

# TE OGH 1989/1/25 90bA211/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.01.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Maier sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Herbert Vesely und Rudolf Hörmedinger als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\*\*\* Aktiengesellschaft, Wien 3., Modecenterstraße 22, vertreten durch Dr. Robert Amhof und Dr. Heinz Damian, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Ernst Z\*\*\*, Angestellter und Betriebsratsmitglied, Wien 12., Zanaschkagasse 12/28/8, vertreten durch Dr. Andreas Löw, Rechtsanwalt in Wien, wegen Zustimmung zur Kündigung (Streitwert S 1,444.000), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 6.Mai 1988, GZ 34 Ra 14/88-18, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 25.September 1987, GZ 23 Cga 1072/87-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 18.225,90 (darin S 1.656,90 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte wurde am 12.September 1966 im Unternehmen der Klägerin als Programmierer angestellt und ist bei ihr seit 1.April 1972 als ausgebildeter Systemanalytiker beschäftigt. Er wurde wiederholt - zuletzt am 22.Oktober 1984 - in den Betriebsrat gewählt. Die Klägerin hatte ursprünglich den Sitz ihrer Zentralverwaltung in Wien und unterhielt vier dislozierte Produktionsstätten, welche sukzessive in selbständige Unternehmen aufgespalten wurden. Im Jahr 1983 erfolgte eine Strukturumwandlung. Die Klägerin wurde Holdinggesellschaft und die vier Produktionsstätten wurden als Gesellschaften mbH rechtlich verselbständigt. Dabei verblieb der Klägerin eine gewisse Zentralverwaltung, wie etwa der Bereich "Zentrale Organisation", bestehend aus den Betriebsabteilungen "Datenverarbeitung" und "Systemanalyse". Dieser Bereich erbrachte Serviceleistungen für die Tochtergesellschaften, wovon eine die S\*\*\* Reifengesellschaft mbH war, die ihrerseits aus der Produktionsstätte der Klägerin in Traiskirchen hervorgegangen ist. Im Jahr 1985 wurde die S\*\*\* R\*\*\* Gesellschaft mbH unter Umwandlung in eine Aktiengesellschaft zu 75 % an die C\*\*\* G\*\*\* AG verkauft.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin die Zustimmung zur Kündigung des Beklagten aus dem Grunde des§ 121 Z 1 ArbVG. Die Funktionsperiode des Beklagten als Betriebsratsmitglied währe bis 22. Oktober 1988. Im Zuge der Entflechtung der Tätigkeitsbereiche der voneinander unabhängig gewordenen Unternehmen sei vereinbart worden, daß jene Arbeitnehmer der Klägerin, die bisher in der Datenverarbeitung tätig gewesen seien, Arbeitnehmer der S\*\*\*

R\*\*\* AG werden sollten. Die gleiche Vereinbarung sei hinsichtlich jener Arbeitnehmer getroffen worden, die - wie der Beklagte - im Bereich Systemanalyse ihre Tätigkeit bisher im Zusammenhang mit dem Reifengeschäft erbracht hätten. Im Unternehmen der Klägerin gebe es keine eigenen Arbeitsbereiche Datenverarbeitung und Systemanalyse mehr. Diese Tätigkeiten würden nunmehr von der S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH verrichtet, die zum Teil der Klägerin gehöre und in unmittelbarer Nähe des Betriebsgebäudes der Klägerin untergebracht sei.

