

Die Mitwirkung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten

Kapitel 5

1. Die Mitwirkung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten

1.1. Allgemeines

Das Arbeitsverfassungsgesetz regelt in den §§ 98–106 die Mitwirkung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten. Diese beginnen bei der

- Personalplanung (§ 98)

und erfassen die Mitwirkung bei

- der Einstellung von ArbeitnehmerInnen (§ 99),
- der Festsetzung von Leistungsentgelten im Einzelfall (§ 100),
- Versetzungen (§ 101),
- der Verhängung von Disziplinarmaßnahmen (§ 102),
- der Vergabe von Werkswohnungen (§ 103),
- Beförderungen (§ 104),
- einvernehmlichen Lösungen (§ 104a),
- Kündigungen (§ 105),
- Entlassungen (§ 106).

§ 107 ArbVG betrifft die Anfechtung von Kündigungen oder Entlassungen durch den/die ArbeitnehmerIn in betriebsratspflichtigen Betrieben ohne Betriebsrat (Näheres siehe 5.4.).

Die Festsetzung von Leistungsentgelten im Einzelfall und die Vergabe von Werkswohnungen haben in der Praxis einen geringen Anwendungsbereich, sodass diese hier nicht näher erörtert werden.

1.2. Personalplanung

Gemäß § 98 ArbVG hat der/die BetriebsinhaberIn den Betriebsrat über den künftigen Bedarf an ArbeitnehmerInnen und die im Zusammenhang damit in Aussicht genommenen personellen Maßnahmen rechtzeitig zu informieren. Unter „Bedarf an ArbeitnehmerInnen“ ist nicht nur die künftige Vergrößerung oder Verringerung der Zahl an ArbeitnehmerInnen zu verstehen, sondern auch die Personalplanung und Personalentwicklung.

Bei Personalplanung und Personalentwicklung geht es insbesondere um folgende Fragen:

- Wie viele ArbeitnehmerInnen werden in welchen Arbeitsgruppen und Abteilungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums beschäftigt sein?
- In welcher Form werden die Personen beschäftigt werden?
- Ist die Beschäftigung von Lehrlingen oder anderen Auszubildenden geplant?
- Welche Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten sind vorgesehen?
- Welche Entwicklungsmöglichkeiten bestehen für die Beschäftigten?
- Sind MitarbeiterInnengespräche, Personalbeurteilungssysteme oder Ähnliches vorgesehen?

Im Zusammenhang mit **Personalbeurteilungssystemen** sind für den Betriebsrat deren Inhalt und die genaue Ausgestaltung von Interesse. Es handelt sich nämlich entweder um ein Personalbeurteilungssystem, welches den Abschluss einer Betriebsvereinbarung gemäß § 96a Abs 1 ArbVG erfordert, oder um eine zustimmungsfreie Maßnahme. Personalbeurteilungssysteme, die Daten automationsunterstützt erheben, erfordern eine Betriebsvereinbarung nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG, es sei denn, es handelt sich um allgemeine Angaben zur Person oder um die Erfüllung einer Rechtspflicht.¹ Werden die Daten nicht automationsunterstützt erhoben, handelt es sich aber dennoch um eine planmäßig geordnete Bewertung von ArbeitnehmerInnen nach bestimmten Kriterien aufgrund erhobener Daten – also ein System –, so erfordert dies grundsätzlich ebenfalls eine Betriebsvereinbarung.² Keiner Betriebsvereinbarung bedarf es, wenn Daten nicht automationsunterstützt erhoben werden, die „durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt“ sind. Die Ausnahme „durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt“ ist eng auszulegen und soll bloß jene Informationen erfassen, die notwendig sind, um zu beurteilen, ob der/die ArbeitnehmerIn zur Erbringung der aktuell eingesetzten Arbeitsleistung fähig und geeignet ist.³

Die Information über die **Form der Beschäftigung** betrifft die Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern auch atypische Arbeitsformen wie Befristungen, Teilzeit, geringfügige Beschäftigung, Beschäftigung auf Basis eines freien Dienstvertrages, auf Basis von Leiharbeit (Näheres dazu siehe 2.1.2.) oder Ähnliches geplant sind. Auch Informationen über allenfalls geplante Auftragsvergaben „außer Haus“ fallen grundsätzlich unter den Begriff Personalplanung, da diese Form der Leistungserbringung in der Regel zu einem geringeren Personalbedarf „im Haus“ führt.

Die Informationen sollen es dem Betriebsrat ermöglichen, die Personalplanung intern zu erörtern und danach mit dem/der ArbeitgeberIn zu diskutieren, allenfalls Vorschläge für Alternativen zu machen oder Maßnahmen zu erörtern, um negative Folgen für die Betroffenen zu vermeiden oder wenigstens abzufedern. Die Information hat daher so **rechtzeitig** zu erfolgen, dass dafür ausreichend Zeit verbleibt. Klare zeitliche Vorgaben hat der Gesetzgeber vermieden, da der angemessene Zeitraum je nach Anzahl der betroffenen Personen, der Art der Maßnahmen und sonstiger Umstände variieren kann. In manchen Fällen werden wenige Tage ausreichen, in anderen mehrere Wochen erforderlich sein. In der Regel wird die Personalplanung aber ohnehin Gegenstand der regelmäßig stattfindenden Wirtschaftsgespräche sein (siehe 6.3. sowie 3.3.6.) bzw empfiehlt es sich, entsprechende Informationen dabei einzufordern.

1.3. Ausschreibung von Arbeitsplätzen

Gemäß § 99 Abs 1 ArbVG kann der Betriebsrat dem/der BetriebsinhaberIn jederzeit die Ausschreibung eines zu besetzenden Arbeitsplatzes vorschlagen.

¹ Zum Beispiel Arbeitszeitaufzeichnungen gemäß § 26 AZG oder Urlaubsevidenz gemäß § 8 UrlaubsG.

² § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG.

³ Näheres siehe etwa *Achitz/Fritsch/Haslinger/Müller, Leitfaden Betriebsvereinbarungen*² 89 ff.

Ein Informationsrecht des Betriebsrats über konkret geplante Ausschreibungen ergibt sich aus § 91 Abs 1 ArbVG, erfordert aber ein entsprechendes Auskunftsverlangen des Betriebsrats (siehe 3.3.4.).

Bei Ausschreibungen selbst ist einerseits das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung nach § 9 GIBG und das Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung nach § 23 GIBG zu beachten. Stelleninserate mit Formulierungen wie etwa „EU-Staatsbürgerschaft erforderlich“ oder „Höchsteralter 45“ sind daher nicht zulässig.

1.4. Mitwirkung bei der Einstellung von ArbeitnehmerInnen

Sobald dem/der BetriebsinhaberIn die Zahl der aufzunehmenden ArbeitnehmerInnen, deren geplante Verwendungen und die in Aussicht genommenen Arbeitsplätze bekannt sind, hat er den Betriebsrat (von sich aus) darüber zu **informieren**. Diese Information hat vor der tatsächlichen Beschäftigungsaufnahme und vor Abschluss des Arbeitsvertrages zu erfolgen. Konkret hat die Information Folgendes zu beinhalten:

- den Tätigkeitsbereich,
- den Umfang (Vollzeit? Teilzeit? Wenn Letzteres, wie viele Stunden?),
- Beginn und Ort der Beschäftigung,
- Qualifikationsanforderungen,
- ob es sich um einen neuen Arbeitsplatz oder eine Nachbesetzung handelt sowie
- ob bloß vorübergehender Bedarf besteht.

Strittig ist, ob auch eine bloße Vertragsverlängerung über eine bestehende Befristung hinaus eine Einstellung im Sinne des § 99 ArbVG darstellt. Insbesondere bei befristeten Arbeitsverhältnissen, bei denen eine Fortsetzung von vornherein beabsichtigt ist (zB: es ist im Unternehmen üblich, neue MitarbeiterInnen die ersten sechs Monate auf Basis eines befristeten Arbeitsvertrages zu beschäftigen), wäre es daher empfehlenswert, dass der Betriebsrat bereits bei Abschluss des befristeten Vertrages eine rechtzeitige Information für den Fall einer allfälligen Nichtverlängerung einfordert.

Nach der Information des Betriebsrats über die geplante Einstellung hat dieser die Möglichkeit, eine **besondere Information und/oder Beratung** über einzelne Einstellungen zu verlangen. Diese besondere Information und/oder Beratung kann auch dann verlangt werden, wenn die Information über die geplante Einstellung entgegen den gesetzlichen Vorgaben unterblieben ist.⁴

1.5. Verhängung von Disziplinarmaßnahmen

Gemäß § 102 ArbVG ist die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme im Einzelfall nur zulässig, wenn sie in einem Kollektivvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung vorgesehen ist. Sie bedarf, sofern darüber nicht eine mit Zustimmung des Betriebsrats eingerichtete Stelle (zB Disziplinarkommission) entscheidet, der Zustimmung des Betriebsrats. Diese Mitwirkungsrechte des Betriebsrats sind aber insofern eingeschränkt, als die Rechtsprechung⁵ eine sogenannte „**schlichte**“ **Verwarnung** nicht als

⁴ Siehe § 99 Abs 3 ArbVG.

⁵ Etwa OGH 29.11.2016, 9 ObA 131/16d.

Disziplinarmaßnahme im Sinne des § 102 ArbVG versteht und somit die Zustimmung des Betriebsrats hierfür nicht erforderlich ist.

DIE „SCHLICHTE“ VERWARNUNG

Eine Verwarnung ist laut Judikatur nur dann eine Disziplinarmaßnahme, wenn sie auch Sanktionscharakter hat. Demgegenüber ist die „schlichte“ Verwarnung schwergewichtig zukunftsbezogen und der/die ArbeitgeberIn übt damit das Rügerecht aus dem Arbeitsvertrag aus, um den/die ArbeitnehmerIn zu vertragsgerechtem zukünftigen Verhalten anzuhalten. Während es dabei darum geht, vor arbeitsrechtlichen Konsequenzen (insbesondere Entlassung) bei weiterem Fehlverhalten zu warnen, ist die Disziplinarmaßnahme auf die Sanktionierung des beanstandeten Verhaltens gerichtet.

In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen „schlichter“ Verwarnung und Verwarnung als Disziplinarmaßnahme schwierig, da die ausschlaggebende Motivation des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin für Außenstehende schwer zu ergründen ist. Die Judikatur versucht den Willen durch Auslegung der Erklärung⁶ zu ermitteln und tendiert im Zweifel⁷ dazu, bloß eine „schlichte“ Verwarnung anzunehmen. Da der Wortlaut meist nicht eindeutig ist, ist die praktische Bedeutung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei Verwarnungen daher gering.

2017 hat der OGH weiters entschieden, dass eine „schlichte“ Verwarnung nicht feststellungsfähig ist.⁸ Das heißt, der/die Betroffene kann nicht die gerichtliche Feststellung begehren, dass die Verwarnung zu Unrecht erfolgt ist. Auch eine Entfernung einer schriftlichen Verwarnung aus dem Personalakt kann nicht über das Gericht bewirkt werden. Als adäquate Reaktion auf eine zu Unrecht erfolgte Verwarnung ist daher eine sachliche schriftliche Gegendarstellung der/des Betroffenen gegebenenfalls mit Unterstützung des Betriebsrats zu empfehlen. Werden nämlich auf Basis der Verwarnung bei einem (weiteren) Vergehen in der Zukunft vom/von der ArbeitgeberIn arbeitsrechtliche Konsequenzen gezogen, wie etwa eine Entlassung, so bekommt die schriftliche Gegendarstellung konkrete Bedeutung. Erfolgt keine schriftliche Gegendarstellung anlässlich der Verwarnung, dann ist es im Nachhinein nämlich schwierig, die Richtigkeit des in der Vergangenheit vorgeworfenen Fehlverhaltens in Zweifel zu ziehen.

Andere **Disziplinarmaßnahmen** wären die Verweigerung einer Beförderung, Vorrückungssperren oder Geldstrafen (zB Nichtgewährung eines Bilanzgeldes). Die Kürzung eines kollektivvertraglich oder einzelvertraglich zustehenden Entgeltanspruches ist aber nicht zulässig.

Kündigungen, Entlassungen oder Versetzungen können infolge disziplinar unkorrekten Verhaltens erfolgen. Die ständige Rechtsprechung wendet in diesen Fällen jedoch § 102 ArbVG nicht an, da es für diese Maßnahmen Sonderbestimmungen im ArbVG

⁶ Also mit welchen konkreten Worten die Verwarnung zum Ausdruck gebracht wurde.

⁷ Also dann, wenn das Ergebnis der Auslegung nicht eindeutig ist.

⁸ OGH 24.3.2017, 9 ObA 20/17g.

gibt (siehe 5.1.7., 5.2. und 5.3.). Ist aber in einem Kollektivvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung im Rahmen der Disziplinarordnung eine Kündigung, Entlassung oder Versetzung als Disziplinarmaßnahme vorgesehen, so sind diese Bestimmungen zu beachten.⁹

Nicht zulässig wären auch Disziplinarmaßnahmen, welche die verfassungsgesetzlich geschützten Grundrechte wie freie Meinungsäußerung, Freizügigkeit der Person oder Wahrung der Persönlichkeitssphäre beeinträchtigen. Ein Sprechverbot, das Einsperren in einem Raum oder ein „An-den-Pranger“ stellen wie im Mittelalter wären daher rechtswidrig. Eine Anprangerung im Internet oder Intranet oder ähnliche Maßnahmen werden wohl als sittenwidrig zu beurteilen sein. Unzulässig ist auch die Verhängung von Geldstrafen gegen Jugendliche.¹⁰

Zulässige Disziplinarmaßnahmen können nur unter den folgenden **Voraussetzungen** verhängt werden:

- Es gibt eine Disziplinarordnung in einem Kollektivvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung.
- Die Disziplinarmaßnahme ist in der Disziplinarordnung vorgesehen.
- Das vorgesehene Disziplinarverfahren wird ordnungsgemäß durchgeführt und die Entscheidung über die Verhängung der Disziplinarmaßnahme ist ordnungsgemäß zustande gekommen.
- Falls die Verhängung der Disziplinarmaßnahme nicht ohnedies durch eine mit Zustimmung des Betriebsrats eingerichtete Stelle (zB Disziplinarkommission) erfolgte, ist zusätzlich noch die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich.

