

# Aktuelle Judikatur in Arbeitsrechtssachen

*Anton Spenling*

## 1. Einleitung

## 2. Zum kollektiven Arbeitsrecht

- 2.1. OGH 30.10.2018, 9 ObA 72/18f – Entlohnung für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit?
  - 2.1.1. Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats
  - 2.1.2. Freistellung von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Entgelts
  - 2.1.3. Unzulässige mittelbare Diskriminierung von Frauen? – EuGH Rs C-360/90 Bötöl
  - 2.1.4. Vorbringen der Klägerin von vornherein unzureichend
- 2.2. OGH 23.2.2017, 8 ObA 61/17d – Zulässigkeit von Fraktionsstimmzetteln und andere Fragen zur Betriebsratswahl
  - 2.2.1. ArbVG und BRWO sehen „andere“ Stimmzettel vor
  - 2.2.2. Parteiantrag an den VfGH betreffend Zulässigkeit „anderer Stimmzettel“
  - 2.2.3. OGH: § 59 Abs 1 ArbVG ist eindeutig und verfassungskonform
  - 2.2.4. Beeinflussung der Wahl durch systematischen Einsatz des Fraktionsstimmzettels?
  - 2.2.5. Gibt es Verbotszonen bei Betriebsratswahlen?
  - 2.2.6. Zur Gültigkeit der Stimmabgabe

## 3. Kündigungsanfechtung

- 3.1. OGH 30.8.2018, 9 ObA 64/18d – Entlassung wegen Klage gegen Kündigung: Anfechtung wegen verpönten Motivs
  - 3.1.1. Zur Anfechtung einer Entlassung
  - 3.1.2. 8 ObA 63/12s: Bestreben, nicht gekündigt zu werden, ist kein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis
  - 3.1.3. Die Entscheidung 8 ObA 63/12s ist nicht vergleichbar
- 3.2. OGH 28.6.2018, 9 ObA 30/18d – Zum betrieblichen Vorverfahren
  - 3.2.1. Zur Verständigung des Betriebsrats von der Kündigungsabsicht
  - 3.2.2. Verspätete Zustimmung ist unwirksam
  - 3.2.3. Abermalige Verständigung vom selben Kündigungsfall löst keine weitere Frist aus

- 3.3. OGH 28.11.2018, 9 ObA 123/18f – Krankenstände als personenbezogener Kündigungsgrund (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG)
  - 3.3.1. Krankenstände als personenbezogener Kündigungsgrund
  - 3.3.2. Zur Krankenstandsprognose
  - 3.3.3. Soziale Gestaltungspflicht

#### **4. Einiges zum Krankenstand**

- 4.1. OGH 21.3.2018, 9 ObA 105/17g – Zur Meldepflicht bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung
  - 4.1.1. Inhalt und Zweck der Meldepflicht
  - 4.1.2. Verlängerung des Krankenstands löst keine Meldepflicht aus
  - 4.1.3. Zur Bedeutung der Angabe der voraussichtlichen Dauer des Krankenstands
  - 4.1.4. Sonderfall: Arbeitnehmer kündigt Dienstantritt fix an
- 4.2. OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d – Entgeltfortzahlung bei Krankenstand an einem Feiertag
  - 4.2.1. Zur Vorentscheidung 9 ObA 2060/96y
  - 4.2.2. OGH hält Vorentscheidung aufrecht
  - 4.2.3. Feiertage nach Ende des Arbeitsverhältnisses
- 4.3. OGH 27.2.2018, 9 ObA 10/18p – Krankheit während des Zeitausgleichs
  - 4.3.1. Die Vorentscheidung 9 ObA 11/13p
  - 4.3.2. OGH hält an dieser Rechtsauffassung fest

