf dem infolge der Umgestaltung neu geschaffenen Arbeitsplatz – ggf unter Durchführung entsprechender Um- und Einschulungsmaßnahmen – zumindest anzubieten.



## 7. Kapitel: Dogmatische Grundlage und Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht

### 7.1. Einleitende Bemerkungen

Selbst wenn ein Arbeitsplatz infolge einer „freien“ unternehmerischen Disposition des Arbeitgebers über seine betrieblichen Organisationsstrukturen weggefallen ist, ist die Kündigung des bislang in dieser Verwendung tätigen Arbeitnehmers allein deshalb aber noch nicht durch betriebliche Erfordernisse iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt. Nach hM ist der Arbeitgeber aufgrund der sog „sozialen Gestaltungspflicht“ nämlich dazu verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um den betreffenden Arbeitnehmer auch in Zukunft weiter zu beschäftigen. IdS soll der Arbeitgeber bei der Verfolgung seiner unternehmerischen Ziele auf die Kündigung eines in seinen Interessen wesentlich beeinträchtigten Arbeitnehmers möglichst verzichten und auf andere personalwirtschaftliche Alternativmaßnahmen ausweichen.<sup>503</sup> Nur in jenen Fällen, in denen eine entsprechende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit fehlt und auch sonst keinerlei Maßnahmen ergriffen werden können, durch die eine weitere Verwendung des Arbeitnehmers ermöglicht wird, findet die Kündigung in den betrieblichen Erfordernissen ihre Rechtfertigung.<sup>504</sup>

Im Gegensatz zu der in den vorausgehenden Abschnitten umfassend aufgearbeiteten unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ist die „soziale Gestaltungspflicht“ im heimischen Arbeitsrechtsdiskurs doch auf rege Aufmerksamkeit gestoßen und war bis dato vielfach Gegenstand höchstgerichtlicher sowie literarischer Auseinandersetzungen. Der Terminus geht dabei, soweit ersichtlich, auf *Floretta/Strasser*<sup>505</sup> zurück, die diesen bereits in ihrer Kommentierung zu § 25 BRG verwendet und diesbezüglich festgehalten haben, dass „den Dienstgeber durch § 25 [zwar] keine wirtschaftliche, insb produktionstechnische“, „wohl aber [...] eine **Gestaltungspflicht**, soweit dies **soziale Gesichtspunkte der Dienstnehmer des Betriebes verlangen**“ treffe. In der höchstgerichtlichen Rspr wurde die Begriff-

---

<sup>503</sup> *Tinhofer*, in Mazal/Risak, Kap XVIII Rz 57.

<sup>504</sup> IdS zB OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88; für weitere Rspr-Nachweise vgl RS0051827, RS0051923 sowie RS0052008; *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 639; *Karl*, Kündigung 140; *Gahleitner*, in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 54; *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 196; *Trost*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 105 Rz 312 mwN.

<sup>505</sup> *Floretta/Strasser*, BRG § 25 378.

lichkeit – im Übrigen unter wortwörtlicher Wiedergabe der Ausführungen *Florettas* – vom OGH erstmals in der Entscheidung vom 28.10.1986 aufgegriffen<sup>506</sup> und bildet seitdem einen festen Bestandteil des höchstgerichtlichen Begriffsrepertoires.<sup>507</sup> Wie bereits im Rahmen der Analyse der historischen Entwicklung der Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung dargelegt wurde, war dieser Ansatz dem arbeitsrechtlichen Diskurs allerdings auch schon davor nicht vollkommen fremd.<sup>508</sup> Vor diesem Hintergrund umso verwunderlicher ist es, dass in den diesbezüglich in Rspr und Literatur vorzufindenden Stellungnahmen – damals wie heute – zu einem Gutteil nur auf konkrete Einzelfragen oder Detailprobleme der sozialen Gestaltungspflicht, wie bspw auf deren organisatorische Reichweite,<sup>509</sup> Bezug genommen oder diese am Rande einer Auseinandersetzung mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung überhaupt nur „gestreift“ wird. Schon deshalb erscheint es durchaus berechtigt, wenn im vorliegenden Kapitel eine grundlegende Aufarbeitung des Rechtsinstituts der „sozialen Gestaltungspflicht“ versucht wird, wobei insb auch jene Aspekte und Fragestellungen in die Untersuchung miteinbezogen werden sollen, die bislang kaum oder überhaupt keine Beachtung erfahren haben. IdS wird daher in einem ersten Schritt zunächst zu klären sein, wo diese überhaupt ihre dogmatischen Grundlagen findet. In weiterer Folge soll dann der Inhalt der sozialen Gestaltungspflicht und deren Verhältnis zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit näher beleuchtet und diskutiert werden, welche Maßnahmen auf Seiten des Arbeitgebers zur Vermeidung einer Kündigung ergriffen werden müssen. Abschließend folgt schließlich eine Auseinandersetzung mit der organisatorischen Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht.

## **7.2. Dogmatische Grundlage der sozialen Gestaltungspflicht**

### **7.2.1. Denkbare Begründungsansätze – der Meinungsstand**

Die Aufmerksamkeit, die der dogmatischen Begründung der sozialen Gestaltungspflicht bis dato zu Teil wurde, ist im Vergleich zu anderen damit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen eher bescheiden. Wie ein Blick auf die österreichische Diskussion

---

<sup>506</sup> OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86.

<sup>507</sup> *Mair*, WBl 2005, 445 (448).

<sup>508</sup> Vgl dazu 2. Kapitel: Historische Entwicklung des Schutzes vor sozialwidriger Kündigung.

<sup>509</sup> IdS etwa *Schima*, RdW 1994, 352; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 214 ff; *Tinhofer*, RdW 2009, 816.

zeigt, kommen für eine dogmatische Herleitung der sozialen Gestaltungspflicht verschiedene Begründungsansätze in Betracht.<sup>510</sup> Vielfach wird zunächst vertreten, dass sich diese aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG und dem dieser Bestimmung zugrunde liegenden Normzweck ergibt, weil aus dem Abstellen auf „betriebliche Erfordernisse“ klar hervorgehe, dass eine Kündigung nur dann gerechtfertigt sein soll, wenn diese auch notwendig ist, und eine solche Notwendigkeit nur dann gegeben sei, wenn keine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des jeweiligen Arbeitnehmers besteht.<sup>511</sup> Darüber hinaus finden sich aber auch Begründungsversuche, denen zufolge sich die soziale Gestaltungspflicht aus der den Arbeitgeber treffenden Fürsorgepflicht ergibt oder aus der Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers an der Kündigung und denen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses resultiert.<sup>512</sup> Vereinzelt hat schließlich der OGH festgehalten, dass nur wenn auch eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den jeweiligen Arbeitnehmer fehlt, „die Kündigung in den Betriebsverhältnissen als ultima ratio gerechtfertigt“<sup>513</sup> ist. Diese Ausführung hat für Pircher die Schlussfolgerung nahe gelegt, dass der OGH die dogmatische Grundlage der sozialen Gestaltungspflicht offenbar im Ultima-Ratio-Prinzip sieht.<sup>514</sup> Sodann versucht sie, die soziale Gestaltungspflicht unter Zugrundelegung der ihrer Ansicht nach im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes in einem Spannungsverhältnis stehenden allgemeinen Rechtsprinzipien (konkret dem Fürsorgeprinzip einerseits und dem Prinzip der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit andererseits) herzuleiten und kommt dabei letztlich zu dem Ergebnis, dass die soziale Gestaltungspflicht nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zurückzuführen, sondern überwiegend durch das Institut der Interessenabwägung begründet ist.<sup>515</sup>

---

<sup>510</sup> Für eine Herausarbeitung und Nachzeichnung dieser Ansätze vgl Pircher, JBl 2001, 694 (698).

<sup>511</sup> IdS etwa Kuderna, DRdA 1975, 9 (14); Tomandl, Kündigung 55; Runggaldier, RdW 1994, 110 (111); Karl, DRdA 2000, 263 (267); Mair, WBl 2005, 445 (449).

<sup>512</sup> So etwa Kallab, DRdA 1999, 316 (317); in eine ähnliche Richtung tendiert wohl auch Kuderna, der sich zur Begründung der ausnahmsweisen Ausweitung der sozialen Gestaltungspflicht über die betrieblichen Grenzen hinaus auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers stützt; vgl Kuderna, DRdA 1975, 9 (14 f).

<sup>513</sup> So OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m; ebenso zB OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a; OGH 24.8.1988, 8 ObA 172/98x.

<sup>514</sup> Pircher, JBl 2001, 694 (699).

<sup>515</sup> Pircher, JBl 2001, 694 (700 ff).

## 7.2.2. „Betriebliche Erfordernisse“ als dogmatische Grundlage der sozialen Gestaltungspflicht

7.2.2.1. Herleitung der sozialen Gestaltungspflicht aus der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG

Es wurde schon in Zusammenhang mit der Untersuchung der dogmatischen Grundlagen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingehend erörtert, dass die durch die Grundrechtsordnung geschützten Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers in Bezug auf die Sicherung des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen.<sup>516</sup> Nach hM ist es dabei grundsätzlich die Aufgabe des demokratisch legitimierten einfachen Gesetzgebers als primärer Adressat der Grundrechte einen Ausgleich zwischen diesen kollidierenden Grundrechtspositionen zu schaffen.<sup>517</sup> Die Herstellung eines solchen Ausgleiches hat nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu erfolgen, wobei dem einfachen Gesetzgeber ein gewisser rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen steht.<sup>518</sup> Vor diesem Hintergrund muss für die Bestimmung von Freiheiten oder die Ableitung allfälliger Verpflichtungen deshalb in erster Linie immer auf die Ausgestaltung der jeweiligen einfachgesetzlichen Bestimmung zurückgegriffen und mittels Interpretation festgestellt werden, auf welche Art und Weise der einfache Gesetzgeber den Ausgleich der einander zuwiderlaufenden Interessen geschaffen hat.

Allgemeine Rechtsprinzipien wie das ultima-ratio-Prinzip oder das von *Pircher* angesprochene Fürsorgeprinzip sowie das Prinzip der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit dürfen in diesem Zusammenhang jedoch nicht isoliert von der einfachgesetzlichen Norm zur Anwendung gebracht und zur Herleitung einer von der gesetzlichen Regelung mitunter überhaupt nicht gedeckten Schlussfolgerung eingesetzt werden. Wie *Preis*<sup>519</sup> überzeugend ausgeführt hat, scheidet – quasi als Konkurrenzregel zwischen Prinzip und Norm – nach dem Grundsatz der Spezialität ein Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien nämlich grundsätzlich dort aus, wo der Gesetzgeber deren Wertungen im Gesetzesbestand „positivrechtlich konkretisiert“ hat und diese damit vermittelt durch die Rechtsnorm Geltung er-

---

<sup>516</sup> Vgl dazu ausführlich 4.2. Verfassungsrechtliche Aspekte des freien unternehmerischen Handelns.

<sup>517</sup> IdS etwa *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 135; *Berka*, Grundrechte (1999) Rz 188 mwN.

<sup>518</sup> *Mayer-Maly*, in FS *Korinek*, 151 (151); *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 133, 136; *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 123 f; idS für Deutschland vgl auch *Preis*, Prinzipien 59 ff; *Oetker*, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz 32; *Löwisch*, ZfA 1996, 293 (299) mwN.

<sup>519</sup> *Preis*, Kündigung 42 f; zust *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331 (334).

langen. Vielmehr ist in diesen Fällen allein die jeweilige gesetzliche Regelung Grundlage für die Rechtsanwendung und sind die allgemeinen Rechtsprinzipien bloß als teleologische Hilfestellung bei der Auslegung heranzuziehen.<sup>520</sup>

IdS scheint es mE auch durchaus fragwürdig, wollte man die soziale Gestaltungspflicht ohne nähere Bezugnahme auf die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG schlichtweg aus der Fürsorgepflicht als Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers sowie zur Wahrung dessen persönlicher Interessen ableiten. Wie *Spielbüchler*<sup>521</sup> ohne Bezug auf den Kündigungsschutz ganz allgemein treffend festgehalten hat, ist es zweckmäßig, nur jene Arbeitgeberpflichten unter diesem Sammelbegriff zu erfassen, die nicht schon durch das Gesetz oder den Vertrag ausgeformt sind. Dort wo es aber um die Tragweite bereits gesetzlich oder vertraglich ausgeformter Pflichten geht, „*sollte besser nicht die Fürsorgepflicht beschworen*“, sondern vielmehr vom Normzweck als Auslegungsgesichtspunkt ausgegangen werden. Selbst wenn man den allgemeinen Kündigungsschutz und damit auch die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers demnach als Positivierung der Fürsorgepflicht begreift,<sup>522</sup> muss für die Ableitung der für den Arbeitgeber im gegebenen Zusammenhang resultierenden Verpflichtungen primär auf deren Konkretisierung im Wege der gesetzlichen Ausgestaltung abgestellt werden. Ebenso wie schon für die Bestimmung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit muss deshalb auch für die dogmatische Herleitung der sozialen Gestaltungspflicht in erster Linie auf die gesetzliche Ausformung des allgemeinen Kündigungsschutzes abgestellt und durch Interpretation des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG eruiert werden, ob und inwieweit eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers aus dieser Bestimmung abgeleitet werden kann.

#### 7.2.2.2. Soziale Gestaltungspflicht als Resultat der gesetzlich angeordneten „Erforderlichkeitsprüfung“

In den vorausgehenden Abschnitten der vorliegenden Untersuchung wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber durch die Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zwar nicht die der Kündigung vorausgehende „freie“ unternehmerische Organisationsentscheidung, sehr wohl aber die Kündigung selbst einer Einschränkung unterwor-

---

<sup>520</sup> *Preis*, Kündigung 42 f, unter Hinweis auf *Larenz*, Methodenlehre 456.

<sup>521</sup> *Spielbüchler*, in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 330 f; zust in Bezug auf die soziale Gestaltungspflicht schon *Tinhofer*, Kündigung 101 f.

<sup>522</sup> *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten 14, 68 f; *Pircher*, JBl 2001, 694 (701).

fen hat. Zu diesem Zweck hat er ausdrücklich angeordnet, dass eine die Arbeitnehmerinteressen wesentlich beeinträchtigende Kündigung dann nach lit b leg cit gerechtfertigt werden kann, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass diese durch „*betriebliche Erfordernisse*“ begründet ist. Vor dem Hintergrund, dass zur Rechtfertigung einer Kündigung nach lit a leg cit in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers gelegene „*Umstände*“ gefordert werden, kann mE wohl schon aus der gesetzlichen Formulierung der Kündigungsrechtfertigungsgründe gefolgert werden, dass der Wortlaut der lit b leg cit nicht bloß unbewusst gewählt wurde, sondern dem Begriff der „*Erfordernisse*“ doch eine weitergehende Bedeutung beizumessen ist. IdS lässt der Gesetzgeber aus meiner Sicht mit der Wendung der lit b leg cit eine klare Wertung dahingehend erkennen, dass nicht jeder Grund, der auf Seiten des Arbeitgebers eintritt, die Kündigung eines Arbeitnehmers rechtfertigen kann, sondern die betriebliche Rechtfertigung der Kündigung voraussetzt, dass diese aufgrund von betrieblichen Umständen „*erforderlich*“ ist.

Versteht man die gesetzliche Anknüpfung der Zulässigkeit der Kündigung an „*betriebliche Erfordernisse*“ als Anordnung der Durchführung einer – an den im Bereich des Verfassungsrechts entwickelten **Grundsatz der Erforderlichkeit** als Teilgrundsatz des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips angelehnten – **Erforderlichkeitsprüfung der Kündigung**, so findet sich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur vorrangigen Ausschöpfung anderer, die Interessen des Arbeitnehmers weniger beeinträchtigenden Maßnahmen schon im Gesetzesbestand selbst verankert.<sup>523</sup> Dem Grundsatz der Erforderlichkeit entsprechend ist eine Maßnahme nämlich nur dann zulässig, wenn der angestrebte Erfolg nicht auch mit einem anderen Mittel erreicht werden kann, das einen weniger schweren Eingriff bewirkt, wobei immer auf das relativ gelindeste Mittel zurückgegriffen werden muss.<sup>524</sup> Damit entspricht der Grundsatz der Erforderlichkeit dem **ultima-ratio-Prinzip** sowie dem fundamentalen Rechtsgrundsatz der Zweckmäßigkeit.<sup>525</sup> Umgelegt auf den Kündigungsschutz bedeutet dies, dass eine Kündigung demnach nicht schon deshalb objektiv betriebs-

---

<sup>523</sup> So wohl auch *Tomandl*, Kündigung 55; *Preis* hat dies für den deutschen Kündigungsschutz aus der Bindung der Zulässigkeit der Kündigung an „*dringende betriebliche Erfordernisse*“ überzeugend abgeleitet; vgl dazu *Preis*, Kündigung 305 ff; zT wird im deutschen Diskurs in diesem Zusammenhang auch an die Begriffe der „*Dringlichkeit*“ oder „*Bedingtheit*“ abgestellt; vgl dazu zB *Wank*, RdA 1987, 129 (136); *Boewer*, in FS Gaul, 19 (23 ff); *Walker*, ZfA 2004, 501 (522); vgl außerdem für eine umfassende Auseinandersetzung mit dieser Thematik *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331 mwN.

<sup>524</sup> Allgemein zum Grundsatz der Erforderlichkeit zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> 316 mwN.

<sup>525</sup> *Pircher*, JBl 2001, 694 (708), die idZh in Anlehnung an *Bydlinski* vom Grundsatz der Zweckmäßigkeit spricht; *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 268; vgl auch *Hanau*, Verhältnismäßigkeit, 118; *Preis*, Prinzipien, 265 mwN; *Preis*, Prinzipien, 279; zust *Feuerborn*, Sachliche Gründe 205.

bedingt ist, weil der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers infolge der unternehmerischen Disposition entfallen ist; vielmehr setzt die Rechtfertigung der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG darüber hinaus voraus, dass keine gelinderen, die Interessen des Arbeitnehmers weniger beeinträchtigenden Mittel als der Ausspruch der Kündigung zur Verfügung stehen und die Kündigung damit – um mit den Worten der Rspr<sup>526</sup> zu sprechen – „ultima ratio“ ist.<sup>527</sup> Schon aus der gesetzlichen Anknüpfung an das Vorliegen „betrieblicher Erfordernisse“ muss daher gefolgert werden, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung dazu gehalten ist, zur Erreichung seiner unternehmerischen Zielsetzung alle ihm zur Verfügung stehenden milderen Mittel auszuschöpfen, um die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers zu ermöglichen – ihn also eine – wenn auch begrifflich nicht korrekt,<sup>528</sup> gemeinhin doch als solche bezeichnete – „**soziale Gestaltungspflicht**“ trifft. Nur wenn der Arbeitgeber dieser nachgekommen ist, ist die Kündigung auch wirklich erforderlich und deren betriebliche Rechtfertigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu bejahen.

### 7.2.3. Rechtsnatur der sozialen Gestaltungspflicht als Obliegenheit

Führt man sich die Konsequenzen vor Augen, die der Gesetzgeber an den Fall der Nichteinhaltung der sozialen Gestaltungspflicht durch den Arbeitgeber geknüpft hat, so wird deutlich, dass es sich dabei in Wahrheit nicht um eine „volle“ Verpflichtung, sondern um eine bloße Obliegenheit handelt.<sup>529</sup> Als Rechtspflicht minderer Sanktion steht der sozialen Gestaltungs-„obliegenheit“ – wie diese strenggenommen bezeichnet werden müsste – damit kein subjektives Recht des Arbeitnehmers gegenüber, das von diesem unmittelbar durchgesetzt werden könnte und einen Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber auslöst.<sup>530</sup> Deren Missachtung führt für den Arbeitgeber vielmehr insoweit zu einem Nachteil, als der gegen ihn gerichteten Kündigungsanfechtungsklage in diesem Fall Folge zu geben

---

<sup>526</sup> Vgl zB OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m; ebenso zB OGH 12.6.1997, 8 ObA 153/97a; OGH 24.8.1988, 8 ObA 172/98x.

<sup>527</sup> Zum selben Ergebnis kommt auch *Tomandl*, der in diesem Zusammenhang die Begrifflichkeit der „Notwendigkeit“ ins Spiel bringt und ausführt, dass eine solche nur dann besteht, wenn keine Beschäftigung des Arbeitnehmers zur Verfügung steht; vgl dazu *Tomandl*, Kündigung 55; ähnlich schon davor OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88 und 9 ObA 280/88 unter Verweis auf *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 641; ebenso *Karl*, Kündigung 140; *Mair*, WBI 2005, 445 (449).

<sup>528</sup> Dazu sogleich unter 7.2.3. Rechtsnatur der sozialen Gestaltungspflicht als Obliegenheit.

<sup>529</sup> *Tomandl*, Kündigung 54 f; *Karl*, Kündigung 140; *Mair*, WBI 2005, 445 (449); *Tinhofer*, RdW 2009, 816; ebenso OGH 27.6.1990, 9 ObA 151/90.

<sup>530</sup> *Rummel*, in *Rummel*<sup>3</sup> § 859 Rz 9; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I<sup>13</sup> 49 mwN.

ist, weil es der Kündigung an der Rechtfertigung durch die betriebliche Erforderlichkeit fehlt und sie damit als sozialwidrig qualifiziert werden muss.

### 7.3. Inhalt und Ausprägungen der sozialen Gestaltungspflicht

Geht man unter Zugrundelegung der vorausgehenden Ausführungen davon aus, dass der Arbeitgeber durch die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu einer für den Arbeitnehmer möglichst schonenden Vorgehensweise verpflichtet werden und der Ausspruch einer Kündigung nur als ultima ratio zulässig sein soll, drängt sich an dieser Stelle unweigerlich die Frage auf, welche Maßnahmen vom Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht ergriffen werden müssen, um die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmer auch in Zukunft zu ermöglichen. Als potentielle „Kündigungsalternative“ ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich ein relativ breit gefächertes Spektrum an Maßnahmen denkbar, das von der schlichten Versetzung des betreffenden Arbeitnehmers auf einen anderen, freien Arbeitsplatz, über die Streckung der Arbeitszeit oder die Einführung von Kurzarbeit bis hin zur Schaffung neuer Beschäftigungsmöglichkeiten reicht. Die nachfolgenden Abschnitte sind der weiteren Untersuchung dieser Frage gewidmet, wobei der zunächst in Lehre und Rspr vorzufindende Meinungsstand dargelegt und gewürdigt werden soll und anschließend ein eigener Versuch zur allgemeinen Eingrenzung des Inhalts unternommen wird.

#### 7.3.1. Der Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung

Der OGH hat wiederholt festgehalten, dass der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht dazu verpflichtet ist, „*trotz Rationalisierung alle ihm zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um die Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen*“.<sup>531</sup> Wie auch schon der VwGH<sup>532</sup> scheint damit auch der OGH in erster Linie auf das Kriterium der „**Zumutbarkeit**“ als Instrument zur Eingrenzung der zur Erfüllung seiner sozialen Gestaltungspflicht zu ergreifenden Maßnahmen abzustellen. Auch in der Literatur hat dieser An-

---

<sup>531</sup> So ausdrücklich OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; ebenso zB OGH 15.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88; OGH 17.1.1990, 9 ObA 338/89; OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 10.6.1998, 9 ObA 19/98d; OGH 12.1.2000, 9 ObA 289/99m; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b.

