

Aktuelle Judikatur zum Arbeitsrecht

Anton Spenling

I. Einleitung

II. Zum kollektiven Arbeitsrecht

A. OGH 20.3.2015, 9 ObA 23/15w – Unangekündigte allgemeine Alkoholtests zur Kontrolle der Einhaltung eines Alkoholverbots

1. „Kontrollmaßnahme“
2. „Menschenwürde“
3. Kontrollen, die die Menschenwürde „berühren“
4. Interessenabwägung

B. OGH 27.5.2015, 8 ObA 17/15f – Zustimmung zur Kündigung eines Betriebsratsmitglieds

1. Vertretung der Arbeitnehmerin grundsätzlich vom Mandat erfasst
2. Kompetenzüberschreitung schließt Anwendung der Mandatsschutzklausel nicht zwangsläufig aus

C. OGH 29.7.2015, 9 ObA 56/15y – Undeutliche Erklärung des Betriebsrats zur Kündigungsabsicht

1. Maßgebend ist der objektive Erklärungswert der Stellungnahme
2. Keine klare und eindeutige Zustimmung

III. Zur Motivkündigung

A. OGH 26.2.2015, 8 ObA 59/14f – Glaubhaftmachung des Kündigungsmotivs

1. Zur „Glaubhaftmachung“ des Kündigungsmotivs
2. Keine rechtliche Würdigung des Kündigungsmotivs
3. „Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis“

B. OGH 25.11.2014, 8 ObA 53/14y – Motivkündigung und Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB – Anforderungen an das Prozessvorbringen

1. Im Anwendungsbereich des § 105 ArbVG ist Anfechtung nach § 879 ABGB ausgeschlossen
2. Anforderungen an Prozessvorbringen und Klagebegehren

IV. Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses

A. OGH 24.9.2015, 9 ObA 82/15x – Der Linienbusfahrer mit dem rosa Haarband

1. Zum Bestandschutz bei Elternteilzeit
 2. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Grenzen
 3. Freie Gestaltung des Äußeren ist ein Persönlichkeitsrecht, dem nur ausnahmsweise Grenzen gesetzt werden können
 4. Interessenabwägung fällt zugunsten des Klägers aus
- B. OGH 28.10.2015, 9 ObA 110/15i – Kündigung durch Übermittlung eines Fotos des Kündigungsschreibens über „WhatsApp“
1. „Schriftlichkeit“ bedeutet „Unterschriftlichkeit“
 2. Formgebote sind nach ihrem Zweck zu untersuchen
 3. Zweck des Formgebots bei der Kündigung
 4. Übermittlung der Kündigung über WhatsApp erfüllt kollektivvertragliches Formgebot nicht
- C. OGH 29.4.2015, 9 ObA 27/15h – Kündigung eines begünstigten Behinderten ohne Zustimmung des Ausschusses, weil Entlassungsgrund vorliegt?
1. Keine Begehren auf Feststellung der Rechtslage
 2. (Allfälliger) Entlassungsgrund bereits verfristet
- D. OGH 28.5.2015, 9 ObA 50/15s – Austritt eines Lehrlings wegen mangelhafter Ausbildung
- E. OGH 28.10.2015, 9 ObA 79/15f – Eigenmächtiger Urlaubsantritt trotz Feststellungsklage nach § 4 Abs 4 UrlG
1. Risikoverteilung bei Feststellungsklage nach § 4 Abs 4 UrlG
 2. Wann ist die Entlassung „unverzüglich“?
 3. Entlassung verspätet
- V. Diskriminierende Beendigung**
- A. OGH 27.8.2015, 9 ObA 87/15g – Diskriminierung wegen Schwangerschaft während der Probezeit
1. Zeitliche Begrenzung der Ersatzpflicht mit dem nächsten regulären Beendigungstermin?
 2. Behauptungs- und Beweislast des Arbeitgebers
 3. Zum Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung
- B. OGH 26.11.2015, 9 ObA 107/15y – Diskriminierende Kündigung nach unrichtiger Angabe über Behindertenstatus
1. Diskriminierungsschutz greift auch dann, wenn Arbeitgeber über das Vorliegen des geschützten Merkmals irrt
 2. Kausalzusammenhang zwischen Behinderung und Kündigung
 3. Verhalten des Klägers als Rechtfertigung der Kündigung?
 4. Verpflichtung des Arbeitnehmers, Behinderung offenzulegen?
- VI. Zur Anrechnung nach § 1155 Abs 1 ABGB**
- A. OGH 25.6.2015, 8 ObA 82/14p – Verpflichtung zur Annahme eines angebotenen Zwischenarbeitsverhältnisses? Anrechnung von Arbeitslosengeld?