#### **5. Arbeitszeit**

- 5.1. OGH 17.5.2018, 9 ObA 29/18g – An- und Ausziehen vorgeschriebener Schutzkleidung als Arbeitszeit?
  - 5.1.1. Was ist Arbeitszeit?
  - 5.1.2. Zum bisherigen Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung
  - 5.1.3. Die Entscheidung des OGH
- 5.2. OGH 24.7.2018, 9 ObA 8/18v – Wegzeit als Arbeitszeit?
  - 5.2.1. Arbeits- und Dienstwege sowie Dienstreisezeiten sind grundsätzlich Arbeitszeit
  - 5.2.2. Wegzeiten sind grundsätzlich keine Arbeitszeit
  - 5.2.3. Kundendiensttechniker können hier nicht frei über die Verwendung ihrer Zeit verfügen
  - 5.2.4. Die Rs C-266/14, Tyco
- 5.3. OGH 28.11.2018, 9 ObA 103/18i – Zum Anspruch auf Übermittlung von Arbeitszeitaufzeichnungen
  - 5.3.1. Privatrechtlicher Anspruch oder öffentlich-rechtliches Arbeitnehmerschutzrecht?
  - 5.3.2. Anwendung auf Altverträge
  - 5.3.3. Verlangt § 26 Abs 8 AZG die Vorlage „richtiger und vollständiger“ Aufzeichnungen?

## 6. Einiges zum Entgelt

- 6.1. OGH 28.8.2018, 8 ObA 41/18i – „Vollständigkeit“ einer Lohnabrechnung iSd § 2f AVRAG
  - 6.1.1. § 2f AVRAG vermittelt zivilrechtlichen Anspruch
  - 6.1.2. Vorrang von Kollektivverträgen, die Verpflichtung zur Aushändigung von Lohnabrechnung vorsehen?
  - 6.1.3. Rechtsprechung vor Schaffung des § 2f AVRAG
    - 6.1.3.1. Bisherige Rechtsprechung durch § 2f AVRAG überholt?
- 6.2. OGH 26.11.2018, 8 ObA 63/18z – Sittenwidrigkeit der Entgeltvereinbarung
  - 6.2.1. Fehlt lohngestaltende Vorschrift, ist – bis zur Grenze des Lohnwuchers – jede Entgeltvereinbarung zulässig
  - 6.2.2. Deutlich geringere Entlohnung ist für sich nicht sittenwidrig
  - 6.2.3. Diskriminierung iSd § 2b AVRAG
- 6.3. OGH 24.10.2018, 8 ObA 23/18t – Zum Begriff und zu prozessualen Aspekten der Nettolohnvereinbarung
  - 6.3.1. Bruttolohn – Nettolohn
  - 6.3.2. Abgeleitete Nettolohnvereinbarung
  - 6.3.3. Originäre Nettolohnvereinbarung
  - 6.3.4. Im Zweifel ist abgeleitete Nettolohnvereinbarung anzunehmen
- 6.4. OGH 30.8.2018, 9 ObA 151/17x – „Einmalzahlung“ statt Erhöhung des kollektivvertraglichen Entgelts
  - 6.4.1. Zur Abfertigung „alt“
  - 6.4.2. Einmalzahlung substituiert Lohnerhöhung und ist Entgelt
  - 6.4.3. Regelmäßiger Anspruch?
  - 6.4.4. Zur Betriebsvereinbarung
  - 6.4.5. Zur Urlaubersatzleistung

## 7. Diverses

- 7.1. OGH 8 Ob 9/18h v. 24.10.2018 – Anfechtbarkeit von Zuständigkeits- und Besetzungsentscheidungen
  - 7.1.1. Die Rechtsprechung zu § 45 JN
  - 7.1.2. Ob Gerichtshof als Arbeitsgericht zu entscheiden hat, ist im Allgemeinen Frage der Gerichtsbesetzung
  - 7.1.3. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung der Parteien Wiener Verfahren?
  - 7.1.4. Mit Zuständigkeitsentscheidung wird auch über Gerichtsbesetzung und Verfahren entschieden
  - 7.1.5. Problem stellt sich nicht nur in Wien
  - 7.1.6. Implizit getroffene Besetzungsentscheidung muss als solche anfechtbar sein
- 7.2. OGH 27.2.2018, 9 ObA 6/18z – Rückkehr aus der Karenz – Grenzen der Einsatzmöglichkeiten