<sup>532</sup> Vgl zB VwGH 3.10.1972, Z 927/72, Arb 9.059; VwGH 12.3.1980, ZI 1140/77, DRdA 1981, 217; VwGH 28.3.1980, ZI 2392/77, DRdA 1981, 217.

satz eine Reihe von Befürwortern gefunden.<sup>533</sup> ISd fordert etwa *Floretta*<sup>534</sup> unter Berufung auf die Zumutbarkeit, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung der Kündigung neben der Prüfung der Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz auch noch auf andere Mittel verwiesen werden könne, wenn diese für den Betrieb und die Arbeitnehmer technisch, organisatorisch und wirtschaftlich möglich und zumutbar seien; als Beispiel für ein solches Mittel nennt er in diesem Zusammenhang sodann die Streckung der Arbeitszeit. Demgegenüber steht *Schrank* dem Abstellen auf die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kritisch gegenüber und empfindet diesen Ansatz als zu weitgehend, weil seiner Ansicht nach hier die Gefahr bestehe, dass bei „wirtschaftlich (noch) gesunden Betrieben“ die Anforderungen zu stark angehoben würden. Anstatt in der wirtschaftlich-finanziellen Verkraftbarkeit müsse die soziale Gestaltungspflicht nach *Schrank* ihre Grenze dort finden, wo eine betriebswirtschaftliche Beschäftigung nicht mehr möglich ist, weil den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes kein „beschäftigungstherapeutisches Denken“ zugrunde liege.<sup>535</sup> Nicht generell ablehnend steht *Tomandl* dem Kriterium der Zumutbarkeit gegenüber und hält diesbezüglich fest, dass es grundsätzlich nicht als unverhältnismäßig anzusehen ist, wenn das Gericht überprüft, ob der Arbeitgeber das von ihm selbst gewählte Ziel „auch durch zumutbare schonendere Maßnahmen als Kündigungen hätte erreichen können“.<sup>536</sup> Allerdings hält er nur jene Maßnahmen für zumutbar, die noch keine Betriebsänderung iSd § 109 ArbVG darstellen, weil anderenfalls die im Betriebsverfassungsrecht verbrieftete Freiheit des Arbeitgebers zur Durchführung von Betriebsänderungen über den Umweg des Kündigungsschutzes wieder aufgehoben werden würde. Vor diesem Hintergrund ist der Arbeitgeber seiner Ansicht nach insb zur Versetzung und Umschulung des Arbeitnehmers sowie zum Abbau genereller Überstunden verpflichtet. Nicht angehalten werden könne er demgegenüber jedoch dazu, „das Produktionsprogramm zu verändern, Investitionsprogramme durchzuführen oder arbeitsplatzschaffende Reorganisationen vorzunehmen“.<sup>537</sup>

In der Literatur diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch, inwiefern die inhaltliche Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht vom Grad der sozialen Betroffenheit

---

<sup>533</sup> Vgl zB *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (16); *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 641; *ders.*, DRdA 1995, 201 (202 f); *Mair*, WBI 2005, 445 (456).

<sup>534</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 641 f.

<sup>535</sup> *Schrank*, ZAS 1979, 171 (175).

<sup>536</sup> *Tomandl*, Kündigung 72.

<sup>537</sup> *Tomandl*, Kündigung 73.

des jeweiligen Arbeitnehmers abhängig sein soll. Erstmals in diese Richtung argumentiert *Firlei*, der zur Rechtfertigung der vor allem von *Kuderna*<sup>538</sup> und *Floretta*<sup>539</sup> in Anlehnung an die – zwischenzeitig veraltete – Rspr des BAG<sup>540</sup> geforderten und vom OGH<sup>541</sup> übernommenen Durchführung einer abschließenden Interessenabwägung ausführt, dass die Feststellung, ob der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz verwendet werden könne oder die Kündigung durch den Abbau von Überstunden zu vermeiden sei, „*nur in Zusammenschau mit dem Grad an sozialer Interessenbeeinträchtigung zu einer korrekten Entscheidung über die Kündigung*“ führen könne.<sup>542</sup> Demgegenüber meint *Runggaldier* unter Bezugnahme auf die Ausführungen *Grillbergers*,<sup>543</sup> dass sich die im Zuge des Kündigungsanfechtungsverfahrens durchzuführende Interessenabwägung letztlich in der Prüfung anderer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten erschöpfe und schlägt deshalb vor, anstelle der Durchführung einer abschließenden Interessenabwägung von einer „*je nach Interessenlage des betroffenen Arbeitnehmers differenzierten sozialen Gestaltungspflicht*“ auszugehen, bei der seiner Ansicht nach auf die betrieblichen Interessen als Gegenpol zu den

---

<sup>538</sup> *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (15).

<sup>539</sup> *Floretta*, ZAS 1978, 188 (194); *ders.*, DRdA 1988, 229 (234 f); ausführlich zu dieser Frage auch *Floretta*, in FS Strasser, 335.

<sup>540</sup> In seiner älteren Rspr hat das BAG die Zulässigkeit einer Kündigung selbst bei Vorliegen eines betrieblichen Erfordernisses nur dann bejaht, wenn das betriebliche Erfordernis „gewichtig“ genug war, um die Kündigung bei verständiger Würdigung und Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien als billigen und angemessen erscheinen zu lassen; vgl dazu zB BAG 4.2.1960, 3 AZR 25/58, BAGE 9, 36, AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 5; BAG 3.5.1978, 4 AZR 698/76, BAGE 30, 272, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 5; BAG 7.3.1980, 7 AZR 1093/77, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 9; in der Literatur ist das BAG damit auf zT massive Kritik gestoßen; vgl zB *Böttcher*, in FS Molitor, 127 ff, der die vom BAG in stRspr durchgeführte „konturenauflösende richterliche Interessenabwägung“ als bedauerlich kritisiert; in seiner jüngeren Rspr hat das BAG zunehmend Abstand vom Grundsatz der „umfassenden Interessenabwägung“ und einer derart weitreichenden gerichtlichen Nachprüfung der unternehmerischen Entscheidung genommen; idS steht das BAG nunmehr auf dem Standpunkt, dass es im Falle einer betrieblichen Rechtfertigung der Kündigung grundsätzlich unerheblich ist, ob der Arbeitgeber durch die Einsparung von Arbeitsplätzen stark entlastet werde, sodass sich die gebotene Abwägung der beiderseitigen Interessen im Falle einer „an sich“ betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs 2 KSchG nur in seltenen Ausnahmefällen zugunsten des Arbeitnehmers auswirken kann; vgl für eine Zusammenfassung der Entwicklung der Rspr zur umfassenden Interessenabwägung BAG 30.4.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 (778).

<sup>541</sup> IdS erstmals OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88; seitdem in stRspr wie zB in OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93; OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m mwN.

<sup>542</sup> *Firlei*, 1989, 197 (200).

<sup>543</sup> Nach *Grillberger* ist das Bekenntnis des OGH zur abschließenden Interessenabwägung deshalb zu begründen, weil damit offen ausgesprochen werde, was bislang ohnehin schon „*unter der Hand praktiziert*“ wurde. Seiner Ansicht nach werden die EA nämlich schon davor eine anderweitige Verwendungsmöglichkeit genauer geprüft haben, wenn es sich um eine besonders nachteilige Kündigung gehandelt hat; vgl *Grillberger*, WBl 1990, 7 (12).

Interessen des Arbeitnehmers nicht einzugehen wäre.<sup>544</sup> Der Ansatz über das Bestehen einer sog. „*differenzierten sozialen Gestaltungspflicht*“ wurde schließlich auch von *Tinhofer*<sup>545</sup> aufgegriffen, der meint, dass man dem Wesen des sozialen Kündigungsschutzes, in dessen Kern es um einen Ausgleich der Auflösungsinteressen des Arbeitgebers einerseits mit den Bestandsinteressen des Arbeitnehmers andererseits gehe, am besten gerecht werde, wenn man die Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht von den Interessen beider Vertragspartner abhängig mache. IdS sei die Zumutbarkeit der Kündigungsalternativen vom Ausmaß der Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers abhängig, sodass vom Arbeitgeber besonders intensive Anstrengungen bei der Suche nach allfälligen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu fordern seien, wenn eine schwerwiegende Interessenbeeinträchtigung vorliege. Gleichzeitig müssten in diesem Zusammenhang aber auch die – ebenfalls von Fall zu Fall verschieden stark ausgeprägten – betrieblichen Interessen Berücksichtigung finden und damit quasi als Gegengewicht für die Eingrenzung der Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht herangezogen werden.

### 7.3.2. Allgemeine Überlegungen zur Eingrenzung der sozialen Gestaltungspflicht

#### 7.3.2.1. Die betriebliche Organisationsstruktur als absolute Grenze der sozialen Gestaltungspflicht

Wie die dogmatische Herleitung der sozialen Gestaltungspflicht hat grundsätzlich auch die Bestimmung ihres Inhalts und ihrer Grenzen in erster Linie unter Rückgriff auf die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen zu erfolgen. Es wurde bereits in den vorausgehenden Abschnitten umfassend erörtert, dass die Freiheit des Arbeitgebers zur Disposition über seine organisatorischen Strukturen sowohl in den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes als auch im betrieblichen Mitbestimmungskonzept des ArbVG als solchem ihre Verankerung findet und durch diese Regelungen nicht eingeschränkt wird. Konsequenterweise muss der **Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit** daher auch im gegebenen Zusammenhang anerkannt und die **Organisationshoheit des Arbeitgebers** im Rahmen der dem Arbeitgeber auferlegten Verpflichtung, alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um den Arbeitnehmer auch in Zukunft weiter zu beschäftigen und damit den Ausspruch der Kündigung zu vermeiden, respektiert werden. Für die Bestimmung des Inhalts der sozialen Gestaltungspflicht kann da-

---

<sup>544</sup> *Runggaldier*, RdW 1994, 110 (111).

<sup>545</sup> *Tinhofer*, Kündigung, 109; *ders.*, in Mazal/Risak, XVIII Rz 58.

her in einem ersten Schritt festgehalten werden, dass dem Arbeitgeber für deren Erfüllung nur solche Maßnahmen abverlangt werden können, die sich **im Rahmen der vom Arbeitgeber als Unternehmer geschaffenen Organisationsstrukturen** bewegen. Nicht verlangt werden kann demgegenüber, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht aus Rücksicht auf das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses das von ihm gewählte organisatorische Konzept rückgängig macht oder auf ein anderes, den Wegfall des betreffenden Arbeitsplatzes vermeidendes Konzept ausweicht, und damit eine Maßnahme ergreift, die seiner ursprünglichen „freien“ Unternehmerentscheidung entgegenstünde. Durch eine derartige Vorgabe würde nämlich die dem Arbeitgeber aufgrund seines unternehmerischen Ermessens auch im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes zukommende Freiheit zur Gestaltung seiner betrieblichen Strukturen nach eigenen Vorstellungen unterlaufen und die unternehmerische Entscheidung durch das Hintertürchen der sozialen Gestaltungspflicht einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen werden.

Dieses Ergebnis erweist sich auch dann als konsistent, wenn man sich vor Augen führt, dass eine Kündigung nach der gesetzlich vertypten Erforderlichkeitsprüfung der lit b leg cit nur dann betrieblich bedingt und damit zulässig ist, wenn dem Arbeitgeber keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen, um den von ihm mit der Kündigung verfolgten Zweck zu erreichen. Schon an dieser Aussage zeigt sich, dass der mit der Kündigung verfolgte Zweck von essentieller Relevanz für die Beurteilung möglicher gelinderer Mittel ist, weil die Erforderlichkeit einer Maßnahme immer nur in Hinblick auf den mit ihr verfolgten Zweck beurteilt werden kann. Die Prüfung der **Erforderlichkeit** setzt damit immer eine **Zweckbindung** voraus, die als gegeben hingenommen und anhand derer das Bestehen allfälliger schonenderer Vorgehensweisen geprüft werden muss. Vor diesem Hintergrund muss deshalb auch für die Beurteilung der im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht vom Arbeitgeber zu ergreifenden Maßnahmen auf den mit der Kündigung verfolgten Zweck abgestellt werden – müssen auch die gelinderen Mittel an diesem gemessen werden. Weil durch die betriebsbedingte Kündigung eine **Anpassung des Personalbestandes** an die vom Arbeitgeber im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens gestalteten **betrieblichen Organisationsstrukturen** und den dadurch **veränderten Personalbedarf** bezweckt wird, muss daher auch die Alternativmaßnahme an dieser Zielsetzung orientiert sein und darf nicht über diese hinauschießen oder dahinter zurück bleiben. Daraus folgt, dass auch

die Kündigungsalternative nach der – quasi als „Fixpunkt“<sup>546</sup> – als gegeben hinzunehmen unternehmerischen Disposition ausgerichtet sein und sich innerhalb des vom Unternehmer vorgegebenen Organisationskonzeptes bewegen muss.

Da das vom Arbeitgeber autonom bestimmte betriebliche Organisationskonzept damit die absolute Grenze der sozialen Gestaltungspflicht bildet, kann dieser aufgrund seiner sozialen Gestaltungspflicht zum Zweck der Vermeidung der Kündigung mE jedenfalls nicht zur Vornahme von betriebsorganisatorischen Maßnahmen und damit zu einem Abgehen von diesem Konzept gehalten werden. Entgegen der Ansicht *Florettas*,<sup>547</sup> der den Arbeitgeber uU sogar zur Schaffung eines Arbeitsplatzes verpflichtet sieht, kann eine solche Maßnahme vor diesem Hintergrund aus meiner Sicht daher selbst bei noch so großer sozialer Betroffenheit auf Seiten des Arbeitnehmers nicht zu fordern sein. Selbiges muss auch für die Erhaltung eines infolge der unternehmerischen Gestaltungsentscheidung abzubauenen Arbeitsplatzes gelten.<sup>548</sup> IdS kann vom Arbeitgeber zur Erfüllung seiner sozialen Gestaltungspflicht daher bspw nicht gefordert werden, auf den Abbau eines Arbeitsplatzes zu verzichten und stattdessen etwa die Arbeitszeit zu strecken, die auszuschüttenden Dividenden zu senken oder gar Kurzarbeit einzuführen. Vielmehr bildet der Arbeitsplatz als kleinste organisatorische Funktionseinheit einen Bestandteil der betrieblichen Organisationsstrukturen und unterliegt damit der freien, im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nicht zu überprüfenden unternehmerischen Gestaltung. Nur innerhalb dieser Grenzen, nicht aber darüber hinaus können dem Arbeitgeber damit Maßnahmen abverlangt werden, um die Kündigung eines vom Wegfall seines Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmers zu vermeiden.

Im Ergebnis kann vor diesem Hintergrund gefolgert werden, dass sich die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Verständnis im Wesentlichen in der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf anderen, innerhalb der arbeitgeberseitig vorgegebenen Organisationsstruktur bereits bestehenden

---

<sup>546</sup> *Wank*, RdA 1987, 129 (136).

<sup>547</sup> *Floretta*, DRdA 1995, 201 (202 f).

<sup>548</sup> Dass auch der OGH den Arbeitgeber zum Zweck der zukünftigen Weiterverwendung eines in seinen Interessen wesentlich beeinträchtigten Arbeitnehmers (zumindest) nicht (generell) zu einer solchen Vorgehensweise gehalten sieht, belegen die höchstgerichtlichen Ausführungen in der Entscheidung vom 19.12.2001, wo der Gerichtshof ausgeführt hat: „Der Kündigungsschutz darf nicht so praktiziert werden, dass die Lage der Belegschaft und somit des Betriebes langfristig gefährdet wird [...]. Dies wäre jedoch bei der Aufrechterhaltung des betriebswirtschaftlich überflüssig gewordenen Arbeitsplatzes der Klägerin der Fall [...]. Der Unternehmer darf nicht über den Kündigungsschutz mittelbar gezwungen werden, unwirtschaftliche **Arbeitsplätze zu erhalten** [...]“; vgl OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m.

Arbeitsplätzen erschöpft (zur Frage, welche Arbeitsplätze in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden müssen sogleich ausführlich unter 7.3.3. Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz). Dass dieser Ansatz inhaltlich mitunter wohl gar nicht weit vom höchstgerichtlichen Standpunkt entfernt liegt, zeigt eine genauere Betrachtung der Rspr des OGH. Selbst wenn der Gerichtshof – insb in seinen älteren Entscheidungen<sup>549</sup> – nämlich beispielhaft auch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung betriebsorganisatorischer Maßnahmen bejaht und damit ein rein theoretisch sehr weitgehendes Verständnis der sozialen Gestaltungspflicht durchscheinen hat lassen, hat er dem Arbeitgeber die Unterlassung einer solchen doch in keiner einzigen Entscheidung angelastet.<sup>550</sup> Vielmehr hat er sich in jedem Fall auf die Prüfung der Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz beschränkt und die betriebliche Rechtfertigung einer Kündigung mangels Bestehen einer solchen bejaht.<sup>551</sup>

#### 7.3.2.2. Sonstige Einschränkungen

Wie bei jeder durch die Rechtsordnung von einem Normunterworfenen geforderten Handlung können dem Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht schließlich nur solche Verhaltensweisen abverlangt werden, die tatsächlich möglich und rechtlich zulässig sind.<sup>552</sup> IdS muss die soziale Gestaltungspflicht ihre Grenze des Weiteren jedenfalls in den gesetzlichen sowie den durch sonstige Instrumente kollektiver Rechtsetzung, durch Arbeitsvertrag und durch die guten Sitten normierten Vorgaben finden. Ist daher etwa die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz mit einer wesentlichen Verschlechterung der Entgelt- und sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden und verweigert der Betriebsrat die in diesem Fall nach § 101 ArbVG erforderliche Zustimmung zu der Versetzung, so kann dem Arbeitgeber jedenfalls dann kein Vorwurf dar-

---

<sup>549</sup> IdS hat der OGH etwa die Einschränkung besonders hoher Gehälter oder die Ausschüttung geringerer Dividenden (in beiden Fällen handelt es sich um Maßnahmen, die zur Erhaltung des Arbeitsplatzes ergriffen werden sollen und damit ein Abgehen von der betrieblichen Organisationsstruktur erfordern würden) als mögliche Alternativen zum Ausspruch einer Kündigung genannt; vgl dazu OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86.

<sup>550</sup> Mitunter könnte man meinen, dass die Entscheidung vom 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88, in der der OGH festgehalten hat, dass zu prüfen sei, ob die in hohem Maße anfallenden Überstunden den Arbeitnehmerschutzvorschriften entsprechen und zum Teil vermeidbar sind, in diese Richtung geht; in Wahrheit liegt in einem solchen Fall ein nicht erst auf Ebene der sozialen Gestaltungspflicht, sondern bereits idZh mit der Zulässigkeit der unternehmerischen Entscheidung zu erörterndes Problem vor; vgl dazu ausführlich unter 7.3.3.4. Exkurs: Weiterbeschäftigung durch Abbau von Überstunden.

<sup>551</sup> Ein umfassender Überblick über die höchstgerichtliche Rspr zur sozialen Gestaltungspflicht findet sich zB bei *Karl*, Kündigung 140 ff.

<sup>552</sup> *Preis*, Kündigung 313 f; zust *Tinhofer*, Kündigung 106 f.

aus gemacht werden, wenn er sich zumindest ausreichend um diese bemüht hat.<sup>553</sup> Gleiches gilt, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz nur unter entsprechender Abänderung des Arbeitsvertrages möglich ist und der Arbeitnehmer einer solchen nicht zustimmt.<sup>554</sup> Auch in diesem Fall kann dem Arbeitgeber keine Verletzung der sozialen Gestaltungspflicht angelastet werden, sondern muss diese als erfüllt und die Kündigung mangels entsprechender Beschäftigungsmöglichkeiten als betriebsbedingt gewertet werden.

### 7.3.3. Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz

#### 7.3.3.1. Einleitende Überlegungen

Aus den eben angestellten allgemeinen Überlegungen zur inhaltlichen Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht ergibt sich, dass der Arbeitgeber bei Wegfall eines Arbeitsplatzes infolge einer „freien“ Unternehmerentscheidung zur Vermeidung der Kündigung jedenfalls dazu gehalten ist, den betreffende Arbeitnehmer nach Möglichkeit auf einem geeigneten anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, soll die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt sein. IdS judiziert auch der OGH in stRspr, dass der Arbeitgeber die Verwendungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers auf den Gesamtbetrieb<sup>555</sup> hin zu untersuchen hat und betriebliche Gründe die Kündigung daher dann nicht rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer in einer anderen Abteilung dieses Betriebes eingesetzt werden kann.<sup>556</sup> Auch in der Lehre scheint dieser Ansatz grundsätzlich auf Zustimmung zu stoßen.<sup>557</sup> Zu klären bleibt jedoch, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsplatz überhaupt als Ersatzarbeitsplatz in Frage kommt und welche An-

---

<sup>553</sup> *Tinhofer*, in Mazal/Risak, Kap XVIII Rz 58; *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 201.

<sup>554</sup> *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 201.

<sup>555</sup> Zur Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber idZh auch die in anderen Betrieben oder Unternehmen bestehenden Ersatzarbeitsplätze zu berücksichtigen hat und die soziale Gestaltungspflicht damit über die Betriebsgrenzen hinaus besteht vgl ausführlich unter 7.4. Die organisatorische Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht.

<sup>556</sup> OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88; OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88; OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 17.3.1999, 9 ObA 45/99d; OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; OGH 16.12.2008, 8 ObA 74/08b; jüngst auch OGH 29.8.2011, 9 ObA 105/11y mwN.

<sup>557</sup> Für eine umfassende Darstellung des Meinungsstandes vgl zB *Karl*, Kündigung 140 ff sowie *Mair*, WBI 2005, 445 (448 ff).

forderungen in diesem Zusammenhang an die Vorgehensweise des Arbeitgebers zu stellen sind.<sup>558</sup>

### 7.3.3.2. Weiterbeschäftigung auf einem freien/besetzten Arbeitsplatz?

#### *i) Weiterbeschäftigung durch „Freimachen“ von Arbeitsplätzen?*

Bevor in den nachfolgenden Abschnitten darauf eingegangen wird, welche Arbeitsplätze nach ihrer inhaltlichen Ausrichtung von der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers umfasst werden, bedarf zunächst die Frage einer Klärung, ob für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bloß auf freie, unbesetzte Arbeitsplätze abgestellt werden muss oder auch auf im Zeitpunkt der Kündigung von anderen Arbeitnehmern besetzte Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten Bedacht zu nehmen ist. Vor die Klammer gezogen muss daher an dieser Stelle eruiert werden, ob und inwieweit der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht ggf dazu verpflichtet sein kann, einen anderen Arbeitsplatz durch Kündigung des darauf beschäftigten (uU sozial besser gestellten) Arbeitsplatzinhabers frei zu machen um den betreffenden Arbeitnehmer dort weiterbeschäftigen zu können.

Aus meiner Sicht kann diese Frage anhand der Bestimmung des § 105 Abs 3c ArbVG über die Durchführung eines Sozialvergleiches und einer Gegenüberstellung der beiden Rechtsinstitute beantwortet werden. Wie schon im vorausgehenden Kapitel ausführlich dargelegt wurde, kann der Arbeitgeber im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit über die in seiner organisatorischen Einheit bestehenden Strukturen disponieren und die konkret abzubauenen Arbeitsplätze nach eigenem Ermessen bestimmen. Durch diese Dispositionsfreiheit steht ihm indirekt gleichzeitig auch ein gewisser Spielraum hinsichtlich der Auswahl der im jeweiligen Fall abzubauenen Arbeitnehmer offen.<sup>559</sup> Eine mittelbare Einschränkung erfährt diese indirekte Auswahlfreiheit des Arbeitgebers allerdings durch das gesetzlich ausdrücklich normierte Institut des Sozialvergleiches nach § 105 Abs 3c ArbVG. Dieser Bestimmung zufolge ist die Kündigung eines Ar-

---

<sup>558</sup> Die Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz stellt im Regelfall eine Versetzung dar und kann als solche Mitwirkungsbefugnisse nach § 101 ArbVG auslösen.