Wird eine Disziplinarmaßnahme verhängt, obwohl diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, so ist sie rechtunwirksam. Die Entscheidung über die Maßnahme muss ähnlich wie bei der Entlassung überdies innerhalb einer angemessenen Frist und ohne unnötigen Aufschub erfolgen, widrigenfalls ist die Befugnis dazu verwirkt.¹¹

Ein Disziplinarerkenntnis unterliegt der **vollen gerichtlichen Überprüfung**. Ist man somit der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Verhängung der Disziplinarmaßnahme nicht vorlagen, oder erachtet man die inhaltliche Entscheidung für falsch, dann ist es möglich, diese bei Gericht zu bekämpfen.

1.6. Beförderungen

Beabsichtigt der/die ArbeitgeberIn eine Beförderung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin, so ist dies dem Betriebsrat **ehestmöglich** mitzuteilen. Der Betriebsrat kann eine Beratung über die Beförderung verlangen.¹² Der/Die ArbeitgeberIn hat also von sich aus über die Beförderung zu informieren („Bringschuld“). Diese Information hat ehestmöglich und jedenfalls so rechtzeitig vor der Beförderung zu erfolgen, dass eine Beratung darüber noch möglich und sinnvoll ist. Ob es zu einer Beratung kommt, liegt in der Hand des Betriebsrats („Holschuld“).

⁹ OGH 17.3.2005, 8 ObA 12/04d.

¹⁰ § 22 Abs 2 Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz (KJBG).

¹¹ OGH 4.5.1982, 4 Ob 53/81.

¹² § 104 Abs 1 ArbVG.

Bei Beförderungen hat die Verschwiegenheitspflicht eine besondere Bedeutung.¹³ Über Tests, Persönlichkeitsbewertungen oder Ähnliches, aber auch über die Tatsache, dass sich eine Person für eine Stelle beworben hat, haben die Mitglieder des Betriebsrats die Vertraulichkeit zu wahren.

1.7. Die Versetzung

Der Betriebsrat ist bei Versetzungen nicht nur zu informieren, sondern er muss in bestimmten Fällen auch zustimmen. Es bestehen also relativ starke Mitwirkungsrechte und daher haben Versetzungen im Alltag des Betriebsrats eine **wesentliche Bedeutung**.

1.7.1. Die zwei Ebenen der Versetzung

Versetzungen haben in rechtlicher Hinsicht zwei Seiten bzw Ebenen. Einerseits die arbeitsvertragliche Ebene und andererseits die betriebsverfassungsrechtliche. Die **arbeitsvertragliche Ebene** kommt immer zur Anwendung. Hier wird geprüft, ob der neue Arbeitsplatz im Arbeitsvertrag seine Deckung findet. Die **betriebsverfassungsrechtliche Ebene** kommt nur zur Anwendung, wenn es einen Betriebsrat gibt. Wenn dies der Fall ist, sind beide Ebenen getrennt voneinander zu prüfen. Nur wenn die Voraussetzungen beider Ebenen gegeben sind, handelt es sich um eine zulässige Versetzung.



Beispiel: Die zwei Ebenen der Versetzung

Sachverhalt: Der Arbeitgeber versetzt eine Arbeitnehmerin auf einen Arbeitsplatz. Der Betriebsrat gibt seine Zustimmung. Der neue Arbeitsplatz findet im Arbeitsvertrag jedoch keine Deckung und die Arbeitnehmerin ist mit der Vertragsänderung nicht einverstanden.

Lösung: Da nur die Voraussetzung der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene (Zustimmung des Betriebsrats) erfüllt ist, nicht jedoch die Voraussetzung der arbeitsvertraglichen Ebene, ist die Versetzung unzulässig.

1.7.2. Die arbeitsvertragliche Ebene der Versetzung

Bei der arbeitsvertraglichen Ebene der Versetzung wird geprüft, ob der neue Arbeitsplatz durch das im Arbeitsvertrag Vereinbarte Deckung findet. Wurde etwa jemand als SachbearbeiterIn für den Einkauf eingestellt und dies auch im Arbeitsvertrag festgehalten, so wäre eine Tätigkeit als HausarbeiterIn außerhalb des Vereinbarten. In diesem Fall wäre die Versetzung eine Änderung des Arbeitsvertrages und daher nur mit Zustimmung des/der Betroffenen zulässig. Nicht entscheidend ist, ob die Versetzung zumutbar ist, und ebenfalls nicht entscheidend ist hier die Dauer der Versetzung. Entscheidend ist der Inhalt des Arbeitsvertrages.

Bei der Dauer gibt es insofern eine minimale Einschränkung, da sich aus der sogenannten **Treuepflicht** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin ergeben kann, dass in Notfällen vorübergehend auch andere Tätigkeiten verlangt werden können (zB notwendige und angemessene, also insbesondere ungefährliche Sicherungsmaßnahmen

¹³ Rechtliche Grundlagen: § 104 Abs 1 Satz 2, § 115 Abs 4 letzter Satz ArbVG, § 1 Datenschutzgesetz.

bei einem Wassereintrich bis zum Eintreffen der Feuerwehr). Bei der Zumutbarkeit gibt es insofern eine Einschränkung, als die Judikatur dazu tendiert,¹⁴ in den Fällen, wo der Inhalt des Arbeitsvertrages nicht klar bestimmbar ist, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Es werden dann also die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin den Interessen bzw der Zumutbarkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin gegenübergestellt.

Ein Schwachpunkt bei der arbeitsvertraglichen Ebene der Versetzung ist nämlich, dass es **in der Praxis oftmals schwierig ist, den Inhalt des Arbeitsvertrages klar auszulegen**. Gibt es einen schriftlichen Arbeitsvertrag und wurde dort als Tätigkeitsbereich „SachbearbeiterIn“ vereinbart, so wäre eine Versetzung zu einer Tätigkeit als PortierIn, HausarbeiterIn oder LagerarbeiterIn eine Vertragsänderung und somit ohne Zustimmung des/der Betroffenen nicht zulässig. Wird aber etwa ein/eine SachbearbeiterIn von einem Arbeitsort A zu einem anderen weiter entfernten Arbeitsort B versetzt und finden sich im Arbeitsvertrag keine Anhaltspunkte zum vereinbarten Arbeitsort, dann ist dieser nach „Natur und Zweck des Geschäfts“ zu ermitteln. Dies sind die Fälle, wo die Rechtsprechung dann regelmäßig eine Interessenabwägung vornimmt bzw auf die Zumutbarkeit abstellt. Das Argument, dass der/die ArbeitnehmerIn schon viele Jahre am Arbeitsort A gearbeitet hat, spielt laut Judikatur nur eine untergeordnete Rolle.¹⁵ Maßgeblich sind vielmehr folgende Aspekte: sachliche Gründe für die Versetzung, Erhöhung der täglichen Anreisezeit, mit der neuen Wegzeit verbundene höhere Kosten, eventuelle Abgeltung dieser Kosten oder der zusätzlichen Anreisezeit durch den/die ArbeitgeberIn, Schwierigkeiten, familiären Pflichten nachzukommen (zB aufgrund der längeren Wegzeit ist es schwieriger, das Kind rechtzeitig in den Kindergarten zu bringen bzw abzuholen).

1.7.3. Die betriebsverfassungsrechtliche Ebene der Versetzung (§ 101 ArbVG)

Während die arbeitsvertraglichen Voraussetzungen der Versetzung, also Deckung durch den Arbeitsvertrag oder Zustimmung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, immer gegeben sein müssen, kommt die betriebsverfassungsrechtliche Ebene nur dann zum Tragen, wenn es einen zuständigen Betriebsrat gibt. Sollte dies der Fall sein, so ist dieser bei allen Versetzungen, die voraussichtlich für einen Zeitraum von 13 Wochen (drei Monate) oder länger erfolgen, zu informieren. Auf Verlangen hat der Betriebsrat auch ein Recht auf Beratung mit dem/der BetriebsinhaberIn über die Versetzung.

Ist die Versetzung für mehr als 13 Wochen geplant und führt sie darüber hinaus noch zu einer Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen, so ist neben der Information auch die **Zustimmung des Betriebsrats** erforderlich.

Verschlechterung der Entgeltbedingungen

Erfasst ist nicht nur die Reduktion des Grundlohn bzw -gehalts, sondern auch der Verlust von Zulagen, Zuschlägen, Provisionen und sonstigen Entgeltbestandteilen.

¹⁴ Vgl etwa OGH 24.10.2012, 8 ObA 14/12k.

¹⁵ Siehe dazu etwa OGH 14.9.1994, 9 ObA 133/94.



Beispiel: Versetzung in den Innendienst

Sachverhalt: Ein Außendienstmitarbeiter wird auf Dauer in den Innendienst versetzt. Das Grundgehalt bleibt gleich, aber die Möglichkeiten, durch den Verkauf von Versicherungen Provisionen zu erhalten, gehen weitgehend verloren. Die Versetzung ist durch den Arbeitsvertrag gedeckt.

Lösung: Unabhängig davon, ob die Versetzung durch den Arbeitsvertrag gedeckt ist, bedarf sie der Zustimmung des Betriebsrats, da es sich um eine Verschlechterung der Entgeltbedingungen handelt.

Auch der **Verlust von Sachbezügen** (zB Überlassung eines Firmen-Pkw zur Privatnutzung) stellt eine Verschlechterung der Entgeltbedingungen dar.

Nicht als Entgelt zählen Aufwandsentschädigungen und Spesenersätze wie Kilometergeld, Diäten oder Reisekostenersätze. Fallen daher im Zuge einer Versetzung derartige Aufwandsersätze nicht mehr an, so ergibt sich alleine dadurch noch keine Zustimmungspflicht des Betriebsrats.

Verschlechterung der sonstigen Arbeitsbedingungen

Eine Verschlechterung der sonstigen Arbeitsbedingungen kann sich insbesondere aufgrund folgender Veränderungen ergeben:

- längere Anreise vom Wohnort zum Arbeitsplatz;
- schwerere Arbeitsbedingungen aufgrund höherer körperlicher Belastung oder vermehrten Stresses;
- Wegfall der Möglichkeit zur freien Einteilung der Arbeitszeit wie insbesondere Gleitzeit;
- höhere Gefährdung der Sicherheit oder der Gesundheit;
- geringerwertige Tätigkeit bzw Degradierung.

Bei Letzterem ist zu beachten, dass es nicht auf die subjektive Einschätzung des/der betroffenen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin ankommt, sondern auf eine **objektive Beurteilung**.



Entscheidung OGH 21.10.1975, 4 Ob 49/75, Degradierung?

Die Versetzung eines Gruppenleiters einer Pensionsversicherung auf den Posten eines eigenverantwortlichen Pensionsprüfers stellt keine Degradierung dar, wenn der maßgebliche Kollektivvertrag beide Tätigkeiten in dieselbe Gehaltsgruppe und Dienstklasse einreicht und die (bisherige) Überordnung des Gruppenleiters auf organisatorischem Gebiet durch diejenige des Pensionsprüfers auf fachlichem Gebiet zumindest aufgewogen wird und wenn die Aufstiegsmöglichkeiten dadurch nicht vermindert werden.

Bei einem Wechsel des Arbeitsplatzes im Zuge einer Versetzung kann es vorkommen, dass sich gleichzeitig mehrere Arbeitsbedingungen verändern. So etwa kann der neue Arbeitsort näher beim Wohnort liegen und sich somit der Anfahrtsweg verkürzen, aber andererseits ist man an fixe Arbeitszeiten gebunden und die Möglichkeiten, die Gleitzeit zu nützen, sind kaum mehr gegeben. Dann ist ein **Gesamtvergleich** vorzunehmen, das heißt, es ist eine Abwägung der konkreten Situation vor und nach der Ver-

setzung vorzunehmen. Bloß subjektive Aspekte wie etwa der Umstand, dass man sich mit dem/der neuen AbteilungsleiterIn weniger gut versteht, sind dabei nicht relevant.

1.7.4. Die Entscheidung des Betriebsrats über die Zustimmung zur Versetzung

Über die Zustimmung zur Versetzung ist ein Beschluss des Betriebsrats mit einfacher Mehrheit erforderlich. Zuständig ist der Betriebsrat jener ArbeitnehmerInnengruppe (ArbeiterInnen oder Angestellte), der der/die betroffene ArbeitnehmerIn angehört. Bei einem gemeinsamen Betriebsrat hat dieser den Beschluss zu fassen.

Hat der Betriebsrat nicht zugestimmt, sondern keine Stellungnahme abgegeben, oder hat er ausdrücklich die Zustimmung verweigert, ist die Versetzung unwirksam, selbst wenn der/die Betroffene zustimmt.

Bei seiner Entscheidung hat der Betriebsrat vorrangig die **Interessen der Belegschaft** zu wahren.