- 7.2.1. Einsatz in der gleichen Verwendung, zu der die Arbeitnehmerin aufgenommen und eingesetzt wurde
- 7.2.2. Konkludente Änderung des Arbeitsvertrags durch langjährigen Einsatz im Einkauf?
- 7.3. OGH 17.12.2018, 9 ObA 116/18a – Kündigungsschutz nach dem MuttschG nur bei entwicklungsfähiger Schwangerschaft?
  - 7.3.1. Gesetzgeber stellt auf Schutzbedürftigkeit ab der Empfängnis ab
  - 7.3.2. Mitteilung, wahrscheinlich schwanger zu sein, genügt
- 7.4. OGH 17.12.2018, 9 ObA 126/18x – Betreuungspflicht iSd § 14 Abs 1 Z 2 AVRAG auch für gesunde Kinder
  - 7.4.1. § 14 Abs 1 Z 2 AVRAG: Betreuungspflicht auch für gesunde Kinder
  - 7.4.2. Wie lange besteht Betreuungspflicht iSd § 14 Abs 1 Z 2 AVRAG für gesunde Kinder?
- 7.5. OGH 29.5.2018, 8 ObA 51/17h – „Payrolling“
  - 7.5.1. Zur Arbeitskräfteüberlassung
  - 7.5.2. „Payrolling“
  - 7.5.3. Arbeitsvermittlung
  - 7.5.4. Wer ist Arbeitgeber?
- 7.6. OGH 21.3.2018, 9 ObA 19/18m – Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang
  - 7.6.1. Arbeitnehmerbegriff ist nach nationalem Recht zu beurteilen
  - 7.6.2. Eingliederung in Betrieb des Veräußerers ohne Arbeitsverhältnis zu diesem reicht nicht
  - 7.6.3. Entscheidung Albron nicht verallgemeinerungsfähig

## 1. Einleitung

Der OGH hat im Jahr 2018 um die 200 arbeitsrechtliche Entscheidungen gefällt. Daraus etwa 20 für einen repräsentativen Überblick auszuwählen, ist schwierig. Das Ergebnis hängt naturgemäß von subjektiven Wertungen ab und kann niemals Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Die folgende Zusammenstellung ist von der Absicht getragen, einen anschaulichen Überblick über aktuelle Entwicklungen in der Rsp sowohl zum Kollektiv- als auch zum Individualarbeitsrecht zu bieten, den Standpunkt der Rsp zu häufig auftretenden Problemen darzustellen, aber auch über kritisch aufgenommene Entscheidungen zu informieren. Ergänzt wird die Darstellung durch gelegentliche Anmerkungen des Autors, mit denen Zusammenhänge und Querverbindungen beleuchtet werden sollen.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurden die wesentlichen in den Entscheidungen zitierten Fundstellen, angereichert um eigene Verweise, in Form von Fußnoten eingefügt.

## 2. Zum kollektiven Arbeitsrecht

### 2.1. OGH 30.10.2018, 9 ObA 72/18f – Entlohnung für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit?

*Die Kl ist teilzeitbeschäftigt und Mitglied des BR. Sie beehrte im Verfahren EUR 391 für BR-Tätigkeit, die sie außerhalb ihrer Arbeitszeit aufgewendet hatte. Sie berief sich zum einen auf § 116 ArbVG, machte aber vor allem geltend, dass sie gegenüber einem vollzeitbeschäftigten BR-Mitglied benachteiligt sei. Der Einwand des Betriebsinhabers, dass es für sie als Teilzeitbeschäftigte mit freier Arbeitszeiteinteilung leicht gewesen wäre, die BR-Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit auszuüben, würde zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen führen, weil teilzeitbeschäftigte BR-Mitglieder idR Frauen seien. Teilzeitbeschäftigte BR-Mitglieder müssten daher für unvermeidliche BR-Tätigkeiten in der Freizeit einen zusätzlichen Entgeltanspruch haben.*

#### 2.1.1. Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats

Nach § 115 Abs 1 ArbVG ist das Mandat des BR-Mitglieds ein Ehrenamt, das, soweit nicht anderes bestimmt wird, neben den Berufspflichten auszuüben ist. Für Barauslagen gebührt den Mitgliedern des BR Ersatz aus dem BR-Fonds.