<sup>559</sup> Entscheidet sich der Arbeitgeber für eine Einschränkung des unternehmerischen Betätigungsfeldes seinem Inhalt oder Umfang nach, folgt daraus bloß, dass infolge einer unternehmerischen Organisationsentscheidung eine bestimmte Anzahl an Arbeitsplätzen weggefallen und damit eine entsprechende Anzahl von Arbeitnehmern einer bestimmten Qualifikation entbehrllich geworden ist. Sofern im betreffenden Bereich mehrere gleichartige Arbeitsplätze gegeben sind, von denen nur ein Teil entfallen soll, bleibt es grundsätzlich der Entscheidung des Arbeitgebers vorbehalten, die betreffenden Arbeitsplätze auszuwählen. Auf diese Weise kann der Arbeitgeber im Ergebnis mittelbar auch darüber entscheiden, welche Arbeitnehmer im konkreten Fall gekündigt werden sollen; vgl dazu 6.2.1. Einschränkung der unternehmerischen Tätigkeit nach Inhalt und Umfang.

beitnehmers dann als sozial ungerechtfertigt zu qualifizieren, wenn der Betriebsrat dieser im Rahmen des betrieblichen Vorverfahrens ausdrücklich widersprochen hat und ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte ergibt, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer eine größere soziale Härte darstellt als für andere Arbeitnehmer desselben Betriebs und derselben Tätigkeitssparte, deren Arbeit der gekündigte Arbeitnehmer zu leisten fähig und willig ist. Dieser gesetzlichen Anordnung liegt die gesetzgeberische Intention zugrunde, dass bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer vorrangig auf jene zu greifen ist, die durch die Kündigung am wenigstens hart in ihren Interessen beeinträchtigt werden.<sup>560</sup> Ist daher ein ausdrücklicher Widerspruch des Betriebsrates gegen die Kündigung eines bestimmten Arbeitnehmers gegeben, so steht dem Gericht grundsätzlich die Möglichkeit offen, dem Arbeitgeber die Kündigung des Inhabers des infolge der unternehmerischen Disposition entfallenen Arbeitsplatzes im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens zu „untersagen“ und ihn stattdessen zum Abbau eines „vergleichbaren“ aber in seiner sozialen Stellung weniger beeinträchtigten anderen Arbeitnehmers zu verhalten.<sup>561</sup>

Mit dieser eigenständigen Positivierung des Sozialvergleiches in § 105 Abs 3c ArbVG und dessen ausdrücklicher Bindung an die Reaktion des Betriebsrates hat der Gesetzgeber mE eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er bewusst zwischen der unabhängig vom Verhalten des Betriebsrates bestehenden sozialen Gestaltungspflicht und dem Sozialvergleich unterscheiden will und eine Überprüfung und allfällige Korrektur der unternehmerischen Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers damit nicht in jedem Fall, sondern eben nur dann erfolgen soll, wenn der Betriebsrat der Kündigung ausdrücklich widersprochen hat.<sup>562</sup> Als Umkehrschluss aus § 105 Abs 3c ArbVG muss deshalb gefolgert werden, dass der Arbeitgeber durch den Rechtfertigungsgrund der objektiven Betriebsbedingtheit (und die daraus erfließende soziale Gestaltungspflicht) grundsätzlich nicht dazu gehalten ist, die abzubauenen Arbeitnehmer nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen und trotz Entfall eines bestimmten Arbeitsplatzes nicht den bisher darauf beschäftigten Arbeitsplatz-

---

<sup>560</sup> IdS sowie grundlegend zum Sozialvergleich *Runggaldier*, in Tomandl, Beendigung des Arbeitsvertrages, 93 (93).

<sup>561</sup> Näher zur Frage der Vergleichbarkeit siehe zB *Wolligger*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 105 ArbVG Rz 235 ff mwN auf Lehre und Rspr.

<sup>562</sup> In der Lit strittig ist jedoch, ob ein Sozialvergleich trotz Fehlens eines ausdrücklichen Widerspruchs gegen die Kündigung dann durchzuführen ist, wenn in einem betriebsratspflichtigen Betrieb kein Betriebsrat errichtet wurde; für die Durchführung eines Sozialvergleichs vgl insb *Runggaldier*, in Tomandl, Beendigung des Arbeitsvertrages, 93 (95 ff); aA zB *Marhold*, ZAS 1981, 229 (231); *Tomandl*, ZAS 1984, 215.

inhaber, sondern vielmehr einen anderen, in seinen Interessen durch die Kündigung weniger beeinträchtigten Arbeitnehmer zu kündigen. IdS hat auch der OGH wiederholt den Unterschied zwischen der sozialen Gestaltungspflicht einerseits und dem Sozialvergleich andererseits betont und festgehalten: „*Während bei dem nur über entsprechendes Vorbringen des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Sozialvergleich gemäß § 105 Abs 3 ArbVG [...] auch Arbeitnehmer einzubeziehen sind, die weiter beschäftigt werden, aber von der Kündigung weniger hart betroffen wären als der Gekündigte, geht es bei der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers und der damit verbundenen Prüfung, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, um die Besetzung einschlägiger vorhandener Stellen.*“<sup>563</sup>

Vor diesem Hintergrund bleibt damit im Ergebnis zu folgern, dass der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht jedenfalls nicht dazu gehalten ist, im Zeitpunkt der Kündigung durch sozial besser gestellte Arbeitnehmer ausgefüllte Arbeitsplätze frei zu machen und auf diese Weise die zukünftige Weiterbeschäftigung jenes Arbeitnehmers sicherzustellen, dessen Beschäftigungsmöglichkeit infolge der unternehmerischen Disposition entfallen ist.<sup>564</sup> Vielmehr wird er bei der Prüfung allfälliger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zum Zweck der Vermeidung einer Kündigung durch Ergreifung gelinderer Mittel in erster Linie grundsätzlich auf solche Arbeitsplätze verwiesen werden können, die frei und nicht durch andere Arbeitnehmer besetzt sind.<sup>565</sup> Bei Ausspruch der Kündigung besetzte Beschäftigungsmöglichkeiten werden darüber hinaus mE demgegenüber nur dann Berücksichtigung finden müssen, wenn sie in einer gewissen zeitlichen Nähe zu diesem Zeitpunkt frei werden. Dies wird aus meiner Sicht jedenfalls in jenen Fällen zu bejahen sein, in denen absehbar ist, dass der betreffende Arbeitsplatz bis zum Ende der Kündigungsfrist verfügbar sein wird.<sup>566</sup>

---

<sup>563</sup> OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m mwN.

<sup>564</sup> IdS auch *Tomandl*, Kündigung 50; *Pircher*, JBl 2001, 695.

<sup>565</sup> Einen ähnlichen Standpunkt scheint auch die hM in Deutschland zu vertreten; für eine Aufarbeitung des deutschen Meinungsstandes vgl zB *Holthausen*, Personalpolitik 61 ff.

<sup>566</sup> Die dtRspr geht idZh sogar noch einen Schritt weiter und verlangt die Berücksichtigung von besetzten Arbeitsplätzen auch dann, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststeht, dass sie in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden und es dem Arbeitgeber zugemutet werden kann, diesen Zeitraum zu überbrücken; vgl dazu BAG 15.12.1994, 2 AZR 320/94, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 66; BAG 15.12.1994, 2 AZR 327/94, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 67.

ii) *Weiterbeschäftigung durch den Abbau von überlassenen Arbeitskräften*

In Bezug auf die Frage, ob der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht uU auch dazu verpflichtet sein kann, überlassene Arbeitskräfte abzubauen um an deren Stelle einen Stammarbeitnehmer weiterbeschäftigen zu können, finden sich im österreichischen Diskurs bislang nur vereinzelte Stellungnahmen; *Geppert*<sup>567</sup> und an ihn anschließend *Sacherer*<sup>568</sup> scheinen eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers wohl grundsätzlich zu bejahen, wenn sie festhalten, dass im Kündigungsanfechtungsverfahren zu prüfen sei, ob im Beschäftigerbetrieb Überlassungskräfte tätig sind, welche Arbeiten von diesen erbracht werden und ob diese Arbeiten ggf auch von den gekündigten Arbeitnehmern verrichtet werden können. Eine nähere Begründung für diese Sichtweise bleiben beide Autoren jedoch schuldig. Auch *Schindler* – ebenfalls ohne weitere Begründung – teilt diese Ansicht.<sup>569</sup> Demgegenüber meint *Schrank*, dass ein genereller Rechtssatz zur bloß subsidiären Beschäftigung von Leiharbeitskräften aus dem AÜG nicht abgeleitet werden könne und die in § 2 Abs 3 AÜG verbotene Gefährdung der Arbeitsplätze der Stammarbeitnehmer zwar deren Austausch gegen Leiharbeitnehmer verbiete, nicht aber den Abbau von Leiharbeitnehmern verlange, um eine Verwendung für jene Stammarbeitnehmer zu ermöglichen, deren Arbeitsplätze aus anderen betrieblichen Gründen verloren gegangen sind.<sup>570</sup>

Im deutschen Schrifttum wird der Abbau von überlassenen Arbeitnehmern zum Zweck der Weiterbeschäftigung eines anderenfalls von der Kündigung betroffenen Stammarbeitnehmers auf dessen Arbeitsplatz von der wohl überwiegenden Anzahl der Literaturmeinungen bejaht.<sup>571</sup> Wie in Österreich fehlt dabei auch in Deutschland eine höchstgerichtliche Auseinandersetzung mit dieser Frage; bis dato wurde bloß auf unterinstanzlicher Ebene ausgesprochen, dass im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses auch die mit Leiharbeitnehmern dauerhaft besetzten Arbeitsplätze als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zu berücksichtigen sind.<sup>572</sup>

---

<sup>567</sup> *Geppert*, AÜG § 2 40.

<sup>568</sup> *Sacherer*, in *Sacherer/Schwarz*, AÜG<sup>2</sup> § 2 107.

<sup>569</sup> *Schindler*, in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 2 AÜG Rz 16; er bezieht sich idZh auf die Ausführungen *Grillbergers*, der allerdings nur auf den Sozialvergleich Bezug nimmt und meint, dass im Falle der Durchführung eines solchen dem Stammarbeitnehmer der Vorzug eingeräumt werden müsse; vgl dazu *Grillberger*, WBI 1988, 313 (319).

<sup>570</sup> *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 207.

<sup>571</sup> Vgl zu dieser Thematik etwa *Hamann*, NZA 2010, 1211 (1214 ff) mwN auf Literatur und Rspr.

<sup>572</sup> Vgl zB LAG Hamm 5.3.2007, 11 Sa 1338/06, BeckRS 2007, 45377; ebenso ArbG Duisburg 2.2.2009, 3 Ca 1986/08, BeckRS 2009, 57539; für weitere Nachweise vgl *Schüren*, in *Schüren*, AÜG<sup>4</sup> Einl Rz 105.

ME ist *Schrank* jedenfalls insofern zuzustimmen, als keine generelle Subsidiarität der Beschäftigung von überlassenen gegenüber „regulären“ Arbeitnehmern angenommen werden kann; Entscheidet sich der Arbeitgeber daher dazu, in seinem Betrieb neue Arbeitsplätze zu schaffen, so bleibt ihm grundsätzlich auch die freie Entscheidung darüber vorbehalten, diese mit Stamm- oder mit Leiharbeitnehmern zu besetzen. Fraglich ist jedoch, inwiefern den Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht die Verpflichtung auferlegt wird, vorrangig überlassene Arbeitskräfte abzubauen und auf diese Weise die Weiterbeschäftigung einer Stammarbeitskraft zu ermöglichen. In Deutschland wird in diesem Zusammenhang auf die in einer solchen Konstellation bestehenden Vertragsverhältnisse – im Gegensatz zur überlassenen Arbeitskraft steht der Stammarbeitnehmer in einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung zum Arbeitgeber – verwiesen und der Arbeitgeber unter Berufung auf die ihn treffende Vertragstreue („pacta sunt servanda“) als zu einer solchen Vorgehensweise gehalten gesehen.<sup>573</sup> Aus meiner Sicht ist dieser Ansatz jedoch schon deshalb nicht unbedingt überzeugend, weil der Arbeitgeber zwar nicht zum Leiharbeitnehmer, sehr wohl aber zu dessen Überlasser in einer vertraglichen Beziehung steht, über die er bei Rückstellung des Leiharbeitnehmers disponieren müsste. IdS könnte das Argument der vertraglichen Beziehung und der daraus resultierenden Vertragstreue gleichermaßen auch in diesem Verhältnis eingewendet werden.

Am ehesten wird eine überzeugende Antwort auf diese Frage mE wohl unter Heranziehung der Regelung über die Durchführung eines Sozialvergleichs in § 105 Abs 3c ArbVG zu gewinnen sein.<sup>574</sup> Wie schon zuvor erläutert wurde, kommt in einer Gegenüberstellung der sozialen Gestaltungspflicht mit diesem Rechtsinstitut klar zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber im Rahmen Ersterer nur auf solche Beschäftigungsmöglichkeiten verwiesen werden kann, die im Zeitpunkt der Kündigung frei sind. Demgegenüber wird er nicht dazu gehalten, durch andere Arbeitskräfte ausgefüllte Arbeitsplätze zum Zweck der Weiterbeschäftigung des anderenfalls von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers frei zu machen. Würde man den Arbeitgeber nun dazu verpflichtet sehen wollen, eine überlassene Arbeitskraft abzubauen und auf diese Weise die Weiterbeschäftigung eines Stammarbeitnehmers zu ermöglichen, so läge darin rein materiell betrachtet eine Art Sozialvergleich, weil der Arbeitgeber eben dazu gehalten werden würde, anstelle des Arbeitsplatzinhabers

---

<sup>573</sup> IdS *Rost*, NZA-Beil 2009, 23 (26 f); ebenso *Hamann*, NZA 2010, 1211 (1214).

<sup>574</sup> In ähnlicher Weise wurde in der Literatur das Verhältnis der – zwischenzeitlich aufgehobenen – Bestimmung des § 8 Abs 2 AuslBG zu § 105 ArbVG diskutiert; vgl dazu *Schrammel*, Ausländerbeschäftigung 156 ff, *Brodil*, ZAS 1996, 181.

des infolge seiner unternehmerischen Disposition entfallenen Arbeitsplatzes einen anderen Arbeitnehmer abzubauen. Ob der Gesetzgeber durch die in § 2 Abs 3 AÜG normierte Vorgabe, dass durch den Einsatz von überlassenen Arbeitnehmern keine Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze der Stammarbeitnehmer bewirkt werden darf, die Bestimmung des § 105 Abs 3c ArbVG aber auch wirklich materiell derogieren wollte, ist mE jedoch durchaus zweifelhaft. Führt man sich nämlich die diesbezüglich in den Gesetzesmaterialien<sup>575</sup> wiederzufindenden Erläuterungen vor Augen, denen zufolge vor allem der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften „*als billigere Alternative*“ hintangehalten werden soll, so scheint diese Bestimmung vorrangig darauf abzielen, den schlichten Austausch von Stamm- gegen Leiharbeitnehmer hintanzuhalten. Dies ist in der im gegebenen Zusammenhang zur Diskussion stehenden Konstellation aber gerade nicht der Fall. Vor diesem Hintergrund ist aus meiner Sicht daher nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber durch die Regelung des § 2 Abs 3 AÜG auch tatsächlich eine Abänderung der Bestimmung des § 105 Abs 3c ArbVG angestrebt hat. IdS wird die Verpflichtung des Arbeitgebers, überlassene Arbeitskräfte abzubauen um an deren Stelle einen Stammarbeitnehmer weiterbeschäftigen zu können, im Ergebnis daher wohl verneint und auch der durch einen Leiharbeitnehmer besetzte Arbeitsplatz damit nicht in die Beurteilung allfälliger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht miteinbezogen werden müssen.

#### 7.3.3.3. Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz

##### *i) Die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz*

Selbst wenn nach den zuvor angestellten Überlegungen nunmehr davon auszugehen ist, dass dem Arbeitgeber aufgrund seiner sozialen Gestaltungspflicht nur die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem innerhalb seiner organisatorischen Strukturen bereits bestehenden, nicht durch einen anderen Arbeitnehmer besetzten Arbeitsplatz abverlangt werden kann, bleibt doch zu klären, welche Beschäftigungsmöglichkeiten im gegebenen Zusammenhang überhaupt als „Ersatzarbeitsplatz“ in Betracht zu ziehen sind. Zur Beantwortung dieser Frage wird unweigerlich auf das Kriterium der **Zumutbarkeit** zurückgegriffen werden müssen. Selbst im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht wird vom Arbeitgeber nämlich jedenfalls nicht verlangt werden können, dass er den Arbeitnehmer auf einem Arbeitsplatz einsetzt, für den dieser aus fachlicher Sicht weitestgehend ungeeig-

---

<sup>575</sup> ErlB 450 BlgNr XVII. GP 17.

net ist. Eine derartig weitgehende Einschränkung des arbeitgeberseitigen Rechts zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann wohl keinesfalls durch das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Beschäftigungsverhältnisses gerechtfertigt werden und erweist sich daher selbst im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes als zu weitgehend. Umgekehrt wird ein Arbeitsplatz aber nicht schon allein deshalb als potentielle Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auszuschließen sein, weil diese nicht vollinhaltlich mit der bisherigen Verwendung des Arbeitnehmers übereinstimmt. Ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem konkreten Arbeitsplatz im jeweiligen Einzelfall zugemutet werden kann oder nicht, muss daher immer unter Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Fortsetzung seines Beschäftigungsverhältnisses mit jenen des Arbeitgebers an dessen Beendigung beurteilt werden.<sup>576</sup> Eine allfällige vieljährige ununterbrochene Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unternehmen sowie die aufgrund des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess bei älteren Arbeitnehmern werden dabei aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 105 Abs 3b ArbVG besonderes zu berücksichtigen sein. IdS hat auch der OGH wiederholt festgehalten, dass für die Prüfung allfälliger Weiterverwendungsmöglichkeiten „*ganz besonders bei älteren und im Betrieb lange beschäftigten Arbeitnehmern*“ ein strenger Maßstab anzulegen ist.<sup>577</sup>

Unter Heranziehung der in diesem Zusammenhang sehr differenzierten und in weiten Teilen durchaus überzeugenden höchstgerichtlichen Rspr soll in den nachfolgenden Abschnitten versucht werden, einige allgemeine Aussagen dahingehend zu treffen, unter welchen Voraussetzungen eine Beschäftigungsmöglichkeit als zumutbarer Ersatzarbeitsplatz zu qualifizieren ist und dem Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht damit die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers als gegenüber der Kündigung gelinderes Mittel abverlangt werden muss.<sup>578</sup>

---

<sup>576</sup> So wohl auch *Tinhofer*, Kündigung, 109; *ders*, in Mazal/Risak, XVIII Rz 58.

<sup>577</sup> IdS schon OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; vgl außerdem OGH 10.6.1988, 9 ObA 19/98d mwN; wohl zu weitgehend erweist sich mE demgegenüber die vom OGH bislang in bloß einer Entscheidung erhobene Forderung, der Arbeitgeber habe die Arbeit anders zu organisieren, sodass ein gesundheitlich beeinträchtigter Arbeitnehmer weiterhin beschäftigt werden kann, weil eine derartig weitreichende Verpflichtung des Arbeitgebers gegen die betrieblichen Organisationsstruktur und damit die absoluten Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht verstößt; vgl dazu OGH 24.8.1998, 8 ObA 172/98x.

<sup>578</sup> Die Weiterbeschäftigung auf einem Ersatzarbeitsplatz stellt im Regelfall eine Versetzung dar und kann als solche Mitwirkungsbefugnisse nach § 101 ArbVG auslösen.

*i) Weiterbeschäftigung auf einem „gleichwertigen“ Ersatzarbeitsplatz*

Zunächst wird der Arbeitgeber mE jedenfalls dann zur Weiterverwendung eines Arbeitnehmers gehalten sein, wenn ihm innerhalb seiner organisatorischen Strukturen ein dessen bisheriger Beschäftigungsmöglichkeit **gleichwertiger Arbeitsplatz** zur Verfügung steht. IdS bejaht auch der OGH in stRspr die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Weiterverwendung des Arbeitnehmers auf all jenen Arbeitsplätzen, die dessen „*bisheriger Berufspraxis*“ entsprechen.<sup>579</sup> Für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des Arbeitsplatzes mit der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit wird aus meiner Sicht dabei in erster Linie auf die Verkehrsauffassung abzustellen sein, sodass pauschale, allgemein gültige Aussagen nur schwer zu treffen sind.<sup>580</sup> Als gleichwertig ist ein Arbeitsplatz – in Anlehnung an die deutsche Rspr<sup>581</sup> – aber zweifelsohne wohl jedenfalls dann zu qualifizieren, wenn die in dieser Funktionseinheit zusammengefassten Tätigkeitsinhalte im Wesentlichen jenen Aufgaben entsprechen, die der Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsvertrages als Grundlage für die Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz zu leisten verpflichtet war und der Arbeitnehmer daher ohne Änderung der vertraglichen Grundlage kraft des dem Arbeitgeber zustehenden Weisungsrechts dort beschäftigt werden kann. Gleichzeitig darf die inhaltliche Ausgestaltung der bisherigen vertraglichen Grundlage aber freilich nicht als starre Grenze verstanden und einem Arbeitsplatz das Prädikat der „Gleichwertigkeit“ allein deshalb verweigert werden, weil die Beschäftigung darauf nicht (in vollem Umfang) durch den Arbeitsvertrag abgedeckt wird. Vielmehr wird in diesem Zusammenhang auf eine Gesamtbeurteilung abzustellen sein, wobei aus meiner Sicht unterschiedliche Kriterien (wie bspw die inhaltliche Ausrichtung und hierarchische Positionierung des Arbeitsplatzes in der betrieblichen Ordnung ebenso wie die Ausbildung und bisherige Berufserfahrung des betreffenden Arbeitnehmers) Berücksichtigung finden müssen. Bezogen auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles wird die Vergleichbarkeit eines Arbeitsplatzes mit der bisher vom Arbeitnehmer ausgefüllten Beschäftigungsmöglichkeit dabei im Rahmen eines beweglichen Systems zu beurteilen und festzustellen sein, ob der betreffende Arbeitsplatz als

---

<sup>579</sup> OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m.

<sup>580</sup> Überlegt werden könnte in diesem Zusammenhang eventuell auch, zur weiteren Konkretisierung des Kriteriums der Gleichwertigkeit auf den in § 105 Abs 3c ArbVG gesetzlich normierten Begriff der „Tätigkeitspartie“ zurückzugreifen und die diesbezüglich von Rspr und Literatur entwickelten Ansätze auch auf die vorliegende Fragestellung zu übertragen; für eine Darstellung der idZh ergangenen Rspr und Lit vgl *Wollinger*, Betriebsbedingte Kündigung und Sozialvergleich, WBl 2008, 311 (318 f).

<sup>581</sup> BAG 29.3.1990, 2 AZR 369/89, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 50; BAG 15.12.1994, 2 AZR 327/94, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr 67.

„gleichwertig“ qualifiziert werden kann und daher im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht Beachtung zu finden hat. Vor diesem Hintergrund durchaus zutreffend hat der OGH daher festgehalten, dass die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem bestimmten Arbeitsplatz im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht nicht per se schon deshalb außer Acht gelassen werden kann, weil dieser schlechter entlohnt ist.<sup>582</sup> Ebenso wenig wird mE eine nach der Verkehrsauffassung für das Vertrautwerden mit einer bestimmten Tätigkeit übliche Einarbeitungs- und Gewöhnungszeit als schädlich für die Qualifikation eines Arbeitsplatzes als mit der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit gleichwertig erachtet werden können.<sup>583</sup>

Schon aus der Natur der sozialen Gestaltungspflicht ist dabei meiner Meinung nach zu folgern, dass der Arbeitgeber dazu gehalten ist, die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz von sich aus zu prüfen, bevor er unter Berufung auf betriebliche Erfordernisse eine Kündigung ausspricht. Dies entspricht wohl auch der Ansicht des OGH, der in einer noch relativ jungen Entscheidung betont hat, dass es für die Rechtfertigung der Kündigung eines Arbeitnehmers nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG grundsätzlich nicht ausreicht, wenn sich bloß ex post herausstellt, dass zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs kein Ersatzarbeitsplatz zur Verfügung gestanden hat.<sup>584</sup> Wird der Arbeitgeber fündig und steht ihm ein gleichwertiger Arbeitsplatz zur Verfügung, so ist er nach zutreffender höchstgerichtlicher Rspr dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf diesem aktiv anzubieten,<sup>585</sup> wobei – wie der OGH erst kürzlich betont hat – ein unklar formuliertes, vages Angebot grundsätzlich nicht ausreicht, um der sozialen Gestaltungspflicht gerecht zu werden.<sup>586</sup> Freilich wird dort, wo es aufgrund neu hinzuge-

---

<sup>582</sup> OGH 7.10.1998, 9 ObA 233/98z.

<sup>583</sup> IdS hat auch der OGH die infolge der Umstellung von Holz- auf Gas- und Ölöfen ausgesprochene Kündigung eines Holzofenkonstruktors als betrieblich nicht gerechtfertigt erachtet, weil dieser nach einer gewissen Anlaufzeit auch für die Konstruktion von Gas- und Holzöfen hätte eingesetzt werden können und der Arbeitgeber sich daher nicht auf betriebliche Erfordernisse berufen kann, wenn durch die stattdessen erfolgte Einstellung einer Spezialkraft bloß die Einarbeitungsphase entfallen war; OGH 22.12.1994, 8 ObA 335/94.

<sup>584</sup> OGH 25.6.2007, 9 ObA 3/07t.

<sup>585</sup> So hat der OGH wiederholt festgehalten, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung dann nicht anzubieten hat, wenn das Anforderungsprofil der betreffenden Stelle nicht dessen bisheriger Berufspraxis entspricht; vgl zB OGH 1.6.1989, 9 ObA 110/88, OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; im Umkehrschluss kann daraus gefolgert werden, dass ein aktives Anbieten vom OGH jedenfalls dort gefordert wird, wo es sich um einen gleichwertigen Arbeitsplatz im soeben dargelegten Sinn handelt; so auch schon *Köck*, *ecolex* 1990, 42 (42 f); *Grillberger*, *WBl* 1990, 7 (10); *Karl*, Kündigung 143.