Beispiel: Versetzung bei mangelnder Teamfähigkeit

Die Arbeitgeberin will den Angestellten Woffer in eine andere Abteilung versetzen. Grund für die Versetzung ist, dass es in dem Team, wo Herr Woffer arbeitet, aufgrund dessen mangelnder Teamfähigkeit immer wieder zu Spannungen kommt. Die anderen MitarbeiterInnen haben sich deshalb schon mehrmals an den Vorgesetzten und auch an den Betriebsrat gewendet. Versuche, die Probleme mittels klärender Gespräche oder Ähnlichem zu beseitigen, sind gescheitert. Herr Woffer will aber nicht versetzt werden.

Der Betriebsrat ist nicht Vertreter des unmittelbar betroffenen Arbeitnehmers, sondern muss die Interessen aller betroffenen ArbeitnehmerInnen berücksichtigen. Diese Interessenabwägung spricht im konkreten Fall für die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung.

Der Betriebsrat hat auch zu berücksichtigen, welche möglichen Auswirkungen es hat, wenn er nicht zustimmt.

Beispiel: Versetzung bei gesundheitlichen Problemen

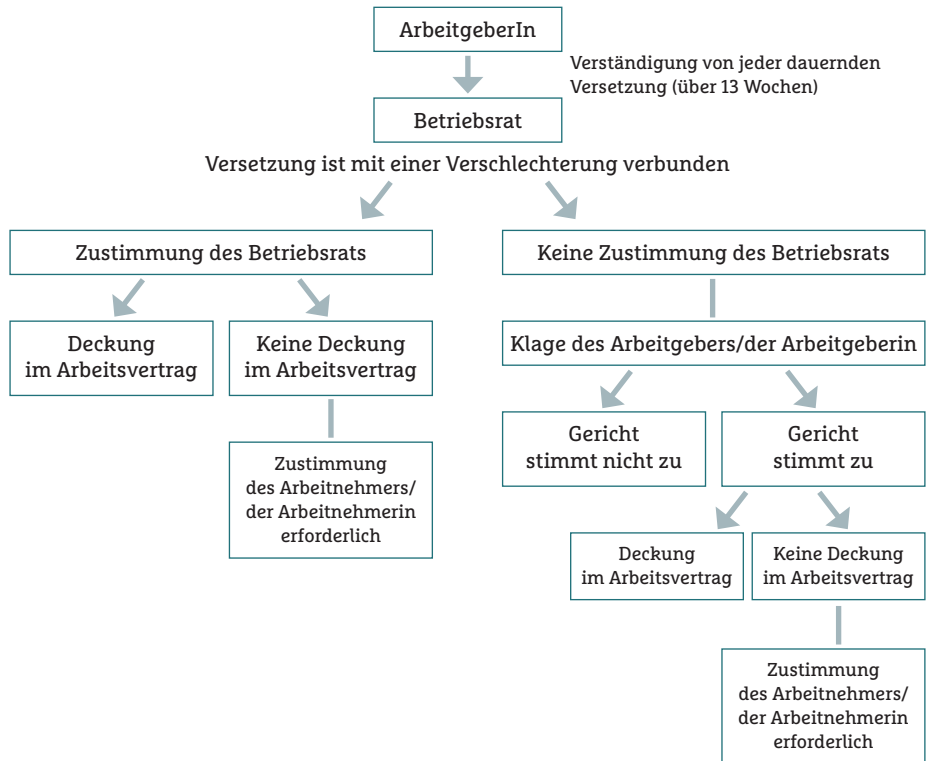
Die Aufgabe von Herrn Mirkovic besteht darin, Waren seines Arbeitgebers mit einem Firmen-Kombi zuzustellen. Er muss im Zuge dieser Tätigkeit regelmäßig Kisten mit einem Gewicht zwischen 10 und 20 kg heben. Aufgrund zunehmender Rückenprobleme kann Herr Mirkovic diese Tätigkeit nicht mehr weiter ausüben und soll in den Innendienst als Hausarbeiter versetzt werden, wo die körperliche Beanspruchung etwas geringer ist. Er muss dadurch jedoch den Firmen-Kombi zurückgeben, den er bislang als Sachbezug auch privat nutzen durfte. Herr Mirkovic ist jedoch aufgrund seiner gesundheitlichen Situation mit der Versetzung einverstanden.

Der Betriebsrat wird bei seiner Entscheidung mitzubedenken haben, ob und gegebenenfalls welche Alternativen es gibt. Wenn er die Zustimmung nicht erteilt, so wird der Arbeitgeber möglicherweise zu Gericht gehen und dieses wird die Zustimmung zur Versetzung erteilen. Unter Umständen kann es auch dazu kommen, dass Herr Mirkovic gekündigt wird (Näheres dazu bei Abschnitt 2.5.3.).



Erteilt der Betriebsrat keine Zustimmung, so kann der/die ArbeitgeberIn eine Klage beim Gericht auf ersatzweise Zustimmung zur Versetzung einbringen. Das Gericht hat bei dieser Entscheidung eine **Interessenabwägung** zwischen den betrieblichen Interessen des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin, den Belegschaftsinteressen und den Interessen des/der unmittelbar betroffenen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin vorzunehmen.

Mitwirkung des Betriebsrats bei Versetzungen § 101 ArbVG



1.7.5. Die Geltendmachung einer unzulässigen Versetzung

Existiert ein zuständiger Betriebsrat, dann müssen für eine rechtswirksame Versetzung sowohl die Voraussetzungen der arbeitsvertraglichen Ebene gegeben sein (Deckung durch den Arbeitsvertrag oder Zustimmung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin) als auch die Voraussetzungen der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene (länger als 13 Wochen, Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen). Erfolgt eine Versetzung, obwohl eine der beiden Ebenen nicht erfüllt ist, so ist sie unwirksam und der/die ArbeitnehmerIn muss der Versetzung nicht Folge leisten. In der Praxis stellt sich jedoch manchmal das Problem, dass die Rechtslage nicht klar ist, etwa aufgrund einer sehr allgemeinen Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag oder weil es nicht eindeutig ist, ob der neue Arbeitsplatz bei einer Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile eine Verschlechterung der Entgelt- und Arbeitsbedingungen dar-

stellt. Dann steht der/die Betroffene vor einer schwierigen Situation: Tritt er/sie den neuen Arbeitsplatz nicht an, weil man etwa meint, der neue Arbeitsplatz findet im Arbeitsvertrag keine Deckung, so kann es zu einer Entlassung kommen. Damit wäre das Arbeitsverhältnis faktisch beendet. Ob die Entlassung gerechtfertigt (Versetzung findet im Arbeitsvertrag Deckung) oder nicht gerechtfertigt ist (findet keine Deckung), müsste dann in weiterer Folge bei Gericht geklärt werden (Näheres zur Entlassung siehe 5.3.).

Eine andere Möglichkeit wäre, den neuen Arbeitsplatz **unter Vorbehalt** anzutreten und in weiterer Folge bei Gericht eine Klage auf Feststellung einzubringen, ob die Versetzung rechtswirksam erfolgte. Die Klagsführung muss dabei aber grundsätzlich durch den/die ArbeitnehmerIn selbst erfolgen. Nur dann, wenn mindestens drei ArbeitnehmerInnen betroffen sind, kann gemäß § 54 Abs 1 ASGG die Klage ausnahmsweise durch den Betriebsrat erfolgen.

1.7.6. Die Versetzung eines Mitglieds des Betriebsrats

Für die Versetzung eines Mitglieds des Betriebsrats gilt grundsätzlich das Gleiche. Es muss sowohl die arbeitsvertragliche als auch die betriebsverfassungsrechtliche Ebene der Versetzung erfüllt sein. Bei der Beschlussfassung des Betriebsrats über die Zustimmung ist zu beachten, dass das betroffene Mitglied befangen ist und sich der Stimme zu enthalten hat.

Neben den zwei Ebenen der Versetzung ist bei Betriebsratsmitgliedern aber darüber hinaus noch eine dritte Ebene der Versetzung zu beachten, nämlich das **Behinderungs- und Benachteiligungsverbot** gemäß § 115 Abs 3 ArbVG.¹⁶ So wurde etwa von der Judikatur die Entsendung eines Betriebsratsmitglieds an weit entfernte, isolierte Baustellen ohne zwingende betriebliche Notwendigkeit als unzulässige, weil die Tätigkeit des Betriebsrats behindernde Versetzung beurteilt.

1.7.7. Die „Versetzung“ im Konzern

Wird ein/e ArbeitnehmerIn von einem Konzernunternehmen in ein anderes Konzernunternehmen (also etwa in die Muttergesellschaft) „versetzt“, dann handelt es sich rechtlich nicht um eine Versetzung, sondern um eine **Arbeitskräfteüberlassung**, da eine Arbeitskraft zur Arbeitsleistung einem anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt wird. In diesem Fall ist keine Zustimmung des Betriebsrats erforderlich, außer es gibt eine einschlägige Betriebsvereinbarung. Für eine Arbeitskräfteüberlassung ist jedoch gemäß § 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) eine ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Arbeitskraft erforderlich. Der/Die ArbeitnehmerIn muss daher jedenfalls zustimmen.

Hinweis zur Arbeitskräfteüberlassung im Konzern

Zur Sicherheit sollte geprüft werden, ob die Zustimmung zur Arbeitskräfteüberlassung nicht bereits im Arbeitsvertrag geregelt ist. Ist dies nicht der Fall, muss der/die ArbeitgeberIn die ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Arbeitskraft einholen.



¹⁶ Siehe dazu Näheres 7.2.3.

1.8. Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Im Unterschied zur einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, Entlassung oder vorzeitigen Austritt handelt es sich bei der einvernehmlichen Auflösung oder einvernehmlichen Lösung um eine zweiseitige Vereinbarung, das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beenden. Erforderlich ist daher, dass sowohl ArbeitgeberIn als auch ArbeitnehmerIn zustimmen. Die Ausübung eines ungerechtfertigten Drucks durch den/die ArbeitgeberIn kann die einvernehmliche Lösung anfechtbar machen. Ein **ungerechtfertigter Druck** kann insbesondere dann vorliegen, wenn der/die ArbeitgeberIn den/die ArbeitnehmerIn zu einer einvernehmlichen Lösung drängen will, weil er/sie von seiner/ihrer Rechtsposition nicht überzeugt ist.



Entscheidung OGH 28.6.2016, 8 ObA 37/16y – einvernehmliche Lösung nach Drohung mit Entlassung

Eine Kindergartenpädagogin, die sich im Krankenstand wegen eines grippalen Infekts befand, hielt während dieses Krankenstandes bei ihr zu Hause zwei Malkurse ab. Nachdem der Arbeitgeber davon erfahren hatte, erklärte er der Arbeitnehmerin, dass ihr Verhalten ein schwerwiegendes Vergehen darstellte, das eine Entlassung rechtfertigte, und bot ihr eine einvernehmliche Lösung an. Eine Bedenkzeit lehnte der Arbeitgeber ab und die Arbeitnehmerin erklärte sich in weiterer Folge mit der einvernehmlichen Lösung einverstanden.

Entscheidend war für den Obersten Gerichtshof, dass der Arbeitgeber die gesundheitliche Belastung durch die beiden Malkurse für die Arbeitnehmerin und die möglichen Auswirkungen auf den Heilungsprozess nicht geprüft hatte und daher vom Vorliegen eines Entlassungsgrundes nicht überzeugt sein konnte. Daher lag eine ungerechtfertigte Drucksituation vor und die Arbeitnehmerin hatte mit ihrer Anfechtung der einvernehmlichen Lösung Erfolg.

Formvorschriften sind, von wenigen Ausnahmen abgesehen (siehe dazu sogleich), für die einvernehmliche Lösung nicht vorgesehen, grundsätzlich kann sie daher auch mündlich vereinbart werden. Zwecks Beweissicherung ist natürlich eine schriftliche Vereinbarung zu empfehlen. In dieser sollte nicht bloß der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festgehalten werden, sondern auch, welche Ansprüche noch bestehen (insbesondere offener Urlaub), bis wann spätestens deren Auszahlung zu erfolgen hat und wann und wie die Übergabe von Diensthandy, Firmen-Pkw etc erfolgen soll.

Sonderregelungen gibt es bei einvernehmlichen Auflösungen von

- ArbeitnehmerInnen während des besonderen Kündigungsschutzes nach dem Mutterschutzgesetz (§ 10 Abs 7 MSchG) und nach dem Väter-Karenz-Gesetz (§ 7 Abs 3 VKG),
- Arbeitsverhältnissen von Präsenz- und Zivildienstpflichtigen oder militärische Dienstleistungen erbringenden Frauen nach dem Arbeitsplatzsicherungsgesetz (§ 16 APSG) und
- von Lehrverhältnissen nach Ablauf der Probezeit nach dem Berufsausbildungsgesetz (§ 15 Abs 5 BAG).

Nach dem MSchG, dem VKG und dem APSG ist demnach Schriftlichkeit gefordert. Das APSG erfordert darüber hinaus eine Bescheinigung des Gerichts oder der Arbeiterkammer, aus der hervorgeht, dass der/die ArbeitnehmerIn über den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz belehrt wurde. Gleiches gilt nach dem MSchG und dem VKG für minderjährige ArbeitnehmerInnen. Auch bei der Auflösung von Lehrverhältnissen ist eine Bescheinigung eines Gerichts oder der Arbeiterkammer erforderlich, aus der hervorgeht, dass der Lehrling über die besonderen Schutzbestimmungen des BAG belehrt wurde.