1. Nur zeitlich kongruenter Verdienst ist anzurechnen
 2. Verpflichtung des Arbeitnehmers, ein „Zwischenarbeitsverhältnis“ zum bisherigen Beklagten einzugehen?
 3. Anrechnung von nicht mehr rückforderbarem Arbeitslosengeld?
- B. OGH 15.12.2015, 8 ObA 61/15a – Unwirksame Kündigung – Ersatz von Aufwendungen bei Entgeltanrechnung
1. Arbeitnehmer soll durch Nichtleistung seiner vereinbarten Dienste nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt sein
 2. Kläger hat Begehren ausdrücklich auf Schadenersatz gestützt

VII. Betriebsübergang

- A. OGH 28.4.2015, 8 ObA 28/15y – Wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen – Kündigungsentschädigung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus?
1. Außerordentliches Kündigungsrecht nach § 3 Abs 5 AVRAG
 2. Maßgeblich ist Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 3. Kein abstrakter „Erfüllungsanspruch“ nach Ende des Arbeitsverhältnisses
- B. OGH 30.7.2015, 8 ObA 40/15p – Anwartschaftsabfindung nach § 5 Abs 2 AVRAG ohne Übergang des Arbeitsverhältnisses?
1. Wortlaut der Bestimmung ist eindeutig
 2. Regelung setzt Übergang des Arbeitsverhältnisses voraus

VIII. Diverses

- A. OGH 27.8.2015, 9 ObA 92/15t – Anrechnung von Sachbezug auf kollektivvertragliches Mindestentgelt?
1. Einseitiges Abgehen von kollektivvertraglichem Mindestentgelt durch Naturalien ist unzulässig
 2. Kann Anrechnung eines Sachbezugs auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt wirksam vereinbart werden?
 3. Anrechnung auf Überstundenabgeltung
 4. Anrechnung auf Mindestentgelt nur, wenn der Kollektivvertrag dies vorsieht
- B. OGH 29.1.2015, 9 ObA 135/14i – Der unbewusste Urlaubsvorgriff – Sonderzahlungen bei halber Entgeltfortzahlung
1. Urlaubsvorgriff bedarf Vereinbarung
 2. Beweislast für Vereinbarung eines Urlaubsvorgriffs
 3. Sonderzahlungen und Entgeltfortzahlungsanspruch
- C. OGH 24.6.2015, 9 ObA 30/15z – Anspruch auf vereinbarte Überstundenpauschale trotz Elternteilzeit?
1. Überstundenpauschale kann mit Widerrufsvorbehalt vereinbart werden

2. Dienstnehmer in Elternteilzeit sind nicht zu Mehrarbeit verpflichtet
3. § 14 MSchG normiert Anspruch auf Weiterzahlung des früheren Arbeitsentgelts; Überstundenentgelt ist davon nicht umfasst
4. Gänzlicher Wegfall der Überstundenleistung durch längere Zeit aufgrund eines gesetzlichen Verbots bewirkt Ruhen des Anspruchs

I. Einleitung

Dieser Beitrag will einen Überblick über wichtige arbeitsrechtliche Entscheidungen des letzten Jahres bieten. Es sollen die wesentlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Kollektiv- und zum Individualarbeitsrecht, für die Praxis interessante Problemstellungen, aber auch kontrovers aufgenommene Entscheidungen dargestellt werden.