<sup>586</sup> Vgl OGH 20.1.2012, 8 ObA 95/11w, wo der OGH die Erfüllung der sozialen Gestaltungspflicht deshalb in Zweifel zieht, weil „das Angebot an den Kläger unklar formuliert war und in den schon angesprochenen

kommener Tätigkeiten einer entsprechenden Anpassung des arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeitsinhaltes bedarf, für den tatsächlichen Einsatz die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich sein. Verweigert der Arbeitnehmer diese und steht kein gelinderes Mittel zur Vermeidung der Kündigung zur Verfügung, wird die soziale Gestaltungspflicht aber als erfüllt angesehen und die Kündigung als betrieblich bedingt gewertet werden müssen.

*ii) Weiterbeschäftigung auf einem „anderen“ Arbeitsplatz*

Fraglich ist, ob und inwieweit der Arbeitgeber – etwa dann wenn ein mit der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit gleichwertiger Arbeitsplatz fehlt – zur Vermeidung der Kündigung auch die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers nicht gleichwertigen Arbeitsplatz zu prüfen hat. Dass der OGH die Weiterbeschäftigung auf einem solchen „anderen“ Arbeitsplatz grundsätzlich als von der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitnehmers umfasst sieht, hat er in diversen Entscheidungen<sup>587</sup> zu erkennen gegeben.<sup>588</sup> Ebenso zu erkennen gegeben hat der Gerichtshof in diesen Entscheidungen jedoch, dass den Arbeitgeber hinsichtlich solcher Beschäftigungsmöglichkeiten **keine „Angebotspflicht“** trifft und die soziale Gestaltungspflicht in diesem Zusammenhang damit eine bloß „relative“ ist. IdS hat sich der OGH erstmals in Bezug auf die Kündigung eines Bautechnikers geäußert, die mit der Begründung angefochten wurde, dass ihm die zum damaligen Zeitpunkt betriebsintern ausgeschriebene Stelle eines kaufmännischen Auftragsreferenten nicht angeboten worden war. Der OGH bejahte die Betriebsbedingtheit der Kündigung und hielt fest, dass dann, wenn „es sich um eine eher ungewöhnliche Möglichkeit der Weiterverwendung“ handelt, der

---

*Punkten (variables Entgelt, Einbußen bei den Pensionsleistungen, Art der neuen Tätigkeit) trotz Aufklärungsbedarf vage geblieben ist“.*

<sup>587</sup> OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88; OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 17.3.1999, 9 ObA 45/99d; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; OGH 16.12.2008, 8 ObA 74/08b.

<sup>588</sup> Dabei scheint der OGH dem Arbeitgeber in Anlehnung an die in § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG normierte Mindestbeschäftigungsdauer für die Anfechtung einer Kündigung wegen Sozialwidrigkeit auch die Möglichkeit einer Art versuchsweisen Verwendung des Arbeitnehmers auf dem betreffenden Arbeitsplatz für einen Zeitraum von sechs Monaten zuzugestehen, innerhalb derer sich der Arbeitgeber weiterhin auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung berufen kann, sofern der Versuch scheitert, weil der Arbeitnehmer für den Einsatz ungeeignet ist; idS hat der OGH im Falle der Kündigung einer Sprachlehrerin entschieden, deren ursprünglicher Arbeitsplatz infolge der Auslagerung der Sprachschule weggefallen war, weshalb diese sodann versuchsweise auf einer Stelle im Bibliotheksbereich eingesetzt wurde. Weil sich jedoch herausstellte, dass die Arbeitnehmerin die für die Beschäftigung auf diesem Arbeitsplatz gestellten Anforderung nicht erfüllte, wurde sie schließlich unter Berufung auf betriebliche Erfordernisse gekündigt. Der OGH bejahte die objektive Betriebsbedingtheit der Kündigung mit der Begründung, dass sich der Arbeitgeber für einen Zeitraum von sechs Monaten auf den Wegfall des ursprünglichen Arbeitsplatzes stützen könnte; vgl dazu OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m.

Arbeitnehmer „selbst initiativ werden und sich um diese Stelle bewerben“ hätte müssen. Nur unter dieser Voraussetzung wäre der Arbeitgeber verpflichtet gewesen zu prüfen, „ob der Kläger für die außerhalb seiner bisherigen Berufspraxis liegende Funktion – eventuell nach einer entsprechenden Einschulung – überhaupt in Betracht kam.“<sup>589</sup> Dieser Standpunkt wurde in einer Reihe von Folgeentscheidungen bestätigt.<sup>590</sup> Im Gegensatz zur Zuweisung einer gleichwertigen Beschäftigungsmöglichkeit setzt die Weiterverwendung auf einem „anderen“, von der bisherigen Verwendungsmöglichkeit des Arbeitnehmers stark abweichenden Arbeitsplatz damit die **initiative Bekundung der Bereitschaft** zur Verrichtung anderer, von den bisherigen Aufgaben verschiedener Tätigkeiten durch den Arbeitnehmer voraus, was etwa im Wege der Bewerbung im Rahmen einer internen Stellenausschreibung<sup>591</sup> erfolgen kann. Darüber hinaus ist es nach Ansicht des OGH außerdem Sache des Arbeitnehmers, im Kündigungsanfechtungsverfahren zu behaupten und zu beweisen, dass er trotz seiner Ausbildung und bisherigen Berufspraxis über die für den jeweiligen Arbeitsplatz notwendige Eignung verfügt.<sup>592</sup> Nach Ansicht des Gerichtshofs ist dem Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht dabei grundsätzlich auch die **Durchführung einer entsprechenden Ein- oder Umschulung** zumutbar,<sup>593</sup> sofern der Arbeitnehmer infolge einer solchen zumindest eine „Durchschnittsleistung“<sup>594</sup> erbringt.<sup>595</sup> Anhand welcher Kriterien die Eingrenzung der vom Arbeitgeber im konkreten Fall hinzunehmenden Ein- und Umschulungsmaßnahmen zu erfolgen hat, hat der Gerichtshof bislang

---

<sup>589</sup> OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88.

<sup>590</sup> In OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s (1. Rechtsgang) hielt der Gerichtshof fest, dass der Arbeitgeber seine soziale Gestaltungspflicht nicht deshalb verletzt hat, weil er dem als Operator beschäftigten Arbeitnehmer nicht die von seiner bisherigen Beschäftigung stark abweichende Verwendung als Lagerarbeiter, Staplerfahrer oder Autowäscher angeboten hat, zumal der Arbeitnehmer in diesem Fall selbst hätte aktiv werden und dem Arbeitgeber seine Bereitschaft zur Besorgung dieser Tätigkeiten hätte mitteilen müssen; zust OGH 17.3.1999, 9 ObA 45/99d (2. Rechtsgang); Ebenso führte der OGH in OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m in Bezug auf die Kündigung einer Sprachtrainerin aus, dass aus der sozialen Gestaltungspflicht für den Arbeitgeber jedenfalls nicht die Verpflichtung resultiert, einem Arbeitnehmer statt einer weggefallenen Sachbearbeitertätigkeit in einem völlig anderen Bereich trotz mangelnder Qualifikation eine allfällige Führungsposition anzubieten; vgl außerdem OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; OGH 16.12.2008, 8 ObA 74/08b.

<sup>591</sup> So etwa in OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88.

<sup>592</sup> Vgl zB OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h.

<sup>593</sup> OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h; OGH 8.9.2005, 8 ObA 51/05s; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; OGH 29.8.2011, 9 ObA 105/11y.

<sup>594</sup> OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 10.6.1998, 9 ObA 19/98d; OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m; OGH 8.9.2005, 8 ObA 51/05s

<sup>595</sup> In ähnlicher Weise hält auch § 1 II Abs 3 KSchG ausdrücklich fest, dass die Kündigung dann sozial ungerichtlich ist, wenn „die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen“ möglich ist.

nicht näher ausgeführt; zu berücksichtigen wird neben der Dauer der jeweiligen Maßnahme mE aber insb sein, mit welchen Kosten diese verbunden ist und wie es um deren Erfolgsaussichten bestellt ist. Jedenfalls dort, wo der Arbeitgeber auch einen erst neu einzustellenden Arbeitnehmer in demselben Ausmaß einschulen müsste, werden ihm derartige Maßnahmen aber wohl abzuverlangen sein.

Fraglich ist, ob die soziale Gestaltungspflicht auch dann erfüllt ist, wenn es durch die Weiterverwendung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz zu einer Änderung der dem Arbeitnehmer auf kollektiv- oder einzelvertraglicher Basis gebührenden Entlohnung kommen würde.<sup>596</sup> Der OGH hat dies bejaht und in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers jedenfalls nicht soweit geht, den Arbeitnehmer auf dem neuen weniger qualifizierten Posten im bisherigen Umfang zu entlohnen.<sup>597</sup> Dies hat der OGH erst wieder vor kurzer Zeit in der Entscheidung vom 20.1.2012 ausdrücklich festgehalten.<sup>598</sup> Dieser Ansicht ist mE zuzustimmen. Die Entlohnung eines Arbeitnehmers bestimmt sich immer in Abhängigkeit von den von ihm im Rahmen seiner vertraglichen Verpflichtung geschuldeten Tätigkeiten; verändern sich diese, wird selbst im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht vom Arbeitgeber nicht gefordert werden können, dass er den Arbeitnehmer weiterhin auf Basis der ursprünglich geschuldeten Arbeitsinhalte entlohnt, obwohl er zwischenzeitig in einer ganz anderen Verwendung beschäftigt wird. Vielmehr wird die soziale Gestaltungspflicht grundsätzlich wohl dann als erfüllt gewertet werden müssen, wenn der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung auf dem „anderen“ Arbeitsplatz zu jenen Entgeltbedingungen anbietet, die nach der jeweiligen kollektivvertraglichen Einstufung der dort zu verrichtenden Tätigkeiten geschuldet werden oder mangels einer solchen nach § 1152 ABGB angemessen erscheinen.<sup>599</sup> Besondere Be-

---

<sup>596</sup> Anzumerken ist, dass dem Arbeitgeber – und dies muss bis zur Grenze des kollektivvertraglichen Mindestentgelts wohl strenggenommen für die Weiterbeschäftigung auf einem „gleichwertigen“ ebenso gelten wie auf einem „anderen“ Arbeitsplatz – jedenfalls eine Entgeltminderung von 10 bis 15% nicht verwehrt werden kann; dies ergibt sich bereits aus dem Erfordernis der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung und der dazu ergangenen Rspr des OGH, derzufolge dem Arbeitnehmer in diesem Umfang auch die Annahme eines Angebotes zur Änderung der Entgeltbedingungen zumutbar und die idZh ausgesprochene Änderungskündigung nicht sozialwidrig ist; vgl dazu auch unter 6.4.2. Der Meinungsstand zur Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung; IdS hat auch der OGH in der Entscheidung vom 23.5.1997 die Erfüllung der sozialen Gestaltungspflicht im Falle einer durch die Versetzung bedingten Einkommensverminderung von 12 bis 15% bejaht, weil sich der Arbeitnehmer eine „gewisse Einkommensreduktion [...] als Beitrag zu seiner Arbeitsplatzsicherung gefallen lassen“ muss; vgl dazu OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v.

<sup>597</sup> OGH 12.1.2000, 9 ObA 289/99m.

<sup>598</sup> OGH 20.1.2012, 8 ObA 95/11w.

<sup>599</sup> Ebenso wohl *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 208, demzufolge das Angebot immer nur zu jenen Bedingungen zu erfolgen hat, die für den betreffenden Arbeitsplatz normativ und betriebsüblich gelten und

rücksichtigung wird dabei aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 105 Abs 3b ArbVG aber die Dauer der Betriebszugehörigkeit und die aufgrund des höheren Alters bestehenden Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt finden müssen. So hat auch der OGH in Zusammenhang mit der Durchführung eines Sozialvergleichs festgehalten, dass das dem Arbeitnehmer zu gewährende Entgelt aufgrund der Einstufung der neuen Verwendung in den jeweiligen Entgeltrichtlinien (Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, vertragliches Gehaltsschema) unter Beachtung seines Alter, der Dauer seiner Verwendung sowie der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit zu berechnen ist.<sup>600</sup>

*iii) Weiterbeschäftigung bei Bestehen mehrerer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten*

Stehen dem Arbeitgeber mehrere zumutbare Ersatzarbeitsplätze zur Verfügung, auf denen der Arbeitnehmer auch in Zukunft weiterbeschäftigt werden kann, so hat er dem Arbeitnehmer im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht die Weiterverwendung auf jenem Arbeitsplatz anzubieten, durch die die Interessen des Arbeitnehmers am wenigsten beeinträchtigt werden. Dies ergibt sich aus der Natur der sozialen Gestaltungspflicht und der darin zum Ausdruck kommenden Verpflichtung des Arbeitgebers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers.<sup>601</sup> Dass auch der OGH diesen Standpunkt teilt, hat er kürzlich in der Entscheidung vom 20.1.2012 bestätigt, in der er die Erfüllung der sozialen Gestaltungspflicht deshalb in Zweifel gezogen hat, weil die Arbeitgeberin im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nicht in ausreichendem Maße dargelegt hat, „*dass es sich bei dem dem Kläger angebotenen Ersatzarbeitsplatz um den für diesen bestmöglichen Arbeitsplatz gehandelt hat, der in ihrem Betrieb vorhanden war*“.<sup>602</sup>

*Schrank* ist jedoch darin zuzustimmen, wenn er meint, dass der Arbeitgeber seine soziale Gestaltungspflicht auch dann erfüllt hat, wenn er dem Arbeitnehmer die Auswahl zwischen mehreren Beschäftigungsmöglichkeiten frei stellt.<sup>603</sup>

---

ein Festhalten an den Konditionen des bisherigen Arbeitsplatzes nicht gefordert werden kann; aA *Tinhofer*, der die Entgeltbedingungen auf dem Ersatzarbeitsplatz unter Berufung auf den sozialen Kündigungsschutz von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles abhängig machen und eine Entgeltschmälerung nur soweit zulassen will, als diese unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien zumutbar ist; vgl *Tinhofer*, in *Mazal/Risak*, XVIII Rz 63.

<sup>600</sup> OGH 22.2.1989, 9 ObA 39/89.

<sup>601</sup> *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 209.

<sup>602</sup> OGH 20.1.2012, 8 ObA 95/11w.

<sup>603</sup> *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 209.

#### 7.3.3.4. Exkurs: Weiterbeschäftigung durch Abbau von Überstunden?

Abschließend soll an dieser Stelle der Frage nachgegangen werden, ob und inwiefern der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht dazu verhalten werden kann, die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers durch den Abbau von Überstunden zu ermöglichen. Der OGH hat dazu in der bislang vereinzelt gebliebenen Entscheidung vom 15.3.1989<sup>604</sup> Stellung genommen und festgehalten, dass für die Beurteilung der Erfüllung der sozialen Gestaltungspflicht vom Gericht zu prüfen ist, ob die Verrichtung der in hohem Maße anfallenden Überstunden „im Einzelfall den Arbeitnehmerschutzvorschriften entspricht und ob sie zumindest zum Teil vermeidbar sind.“ Diese höchstgerichtlichen Ausführungen werden in der Literatur zT dahingehend gedeutet, dass der OGH dem Arbeitgeber unter den genannten Voraussetzungen die Erhaltung des bisherigen oder die Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes wohl zumuten will.<sup>605</sup> *Tomandl* sieht den Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht jedenfalls dann zu einem solchen Vorgehen verpflichtet, wenn es sich um unzulässige Überstunden handelt.<sup>606</sup> IdS müsse eine Kündigung immer dann als sozialwidrig qualifiziert werden, wenn sich durch den Abbau solcher Überstunden ein Bedarf für eine zusätzliche Arbeitskraft mit den Qualifikationen des betreffenden Arbeitnehmers ergeben hätte. Handelt es sich demgegenüber um Überstunden, die im Rahmen der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben abgeleistet werden, so ist die Obligation zu deren Abbau nach *Tomandl* davon abhängig zu machen, ob dadurch ein neuer Arbeitsplatz geschaffen werden könnte, der für den anderenfalls von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer in Betracht kommt. Insb dort, wo die Überstunden auf eine Vielzahl von Arbeitnehmern verteilt sind und verschiedene Tätigkeitsinhalte betreffen, wird dies seiner Ansicht nach regelmäßig nicht bejaht werden können, weil – wie die Ausführungen *Tomandls* von *Mair*<sup>607</sup> weiter präzisiert werden – in diesem Fall die aufgrund der unterschiedlichen Arbeiten notwendigen Anforderungen und das vergleichsweise eingeschränkte Leistungsprofil des Arbeitnehmers zu verschieden sind, als dass dadurch eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eröffnet würde.

Auch wenn *Tomandl* im Ergebnis zumindest teilweise zuzustimmen ist, muss an dieser Stelle zunächst doch nochmals ausdrücklich betont werden, dass der Arbeitgeber im

---

<sup>604</sup> OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88.

<sup>605</sup> IdS etwa *Wolligger*, in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 105 ArbVG Rz 216.

<sup>606</sup> *Tomandl*, Kündigung 55; zust *Karl*, Kündigung, 143; *Mair*, WBl 2005, 445 (454).

<sup>607</sup> *Mair*, WBl 2005, 445 (454).

Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht nicht dazu verpflichtet werden kann, entgegen seinem unternehmerischen Organisationskonzept einen Arbeitsplatz nur deshalb zu erhalten oder gar zu schaffen, um dadurch die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu ermöglichen. Da die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers zur Gestaltung seiner betrieblichen Organisationsstrukturen nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Verständnis durch die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht eingeschränkt wird, sind – wie bereits zuvor dargelegt wurde – grundsätzlich auch die vom Arbeitgeber zur Vermeidung einer Kündigung zu fordernden Maßnahmen an dem von ihm vorgegebenen Organisationskonzept auszurichten. IdS bilden die betrieblichen Organisationsstrukturen damit die Grenze der sozialen Gestaltungspflicht. Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bei Vorliegen unzulässiger Überstunden ist strenggenommen jedoch keine aus der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers heraus resultierende Konsequenz, sondern ergibt sich mE schon aus dem Fortbestand des Arbeitsplatzes des betreffenden Arbeitnehmers.<sup>608</sup> Davon abgesehen, dass dem Arbeitgeber bei einem Anfall gesetzwidriger Überstunden praktisch wohl kaum der Nachweis gelingen wird, dass der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers auch tatsächlich entfallen ist, findet die unternehmerische Organisationsfreiheit – wie schon im vorausgehenden Kapitel erläutert wurde – nämlich dort ihre Grenze, wo die betreffende Disposition des Arbeitgebers in einem klaren Widerspruch zu den gesetzgeberischen Wertungen steht. Jedenfalls dann wenn sich der Arbeitgeber dazu entscheidet, einen Arbeitsplatz wegfallen zu lassen und die dadurch frei werdende Arbeit auf die übrigen Arbeitsplätze so zu verteilen, dass den darauf beschäftigten Arbeitnehmern die Leistung unzulässiger Überstunden abverlangt wird, liegt daher eine gegen die arbeitszeitrechtlichen Höchstgrenzen und damit gegen die gesetzgeberischen Wertungen verstoßende Gestaltung der in der betrieblichen Organisationsstruktur bestehenden Arbeitsplätze vor, auf die sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer Kündigung nicht berufen kann. Das Gericht ist im Kündigungsschutzverfahren nicht an eine solche organisatorische Gestaltung gebunden und hat der Anfechtungsklage des Arbeitnehmers im Ergebnis damit schon deshalb stattzugeben, weil dessen Arbeitsplatz aufgrund der Unbeachtlichkeit der der gesetzgeberischen Wertung zuwider laufenden unternehmerischen Disposition als nicht weggefallen gewertet werden muss. Inwiefern dieser Ansatz auch auf

---

<sup>608</sup> Ähnlich wohl auch *Schrank*, der meint: „Ob Überstunden die Schaffung eines eigenen Arbeitsplatzes sinnvoll machen oder nicht, ist eine klare Frage der Unternehmensdisposition; ist diese nicht getroffen worden, kann sie daher auch im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht nicht berücksichtigt werden.“ vgl dazu *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 207.

jene Konstellationen übertragen werden kann, in denen sich die auf die übrigen Arbeitsplätze regelmäßig entfallenden Überstunden innerhalb der gesetzlichen Zulässigkeitsgrenzen des AZG bewegen, ist fraglich. Nicht unbedeutend wird in diesem Zusammenhang wohl sein, ob diese „zulässigen“ Überstunden nach dem gesetzgeberischen Konzept selbst dann zugelassen werden sollen, wenn diese mit einer gewissen Regelmäßigkeit anfallen und der Arbeitgeber diese damit innerhalb der in § 7 AZG normierten Grenzen grundsätzlich auch für seine dauerhafte Personalplanung berücksichtigen darf, oder ob die Möglichkeit der Leistung von Überstunden nur zur Abdeckung eines bloß vorübergehend erhöhten Arbeitsbedarfes eröffnet wurde, sodass es dem Arbeitgeber nach der gesetzgeberischen Wertung verwehrt wird, die Leistung von Überstunden schon in der Ausrichtung seiner betrieblichen Organisationsstruktur entsprechend zu berücksichtigen.

#### **7.4. Die organisatorische Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht<sup>609</sup>**

In Zeiten der immer komplexer werdenden Unternehmensstrukturen und der ansteigenden konzerndimensionalen Verflechtungen drängt sich zunehmend die Frage nach der organisatorischen Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht auf. Ist die Prüfung etwaiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den zu kündigenden Arbeitnehmer auf jenen Betrieb, in den dieser bislang eingegliedert war, beschränkt? Oder sind dabei auch mögliche Verwendungen des Arbeitnehmers in anderen Betrieben des Unternehmens oder gar in Betrieben anderer, mit dem Unternehmen des Arbeitgebers in einem Konzernverbund stehender Unternehmen, miteinzubeziehen? Die nachfolgenden Abschnitte widmen sich der Klärung dieser Fragen.

##### **7.4.1. Der Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung**

Erstmals auf die Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht Bezug genommen haben *Floretta/Strasser*. Noch zu § 25 Abs 4 BRG als Vorgängerbestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG haben sie festgehalten, dass die Möglichkeit der Weiterverwendung in Hinblick auf den „*Gesamtbetrieb*“ zu beurteilen ist und eine weitergehende Prüfung, ob der Arbeitnehmer eventuell in anderen Betrieben des Arbeitgebers Verwendung finden könnte, um die Kündigung zu vermeiden, grundsätzlich nicht zu erfolgen hat.<sup>610</sup> Dasselbe

---

<sup>609</sup> Auszüge des nachfolgenden Abschnittes wurden bereits veröffentlicht; vgl dazu *Hutter*, ZAS 2010, 222.

<sup>610</sup> *Floretta/Strasser*, BRG § 25 379.

hat *Floretta* nach Inkrafttreten des ArbVG sodann auch zu § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG vertreten<sup>611</sup> und ist damit in weiten Teilen des Schrifttums auf Zustimmung gestoßen.<sup>612</sup> Auch der OGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen und wiederholt festgehalten, dass die Verwendungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers auf den „*Gesamtbetrieb*“ hin zu untersuchen sind und betriebliche Gründe die Kündigung daher dann nicht rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer in einer anderen Abteilung dieses Betriebes eingesetzt werden kann.<sup>613</sup> Soweit ersichtlich ist der Gerichtshof nur vereinzelt von diesem Grundsatz abgewichen: So hat er zunächst in der Entscheidung vom 19.6.1991 festgehalten, dass eine Kündigung nur dann nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt ist, wenn „*die gekündigten Arbeitnehmer auch bei Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Versetzung im Betrieb oder in andere Betriebe desselben Unternehmens nicht mehr weiterbeschäftigt werden können*“.<sup>614</sup> Noch einen Schritt weiter ist der OGH in der Entscheidung vom 10.12.1993 gegangen und hat eine durch Rationalisierungsmaßnahmen bedingte Kündigung deshalb als sozial ungerchtfertigt erachtet, weil „*zu prüfen ist, ob nicht allenfalls vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt eine Verwendung des Klägers in einem anderen Bereich des Konzerns möglich gewesen wäre*“.<sup>615</sup> Nach zum Teil heftiger Kritik in der Lehre<sup>616</sup> – *Mazal* hofft auf einen „*lapsus*“, *Runggaldier* spricht von einem „*Versehen*“ – hat der Gerichtshof diese Ausführungen in einer relativ jungen Entscheidung nunmehr ausdrücklich revidiert und „*die generelle Annahme einer konzernweiten sozialen Gestaltungspflicht des AG im Sinne der Verpflichtung, die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung eines AN, dessen Arbeitsplatz wegfällt, konzernweit zu prüfen bzw für die Weiterbeschäftigung des betroffenen AN in einem anderen Konzernbetrieb zu sorgen*“ explizit verneint.<sup>617</sup>

---

<sup>611</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG, §§ 105-107 639.