Das Mandat ist daher grundsätzlich außerhalb der Arbeitszeit wahrzunehmen. Die vertragliche Arbeitspflicht wird dadurch nicht eingeschränkt.<sup>1</sup> Die BR-Tätig-

<sup>1</sup> Mosler in Neumayr/Reissner (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018) § 115 ArbVG Rz 10, § 116 ArbVG Rz 1.

keit ist unentgeltlich auszuüben; eine gesonderte (über die Lohnfortzahlung für eine erforderliche Freistellung hinausgehende) Entlohnung ist nicht vorgesehen. Was über den Lohnfortzahlungsanspruch hinausgeht, ist eine verbotene Bevorzugung.<sup>2</sup>

§ 115 ArbVG soll Objektivität der Interessenvertretung bzw die sog Gegnerunabhängigkeit wahren. Die Ehrenamtlichkeit des Mandats ist daher ein entscheidendes Element der repräsentativen Mitbestimmung.<sup>3</sup>

### 2.1.2. Freistellung von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Entgelts

Nach § 116 ArbVG ist den Mitgliedern des BR, unbeschadet einer Bildungsfreistellung nach § 118 ArbVG, die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten erforderliche Freizeit unter Fortzahlung des Entgelts zu gewähren.

Damit wird berücksichtigt, dass eine Mandatsausübung nicht immer außerhalb der Arbeitszeit möglich ist. § 116 ArbVG gewährt daher den BR-Mitgliedern einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht während der Arbeitszeit, wenn und soweit dies für die Erfüllung der Obliegenheiten erforderlich ist. Erfasst sind aber nur BR-Tätigkeiten, die außerhalb der Arbeitszeit unmöglich oder nur unverhältnismäßig erschwert ausgeübt werden können. Für die Beurteilung, ob dies der Fall ist, ist eine Interessenabwägung erforderlich.<sup>4</sup>

#### Anmerkung

Was die Notwendigkeit einer Interessenabwägung in der Praxis bedeutet, wird in der Entscheidung – weil für die Lösung des Falls nicht relevant – nicht näher ausgeführt. Nach herrschender Auffassung obliegt die Entscheidung allein dem (nach § 115 ArbVG keinerlei Weisungen unterliegenden) BR-Mitglied; sie unterliegt allerdings der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle.<sup>5</sup> Dennoch hat nach RIS-Justiz RS 0051274 das BR-Mitglied um Freizeit „anzusuchen“, damit der Betriebsinhaber seiner Freistellungspflicht nachkommen kann; eine Genehmigung ist aber nicht erforderlich.

Die Kl behauptete nicht, dass ihr nicht ausreichend freie Zeit zur Mandatsausübung während ihrer Arbeitszeit gewährt worden wäre oder sie dafür keine Lohnfortzahlung erhalten hätte. Sie ist ihrer Arbeitspflicht vollständig nachgekommen und wurde auch im Ausmaß einer 30-Stunden-Woche entlohnt. Aus § 116 ArbVG ist daher der von ihr geltend gemachte Anspruch nicht abzuleiten.

---

2 *Resch in Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 115 Rz 11 (Stand 1.12.2007, rdb.at).

3 *Resch in Strasser/Jabornegg/Resch*, § 115 ArbVG Rz 11 ff; *Mosler in ZellKomm*<sup>3</sup> § 115 ArbVG Rz 11; *Schneller in Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht III<sup>3</sup> (2015) § 115 Rz 5.

4 *Mosler in ZellKomm*<sup>3</sup> § 116 ArbVG Rz 2.

5 *Mosler in ZellKomm*<sup>3</sup> § 116 ArbVG Rz 2; OGH 2.9.1992, 9 ObA 155/192, ZAS 1993/11 (krit *Strasser*).

### 2.1.3. Unzulässige mittelbare Diskriminierung von Frauen? – EuGH Rs C-360/90 Bötzel

Die Entscheidung *Bötzel* betraf einen deutschen Fall. Es ging um Schulungen, die für die BR-Arbeit notwendige Kenntnisse vermittelten. Auch für solche Schulungen sind BR-Mitglieder nach § 37 Abs 2 dBetrVG ohne Minderung ihres Entgelts freizustellen. Die damalige Kl war teilzeitbeschäftigt und wendete mehr als ihre individuelle Arbeitszeit für die Schulung auf. Sie erhielt dafür ihr Entgelt weitergezahlt, aber keine darüber hinausgehende Entlohnung für die von ihr außerhalb ihrer Arbeitszeit bei der Schulung verbrachte Zeit. Der EuGH sah darin eine Benachteiligung teilzeitbeschäftigter BR-Mitglieder, weil beide Gruppen von BR-Mitgliedern die gleiche Stundenanzahl für die Schulungen aufwendeten, die teilzeitbeschäftigten aber weniger an Vergütung dafür erhalten. Da teilzeitbeschäftigte BR-Mitglieder überwiegend Frauen seien, stelle dies eine mittelbare Diskriminierung dar, es sei denn, die Regelung sei durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