Dem Beklagten sei im Sinne dieser Vereinbarung der Übertritt zur S\*\*\* R\*\*\* AG angeboten worden. Da er im Gegensatz zu allen anderen betroffenen Arbeitnehmern eine Reihe von Vorbehalten gemacht habe, habe ihm die S\*\*\* R\*\*\* AG eine Äußerungsfrist bis 16. Februar 1987 gesetzt, die aber ungenutzt verstrichen sei. Das Unternehmen sei nicht mehr bereit, den Beklagten als Arbeitnehmer zu übernehmen. Andererseits gebe es im Restbetrieb der Klägerin für ihn keinen Arbeitsplatz mehr; eine Weiterbeschäftigung des Beklagten sei unmöglich. Durch die jährlichen Lohnkosten des vom Dienst freigestellten Beklagten in Höhe von rund S 1 Million erwachse der Klägerin ein erheblicher Schaden im Sinne des § 121 Z 1 ArbVG. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Er sei zwar nach wie vor bei der Klägerin beschäftigt, von dieser aber stets an die S\*\*\* R\*\*\* Gesellschaft mbH und in der Folge an die S\*\*\* R\*\*\* AG "verliehen" worden. Er habe seine Arbeitsleistungen ausschließlich für diese Gesellschaften erbracht und sei fachlich deren Unternehmensleitungen unterstellt gewesen. Die Personalabteilung der Klägerin habe ihm ausdrücklich zugesichert, daß die Klägerin im Falle der Nichtübernahme des Arbeitsverhältnisses durch die S\*\*\* R\*\*\* AG das Arbeitsverhältnis mit ihm so wie bisher fortsetzen und ihn weiterhin an die S\*\*\* R\*\*\* AG "verleihen" werde. Die bisherige Konstruktion sollte aufrecht bleiben und lediglich eine interne Verrechnung zwischen der Klägerin und der mit ihr aufs engste verbundenen S\*\*\* R\*\*\* AG stattfinden.

Im übrigen sei er auch mit einer Übernahme durch die S\*\*\* R\*\*\* AG einverstanden gewesen. Diese Gesellschaft habe aber mit der unzutreffenden Behauptung, für seine Zustimmung sei eine Frist gesetzt gewesen, die Übernahme abgelehnt. Sein Arbeitsplatz sei noch vorhanden; die vom Beklagten für die S\*\*\* R\*\*\* AG zu bearbeitenden Projekte würden derzeit nicht fortgeführt. Der Klägerin wäre es überdies möglich, ihm eine seiner Qualifikation entsprechende Arbeit in der weiterbestehenden Abteilung "Zentrale Organisation" zuzuteilen. Der Abteilungsleiter Ing. F\*\*\* sei sowohl Arbeitnehmer der Klägerin als auch im EDV-Bereich für die S\*\*\* R\*\*\* AG tätig. Es bestehe weiters die Möglichkeit, den Beklagten an die S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH zu "verleihen". Der Klägerin gehe es mit ihrer Klage aber in Wahrheit um den Versuch einer "Motivkündigung", um den Beklagten die Weiterarbeit als Betriebsrat unmöglich zu machen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte im wesentlichen fest:

Zufolge des Verkaufes der S\*\*\* R\*\*\* AG an die C\*\*\*

G\*\*\* AG war es erforderlich geworden, auch im EDV-Bereich jeweils zwei selbständige funktionsfähige Einheiten zu schaffen. Im Laufe des Jahres 1986 wurden bereits rund 30 Arbeitnehmer aus der Buchhaltung und 16 Arbeitnehmer aus dem Einkauf aus den Zentralabteilungen der Klägerin einvernehmlich an die S\*\*\* R\*\*\* AG überbunden. Die Aufteilung der Bereiche Datenverarbeitung und Systemanalyse gestaltete sich insofern schwieriger, als beide Unternehmensgruppen die Arbeitnehmer für sich beanspruchten. Im Oktober 1986 einigte man sich dahin, daß die Arbeitnehmer der Abteilung "Datenverarbeitung" an die S\*\*\* R\*\*\* AG überstellt und jene der Abteilung "Systemanalyse" nach fachlichen Gesichtspunkten auf beide Unternehmen aufgeteilt werden sollten. Dazu richteten die Klägerin und die S\*\*\* R\*\*\* AG einen paritätisch besetzten sogenannten "EDV-Beirat" ein, der über Vorschlag des Leiters des Bereiches "Zentrale Organisation", Fritz F\*\*\*, der auch Geschäftsführer der M\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH ist, die fachliche Zuordnung vorzunehmen hatte. Jene 20 Arbeitnehmer, welche bei der Klägerin verblieben, wurden an die S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH überbunden, welche eine 75 %ige Tochter der Klägerin ist und ausschließlich diese Arbeitnehmer beschäftigt. Dadurch trat bei diesen Arbeitnehmern keine Änderung des Arbeitsplatzes oder ihrer Tätigkeit ein.