<sup>612</sup> Vgl zB *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (14); *Grillberger*, WBl 1990, 7 (10); *Tomandl*, Kündigung 55 ff; *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (110 f); aA *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 217 ff; *Tinhofer*, RdW 2009, 816 (817 f), die sämtliche Betriebe des Unternehmens des AG als von der sozialen Gestaltungspflicht umfasst erachten.

<sup>613</sup> OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88; OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88, 9 ObA 280/88; OGH 5.11.1997, 9 ObA 142/97s; OGH 17.3.1999, 9 ObA 45/99d; OGH 30.6.2005, 8 ObA 87/04h; OGH 24.10.2005, 9 ObA 143/05b; OGH 16.12.2008, 8 ObA 74/08b.

<sup>614</sup> OGH 19.6.1991, 9 ObA 120/91.

<sup>615</sup> OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93.

<sup>616</sup> *Mazal*, *ecolex* 1994, 188 (188); *Runggaldier*, RdW 1994, 110 (111); vgl auch *Tomandl*, Kündigung 59; *Gahleitner*, in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 52.

<sup>617</sup> OGH 29.6.2009, 9 ObA 34/08b.

#### 7.4.2. Der Betrieb als Grenze der sozialen Gestaltungspflicht

Wie lässt sich die von der hM geforderte Beschränkung der Prüfung etwaiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf den **Betrieb** des Arbeitgebers nun dogmatisch begründen? Um die organisatorischen Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht abzustecken, muss zunächst auf den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung abgestellt werden. Gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG ist eine die Interessen des Arbeitnehmers wesentlich beeinträchtigende Kündigung dann sozial gerechtfertigt, wenn „betriebliche“ Erfordernisse der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Diese Formulierung legt nahe, dass es bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Kündigung in erster Linie auf die Verhältnisse im „Betrieb“ ankommen soll und im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht etwaige Verwendungsmöglichkeiten daher nur auf Betriebs-, nicht jedoch auf Unternehmens- oder gar auf Konzernebene, zu berücksichtigen sind.<sup>618</sup> Dass eine derartige Sichtweise auch im Willen des historischen Gesetzgebers Deckung findet, bestätigen die Materialien: Schon zu § 25 BRG als Vorgängerbestimmung des § 105 ArbVG vertrat die hM nämlich die Ansicht, dass die Beurteilung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf den Betrieb begrenzt und eine darüber hinausgehende Prüfung nicht erforderlich sei.<sup>619</sup> Wenn die erläuternden Bemerkungen zu § 105 ArbVG<sup>620</sup> sodann festhalten, dass die ursprüngliche Formulierung des § 25 Abs 4 BRG durch die sprachlich veränderte Abfassung in § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG „lediglich verdeutlicht, inhaltlich jedoch nicht verändert“ werden soll, so kann dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden, sich der hM nicht bewusst gewesen zu sein. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass er diese durchaus billigte und an ihr festhalten wollte.<sup>621</sup> IdS hat der Gesetzgeber auch im Rahmen der jüngsten Novellierung der Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz im Zuge der mit 1.1.2011 in Kraft getretenen ArbVG-Novelle bloß deren Untergliederung adaptiert (dies soll den Materialien zufolge der besseren Lesbarkeit dienen) sowie inhaltliche Anpassungen in Bezug auf die Verständigungs- und Anfechtungsfrist, die Einbringung der Klage bei einem unzuständigen Gericht sowie die Berücksichtigung der besonderen Interessenlage älterer Arbeitnehmer vorgenommen, die im gegebenen Zusammenhang zur Diskussion stehende organisato-

---

<sup>618</sup> IdS insb *Grillberger*, WBl 1990, 7 (10); auch *Tomandl*, Kündigung 59.

<sup>619</sup> Vgl dazu zB VwGH Zl 2471/52, Arb 5.637; VwGH Zl 1256/59, Arb 7.330; *Floretta/Strasser*, BRG § 25 379.

<sup>620</sup> 840 BlgStProtNR XIII. GP 87.

<sup>621</sup> Für eine umfassende Analyse der Materialien zu § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG vgl *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 218 f.

rische Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes durch ein Festhalten an den zur Rechtfertigung der Kündigung zu fordernden „betrieblichen Erfordernissen“ demgegenüber aber unverändert belassen.<sup>622</sup>

Neben dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut und den Gesetzesmaterialien spricht mE aber allem voran die systematische Ansiedlung der Kündigungsschutzbestimmungen im Bereich des Betriebsverfassungsrechts gegen die Annahme einer „betriebsübergreifenden“ sozialen Gestaltungspflicht. Dies lässt sich im gegebenen Zusammenhang anhand mehrerer Argumente festmachen: Zunächst ist, wie schon *Grillberger* überzeugend dargelegt hat, dem Betriebsverfassungsrecht die Unterscheidung von „Betrieb“ und „Unternehmen“ nämlich keineswegs fremd.<sup>623</sup> So hat der Gesetzgeber etwa in § 121 Z 1 ArbVG ausdrücklich angeordnet, dass das Gericht der Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes nur dann zustimmen darf, wenn dieses nicht „*im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens*“ weiterbeschäftigt werden kann. Daraus kann gefolgert werden, dass der Gesetzgeber, hätte er auch beim allgemeinen Kündigungsschutz eine derart weitreichende Prüfpflicht vor Augen gehabt, eine ebensolche Ausgestaltung gewählt und nicht rein auf die „*betrieblichen Erfordernisse*“ abgestellt. Darüber hinaus muss die Einschränkung der sozialen Gestaltungspflicht aber insb auch aufgrund der Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes und der Einbeziehung des Betriebsrates im Rahmen des betrieblichen Vorverfahrens bejaht werden. Obwohl der allgemeine Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG gewisse individualrechtliche Züge in sich trägt und seine kollektivrechtliche Konstruktion in den vergangenen Jahren durch entsprechende Gesetzesänderungen eine zunehmende Auflockerung erfahren hat,<sup>624</sup> ist er nach der hM doch nach wie vor als kollektivrechtlich geprägtes, personelles Mitwirkungsrecht der Belegschaft konzipiert.<sup>625</sup> Daher

---

<sup>622</sup> 901 BlgRV XXIV. GP 6.

<sup>623</sup> So weist *Grillberger*, WBI 1990, 7 (10), darauf hin, dass sowohl in der Bestimmung über die für die Anfechtung einer Kündigung wegen Sozialwidrigkeit erforderliche Mindestbeschäftigungsdauer (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) als auch in der Regelung über den besonderen Bestandschutz für Betriebsratsmitglieder (§ 121 Z 1 ArbVG) explizit von den Begriffen „*Betrieb*“ und „*Unternehmen*“ die Rede ist; zustimmend *Tomandl*, Kündigung 59; *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (111).

<sup>624</sup> So etwa durch die ArbVG-Novelle 1990 (BGBl I 1990/411), aber auch durch das ASRÄG 1997 (BGBl I 1997/139) und das ARÄG 2000 (BGBl I 2000/44).

<sup>625</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 621; *ders*, WBI 1987, 77 (78) mwN; *Gahleitner*, in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 1; idS hielt auch der OGH in der Entscheidung vom 2.6.2009 fest, dass es sich beim allgemeinen Kündigungsschutz „*um einen kollektivrechtlich geprägten Kündigungsschutz mit dem vorrangigen Ziel der Wahrnehmung der Gesamtinteressen der Arbeitnehmerschaft*“ handelt; im Ergebnis bejaht der Gerichtshof dann aber die Anwendbarkeit der Artt 18 ff EuGVVO auf die Kündigungsanfechtung nach § 105 ArbVG unter Berufung auf die gemeinschaftsrechtlich autonome Auslegung dieser Bestimmungen; vgl dazu OGH 2.6.2009, 9 ObA 144/08d.

stehen – mag der einzelne Arbeitnehmer auch „*Nutznießler*“ sein – nicht primär dessen individuelle Eigeninteressen im Vordergrund.<sup>626</sup> Vielmehr ist der allgemeine Kündigungsschutz in erster Linie darauf gerichtet, den Bedürfnissen der im Betrieb beschäftigten Gesamtheit der Arbeitnehmer gerecht zu werden<sup>627</sup> und einen Ausgleich zwischen den Interessen der Belegschaft einerseits und jenen des Betriebsinhabers andererseits herbeizuführen. IdS hat auch *Windisch-Graetz* überzeugend darauf hingewiesen, dass das in sich geschlossene System des Betriebsverfassungsrechts ob der grundsätzlichen Beschränkung des Betätigungsfelds des Betriebsrats auf den Betrieb durch eine Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht über diese Grenzen hinaus in bedenklicher Weise aus dem Gleichgewicht gebracht werden würde, weil der Betriebsrat die Interessenvertretung nicht mehr den gesetzgeberischen Vorstellungen entsprechend wahrnehmen könnte.<sup>628</sup> In Anbetracht der organisatorischen Grenzen der betrieblichen Mitbestimmungsrechte ist es in der Tat durchaus zweifelhaft, ob die mit deren Einräumung verfolgte Zielsetzung tatsächlich erreicht werden kann, wollte man die soziale Gestaltungspflicht nunmehr über die betrieblichen Grenzen hinaus ausdehnen: Wenn nämlich auch nicht zu bestreiten ist, dass – wie *Kreil*<sup>629</sup> und jüngst auch *Tinhofer*<sup>630</sup> ausführen – der Betriebsrat eines Betriebes faktisch idR durchaus in der Lage wäre, durch Einholung von Erkundigungen die Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Betrieben eines Unternehmens zu beurteilen, so sind seine Mitwirkungsrechte nach dem Betriebsverfassungsrecht doch auf den jeweiligen Betrieb beschränkt.<sup>631</sup> Nur für diesen, nicht jedoch darüber hinaus, stehen dem Betriebsrat im Rahmen seiner Mitwirkungsbefugnisse auch rechtlich gesicherte Instrumentarien zur Verfügung, durch die er die Interessen der Belegschaft effektiv wahrnehmen kann. IdS hat auch der OGH in der Entscheidung vom 29.6.2009 argumentiert und ua eben deshalb Bedenken gegen die Annahme einer konzernweiten sozialen Gestaltungspflicht gehegt, weil in das betriebliche Vorverfahren nur der Betriebsrat des Betriebs, in dem der gekündigte Arbeitnehmer bis-

---

<sup>626</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107, 621; *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (110); Eine derartige Konstruktion, in der der Betriebsrat die Interessen des von der Kündigung betroffenen AN hinter denen der Belegschaft zurückstellen kann, hat auch der VfGH als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet; vgl dazu VfGH 5.12.1984, B 370/83 sowie VfGH 23.2.1985, B 517/84, DRdA 1985, 283.

<sup>627</sup> *Floretta*, in *Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105-107 621; *ders*, WBI 1987, 77 (78) mwN; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 472; *Gahleitner*, in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 1.

<sup>628</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (111).

<sup>629</sup> *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 219.

<sup>630</sup> *Tinhofer*, RdW 2009, 816 (817).

<sup>631</sup> IdS auch *Tomandl*, Kündigung 59 f; *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (110).

lang beschäftigt war, „nicht aber derjenige des anderen Betriebs einbezogen wird, der von Dispositionen im Rahmen der Gestaltungspflicht betroffen sein kann“.<sup>632</sup> Treffend hat *Windisch-Graetz* schließlich aufgezeigt, dass dem Gesetzgeber des Betriebsverfassungsrechts „betriebsübergreifende“ Sachverhalte durchaus nicht fremd sind und er dort, wo anderenfalls Rechtsschutzdefizite zu befürchten sind, durch eine ausdrückliche Ausdehnung der betrieblichen Mitbestimmungsbefugnisse über die Betriebsgrenzen hinaus auch entsprechende Vorkehrungen für diese getroffen hat. IdS wurden etwa für den Fall der rechtlichen Verselbstständigung oder Zusammenlegung von Betriebsteilen zum Teil sehr detaillierte Regelungen über die Zuständigkeit des Betriebsrates (§§ 62b f ArbVG) sowie die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen (§ 31 Abs 5, 6 und 6 ArbVG) erlassen. Der Umstand, dass die Mitwirkung bei Kündigungen bei der Aufzählung der dem Zentralbetriebsrat zukommenden Kompetenzen ausgespart worden ist, liefert demgegenüber einen weiteren Beleg dafür, dass die soziale Gestaltungspflicht in der Betriebsgrenze ihre Schranken findet.<sup>633</sup>

Insgesamt lassen sich somit nicht nur aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG und der gesetzlichen Systematik des Betriebsverfassungsrechts, sondern allen voran auch aus der Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes als personelles Mitbestimmungsrecht klare Anhaltspunkte für die Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht gewinnen. Im Ergebnis muss das Bestehen einer generellen unternehmens- oder gar konzernweiten Verpflichtung zur Prüfung etwaiger Weiterverwendungsmöglichkeiten vor diesem Hintergrund damit verneint und der Betrieb als grundsätzliche organisatorische Grenze der sozialen Gestaltungspflicht anerkannt werden. Wenn *Tinhofer* demgegenüber eine Ausdehnung auf die Unternehmensebene fordert, weil bei betriebsbedingten Kündigungen in Wahrheit nicht die Interessen des Betriebes sondern vielmehr die Interessen des Unternehmers als Arbeitgeber ausschlaggebend sind,<sup>634</sup> so ist dem aus rechtspolitischer Sicht zwar grundsätzlich zuzustimmen. Dies auch deshalb, weil durch eine Kündigung – im Gegensatz zur bloßen Versetzung des Arbeitnehmers von einem Betrieb in einen anderen – nicht bloß die Verbindung des Arbeitnehmers zum Betrieb aufgelöst wird, sondern die rechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber als Unternehmer zur Gänze endet. Da ein derartiger Ansatz in der derzeitigen Konzeption des

---

<sup>632</sup> OGH 29.6.2009, 9 ObA 34/08b.

<sup>633</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (111 f).

<sup>634</sup> *Tinhofer*, RdW 2009, 816 (817) unter Berufung auf *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 213.

allgemeinen Kündigungsschutzes aber keine Deckung findet, muss es aus meiner Sicht bei der grundsätzlichen Begrenzung der sozialen Gestaltungspflicht auf die Betriebsebene bleiben.

### 7.4.3. „Betriebsübergreifende“ soziale Gestaltungspflicht als Ausnahme

#### 7.4.3.1. Denkbare Konstellationen einer Erweiterung

Für bestimmte Konstellationen werden im Schrifttum jedoch Ausnahmen von der Beschränkung der sozialen Gestaltungspflicht auf die Betriebsebene anerkannt: So wird eine Verpflichtung des Arbeitgebers, etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten über die Betriebsgrenzen hinaus zu prüfen, insb für den Fall bejaht, dass der Arbeitnehmer in der Vergangenheit bereits in verschiedenen Betrieben des Arbeitgebers beschäftigt war oder der Arbeitgeber sich den Einsatz des Arbeitnehmers in anderen Betrieben zumindest vorbehalten hat.<sup>635</sup> Ebenso erachten einzelne Autoren eine weitreichendere Prüfungspflicht des Arbeitgebers dann als gerechtfertigt, wenn dem Arbeitnehmer eine Dauerstellung zugesagt wurde,<sup>636</sup> der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung zu vertreten hat,<sup>637</sup> der Arbeitnehmer aufgrund eines schweren Arbeitsunfalls besonders schützenswert ist<sup>638</sup> oder eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.<sup>639</sup>

#### 7.4.3.2. Dogmatischen Grundlagen einer Erweiterung auf die Unternehmensebene

Als Begründungsansatz für eine ausnahmsweise unternehmensweite soziale Gestaltungspflicht hat *Grillberger* versucht, die arbeitgeberseitig getroffene Organisationsentscheidung fruchtbar zu machen.<sup>640</sup> Wenn der Gesetzgeber die Freiheit des Arbeitgebers, sein Unternehmen organisatorisch nach Belieben zu strukturieren, grundsätzlich auch respektieren wolle, so solle die Berücksichtigung der organisatorischen Trennung doch zumindest dort ihre Grenzen finden, wo der Arbeitgeber selbst diese missachtet. Setzt der

---

<sup>635</sup> Vgl dazu *Floretta*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 640; *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (14); *Grillberger*, WBI 1990, 7 (10); *Tomandl*, Kündigung 60 f; *Jabornegg*, DRdA 2002, 118 (128 f); *Tinhofer*, in Mazal/Risak, XVIII Rz 59; *Gahleitner*, in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105 Erl 54.

<sup>636</sup> *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (14).

<sup>637</sup> *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (14).

<sup>638</sup> *Floretta*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 640; *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (15).

<sup>639</sup> *Floretta*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107 640; *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (15).

<sup>640</sup> *Grillberger*, WBI 1990, 7 (10); demgegenüber will *Kuderna*, DRdA 1975, 9 (14) die Annahme einer über die Betriebsgrenzen hinausgehenden sozialen Gestaltungspflicht wohl auf das Bestehen einer besonderen Fürsorgepflicht des AG gegenüber dem AN stützen; krit dazu *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (117 f).

Arbeitgeber daher einen Arbeitnehmer in verschiedenen Betrieben ein oder hat er sich diesen Einsatz vertraglich ausbedungen und gibt er damit zu erkennen, dass er keinen Wert auf die organisatorische Gliederung seines Unternehmens legt, so dürfe die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Betriebe auch im Rahmen des Kündigungsschutzes keine Beachtung finden. Vielmehr müsse in einem solchen Fall die Möglichkeit der Weiterverwendung des Arbeitnehmers über die betrieblichen Grenzen hinaus beurteilt werden.

Dieser Ansatz wurde auch von der Rspr aufgegriffen. IdS hat der OGH in der Entscheidung vom 30.8.1989<sup>641</sup> in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht „wegen besonderer Umstände eine weitergehende Prüfpflicht des Arbeitgebers“ über die Betriebsgrenzen hinaus bejaht, weil der Arbeitnehmer zuvor wiederholt in anderen Betrieben des Unternehmens eingesetzt worden war. Ebenso hat der Gerichtshof das Bestehen einer über den Betrieb hinausreichend Prüfpflicht in jenem Fall angenommen, in dem es zu einem durch Umstrukturierungsmaßnahmen bedingten Transfer des Arbeitsplatzes in einen anderen Betrieb des Unternehmens kommt. Durch dieses Vorgehen hat der Arbeitgeber selbst „die bestehenden Betriebsstrukturen aufgebrochen“ und damit eine Verflechtung geschaffen, „die es berechtigt erscheinen lässt, die Umstände, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, an den Erfordernissen beider Betriebe zu messen.“ Der Arbeitgeber ist daher nach Ansicht des Gerichtshofes „verhalten, die Prüfung der Verwendungsmöglichkeit [...] auf das gesamte Unternehmen auszudehnen“.<sup>642</sup>

Unter Hinweis auf die Konzipierung des allgemeinen Kündigungsschutzes als personelles Mitbestimmungsrecht und die organisatorischen Grenzen der betrieblichen Mitbestimmungsbefugnisse steht *Windisch-Graetz*<sup>643</sup> einer solchen Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht über die Betriebsgrenzen hinaus äußerst kritisch gegenüber. Weil die Beschränkung des Betätigungsfeldes des Betriebsrates auf den Betrieb selbst durch den betriebsübergreifenden Transfer eines Arbeitsplatzes nicht gesprengt werde, sieht sie für eine Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht einzig dort Platz, wo der Arbeitnehmer dauerhaft in mehreren Betrieben beschäftigt wird und diese Beschäftigung nicht bloß kurzfristig ist. In diesem Fall sei nämlich die Zuordnung des Arbeitnehmers zu den Belegschaften beider Betriebe gerechtfertigt, sodass die Kündigung nur dann als betrieblich bedingt gewertet werden könne, wenn es in keinem der beiden Betriebe eine Möglichkeit zur Wei-

---

<sup>641</sup> OGH 30.8.1989, 9 ObA 224/89.

<sup>642</sup> OGH 31.8.1994, 8 ObA 236/94.

<sup>643</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (113).

terbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers gebe.<sup>644</sup> Eine darüber hinausgehende Erweiterung der sozialen Gestaltungspflicht hält sie – wenn überhaupt – nur auf vertraglicher Grundlage für möglich – bedacht werden müsse diesbezüglich jedoch, dass im Fall der Herleitung der betriebsübergreifenden sozialen Gestaltungspflicht aus der vertraglichen Fürsorgepflicht diese für alle Arbeitsverhältnisse unabhängig vom Vorliegen eines betriebsratspflichtigen Betriebes und der Erfüllung der Arbeitnehmereigenschaft nach § 36 ArbVG gelten müsse, und damit etwa auch leitende Angestellte einen gewissen Kündigungsschutz genießen würden.<sup>645</sup>

Unter ausdrückliche Bezugnahme auf die Ausführungen *Windisch-Graetz*‘ meint demgegenüber *Pircher*, dass insb bei älteren Arbeitnehmern, die langjährig im Betrieb beschäftigt sind, sowie bei jenen, gegenüber denen sich dies aufgrund der Umstände ergibt (so etwa bei Arbeitnehmern die aufgrund eines Arbeitsunfalls in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt sind), eine betriebsübergreifende Gestaltungspflicht sehr wohl zu bejahen sei und die diesbezüglich geäußerten Bedenken der Ausweitung des Kündigungsschutzes schon deshalb nicht begründet seien, weil grundsätzlich vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgegangen werden müsse und dieses durch das Fürsorgeprinzip nur dort eingeschränkt werde, wo der Gesetzgeber die Beendigungsfreiheit durch den Kündigungsschutz inhaltlich eingeschränkt habe.<sup>646</sup>

#### 7.4.3.3. Kritische Würdigung und Überlegungen zu einer möglichen Erweiterung

Auch wenn sich die Ausführungen *Windisch-Graetz*‘ als konsistent und in sich geschlossen erweisen und die eingemahnte Zurückhaltung hinsichtlich der Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht auf betriebsverfassungsrechtlicher Grundlage nicht unberechtigt erscheint, verbleiben doch gewisse Zweifel an der Allgemeingültigkeit des von ihr vorgebrachten Ansatzes. So darf im gegebenen Zusammenhang nämlich nicht übersehen werden, dass der allgemeine Kündigungsschutz trotz seiner kollektivrechtlichen Konzeption auch gewisse individualrechtliche Elemente aufweist. Dies wird – wie zuvor bereits erwähnt – insb dann evident, wenn man sich vor Augen führt, dass durch die Kündigung nicht bloß die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb, sondern vielmehr die „gesamte“ vertragliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber

---

<sup>644</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (114 f).

<sup>645</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (117 f).

<sup>646</sup> *Pircher*, JBl 2001, 694 (707).

beendet werden soll und es – sofern sich diese auf betrieblicher Ebene manifestieren – uU gar unternehmerische Interessen sind, die eine solche Beendigung veranlassen. Da die ausnahmslose Beschränkung der sozialen Gestaltungspflicht vor diesem Hintergrund ein gewisses Unbehagen auslöst, bleibt zu fragen, wie sich eine ausnahmsweise Erweiterung der sozialen Gestaltungspflicht über die Betriebsgrenzen hinaus dogmatisch herleiten ließe. Am ehesten wird eine solche wohl durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die für ihn aufgrund besonderer Umstände bestehende Zumutbarkeit zur betriebsübergreifenden Prüfung allfälliger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten begründet werden können. Sieht man – anders als *Windisch-Graetz*<sup>647</sup> – die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG trotz der gesetzlichen Anknüpfung an das Vorliegen „betrieblicher Erfordernisse“ nämlich nicht als abschließende Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, so wird man in bestimmten Szenarien wohl durchaus zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung der Kündigung über die Betriebsgrenzen hinaus zur Suche nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den betreffenden Arbeitnehmer verpflichtet ist. Darauf will offenbar auch *Pircher* hinaus, wenn sie das Bestehen einer erweiterten sozialen Gestaltungspflicht dort bejaht, wo sich aufgrund der Umstände des Einzelfalles eine „besondere“ Fürsorge des Arbeitgebers begründen lässt. Wird demnach auf die Fürsorgepflicht als Grundlage für die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht abgestellt, müsste eine solche wohl jedenfalls in jenen Konstellationen gerechtfertigt sein, in denen sich der Arbeitgeber eine Dispositionsbefugnis über den betriebsübergreifenden Einsatz des Arbeitnehmers (etwa in Form einer entsprechenden Versetzungsklausel) vertraglich vorbehalten hat und die Gestaltung des der Beschäftigung zugrunde liegenden Arbeitsvertrages damit einen „überbetrieblichen Bezug“ aufweist.<sup>648</sup> In eine ähnliche Richtung scheint auch *Tomandl* zu tendieren, wenn er zunächst ausführt, dass die Prüfung der Weiterverwendung in mehreren Betrieben jedenfalls dort vorzunehmen ist, „in denen aus der bisherigen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses wahrscheinlich ist, dass der Arbeitnehmer in naher Zukunft in einem anderen Betrieb transferiert worden wäre“ und gleich weiter festhält, dass „die arbeitsvertragliche Ausgestaltung der Arbeitspflicht“ in diesem Zusammenhang Bedeutung gewinnt,

---

<sup>647</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (117).