In der Rs C-457/93, *Lewark* hielt der EuGH an dieser Auffassung fest, führte aber aus, dass der Wille des deutschen Gesetzgebers, durch das Prinzip der Unentgeltlichkeit des BR-Amtes die Unabhängigkeit des BR höher zu bewerten als wirtschaftliche Anreize für die Ausübung des BR-Amtes, ein legitimes sozialpolitisches Ziel darstelle, das für sich genommen nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun habe. Die Ungleichbehandlung könne aber nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sei, was das vorliegende Gericht zu prüfen habe.

Die Eignung und Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung wurde schließlich vom BAG mit Urteil vom 5.3.1997, 7 AZR 581/92, bejaht.<sup>6</sup>

### 2.1.4. Vorbringen der Klägerin von vornherein unzureichend

Der OGH wies das vorliegende Klagebegehren schon auf Grund des Vorbringens der Kl ab. Diese habe sich lediglich auf die Entscheidung *Bötzel* berufen, aber nicht vorgebracht, warum ihre Situation mit der Situation der damaligen Kl vergleichbar wäre. Vor allem hat sie nicht behauptet, dass ihre BR-Tätigkeit, für die sie Entgelt begehrt, solche gewesen wäre, die bei vollzeitbeschäftigten BR-Mitgliedern sehr wohl zu einer Lohnfortzahlung geführt hätte. Derartiges steht auch nicht fest. Weitere Überlegungen waren daher nicht mehr erforderlich.

#### Anmerkung

Mit dieser Begründung hat der Senat die Sache mE zutreffend entschieden. Da er sich letztlich ausschließlich auf das Vorbringen der Kl gestützt hat, hat er allerdings den letzten Schritt zur endgültigen Klärung der Frage, der vom BAG bereits gesetzt wurde,

<sup>6</sup> Eingehend zu all dem *Mosler* in ZellKomm<sup>3</sup> § 116 ArbVG Rz 20 f.

nicht nachvollzogen. Dennoch spricht angesichts der Begründung der Entscheidung viel dafür, dass das Ergebnis in einer dem deutschen Fall vergleichbareren Konstellation nicht anders ausgefallen wäre. Dies erscheint auch sachgerecht, weil im Interesse der Unabhängigkeit des BR vom Betriebsinhaber der Gedanke einer Honorierung der BR-Tätigkeit beiden Rechtsordnungen fremd ist.

## **2.2. OGH 23.2.2017, 8 ObA 61/17d – Zulässigkeit von Fraktionsstimmzetteln und andere Fragen zur Betriebsratswahl**

*Bei einer BR-Wahl legte der Wahlvorstand einheitliche Stimmzettel auf, auf welchen die beiden wahlwerbenden Listen angeführt waren. Eine der beiden Gruppen legte persönliche Stimmzettel auf, die von der Gestaltung her den einheitlichen Stimmzetteln entsprachen, auf denen aber nur der Name eines ihrer Kandidaten aufgestempelt war. Die andere wahlwerbende Gruppe (nun kl Partei) verwendete keine persönlichen Stimmzettel. Bei der Wahl erhielt jene Gruppe, die Fraktionsstimmzettel aufgelegt hatte, alle Mandate.*