Der Tätigkeitsbereich der S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH umfaßt vor allem kommerzielle Problemstellungen, wie Systeme für Buchhaltung, Vertrieb, Materialbewirtschaftung, Kostenrechnung, Lagerbewirtschaftung und Büroautomatisation, aber auch die Fertigungsplanung. Für diese wird die Programmiersprache Fortrou 77 verwendet, mit welcher der Beklagte jahrelang gearbeitet und erst vor kurzem ein Programmpaket für die C\*\*\* G\*\*\* AG

umgearbeitet hatte. Die restlichen 25 % der S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH gehören der M\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH, deren überwiegende Eigentümerin (wie jene der Klägerin) ebenfalls die

C\*\*\*-B\*\*\* AG ist. Die S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH

verrichtet ausschließlich Arbeiten für die Klägerin. Es ist aber geplant, daß sie später auch für die M\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH tätig werden wird.

Der Beklagte, der in der "Fertigungssteuerung" gearbeitet hatte, wurde über Vorschlag von Fritz F\*\*\* der S\*\*\* R\*\*\* AG zugeordnet, da er auch schon bisher hauptsächlich für diese Gesellschaft tätig war. Dieser Beschluß des "EDV-Beirats" war bindend. Nach erfolgter Zuordnung hat die jeweilige Gesellschaft die Lohnkosten des jeweiligen Arbeitnehmers entweder direkt, wenn sie ihn übernimmt, oder indirekt, indem sie die Kosten der anderen Gesellschaft refundiert, zu tragen. Die S\*\*\* R\*\*\* AG hat daher für das Entgelt des Beklagten aufzukommen. Die Zuteilung der Arbeitnehmer soll im Jahre 1989 endgültig abgeschlossen sein. Wunsch des Beklagten war es, von der S\*\*\* R\*\*\* AG übernommen zu werden. Er hatte sich der Klägerin gegenüber aber auch bereit erklärt, in der S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH arbeiten zu wollen oder die Position des Abteilungsleiters einzunehmen.

Als Übernahmetermin hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses des Beklagten war vorerst der 1.Jänner 1987 und dann der 1.Februar 1987 vorgesehen. Wegen Erkrankung des Beklagten konnte ihm das Übernahmeangebot der S\*\*\* R\*\*\* AG erst am 29.Jänner 1987 ausgehändigt werden. Vom 31.Jänner bis 8.Februar 1987 war der Beklagte auf Schiurlaub. Er erwirkte am 12.Februar 1987 ein Gespräch mit dem Vorstandsdirektor der S\*\*\* R\*\*\* AG, Dkfm. K\*\*\*, dem er seine Wünsche vortrug, die Arbeitnehmer der Klägerin zumindest informell bis zur nächsten Betriebsratswahl gewerkschaftlich mitzubetreuen, sein Arbeitsgebiet abzuklären und eine gewisse Absicherung des Arbeitsplatzes zu erhalten. Nach Rücksprache mit dem zuständigen Abteilungsleiter erklärte Dkfm. K\*\*\* dem Beklagten am nächsten Tag, daß eine Weiterverfolgung seiner Betriebsratsstätigkeit bei der Klägerin sowie eine Absicherung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich sei; der Beklagte könne aber eine unentgeltliche Dienstfreistellung für gewerkschaftliche Tätigkeiten erhalten. Dkfm. K\*\*\* sicherte dem Beklagten auch zu, daß er sein bisheriges Arbeitsgebiet (Reifenforschung und Entwicklung) behalten könne. Diesbezüglich mußten mit dem zuständigen Leiter der Abteilung Forschung und Entwicklung der S\*\*\* R\*\*\* AG, der für zwei Wochen abwesend sei, noch Gespräche geführt werden. Dkfm. K\*\*\* meinte zum Beklagten, daß er das Anbot bis 16.Februar 1987 annehmen solle, damit eine EDV-mäßige Abrechnung noch zum 1.Februar 1987 möglich sei. Hätte der Beklagte die Gespräche vom 12. und 13.Februar 1987 nicht angebahnt, hätte Dkfm. K\*\*\* allenfalls eine Frist bis 20. Februar 1987 gesetzt, was eine Einstellung des Beklagten zum 1. März 1987 zur Folge gehabt hätte.

Mit Schreiben vom 17.Februar 1987 verständigte die S\*\*\* R\*\*\* AG den Beklagten jedoch davon, daß sie ihr Übernahmeangebot zurückziehe; sie sei nicht mehr bereit, den Beklagten als Arbeitnehmer zu übernehmen. Der Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 18. Februar 1987, daß er den Wunsch habe, übernommen zu werden und nicht verstehe, warum ihn die S\*\*\* R\*\*\* AG nicht mehr einstellen wolle.