<sup>648</sup> In ähnlichen Fällen wird in Deutschland das Bestehen einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers diskutiert; vgl dazu *Preis*, in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung<sup>10</sup> § 2 Rz 998 mwN auf Lehre und Rspr.

sodass das Fehlen der Möglichkeit des Arbeitgebers zur einseitigen Versetzung gegen eine solche Annahme spricht.<sup>649</sup>

Da in der Praxis naturgemäß eine wahre Vielfalt an Konstellationen und Varianten vorstellbar ist, in denen das Arbeitsverhältnis einen „überbetrieblichen“ Bezug aufweisen kann und eine Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht damit zumindest zu diskutieren wäre, werden für die abschließende Klärung der damit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen freilich noch weitere Ausführungen und tiefergehende, den Umfang der vorliegenden Auseinandersetzung übersteigende Erläuterungen notwendig sein. Insb wird etwa zu erörtern sein, ob eine über die Betriebsgrenze „erweiterte“ soziale Gestaltungspflicht ihre Rechtsgrundlage auch tatsächlich unmittelbar in § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG finden kann oder ob nicht vielmehr eine analoge Anwendung dieser Bestimmung oder auch die Herleitung auf arbeitsvertraglicher Basis in Erwägung gezogen werden muss (und welche Rechtsfolgen ggf mit der einen oder anderen Variante verbunden sind). Vorweg ist jedoch schon an dieser Stelle festzuhalten, dass es selbst im Fall der Annahme einer aufgrund des überbetrieblichen Bezugs begründeten „betriebsübergreifenden“ sozialen Gestaltungspflicht maximal zu einer Erweiterung eines an sich bestehenden Kündigungsschutzes in organisatorischer Hinsicht, nicht aber – wie wohl von *Windisch-Graetz*<sup>650</sup> befürchtet – zu einer völligen „Neubegründung“ des allgemeinen Kündigungsschutzes auch für bislang nicht von diesem erfasste Arbeitsverhältnisse kommen kann. Wenn der Gesetzgeber Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben oder leitende Angestellte explizit aus dem Anwendungsbereich des § 105 ArbVG ausnimmt, wird ein diesem inhaltlich gleichwertiger Schutz nämlich nicht bloß durch den überbetrieblichen Bezug des Beschäftigungsverhältnisses eines solchen Arbeitnehmers begründet werden können. IdS muss hinsichtlich der betreffenden Personengruppen auch weiterhin von dem für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im allgemeinen geltenden Grundsatz der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ausgegangen werden.<sup>651</sup>

#### 7.4.3.4. Probleme der Erweiterung auf die Konzernebene

Abschließend zu erläutern bleibt, ob und inwieweit die soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers auch einer Ausdehnung auf die Konzernebene zugänglich ist. Dass der

---

<sup>649</sup> *Tomandl*, Kündigung 61.

<sup>650</sup> *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 109 (118).

<sup>651</sup> IdS auch *Pircher*, JBl 2001, 694 (707).

allgemeine Kündigungsschutz grundsätzlich nicht konzerndimensional ausgestaltet ist und damit keine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten konzernweit zu prüfen, hat der OGH – entgegen seinen offenkundig unüberlegten Ausführungen in einem früheren Urteil<sup>652</sup> – mit der Entscheidung vom 29.6.2009<sup>653</sup> ausdrücklich klargestellt. Wie die höchstgerichtlichen Ausführungen in der besagten Rechtssache belegen, scheint der OGH eine ausnahmsweise Ausweitung der sozialen Gestaltungspflicht auf die Konzernebene allerdings dort für denkbar zu halten, wo das Arbeitsverhältnis einen Konzernbezug aufweist.<sup>654</sup> So hat er in seiner rechtlichen Beurteilung nämlich zunächst etwaige Ansatzpunkte für das Vorliegen eines „**konzernbezogenen Arbeitsverhältnisses**“ untersucht, mangels solcher im Ergebnis dann aber festgehalten, dass nach dem vorliegenden Sachverhalt „*im Sinne der dargestellten Rechtslage für die Annahme einer konzernweiten sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers keine Grundlage*“ besteht.

Da nach Ansicht des OGH auch für die Vornahme einer konzernweiten Prüfung allfälliger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zunächst ein „überbetrieblicher“ Bezug zu fordern ist, lassen sich die zuvor angestellten Überlegungen, wann ein solcher als gegeben anzunehmen und eine Ausweitung der sozialen Gestaltungspflicht damit überhaupt in Betracht zu ziehen ist, auch auf die Konzernebene übertragen. Bis dato nicht angesprochen hat der Gerichtshof dabei jedoch ein wesentliches Problem, das sich speziell bei der Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht auf den gesamten Konzern stellt und wodurch sich die Konzern- ganz erheblich von der Unternehmensebene unterscheidet: Wenn die Willensbildung der im Konzernverbund stehenden einzelnen Konzernunternehmen nämlich auch mehr oder weniger stark determiniert ist, so sind Konzernverbindungen doch durch die rechtliche Selbständigkeit der integrierten Unternehmen gekennzeichnet. Innerhalb des Konzerns kann der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers in einem Betrieb eines anderen Konzernunternehmens daher nicht eigenmächtig veranlassen. Vielmehr ist – wie *Schima* überzeugend herausgearbeitet hat – bei der konzernweiten Versetzung von Arbeitskräften immer ein drittes Rechtssubjekt involviert, sodass die Erfüllung einer konzernweiten sozialen Gestaltungspflicht regelmäßig entweder einen Wechsel in der Person des Vertragspartners auf Arbeitgeberseite oder aber eine Versetzung mit Beschäf-

---

<sup>652</sup> OGH 10.12.1993, 9 ObA 310/93.

<sup>653</sup> OGH 29.6.2009, 9 ObA 34/08b.

<sup>654</sup> IdS auch *Felten*, ZAS 2010, 177 (179 f).

tigerwechsel durch Arbeitskräfteüberlassung erforderlich macht.<sup>655</sup> In Hinblick auf die soziale Gestaltungspflicht drängt sich somit unweigerlich die Frage auf, ob für deren Ausdehnung auf die Konzernebene die „bloße“ Konzernbezogenheit des Arbeitsverhältnisses – etwa aufgrund eines tatsächlichen oder zumindest vorbehaltenen Einsatzes des Arbeitnehmers in unterschiedlichen Konzernunternehmen – ausreicht, oder diese zusätzlich voraussetzt, dass der Arbeitgeber über die Möglichkeit verfügt, die Weiterverwendung des Arbeitnehmers rechtlich gegenüber einem anderen, im gemeinsamen Konzernverband stehenden Unternehmen durchzusetzen.

In Deutschland wurde diese Thematik bereits mehrfach diskutiert.<sup>656</sup> Nach Ansicht des BAG kommt eine Erweiterung der Versetzungspflicht des Arbeitgebers auf den gesamten Konzern nur dann in Frage, wenn „*dem Beschäftigungsbetrieb aufgrund einer Abstimmung mit dem beherrschenden Unternehmen oder dem anderen Konzernbetrieb ein bestimmender Einfluss auf die Versetzung eingeräumt worden*“ ist.<sup>657</sup> Dabei spiele es keine Rolle, ob diese Möglichkeit aufgrund eindeutiger rechtlicher Regelungen (so etwa aufgrund eines Beherrschungsvertrages) oder bloß faktisch besteht.<sup>658</sup> Ausschlaggebend sei vielmehr nur, dass die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung nicht dem für eine Übernahme potentiell in Betracht kommenden Unternehmen vorbehalten worden ist.<sup>659</sup> In der Literatur wird die Anknüpfung an das Bestehen einer Durchsetzungsmöglichkeit zum Teil kritisch gesehen; angelastet wird diesem Ansatz vor allen, dass es dadurch zu einer teilweisen Überantwortung der Reichweite der sozialen Gestaltungspflicht in die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers komme.<sup>660</sup>

In Österreich finden sich zu dieser Thematik nur vereinzelte Stellungnahmen. *Kreil* führt im gegebenen Zusammenhang aus, dass insb in jenen Konstellationen, in denen sich die Durchsetzungsmöglichkeit nicht aus einer aufgrund eines Vertrages oder einem Sozialplan bestehenden Selbstbindung des anderen Konzernunternehmens ergibt, ein Kontrahie-

---

<sup>655</sup> *Schima*, RdW 1994, 352 (355).

<sup>656</sup> Für einen Überblick vgl *Bayreuther*, NZA 2006, 819 mwN.

<sup>657</sup> BAG 14.10.1982, 2 AZR 568/80, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr 1; vgl auch BAG 27.11.1991, 2 AZR 255/91, NZA 1992, 644; BAG 21.2.2002, 2 AZR 749/00, NJOZ 2003, 1650; BAG 18.9.2003, 2 AZR 79/02, NZA 2004, 375; BAG 23.3.2006, 2 AZR 162/05, NZA 2007, 30; BAG 23.4.2008, 2 AZR 1110/06, NZA 2008, 939.

<sup>658</sup> zB BAG 21.2.2002, 2 AZR 749/00, NJOZ 2003, 1650; BAG 18.9.2003, 2 AZR 79/02, NZA 2004, 375; BAG 23.3.2006, 2 AZR 162/05, NZA 2007, 30; BAG 23.4.2008, 2 AZR 1110/06, NZA 2008, 939.

<sup>659</sup> Vgl FN 658.

<sup>660</sup> Vgl zB *Preis*, Prinzipien 321 f; *Fiebig*, DB 1993, 582 (583); *Kukat*, BB 2000, 1242 (1244); zustimmend im Ergebnis aber aA *Bayreuther*, NZA 2006, 819 (821) mwN.

rungszwang anzunehmen sei, weil – so ihre Begründung – der Kündigungsschutzanspruch nicht an der Durchsetzbarkeit scheitern dürfe.<sup>661</sup> *Jabornegg* lehnt das Bestehen eines Kontrahierungszwanges eines anderen Konzernunternehmens mit dem ansonsten von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer demgegenüber ab und meint, dass – das Vorliegen eines konzernbezogenen Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt – „*sich einfach der unmittelbare Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens die konzernweite Sicht zurechnen lassen*“ müsse.<sup>662</sup> *Tinhofer* weist schließlich überzeugend darauf hin, dass von einem Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht auch in diesem Zusammenhang nur ein rechtlich mögliches Handeln erwartet werden dürfe. Daher seien etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten innerhalb des Konzerns nur dann zu prüfen, wenn ein konzernbezogenes Arbeitsverhältnis vorliege und der Arbeitgeber rechtlich in der Lage sei, die Überlassung des Arbeitnehmers an ein anderes Konzernunternehmen durchzusetzen.<sup>663</sup> Auch dieser Ansatz wird sich freilich die an der deutschen höchstgerichtlichen Rspr geübte Kritik entgegengehalten lassen müssen. Stellt man nämlich an die Erstreckung des Kündigungsschutzes auf die Konzernebene die Anforderung, dass der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung auch rechtlich durchsetzen können muss, so würde diese in all jenen Fällen, in denen die im Konzernverband stehenden Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft errichtet wurden, schon von vornherein mangels Weisungsgebundenheit des Vorstandes der aufnehmenden Konzerngesellschaft ausscheiden.<sup>664</sup> Führt man sich jedoch den Normzweck des allgemeinen Kündigungsschutzes vor Augen, verbleibt – auch im Sinne einer konsequenten Anerkennung der diesem zugrunde liegenden unternehmerischen Gestaltungsfreiheit – für eine gegenteilige Sichtweise wohl nur wenig Spielraum, wie ein Weiterdenken allfälliger Rechtsfolgen zeigt. Wird das Bestehen einer konzernweiten sozialen Gestaltungspflicht nämlich unabhängig von der rechtlichen Durchsetzbarkeit der Weiterbeschäftigung bejaht, ist fraglich, welche rechtlichen Konsequenzen eintreten sollen, wenn das Arbeitsverhältnis zwar den geforderten Konzernbezug aufweist, der Arbeitgeber aber mangels rechtlicher Einflussmöglichkeiten nicht dazu in der Lage ist, die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers gegenüber anderen, im gemeinsamen Konzernverbund ste-

---

<sup>661</sup> *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 238 f.

<sup>662</sup> *Jabornegg*, DRdA 2002, 118 (129).

<sup>663</sup> *Tinhofer*, RdW 2009, 816 (820).

<sup>664</sup> Gem § 70 Abs 1 AktG hat der Vorstand der AG „*unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der AN sowie des öffentlichen Interesses es erfordert*“.

henden Unternehmen auch tatsächlich durchzusetzen. Abzulehnen ist aus meiner Sicht die – wohl von *Jabornegg* vertretene – Ansicht, wonach den Arbeitgeber in einem solchen Fall eine unbedingte Einstandspflicht für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers treffen soll, weil dies dazu führen würde, dass der Arbeitgeber selbst dann am Bestand des Arbeitsverhältnisses festhalten müsste, wenn ihm jegliche Verwendungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer fehlt, die anderen Konzernunternehmen sich jedoch weigern, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen. Ein derartiges Ergebnis steht mE in einem Widerspruch zum Normzweck des allgemeinen Kündigungsschutzes und ist vor allem vor dem Hintergrund der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit höchst bedenklich. Darüber hinaus scheint es aber auch in Hinblick auf die allgemeinen Regeln über die Vertragsauslegung als durchwegs problematisch, weil damit einer bloßen Versetzungsklausel die Wirkung einer unbedingten Garantiezusage beigemessen werden würde.<sup>665</sup> Insgesamt wird daher wohl davon auszugehen sein, dass der Arbeitgeber in jenen Konstellationen, in denen er die Verwendung des Arbeitnehmers innerhalb des Konzerns rechtlich nicht durchsetzen kann, zumindest dazu gehalten ist, sich vor Ausspruch der Kündigung um die Aufnahme des Arbeitnehmers durch ein anderes Konzernunternehmen zu bemühen.<sup>666</sup> Nur dann, wenn der Unterbringungsversuch trotz Bemühens des Arbeitgebers scheitert, hat dieser seine soziale Gestaltungspflicht erfüllt und kann die Kündigung zulässigerweise aussprechen.

---

<sup>665</sup> *Bayreuther*, NZA 2006, 819 (821 f).

<sup>666</sup> IdS auch *Bayreuther*, NZA 2006, 819 (823); auch in der Rspr des BAG finden sich Hinweise darauf, dass der Arbeitgeber zumindest einen Unterbringungsversuch zu unternehmen hat, anderenfalls die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist; vgl etwa BAG 23.11.2004, 2 AZR 24/04, NZA 2005, 929.



## 8. Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist die Kündigung eines wesentlich in seinen Interessen beeinträchtigten Arbeitnehmers nur dann zulässig, wenn sie durch Gründe in dessen Person oder Verhalten oder aber durch „*betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen*“ bedingt ist. Nach hM liegen solche betrieblichen Erfordernisse dann vor, wenn im gesamten Betrieb kein Bedarf mehr für den betreffenden Arbeitnehmer besteht und dem Arbeitgeber keine andere Möglichkeit zu Verfügung steht, um diesen weiterzubeschäftigen. Unklar ist jedoch, ob der Arbeitgeber als Unternehmer seinen Bedarf an Arbeitskräften frei gestalten kann und inwiefern allfällige Gestaltungen aus Rücksicht auf die sozialen Belange des Arbeitnehmers durch die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes einer Einschränkung unterworfen werden.
2. Ein historischer Rückblick bis hin zu den Ursprüngen des Schutzes des Arbeitnehmers vor sozialwidriger Kündigung in der Bestimmung des § 84 Z 4 dBRG hat gezeigt, dass die Anfänge der Diskussion über diese Fragestellung beinahe genauso weit zurück liegen wie jene der gesetzlichen Regelungen selbst. Obwohl Rspr und Schrifttum seither wiederholt damit beschäftigt waren, fehlt es damals wie heute jedoch – zumindest im österreichischen Diskurs – an einer grundlegenden dogmatischen Aufarbeitung.
3. Die Bestimmungen zum Schutz vor sozialwidriger Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG und jene des deutschen KSchG sind in ihren historischen Wurzeln miteinander verflochten und weisen darüber hinaus noch heute in ihrer gesetzlichen Terminologie entscheidende Gemeinsamkeiten auf. Trotz unterschiedlicher Grundkonzepte konnte deshalb für die Untersuchung der im Zentrum der vorliegenden Arbeit stehenden Thematik auf die diesbezüglich im deutschen Diskurs vorzufindende Auseinandersetzung zurückgegriffen werden.
4. Der OGH ebenso wie der vor ihm als Höchstgericht in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsrechts zuständige VwGH haben die unternehmerische Freiheit in ihrer Rspr wiederholt betont. Wie eine Judikaturanalyse ergeben hat, finden sich in den verschiedensten höchstgerichtlichen Urteilen und Erkenntnissen zur betriebsbedingten Kündigung jedoch immer wieder Aussagen und Formulierungen, die begründeten An-

lass geben, daran zu zweifeln, ob die Rspr das unternehmerische Ermessen tatsächlich im dem wiederholt postulierten Ausmaß respektieren will.

5. Auf verfassungsrechtlicher Ebene findet die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers ihre Absicherung in der in Art 6 StGG verankerten Erwerbsfreiheit sowie der in Art 5 StGG und Art 1 1. ZPMRK normierten Eigentumsfreiheit und der daraus abgeleiteten Privatautonomie. Nach der herrschenden Dogmatik begründen die Grundrechte unter bestimmten Voraussetzungen aber auch staatliche Schutzpflichten und verpflichten den einfachen Gesetzgeber dazu ihre Ausübbarkeit und Funktionalität zu gewährleisten. In Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit besteht die Schutzpflicht darin, in jenen Fällen ein weitestgehendes Machtgleichgewicht der Vertragsparteien herzustellen, in denen dieses aufgrund einer strukturellen Unterlegenheit einer Partei gestört ist. Bezogen auf das Arbeitsverhältnis resultiert damit aus der grundrechtlich geschützten Privatautonomie die Verpflichtung der Gesetzgebung, durch entsprechende gesetzliche Maßnahmen die „wirtschaftliche Kräftebalance“ zwischen den Arbeitsvertragsparteien herzustellen.
6. Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass die grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers und jene des Arbeitnehmers in Hinblick auf die Sicherung des Bestandes von Arbeitsverhältnissen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einander stehen. Nach hM ist es dabei die Aufgabe des demokratisch legitimierten einfachen Gesetzgebers, einen Ausgleich zwischen diesen kollidierenden Grundrechtspositionen zu schaffen. Die Herstellung eines solchen Ausgleiches hat nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu erfolgen, wobei dem einfachen Gesetzgeber ein gewisser rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen steht. IdS muss für die Bestimmung von Freiheiten oder die Ableitung allfälliger Verpflichtungen in erster Linie immer auf die Ausgestaltung der jeweiligen einfachgesetzlichen Bestimmung zurückgegriffen und mittels Interpretation festgestellt werden, auf welche Art und Weise der einfache Gesetzgeber die einander zuwiderlaufenden Interessen zu einem Ausgleich gebracht hat.
7. Einen Ausgleich zwischen den einander zuwiderlaufenden grundrechtlich gesicherten Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes zweifelsfrei getroffen. Durch die Auslegung der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ergibt sich, dass er sich dabei für eine gesetzliche Ausgestaltung entschieden hat, durch die zwar die Beendigungsfreiheit des

Arbeitgebers, nicht jedoch dessen Freiheit zur Gestaltung seiner unternehmerischen Betätigung einer Einschränkung unterworfen wird. Auch im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes steht es dem Arbeitgeber demnach frei, deren Inhalt und Ausmaß eigenverantwortlich und nach freiem Ermessen zu bestimmen und seine unternehmerischen Organisationsstrukturen entsprechend zu gestalten.

8. Aus der Terminologie (arg „*betriebliche*“ Erfordernisse) ebenso wie aus der systematischen Anordnung und Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes als betriebliches Mitbestimmungsrecht geht hervor, dass für die Rechtfertigung einer Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG auf die Betriebsebene als Ausführungs- und Organisationsebene abgestellt werden muss. Wirtschaftliche Gegebenheiten entfalten auf der betrieblichen Organisationsebene jedoch nur dann Auswirkungen, wenn der Unternehmer diese durch eine entsprechende organisatorische Umsetzung einfließen lässt. IdS fällt auch ein Arbeitsplatz iS einer individuellen Organisationseinheit niemals allein mangels Arbeitsvolumen, sondern immer erst aufgrund einer unternehmerischen Disposition weg. Die in Rspr und Literatur teilweise vorzufindende Unterscheidung zwischen den „*von außen her*“ eintretenden und den sich infolge freier unternehmerischer Entscheidung ergebenden Gründen bringt demnach keinen rechtlichen Mehrwert, weil es für das zur Rechtfertigung der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG verlangte Vorliegen betrieblicher Erfordernisse in jedem Fall einer – wenn auch nur an die äußeren Gegebenheiten „anpassenden“ – Gestaltung der Organisationsstrukturen durch den Arbeitgeber bedarf.
9. Die Gegenüberstellung der beiden Kündigungsrechtfertigungstatbestände zeigt, dass eine Kündigung nur dann nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt werden kann, wenn sie durch von der Person des Arbeitnehmers verschiedene Umstände, die aus der Sphäre des Arbeitgebers resultieren, begründet ist. Daraus ergibt sich, dass die objektive Betriebsbedingtheit der Kündigung in einem ersten Schritt immer voraussetzt, dass der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers entfallen ist. Bei Fortbestehen des Arbeitsplatzes in seiner bisherigen Ausgestaltung ist aus rein organisatorischer Sicht nämlich kein nicht in irgendeiner Weise an die Person des Arbeitsplatzinhabers anknüpfender Grund denkbar, weshalb dieser nicht auch in Zukunft auf dem Arbeitsplatz beschäftigt werden sollte.

10. Da der Entfall des Arbeitsplatzes dem Vorliegen „*betrieblicher Erfordernisse*“ immanent ist, ist dieser Tatbestandsmerkmal, nicht aber Regelungsgegenstand der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG. Damit hat der Gesetzgeber bewusst zwischen der durch die Gestaltung der betrieblichen Organisationsstrukturen bedingten Reduktion des Personalbedarfes einerseits und der Reduktion des Personalbestandes andererseits differenziert.
11. IdS bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, über die Anzahl und Ausgestaltung der innerhalb seiner organisatorischen Strukturen bestehenden Arbeitsplätze selbstverantwortlich und nach freiem Ermessen zu disponieren und auf diese Weise seinen Personalbedarf zu bestimmen. Der „Arbeitsplatz“ als organisatorische Funktionsgröße, in der eine Vielzahl von einzelnen Tätigkeitsinhalten zu einer individuellen Einheit zusammengefasst werden, ist dabei nichts anderes als der kleinste Bestandteil dieser betrieblichen Organisationsstruktur, durch den der Arbeitgeber ein bestimmtes Arbeitsvolumen und in der Gesamtheit aller Arbeitsplätze seine unternehmerische Tätigkeit als solche realisiert.
12. Der Begriff der „freien“ unternehmerischen Entscheidung iSd allgemeinen Kündigungsschutzes bezeichnet jede der Kündigung vorausgehende Disposition des Arbeitgebers als Unternehmer über die Führung und Gestaltung seiner unternehmerischen Betätigung samt ihrer Umsetzung auf betriebsorganisatorischer Ebene, aus der der Wegfall des Arbeitsplatzes eines Arbeitnehmers in seiner bisherigen Ausgestaltung und damit ein veränderter Personalbedarf resultiert. Als solche bleibt sie dem freien Ermessen des Arbeitgebers vorbehalten und einer gerichtlichen Kontrolle auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens entzogen.
13. Weil die Kündigung selbst im Gegensatz zur „freien“ Unternehmerentscheidung in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, ist im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens für die Beurteilung der objektiven Betriebsbedingtheit einer Kündigung in einem ersten Schritt immer zu prüfen, ob als Resultat der „freien“ unternehmerischen Disposition der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers auch tatsächlich weggefallen ist. Dabei ist es Sache des Arbeitgebers, den Wegfall des Arbeitsplatzes in rational nachvollziehbarer Weise darzutun.