Der **Betriebsrat** muss weder vor noch nach der einvernehmlichen Lösung informiert werden. Verlangt der/die ArbeitnehmerIn jedoch vor der Vereinbarung einer einvernehmlichen Lösung gegenüber dem/der ArbeitgeberIn nachweislich, sich mit dem Betriebsrat zu beraten, so kann innerhalb von zwei Arbeitstagen nach diesem Verlangen eine einvernehmliche Lösung nicht rechtswirksam vereinbart werden (§ 104a ArbVG). Diese Bestimmung soll ArbeitnehmerInnen vor allem vor einer Überrumpelung durch den/die ArbeitgeberIn schützen. Die praktische Bedeutung ist jedoch gering. Einerseits ist die Bestimmung wenig bekannt und andererseits wird in der Regel jemand, der in dieser Situation die Courage hat, eine Beratung mit dem Betriebsrat zu verlangen, auch nicht bereit sein, vor dieser Beratung einer einvernehmlichen Lösung zuzustimmen.

1.9. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Bei der einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den/die ArbeitgeberIn unterscheidet das österreichische Recht zwischen Kündigung und Entlassung. Während die Entlassung immer einen triftigen Grund erfordert und das Arbeitsverhältnis sofort beendet (Näheres dazu siehe 5.3.), ist bei der Kündigung grundsätzlich keine Begründung erforderlich, jedoch sind bestimmte **Kündigungsfristen und -termine** einzuhalten. Die Schriftform wird vom Gesetz nicht gefordert. Eine Kündigung kann grundsätzlich daher auch mündlich ausgesprochen werden. Vereinzelt sehen Kollektivverträge, wie etwa der Kollektivvertrag für Zahnarztangestellte oder für Rechtsanwalts-Angestellte Wien, vor, dass Kündigungen bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit schriftlich erfolgen müssen, auch aus dem Arbeitsvertrag kann sich ein Schriftformgebot ergeben.

1.9.1. Kündigungsfrist und Kündigungstermin

Während der **Probezeit** kann das Arbeitsverhältnis sowohl vonseiten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin als auch vonseiten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin ohne Einhaltung von Fristen und Terminen und ohne Begründung aufgelöst werden (siehe aber dazu Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Diskriminierung in Abschnitt 5.1.9.3.). Zum Teil ist die Probezeit schon kollektivvertraglich vorgesehen. Ansonsten kann sie im Arbeitsvertrag für maximal einen Monat vereinbart werden.

Nach der Probezeit kann eine Kündigung nur unter der Einhaltung von bestimmten Fristen aufgelöst werden. Bei **Angestellten** ist weiters ein Kündigungstermin im Gesetz vorgesehen. Die Kündigungsfrist beginnt nach dem Tage zu laufen, an dem die Kündigung mündlich ausgesprochen oder schriftlich zugestellt wird. Die Kündigungsfristen für Angestellte sind in § 20 AngG geregelt und betragen für die

Kündigung durch den/die ArbeitnehmerIn einen Monat. Kündigungstermin ist diesfalls der Monatsletzte. Bei Kündigung durch den/die ArbeitgeberIn ist die Dauer der Kündigungsfrist abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses und beträgt sechs Wochen bzw zwei Monate nach dem vollendeten zweiten Arbeitsjahr bzw drei Monate nach dem vollendeten fünften Arbeitsjahr bzw vier Monate nach dem vollendeten 15. Arbeitsjahr und fünf Monate nach dem vollendeten 25. Arbeitsjahr. Kündigungstermin ist bei ArbeitgeberInnenkündigung der Ablauf des Kalenderquartals (31. März, 30. Juni, 30. September, 31. Dezember). Der Kündigungstermin kann jedoch durch Vereinbarung dahingehend geändert werden, dass sie am 15. oder am Letzten eines Kalendermonats endet. Vereinzelt sehen auch Kollektivverträge den 15. oder Monatsletzten als Kündigungstermin vor (zB Rechtsanwaltsangestellte, Angestellte bei Taxiunternehmen, Zahnarztangestellte).



Beispiel: Kündigungsfrist und -termin Angestellte

Sachverhalt: Eine Angestellte, die bereits 17 Jahre im Unternehmen beschäftigt ist, wird am 30. April gekündigt. Es finden sich weder im Arbeitsvertrag noch im einschlägigen Kollektivvertrag besondere Vereinbarungen bezüglich Kündigungsfrist oder -termin. Wann endet das Arbeitsverhältnis?

Lösung: Die Kündigungsfrist beträgt vier Monate, der Kündigungstermin ist das Quartalsende. Die Kündigungsfrist würde daher am 31. August ablaufen. Der nächstfolgende Kündigungstermin wäre der 30. September. Dies ist dann der letzte Tag des Arbeitsverhältnisses. Das Arbeitsverhältnis endet daher aufgrund der Kündigung an diesem Tag.

Für **ArbeiterInnen** sieht das Gesetz in § 77 GewO eine Kündigungsfrist von 14 Tagen vor. Dies gilt sowohl für Kündigungen seitens des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin als auch für Kündigungen seitens des Arbeiters/der Arbeiterin. Die Frist kann jedoch durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Kollektivvertrag verkürzt oder verlängert werden. Vor allem Kollektivverträge machen von dieser Möglichkeit häufig Gebrauch. Teilweise finden sich dort längere Fristen wie insbesondere in den Kollektivverträgen der Industrie. Teilweise wurden von den Kollektivvertragsparteien auch kürzere Fristen vereinbart, wie etwa für Friseur(eine Woche) oder in den Kollektivverträgen der Baubranche und anderer am Bau tätiger Branchen (Hafner, Platten- und Fliesenleger; Maler, Tapezierer; Pflasterer; Steinarbeiter; Zimmerer). Auch Kündigungstermine (zB Ende der Arbeitswoche) finden sich in den meisten Kollektivverträgen für ArbeiterInnen.

1.9.2. Besonderer Kündigungsschutz

In bestimmten Situationen unterliegt das Arbeitsverhältnis einem besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz. Dann kann eine Kündigung durch den/die ArbeitgeberIn rechtswirksam **nur aus bestimmten Gründen bzw erst nach Vorliegen einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung** gekündigt werden. Derartige gesetzliche Regelungen bestehen für

- BelegschaftsvertreterInnen (Mitglieder des Betriebsrats, Wahlvorstände für die Betriebsratswahl etc), siehe Näheres dazu in Abschnitt 5.7. und 5.8.;

- schwangere Arbeitnehmerinnen, Mütter und Väter während der Elternkarenz oder Elternzeit;
- begünstigte Behinderte;
- Arbeitnehmer während des Präsenz- oder Zivildienstes, ArbeitnehmerInnen während des Ausbildungsdienstes beim Bundesheer (§§ 12 ff APStG, siehe dazu auch 5.2.4.4.);
- ArbeitnehmerInnen, die eine Herabsetzung, eine Änderung der Lage der Normalarbeitszeit oder eine Freistellung gegen Entfall des Arbeitsentgelts zum Zweck der Sterbebegleitung (§ 14a Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz – AVRAG) oder der Begleitung von schwersterkrankten Kindern (§ 14b AVRAG) bekannt gegeben haben (§ 15a AVRAG).

Schwangere Frauen und Mütter können nach dem Mutterschutzgesetz (§§ 10 ff MSchG) grundsätzlich nur bei Vorliegen bestimmter Gründe und nach Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichtes gekündigt oder entlassen werden. Der Schutz beginnt mit der Schwangerschaft und endet bei Inanspruchnahme von Elternkarenz vier Wochen nach Ende der Karenz.

Bei Inanspruchnahme von **Elternzeit** beginnt der Kündigungs- und Entlassungsschutz mit der Bekanntgabe, frühestens jedoch vier Monate vor dem beabsichtigten Antritt der Teilzeitbeschäftigung und dauert bis vier Wochen nach dem Ende der Teilzeitbeschäftigung, längstens jedoch bis vier Wochen nach dem vierten Geburtstag des Kindes. Danach gibt es nur mehr einen weitaus schwächeren Motivschutz. Das heißt, eine Kündigung kann nur mehr wegen der beabsichtigten oder tatsächlichen Inanspruchnahme der Elternzeit angefochten werden (§ 15n MSchG).

Väter, die von der Möglichkeit einer Karenz oder Teilzeitbeschäftigung nach der Geburt eines Kindes Gebrauch machen, sind während dieser Zeit und vier Wochen im Anschluss daran nur bei Vorliegen bestimmter Gründe und mit Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichtes kündbar (§§ 7, 8f VKG).

Die Kündigung eines/einer **begünstigten Behinderten** darf grundsätzlich erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss bei der jeweiligen Landesstelle des Sozialministeriumservices zugestimmt hat (§ 8 BEinstG). Begünstigte Behinderte sind Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 %. Die Feststellung dieser Behinderung erfolgt durch das Sozialministeriumservice oder einer anderen in § 14 BEinstG angeführten Stelle. Dieser besondere Kündigungsschutz wird aber grundsätzlich erst vier Jahre nach Beginn des Arbeitsverhältnisses wirksam. Erfolgt jedoch die Feststellung der Begünstigteneigenschaft innerhalb dieses Vierjahreszeitraums, dann wird der Kündigungsschutz sofort, frühestens aber nach Ablauf von sechs Monaten ab Beginn des Arbeitsverhältnisses wirksam. Dies gilt unabhängig davon, ob die Behinderung bei Aufnahme des Arbeitsverhältnisses bereits bestanden hat oder erst nachträglich eingetreten ist.

Während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses greift der besondere Kündigungsschutz bei Feststellung des Kündigungsschutzes während des Arbeitsverhältnisses nur in zwei Fällen: Wenn die Feststellung der Begünstigteneigenschaft infolge eines Arbeitsunfalles erfolgte oder wenn ein Arbeitsplatzwechsel innerhalb des Konzerns erfolgt.



Beispiele: Besonderer Kündigungsschutz von begünstigt Behinderten

1. Eine Arbeitnehmerin mit einer festgestellten Behinderung von mehr als 50 % ist drei Jahre bei einem Unternehmen beschäftigt. Greift der besondere Kündigungsschutz?

Der besondere Kündigungsschutz kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Feststellung der Behinderteneigenschaft nach Beginn des Arbeitsverhältnisses erfolgte.

2. Ein Arbeitnehmer ist seit fünf Monaten bei einem Unternehmen beschäftigt.

Der besondere Kündigungsschutz kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Feststellung der Behinderteneigenschaft nach Beginn des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Arbeitsunfalls erfolgte oder wenn die Feststellung der Behinderteneigenschaft nach Beginn des Arbeitsverhältnisses erfolgte und ein Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns stattfindet.

Ist der/die begünstigte Behinderte Mitglied des Betriebsrats, dann gilt der besondere Kündigungsschutz aufgrund der Betriebsratstätigkeit (Näheres dazu siehe 5.7.).

1.9.3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Diskriminierung

Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den/die ArbeitgeberIn durch Kündigung, Entlassung oder Auflösung in der Probezeit kann angefochten werden, wenn dies wegen des Geschlechts, des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Weltanschauung oder der sexuellen Orientierung (Homosexualität) erfolgte (§ 12 Abs 7, § 26 Abs 7 GIBG).



Beispiel: Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit

Eine Kellnerin beginnt am 1. März im Gasthaus A zu arbeiten. Am 12. März erfährt der Geschäftsführer zufällig, dass die Arbeitnehmerin schwanger ist, und erklärt daraufhin das Arbeitsverhältnis mit der Bemerkung für beendet, dass sie bereits bei Begründung des Arbeitsverhältnisses gewusst hätte, dass sie schwanger sei, und sie ihn daher angelogen habe. Eine Probezeit sei nicht mit ihr vereinbart worden, aber der Kollektivvertrag für Hotel und Gastgewerbe sehe ja eine Probezeit von 14 Tagen vor.

Es ist richtig, dass der einschlägige Kollektivvertrag eine Probezeit von 14 Tagen vorsieht. Eine Verpflichtung, bei Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Schwangerschaft anzugeben, besteht aber nicht. Die Beendigung erfolgte aufgrund des Geschlechts. Die Arbeitnehmerin kann die Auflösung binnen 14 Tagen bei Gericht anfechten.



OGH 18.8.2016, 9 ObA 106/15a – Kündigung von ArbeitnehmerInnen bei Pensionsanspruch

Die generelle Kündigungspolitik eines Arbeitgebers/einer Arbeitgeberin, alle ArbeitnehmerInnen bei Erreichen des Antrittsalters für die Korridor pension oder die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer zu kündigen, bewirkt grundsätzlich eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters.

Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den/die ArbeitgeberIn kann auch dann angefochten werden, wenn die Beendigung wegen offenbar nicht unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Gleichbehandlungsgesetz erfolgte

(zB Kündigung, nachdem sich eine Arbeitnehmerin wegen sexueller Belästigung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft wandte).

Ist ein befristetes, auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegtes Arbeitsverhältnis wegen des Geschlechts, des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Weltanschauung oder der sexuellen Orientierung (Homosexualität) durch Zeitablauf beendet worden, so kann auf die Feststellung des unbefristeten Bestehens des Arbeitsverhältnisses geklagt werden (§ 12 Abs 7, § 26 Abs 7 GIBG).

Beispiel: Diskriminierung und Beendigung durch Zeitablauf



Herr Jürgen Kunz beginnt am 1. Juni 2017 bei der R-GmbH zu arbeiten. Der erste Arbeitsvertrag ist bis 30. November 2017 befristet. Es ist nämlich in dem Unternehmen üblich, dass ArbeitnehmerInnen das erste halbe Jahr ein befristetes Arbeitsverhältnis bekommen, welches dann üblicherweise jedoch nicht durch Zeitablauf endet, sondern in Form eines unbefristeten Arbeitsvertrags verlängert wird. Mitte November 2017 wird im Unternehmen bekannt, dass Herr Kunz homosexuell ist. Daraufhin bekommt er eine Benachrichtigung seitens der Geschäftsleitung, dass das Arbeitsverhältnis nicht verlängert wird und er am letzten Arbeitstag seine Arbeitspapiere in der Personalabteilung abholen kann.

