jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2006/2/22 9ObA49/05d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.02.2006

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Harald Kaszanits und Peter Schönhofer als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Partei Martin G*****, Angestellter, *****, vertreten durch Dr. Peter Bibiza, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. Günther Viehböck, Rechtsanwalt, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der L***** AG, *****, vertreten durch Viehböck & Partner, Rechtsanwälte in Mödling, wegen 1) Feststellung einer Konkursforderung (EUR 72.402,28 brutto sA und Kosten von EUR 13.604,46), 2) Feststellung des Fortbestandes des Dienstverhältnisses (EUR 2.000), und 3) Zahlung von EUR 101.921,41 brutto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. November 2004, GZ 9 Ra 96/04k, 9 Ra 97/04g-61, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 24. Mai 2002, GZ 15 Cga 232/01y-14, im Kostenpunkt abgeändert, in der Hauptsache aber bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden hinsichtlich der Begehren auf Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses teilweise bestätigt, teilweise dahin abgeändert, dass sie in diesem Umfang als Teilurteil wie folgt zu lauten haben:

„Es wird festgestellt, dass der Kläger bis 14. 4. 2003 in einem aufrechten Arbeitsverhältnis zu der in Konkurs befindlichen L***** AG bzw zum Beklagten stand.

Das Klagebegehren, es werde festgestellt, dass der Kläger vom 15. 4. 2003 bis zum 30. 6. 2003 in einem aufrechten Arbeitsverhältnis zu der in Konkurs befindlichen L***** AG bzw zum Beklagten stand, wird abgewiesen.

Die hierauf entfallende Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten."

Im Übrigen, nämlich hinsichtlich der Begehren auf Feststellung von Konkursforderungen und hinsichtlich der Zahlungsbegehren des Klägers, werden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben. In diesem Umfang wird die Arbeitsrechtssache an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

Die hierauf entfallenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Über das Vermögen der L*****AG (in der Folge: AG) wurde am 29. 7. 2001 das Ausgleichsverfahren eröffnet. Mit

Beschluss vom 15. 10. 2001 wurde das Ausgleichsverfahren gemäß § 57 Abs 1 AO aufgehoben. Am 17. 6. 2002 wurde über das Vermögen der AG der Konkurs eröffnet; der Beklagte wurde zum Masseverwalter bestellt.Über das Vermögen der L*****AG (in der Folge: AG) wurde am 29. 7. 2001 das Ausgleichsverfahren eröffnet. Mit Beschluss vom 15. 10. 2001 wurde das Ausgleichsverfahren gemäß Paragraph 57, Absatz eins, AO aufgehoben. Am 17. 6. 2002 wurde über das Vermögen der AG der Konkurs eröffnet; der Beklagte wurde zum Masseverwalter bestellt.

Die L***** M***** GmbH (in der Folge: GmbH) ist eine 100 %ige Tochter der AG.

Der Kläger war seit 1. 3. 1997 Vorstandsmitglied der (damals noch anders bezeichneten) AG. Von dieser Funktion trat er mit Schreiben vom 3. 7. 1998 zurück.

Am 2. 7. 1998 wurde zwischen dem Kläger und der AG ein Anstellungsvertrag geschlossen, nach dessen Punkt I.1. der Kläger seine Vorstandsfunktion mit 1. 7. 1998 zurücklegt und - unter Anrechnung der Vordienstzeiten ab 1. 5. 1992 - als Dienstnehmer der Gesellschaft angestellt wird. Seine Aufgabe werde es sein, die Integration der L***** OHG (= in der Folge: OHG; aus dieser wurde letztlich die GmbH) mit der AG vorzubereiten und bei kartellrechtlicher Genehmigung des Erwerbs als Geschäftsführer der OHG tätig zu sein. Nach Punkt I.2. begann der Angestelltenvertrag mit 1. 6. 1998. Er werde auf die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen und ende somit am 30. 6. 2003. Nach Punkt III.1. ist der Geschäftsführer während der Dauer des Anstellungsvertrages verpflichtet, die Bestellung/Wahl als Geschäftsführer, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied in konzernangehörigen Unternehmen oder Beteiligungsunternehmen anzunehmen, soweit dies nach seiner Arbeitsbelastung, Ausbildung und Tätigkeit zumutbar ist. Nach Punkt III.3. hat der Geschäftsführer auf jederzeitiges Verlangen alle gemäß Abs 1 übernommenen Funktionen unverzüglich niederzulegen. In Punkt IV.1. wurde normiert, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer in allen Geschäftsführungsangelegenheiten jederzeit mit Beschluss bindende Weisungen erteilen können. Vor dem Abschluss von Rechtsgeschäften/der Durchführung von Maßnahmen, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, habe der Geschäftsführer von sich aus die Gesellschaft zu befragen und deren Stellungnahme abzuwarten.Am 2. 7. 1998 wurde zwischen dem Kläger und der AG ein Anstellungsvertrag geschlossen, nach dessen Punkt römisch eins.1. der Kläger seine Vorstandsfunktion mit 1. 7. 1998 zurücklegt und - unter Anrechnung der Vordienstzeiten ab 1. 5. 1992 - als Dienstnehmer der Gesellschaft angestellt wird. Seine Aufgabe werde es sein, die Integration der L***** OHG (= in der Folge: OHG; aus dieser wurde letztlich die GmbH) mit der AG vorzubereiten und bei kartellrechtlicher Genehmigung des Erwerbs als Geschäftsführer der OHG tätig zu sein. Nach Punkt römisch eins.2. begann der Angestelltenvertrag mit 1. 6. 1998. Er werde auf die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen und ende somit am 30. 6. 2003. Nach Punkt römisch III.1. ist der Geschäftsführer während der Dauer des Anstellungsvertrages verpflichtet, die Bestellung/Wahl als Geschäftsführer, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied in konzernangehörigen Unternehmen oder Beteiligungsunternehmen anzunehmen, soweit dies nach seiner Arbeitsbelastung, Ausbildung und Tätigkeit zumutbar ist. Nach Punkt römisch III.3. hat der Geschäftsführer auf jederzeitiges Verlangen alle gemäß Absatz eins, übernommenen Funktionen unverzüglich niederzulegen. In Punkt römisch IV.1. wurde normiert, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer in allen Geschäftsführungsangelegenheiten jederzeit mit Beschluss bindende Weisungen erteilen können. Vor dem Abschluss von Rechtsgeschäften/der Durchführung von Maßnahmen, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, habe der Geschäftsführer von sich aus die Gesellschaft zu befragen und deren Stellungnahme abzuwarten.

Mit Beschluss vom 1. September 1998 wurde der Kläger zum Geschäftsführer der OHG bestellt. Kurze Zeit später wurde er wieder abberufen.

Mit 22. 2. 1999 wurde der Kläger zum Geschäftsführer der GmbH bestellt. Im Firmenbuch war er mit dem Vermerk „vertritt seit 22. 2. 1999 selbständig" eingetragen. Gegenstand der GmbH war nach dem Gesellschaftsvertrag ua die Übernahme des Managements von Unternehmen und Projekten des L*****-Konzerns sowie die Beteiligung an Gesellschaften mit gleichartigem Unternehmensgegenstand, insbesondere die Beteiligung an Gesellschaften des L*****-Konzerns sowie deren Geschäftsführung und Vertretung; ferner der Erwerb und das Halten von Beteiligung aller Art.