II. Zum kollektiven Arbeitsrecht

A. OGH 20.3.2015, 9 ObA 23/15w¹ – Unangekündigte allgemeine Alkoholtests zur Kontrolle der Einhaltung eines Alkoholverbots

Die Bekl ist ein Eisenbahnunternehmen, für dessen in sicherheitsrelevanten Bereichen beschäftigten Mitarbeiter ein gesetzliches Alkoholverbot besteht, das mit Billigung durch den Betriebsrat durch innerbetriebliche Anordnungen auf alle Mitarbeiter ausgedehnt wurde. Es kommt vor, dass gegen dieses Alkoholverbot verstoßen wird. Die Bekl hat daher – trotz des Widerspruchs des vorher informierten Betriebsrats – unangekündigt bei allen Mitarbeitern Atemluftkontrollen durchgeführt, deren Zulässigkeit strittig ist. Eine die Maßnahme rechtfertigende Betriebsvereinbarung besteht nicht.

Gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der AN, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, der Zustimmung des Betriebsrats.

Es handelt sich um einen Fall der notwendigen Mitbestimmung. Die Zustimmung kann nur in Form einer Betriebsvereinbarung erfolgen. Eine Regelung durch eine untergeordnete Rechtsquelle ist unzulässig.

1. „Kontrollmaßnahme“

Unter einer Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG ist die systematische Überwachung von Eigenschaften, Handlungen oder des allgemeinen Verhaltens von AN durch den Betriebsinhaber zu verstehen. Es geht um Regelungen, die insb vorschreiben, wann, unter welchen Umständen und auf welche Weise AN beim Betreten oder Verlassen des Betriebs, ferner während ihrer Arbeitsleistung oder überhaupt während ihres Aufenthalts im Betrieb zu irgendeinem Zweck überprüft werden.²

1 OGH 20.3.2015, 9 ObA 23/15w, DRdA 2016/2, 30 (*Reissner/Schneeberger*) = RdW 2015/400, 437.

2 *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 96 ArbVG Rz 21; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht III² (2015) § 96 Rz 52 ff; OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d, DRdA 2008/26, 326 (*Mosler*) = ASoK 2007, 402.

2. „Menschenwürde“

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Menschenwürde“ muss aus der Konkretisierung von Generalklauseln des Zivil- bzw Arbeitsrechts (insb § 879 ABGB, § 18 AngG, § 1157 ABGB) gewonnen werden. Besondere Bedeutung kommt dabei § 16 ABGB zu, wonach jeder Mensch über angeborene natürliche Rechte verfügt. Es handelt sich dabei um eine Zentralnorm unserer Rechtsordnung, die in ihrem Kernbereich die Menschenwürde schützt. Die Konkretisierung dieser Regelungen ist ein Anwendungsfall der Drittwirkung verfassungsrechtlich verankerter Grundrechte. In solchen Fällen besteht eine grundrechtlich verankerte Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung.³

Der Gesetzgeber will mit der Anknüpfung an die „Menschenwürde“ in § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG erreichen, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit des AN keinen übermäßigen Eingriffen ausgesetzt ist. Im Arbeitsverhältnis sind vor allem auch die Wertungen der Fürsorgepflicht des AG zu beachten, die sich auf die gesamte Persönlichkeit des AN bezieht. Auch körperliche Integrität und Privatsphäre eines AN zählen zu den von § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG geschützten Rechtsgütern.

3. Kontrollen, die die Menschenwürde „berühren“

§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bezieht sich auf Kontrollen, die die Menschenwürde „berühren“. Jedenfalls mitbestimmungsfrei ist daher eine Kontrolle, die die Menschenwürde „überhaupt nicht“ tangiert, dh mit ihr „nichts zu tun hat“. Andererseits verlangt das „Berühren“ der Menschenwürde keine solche Eingriffsdichte, die bereits als „Verletzung“ anzusehen wäre. Durch § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers vielmehr der schmale Grenzbereich zwischen den die Menschenwürde verletzenden (und damit jedenfalls sittenwidrigen) Maßnahmen und den die Menschenwürde überhaupt nicht tangierenden Maßnahmen des Betriebsinhabers geregelt werden.⁴