Herr Kunz kann auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des Arbeitsverhältnisses klagen. Die Erfolgchancen hängen dabei wesentlich davon ab, ob es Herrn Kunz im Verfahren gelingt, glaubhaft zu machen, dass die Nichtverlängerung des Vertrages wegen seiner Homosexualität erfolgte.

Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den/die ArbeitgeberIn kann weiters dann angefochten werden, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen einer **Behinderung** erfolgte. Diesfalls muss jedoch vor der Klageeinbringung bei Gericht ein Schlichtungsverfahren beim Sozialministeriumservice durchgeführt werden (§ 7f und § 7k BEinstG). ArbeitnehmerInnen mit Behinderung haben daher entweder den besonderen Kündigungsschutz, wenn sie sogenannte begünstigte Behinderte sind (Näheres siehe 1.9.2.), oder den soeben angeführten Diskriminierungsschutz.

1.9.4. Kündigungsfrühwarnsystem

Werden mehrere ArbeitnehmerInnen gekündigt, so muss der/die ArbeitgeberIn unter bestimmten Voraussetzungen das Kündigungsfrühwarnsystem gemäß § 45a Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG) einhalten. Das heißt insbesondere, dass die nach dem Standort des Betriebes zuständige Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (AMS) durch **schriftliche Anzeige** zu verständigen ist und gleichzeitig eine Durchschrift der Anzeige dem Betriebsrat zu übermitteln ist. Die Voraussetzungen, unter denen das Kündigungsfrühwarnsystem zur Anwendung kommt, sind:

- Kündigung von mindestens 30 ArbeitnehmerInnen oder von fünf über 50-jährigen ArbeitnehmerInnen. Für Betriebe mit in der Regel 100 bis 600 Beschäftigten gilt statt der 30 ArbeitnehmerInnen ein Schwellenwert von 5 % und für Betriebe mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Beschäftigten gilt ein Schwellenwert von 5 ArbeitnehmerInnen.

- Ausspruch der Kündigung innerhalb von 30 Tagen, wobei auch vom/von der ArbeitgeberIn veranlasste einvernehmliche Lösungen oder ungerechtfertigte Entlassungen mitzuzählen sind.

Die Anzeige ist **mindestens 30 Tage** vor der ersten Erklärung der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu erstatten.



Beispiel: Schwellenwert für das Kündigungsfrühwarnsystem

Die Geschäftsführung der X-GmbH plant die Kündigung von 17 ArbeitnehmerInnen innerhalb von 30 Tagen. Der Betrieb hat in der Regel 280 Beschäftigte. Ist eine Anzeige an das AMS erforderlich?

In Betrieben mit in der Regel 100 bis 600 Beschäftigten liegt der Schwellenwert bei 5 %. Bei einem Betrieb mit 280 Beschäftigten wäre dieser Schwellenwert 14 und dieser wäre daher überschritten.

Erfolgt keine Anzeige an das AMS, obwohl die Voraussetzungen für das Kündigungsfrühwarnsystem vorliegen, so sind dennoch ausgesprochene Kündigungen **rechtsunwirksam!**

Erfolgt eine Anzeige an das AMS, dann ersetzt dies die Verständigung des Betriebsrats in Zusammenhang mit dem allgemeinen Kündigungsschutz nicht. Der Betriebsrat ist daher (nochmals) im Einzelfall von der geplanten Kündigung zu verständigen (siehe dazu gleich unten).

Die Übermittlung einer Kopie der Anzeige an den Betriebsrat ersetzt auch nicht die Informationsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen. Demnach ist nämlich der/die BetriebsinhaberIn verpflichtet, den Betriebsrat von geplanten Betriebsänderungen zu einem Zeitpunkt in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung zu informieren, die es dem Betriebsrat ermöglichen, die möglichen Auswirkungen der geplanten Maßnahme eingehend zu bewerten und eine Stellungnahme zu der geplanten Maßnahme abzugeben. Auf Verlangen des Betriebsrats hat der/die BetriebsinhaberIn mit ihm eine Beratung über deren Gestaltung durchzuführen (§ 109 Abs 1 ArbVG). Eine Auflösung von Arbeitsverhältnissen nach dem Kündigungsfrühwarnsystem gilt grundsätzlich als **Betriebsänderung** (§ 109 Abs 1 Z 1a ArbVG; Näheres dazu siehe 6.5.). Ausgenommen davon ist bloß der Fall, dass das Kündigungsfrühwarnsystem (bloß) deshalb ausgelöst wird, weil mindestens fünf über 50-jährige ArbeitnehmerInnen gekündigt werden sollen.

1.9.5. Kündigung und Betriebsübergang

Zu einem Betriebsübergang kommt es, wenn ein Unternehmen, ein Betrieb oder ein Betriebsteil an einen anderen/eine andere InhaberIn übertragen wird. Die Übertragung an den neuen/die neue InhaberIn kann etwa im Zuge eines Unternehmenskaufs, einer Neuverpachtung, einer Fusion oder der Ausgliederung eines Betriebsteiles, wie zB der Buchhaltung, der EDV-Abteilung oder des Lagers, erfolgen.

Bei einem Betriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse ex lege, also „automatisch“, auf den neuen/die neue InhaberIn bzw die neue Inhaberin über (§ 3 AVRAG) und die von der Übertragung betroffenen ArbeitnehmerInnen haben einen Kündi-

gungsschutz. Das heißt, Kündigungen, deren tragender Grund im Betriebsübergang zu finden ist, sind rechtsunwirksam.¹⁷ Auch vorsorgliche Rationalisierungskündigungen, wenn also etwa der Veräußerer ArbeitnehmerInnen in Hinblick auf den Unternehmensverkauf kündigen will, sind unzulässig.¹⁸

2. Der allgemeine Kündigungsschutz der §§ 105 und 107 ArbVG

2.1. Allgemeines

Der Kündigungsschutz nach den §§ 105 und 107 ArbVG wird als allgemeiner Kündigungsschutz bezeichnet, da diese Bestimmungen grundsätzlich für alle ArbeitnehmerInnen gelten, für die nicht ein besonderer Kündigungsschutz zur Anwendung kommt (siehe 5.1.9.2.). Ausgenommen sind jedoch ArbeitnehmerInnen, die nicht vom Anwendungsbereich des § 36 ArbVG erfasst sind (siehe 2.1.2.) und ArbeitnehmerInnen in Kleinstbetrieben, also Betrieben mit weniger als fünf ArbeitnehmerInnen.

Besteht ein Betriebsrat, so ist bei einer Kündigung ein **Vorverfahren** einzuhalten. Das heißt, der Betriebsrat ist zu verständigen und dieser hat die Möglichkeit, binnen einer Woche eine Stellungnahme abzugeben. Wird entgegen dieser Vorgaben der Betriebsrat nicht verständigt oder erfolgt die Kündigung vor Ablauf der Frist bzw vor Abgabe einer Stellungnahme durch den Betriebsrat, so ist die Kündigung rechtsunwirksam.

2.2. Das Vorverfahren beim allgemeinen Kündigungsschutz

Zu verständigen ist der/die Betriebsratsvorsitzende, bei dessen/deren Verhinderung der/die StellvertreterIn. Bei getrennten Betriebsräten der ArbeiterInnen und Angestellten ist die Verständigung bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit an den zuständigen Gruppenbetriebsrat zu richten.

Die **Verständigung** muss ein konkretes Arbeitsverhältnis bezeichnen und die Kündigung muss bereits konkret geplant sein, wenn auch noch kein konkreter Termin geplant ist. Zwischen der Verständigung und dem dann in weiterer Folge konkreten Ausspruch der Kündigung muss aber ein zeitlicher Zusammenhang bestehen. Liegen zwischen der Verständigung des Betriebsrats und der tatsächlichen Kündigung drei Monate, so wäre der geforderte zeitliche Zusammenhang etwa nicht mehr gegeben.

Nach dieser Verständigung hat der Betriebsrat die Möglichkeit, binnen einer Woche eine **Stellungnahme** abzugeben. Diese Frist von einer Woche beginnt mit dem Tag der Verständigung des Betriebsrats zu laufen und endet mit Ablauf des Tages, der in seiner Benennung dem Wochentag entspricht, an dem die Frist begonnen hat. Erfolgt also die Verständigung am Dienstag um 13 Uhr, so endet die Frist am Dienstag der nächsten Woche um 24 Uhr. Mit anderen Worten: Der Betriebsrat hat zumindest sieben Tage Zeit. Erfolgt die Verständigung etwa um 13 Uhr, dann sieben Tage und elf Stunden.

¹⁷ OGH 23.12.1998, 9 ObA 153/98k.

¹⁸ OGH 28.8.1997, 8 ObA 91/97h.

2.3. Die Stellungnahme des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat drei Möglichkeiten, auf die Verständigung von der Kündigungsabsicht zu reagieren: Er kann ausdrücklich widersprechen, er kann zustimmen oder er kann untätig bleiben bzw keine Stellungnahme abgeben. Dabei ist Folgendes zu beachten:

Zustimmung des Betriebsrats: Erfolgt die Zustimmung zur Kündigung, so hat dies zur Konsequenz, dass der/die betroffene ArbeitnehmerIn die Kündigung nicht mehr wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann (sogenanntes Sperrrecht des Betriebsrats). Die Anfechtung der Kündigung ist dann nur mehr wegen eines unzulässigen Motivs (Näheres siehe 5.2.4.) oder gestützt auf Möglichkeiten der Kündigungsanfechtung außerhalb des § 105 ArbVG möglich (zB Anfechtung der Kündigung wegen Diskriminierung, siehe 5.1.9.3.).

Ausdrücklicher Widerspruch: Das Gesetz fordert einen ausdrücklichen (!) Widerspruch. Die Formulierung des Betriebsrats, wonach „die Zustimmung des Betriebsrats verweigert wird“, wurde vom OGH¹⁹ nicht als ausdrücklicher Widerspruch gewertet. Auch die Erklärung des Betriebsrats, einer Kündigung nicht zuzustimmen, wurde von der Judikatur nicht als ausdrücklicher Widerspruch gewertet.²⁰

Erfolgt ein ausdrücklicher Widerspruch, dann hat dies zur Konsequenz, dass auch ein Sozialvergleich (dazu siehe 5.2.5.5.) durchgeführt werden kann.

Keine Stellungnahme (manchmal auch als schlichter Widerspruch bezeichnet): Bleibt der Betriebsrat innerhalb der Woche untätig oder erklärt er, keine Stellungnahme abzugeben, oder erfolgt eine Stellungnahme, aus der nicht eindeutig eine Zustimmung oder ein ausdrücklicher Widerspruch entnommen werden kann, so wird dies als „keine Stellungnahme“ gewertet. In diesem Fall kann der Betriebsrat die danach erfolgte Kündigung nicht anfechten. Das Anfechtungsrecht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin bleibt jedoch bestehen. Ab Zugang der Kündigung kann diese daher innerhalb von zwei Wochen bei Gericht durch den Gekündigten/die Gekündigte angefochten werden. Die Kündigung kann sowohl wegen eines unzulässigen Motivs als auch wegen Sozialwidrigkeit angefochten werden. Ein Sozialvergleich ist jedoch im Unterschied zur Kündigungsanfechtung nach erfolgtem ausdrücklichen Widerspruch des Betriebsrats nicht möglich.

Die **Entscheidung des Betriebsrats** erfolgt durch Beschluss (siehe 2.4.2.). Der/Die Betriebsratsvorsitzende hat daher nach der Verständigung von der Kündigungsabsicht eine Sitzung des Betriebsrats einzuberufen, außer es findet zufällig die „normale“ monatliche Betriebsratssitzung in der Woche nach der Verständigung statt. Für eine Beschlussfassung in der Sitzung sind eine rechtzeitige Verständigung aller Mitglieder des Betriebsrats und die Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder bei der Sitzung erforderlich. Eine unterbliebene Verständigung von der Sitzung ist kein Hindernis für die Beschlussfassung, wenn das nicht oder nicht rechtzeitig geladene Mitglied anwesend ist oder wenn die rechtzeitige Verständigung des Mitglieds nicht möglich war (§ 14 Abs 6 und 7 BRGO). Die Fälle, wo eine rechtzeitige Verständigung

¹⁹ OGH 25.2.1998, 9 ObA 33/98p.

²⁰ OLG Wien 15.12.2004, 7 Ra 176/04k.

nicht möglich ist, werden in Anbetracht moderner Möglichkeiten der Verständigung (E-Mail, SMS etc) jedoch sehr selten sein.

Alternativ zu einer Sitzung kann auch die Beschlussfassung in Form einer schriftlichen Stimmabgabe erfolgen (sogenannter Umlaufbeschluss). In diesem Fall kann jedoch jedes einzelne Mitglied des Betriebsrats gegen die Beschlussfassung in schriftlicher Form widersprechen, sodass eine Sitzung erfolgen muss. Dasselbe gilt für fernmündliche, also telefonische oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung (§ 68 Abs 4 ArbVG; § 14 Abs 7a BRGO).

Die Beschlüsse werden grundsätzlich mit **Mehrheit** der abgegebenen Stimmen gefasst. Bei Stimmgleichheit gibt die Stimme desjenigen/derjenigen den Ausschlag, der/die den Vorsitz führt. Besteht der Betriebsrat aber nur aus zwei Mitgliedern, so kommt ein Beschluss immer nur bei Übereinstimmung beider Mitglieder zustande. Für Beschlüsse über die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin gilt die Besonderheit, dass die Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen erforderlich ist. Für einen Beschluss zu einem ausdrücklichen Widerspruch und für einen Beschluss, keine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung abzugeben, genügt also eine einfache Mehrheit, für die Zustimmung ist eine Zweidrittelmehrheit erforderlich.