Zwischen der AG und der GmbH wurde am 17. 11. 1999 ein Vertrag („Managementvertrag") mit folgendem wesentlichen Inhalt geschlossen:

Die GmbH übernimmt mit 1. 9. 1999 im Auftrag und auf Rechnung der AG als allein Verantwortliche das gesamte operative kaufmännische und technische Management des Unternehmensbereichs Controlling im gesamten L*****-

Konzern und Geschäftsführungsbereiche in der in Gründung befindlichen L***** T*****GmbH. Das „Controlling" wird als Unternehmensbereich im Rahmen des Unternehmens der AG eigenständig geführt (1.1.). Die GmbH hat ihre Aufgaben eigenverantwortlich und grundsätzlich selbständig auszuführen; eine Übertragung auf Dritte ist unzulässig. Sie ist bei Ausübung ihrer Tätigkeit jedoch an Weisungen des Vorstands der AG gebunden. Über den Umfang ordentlicher Geschäftstätigkeit hinausgehende wesentliche Maßnahmen bedürfen der Zustimmung des Vorstands der AG. Insbesondere bedürfen folgende Maßnahmen der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des Vorstands der AG: .... Eingehen und Auflösen von Dienstverträgen direkt unterstellter Mitarbeiter. .... Die vorstehenden Zustimmungserfordernisse gelten nur bei Tätigwerden der GmbH im Namen oder auf Rechnung der AG. Maßnahmen der Geschäftsführung der GmbH, die ausschließlich deren eigene Geschäfte betreffen, unterliegen nicht dem gegenständlichen Vertrag (1.3.). Verpflichtungen aus diesem Managementvertrag sind auf Seiten der GmbH während aufrechter Anstellung ausschließlich durch deren Dienstnehmer, und zwar - Herrn Dr. Wolfgang H***** für die Bereiche „Controlling" und „LibroTel" wahrzunehmen.

....

Die GmbH hatte außer ihren Geschäftsführern keine Mitarbeiter. Sie hatte mit der L***** - Handels GmbH mit Sitz in Deutschland eine 100 %ige Tochtergesellschaft.

Mit 7. 3. 2000 wurde der Kläger dienstfrei gestellt. Mit Gesellschafterbeschluss vom 17. 7. 2001 wurde er als Geschäftsführer der GmbH abberufen.

Im mit Beschluss vom 29. 6. 2001 über das Vermögen der AG eröffneten Ausgleichsverfahren wurde am 12. 7. 2001 die Frist zur Zustimmung des Ausgleichsverwalters zur Kündigung von Arbeitnehmern gemäß § 20c Abs 2 AO um einen Monat verlängert.Im mit Beschluss vom 29. 6. 2001 über das Vermögen der AG eröffneten Ausgleichsverfahren wurde am 12. 7. 2001 die Frist zur Zustimmung des Ausgleichsverwalters zur Kündigung von Arbeitnehmern gemäß Paragraph 20 c, Absatz 2, AO um einen Monat verlängert.

Nach Zustimmung des Ausgleichsverwalters wurde der Kläger mit Schreiben vom 16. 7. 2001, ihm zugestellt am 6. 8. 2001, gemäß § 20 Abs 3 AO zum 9. 11. 2001 mit der Begründung gekündigt, dass er in einem einzuschränkenden Bereich tätig sei.Nach Zustimmung des Ausgleichsverwalters wurde der Kläger mit Schreiben vom 16. 7. 2001, ihm zugestellt am 6. 8. 2001, gemäß Paragraph 20, Absatz 3, AO zum 9. 11. 2001 mit der Begründung gekündigt, dass er in einem einzuschränkenden Bereich tätig sei.

Mit Beschluss vom 15. 10. 2001 wurde das Ausgleichsverfahren gemäß § 57 Abs 1 AO aufgehobenMit Beschluss vom 15. 10. 2001 wurde das Ausgleichsverfahren gemäß Paragraph 57, Absatz eins, AO aufgehoben.

Die erste der beiden nunmehr verbundenen Klagen wurde am 24. 12. 2001 gegen die damals noch nicht in Konkurs befindliche AG erhoben.

Am 17. 6. 2002 wurde über das Vermögen der AG der Konkurs eröffnet; mit Beschluss vom 23. 12. 2002 wurde die Schließung des Unternehmens angeordnet.

Die zweite Klage des Klägers erhob er - nunmehr bereits gegen den Beklagten - am 7. 8. 2002.

Mit Schreiben vom 14. 1. 2003 wurde das Dienstverhältnis des Klägers - für den Fall, dass es durch die Kündigung vom 16. 7. 2001 nicht beendet worden sein sollte - vom nunmehr in beiden Verfahren als Beklagter auftretenden Masseverwalter „gemäß § 25 KO unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten" aufgelöst.Mit Schreiben vom 14. 1. 2003 wurde das Dienstverhältnis des Klägers - für den Fall, dass es durch die Kündigung vom 16. 7. 2001 nicht beendet worden sein sollte - vom nunmehr in beiden Verfahren als Beklagter auftretenden Masseverwalter „gemäß Paragraph 25, KO unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten" aufgelöst.

Der Kläger begehrt in den vorliegenden Verfahren zuletzt die Feststellung des aufrechten Fortbestandes seines Dienstverhältnisses bis 14. 4. 2003 (Pkt. 2.) bzw von 15. 4. bis 30. 6. 2003 (Pkt. 3). Ferner begehrt er die Feststellung einer Konkursforderung von EUR 72.402,28 brutto sA zuzüglich Kosten von EUR 13.604,46 (Bezüge für die Zeit bis zur Konkurseröffnung). Überdies begehrt er die Zahlung seiner Bezüge für die Zeit ab der Konkurseröffnung bis zum Ablauf der vereinbarten Befristung des Dienstverhältnisses in der Höhe von EUR 101.921,41 brutto sA als Masseforderung. Zusätzlich begehrt der Kläger einen ihm entgangenen Gehaltsbestandteil von EUR 913,23, weil er am 24. 7. 2002 seinen Dienstwagen zurückstellen habe müssen. Diesen Gehaltsbestandteil machte er (vorerst) nur für

August 2002 geltend.