Die Menschenwürde wird von einer Kontrollmaßnahme oder einem Kontrollsystem dann „berührt“, wenn dadurch die Privatsphäre des AN kontrolliert wird. Von der Privatsphäre abgesehen kann aber auch durch die Kontrollintensität der Arbeitsleistung und des arbeitsbezogenen Verhaltens des AN die Menschenwürde berührt werden, und zwar vor allem dann, wenn diese Kontrolle in übersteigerter Intensität erfolgt und jenes Maß überschreitet, das für Arbeitsverhältnisse dieser Art typisch und geboten ist.

3 OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d, DRdA 2008/26, 326 (*Mosler*) = ASoK 2007, 402 mwN.

4 ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 84; *Tomandl*, Rechtsprobleme bei der Einführung und Anwendung von Kontrollmaßnahmen, ZAS 1982, 163, 166, 174.

4. Interessenabwägung

Die Frage, ob die Menschenwürde durch eine Kontrollmaßnahme auch nur berührt wird, bedarf einer umfassenden Interessenabwägung. Es sind die Interessen des AG, der ein grundsätzliches Recht zur Kontrolle der AN hat, aber darüber hinaus zB auch sein Eigentum sichern und schützen will, und andererseits die Interessen des AN an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte gegeneinander abzuwägen. Regulierende Funktion kommt dabei dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu: Persönlichkeitsrechte dürfen nur so weit beschränkt werden, wie dies durch ein legitimes Kontrollinteresse des AG geboten ist. Es ist das schonendste noch zum Ziel führende Mittel zu wählen.⁵

Die Abgrenzung, ob die Menschenwürde durch eine Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG lediglich „berührt“ oder bereits „verletzt“ wird, ist schwierig, kann hier aber dahingestellt bleiben, weil die Bekl in keinem Fall ohne Zustimmung des Betriebsrats zur Durchführung von Alkoholkontrollen berechtigt wäre.

Die Interessen der AN an der Wahrung ihrer körperlichen Integrität und ihrer Privatsphäre sind hier höher zu gewichten als die Interessen der Bekl an einer undifferenzierten Kontrolle durch einen Alkomattest, wenn er unangekündigt, ohne Einwilligung der Mitarbeiter, ohne besondere Verdachtslage und unabhängig davon durchgeführt wird, ob eine Alkoholisierung die Tätigkeit eines Mitarbeiters zu beeinflussen geeignet ist und ob durch die Tätigkeit eine Gefährdungslage für den Mitarbeiter oder andere Personen geschaffen wird. Dass eine solche Kontrollmaßnahme die Menschenwürde (zumindest) berührt, kann nicht zweifelhaft sein. Die einseitige konsenslose Kontrollmaßnahme der Bekl ist in dieser Allgemeinheit daher rechtswidrig und unzulässig.

B. OGH 27.5.2015, 8 ObA 17/15f⁶ – Zustimmung zur Kündigung eines Betriebsratsmitglieds

Der Bekl hat als Betriebsratsmitglied etwa 100 Mitarbeiter der Kl im Zusammenhang mit ihrer Entlohnung beraten und zu ihren Gunsten bei der Kl interveniert. Für eine AN übermittelte er – nach zahlreichen erfolglosen Gesprächen – einem Mitarbeiter der Arbeiterkammer, der über die Gewährung von Rechtsschutz zu entscheiden hatte, Listen, die umfangreiche (auch persönliche) Daten von AN der Kl enthielten und mit denen die behauptete Ungleichbehandlung der AN belegt werden sollte. Zu diesem Zeitpunkt hatte die AN bereits den Betrieb verlassen. Es ging jedoch um die Fortsetzung eines Verfahrens, das bereits eingeleitet worden

5 OGH 13.6.2002, 8 ObA 288/01p, DRdA 2003/37, 365 (Preiss) = ZAS 2004/7, 40; 20.12.2006, 9 ObA 109/06d, DRdA 2008/26, 326 (Mosler) = ASoK 2007, 402 mwN.