14. An die Darlegung des Wegfalles des Arbeitsplatzes sind vor allem dort erhöhte Anforderungen zu stellen, wo die den Wegfall des Arbeitsplatzes bedingende unternehmerische Organisationsentscheidung und die daraus resultierende Kündigung nach außen hin ohne nähere Ausführung nicht von einander getrennt werden können. Vom Arbeitgeber wird in diesen Konstellationen ein entsprechender Tatsachenvortrag erbracht werden müssen, durch den unter Erläuterung der Begleitumstände und der Konkretisierung der sonstigen Abläufe insb die Dauerhaftigkeit des Wegfalles des Arbeitsplatzes und die organisatorische Durchführbarkeit seiner unternehmerischen Entscheidung samt deren Auswirkungen auf die betreffenden Beschäftigungsmöglichkeiten darzulegen sind. Auf diese Weise wird das Gericht in die Lage versetzt, die Betriebsbedingtheit der Kündigung sachgerecht zu beurteilen und eine allfällige Umgehung der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG hintanzuhalten.
15. Wird für die Beurteilung der Betriebsbedingtheit der Kündigung sachgerecht auf den Entfall des Arbeitsplatzes abgestellt, spielt es für deren Zulässigkeit materiell keine Rolle, ob durch die „freie“ Unternehmerentscheidung eine Kostenersparnis angestrebt oder erzielt wird; eine solche kann maximal Indizwirkung haben und die Darlegung des Wegfalles des Arbeitsplatzes unterstützen. Ebenso setzt die Betriebsbedingtheit der Kündigung nicht voraus, dass der Wegfall des Arbeitsplatzes durch die Notwendigkeit einer Kostenersparnis veranlasst sein muss. IdS sind auch hochrentable Unternehmen frei in ihrer Entscheidung, rentabilitätserhöhende Maßnahmen durchzuführen.
16. Die Einschränkung des unternehmerischen Betätigungsfeldes stellt eine „freie“ Unternehmerentscheidung dar. Diese kann sowohl dem Inhalt als auch dem Umfang nach erfolgen und auf äußere Umstände oder auf andere Motive zurückgehen. Je nach Ausmaß kann sie sich auf betriebsorganisatorischer Ebene im Abbau einzelner Arbeitsplätze sowie in Form einer Betriebseinschränkung oder einer Betriebsstilllegung vollziehen und eine Kündigung dann rechtfertigen, wenn die vom Wegfall des Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmer nicht anderweitig eingesetzt werden können.
17. Gleichermäßen ist auch die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten zur selbstständigen Besorgung an ein Drittunternehmen auszulagern, als „freie“ Unternehmerentscheidung zu werten. Die grundlegenden Modalitäten der Leistungserbringung stellen ein Wesensmerkmal der organisatorischen Funktionseinheit „Arbeitsplatz“ dar, sodass eine strukturelle Umgestaltung der betreffenden Funktionseinheit iS eines

Wegfalles des Arbeitsplatzes zu bejahen ist, wenn der Unternehmer beschließt, dass die Besorgung der jeweiligen Tätigkeitsinhalte zukünftig nicht mehr in persönlicher Abhängigkeit erfolgen soll. Demgegenüber fehlt es an einem Wegfall des Arbeitsplatzes, wenn die Beschäftigung – trotz formaler Umgestaltung der vertraglichen Grundlage – faktisch auch in Zukunft in persönlicher Abhängigkeit erfolgt und damit bloße Scheinselbstständigkeit vorliegt. Einem solchen Vorgehen muss die Anerkennung als „freie“ Unternehmerentscheidung versagt und damit die Betriebsbedingtheit der Kündigung verneint werden.

18. Zu einem Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten und damit zu einer Reduktion des Personalbedarfs kann es darüber hinaus auch bei gleichbleibender unternehmerischer Betätigung kommen. IdS liegt eine „freie“ Unternehmerentscheidung dann vor, wenn der Arbeitgeber zum Zweck der Effizienzsteigerung technische oder prozessbezogene Maßnahmen ergreift, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen. Ebenso ist eine dem unternehmerischen Ermessen vorbehaltene Disposition gegeben, wenn sich der Arbeitgeber durch entsprechende Umstrukturierungsmaßnahmen zu einer Veränderung der Arbeitsplatzorganisation entschließt. Einen Sonderfall einer solchen betriebsorganisatorischen Umstrukturierung – und damit gleichzeitig eine „freie“ Unternehmerentscheidung – stellt schließlich auch die Entscheidung des Arbeitgebers zur Änderung der Arbeitsplatzorganisation bei gleichzeitiger Leistungsverdichtung dar.

19. Unklar ist, ob auch die „schlichte“ Reduktion der Personalkosten als „freie“ Unternehmerentscheidung zu qualifizieren und eine zu diesem Zweck ausgesprochene Änderungskündigung bei grundsätzlich unverändertem Fortbestand des Arbeitsplatzes als durch „betriebliche Erfordernisse“ begründet zu erachten ist. Problematisch ist dies deshalb, weil im Fall der Anerkennung der Lohnkostenreduzierungsentscheidung als „freie“ Unternehmerentscheidung das Korrektiv der gleichzeitigen „Selbstschädigung“ des Arbeitgebers durch den Entfall des Arbeitsplatzes fehlt und eine Kündigung bei Berufung auf eine Personalkostensenkung wohl in jedem Fall erforderlich ist. Umgekehrt kann dem Normzweck des allgemeinen Kündigungsschutzes aber auch nicht unterstellt werden, er wolle den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Entgeltbedingungen um jeden Preis gewährleisten und damit den mangels Entgeltsenkung erzwungenen gänzlichen Entfall von Beschäftigungsmöglichkeiten anstatt deren Aufrechterhaltung bei verringerter Entlohnung hinnehmen. Eine mögliche Lösung könnte

darin liegen, die Entscheidung zur Personalkostenreduktion als „atypische“ „freie“ Unternehmerentscheidung anzuerkennen und die Zulässigkeit einer zu diesem Zweck ausgesprochenen Kündigung von einem durch Abstellen auf einen anhand von hypothetischen Kausalverläufen zu beurteilenden wirtschaftlich notwendig werdenden Abbau von Arbeitsplätzen abhängig zu machen.

20. Keine „freie“ unternehmerische Disposition liegt grundsätzlich in der Entscheidung des Arbeitgebers zum Austausch der Person des Arbeitsplatzinhabers zum Zweck der ersatzweisen Einstellung eines von diesem verschiedenen Beschäftigten. Erkennt man das Interesse des Arbeitgebers zur Senkung der Personalkosten als legitimes Interesse für die Rechtfertigung einer Änderungskündigung zum Zweck der Lohnkostensenkung an, wird der Austausch eines Arbeitnehmers gegen eine günstigere Ersatzkraft jedoch dann als betrieblich bedingt erachtet werden müssen, wenn der betreffende Arbeitnehmer das Angebot zur Weiterbeschäftigung zu veränderten Entgeltkonditionen ablehnt. IdS besteht ein Vorrang der Änderungskündigung vor der Austausch Kündigung.
21. Aus der Anordnung des § 2 Abs 3 AÜG ergibt sich, dass auch der Entschluss zum Austausch von Stammarbeitnehmern gegen überlassene Arbeitskräfte bei gleichbleibenden Beschäftigungsgegebenheiten keine „freie“ Unternehmerentscheidung darstellt und eine zu diesem Zweck ausgesprochene Kündigung nach der gesetzgeberischen Wertung nicht nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt werden kann.
22. Allein durch den Wegfall des Arbeitsplatzes ist die Kündigung des Arbeitsplatzinhabers aber noch nicht nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht dazu gehalten ist, vor Ausspruch der Kündigung alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel auszuschöpfen, um den Arbeitnehmer auch in Zukunft weiter zu beschäftigen.
23. Die soziale Gestaltungspflicht findet ihre dogmatische Grundlage in der Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG. Durch das Abstellen auf „betriebliche Erfordernisse“ hat der Gesetzgeber die Durchführung einer – an den im Bereich des Verfassungsrechts entwickelten Grundsatz der Erforderlichkeit als Teilgrundsatz des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips angelehnten – Erforderlichkeitsprüfung der Kündigung angeordnet. Daraus ergibt sich, dass diese nur dann betrieblich bedingt ist, wenn

zur Erreichung der unternehmerischen Zielsetzung keine milderen Mittel (Kündigungsalternativen) als der Ausspruch der Kündigung verfügbar sind.

24. Bei der sozialen Gestaltungspflicht handelt es sich um eine „bloße“ Obliegenheit, deren Missachtung die Unzulässigkeit der Kündigung nach sich zieht.
25. Aus dem Abstellen auf die Erforderlichkeit der Kündigung ist zu folgern, dass auch die alternativ zur Kündigung zu ergreifenden Maßnahmen an der mit dieser zu verwirklichen angestrebten Zielsetzung zu messen sind und dem Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht nur jene schonenderen Mittel abverlangt werden können, die zu Erreichung des mit der Kündigung verfolgten Zweckes der Anpassung des Personalbestandes an den Personalbedarf geeignet sind.
26. IdS bildet das vom Arbeitgeber autonom bestimmte betriebliche Organisationskonzept die absolute Grenze der sozialen Gestaltungspflicht. Vom Arbeitgeber kann deshalb selbst bei noch so großer sozialer Betroffenheit auf Seiten des Arbeitnehmers nicht gefordert werden, zur Vermeidung der Kündigung von seinem betriebsorganisatorischen Konzept abzugehen und auf den nach diesem beabsichtigten Abbau eines Arbeitsplatzes zu verzichten oder gar einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, um die Weiterbeschäftigung zu ermöglichen.
27. Aus der Bestimmung über die Durchführung eines Sozialvergleiches nach § 105 Abs 3c ArbVG ist abzuleiten, dass der Arbeitgeber aufgrund seiner sozialen Gestaltungspflicht nicht dazu gehalten ist, im Zeitpunkt der Kündigung durch sozial besser gestellte Arbeitnehmer ausgefüllte Arbeitsplätze frei zu machen. Vielmehr ist er bei der Prüfung allfälliger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten grundsätzlich auf solche Arbeitsplätze beschränkt, die im Zeitpunkt der Kündigung frei und nicht durch andere Arbeitnehmer besetzt sind.
28. Als besetzt sind dabei auch jene Arbeitsplätze zu werten, auf denen überlassene Arbeitskräfte beschäftigt werden. Die soziale Gestaltungspflicht verpflichtet den Arbeitgeber nämlich nicht dazu, überlassene Arbeitskräfte abzubauen um an deren Stelle einen Stammarbeitnehmer weiterbeschäftigen zu können.
29. Als Ersatzarbeitsplatz kommen all jene Beschäftigungsmöglichkeiten in Betracht, auf denen dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zugemutet wer-

den kann. Ob dies in der konkreten Konstellation der Fall ist, muss unter Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Fortsetzung seines Beschäftigungsverhältnisses mit jenen des Arbeitgebers an dessen Beendigung beurteilt werden.

30. Der Arbeitgeber wird zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers jedenfalls immer dann gehalten sein, wenn ihm innerhalb seiner organisatorischen Strukturen ein dessen bisheriger Beschäftigungsmöglichkeit gleichwertiger Arbeitsplatz zu Verfügung steht. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit des Arbeitsplatzes wird dabei in erster Linie bezogen auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles im Rahmen eines beweglichen Systems anhand der Verkehrsauffassung zu erfolgen haben. Allein die Notwendigkeit einer für das Vertrautwerden mit einer bestimmten Tätigkeit üblichen Einarbeitungs- und Gewöhnungszeit ist nicht schädlich für die Qualifikation eines Arbeitsplatzes als ein mit der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit gleichwertiger.
31. Schon aus der Natur der sozialen Gestaltungspflicht ergibt sich, dass der Arbeitgeber dazu gehalten ist, die Möglichkeit der Verwendung auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz von sich aus zu prüfen und dem Arbeitnehmer eine allfällige Weiterbeschäftigung aktiv und von sich aus anzubieten.
32. Darüber hinaus ist der Arbeitgeber aufgrund der sozialen Gestaltungspflicht grundsätzlich auch dazu verpflichtet, den Arbeitnehmer bei entsprechender Eignung auf einem seiner bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit nicht gleichwertigen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Allerdings trifft den Arbeitgeber hinsichtlich einer solchen Beschäftigungsmöglichkeit keine „Angebotspflicht“. Vielmehr ist es Sache des Arbeitnehmers, initiativ zu werden und seine Bereitschaft zur Besorgung der betreffenden Tätigkeiten zu bekunden. Soweit zumutbar, kann dem Arbeitgeber auch die Durchführung entsprechender Um- und Einschulungsmaßnahmen abverlangt werden.
33. Aus dem Wortlaut des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG ebenso wie aus der systematischen Ansiedlung der Kündigungsschutzbestimmungen und ihrer Ausgestaltung als personelles Mitbestimmungsrecht bleibt zu folgern, dass die soziale Gestaltungspflicht in ihrer organisatorischen Reichweite grundsätzlich auf den Betrieb beschränkt ist und die Prüfung allfälliger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ihre Schranken in den Betriebsgrenzen findet.

34. Sieht man die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG nicht als abschließende Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, kann in bestimmten Szenarien wohl durchaus vertreten werden, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung der Kündigung über die Betriebsgrenzen hinaus zur Suche nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten verpflichtet ist. Eine betriebsübergreifende soziale Gestaltungspflicht wird demnach in jenen Konstellationen bejaht werden können, in denen sich der Arbeitgeber die Disposition über den betriebsübergreifenden Einsatz des Arbeitnehmers vertraglich vorbehalten hat und die Gestaltung des der Beschäftigung zugrunde liegenden Arbeitsvertrages damit einen „überbetrieblichen Bezug“ aufweist.
35. Mitunter kann es bei Vorliegen einer entsprechenden „Konzernbezogenheit“ des Arbeitsverhältnisses auch zu einer Ausweitung der sozialen Gestaltungspflicht auf die Konzernebene kommen. Da Konzernverbindungen jedoch durch die rechtliche Selbständigkeit der integrierten Unternehmen gekennzeichnet sind, können sich in diesem Zusammenhang besondere Schwierigkeiten hinsichtlich der rechtlichen Durchsetzung der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ergeben. In jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber rechtlich nicht dazu in der Lage ist, die Weiterbeschäftigung gegenüber einem anderen Konzernunternehmen durchzusetzen, wird er doch zumindest dazu gehalten sein, sich vor Ausspruch der Kündigung um die Aufnahme des betreffenden Arbeitnehmers zu bemühen.

## Literaturverzeichnis

*Addison/Teixeira*, The Economics of Employment Protection, IZA Discussion Paper (2001)

*Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung (2004)

*Ascheid*, Betriebsbedingte Kündigung – Unternehmerentscheidung und außerbetriebliche Gründe, DB 1987, 1144

*Bauer/Bender/Bonin*, Dismissal Protection and Worker Flows in Small Establishments, IZA Discussion Paper 1105 (2004)

*Baumann/Mechtel/Stähler*, Employment protection and temporary work agencies, Discussion Paper Series 1: Economic Studies 26 (2008)

*Bayreuther*, Die Durchsetzbarkeit des konzernweiten Kündigungsschutzes, NZA 2006, 819

*Bendix*, Was bedeutet: „durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt“?, ArbRPrax 1930, 33

*Berka*, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

*Berkowsky*, Die betriebsbedingte Kündigung – eine umfassende Darstellung unter Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts und des Arbeitsgerichtsverfahrens<sup>6</sup> (2008)

*Berkowsky*, § 134 Betriebsbedingte Kündigung, in *Richardi/Wlotzke*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht Bd I Buch 2<sup>1</sup> (1993) (zitiert als: *Berkowsky*, in MünchArbR Bd I<sup>1</sup> § 134)

*Berkowsky*, § 112 Betriebsbedingte Kündigung, in *Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht Bd I Buch 2<sup>3</sup> (2009) (zitiert als: *Berkowsky*, in MünchArbR § 112)

*Bertola/Blau/Kahn*, Labor Market Institutions and Demographic Employment Patterns, NBER Working Paper (2002)

*Bertzbach*, Verhindert die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes die Sanierung von Unternehmen?, in *Isenhardt/Preis*, Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft – FS Hanau (1999) 173 (180 ff)

*Bitter*, Der kündigungsrechtliche Dauerbrenner: Unternehmerfreiheit ohne Ende? – Darlegungs- und Beweislast bei der sog freien Unternehmerentscheidung im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1999, 1214

*Bitter/Kiel*, 40 Jahre Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Sozialwidrigkeit von Kündigungen, RdA 1994, 333

*Boewer*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 1 Abs 2 S 1 KSchG, in Boewer/Gaul, FS Gaul (1992), 19

*Bookmann/Hagen*, The Use of Flexible Working Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel, ZEW Discussion Paper 1-33 (2001)

*Bothfeld/Ullmann*, Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: Nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock, WSI Mitteilungen 2004, 262

*Böttcher*, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung, in Nipperdey, FS Molitor (1962), 127

*Brodil*, Kündigungsanfechtung und Ausländerbeschäftigung, ZAS 1996, 181

*Buchner*, Keine Entgeltänderung mittels Änderungskündigung?, in Hönn/Konzen/Kreutz, FS Kraft (1998) 23

*Burgert*, The Impact of German Job Protection Legislation on Job Creation in Small Establishments – An Application of the Regression Discontinuity Design, FFB-Diskussionspapier 49 (2005)

*Buttler/Walwei*, Effizienzwirkungen des Kündigungsschutzes, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 1990, 386

*Bydlinksi*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988)

*Bydlinksi*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967)

*Caballero/Cowan/Engel/Micco*, Effective Labor Regulation and Microeconomic Flexibility (2010, davor auch schon 2004&2006)

*Däubler*, Anm zu ArbG Gelsenkirchen 28.10.1997, 2 Ca 3762/96, AuR 1999, 37

*Däubler*, Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium<sup>8</sup> (2010)

*Deinert*, in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR – Kündigungsschutzrecht<sup>8</sup> (2011) § 1 KSchG (zitiert als: *Deinert*, in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR<sup>8</sup> § 1)

*Dieterich*, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129

*Diller*, Unternehmerische Entscheidungsfreiheit versus Kündigungsschutz, in *Preis/Willemsen*, Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht – Kölner Tage des Arbeitsrechts 1999, 157

*Dollinger*, Das Recht auf Arbeit im wirtschaftliche und politischen Wandel, in Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – FS Floretta (1983), 131

*Dungl*, Zur Änderungskündigung, in Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – FS Floretta (1983), 357

*Estevez-Abe/Iversen/Soskice*, Social Protection and the Formation of Skills: A Reinterpretation of the Welfare State, in Hall/Soskice, Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage (2001), 145

*Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit (2007)

*Felten*, Anm zu 9 ObA 177/08g, ZAS 2010, 177

*Feuerborn*, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht (2003)

*Fiebig*, Konzernbezogener Kündigungsschutz nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1993, 582

*Firlei*, Interessenabwägung beim allgemeinen Kündigungsschutz: Wende in der Rechtsprechung, WBl 1989, 197

*Fischermeier*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, NZA 2000, 737

*Flatow*, in Flatow/Kahn-Freund, Kommentar zum BRG 1920<sup>13</sup> (1931) §§ 84 ff BRG (zitiert als: *Flatow*, in Flatow/Kahn-Freund, BRG<sup>13</sup> § 84)

*Floretta*, Anm zu OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86, DRdA 1988, 229

*Floretta*, Anm zu VwGH vom 28.6.1977, ZI 2300/5, ZAS 1978, 188 (194)

*Floretta*, Besprechung von *Tomandl*, Die sozialwidrige Kündigung, DRdA 1995, 201

*Floretta*, Das „Sperrrecht“ des Betriebsrats im Lichte der jüngsten VfGH-Erkenntnisse, WBI 1987, 77

*Floretta*, Die Interessenabwägung beim allgemeinen Kündigungsschutz, in Schwarz/Spielbüchler/Martinek/Grillberger/Jabornegg, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung – FS Strasser (1983) 335

*Floretta*, in Floretta/Strasser, Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) §§ 105-107 ArbVG (zitiert als: *Floretta*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 105-107)

*Floretta/Strasser*, Kommentar zum Betriebsrätegesetz (1961) § 25 BRG (zitiert als: *Floretta/Strasser*, BRG § 25)

*Franke*, Die richterliche Nachprüfung der Betriebsverhältnisse im Kündigungswiderrufsverfahren – Allgemeiner Teil, JW 1936, 1184.