Der Kläger habe im Rahmen seines bis 30. 6. 2003 befristeten Dienstverhältnisses mit anderen Mitarbeitern die Integration der OHG in die AG vorbereitet. Er habe die konzeptionelle und standortmäßige Vorbereitung und Planung der Auslandsexpansion durchzuführen gehabt, wobei er dem Vorstand unterstellt gewesen sei. Mitarbeiter seien ihm nicht unterstellt gewesen. Seit 7. 3. 2000 sei er bei vollen Bezügen dienstfrei gestellt gewesen. Im Ausgleich der Dienstgeberin sei er gekündigt worden. Die Kündigung sei verspätet erfolgt, weil die der Dienstgeberin nach der AO zustehende einmonatige Frist nicht eingehalten worden sei. Die Kündigung sei auch deshalb rechtsunwirksam, weil der Betriebsrat entgegen § 105 ArbVG nicht von der Kündigungsabsicht verständigt worden sei. Eine derartige Verständigung wäre notwendig gewesen, weil der Kläger kein leitender Angestellter gewesen sei. Mit seiner Geschäftsführerfunktion bei der GmbH sei kein Aufgabenbereich verbunden gewesen. Der erst nachträglich geschlossene Managementvertrag zwischen der AG und der GmbH, den der Kläger gar nicht gekannt habe, sei ausschließlich auf die Person des Dr. H***** zugeschnitten gewesen. Die GmbH habe kein eigenes Personal gehabt; der Kläger sei in jeder Hinsicht weisungs- und auftragsgebunden gewesen. Überdies könne der Kläger schon deshalb nicht als leitender Angestellter qualifiziert werden, weil er bis zum Ende seines Dienstverhältnisses mehr als 17 Monate vom Dienst freigestellt gewesen sei. Schließlich ergebe sich aus der weiteren Aufkündigung seines Dienstverhältnisses vom 14. 1. 2003 das Eingeständnis der Dienstgeberin, dass bis dahin ein gültiges Dienstverhältnis vorgelegen sei. Die Kündigung sei auch sozialwidrig.Der Kläger habe im Rahmen seines bis 30. 6. 2003 befristeten Dienstverhältnisses mit anderen Mitarbeitern die Integration der OHG in die AG vorbereitet. Er habe die konzeptionelle und standortmäßige Vorbereitung und Planung der Auslandsexpansion durchzuführen gehabt, wobei er dem Vorstand unterstellt gewesen sei. Mitarbeiter seien ihm nicht unterstellt gewesen. Seit 7. 3. 2000 sei er bei vollen Bezügen dienstfrei gestellt gewesen. Im Ausgleich der Dienstgeberin sei er gekündigt worden. Die Kündigung sei verspätet erfolgt, weil die der Dienstgeberin nach der AO zustehende einmonatige Frist nicht eingehalten worden sei. Die Kündigung sei auch deshalb rechtsunwirksam, weil der Betriebsrat entgegen Paragraph 105, ArbVG nicht von der Kündigungsabsicht verständigt worden sei. Eine derartige Verständigung wäre notwendig gewesen, weil der Kläger kein leitender Angestellter gewesen sei. Mit seiner Geschäftsführerfunktion bei der GmbH sei kein Aufgabenbereich verbunden gewesen. Der erst nachträglich geschlossene Managementvertrag zwischen der AG und der GmbH, den der Kläger gar nicht gekannt habe, sei ausschließlich auf die Person des Dr. H***** zugeschnitten gewesen. Die GmbH habe kein eigenes Personal gehabt; der Kläger sei in jeder Hinsicht weisungs- und auftragsgebunden gewesen. Überdies könne der Kläger schon deshalb nicht als leitender Angestellter qualifiziert werden, weil er bis zum Ende seines Dienstverhältnisses mehr als 17 Monate vom Dienst freigestellt gewesen sei. Schließlich ergebe sich aus der weiteren Aufkündigung seines Dienstverhältnisses vom 14. 1. 2003 das Eingeständnis der Dienstgeberin, dass bis dahin ein gültiges Dienstverhältnis vorgelegen sei. Die Kündigung sei auch sozialwidrig.

Auch die Eventualkündigung sei unwirksam, weil es im Zuge des Konkursverfahrens niemals zu einer Unternehmensschließung gekommen sei. Das Unternehmen der AG sei am 31. 12. 2002 komplett geschäftsaktiv an das „T*****-Konsortium" übergeben worden; seine Filialen seien immer geöffnet gewesen. Auch diese Kündigung sei sozial ungerechtfertigt.

Der Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Der Kläger sei als Geschäftsführer der GmbH befugt gewesen, in eigener Verantwortung für den Betrieb wesentliche Verfügungen zu treffen. Es sei ihm daher maßgebender Einfluss auf die Betriebsführung zugestanden, sodass er als leitender Angestellter zu qualifizieren sei. Die Verständigung des Betriebsrats von der Kündigungsabsicht sei daher nicht erforderlich gewesen. Die nach der AO offen stehenden (hier verlängerten) Fristen seien eingehalten worden. Die Kündigung habe daher das Dienstverhältnis beendet.

Im Laufe des Verfahrens brachte der Beklagte überdies vor, dass die AG mit der GmbH gemeinsame Betriebe innegehabt und einen einheitlichen, gemeinsamen Betriebszweck verfolgt habe. AG und GmbH haben einen gemeinsamen Standort gehabt; die GmbH, die außer den Geschäftsführern keine Beschäftigten gehabt habe, habe die Betriebsmittel der AG verwendet. Betriebsgegenstand der GmbH sei im Wesentlichen die Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten und die Anteilsverwaltung gewesen. Die GmbH sei den Weisungen des Vorstands der AG unterstanden, sodass von einem qualifizierten faktischen Konzern auszugehen sei. Da somit Inhaber der Betriebe, in denen der Kläger beschäftigt gewesen sei, auch solche Gesellschaften gewesen seien, deren vertretungsbefugtes Organ der Kläger gewesen sei, sei er wegen seiner Organstellung iSd § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG nicht als Arbeitnehmer

anzusehen. Die Kündigung seines Dienstverhältnisses vom 16. 7. 2001 sei daher wirksam erfolgt. Zur vom Erstgericht aufgeworfenen Frage, „was operativ mit der Anteilsverwaltung gemacht worden" sei, erklärte der Beklagte, „vorerst keine Vorbringen" zu erstatten.Im Laufe des Verfahrens brachte der Beklagte überdies vor, dass die AG mit der GmbH gemeinsame Betriebe innegehabt und einen einheitlichen, gemeinsamen Betriebszweck verfolgt habe. AG und GmbH haben einen gemeinsamen Standort gehabt; die GmbH, die außer den Geschäftsführern keine Beschäftigten gehabt habe, habe die Betriebsmittel der AG verwendet. Betriebsgegenstand der GmbH sei im Wesentlichen die Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten und die Anteilsverwaltung gewesen. Die GmbH sei den Weisungen des Vorstands der AG unterstanden, sodass von einem qualifizierten faktischen Konzern auszugehen sei. Da somit Inhaber der Betriebe, in denen der Kläger beschäftigt gewesen sei, auch solche Gesellschaften gewesen seien, deren vertretungsbefugtes Organ der Kläger gewesen sei, sei er wegen seiner Organstellung iSd Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer eins, ArbVG nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Die Kündigung seines Dienstverhältnisses vom 16. 7. 2001 sei daher wirksam erfolgt. Zur vom Erstgericht aufgeworfenen Frage, „was operativ mit der Anteilsverwaltung gemacht worden" sei, erklärte der Beklagte, „vorerst keine Vorbringen" zu erstatten.

Die Eventualkündigung vom 14. 1. 2003 sei wirksam. Das Gericht habe eine Gesamtschließung des Betriebs angeordnet; nur 14 Filialen seien nicht geschlossen worden. Der Kläger sei kein Mitarbeiter der nicht geschlossenen Filialen gewesen. Auch diese Filialen seien in der Folge nach Durchführung eines behördlich genehmigten Ausverkaufs mit gerichtlicher Genehmigung geschlossen worden. Da eine Weiterbeschäftigung des Klägers unmöglich gewesen sei, sei kein Sozialvergleich anzustellen.

Der Kläger bestritt das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs. Es liege keine einheitliche Leitung vor. Im Übrigen sei der Kläger in den Betrieb der GmbH gar nicht eingegliedert gewesen, da deren Aufgaben nicht von ihm, sondern von Mag. H***** wahrgenommen worden seien. Er habe für die ihm übertragene Tätigkeit keine Mitarbeiter und keinerlei Weisungsbefugnisse gehabt.

Dem Vorbringen des Beklagten zur Eventualkündigung hielt der Kläger entgegen, dass von einer Schließung des Unternehmens nicht gesprochen werden könne, weil der „T*****-Konzern" 202 Filialen gekauft habe, die nie geschlossen worden seien.

Schließlich wendete der Beklagte ein, dass der Kläger nach dem Zugang des Kündigungsschreibens neun Monate völlig untätig gewesen sei und auch danach nur unzureichende Bemühungen um einen Arbeitsplatz unternommen habe. Im Sinn des § 1155 ABGB habe er sich daher den entgangenen Verdienst anrechnen zu lassenSchließlich wendete der Beklagte ein, dass der Kläger nach dem Zugang des Kündigungsschreibens neun Monate völlig untätig gewesen sei und auch danach nur unzureichende Bemühungen um einen Arbeitsplatz unternommen habe. Im Sinn des Paragraph 1155, ABGB habe er sich daher den entgangenen Verdienst anrechnen zu lassen.