6 OGH 27. 5. 2015, 8 ObA 17/15f, DRdA 2016/6, 51 (Schneller) = ARD 6459/7/2015.

war, als sie noch bei der Kl beschäftigt war. Der Bekl war der Meinung, dass der Mitarbeiter der Arbeiterkammer die Listen nur als Entscheidungsgrundlage für die Gewährung von Rechtsschutz an die AN benötigen und verwenden werde. Der Mitarbeiter der Arbeiterkammer legte die Listen jedoch im arbeitsgerichtlichen Verfahren vor. Die Kl wertete dies als Geheimnisverrat iSd § 122 Abs 1 Z 4 ArbVG und begehrte nunmehr mit ihrer Klage die Zustimmung zur Entlassung, hilfsweise zur Kündigung des Bekl.

§ 120 Abs 1 ArbVG:

Ein Mitglied des Betriebsrates darf bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur nach vorheriger Zustimmung des Gerichts gekündigt oder entlassen werden. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung den sich aus § 115 Abs 3 ergebenden Schutz der Betriebsratsmitglieder wahrzunehmen. In den Fällen der §§ 121 Z 3 und 122 Abs 1 Z 3 erster Satzteil, Z 4 erster Satzteil und Z 5 hat das Gericht die Klage auf Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung eines Betriebsratsmitgliedes abzuweisen, wenn sie sich auf ein Verhalten des Betriebsratsmitgliedes stützt, das von diesem in Ausübung des Mandates gesetzt wurde und unter Abwägung aller Umstände entschuldbar war.

1. Vertretung der Arbeitnehmerin grundsätzlich vom Mandat erfasst

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Vorgangsweise des Bekl den Tatbestand des Geheimnisverrats iSd § 122 Abs 1 Z 4 erster Fall ArbVG verwirklicht, ist die von der Kl begehrte Zustimmung zur Entlassung (bzw zur Kündigung) des beklagten Betriebsratsmitgliedes nicht zu erteilen, weil die Mandatschutzklausel des § 120 Abs 1 letzter Satz ArbVG zum Tragen kommt.

Die Vertretung der Interessen der AN in Entgeltfragen gehört zum Kernbereich der Vertretungsaufgaben des Betriebsrats, der deshalb ja auch gem § 89 Abs 1 Z 1 ArbVG berechtigt ist, in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen über die Bezüge und die zur Berechnung dieser Bezüge erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen. Die Versuche des Bekl, die AN bei der Geltendmachung einer (jedenfalls von ihm angenommenen) Ungleichbehandlung zu unterstützen, sind daher grundsätzlich von seinem Mandat erfasst.

2. Kompetenzüberschreitung schließt Anwendung der Mandatschutzklausel nicht zwangsläufig aus

Dass das Betriebsratsmitglied objektiv seine Kompetenzen und Befugnisse überschritten hat, steht der Anwendung der Mandatschutzklausel dann nicht entgegen, wenn das Betriebsratsmitglied der Meinung sein konnte, dass es im Rahmen seines Mandats tätig wurde.⁷ Das ist hier zu bejahen, woran auch der Umstand

⁷ OGH 5.3.1997, 9 ObA 47/97w, DRdA 1998/13, 125 (*Kallab*) = RdW 1998, 32; 8.8.2007, 9 ObA 77/07z, ARD 5871/2/2008; RIS-Justiz RS0106956.

nichts ändert, dass die AN mittlerweile den Betrieb verlassen hatte, zumal es um die Fortsetzung der schon während des Arbeitsverhältnisses begonnenen Vertretung ging, die nach wie vor Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis betraf. Die Handlungsweise des Bekl ist daher zumindest als entschuldbar iSd § 120 Abs 1 letzter Satz ArbVG zu werten.