*Franke*, Die richterliche Nachprüfung der Betriebsverhältnisse im Kündigungswiderrufsverfahren – Besonderer Teil, JW 1936, 2690

*Franzen*, Die unternehmerische Entscheidung in der Rechtsprechung des BAG zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2001, 805

*Friedrich*, Ausgewählte Kündigungsschutzrechtliche Probleme der Änderungskündigung – sozialpolitische Defizite der österreichischen Rechtslage, ASoK 2005, 48

*Gahleitner*, in Cerny/Gahleitner/Preis/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht Bd III<sup>4</sup> § 105 ArbVG (zitiert als *Gahleitner*, in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG Bd III<sup>4</sup> § 105)

*Garibaldi/Pacelli/Borgarello*, Employment Protection Legislation and the Size of Firms, IZA Discussion Paper 787 (2003)

*Geppert*, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) § 2 AÜG (zitiert als: *Geppert*, AÜG § 2)

*Gerlach*, Zur Zulässigkeit von Austauschkündigungen, ZAS 2000, 97

*Gilberg*, Die Unternehmerentscheidung vor Gericht, NZA 2003, 817

*Grabenwarter*, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit (1994)

*Griebeling*, in Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/ Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, KR-Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz

und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften<sup>9</sup> (2009) § 1 KSchG (zitiert als: *Griebeling*, in KR-Kommentar<sup>9</sup> § 1)

*Grillberger*, Neue Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz?, WBI 1990, 7

*Grillberger*, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), WBI 1988, 313

*Hamann*, Leiharbeitnehmer statt eigene Arbeitnehmer – Zulässigkeit und Grenze einer Personalaustauschstrategie, NZA 2010, 1211

*Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht (2004)

*Heiss*, in Kletečka/Schauer, ABGB-ON Kommentar (Stand 2010) § 916 ABGB (zitiert als: *Heiss*, in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 916)

*Henrich*, Kündigungsschutz und soziale Härte – Eine sozialrechtliche Untersuchung, JBl 1956, 437

*Henssler*, Kündigungsschutz und unternehmerische Entscheidungsfreiheit, in *Henssler/Moll*, Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis (2000) 89

*Hergenröder*, in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechtskommentar<sup>3</sup> (2008) Art 12 GG (zitiert als *Hergenröder*, in HWK<sup>3</sup> Art 12 GG)

*Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland<sup>20</sup> (1999)

*Hillebrecht*, Die „Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen“ und die Kündigungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZfA 1991, 87

*Hofmann*, Zur betriebsbedingten Kündigung, ZfA 1984, 295

*Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997)

*Holthausen*, Betriebliche Personalpolitik und „freie“ Unternehmerentscheidung (2003)

*Hueck*, in Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht Bd I<sup>7</sup> (1963)

*Hueck*, in Hueck/Nipperdey/Dietz, Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit<sup>3</sup> (1939) §§ 56 ff AOG (zitiert als: *Hueck*, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG<sup>3</sup> § 56)

*Hutter*, Der besondere Kündigungsschutz im österreichischen Arbeitsrecht – Benefiz oder Last für die Begünstigten? – Eine rechtsökonomische Untersuchung am Beispiel des besonderen Kündigungsschutzes nach § 10 MSchG und § 7 VKG“

*Hutter*, Ist die soziale Gestaltungspflicht konzernbezogen? – Anm zu OGH 29.6.2009, 9 ObA 34/08b, ZAS 2010, 222

*Ichino/Riphahn*, The Effect of Employment Protection on Worker Effort: A Comparison of Absenteeism During and After Probation, IZA Discussion Paper 2001

*Jabornegg*, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, in Schwarz/Spielbüchler/Martinek/Grillberger/Jabornegg, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung – FS Strasser (1983) 367

*Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern – Teil II, DRdA 2002, 118

*Jabornegg*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2006) § 110 ArbVG (zitiert als: *Jabornegg*, in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 110)

*Jacoby*, Nachprüfung der Betriebsverhältnisse im Einspruchsverfahren, ArbRPrax 1932, 167

*Jadesohn*, Unbillige Härte, NZA 1931, 343

*Jahn*, Der Kündigungsschutz auf dem Prüfstand, Arbeitspapier der Konrad-Adenauer-Stiftung (2004)

*Jahn*, Wie wirkt der Kündigungsschutz, ZAF 2005, 284

*Jahn*, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes – Volatilität der Arbeitsnachfrage und duale Arbeitsmärkte (2002)

*Janson*, Ökonomische Theorie im Recht – Anwendbarkeit und Erkenntniswert im Allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts (2004)

*Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht<sup>10</sup> (2011)

*Kallab*, Anmerkung zu OGH 9 ObA 19/98d, DRdA 1999, 316

*Karl*, Anfechtung einer Änderungskündigung wegen Sozialwidrigkeit, DRdA 2000, 263

*Karl*, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung – Eine systematische Darstellung der relevanten Anfechtungs- und Rechtfertigungsgründe (1999)

*Kiel*, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit (1990) 41

*Kiel*, in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen<sup>3</sup> (2007) § 1 KSchG (zitiert als *Kiel*, in *Ascheid/Preis/Schmidt*, KSchG<sup>3</sup> § 1)

*Kietaibl*, Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Betriebsübergängen, ZAS 2010, 108

*Köck*, Der „neue“ allgemeine Kündigungsschutz, *ecolex* 1990, 42

*Kodek*, in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON Kommentar (Stand 2010) § 1295 ABGB (zitiert als: *Kodek*, in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1295)

*Korinek*, § 196 Wirtschaftliche Freiheiten, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd VII/1 Grundrechte in Österreich (2009) 411

*Korinek*, Die verfassungsrechtliche Garantie einer marktwirtschaftlichen Ordnung durch die österreichische Bundesverfassung, *WiPolBl* 1976, 87

*Korinek*, in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 5 StGG (zitiert als *Korinek*, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 5 StGG)

*Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung – Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hoheitlicher Verwaltung (1993)

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I<sup>13</sup> (2006)

*Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung – Zur Stellung der Fürsorge- und Treuepflicht im österreichischen Arbeitsvertragsrecht (1975)

*Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern – Probleme des Individualarbeitsrechts in verbundenen Unternehmen (2010) 238

*Kristiansen*, Flexicurity und dänisches Arbeitsrecht, *RIW* 2008, 509

*Kuderna*, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, *DRdA* 1975, 9

*Kukat*, Betriebsbedingte Kündigung und konzernbezogener Kündigungsschutz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, *BB* 2000, 1242

*Lakies*, in *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath*, Handkommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2010) Art 12 GG (zitiert als: *Lakies*, in *HK-ArbR*<sup>2</sup> Art 12 GG)

- Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften<sup>5</sup> (1983)
- Loebenstein*, Soziale Grundrechte und die Frage ihrer Justitiabilität, in Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – FS Floretta (1983), 209
- Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> (2011)
- Löwisch*, Die Änderung von Arbeitsbedingungen auf individualrechtlichem Weg, insb durch Änderungskündigung, NZA 1988, 633
- Löwisch*, Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung – Zur verfassungsrechtlichen Ambivalenz des Arbeitnehmerschutzes, ZfA 1996, 293
- Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994)
- Mair*, Betriebliche Erfordernisse und soziale Gestaltungspflicht, WBI 2005, 445
- Mansfeld*, Die Beweislast im Einspruchsverfahren wegen unbilliger Härte, NZA 1931, 415
- Mansfeld*, Kommentar zum Betriebsrätegesetz 1920<sup>2</sup> (1930) (zitiert als *Mansfeld*, BRG<sup>2</sup> § 84)
- Mansfeld*, Unbillige Härte, insb Bedeutung der Klausel „durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt“, NZA 1930, 289
- Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause*, Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (1934) § 56 AOG (zitiert als: *Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause*, AOG § 56)
- Marhold*, Anm zu VwGH 28.3.1980, 2392/77 sowie VwGH 12.3.1980, 1140/77, ZAS 1981, 229
- Martinek*, Angemessene Arbeitsbedingungen als soziale Grundrechte in Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – FS Floretta (1983) 237
- Mayer-Maly*, Betriebliche Erfordernisse, ZfA 1988, 209
- Mayer-Maly*, Privatautonomie und Wirtschaftsverfassung, in Korinek/Weber, Wirtschaft und Verfassung in Österreich – FS Korinek (1972) 151
- Mayer-Maly*, Unternehmerische Entscheidung und Kündigungsschutz, WBI 1988, 388 (390)
- Mazal*, Anm zu 9 ObA 310/93, ecolex 1994, 188 (188)

*Müller*, Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers (1996).

*Nikisch*, Arbeitsrecht Bd I<sup>3</sup> (1961)

*Nikisch*, Zur Kritik an der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, Der ArbG, 1931, 61

*OECD*, OECD Employment Outlook 1999.

*OECD*, OECD Employment Outlook 2004.

*OECD*, OECD Employment Outlook 2007.

*Oetker*, Änderungskündigung – Dringlichkeit betrieblicher Erfordernisse – Anm zu BAG 18.1.1990 – 2 AZR 183/89, SAE 1991, 11

*Oetker*, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung (1996)

*Öhlinger*, Soziale Grundrechte, in Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – FS Floretta (1983), 271

*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2009)

*Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Probleme der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Unternehmen (1982)

*Pacic*, Österreichs Flexicurity-Paket, RIW 2008, 503

*Papier*, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 137

*Pernthaler*, Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Grenzen der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung (1984)

*Pfarr/Bothfeld/Bradtke/Kimmich/Schneider/Ullmann*, Atypische Beschäftigung in den Betrieben – eingesetzt zur Umgehung des Kündigungsschutzes?, BB 2004, 602

*Pfarr/Bothfeld/Bradtke/Kimmich/Schneider/Ullmann*, Projekt Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM), Atypische Beschäftigung in den Betrieben – genutzt um Kündigungsschutz zu umgehen? (2004) online: [http://www.boeckler.de/pdf/wsi\\_regam\\_atypisch.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/wsi_regam_atypisch.pdf) (25.6.2011)

*Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann*, REGAM-Studie: Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverhalten der kleinen Betriebe?, BB 2003, 2286

*Pircher*, Soziale Gestaltung und Prinzipien im allgemeinen Kündigungsschutz, JBl 2001, 694

*Preis*, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis<sup>3</sup> (2009)

*Preis*, Autonome Unternehmerentscheidung und „dringendes betriebliches Erfordernis“, NZA 1995, 241

*Preis*, Die Verantwortung des Arbeitgebers und der Vorrang betrieblicher Maßnahmen vor Entlassungen (§ 2 I Nr 2 SGB III) Programmsatz oder verbindlicher Rechtssatz?, NZA 1998, 449

*Preis*, § 2 Die Sozialwidrigkeit der Kündigung, in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis<sup>10</sup> (2010) (zitiert als: *Preis*, in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung<sup>10</sup> § 2)

*Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (1987)

*Preiss*, in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG Kommentar Bd III<sup>4</sup> (2009) § 109 ArbVG

*Rabofsky*, Soziale Härte als Voraussetzung für den allgemeinen Kündigungsschutz, DRdA Juni 1958, 46

*Rebhahn*, Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU, ZfA 2003, 163

*Rebhahn*, in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar<sup>2</sup> (2011) § 1151 ABGB (zitiert als: *Rebhahn*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB)

*Rebhahn/Kietaibl*, in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar<sup>2</sup> (2011) § 879 ABGB (zitiert als: *Rebhahn/Kietaibl*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 879 ABGB)

*Reischauer*, in Rummel, ABGB Kommentar<sup>3</sup> (Stand 2007) § 1295 (zitiert als: *Reischauer*, in Rummel<sup>3</sup> § 1295)

*Reissner*, in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar<sup>2</sup> (2011) § 19 AngG (zitiert als: *Reissner*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 19 AngG)

*Resch*, in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2009) §§ 111, 112 ArbVG (zitiert als: *Resch*, in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG §§ 111, 112)

*Resch*, in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2010) §§ 108, 109 ArbVG (zitiert als: *Resch*, in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG §§ 108, 109)

*Reuter, D.*, Anmerkung zu BAG 7.12.1978, 2 AZR 155/77, AP Nr 6 § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung

*Reuter, M.*, Zur Kontrolldichte bei der Überprüfung der betriebsbedingte Kündigung, NZA 1989, 241

*Ribbert*, Die gerichtliche Nachprüfung von Arbeitgeber- und Unternehmerentscheidungen bei der betriebsbedingten Kündigung (1967) 63

*Rieble*, Flexible Gestaltung von Entgelt und Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, NZA Beilage 2000, 34

*Riphahn*, Employment protection and effort among German employees, Economic Letters 2004

*Risak*, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftigter-Kollektivvertrag, ecolex 2004, 465

*Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht – Zugleich ein Beitrag zu Leistungsbestimmung durch Dritte oder eine Vertragspartei im Zivil- und Arbeitsrecht (2008)

*Rommé/Pauker*, Die Unternehmerentscheidung bei der betriebsbedingten Beendigungskündigung, NZA-RR 2000, 281

*Rost*, Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierung, NZA Beilage 2009, 23

*Rummel*, in Rummel, ABGB Kommentar<sup>3</sup> (Stand 2000) § 859 ABGB (zitiert als: *Rummel*, in Rummel<sup>3</sup> § 859)

*Runggaldier*, Der Sozialvergleich, in *Tomandl*, Beendigung des Arbeitsvertrages (1986), 93

*Runggaldier*, Interessenabwägung, soziale Gestaltungspflicht und Sozialvergleich bei betriebsbedingter Kündigung, RdW 1994, 110

*Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus<sup>6</sup> (2005)

*Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU – Rechtliche und soziale Aspekte (2001)

*Sacherer*, in Sacherer/Schwarz, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz<sup>2</sup> (2006) § 2 AÜG (zitiert als *Sacherer*, in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> § 2)

*Schäffer*, § 199 Zur Problematik sozialer Grundrechte, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd VII/1 – Grundrechte in Österreich (2009) 411

*Schima*, Konzerndimensionaler Kündigungsschutz? RdW 1994, 352

*Schimetschek*, Die Auswahl der Dienstnehmer bei Personalabbau, DRdA Dezember 1952, 13

*Schindler*, in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar<sup>2</sup> (2011) § 2 AÜG (zitiert als *Schindler*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 2 AÜG)

*Schmidt*, Nachprüfung betrieblicher Maßnahmen im Kündigungsschutzprozess, AR-Blattei D Kündigungsschutz IV (1978)

*Schrammel*, Arbeitsrechtliche Probleme in verfassungsrechtlicher Sicht, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (1972) 81

*Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995)

*Schrank*, Anm zu OGH 5.9.1978, 4 Ob 77/78, ZAS 1979, 171

*Schrank*, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung (1981)

*Schrank*, Grundfragen des Entgeltanspruchs überlassener Arbeitnehmer nach § 10 Abs 1 AÜG, ZAS 1991, 49

*Schrank*, in Tomandl, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2010) § 105 ArbVG (zitiert als: *Schrank*, in Tomandl, ArbVG § 105)

*Schubert*, in Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath, Arbeitsrecht – Handkommentar<sup>2</sup> (2010) § 1 KSchG (zitiert als: *Schubert*, in HK-ArbR<sup>2</sup> § 1 KSchG)

*Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung und Verfassung - Gesetzgebungskompetenz und grundrechtliche Schranken direkter Wirtschaftslenkung (1996)

*Schüren*, in Schüren, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz<sup>4</sup> (2010) Einleitung (zitiert als: *Schüren*, in Schüren, AÜG<sup>4</sup> Einl)

*Spielbüchler*, in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (2001)

*Stahlhacke*, Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994, 1361

*Stoffels*, Gestaltungsmöglichkeiten durch Änderungskündigungen, ZfA 2002, 401

*Strasser*, in Floretta/Strasser, Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) §§ 96, 97 ArbVG (zitiert als: *Strasser*, in Floretta/Strasser, ArbVG §§ 96, 97)

*Strasser*, in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2004) §§ 38, 39 ArbVG (zitiert als: *Strasser*, in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG §§ 38, 39)

*Stückmann/Kohlepp*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und „ultima-ratio-Prinzip“ im Kündigungsrecht – Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung, RdA 2000, 331

*Tamussino*, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen (1990)

*Tenczer*, Freie Unternehmerentscheidung und betriebsbedingte Kündigung (1999)

*Tinhofer*, Die organisatorischen Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht im allgemeinen Kündigungsschutz (Betrieb, Unternehmen, Konzern), RdW 2009, 816

*Tinhofer*, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (Stand 2011) Kapitel XVIII (zitiert als: *Tinhofer*, in Mazal/Risak, XVIII)

*Tinhofer*, Keine Sozialwidrigkeit der Kündigung bei Anbot eines zumutbaren Ersatzarbeitsplatzes, RdW 2000, 424

*Tinhofer*, Schutz vor sozialwidriger Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen (1999)

*Tomandl*, Bemerkungen zur Rechtsprechung des VwGH zum allgemeinen Kündigungsschutz, ZAS 1984, 203

*Tomandl*, Die sozialwidrige Kündigung – Analyse und Kritik der Rechtsprechung des OGH (1994)

*Tomandl*, Neue Judikatur zur sozialwidrigen Kündigung, ZAS 1999, 104.

*Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht Bd II<sup>7</sup> (2011)

*Trost*, in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2012) § 105 ArbVG (zitiert als: *Trost*, in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 105)

*Verick*, Threshold effects of dismissal protection legislation in Germany, IZA Discussion Paper 991 (2004)

*Voigt*, Stichwort Rationalisierung, in Gabler Verlag, Gabler Wirtschaftslexikon, online: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/57344/rationalisierung-v4.html> (17.1.2012)

*Von Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung und dringende betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung (2005)

*Von Hoyningen-Huene*, Die „missbräuchliche“ Unternehmerentscheidung bei der betriebsbedingten Kündigung, in Oetker/Preis/Rieble, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004) 369

*Wagner/Jahn*, Neue Arbeitsmarkttheorien<sup>2</sup> (2004)

*Walker*, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501

*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007)

*Walwei*, Befristung von Arbeitsverhältnissen: Mehr Beschäftigung durch weniger Kündigungsschutz, in Montada, Beschäftigungspolitik zwischen Effizienz und Gerechtigkeit (1997) 153

*Wank*, Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, 129

*Weißenberg/Cerny*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz<sup>2</sup> (1978) § 105 ArbVG

*Wetzzel*, Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung (2006)

*Windisch-Graetz*, Soziale Gestaltungspflicht über die Betriebsgrenzen hinaus?, ZAS 1996, 109

*Winkler*, in Tomandl, ArbVG Kommentar (Stand 2010) §§ 108 – 112 ArbVG (zitiert als: *Winkler*, in Tomandl, ArbVG §§ 108 – 112)

*Wolligger*, Betriebsbedingte Kündigung und Sozialvergleich, WBl 2008, 311 (318 f)

*Wolligger*, in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar<sup>2</sup> (2011) § 105 ArbVG (zitiert als: *Wolligger*, in ZellKomm<sup>2</sup> § 105 ArbVG)

*Wüllenweber*, Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem Ersten Weltkrieg (1965)

*Young*, Employment protection legislation: its economic impact and the case of reform, European Economy – European Commission DG for Economic and Financial Affairs – Economic Paper (2003)

*Zöllner*, Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten zum 52. deutschen Juristentag (1978) D 121



## Anhang

### Kurzbeschreibung der Arbeit

Der allgemeine Kündigungsschutz schränkt die Freiheit des Arbeitgebers zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen dahingehend ein, als die Kündigung eines wesentlich in seinen Interessen beeinträchtigten Arbeitnehmers gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG – vom Vorliegen allfälliger in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmer gelegener Umstände abgesehen – nur dann zulässig ist, wenn sie durch „*betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen*“ bedingt ist. Die vorliegende Arbeit untersucht, inwiefern durch diese gesetzliche Einschränkung der Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers, die naturgemäß einen Bestandteil seiner Autonomie zur unternehmerischen Betätigung als solche darstellt, auch dessen Freiheit zur Gestaltung und Führung seines Unternehmens eingeschränkt wird und damit auch die der Kündigung vorausgehenden unternehmerischen Dispositionen einer Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens unterworfen werden.

Im Zentrum der Dissertation steht dabei die Frage, wie weit das unternehmerische Ermessen im Kontext mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen reicht und inwiefern diese zugunsten der durch die Kündigung betroffenen Arbeitnehmerinteressen eine Beschränkung erfährt. Zur Beantwortung dieser Fragestellung wird eine grundlegende und umfassende Analyse der Topoi der „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ und der „sozialen Gestaltungspflicht“ vorgenommen. Unter Zugrundelegung der geltenden Verfassungsrechtsordnung und des einfachen Gesetzesbestandes in Verbindung mit dem hinter diesen Regelungen stehenden Normzweck und der diesbezüglichen höchstgerichtlichen Rechtsprechung werden dabei zunächst die gesetzlichen Grundlagen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit analysiert sowie ein Versuch einer generellen Eingrenzung der inhaltlichen Reichweite der unternehmerischen Gestaltungsspielräume im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes unternommen. Durch die Bildung von Fallgruppen werden im Anschluss die verschiedenen Ausprägungen und Erscheinungsformen der „freien“ Unternehmerentscheidung beleuchtet. Dem folgt schließlich eine umfassende Auseinandersetzung mit den dogmatischen Grundlagen sowie den inhaltlichen und organisatorischen Schranken der sozialen Gestaltungspflicht.

Vor dem Hintergrund bestehender Literatur- und Judikaturmeinungen und unter Einbeziehung der in diesem Kontext im deutschen Diskurs angestellten Überlegungen werden die „unternehmerische Entscheidungsfreiheit“ und die „soziale Gestaltungspflicht“ in der vorliegenden Arbeit in all ihren Facetten beleuchtet. Auf diese Weise wird eine transparente und klare Grenzziehung erarbeitet und ein sachgerechter Lösungsansatz für die damit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen vorgeschlagen.

## **Abstract**

The employer's freedom to terminate employment relationships is part of his general entrepreneurial freedom. However, under the laws on dismissal protection of Art 105 para 3 cl 2 lit b ArbVG, the employer's freedom to terminate the employment relationship is restricted if the social standing of the employee is considerably affected by the termination. In such cases, the dismissal is only justified if it is based on reasons on an operational level that conflict with the further engagement of the employee.

The present thesis deals with the extent to which the employer's freedom to conduct and organise his entrepreneurial activity is restricted by the limitations set out by Art 105 para 3 cl 2 lit b ArbVG and discusses in what way entrepreneurial decisions may be reviewed in the context of judicial proceedings challenging the termination. Therefore, the thesis analyses the employer's entrepreneurial freedom and his adverse obligation to take into account the employee's interest in retaining his occupation (the so called "soziale Gestaltungspflicht") in all their particulars. On the basis of the respective provisions set out in the Constitution, in particular fundamental rights, and in Art 105 para 3 cl 2 lit b ArbVG itself, the first part of the thesis addresses the legal foundations of the employer's entrepreneurial freedom, with special focus on the freedom to terminate employment contracts. Various forms of entrepreneurial decisions which conflict with the further engagement of the employee on an operational level are classified in different case groups and systematically discussed in detail. In its second part, the thesis takes a closer look at the employer's obligation to consider the employee's interest in retaining his occupation when terminating an employment relationship. The main focus is set not only on the measures the employer is obliged to undertake prior to the dismissal (in order to prevent the employee from losing his occupation) but also on the organisational scope of the so called "soziale Gestaltungspflicht".

The thesis is based on the Austrian judiciary and current academic literature, and additionally takes into account the extensive German legal discourse on this issue. The aim of the thesis is to develop a clear and transparent distinction between the employer's entrepreneurial freedom and his obligation to take into account the employee's interest in his employment relationship.



## **Lebenslauf**

Mag. Julia Theres Hutter  
geboren 1984 in Oberwart (Burgenland)  
julia.hutter@gmx.at

### Ausbildung

seit 03/07                   Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien  
10/02 – 03/07           Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien  
08/06 – 12/06           Auslandssemester an der William & Mary School of Law  
in Williamsburg, VA (USA)

### Berufserfahrung

seit 04/12                   Rechtsanwaltsanwärtlerin in einer Wiener Rechtsanwaltssozietät  
seit 10/09&10           Externe Lektorin für Arbeits- und Sozialrecht an verschiedenen  
Fachhochschulen und Erwachsenenbildungseinrichtungen  
04/08 – 03/12           Universitätsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der  
Universität Wien  
07/11 – 07/11           Gastforscherin am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
(ZAAR) der Ludwig-Maximilian-Universität München  
08/09 – 01/10           Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Obersten Gerichtshof  
09/07 – 03/08           Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und  
Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

### Publikationsliste

#### Eigenständige Publikationen

- Die Familie im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht (2009) (gemeinsam mit *Günter Danhel*, *Wolfgang Mazal*, *Martina Portele* und *Karl Portele*).
- Fachlexikon Arbeitsrecht (2012) (gemeinsam mit *Wolfgang Mazal*).

#### Beiträge in Fachzeitschriften

- Der besondere Bestandschutz bei Schwanger- und Elternschaft - Checkliste, *ecolex* 2009, 706.
- Beschäftigungsverbote für Mütter nach der Geburt - Checkliste, *ecolex* 2009, 621.
- Beschäftigungsverbote für werdende Mütter vor der Geburt - Checkliste, *ecolex* 2009, 518.
- Kurzarbeit - Ein Weg aus der Krise?, *ecolex* 2009, 249.
- Die arbeitszeitrechtliche Behandlung der Reisezeit – Memo, *ecolex* 2009, 155.
- Wie erfolgreich sind VwGH-Beschwerden in Abgabensachen?, *SWK* 2008, S 376 (gemeinsam mit *Marie-Ann Mamut*).

### Beiträge in Sammelbänden

- Taxation of Workers in Europe – National Report Austria, in *Moessner*, Taxation of Workers in Europe, EATLP Conference 2008 (2008), in Druck. (gemeinsam mit *Josef Schuch*)

### Entscheidungsbesprechungen

- Ist die soziale Gestaltungspflicht konzernbezogen, Anmerkung zu 9 ObA 34/08b, ZAS 2010, 222.
- Anmerkung zu OGH 9.9.2008, 10 Ob S 51/08k, ÖJZ 2009, 268.
- Der "selbständige" Autobahnmeister als leitender Angestellter, OGH 28.11.2007, 9 Ob A 147/07, ZAS 2009, 87.
- BFH – Rechtsprechungsübersicht, *ecolex* 2008, 466 (gemeinsam mit *Johannes Prillinger* und *Gernot Ressler*).
- Rechtsverzicht- Einkünfte aus Leistungen, UFS 24.10.2007, GZ RV/1328-W/07, *ecolex*, 2008, 273.
- Von den Parteien gewählte Bezeichnung irrelevant für die steuerliche Beurteilung, VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071, *ecolex* 2007, 970.
- Ausbildungskosten zum Profi-Tennisspieler - außergewöhnliche Belastung?, UFS 9.8.2007, GZ RV/1773-W/07, *ecolex* 2007, 892.

### Forschungsprojekte

- Der besondere Kündigungsschutz im österreichischen Arbeitsrecht – Benefiz oder Last für die Begünstigten? - Eine rechtsökonomische Untersuchung am Beispiel des besonderen Kündigungsschutzes nach § 10 MSchG und § 7 VKG (Wirtschaftskammerpreis 2007).

### Tagungsberichte

- Tagungsbericht zur 46. Wissenschaftlichen Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht, *EuZA* 2011, 436.
- Tagungsbericht zur 45. Wissenschaftlichen Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht, *EuZA* 2010, 437.
- Tagungsbericht zur 44. Wissenschaftlichen Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht, *EuZA* 2009, 430.
- Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz – Tagungsbericht zum Symposium an der Wirtschaftsuniversität Wien, *UFSaktuell* 2007, 332 (gemeinsam mit *Marie-Ann Mamut*).

### Buchbesprechungen

- Besprechung zu *Ehmer/Lamplmayr/Mayr/Nöstlinger/Reiter/Stummer*, Kommentar zum Kinderbetreuungsgeldgesetz (2009), ZAS 2009.

### Internetpublikationen

- Pre-Litigation Procedures to Settle Employment Disputes in International Organizations,  
[http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/hutter.pdf](http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/hutter.pdf)