Dies wurde vom Kläger unter Hinweis auf in seinem Dienstvertrag enthaltene Vereinbarungen über ein Wettbewerbsverbot und eine Konkurrenzklausel bestritten. Überdies habe er ohnedies Anstrengungen um anderweitigen Verdienst unternommen, sodass von einem absichtlichen Versäumnis keine Rede sein könne.

Das Erstgericht wies sämtliche Klagebegehren ab.

Es stellte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest und vertrat folgende Rechtsauffassung:

Die Kündigung zum 9. 11. 2001 sei rechtswirksam erfolgt. Das Konkursgericht habe die Frist zur Zustimmung des Ausgleichsverwalters zur Kündigung von Arbeitnehmern gemäß § 20 Abs 3 AO um einen Monat bis 29. 8. 2001 verlängert, sodass die am 6. 8. 2001 zugestellte Kündigung nicht verspätet sei. Auch ein befristetes Dienstverhältnis könne im Fall der Zustimmung des Ausgleichsverwalters vom Dienstgeber vor Ablauf einer vertraglich vereinbarten Befristung gekündigt werden. Der Ausspruch der Kündigung habe die Kündigungsfrist in Gang gesetzt, mit deren Ablauf das Arbeitsverhältnis beendet worden sei. Die Verpflichtung, den Betriebsrat zu verständigen, bestehe nur bei der Kündigung von Arbeitnehmern iSd § 36 ArbVG. Dazu zähle der Kläger nicht. Der Beklagte habe sich darauf berufen, dass die AG und die GmbH gemeinsam einen einheitlichen Betrieb geführt haben. Der Kläger habe zwar diese rechtliche Qualifikation bestritten, nicht aber das ihr zugrunde liegende Tatsachensubstrat. Da gegenteilige Beweisergebnisse nicht hervorgekommen seien, sei daher von einem einheitlichen Betrieb iSd § 34 ArbVG auszugehen. Davon ausgehend sei der Kläger als Geschäftsführer der GmbH kraft seiner Organstellung kein Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG gewesen. Seine Dienstfreistellung und die Abberufung als Geschäftsführer haben daran nichts geändert. Da somit auf den Kläger der zweite Teil des ArbVG nicht anwendbar sei, habe der Betriebsrat von der Kündigungsabsicht

nicht verständigt werden müssen. Auch für die Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung fehle es daher an einer rechtlichen Grundlage. Die Eventualkündigung vom 14. 1. 2003 enthalte kein Eingeständnis eines aufrechten Dienstverhältnisses. Das Dienstverhältnis sei daher mit 6. 11. 2001 rechtswirksam beendet worden. Im Übrigen seien die Feststellungsbegehren auch deshalb abzuweisen gewesen, weil es dem Kläger an einem Feststellungsinteresse mangle.Die Kündigung zum 9. 11. 2001 sei rechtswirksam erfolgt. Das Konkursgericht habe die Frist zur Zustimmung des Ausgleichsverwalters zur Kündigung von Arbeitnehmern gemäß Paragraph 20, Absatz 3, AO um einen Monat bis 29. 8. 2001 verlängert, sodass die am 6. 8. 2001 zugestellte Kündigung nicht verspätet sei. Auch ein befristetes Dienstverhältnis könne im Fall der Zustimmung des Ausgleichsverwalters vom Dienstgeber vor Ablauf einer vertraglich vereinbarten Befristung gekündigt werden. Der Ausspruch der Kündigung habe die Kündigungsfrist in Gang gesetzt, mit deren Ablauf das Arbeitsverhältnis beendet worden sei. Die Verpflichtung, den Betriebsrat zu verständigen, bestehe nur bei der Kündigung von Arbeitnehmern iSd Paragraph 36, ArbVG. Dazu zähle der Kläger nicht. Der Beklagte habe sich darauf berufen, dass die AG und die GmbH gemeinsam einen einheitlichen Betrieb geführt haben. Der Kläger habe zwar diese rechtliche Qualifikation bestritten, nicht aber das ihr zugrunde liegende Tatsachensubstrat. Da gegenteilige Beweisergebnisse nicht hervorgekommen seien, sei daher von einem einheitlichen Betrieb iSd Paragraph 34, ArbVG auszugehen. Davon ausgehend sei der Kläger als Geschäftsführer der GmbH kraft seiner Organstellung kein Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG gewesen. Seine Dienstfreistellung und die Abberufung als Geschäftsführer haben daran nichts geändert. Da somit auf den Kläger der zweite Teil des ArbVG nicht anwendbar sei, habe der Betriebsrat von der Kündigungsabsicht nicht verständigt werden müssen. Auch für die Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung fehle es daher an einer rechtlichen Grundlage. Die Eventualkündigung vom 14. 1. 2003 enthalte kein Eingeständnis eines aufrechten Dienstverhältnisses. Das Dienstverhältnis sei daher mit 6. 11. 2001 rechtswirksam beendet worden. Im Übrigen seien die Feststellungsbegehren auch deshalb abzuweisen gewesen, weil es dem Kläger an einem Feststellungsinteresse mangle.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei.

Mit Ausnahme der als irrelevant bezeichneten Feststellung, der Kläger sei nicht als Geschäftsführer der OHG eingetragen gewesen, übernahm das Berufungsgericht die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens und einer zutreffenden Beweiswürdigung.

Seine Rechtsausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Der Beklagte habe vorgebracht, es sei ein qualifizierter faktischer Konzern zwischen der AG und der GmbH vorgelegen. Beide hätten denselben Standort gehabt. Die GmbH habe die Betriebsmittel der AG verwendet. Sie habe keine Beschäftigten gehabt; ihr Betriebsgegenstand habe im Wesentlichen in der Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten und in der Anteilsverwaltung bestanden. Dieses Vorbringen habe der Kläger ebenso wenig bestritten, wie die Behauptung, die Auslandstöchter seien nicht bei der AG sondern bei der GmbH angesiedelt gewesen. Nach seinem eigenen Vorbringen sei der Kläger gar nicht im Betrieb der GmbH beschäftigt gewesen. Damit habe der Kläger die Behauptung eines einheitlichen Betriebes iSd § 34 ArbVG zwischen der AG und der GmbH mit einem einheitlichen gemeinsamen Betriebszweck nicht substantiiert bestritten. Insofern könne daher von einer zugestandenen Tatsache iSd § 267 ZPO ausgegangen werden. Der Einwand, es sei keine gemeinsame Leitung vorgelegen, weil die AG vom Vorstand, die GmbH jedoch von Dr. H***** geleitet worden sei, sei verfehlt. Unstrittig sei, dass die maßgebliche betriebsverfassungsrechtliche Funktion des Betriebsinhabers den Vorständen der AG, insbesondere dem *****, zugekommen sei. Das Controlling sei als Unternehmensbereich der AG und nach den Weisungen des Vorstands der AG zu führen gewesen. Der Durchgriff des Vorstands auf die GmbH sei evident. Der Kläger bringe selbst vor, dass es der Vorstand ***** gewesen sei, der alle Entscheidungen eigenverantwortlich getroffen habe. Nicht der vorgeschobene Betriebsinhaber, sondern die Vorstandsmitglieder der Gemeinschuldnerin haben daher die Funktion des Betriebsinhabers sowohl bei der AG als auch bei der GmbH inne gehabt.Der Beklagte habe vorgebracht, es sei ein qualifizierter faktischer Konzern zwischen der AG und der GmbH vorgelegen. Beide hätten denselben Standort gehabt. Die GmbH habe die Betriebsmittel der AG verwendet. Sie habe keine Beschäftigten gehabt; ihr Betriebsgegenstand habe im Wesentlichen in der Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten und in der Anteilsverwaltung bestanden. Dieses Vorbringen habe der Kläger ebenso wenig bestritten, wie die Behauptung, die Auslandstöchter seien nicht bei der AG sondern bei der GmbH angesiedelt gewesen. Nach seinem eigenen Vorbringen sei der Kläger gar nicht im Betrieb der GmbH beschäftigt gewesen. Damit habe der Kläger die Behauptung eines einheitlichen Betriebes iSd Paragraph 34, ArbVG zwischen der AG und der GmbH mit einem einheitlichen gemeinsamen Betriebszweck nicht