C. OGH 29.7.2015, 9 ObA 56/15y⁸ – Undeutliche Erklärung des Betriebsrats zur Kündigungsabsicht

Die Bekl verständigte den Betriebsrat von ihrer Absicht, den Kl zu kündigen. Der Betriebsrat ging allerdings davon aus, dass er nicht für den Kl zuständig sei, weil dieser AN einer Tochtergesellschaft sei. Aus diesem Grund beschloss der Betriebsrat (ohne inhaltlich über die Kündigung zu diskutieren), der Kündigung zuzustimmen. Er teilte dies dem AG mit folgenden Worten mit:

„Aufgrund der Tatsache, dass mit ... (dem Kl) ein Arbeitsvertrag ... (zur Tochtergesellschaft besteht) ... fällt ... (der Kl) nicht in den Geltungsbereich des Angestelltenbetriebsrates der ... (Bekl). Der Betriebsrat der ... (Bekl) stimmt somit, wie in der heutigen Sitzung einstimmig beschlossen, der Kündigung ... zu.“

Die Bekl fragte nicht nach, wie dies zu verstehen sei und kündigte das Arbeitsverhältnis des Kl auf. Die Vorinstanzen wiesen das Anfechtungsbegehren des Kl wegen Sozialwidrigkeit der Kündigung ab. Da der Betriebsrat der Kündigung ausdrücklich zugestimmt habe, auch wenn er sich dazu durch ein unzutreffendes Motiv veranlasst gesehen habe, sei der Kl gem § 105 Abs 6 ArbVG nicht zur Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG berechtigt.

§ 105 Abs 1 ArbVG:

Der Betriebsinhaber hat vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen, der innerhalb einer Woche hierzu Stellung nehmen kann.

§ 105 Abs 2 ArbVG:

Der Betriebsinhaber hat auf Verlangen des Betriebsrates mit diesem innerhalb der Frist zur Stellungnahme über die Kündigung zu beraten. Eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam, es sei denn, dass der Betriebsrat eine Stellungnahme bereits abgegeben hat.

§ 105 Abs 6 ArbVG:

Hat der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung innerhalb einer Woche ausdrücklich zugestimmt (§ 105 Abs 4 ArbVG), so kann die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG nicht angefochten werden.

8 OGH 29.7.2015, 9 ObA 56/15y, wbl 2015/197, 593 = DRdA-infas 2015/226, 305.

1. Maßgebend ist der objektive Erklärungswert der Stellungnahme

Die Stellungnahme des Betriebsrats ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die an keine bestimmte Form gebunden und gegenüber dem Betriebsinhaber abzugeben ist. Die Beurteilung des Inhalts einer solchen Erklärung richtet sich danach, wie die Erklärung objektiv unter Würdigung der dem Betriebsinhaber bekannten Umstände nach Treu und Glauben unter Würdigung der Verkehrssitte aufgefasst werden muss. Die Stellungnahme muss klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, ob der Kündigung widersprochen oder zugestimmt wird. Auf die Wortwahl kommt es nicht an. Stellungnahmen, die keinen eindeutigen Erklärungsinhalt wiedergeben, sind dem Stillschweigen gleichzusetzen.⁹ Da der objektive Erklärungswert der Stellungnahme entscheidend ist, sind die Motive des Betriebsrats grundsätzlich nicht entscheidend.¹⁰ Der AG ist auch weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die interne Willensbildung des Betriebsrats anzustellen und kann daher, soweit ihm nichts Gegenteiliges bekannt ist oder bekannt sein muss, auf die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden vertrauen.¹¹