Die EDV-Aufgaben sind bei dieser Gesellschaft nunmehr in einer eigenen Abteilung zusammengefaßt, welche der Zentrale der C\*\*\* G\*\*\* AG unterstellt ist. Die vom Beklagten

bearbeiteten Projekte werden derzeit nicht betreut. Bei der Klägerin selbst sind von den ehemaligen Mitarbeitern des Bereiches "Zentrale Organisation" nur noch eine Sekretärin und der Abteilungsleiter Fritz F\*\*\*, der zugleich auch Geschäftsführer der S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH ist, tätig. Er hat die Aufgabe, zwei funktionsfähige Abteilungen zu schaffen und muß sich 1989 selbst entscheiden, welcher der beiden Unternehmensgruppen er angehören möchte.

In Betriebsversammlungen, bei denen über die Aufteilung der Arbeitnehmer der Klägerin gesprochen wurde, sicherten der Vorstandsdirektor Dkfm. K\*\*\* und der Personalchef Dr. V\*\*\* der S\*\*\* R\*\*\* AG auf die Frage des Beklagten, was geschehe, wenn ein Arbeitnehmer den Übernahmevertrag nicht unterschreibe, zu, daß diesfalls "alles wie bisher bleiben würde". Der ebenfalls anwesende Personalleiter der Klägerin, Ing. S\*\*\*, schränkte diese Erklärung dahin ein, daß dies nur so lange gelten könne, als ein Bedarf für die Arbeit des betreffenden Arbeitnehmers bestehe. Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, daß die Betriebsabteilung "Systemanalyse" der Klägerin nicht eingestellt, sondern bloß eingeschränkt worden sei. Durch die Aufspaltung des Unternehmens sei das Betriebsgefüge nicht geändert worden, zumal die Arbeitnehmer die gleiche Arbeit in den selben Räumen der Klägerin verrichteten. Die durch die Aufgliederung von Funktionen an die S\*\*\* R\*\*\* AG erfolgte Einschränkung des Betriebs der Klägerin könne das Klagebegehren nicht begründen, da die Klägerin den Nachweis, sie hätte den Beklagten trotz dessen Verlangens nicht an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigen

können, nicht erbracht habe. Dazu, daß sich aus der Übernahme des Beklagten in die S\*\*\* D\*\*\* Gesellschaft mbH ein erheblicher Schaden ergeben würde, habe die Klägerin weder etwas vorgebracht, noch seien dazu Verfahrensergebnisse vorhanden.