substantiiert bestritten. Insofern könne daher von einer zugestandenen Tatsache iSd Paragraph 267, ZPO ausgegangen werden. Der Einwand, es sei keine gemeinsame Leitung vorgelegen, weil die AG vom Vorstand, die GmbH jedoch von Dr. H***** geleitet worden sei, sei verfehlt. Unstrittig sei, dass die maßgebliche betriebsverfassungsrechtliche Funktion des Betriebsinhabers den Vorständen der AG, insbesondere dem *****, zugekommen sei. Das Controlling sei als Unternehmensbereich der AG und nach den Weisungen des Vorstands der AG zu führen gewesen. Der Durchgriff des Vorstands auf die GmbH sei evident. Der Kläger bringe selbst vor, dass es der Vorstand ***** gewesen sei, der alle Entscheidungen eigenverantwortlich getroffen habe. Nicht der vorgeschobene Betriebsinhaber, sondern die Vorstandsmitglieder der Gemeinschuldnerin haben daher die Funktion des Betriebsinhabers sowohl bei der AG als auch bei der GmbH inne gehabt.

Rechtlich selbständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst seien, bildeten gemäß § 115 Abs 1 GmbHG (§ 15 Abs 1 AktG) einen Konzern. Dies sei auch hier der Fall.Rechtlich selbständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst seien, bildeten gemäß Paragraph 115, Absatz eins, GmbHG (Paragraph 15, Absatz eins, AktG) einen Konzern. Dies sei auch hier der Fall.

Dass die GmbH gegenüber der AG ein unselbständiger Nebenbetrieb gewesen sei, sei nicht vorgebracht worden und auch nicht hervorgekommen. Die GmbH sei für die Auslandstöchter zuständig gewesen; die deutsche L*****GmbH sei ihre 100 %ige Tochter gewesen. Der Kläger sei für die Auslandsexpansion zuständig gewesen, sodass zumindest formal seine Tätigkeit unmittelbar mit der deutschen Tochtergesellschaft zu tun gehabt habe und auch im Verhältnis auf die Beteiligungsverhältnisse zumindest formal maßgebend gewesen sei. Es sei von einer besonderen Betriebsart, dem sogenannten Leitungs- oder Verwaltungsbetrieb, auszugehen. Darunter verstehe man die administrative oder kaufmännische Zentrale eines Unternehmens, die - losgelöst von den durch sie verwalteten Betrieben - einen eigenen unmittelbaren Betriebszweck habe, nämlich die Verwaltung der dazugehörigen Betriebe. Eine solche Gesellschaft sei formal die GmbH gewesen.

Da somit von einem einheitlichen Betrieb der GmbH und der AG auszugehen sei, sei der Kläger unabhängig von seinen tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten kraft seiner Organstellung gemäß § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG vom zweiten Teil des ArbVG ausgeschlossen. Sein Arbeitsverhältnis zur AG ändere daran ebenso wenig, wie die lange Zeit der Dienstfreistellung.Da somit von einem einheitlichen Betrieb der GmbH und der AG auszugehen sei, sei der Kläger unabhängig von seinen tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten kraft seiner Organstellung gemäß Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer eins, ArbVG vom zweiten Teil des ArbVG ausgeschlossen. Sein Arbeitsverhältnis zur AG ändere daran ebenso wenig, wie die lange Zeit der Dienstfreistellung.

Die nach Zustimmung des Ausgleichsverwalters erfolgte Kündigung des Klägers gemäß § 20 Abs 3 AO - im Ausgleich sei auch die Kündigung eines befristeten Dienstverhältnisses möglich - habe daher das Dienstverhältnis wirksam zum 9. 11. 2001 aufgelöst.Die nach Zustimmung des Ausgleichsverwalters erfolgte Kündigung des Klägers gemäß Paragraph 20, Absatz 3, AO - im Ausgleich sei auch die Kündigung eines befristeten Dienstverhältnisses möglich - habe daher das Dienstverhältnis wirksam zum 9. 11. 2001 aufgelöst.

Die Zulassung der Revision sei im Hinblick auf das - allerdings nicht festgestellte - Vorbringen des Klägers erfolgt, wonach er nur nominell Geschäftsführer der GmbH gewesen sei, tatsächlich aber keinerlei eigenständige Befugnisse - also nicht einmal die Befugnisse eines leitenden Angestellten - gehabt habe. Prokuristen, die nicht ausdrücklich in der Z 1 des § 36 Abs 2 ArbVG genannt seien, seien trotz ihrer beinah vollen Vertretungsmacht nach der Rechtsprechung nicht schlechthin leitende Angestellte, sondern nur dann, wenn diese Qualifikation durch die Gestaltung ihre Befugnisse im Innenverhältnis gerechtfertigt sei. Für den Geschäftsführer einer GmbH könne dies dann zutreffen, wenn die GmbH im Rahmen eines Konzerns eine lediglich untergeordnete Bedeutung - etwa als Tochtergesellschaft - derart einnehme, dass dem Geschäftsführer zwar formal die volle gesetzliche Vertretungsbefugnis zustehe, er aber im Innenverhältnis in seinen Befugnissen beschränkt sei. Es sei fraglich, ob der taxative Katalog des § 36 Abs 1 ArbVG bei einer Konstellation wie der hier behaupteten nicht gebiete, den Kläger nicht unter § 36 Abs 2 Z 1 sondern unter § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG einzuordnen. Bejahe man dies, würden entscheidungswesentliche Feststellungen fehlen. Oberstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage fehle.Die Zulassung der Revision sei im Hinblick auf das - allerdings nicht festgestellte - Vorbringen des Klägers erfolgt, wonach er nur nominell Geschäftsführer der GmbH gewesen sei, tatsächlich aber keinerlei eigenständige Befugnisse - also nicht einmal die Befugnisse eines leitenden Angestellten - gehabt habe. Prokuristen, die nicht ausdrücklich in der Ziffer

eins, des Paragraph 36, Absatz 2, ArbVG genannt seien, seien trotz ihrer beinah vollen Vertretungsmacht nach der Rechtsprechung nicht schlechthin leitende Angestellte, sondern nur dann, wenn diese Qualifikation durch die Gestaltung ihre Befugnisse im Innenverhältnis gerechtfertigt sei. Für den Geschäftsführer einer GmbH könne dies dann zutreffen, wenn die GmbH im Rahmen eines Konzerns eine lediglich untergeordnete Bedeutung - etwa als Tochtergesellschaft - derart einnehme, dass dem Geschäftsführer zwar formal die volle gesetzliche Vertretungsbefugnis zustehe, er aber im Innenverhältnis in seinen Befugnissen beschränkt sei. Es sei fraglich, ob der taxative Katalog des Paragraph 36, Absatz eins, ArbVG bei einer Konstellation wie der hier behaupteten nicht gebiete, den Kläger nicht unter Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer eins, sondern unter Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer 3, ArbVG einzuordnen. Bejahe man dies, würden entscheidungswesentliche Feststellungen fehlen. Oberstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage fehle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers.