Eine Begründung für die Beschlussfassung ist rechtlich nicht gefordert. Die Dokumentation erfolgt bei Sitzungen durch die Protokollführung, bei einer Beschlussfassung durch schriftliche Stimmabgabe oder andere Art hat eine Dokumentation durch den Betriebsratsvorsitzenden/die Betriebsratsvorsitzende zu erfolgen (§ 14 Abs 7 und 10 BRGO).

Die **Verständigung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin** über den vom Betriebsrat gefassten Beschluss erfolgt durch den Betriebsratsvorsitzenden/die Betriebsratsvorsitzende. Der/Die ArbeitgeberIn kann dabei grundsätzlich auf die Richtigkeit vertrauen, dass also ein rechtsgültiger Beschluss zustande gekommen ist und sich dieser mit der Erklärung deckt. Wenn jedoch der/die Betriebsratsvorsitzende unmittelbar nach der Verständigung über die Kündigungsabsicht eine Stellungnahme abgibt, dann besteht kein Vertrauensschutz. In diesem Fall ist für den/die ArbeitgeberIn klar erkennbar, dass kein Beschluss des Betriebsrats gefasst wurde. Wenn aber etwa die Übermittlung der Stellungnahme des Betriebsrats zwei Stunden nach der Verständigung erfolgte, dann kann der/die ArbeitgeberIn auf die Richtigkeit vertrauen.

Eine Kündigung, die ohne Verständigung des Betriebsrats oder vor Ablauf der Stellungnahmefrist ausgesprochen wird, ist **rechtsunwirksam**. Erfolgt jedoch eine Stellungnahme des Betriebsrats vor Ablauf der Frist, dann muss der/die ArbeitgeberIn nicht das Ende der Stellungnahmefrist abwarten. Dies gilt auch dann, wenn der Betriebsrat beschließt, keine Stellungnahme abzugeben.

In einem Unternehmen mit einem für den betroffenen/die betroffene ArbeitnehmerIn zuständigen Betriebsrat ist eine Kündigung daher in folgenden Fällen rechtsunwirksam:

- Der zuständige Betriebsrat wurde über die Kündigungsabsicht gar nicht verständigt.

- Der zuständige Betriebsrat wurde zwar verständigt, aber die Verständigung ist zu unkonkret; etwa wenn kein konkretes Arbeitsverhältnis bezeichnet wird (zB der/die GeschäftsführerIn erklärt gegenüber dem Betriebsrat, dass aus Kostengründen zwei ArbeiterInnen in der Produktion gekündigt werden).
- Der zuständige Betriebsrat wird verständigt, aber der Ausspruch der Kündigung erfolgt vor Ablauf der Stellungnahmefrist und es liegt noch keine Stellungnahme des Betriebsrats vor.

Ist die Kündigung rechtsunwirksam, dann bedeutet dies, dass das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrecht ist. Bei einer allenfalls notwendigen gerichtlichen Klärung müsste der/die ArbeitnehmerIn mittels **Feststellungsklage** (Klage auf gerichtliche Feststellung des aufrechten Bestands des Arbeitsverhältnisses) vorgehen. Für diese Klage ist im Unterschied zur Anfechtung einer Kündigung wegen eines unzulässigen Motivs, wegen Sozialwidrigkeit oder wegen Diskriminierung keine gesetzliche Frist vorgesehen. Allzu lange darf aber auch hier nicht mit der Einbringung einer Klage zugewartet werden. Der Oberste Gerichtshof hat nämlich in einem ähnlichen Zusammenhang entschieden, dass den/die ArbeitnehmerIn eine sogenannte Aufgriffsobliegenheit trifft, und hat im konkreten Fall eine Geltendmachung nach zehn Monaten als zu spät erachtet.²¹

2.4. Unzulässige Kündigungsmotive

2.4.1. Allgemeines

Das Arbeitsverfassungsgesetz zählt in § 105 Abs 3 Z 1 Kündigungsmotive auf, die die **Anfechtung einer Kündigung** ermöglichen. Es handelt sich dabei um Gründe, die im Zusammenhang mit einer gewerkschaftlichen Betätigung stehen oder einer Betätigung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Interessen von ArbeitnehmerInnen im Betrieb (Einberufung einer Betriebsversammlung, Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes etc). Weiters ist die bevorstehende Einberufung zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst bzw die Zuweisung zum Zivildienst ein unzulässiges Kündigungsmotiv. Schließlich kann eine Kündigung auch bekämpft werden, wenn der/die ArbeitnehmerIn als Reaktion auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem/der ArbeitgeberIn gekündigt wird.

Zu beachten ist, dass es außerhalb dieser in § 105 ArbVG aufgezählten Gründe weitere unzulässige Kündigungsmotive gibt, die eine Kündigung oder Entlassung anfechtbar oder unwirksam machen können. Zu denken ist dabei insbesondere an Kündigungen oder Entlassungen wegen Diskriminierung (siehe 5.1.9.3.), an Beendigungen des Arbeitsverhältnisses wegen Verlassen eines Gefahrenbereiches wegen ernster und unmittelbarer Gefahr (§ 8 AVRAG, siehe 5.2.4.6.) oder wegen Inanspruchnahme einer Bildungskarenz oder Pflegekarenz (§ 15 AVRAG, siehe 5.2.4.6.).

Bei der Anfechtung einer Kündigung wegen eines verpönten Motivs nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG gilt die Besonderheit, dass im Gerichtsverfahren das unzulässige Kündigungsmotiv (bloß) glaubhaft gemacht werden muss. Es gelten somit nicht die ansonsten strengen Beweisregeln, sondern die etwas weniger strengen Anforderungen

²¹ OGH 19.6.2006, 8 ObA 48/06a.

für die **Glaubhaftmachung**. Gelingt die Glaubhaftmachung des unzulässigen Motivs durch den/die ArbeitnehmerIn, dann muss der/die ArbeitgeberIn glaubhaft machen, dass andere (zulässige) Kündigungsgründe vorgelegen haben, um die erfolgreiche Anfechtung abzuwehren. Hält das Gericht bei Abwägung aller Umstände die vom/von der ArbeitgeberIn geltend gemachten Gründe nicht für wahrscheinlicher als die in der Anfechtung geltend gemachten, so ist die Kündigung vom Gericht für rechtsunwirksam zu erklären.

2.4.2. Gewerkschaftliche Betätigung im weiteren Sinn

Die Kündigung kann bei Gericht angefochten werden, wenn die Kündigung wegen des Beitritts oder wegen der Mitgliedschaft zu einer **Gewerkschaft** erfolgt (§ 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG). Auch eine Kündigung wegen einer Ankündigung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, er/sie wolle einer Gewerkschaft beitreten, kann bei Gericht angefochten werden.

Weiters kann auch eine Kündigung, die wegen einer Tätigkeit in Gewerkschaften erfolgt, angefochten werden (§ 105 Abs 3 Z 1 lit b ArbVG). Dazu zählt laut Rechtsprechung etwa das Anwerben von Betriebsangehörigen zum Eintritt in die Gewerkschaft, die Kontaktaufnahme mit einem/einer GewerkschaftssekretärIn wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung oder wegen Lohnfragen.

2.4.3. Wahrnehmung von Interessen von ArbeitnehmerInnen im Betrieb

Darunter lassen sich folgende in § 105 Abs 3 Z 1 lit c bis g und j ArbVG angeführten verpönten Kündigungsmotive einordnen:

- wegen Einberufung einer Betriebsversammlung durch den/die ArbeitnehmerIn;
- wegen der Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes, einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge/Wahlzeugin im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl;
- wegen der Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat oder wegen einer früheren Tätigkeit im Betriebsrat;
- wegen einer Tätigkeit als Mitglied einer Schlichtungsstelle im Zusammenhang mit Streitigkeiten über den Abschluss, die Änderung oder die Aufhebung von Betriebsvereinbarungen (Näheres dazu siehe im Abschnitt 4.3.3./Exkurs);
- wegen einer Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder ArbeitsmedizinerIn oder als Fach- oder Hilfspersonal von Sicherheitsfachkräften oder ArbeitsmedizinerInnen (siehe auch 5.2.4.6.);
- wegen der Tätigkeit als SprecherIn gemäß § 177 Abs 1 ArbVG, also im Zusammenhang mit der Gründung eines Europäischen Betriebsrats.

Betriebsratsmitglieder haben während ihrer Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 120 ff ArbVG. Dieser besondere Schutz beginnt mit der Annahme der Wahl (siehe dazu § 32 BRWO) und endet drei Monate nach dem Erlöschen der Mitgliedschaft. Der oben angeführte Motivschutz „wegen einer früheren Tätigkeit im Betriebsrat“ ist dann relevant, wenn die Kündigung nach Ablauf der drei Monate nach dem Erlöschen der Mitgliedschaft zum Betriebsrat erfolgt.

WahlwerberInnen für die Betriebsratswahl haben so wie bereits gewählte Betriebsratsmitglieder grundsätzlich einen besonderen Kündigungsschutz (§ 120 Abs 4 Z 2 ArbVG). Dieser besondere Kündigungsschutz beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem nach der Bestellung des Wahlvorstandes die Absicht, auf einem Wahlvorschlag zu kandidieren, offenkundig wird. Erfolgt tatsächlich eine Kandidatur, so endet der besondere Kündigungsschutz mit dem Ablauf der Anfechtungsfrist für die Betriebsratswahl (siehe 5.8. und 2.3.5.). Erfolgt entgegen der ursprünglichen Absicht keine Kandidatur, so endet der besondere Kündigungsschutz bereits mit dem Ende der Einreichungsfrist für Wahlvorschläge (siehe 5.8. und 2.3.3.7.). Vor dem Beginn des besonderen Kündigungsschutzes und nach dessen Ende greift der (schwächere) oben angeführte Motivschutz „wegen der Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat“.

2.4.4. Einberufung zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zuweisung zum Zivildienst

Arbeitnehmern, denen der Einberufungsbefehl zum Präsenzdienst gemäß § 19 Wehrgesetz (WG) oder der Zuweisungsbescheid zum Zivildienst gemäß § 6a Zivildienstgesetz (ZDG) zugegangen ist, sowie ArbeitnehmerInnen, denen der Einberufungsbefehl zum Ausbildungsdienst gemäß §§ 37–38b WG zugegangen ist, sind besonders kündigungsgeschützt, das heißt, sie können nur mit Zustimmung des Gerichtes gekündigt werden (§ 12 APStG).

Vor der Zustellung des Einberufungsbefehls bzw des Zuweisungsbescheides besteht kein besonderer Kündigungsschutz. Sollte eine Kündigung durch den/die ArbeitgeberIn wegen der bevorstehenden Einberufung oder Zuweisung erfolgen, so kann diese Beendigung aber zumindest wegen eines unzulässigen Kündigungsmotivs gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG angefochten werden.

2.4.5. Geltendmachung von Ansprüchen

Gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG kann eine Kündigung „wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ angefochten werden. Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass ArbeitnehmerInnen als Vergeltungsmaßnahme wegen der Geltendmachung von Ansprüchen gekündigt werden.

Die Kündigung muss also im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ansprüchen durch den/die ArbeitnehmerIn erfolgen, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben. Weiters müssen diese Ansprüche vom/von der ArbeitgeberIn in Frage gestellt worden und letztlich müssen diese Ansprüche offenbar nicht unberechtigt sein.

Die letzte Voraussetzung bedeutet: Sind die geltend gemachten Ansprüche offenbar unberechtigt, dann ist eine derartige Kündigungsanfechtung nicht möglich. In allen anderen Fällen (berechtigt, offenbar nicht unberechtigt) ist diese Voraussetzung erfüllt.

Beispiel: Offenbar unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen



Der Arbeitnehmer Edgar Hirsch hat mit seinem Arbeitgeber einen Urlaub für den Zeitraum 15. Juli bis 31. Juli vereinbart. Am 15. Juli fliegt Edgar Hirsch nach Ibiza und verbringt dort seinen Urlaub. Am 30. Juli telefoniert er mit seinem Arbeitgeber aus Ibiza und teilt diesem mit, dass er noch offene Urlaubstage im Ausmaß von zwei Wochen habe, er diesen ihm zustehenden Urlaub gleich in Anspruch nehme und folglich erst in zwei Wochen wieder seine Arbeit antreten werde. Der Arbeitgeber erwidert, dass dies nicht ausgemacht wäre und er Herrn Hirsch am 1. August in der Firma erwarte. Der Arbeitnehmer erscheint erst am 15. August im Betrieb und wird daraufhin gekündigt.

Es mag zwar richtig sein, dass Edgar Hirsch noch einen offenen Urlaubsanspruch im Ausmaß von zwei Wochen hatte. Ein Urlaub muss aber vereinbart werden und kann nicht einseitig angetreten werden. Die Geltendmachung des Anspruchs war offenbar unberechtigt. Sie kann nicht wegen eines unzulässigen Motivs angefochten werden.

Beispiel: Offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen



Der als Schädlingsbekämpfer bei der GmbH „Aus für Wanze, Kakerlake und Maus“ beschäftigte Werner Putz macht bei seiner Arbeitgeberin Entgelt für die Arbeitszeit, welche er für das Wechseln von Privatkleidung in Arbeitsgewand und umgekehrt aufwendet, geltend. Dies dauert circa 15 Minuten pro Arbeitstag und somit im Monat circa fünf Stunden. Die Arbeitgeberin bestreitet den Anspruch auf Entgelt für die Zeit des Umziehens und nachdem Herr Putz weiterhin auf den Anspruch besteht, spricht der Geschäftsführer der Arbeitgeberin die Kündigung aus.