*Die Kl beehrte in ihrer gegen den BR gerichteten Klage, die BR-Wahl für unwirksam zu erklären. Nach § 56 ArbVG hätte die Stimmabgabe zwingend mittels des einheitlichen („amtlichen“) Stimmzettels erfolgen müssen. Bestimmungen der BRWO 1974, welche „andere“ als die einheitlichen, amtlichen Stimmzettel zuließen, widersprächen § 56 ArbVG und seien daher „nichtig“. Außerdem sei die Verteilung der persönlichen Stimmzettel direkt vor bzw noch in den Wahllokalen erfolgt, was massiv wahlbeeinflussend gewesen sei und dem sinngemäß anzuwendenden § 58 NRWO über Verbotszonen widersprochen habe. Schließlich hätten bis zu 300 Wähler sowohl den – nicht angekreuzten – „amtlichen“ Stimmzettel als auch den vor dem Wahllokal verteilten persönlichen Stimmzettel in das Wahlkuvert gelegt. Diese Stimmen seien entgegen § 24 BRWO 1974 nicht als ungültig gewertet, sondern der Bekl zugerechnet worden. Es lägen damit Verstöße gegen wesentliche Bestimmungen des Wahlverfahrens vor, die geeignet seien, das Wahlergebnis zu beeinflussen.*

### **2.2.1. ArbVG und BRWO sehen „andere“ Stimmzettel vor**

Nach § 59 ArbVG sind die einzelnen Wahlberechtigten und jede wahlwerbende Gruppe berechtigt, binnen Monatsfrist vom Tag der Mitteilung des Wahlergebnisses, die Wahl beim Gericht anzufechten, wenn wesentliche Bestimmungen des Wahlverfahrens oder leitende Grundsätze des Wahlrechts verletzt wurden und hierdurch das Wahlergebnis beeinflusst werden konnte. Ein Anfechtungsgrund liegt auch dann vor, wenn einheitliche Stimmzettel nicht aufgelegt werden, obgleich der Wahlvorstand einen Beschluss iSd § 56 Abs 4 ArbVG nicht gefasst hat. Ein Anfechtungsgrund liegt jedoch nicht vor, wenn trotz eines aufgelegten einheitlichen Stimmzettels Wahlberechtigte mittels „anderer Stimmzettel“ wählen.

Da auch verschiedene Bestimmungen der BRWO 1974 Regelungen zur Verwendung „anderer Stimmzettel“ enthalten (§§ 24 Abs 3 und Abs 5b, 34 Abs 1 BRWO 1974), erachtete das Erstgericht die Verwendung von Fraktionsstimmzetteln als zulässig.

### **2.2.2. Parteiantrag an den VfGH betreffend Zulässigkeit „anderer Stimmzettel“**

Aus Anlass ihrer Berufung gegen das klageabweisende Ersturteil brachte die Kl beim VfGH einen Parteiantrag auf Normenkontrolle nach Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG ein, mit dem sie beantragte, Bestimmungen der BRWO 1974 (einer VO), aus denen die Zulässigkeit eines „anderen Stimmzettels“ abzuleiten sei, als gesetzwidrig aufzuheben. Der VfGH lehnte die Behandlung des Antrags mit Beschluss vom 8.6.2017, V 15/2017, ab. § 56 Abs 2 ArbVG iVm § 59 Abs 1 letzter Satz ArbVG sei iSd Zulässigkeit „anderer Stimmzettel“ auszulegen, sodass die angefochtenen Verordnungsbestimmungen nicht gesetzwidrig seien. Die Verwendung von nicht amtlichen Stimmzetteln verstoße auch nicht gegen das Gebot der geheimen Wahl.

### **2.2.3. OGH: § 59 Abs 1 ArbVG ist eindeutig und verfassungskonform**

Nachdem der VfGH die behauptete Gesetzwidrigkeit der BRWO 1974 geprüft hatte, prüfte der OGH die Verfassungskonformität des § 59 Abs 1 letzter Satz ArbVG. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass der Wähler nicht gehalten ist, den einheitlichen Stimmzettel zu verwenden, sondern „zulässigerweise“ auch einen anderen Stimmzettel verwenden kann.<sup>7</sup> Damit lässt das G indirekt zu, dass von den Fraktionen Fraktionsstimmzettel ausgegeben werden. Dass ein Fraktionsstimmzettel kein „anderer Stimmzettel“ iSd G wäre, ist dem ArbVG und den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Dagegen bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>8</sup> Allerdings ist sicherzustellen, dass jeder Wähler von der Wahlbehörde einen (leeren) amtlichen Stimmzettel verlangen kann. Auch dieser Anforderung entspricht das BR-Wahlrecht, zumal nach § 24 Abs 3 Satz 1 (iVm § 21a) BRWO 1974 dem Wähler vom Vorsitzenden ein undurchsichtiger leerer Umschlag (Wahlkuvert) und ein einheitlicher Stimmzettel auszufolgen ist. Der Wähler muss daher nicht einmal nach einem einheitlichen Stimmzettel fragen (was wohl auch bedenklich wäre, zumal daraus geschlossen werden könnte, dass er von einem bereits verteilten Fraktionsstimmzettel nicht Gebrauch machen will).