Der Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist teilweise berechtigt.

Auf die Ausführungen des Revisionswerbers zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens kommt es nicht an, weil die aufgezeigten Umstände ausschließlich die Frage betreffen, ob der Kläger Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG ist. Diese Frage ist aber - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - ohnedies im Sinne des Revisionswerbers zu beantworten.Auf die Ausführungen des Revisionswerbers zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens kommt es nicht an, weil die aufgezeigten Umstände ausschließlich die Frage betreffen, ob der Kläger Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG ist. Diese Frage ist aber - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - ohnedies im Sinne des Revisionswerbers zu beantworten.

Zwischen den Parteien ist nicht mehr strittig, dass die (erste) Kündigung des Klägers innerhalb der (verlängerten) Frist nach § 20c AO erfolgte. Ebenso wenig ist strittig, dass auch bei einer Kündigung iS der genannten Bestimmung das in § 105 Abs 1 ArbVG normierte betriebliche Vorverfahren eingehalten werden muss (s dazuHolzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz4 518, die zu Recht aus der Formulierung des § 20c Abs 3 AO, die Kündigung habe „unter Bedachtnahme auf die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen" zu erfolgen, den Schluss ziehen, dass der allgemeine Kündigungsschutz des § 105 ArbVG voll zum Tragen kommt).Zwischen den Parteien ist nicht mehr strittig, dass die (erste) Kündigung des Klägers innerhalb der (verlängerten) Frist nach Paragraph 20 c, AO erfolgte. Ebenso wenig ist strittig, dass auch bei einer Kündigung iS der genannten Bestimmung das in Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG normierte betriebliche Vorverfahren eingehalten werden muss (s dazu Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz4 518, die zu Recht aus der Formulierung des Paragraph 20 c, Absatz 3, AO, die Kündigung habe „unter Bedachtnahme auf die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen" zu erfolgen, den Schluss ziehen, dass der allgemeine Kündigungsschutz des Paragraph 105, ArbVG voll zum Tragen kommt).

Unstrittig ist auch, dass der Betriebsrat vor der (ersten) Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers nicht verständigt wurde, sodass - wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben - die Wirksamkeit dieser Kündigung von der Frage abhängt, ob der Kläger Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG war, weil er nur unter dieser Voraussetzung in den Genuss des Kündigungsschutzes des § 105 ArbVG kommt.Unstrittig ist auch, dass der Betriebsrat vor der (ersten) Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers nicht verständigt wurde, sodass - wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben - die Wirksamkeit dieser Kündigung von der Frage abhängt, ob der Kläger Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG war, weil er nur unter dieser Voraussetzung in den Genuss des Kündigungsschutzes des Paragraph 105, ArbVG kommt.

Die Behauptungs- und Beweislast, dass ein auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages Beschäftigter im Hinblick auf einen der in § 36 Abs 2 Z 1 oder 3 ArbVG normierten Ausnahmetatbestände nicht Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG ist, trifft den Arbeitgeber.Die Behauptungs- und Beweislast, dass ein auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages Beschäftigter im Hinblick auf einen der in Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer eins, oder 3 ArbVG normierten Ausnahmetatbestände nicht Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG ist, trifft den Arbeitgeber.

Hier hat sich der Beklagte zunächst auf den Ausnahmetatbestand des § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG berufen und geltend gemacht, dass der Kläger wegen seines maßgebenden Einflusses auf die Betriebsführung als leitender Angestellter zu qualifizieren sei. Das dazu erstattete Tatsachenvorbringen beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf den Hinweis, dass der Kläger als handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH in der Lage gewesen sei, in eigener Verantwortung

für den Betrieb wesentliche Verfügungen zu treffen. Dass der Arbeitnehmer einer Muttergesellschaft in einer Tochtergesellschaft Organstellung hat, besagt aber in keiner Weise, dass dieser Arbeitnehmer - wie es für eine Qualifizierung als leitender Angestellter erforderlich wäre - im Arbeitgeberbetrieb eine dem Unternehmer vergleichbare Stellung innehat, die es ihm ermöglicht, durch Verfügungen in die Interessenssphäre der Arbeitnehmer einzugreifen und wesentliche Unternehmensentscheidungen zu treffen (zu den Voraussetzungen der Qualifizierung als leitender Angestellter: Strasser, ArbVG-Kommentar, § 36 Rz 17 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung). Eine derartige Stellung kam dem Kläger nach den Verfahrensergebnissen nicht zu. Befugnisse des Klägers, die auf eine solche Stellung schließen lassen könnten, wurden vom Beklagten nicht vorgebracht. Das insofern größtenteils unwidersprochen gebliebene und teilweise auch Gegenstand der Feststellungen gewordene Tatsachenvorbringen des Klägers über seine Befugnisse schließt eine derartige Annahme aus.Hier hat sich der Beklagte zunächst auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer 3, ArbVG berufen und geltend gemacht, dass der Kläger wegen seines maßgebenden Einflusses auf die Betriebsführung als leitender Angestellter zu qualifizieren sei. Das dazu erstattete Tatsachenvorbringen beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf den Hinweis, dass der Kläger als handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH in der Lage gewesen sei, in eigener Verantwortung für den Betrieb wesentliche Verfügungen zu treffen. Dass der Arbeitnehmer einer Muttergesellschaft in einer Tochtergesellschaft Organstellung hat, besagt aber in keiner Weise, dass dieser Arbeitnehmer - wie es für eine Qualifizierung als leitender Angestellter erforderlich wäre - im Arbeitgeberbetrieb eine dem Unternehmer vergleichbare Stellung innehat, die es ihm ermöglicht, durch Verfügungen in die Interessenssphäre der Arbeitnehmer einzugreifen und wesentliche Unternehmensentscheidungen zu treffen (zu den Voraussetzungen der Qualifizierung als leitender Angestellter: Strasser, ArbVG-Kommentar, Paragraph 36, Rz 17 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung). Eine derartige Stellung kam dem Kläger nach den Verfahrensergebnissen nicht zu. Befugnisse des Klägers, die auf eine solche Stellung schließen lassen könnten, wurden vom Beklagten nicht vorgebracht. Das insofern größtenteils unwidersprochen gebliebene und teilweise auch Gegenstand der Feststellungen gewordene Tatsachenvorbringen des Klägers über seine Befugnisse schließt eine derartige Annahme aus.

Im Laufe des Verfahrens hat sich der Beklagte aber auch auf § 36 Abs 1 Z 1 ArbVG gestützt und im Wesentlichen vorgebracht, dass die AG und die GmbH einen gemeinsamen Betrieb geführt haben, sodass der Kläger als Organ einer der den gemeinsamen Betrieb führenden Gesellschaften im Sinne der zitierten Ausnahmebestimmungen kein Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG sei.Im Laufe des Verfahrens hat sich der Beklagte aber auch auf Paragraph 36, Absatz eins, Ziffer eins, ArbVG gestützt und im Wesentlichen vorgebracht, dass die AG und die GmbH einen gemeinsamen Betrieb geführt haben, sodass der Kläger als Organ einer der den gemeinsamen Betrieb führenden Gesellschaften im Sinne der zitierten Ausnahmebestimmungen kein Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG sei.