Letztlich sei auch die Behauptung der Klägerin, ihr sei durch die Dienstfreistellung des Beklagten ein Schaden in Höhe seiner Gehaltskosten erwachsen, widerlegt. Es habe sich vielmehr herausgestellt, daß diese Kosten von der S\*\*\* R\*\*\* AG zu tragen seien und dort offenbar auch noch vom Beklagten geführte Projekte unbetreut blieben. Die S\*\*\* R\*\*\* AG könne trotz der kostenmäßigen Zuordnung zwar auf die Arbeitsleistung des Beklagten verzichten, sie habe aber ihrer Verpflichtung zur Refundierung der Entgeltkosten nachzukommen. Da die S\*\*\* R\*\*\* AG von sich aus eine Frist für die Übernahme bis 20. Februar 1987 gesetzt hätte, wäre die mit Schreiben vom 19. Februar 1987 erklärte Bereitschaft des Beklagten, übernommen werden zu wollen, auch rechtzeitig erfolgt. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß es gemäß § 121 Z 1 ArbVG vor allem darauf ankomme, ob der Beklagte ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden könne. Die Klägerin habe den Eintritt eines solchen Schadens ausschließlich mit den Lohnkosten des Beklagten begründet. Diese Lohnkosten habe aber nicht sie, sondern die S\*\*\* R\*\*\* AG zu tragen. Der Klägerin erwachse aus der Weiterbeschäftigung des Beklagten kein Schaden. Sie habe auch nicht behauptet, daß ihr Anspruch auf Refundierung der Lohnkosten des Beklagten zeitlich beschränkt sei. Auf einen allenfalls möglichen, derzeit aber nicht absehbaren Wegfall der Verpflichtung der S\*\*\* R\*\*\* AG zum Ersatz dieser Kosten könne - abgestellt auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz - nicht Bedacht genommen werden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision der klagenden Partei mit dem Antrag auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne des Klagebegehrens. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragte in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die Klägerin gründet ihr Zustimmungsbegehren im wesentlichen darauf, daß sie als Betriebsinhaberin infolge Stilllegung jener Betriebsabteilung, in welcher der Beklagte beschäftigt gewesen sei, diesen an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ohne erheblichen Schaden für sie nicht weiterbeschäftigen könne (§ 121 Z 1 ArbVG). Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte, genügt es daher für die Zustimmungserteilung nicht, daß durch die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ein Schaden entsteht; es muß sich vielmehr um einen erheblichen Schaden handeln (Floretta-Strasser, ArbVG §§ 120 bis 122 Erl. 7.1.6; dieselben in MKK ArbVG2 § 121 Anmerkung 13; Cerny ArbVG8 § 121 Erl. 5). Dieser Schaden muß, da die Klägerin nach dem beiderseitigen Vorbringen als Arbeitgeberin und Betriebsinhaberin anzusehen ist (vgl. Strasser, Arbeitsrecht II 223), auch in ihren Bereich eingetreten sein oder eintreten und kann durchaus in Lohnkosten bestehen, die auflaufen, ohne den Beklagten weiter beschäftigen zu können. Es ist im vorliegenden Fall aber nicht wesentlich, ob die Klägerin, deren Arbeitgeberbereitschaft unbestritten blieb, in der Lage ist, den Beklagten im Restbetrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterzubeschäftigen. Nach den maßgeblichen und diesbezüglich vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen war der Beklagte nämlich hauptsächlich für die S\*\*\* R\*\*\* Gesellschaft mbH und für deren Betriebsnachfolgerin S\*\*\* R\*\*\* AG in Traiskirchen tätig. Unabhängig davon wie das Arbeitsverhältnis des Beklagten betriebsverfassungsmäßig zu qualifizieren ist (vgl. ZAS 1988/9 mit Besprechung von Schnorr), bestand der Arbeitsplatz des Beklagten jedenfalls in diesem Betrieb. Er wurde deshalb auch durch den sogenannten "EDV-Beirat" der S\*\*\* R\*\*\* AG als Arbeitnehmer zugeordnet. Dieser beide Unternehmen bindende Beschluß sieht aber vor, daß die S\*\*\* R\*\*\* AG die Lohnkosten des Beklagten entweder direkt oder indirekt zu tragen hat. Daß diese Verpflichtung zur Kostenrefundierung etwa befristet sei oder daß die S\*\*\* R\*\*\* AG etwaige finanzielle Konsequenzen aus der Dienstfreistellung des Beklagten durch die Klägerin gezogen hätte oder ziehen wolle, wurde nicht behauptet.

Auch in der Revision ist die Klägerin nicht in der Lage, darzutun, welcher konkrete Schaden sie aus der Weiterbeschäftigung des Beklagten treffe. Die in der Rechtsrüge aufgeworfenen Fragen, wonach es keine Sicherheit für eine immerwährende Verpflichtung der S\*\*\* R\*\*\* AG gebe, daß deren Refundierungsverpflichtung spätestens ab 1989 in Frage gestellt sein könne, ferner ob die Klägerin nicht im Interesse der S\*\*\* R\*\*\* AG zu einer Kündigung verpflichtet sei und daß ein Schaden jedenfalls eintrete, entweder bei der Klägerin oder deren Betriebsnachfolgerin, können das

bisher unterlassene diesbezügliche Prozeßvorbringen nicht ersetzen. Es ist vielmehr, wie das Berufungsgericht richtig erkannte, davon auszugehen, daß die Klägerin den Beklagten, so lange ihr die vollen Lohnkosten ohnehin ersetzt werden, ohne erheblichen Schaden so wie bisher zumutbar weiterbeschäftigen kann. Darauf, ob die S\*\*\* R\*\*\* AG trotz der Zahlung des Entgelts auf die Dienste des Beklagten verzichtet, kommt es nicht an. Die Kostenentscheidung ist in den §§ 41 und 50 ZPO begründet.

**Anmerkung**

E16440

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:009OBA00211.88.0125.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19890125\_OGH0002\_009OBA00211\_8800000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)