<sup>7</sup> ErIRV 1308 BlgNR 17. GP 8.

<sup>8</sup> VfGH 13.6.1997, WI-7/96, VfSlg 14.847; 29.7.2005, WI-2/05, VfSlg 17.610; 5.3.2009, WI-4/07, VfSlg 18.729.

## 2.2.4. Beeinflussung der Wahl durch systematischen Einsatz des Fraktionsstimmzettels?

Dass die Bekl ihren Fraktionsstimmzettel „systematisch“ einsetzte, kann die Wahlanfechtung nicht stützen. Es liegt in der Natur von Fraktionsstimmzetteln, systematisch eingesetzt zu werden. Nach dem G steht es jeder wahlwerbenden Gruppe frei, einen eigenen Fraktionsstimmzettel zu verwenden oder dies zu unterlassen.

## 2.2.5. Gibt es Verbotszonen bei Betriebsratswahlen?

§ 24 BRWO 1974 schreibt die Verwendung von Wahlzellen vor, in denen der Wähler unbeobachtet von allen anderen im Wahllokal anwesenden Personen den Stimmzettel ausfüllen und in das Wahlkuvert geben kann; im Übrigen wird für die Einrichtung der Wahlzelle die Geltung des § 57 NRW verfügt. Auf die unmittelbar folgende Bestimmung des § 58 NRW („Verbotzonen“) wird in § 24 Abs 1 BRWO 1974 oder einer anderen Bestimmung der BRWO 1974 oder des ArbVG gerade nicht verwiesen. Bei einer BR-Wahl ist daher keine Verbotszone zu beachten.

Die Verbreitung nichtamtlicher Stimmzettel ist der Wahlwerbung zuzurechnen und kein Teil des Wahlverfahrens.<sup>9</sup> Die Beeinflussung der Wähler durch Wahlwerbung ist aber im Anfechtungsverfahren nur relevant, wenn sie die zum Schutz der Wahlfreiheit – einem leitenden Grundsatz des Wahlrechts – gezogenen Schranken überschreitet und damit gegen das Postulat der „Reinheit der Wahlen“, in deren Ergebnis der wahre Wille der Wählerschaft zum Ausdruck kommen soll, verstößt.<sup>10</sup> Das Verteilen von Fraktionsstimmzetteln, mag es auch im Gang unmittelbar vor dem Wahllokal erfolgen, überschreitet diese Schranken jedenfalls nicht.

## 2.2.6. Zur Gültigkeit der Stimmabgabe

Bei Verwendung eines leeren Stimmzettels oder eines anderen Stimmzettels erfolgt nach § 24 Abs 5b Satz 1 BRWO 1974 eine gültige Stimmabgabe, wenn aus dem Stimmzettel eindeutig zu erkennen ist, welchen Wahlvorschlag der Wähler wählen wollte. Dies ist nach § 24 Abs 5b Satz 2 BRWO 1974 „insbesondere der Fall, wenn auf dem Stimmzettel der Wahlvorschlag durch die Bezeichnung (§ 20 Abs 3) oder durch Angabe eines oder mehrerer Wahlwerber eindeutig bezeichnet wird“.<sup>11</sup>

---

9 VfGH 15.6.1992, WI-16/91, VfSlg 13.090; 5.3.2009, WI-4/07, VfSlg 18.729.

10 OGH 13.4.2000, 8 ObA 287/99k, Arb 12.013 = SZ 73/72 = ARD 5238/10/2001mwN.

11 Bei einem einheitlichen Stimmzettel mit nur einem Wahlvorschlag kann hingegen das Abgeben dieses Stimmzettels ohne Eintrag durch den Wähler nicht als eindeutige Stimme für den Wahlvorschlag angesehen werden. Der einheitliche Stimmzettel enthält – auch wenn er nur einen Wahlvorschlag enthält – definitionsgemäß noch keine Willensbekundung, sondern bedarf notwendigerweise noch der Ergänzung: § 24 Abs 5a BRWO 1974 verlangt für den einheitlichen Stimmzettel, dass „der