Die Vorinstanzen sind dieser Argumentation primär mit der Begründung gefolgt, dass der Kläger dieses Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht nicht substantiiert bestritten habe, sodass es - ohne dass entsprechende Feststellungen erforderlich seien - iSd § 267 ZPO als zugestanden der Entscheidung zugrunde zu legen sei. Abgesehen davon, dass der Kläger im gesamten Verfahren umfangreiches Vorbringen erstattet hat, das dem eben wiedergegebenen Standpunkt des Beklagten widerspricht, ist dem vor allem entgegenzuhalten, dass sich ein allfälliges Zugeständnis iSd § 267 ZPO nur auf Tatsachenbehauptungen des Gegners beziehen kann, nicht aber auf rechtliche, durch Tatsachenbehauptungen nicht untermauerte Wertungen. Tatsachenbehauptungen, die seinen Standpunkt rechtfertigen können, hat aber der Beklagte in Wahrheit gar nicht aufgestellt. Sieht man von rechtlichen Wertungen ab, reduziert sich sein zu diesem Thema erstattetes Tatsachenvorbringen auf die Behauptung, dass AG und GmbH einen gemeinsamen Standort gehabt haben, dass Betriebszweck der GmbH im Wesentlichen die Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten und die Anteilsverwaltung gewesen sei und dass die GmbH keine Beschäftigten gehabt und Betriebsmittel der AG verwendet habe. Bei den weiteren Behauptungen über das Vorliegen eines gemeinsamen und gemeinsam geführten Betriebs bzw einen diese Annahme rechtfertigenden gemeinsamen Betriebszweck handelt es sich in Wahrheit um rechtliche Wertungen.Die Vorinstanzen sind dieser Argumentation primär mit der Begründung gefolgt, dass der Kläger dieses Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht nicht substantiiert bestritten habe, sodass es - ohne dass entsprechende Feststellungen erforderlich seien - iSd Paragraph 267, ZPO als zugestanden der Entscheidung zugrunde zu legen sei. Abgesehen davon, dass der Kläger im gesamten Verfahren umfangreiches Vorbringen erstattet hat, das dem eben wiedergegebenen Standpunkt des Beklagten widerspricht, ist dem vor allem entgegenzuhalten, dass sich ein allfälliges Zugeständnis iSd Paragraph 267, ZPO nur auf Tatsachenbehauptungen des Gegners beziehen kann, nicht aber auf rechtliche, durch Tatsachenbehauptungen nicht untermauerte Wertungen.

Tatsachenbehauptungen, die seinen Standpunkt rechtfertigen können, hat aber der Beklagte in Wahrheit gar nicht aufgestellt. Sieht man von rechtlichen Wertungen ab, reduziert sich sein zu diesem Thema erstattetes Tatsachenvorbringen auf die Behauptung, dass AG und GmbH einen gemeinsamen Standort gehabt haben, dass Betriebszweck der GmbH im Wesentlichen die Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten und die Anteilsverwaltung gewesen sei und dass die GmbH keine Beschäftigten gehabt und Betriebsmittel der AG verwendet habe. Bei den weiteren Behauptungen über das Vorliegen eines gemeinsamen und gemeinsam geführten Betriebs bzw einen diese Annahme rechtfertigenden gemeinsamen Betriebszweck handelt es sich in Wahrheit um rechtliche Wertungen.

Das Tatsachenvorbringen des Beklagten rechtfertigt seinen Rechtsstandpunkt nicht, ebensowenig die größtenteils unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptungen des Klägers und die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen. Der Rechtsstandpunkt des Beklagten beruht auf der Überlegung, dass zwei Betriebsinhaber einen gemeinsamen Betrieb geführt haben, der Kläger daher als Organ einer der betriebsführenden Gesellschaften Organstellung im Hinblick auf den Gesamtbetrieb gehabt habe und demgemäß kein Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG sei. Diese Überlegung setzt voraus, dass die GmbH als (Mit-)Betriebsinhaber des Gesamtbetriebs anzusehen wäre. Dafür fehlt aber in den Verfahrensergebnissen jegliches Substrat.Das Tatsachenvorbringen des Beklagten rechtfertigt seinen Rechtsstandpunkt nicht, ebensowenig die größtenteils unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptungen des Klägers und die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen. Der Rechtsstandpunkt des Beklagten beruht auf der Überlegung, dass zwei Betriebsinhaber einen gemeinsamen Betrieb geführt haben, der Kläger daher als Organ einer der betriebsführenden Gesellschaften Organstellung im Hinblick auf den Gesamtbetrieb gehabt habe und demgemäß kein Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG sei. Diese Überlegung setzt voraus, dass die GmbH als (Mit-)Betriebsinhaber des Gesamtbetriebs anzusehen wäre. Dafür fehlt aber in den Verfahrensergebnissen jegliches Substrat.

Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass bei der Beurteilung der Betriebseigenschaft nicht auf formaljuristische oder firmenbuchmäßige Qualifizierungen der beteiligten Gesellschaften abzustellen sei (s dazu 9 ObA 311/93); dennoch erachtet es als wesentlich, dass der Kläger „zumindest formal" als Geschäftsführer der GmbH mit deutschen Tochtergesellschaften zu tun gehabt und damit „zumindest formal" im Verhältnis der Beteiligungsverhältnisse maßgeblich gewesen sei. „Formal" sei die GmbH ein sogenannter Leitungs- oder Verwaltungsbetrieb gewesen, sodass von einem einheitlichen, gemeinsam geführten Betrieb auszugehen sei. Daran ist nach dem beiderseitigen Vorbringen und der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen wohl richtig, dass es im hier interessierenden Bereich nur einen (einheitlichen) Betrieb gab: es fehlen aber jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die in ihrer Tätigkeit völlig unselbständige und überdies betriebsmittel-, belegschafts- und im Entscheidungsprozess bedeutungslose GmbH, bei der keines der Elemente des Betriebsbegriffes verwirklicht ist, als (Mit-)Betriebsinhaber des Gesamtbetriebes angesehen werden kann. Damit ist der Kläger - durchaus übereinstimmend mit seiner tatsächlichen Bedeutung - nicht Organ der Betriebsinhaberin, sodass der Ausnahmetatbestand des § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG nicht verwirklicht ist. Weiterer Feststellungen dazu bedarf es nicht, weil der insofern behauptungs- und beweispflichtige Beklagte keine über das vorhandene Tatsachensubstrat hinausgehende Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat, die seinen gegenteiligen Standpunkt rechtfertigen könnten.Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass bei der Beurteilung der Betriebseigenschaft nicht auf formaljuristische oder firmenbuchmäßige Qualifizierungen der beteiligten Gesellschaften abzustellen sei (s dazu 9 ObA 311/93); dennoch erachtet es als wesentlich, dass der Kläger „zumindest formal" als Geschäftsführer der GmbH mit deutschen Tochtergesellschaften zu tun gehabt und damit „zumindest formal" im Verhältnis der Beteiligungsverhältnisse maßgeblich gewesen sei. „Formal" sei die GmbH ein sogenannter Leitungs- oder Verwaltungsbetrieb gewesen, sodass von einem einheitlichen, gemeinsam geführten Betrieb auszugehen sei. Daran ist nach dem beiderseitigen Vorbringen und der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen wohl richtig, dass es im hier interessierenden Bereich nur einen (einheitlichen) Betrieb gab: es fehlen aber jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die in ihrer Tätigkeit völlig unselbständige und überdies betriebsmittel-, belegschafts- und im Entscheidungsprozess bedeutungslose GmbH, bei der keines der Elemente des Betriebsbegriffes verwirklicht ist, als (Mit-)Betriebsinhaber des Gesamtbetriebes angesehen werden kann. Damit ist der Kläger - durchaus übereinstimmend mit seiner tatsächlichen Bedeutung - nicht Organ der Betriebsinhaberin, sodass der Ausnahmetatbestand des Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer eins, ArbVG nicht verwirklicht ist. Weiterer Feststellungen dazu bedarf es nicht, weil der insofern behauptungs- und beweispflichtige Beklagte keine über das vorhandene Tatsachensubstrat hinausgehende Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat, die seinen gegenteiligen Standpunkt rechtfertigen könnten.