Zur Frage, inwieweit Umziehzeiten im geschilderten Sachverhalt zur Arbeitszeit zählen, existiert noch keine klare und gesicherte Rechtsprechung. Gerade aber bei Schädlingsbekämpfern, die täglich mit Ungeziefer konfrontiert sind, besteht ein berechtigtes Interesse, ihre Arbeitskleidung vor dem Heimweg zu wechseln. Die Geltendmachung des Anspruches durch Herrn Putz ist nicht „offenbar unberechtigt“. Die Kündigung kann daher wegen § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG angefochten werden.

Unter **Geltendmachung** fällt nicht bloß die gerichtliche Geltendmachung, sondern jedes Verhalten, das in irgendeiner Form der Realisierung des Anspruchs dient. Es bestehen keinerlei Formvorschriften, sodass auch die mündliche oder konkludente Berufung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin auf seine/ihre Rechtsposition das Tatbestandsmerkmal „Geltendmachung“ erfüllt. Die vorbereitenden Erkundigungen bei Arbeiterkammer oder Gewerkschaft zählen daher ebenso dazu wie die Ablehnung eines Vorschlags oder einer Anordnung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, der/die ArbeitnehmerIn solle auf einen ihm/ihr zustehenden, bereits entstandenen Anspruch verzichten.²²

Von der Judikatur wurden folgende Fälle als unzulässige Motive im Sinne der zitierten Bestimmung angesehen: Kündigung einer Hausbesorgerin, weil sie auf der Einhaltung des geänderten Vertrages bestand²³, die Forderung eines Arbeitnehmers,

²² Wolligger in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 2² § 105 ArbVG Rz 129 mwN.

²³ OGH 25.11.1999, 8 ObA 298/99b.

über die zeitliche Lage seiner Arbeitseinsätze zeitgerecht verständigt zu werden²⁴, die Nichtbefolgung einer Weisung mit der Begründung, diese Verstöße gegen das Gesetz bzw den Arbeitsvertrag, und die diesbezügliche Einholung einer Auskunft bei der Interessenvertretung durch den Arbeitnehmer²⁵.

Nicht erfolgreich waren im gegebenen Zusammenhang ArbeitnehmerInnen bei einer Kündigung nach Ablehnung eines Angebots des Arbeitgebers auf Verschlechterung des Arbeitsvertrages²⁶ und bei einer Kündigung, nachdem es zu keiner Einigung mit dem Arbeitgeber über den Urlaubsverbrauch gekommen ist.²⁷

Wird der Anspruch vom/von der ArbeitgeberIn nicht in Frage gestellt, erfolgt aber trotzdem eine Kündigung wegen der Inanspruchnahme eines Anspruchs, so ist der Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG nicht erfüllt. Eine Kündigungsanfechtung aufgrund dieser Bestimmung ist daher nicht möglich. Derartige Kündigungen werden aber wohl als **sittenwidrig** im Sinne des § 879 ABGB und somit als rechtsunwirksam zu beurteilen sein.



Beispiel: Kündigung als Vergeltungsmaßnahme für Inanspruchnahme eines Anspruchs

Der Arbeitnehmer Jürgen Flock nimmt wegen der Erkrankung seiner kleinen Tochter Pflegefreistellung in Anspruch. Da ihm dieser Anspruch gemäß § 16 Urlaubsg zu- steht, kann der Arbeitgeber die Inanspruchnahme der Pflegefreistellung nicht verhindern. Er ist jedoch der Ansicht, dass bei einer Erkrankung eines Kindes die Mutter zu Hause bleiben soll und nicht der Vater, und will es unterbinden, dass in Zukunft auch andere (männliche) Arbeitnehmer seines Unternehmens Pflegefreistellung in Anspruch nehmen. Er kündigt daher Jürgen Flock.

Die Kündigung wird als sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB und daher als rechts- unwirksam zu beurteilen sein. Da im Motiv des Geschäftsführers auch eine Diskrimi- nierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, könnte aber auch eine Anfechtung nach § 12 Abs 7 GIBG erfolgreich sein.

2.4.6. Unzulässige Kündigungsmotive – sonstige Bestimmungen

Neben den in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG angeführten unzulässigen Kündigungsmotiven finden sich weitere unzulässige Kündigungs- bzw Entlassungsmotive im Arbeitsver- tragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG):

- § 8 AVRAG: Kündigung oder Entlassung wegen Verlassens des Gefahrenbereichs bei ernster und unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit.
- § 9 Abs 2 AVRAG: Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeits- medizinerIn, der/die nicht dem Kündigungsschutz gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG (siehe 5.2.4.3.) unterliegt, wenn die Kündigung oder Entlassung wegen der Tätigkeit für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der ArbeitnehmerInnen er- folgt ist. Der/Die ArbeitgeberIn hat weiters vor jeder Kündigung einer Sicherheits-

²⁴ OGH 30.4.2012, 9 ObA 32/12i.

²⁵ OGH 22.12.1993, 9 ObA 223/93.

²⁶ OGH 17.12.2013, 8 ObA 37/13v.

²⁷ OGH 26.11.2012, 9 ObA 103/12f.

vertrauensperson die zuständige gesetzliche Interessenvertretung der ArbeitnehmerInnen (die je nach Bundesland zuständige AK) nachweislich zu verständigen (§ 9 Abs 3 AVRAG).

- § 15 AVRAG: Kündigung wegen einer beabsichtigten oder tatsächlich in Anspruch genommenen Bildungskarenz (§ 11 AVRAG), Bildungsteilzeit (§ 11a AVRAG), Freistellung gegen Entfall des Arbeitsentgelts (§ 12 AVRAG), eines tatsächlich in Anspruch genommenen Solidaritätsprämienmodells (§ 13 AVRAG), einer Herabsetzung der Normalarbeitszeit gemäß § 14 AVRAG, einer Pflegekarenz (§ 14c AVRAG), einer Pflegeteilzeit (§ 14d AVRAG) oder wegen der Ablehnung einer Vereinbarung nach § 13a AVRAG (Wiedereingliederungsteilzeit).

2.5. Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit

2.5.1. Allgemeines

Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit hat **in der Praxis große Bedeutung**. Meist steht sie im Zentrum bei der Prüfung, ob und mit welchen Erfolgschancen eine Kündigung bekämpft werden kann. Dabei sollte aber nicht übersehen werden, dass es noch andere Möglichkeiten gibt, sich gegen eine Kündigung zu wehren. Man sollte daher weiters auch prüfen, ob nicht eventuell eine Kündigung wegen Diskriminierung vorliegt (siehe 5.1.9.3.), ein unzulässiges Motiv (siehe 5.2.4.) oder etwa gar ein besonderer Kündigungsschutz (siehe 5.1.9.2.) besteht. Auch die Möglichkeiten sonstiger Anfechtungsgründe, die verstreut in verschiedenen Gesetzen zu finden sind, sollte bedacht werden (siehe dazu 5.6.).

Die **Voraussetzungen** für eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit nach österreichischem Recht sind **relativ hoch**. Vor allem die Voraussetzung „Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers“ ist eine Hürde, an der viele Kündigungsanfechtungen scheitern.

Grundvoraussetzung für die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit ist eine Beschäftigung von mindestens sechs Monaten. Das heißt, der/die gekündigte ArbeitnehmerIn muss mindestens seit sechs Monaten im Betrieb oder im Unternehmen, dem der Betrieb angehört, beschäftigt sein. Die Beschäftigungszeiten bei einem anderen/einer anderen ArbeitgeberIn zählen dann, wenn der/die InhaberIn des Betriebes aufgrund eines Betriebsübergangs gemäß § 3 AVRAG wechselte (Näheres siehe 5.1.9.5.).

Die weitere Systematik bei der Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) ist folgende:

Schritt 1:

Es wird geprüft, ob durch die Kündigung eine **wesentliche Beeinträchtigung** der Interessen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin vorliegt. Wie in Abschnitt 5.2.5.2. zu lesen ist, wird dabei von der Judikatur ein sehr strenger Maßstab angelegt. Eine zu erwartende Arbeitslosigkeit etwa, die von vielen bereits als einschneidend empfunden wird, genügt nicht. Die Rechtsprechung verlangt im Allgemeinen eine zu erwartende Langzeitarbeitslosigkeit.

Schritt 2:

Liegt eine wesentliche Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin vor, so kann der/die ArbeitgeberIn Gründe vorbringen, wonach die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin im Betrieb **nicht zumutbar** ist. Diese Gründe können einerseits **in der Person** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin liegen (zB unsoziales Verhalten im Betrieb) oder es liegen **betriebliche Gründe** vor (zB aufgrund einer Umstrukturierung fällt der Arbeitsplatz weg).

Werden derartige Gründe vorgebracht, so hat das Gericht eine **Abwägung der Interessen** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin einerseits und des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin andererseits vorzunehmen. Ist die Weiterbeschäftigung aufgrund dieser Interessenabwägung zumutbar, so ist der Anfechtung stattzugeben.

Schritt 3:

Sollte Schritt 2 nach der Interessenabwägung ergeben, dass dem/der ArbeitgeberIn die Weiterbeschäftigung aus betrieblichen Gründen nicht zumutbar ist, so gibt es noch eine letzte Möglichkeit, die Kündigung trotzdem abzuwenden: den sogenannten **Sozialvergleich**. Es muss ein anderer vergleichbarer/eine andere vergleichbare ArbeitnehmerIn genannt werden, den/die die Kündigung weniger hart treffen würde. Die Voraussetzungen für diesen Sozialvergleich (siehe Näheres 5.2.5.5.) sind in Österreich relativ hoch, sodass er in der Praxis nur selten eine Rolle spielt.

2.5.2. Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit – Beeinträchtigung wesentlicher Interessen

1998 hat der Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung²⁸ folgende Leitsätze zur Voraussetzung der wesentlichen Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin aufgestellt:

Das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung hat die Funktion, den Kündigungsschutz jenen ArbeitnehmerInnen zu gewähren, die auf ihren Arbeitsplatz zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind. Bei der Untersuchung, ob durch die Kündigung eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen eintritt, ist daher auf die **Möglichkeit der Erlangung eines neuen, einigermaßen gleichwertigen Arbeitsplatzes** abzustellen.

- In diesem Zusammenhang ist auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Alter des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, den Verlust allfälliger dienstzeitabhängiger Ansprüche sowie der mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Vorteile (zB Dienstwohnung) abzustellen.
- Darüber hinaus sind aber auch die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin einzubeziehen, wie Einkommen, Vermögen, Sorgepflichten, Einkommen des Partners/der Partnerin oder anderer erwerbstätiger Familienmitglieder sowie Schulden, soweit deren Entstehungsgrund berücksichtigungswürdig ist.

²⁸ OGH 10.6.1998, 9 ObA 108/98t.

- Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ist nur dann erfüllt, wenn die durch die Kündigung bewirkte Schlechterstellung ein solches Ausmaß erreicht, dass sie eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat, ohne dass aber eine soziale Notlage oder eine Existenzgefährdung eintreten müsste.

Entscheidend ist eine vom Zeitpunkt der Kündigungserklärung ausgehende Prognose über die nach diesem Zeitpunkt aller Voraussicht nach wirksam werdenden Folgen der Kündigung. Im Zentrum steht dabei die Frage der **Chancen, wieder einen etwa gleichwertigen Arbeitsplatz zu erlangen**.

Dazu folgende ausgewählte Entscheidungen:

OGH 1999²⁹, Arbeitsmarktchancen

Von einer Beeinträchtigung wesentlicher Interessen kann noch nicht ausgegangen werden, wenn eine 44-jährige Arbeitnehmerin bis zur Erlangung eines im Wesentlichen gleichartigen Arbeitsplatzes Arbeitslosigkeit in der Dauer von sechs bis acht Monaten zu erwarten hat, elf Jahre beim Arbeitgeber beschäftigt war, geschieden ist, keine Unterhaltsansprüche, aber auch keine Sorgepflichten hat, Eigentümerin eines Einfamilienhauses und schuldenfrei ist und während der ganzen Dauer der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Arbeitslosengeld hat.



OGH 1989³⁰, Arbeitsmarktchancen

Ist aufgrund der konkreten Arbeitsmarktsituation mit einer Arbeitslosigkeit von etwa zehn Monaten zu rechnen, so sind wesentliche Interessen des Arbeitnehmers durch die Kündigung beeinträchtigt.



OGH 2017³¹, gleichwertiger Arbeitsplatz

Der Kläger hat eine Lehre als Gas-, Wasser- und Zentralheizungsbauer absolviert und 1993 mit der Meisterprüfung abgeschlossen. In der Folge hat er rund acht Jahre als Maschinenbediener und danach, nach Absolvierung der Straßenbahnschule, rund 15 Jahre als Straßenbahner für das beklagte Unternehmen gearbeitet.

Mit dem Argument, dass ihm ein Alternarbeitsplatz als Produktionshilfskraft im Metallbereich aufgrund seiner 15-jährigen Tätigkeit als Straßenbahnfahrer nicht zumutbar sei, hatte der Kläger keinen Erfolg. Laut OGH entspricht die Verweisungstätigkeit (= Produktionshilfskraft im Metallbereich) der Berufsausbildung und der früheren Berufserfahrung des Klägers. Eine mehrjährige Tätigkeit (im konkreten Fall: Straßenbahnfahrer) kann nicht dazu führen, dass die Berufsausbildung und die dieser nachfolgenden Berufserfahrung unberücksichtigt bleiben können. Es besteht kein strikter Berufs- oder Tätigkeitsschutz.