Hier war auf den Fraktionsstimmzettel der Name eines Kandidaten der wahlwerbenden Gruppe abgedruckt. Damit war iSd § 24 Abs 5b Satz 2 BRWO 1974 durch die Verwendung des Fraktionsstimmzettels eindeutig zu erkennen, dass der Wähler seine Stimme der betreffenden wahlwerbenden Gruppe geben wollte.

Enthält ein Wahlkuvert mehrere Stimmzettel, die auf verschiedene Wahlvorschläge lauten, so sind sie nach § 24 Abs 7 Satz 1 BRWO 1974 ungültig. Enthält ein Wahlkuvert mehrere Stimmzettel, die auf denselben Wahlvorschlag lauten, so zählen sie nach § 24 Abs 7 Satz 2 BRWO 1974 als eine gültige Stimme. Keiner dieser beiden Fälle liegt vor, wenn ein unausgefüllter einheitlicher Stimmzettel und ein Fraktionsstimmzettel in das Wahlkuvert gelegt werden. Ersterer ist mangels eindeutiger Bezeichnung ungültig (§ 24 Abs 6 Z 1 BRWO 1974), Letzterer wegen des eindeutig erkennbaren Wählerwillens gültig. Enthält das Wahlkuvert einen gültigen und einen ungültigen Stimmzettel, so liegt eine gültige Stimme für die wahlwerbende Gruppe vor, auf die der Fraktionsstimmzettel hinweist.

### 3. Kündigungsanfechtung

#### 3.1. OGH 30.8.2018, 9 ObA 64/18d – Entlassung wegen Klage gegen Kündigung: Anfechtung wegen verpönten Motivs

*Im Vorprozess hat die Kl (eine Rechtsanwaltsanwärtlerin) die Kündigung ihres Dienstverhältnisses durch den bekl Rechtsanwalt als Motivkündigung angefochten. In der Anfechtungsklage brachte sie schwere Vorwürfe gegen den Bekl vor (Mobbing, schwere Verstöße gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen). Die Kündigung sei ausgesprochen worden, weil die Kl auf ihren berechtigten Ansprüchen beharrt habe und weil der Bekl einer möglichen Schwangerschaft der Kl vorbeugen habe wollen.*

*Kurz nach Einbringung dieser Klage – Monate vor Ablauf der Kündigungsfrist – wurde die Kl vom Bekl entlassen.*

*Die Kl begehrt mit ihrer nunmehrigen Klage, die Entlassung für rechtsunwirksam zu erklären. Diese sei nur ausgesprochen worden, weil die Kl ihre Kündigung bekämpft habe. Dies stelle keinen Entlassungsgrund dar. Mit der Entlassung wolle der Bekl die Kl beträchtlich vor Ablauf der Kündigungsfrist loswerden. Die Entlassung sei daher aus dem verpönten Motiv des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG wegen offenbar nicht unberechtigter Geltendmachung vom AG in Frage gestellter Ansprüche ausgesprochen worden. Da die Einbringung einer Klage gegen eine Kündigung ein gesetz-*

---

Wille des Wählers durch Ankreuzen, Unterstreichen oder andere Kennzeichnung eines Wahlvorschlags durch Durchstreichen der übrigen Wahlvorschläge oder auf sonstige Weise eindeutig zu erkennen“ [sein muss]. Vgl OGH 25.10.2011, 9 ObA 40/11i, DRdA 2013/4, 34 (Schneller) = ZAS-Judikatur 2012/6, 26 sowie § 24 Abs 5b BRWO 1974, wonach beim Fraktionsstimmzettel gerade keine Veränderung des Stimmzettels verlangt wird, sondern nur, dass „aus dem Stimmzettel eindeutig zu erkennen ist, welchen Wahlvorschlag der Wähler wählen wollte“.