Da somit der Kläger Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG ist, hätte der Kündigung das betriebliche Vorverfahren iSd § 105 Abs 1 ArbVG vorangehen müssen. Dass dies nicht der Fall war, macht die dennoch ausgesprochene Kündigung unwirksam (§ 105 Abs 2 ArbVG).Da somit der Kläger Arbeitnehmer iSd Paragraph 36, ArbVG ist, hätte der Kündigung das betriebliche Vorverfahren iSd Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG vorangehen müssen. Dass dies nicht der Fall war, macht die dennoch ausgesprochene Kündigung unwirksam (Paragraph 105, Absatz 2, ArbVG).

Das Begehren des Klägers auf Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses über den Zeitpunkt der ersten Kündigung des Klägers hinaus erweist sich daher - ohne dass es eines weiteren Verfahrens bedürfte - als berechtigt. In diesem Umfang sind die Entscheidungen der Vorinstanzen daher im stattgebenden Sinn abzuändern.

Ebenfalls spruchreif - allerdings im Sinne der Abweisung - ist das Verfahren über das Begehren auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch über den Zeitpunkt der Eventualkündigung hinaus.

Das dazu vom Kläger erstattete Vorbringen erschöpft sich in der Bestreitung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Kündigung iSd § 25 KO. Mit diesem Vorbringen kann aber die Unwirksamkeit der Kündigung nicht begründet werden. Selbst wenn nämlich der Masseverwalter nach § 25 KO kündigt, obwohl ihm ein Kündigungsrecht im Sinne dieser Bestimmung nicht zustand, ändert dies nichts an der Beendigungswirkung der Kündigung. Ob die Voraussetzungen des § 25 KO vorlagen, ist daher nur für Art und Höhe der aus der Kündigung resultierenden Ansprüche des Klägers maßgebend, vermag aber seiner Behauptung, die Kündigung sei unwirksam geblieben, nicht zum Erfolg zu verhelfen (9 ObA 2014/96h; s auch SZ 74/60; RIS-Justiz RS0097919).Das dazu vom Kläger erstattete Vorbringen erschöpft sich in der Bestreitung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Kündigung iSd Paragraph 25, KO. Mit diesem Vorbringen kann aber die Unwirksamkeit der Kündigung nicht begründet werden. Selbst wenn nämlich der Masseverwalter nach Paragraph 25, KO kündigt, obwohl ihm ein Kündigungsrecht im Sinne dieser Bestimmung nicht zustand, ändert dies nichts an der Beendigungswirkung der Kündigung. Ob die Voraussetzungen des Paragraph 25, KO vorlagen, ist daher nur für Art und Höhe der aus der Kündigung resultierenden Ansprüche des Klägers maßgebend, vermag aber seiner Behauptung, die Kündigung sei unwirksam geblieben, nicht zum Erfolg zu verhelfen (9 ObA 2014/96h; s auch SZ 74/60; RIS-Justiz RS0097919).

Auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers ein befristetes war, kann sein Begehren - selbst wenn die Voraussetzungen des § 25 KO nicht vorgelegen sein sollten - nicht rechtfertigen. Zwar ist richtig, dass die Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnis nur zulässig ist, wenn die Kündigungsmöglichkeit (wirksam) vereinbart wurde. Eine solche Vereinbarung, die im Übrigen nur wirksam wäre, wenn die Dauer der Befristung und die Möglichkeit der Kündigung in einem angemessenen Verhältnis stehen (ZAS 2004, 288; RIS-Justiz RS0028428), wurde hier nicht einmal behauptet. Kündigt aber der Arbeitgeber das befristete Arbeitsverhältnis - wie hier - ohne eine solche Vereinbarung, wird es - sofern nicht eine ausdrückliche Vereinbarung über einen Kündigungsausschluss vorliegt - dennoch beendet; den Arbeitgeber treffen allerdings die Folgen der ungerechtfertigten vorzeitigen Auflösung (Arb 10.867; Arb 7889; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht4 343 f; Löschnigg, Arbeitsrecht10).Auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers ein befristetes war, kann sein Begehren - selbst wenn die Voraussetzungen des Paragraph 25, KO nicht vorgelegen sein sollten - nicht rechtfertigen. Zwar ist richtig, dass die Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnis nur zulässig ist, wenn die Kündigungsmöglichkeit (wirksam) vereinbart wurde. Eine solche Vereinbarung, die im Übrigen nur wirksam wäre, wenn die Dauer der Befristung und die Möglichkeit der Kündigung in einem angemessenen Verhältnis stehen (ZAS 2004, 288; RIS-Justiz RS0028428), wurde hier nicht einmal behauptet. Kündigt aber der Arbeitgeber das befristete Arbeitsverhältnis - wie hier - ohne eine solche Vereinbarung, wird es - sofern nicht eine ausdrückliche Vereinbarung über einen Kündigungsausschluss vorliegt - dennoch beendet; den Arbeitgeber treffen allerdings die Folgen der ungerechtfertigten vorzeitigen Auflösung (Arb 10.867; Arb 7889; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht4 343 f; Löschnigg, Arbeitsrecht10).

Auf den - ohnedies weitgehend unsubstantiiert gebliebenen - Einwand, die Eventualkündigung sei sozialwidrig, kommt der Revisionswerber in seinem Rechtsmittel nicht mehr zurück.

Damit steht - unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 25 KO gegeben waren oder nicht - schon jetzt fest, dass die Eventualkündigung das Arbeitsverhältnis des Klägers zum in der Kündigung genannten Zeitpunkt beendet hat. Das Begehren des Klägers auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über diesen Zeitpunkt hinaus ist daher nicht berechtigt, sodass die Entscheidungen der Vorinstanzen in der Abweisung dieses Begehrens zu bestätigen sind. Ob die Voraussetzungen des § 25 KO gegeben gewesen sind, ist nur für Art und Höhe der dem Kläger aus der

Beendigung zustehenden Ansprüche von Bedeutung.Damit steht - unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des Paragraph 25, KO gegeben waren oder nicht - schon jetzt fest, dass die Eventualkündigung das Arbeitsverhältnis des Klägers zum in der Kündigung genannten Zeitpunkt beendet hat. Das Begehren des Klägers auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über diesen Zeitpunkt hinaus ist daher nicht berechtigt, sodass die Entscheidungen der Vorinstanzen in der Abweisung dieses Begehrens zu bestätigen sind. Ob die Voraussetzungen des Paragraph 25, KO gegeben gewesen sind, ist nur für Art und Höhe der dem Kläger aus der Beendigung zustehenden Ansprüche von Bedeutung.

Zu den Begehren des Klägers auf Feststellung von Konkursforderungen und zu den Zahlungsbegehren des Klägers haben die Vorinstanzen - von ihrer vom Obersten Gerichtshof nicht gebilligten Rechtsauffassung ausgehend - keine Tatsachenfeststellungen getroffen, die eine abschließende Beurteilung möglich machen würden. Hinsichtlich dieser Begehren war der Revision daher stattzugeben. In diesem Umfang sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und die Arbeitsrechtssache an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 und 2 ZPO.Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins und 2 ZPO.

Textnummer

E80158

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2006:009OBA00049.05D.0222.000

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