2. Keine klare und eindeutige Zustimmung

Die Erklärung des Betriebsrats bringt hier nicht klar und eindeutig zum Ausdruck, dass er der Kündigung des Kl zustimmen wollte. Die Erklärung besteht aus zwei Sätzen, von denen jeder für sich betrachtet eindeutig ist. Der Betriebsrat stellte aber mit dem Wort „somit“ eine enge inhaltliche Koppelung des zweiten Satzes (Zustimmung zur Kündigung) mit dem ersten Satz (Feststellung mangelnder Zuständigkeit für den Kl) her, die die isolierte Betrachtung der beiden Sätze ausschließt. Die Verknüpfung der beiden Sätze ergibt für den objektiven Betrachter der gesamten Erklärung keinen nachvollziehbaren Sinn. Dabei geht es nicht darum, die Motive des Betriebsrats bei der Zustimmung zur Kündigung zu hinterfragen. Geprüft werden muss aber, ob überhaupt eine klare und eindeutige Zustimmung zur Kündigung vorliegt. Dieser Prüfung muss die gesamte Erklärung des Betriebsrats zugrunde gelegt werden. Eine vordergründige Zustimmung kann nämlich durch weitere Beifügungen in der Erklärung des Betriebsrats wieder in Frage stehen.

Dass der Zustimmungserklärung des unzuständigen Betriebsrats zur Kündigungsabsicht des Betriebsinhabers keine Bedeutung zukommen kann, bedarf keiner Erörterung. Der Betriebsrat brachte aber unmissverständlich seine Meinung zum Ausdruck, für den Kl nicht zuständig zu sein. Ob eine bedingte Zustimmung

9 RIS-Justiz RS0101805; *Wolligger* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*² (2011) § 105 ArbVG Rz 50.

10 OGH 15.9.1999, 9 ObA 148/99a, RdW 2000/389, 424 = ARD 5083/15/99; 30.8.2001, 8 ObA 177/01i, ZAS 2002/15, 139 (*Firlej*) = DRdA 2002/18, 279 (*Cerny*).

11 RIS-Justiz RS0051490; RS0051485.

für den Fall, dass der Betriebsrat entgegen seiner Annahme doch zuständig sein sollte, die Voraussetzungen einer ausdrücklichen Zustimmung iSd § 105 Abs 4 ArbVG erfüllt, braucht nicht erörtert werden, weil auch eine solche Erklärung nicht vorliegt.

Da die Stellungnahme des Betriebsrats im Ergebnis keinen klaren und eindeutigen Erklärungsinhalt wiedergibt, ist sie einem Stillschweigen des Betriebsrats gleichzusetzen.¹² Damit wurde dem Kl aber das Recht, die Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG anzufechten, nicht genommen.

III. Zur Motivkündigung

A. OGH 26.2.2015, 8 ObA 59/14f¹³ – Glaubhaftmachung des Kündigungsmotivs

Gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG kann die Kündigung „wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ angefochten werden.

Soweit sich der Kl auf einen Anfechtungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG beruft, hat er diesen nach § 105 Abs 5 ArbVG glaubhaft zu machen. Die Anfechtungsklage ist abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom AG glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war.

1. Zur „Glaubhaftmachung“ des Kündigungsmotivs

Beruft sich der AN auf einen Kündigungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG, so hat er diesen gem § 105 Abs 5 Satz 1 ArbVG glaubhaft zu machen. Ein strenger Nachweis der Rechtsverletzung in einer jeden Zweifel ausschließenden Form ist dabei nicht gefordert.¹⁴ Es genügt ein geringerer Grad der Überzeugung des Richters von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung. Ob die Glaubhaftmachung (Bescheinigung) der behaupteten Tatsachen gelungen ist oder nicht, stellt das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung und keine rechtliche Beurteilung dar.¹⁵

Gem § 105 Abs 5 Satz 2 ArbVG ist die Anfechtungsklage abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom AG glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war. Gelingt es daher dem AN, einen Anfechtungsgrund nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG glaubhaft zu machen, so kann der AG seinerseits das Gericht durch

12 *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht III⁵ (2015) § 105 Rz 49 mwN.

13 OGH 26.2.2015, 8 ObA 59/14f, wbl 2015/137, 404 = DRdA-InfA 2015/148, 192.

14 OGH 23.12.1998, 9 ObA 285/98x, DRdA 1999, 233 = InfA 1999 A 47; *Wolligger* in *ZellKomm*² § 105 ArbVG Rz 250 mwH; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVG III⁵ § 105 Rz 175 ff.

15 RIS-Justiz RS0040286.