Bei **älteren ArbeitnehmerInnen** sind sowohl bei der Prüfung, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, als auch beim Vergleich sozialer Gesichtspunkte der Umstand einer vieljährigen ununterbrochenen Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unter-

²⁹ OGH 16.6.1999, 9 ObA 145/99k.

³⁰ OGH 15.3.1989, 9 ObA 279/88.

³¹ OGH 30.5.2017, 8 ObA 28/17a.

nehmen, dem der Betrieb angehört, sowie die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen. Dieses Gebot der besonderen Rücksichtnahme gilt jedoch nicht für ArbeitnehmerInnen, die im Zeitpunkt ihrer Einstellung das 50. Lebensjahr vollendet haben (§ 105 Abs 3b ArbVG).

Neben der Frage, ob überhaupt Chancen auf einen neuen Arbeitsplatz in absehbarer Zeit bestehen, ist auch die Frage, welche **Einkommenseinbußen** allenfalls hingenommen werden müssen, von Bedeutung. Laut OGH genügt nämlich eine finanzielle Schlechterstellung alleine noch nicht. Eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen liegt nämlich nur dann vor, wenn die Einkommenseinbuße unter Berücksichtigung aller Faktoren eine fühlbare, ins Gewicht fallende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat. Eine Einkommensverschlechterung im Ausmaß von 10 % wird in der Regel nicht als ausreichend erachtet, um eine Anfechtung begründen zu können. Eine Verdiensteinbuße von 20 % oder mehr deutet auf erhebliche soziale Nachteile durch die Kündigung hin.



OGH 2016³², Verdiensteinbuße – konkrete Situation ist maßgeblich

Der seit 1997 bei der Beklagten beschäftigte Hausbesorger erlitt durch die Kündigung eine Einbuße bei seinem Nettoverdienst in Höhe von 27 %. Die Beklagte argumentierte, dass der Kläger ein höheres Einkommen erhalten habe als solche Hausbesorger, die erst nach 2000 tätig wurden. Dieser Einwand war für den OGH jedoch nicht relevant. Die Prüfung der Interessenbeeinträchtigung ist nämlich immer anhand der individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin und seiner/ihrer Familienangehörigen vorzunehmen. Die soziale Rechtfertigung der Kündigung ist ausschließlich im Wege eines Vergleichs der individuellen Situation vor und nach der Kündigung zu prüfen.

Eine Einbuße beim Nettoeinkommen in der Höhe von 20 % oder mehr stellt laut Rechtsprechung insbesondere in zwei Fällen keine wesentliche Beeinträchtigung der Interessen dar:

- wenn das Arbeitsverhältnis nicht die Hauptquelle für den Einkommenserwerb darstellt, sondern nur eine **Nebenbeschäftigung** ist.
- bei ArbeitnehmerInnen mit einem **überdurchschnittlichen Gehalt**. So etwa stellte eine Minderung des Bruttoeinkommens in Höhe von 40 % laut einer Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2005³³ keine wesentliche Interessenbeeinträchtigung dar, wenn einem Arbeitnehmer mit einem überdurchschnittlichem Gehalt (über 13.000 Euro brutto monatlich) nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses immer noch eine Bruttopension von 8.000 Euro monatlich zukommt und diesem Betrag monatliche Aufwendungen von circa 2.000 Euro gegenüberstehen.

Auch ein höheres **Einkommen des Ehepartners/der Ehepartnerin** oder allfällige Unterhaltsansprüche gegen den/die EhepartnerIn sind laut OGH bei der Beurteilung der Sozialwidrigkeit und wesentlichen Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen.

³² OGH 27.9.2016, 8 ObA 44/16b.

³³ OGH 30.9.2005, 9 ObA 8/05z.

sichtigen.³⁴ Wegen der notorischen Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern ist das Einkommen der Ehegatten gekündigter Arbeitnehmerinnen aber laut OGH 2001³⁵ im Rahmen der Gesamtprüfung der Sozialwidrigkeit abstellend auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu gewichten. Diese Gewichtung erfolgt, um nicht allenfalls auf diesem Weg eine Diskriminierung der Frauen bei der Beendigung der Arbeitsverhältnisse aufgrund des Geschlechts herbeizuführen, indem ihnen im Endeffekt durch eine zu wenig differenzierende Einbeziehung der familiären Situation ein geringerer Kündigungsschutz als Männern zuteil wird. Klare Kriterien, wie diese Gewichtung konkret vorzunehmen ist, lassen sich der Entscheidung leider nicht entnehmen.

Im Fall der **Pensionierung** nimmt der Gesetzgeber einen gewissen Einkommensverlust bewusst in Kauf. Die Kündigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin mit Anspruch auf eine gesetzliche Pension ist im Normalfall daher nicht sozialwidrig.³⁶ Bewirkt jedoch in Ausnahmefällen ein atypischer Versicherungsverlauf, wie etwa wenige Versicherungszeiten infolge langer Ausbildung oder Kinderbetreuung, dass eine überdurchschnittliche Einkommensverminderung eintritt, so ist von einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung auszugehen. Wesentlich ist, ob der/die ArbeitnehmerIn die Lebenshaltungskosten aus der Pension decken kann.³⁷

OGH 2017³⁸, Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters

Bei Erreichen des Pensionsalters und Anspruch auf die Regelpension ist der Kündigungsschutz wegen Sozialwidrigkeit zwar nicht generell ausgeschlossen, doch ist bei der Prüfung der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ein strenger Maßstab anzulegen. Liegt die vom Arbeitnehmer bezogene Alterspension inklusive Betriebspension über der ASVG-Höchstpension (ASVG-Höchstpension 2017: 3.355,30 Euro brutto) und verbleiben ihm nach Abzug der Fixkosten und der laufenden Kosten monatlich 312 Euro, ist trotz Einkommenseinbußen von circa 33 % nicht davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer durch die Kündigung in wesentlichen Interessen beeinträchtigt wäre. Die Kündigung zum Zeitpunkt des Erreichens des Regelpensionsalters ist im konkreten Fall somit nicht sozialwidrig.



Eine Dienstordnung oder eine vergleichbare generelle Regel, die die automatische Auflösung von Arbeitsverhältnissen bei Erreichen des Pensionsalters vorsieht, ist eine unzulässige Diskriminierung von Frauen, solange das Pensionsalter für Frauen und Männer unterschiedlich ist.³⁹

Zur Prüfung der Arbeitsmarktlage bei einer Änderungskündigung siehe 5.2.6.

³⁴ OGH 4.11.2010, 8 ObA 74/10f; OGH 12.10.1988, 9 ObA 206/88.

³⁵ OGH 19.12.2001, 9 ObA 174/01f.

³⁶ OGH 22.8.2012, 9 ObA 54/12z; OGH 23.4.2003, 9 ObA 223/02p.

³⁷ OGH 24.1.2013, 8 ObA 76/12b.

³⁸ OGH 26.1.2017, 9 ObA 13/16a

³⁹ OGH 26.6.2014, 8 ObA 69/13z.

2.5.3. Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit – personenbezogene Kündigungsgründe

Weist der/die ArbeitgeberIn im Anfechtungsverfahren nach, dass es personenbezogene Kündigungsgründe gibt, und sind diese Gründe im Vergleich zu den vom/von der ArbeitnehmerIn geltend gemachten sozialen Nachteilen durch die Kündigung gewichtiger, so bleibt die Kündigung wirksam, selbst wenn eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen (siehe 5.2.5.2.) vorliegt.

Die personenbezogenen Gründe müssen nicht so gravierend sein wie Entlassungsgründe. Sie müssen aber eine Weiterbeschäftigung für den/die ArbeitgeberIn doch in erheblichem Ausmaß als nachteilig erscheinen lassen.⁴⁰

Personenbezogene Gründe müssen ähnlich wie Entlassungsgründe unverzüglich geltend gemacht werden (sogenannter **Unverzüglichkeitsgrundsatz**). Liegen die entsprechenden Vorfälle schon Monate zurück, so ist die Geltendmachung dieser Gründe verwirkt und sie können im Verfahren nicht mehr erfolgreich vorgebracht werden. Auch Gründe, die bereits bei Beginn des Arbeitsverhältnisses vorgelegen sind, wie etwa Minderleistungen aufgrund einer Behinderung, können später nicht mehr als personenbezogener Grund geltend gemacht werden. Gleiches gilt grundsätzlich bei einer minderen Leistungsfähigkeit, die jahrelang zur Kenntnis genommen wurde.

Beispiele für personenbezogene Kündigungsgründe aus der Judikatur:

- **mehrfaches Zuspätkommen trotz Verwarnungen**, obwohl die Anwesenheit am Morgen dringend erforderlich ist, und auch ansonsten sich Arbeitsanweisungen und der Einhaltung der im Betrieb vorgegebenen Arbeitsabläufe widersetzendes Verhalten;
- eine Mehrzahl von **KundInnenbeschwerden wegen unfreundlichen Verhaltens** eines/einer im Verkauf tätigen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin, wenn die Beschwerden überprüfbar, verifiziert und auch berechtigt sind;
- fehlende Verträglichkeit mit dem im Betrieb beschäftigten Personal bzw mangelnde, **das Betriebsklima gefährdende Integrationsfähigkeit**;
- **Weigerung, einen angeordneten Fortbildungskurs zu besuchen**, wenn die Fortbildung den bisherigen Aufgabengebieten entspricht und der Erwerb weiterer Kenntnisse notwendig ist;
- wenn ein/eine ArbeitnehmerIn im Schichtbetrieb laufend zu Verzögerungen Anlass gibt, die den **Arbeitsablauf erheblich stören**, und trotz entsprechender Anleitung keine Verbesserung eintritt;
- **mangelhafte Arbeitsleistung über einen längeren Zeitraum**, wenn die Leistungen sich auch nach zahlreichen Gesprächen und einer schriftlichen Verwarnung nicht verbessert haben.



OGH 2013⁴¹, Kündigung wegen mangelnden kooperativen Geschicks

Im Rahmen der gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG vorzunehmenden Interessenabwägung reicht es zur Rechtfertigung einer Kündigung aus, dass die in der Person des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin gelegenen Umstände die betrieblichen Interessen

⁴⁰ OGH 17.3.2004, 9 ObA 143/03z.

⁴¹ OGH 27.8.2013, 9 ObA 92/13i.

so weit nachteilig berühren, dass sie bei objektiver Betrachtungsweise einen verständigen/eine verständige BetriebsinhaberIn zur Kündigung veranlassen würden und die Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt adäquate Maßnahme erscheinen lassen. Werden die betrieblichen Interessen in erheblichem Maße berührt, überwiegen sie das (wesentliche) Interesse des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

Nach den Feststellungen verrichtete der Kläger zwar die laufenden operativen Aufgaben in tadelloser Weise. Allerdings gelang es ihm nicht, als Gesamtverantwortlicher für das – vom Rektorat als prioritäres Ziel erachtete – Projekt Intranet/interne Kommunikation den Leitern der anderen Dienstleistungseinheiten eine konkrete Vorstellung und die Sinnhaftigkeit dieses Projekts zu vermitteln. Er setzte auch keine ausreichenden Initiativen, mit informellen Gesprächen Überzeugungsarbeit zu leisten und Akzeptanz dafür zu schaffen. Der Kläger leistete auch bei einem Großbauprojekt keine ausreichende PR-Unterstützung, sodass der Leiter der dafür zuständigen Dienstleistungseinheit aufgrund des festgestelltermaßen „weit stärkeren problem- als lösungsorientierten Zugangs“ des Klägers die Öffentlichkeitsarbeit letztlich selbst organisierte.

OGH 2004⁴², Kündigung wegen sexueller Diskriminierung

Sachverhalt: Ein Vorarbeiter brachte den ihm unterstellten Mitarbeiterinnen des Reinigungsbereiches ein hohes Maß an Geringschätzung und Herabsetzung zum Ausdruck. Die sexuell diskriminierenden Äußerungen waren in objektiver Hinsicht geeignet, das Ehrgefühl der Adressatinnen grob zu verletzen.

Entscheidung: Der/Die ArbeitgeberIn ist aufgrund der ihn/sie treffenden Fürsorgepflicht gefordert, wenn derartige Vorkommnisse im Betrieb bekannt werden. Er/Sie hat dafür zu sorgen, dass die geschlechtliche Selbstbestimmung, sexuelle Integrität und Intimsphäre der ArbeitnehmerInnen und damit zusammenhängende immaterielle Interessen nicht gefährdet werden. Die Arbeitgeberin war daher zum unverzüglichen Einschreiten verpflichtet, als die gegenständlichen Äußerungen hervorkamen, zum einen, um die Betroffenen nicht der Gefahr weiterer Belästigung des Vorarbeiters auszusetzen, zum anderen aber auch, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, nicht wirksam für geeignete Abhilfe gesorgt zu haben.

Einer Ermahnung bzw Verwarnung vor Ausspruch der Kündigung bedarf es diesfalls nicht.

Auch **lange Krankenstände** können unter Umständen einen personenbezogenen Kündigungsgrund darstellen. Relevant ist aber nicht alleine die Dauer des Krankenstandes, sondern es muss auch eine ungünstige Prognose für die Zukunft vorliegen. Entscheidend ist dabei die Frage, ob Krankenstände in erhöhtem Ausmaß und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft zu erwarten sind. Es soll für den/die ArbeitgeberIn ein planmäßiger Einsatz des/der konkreten Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin möglich sein.

⁴² OGH 17.3.2004, 9 ObA 143/03z.





OGH 1991⁴³, lange Krankenstände, kein planmäßiger Einsatz mehr möglich

Nehmen die Krankenstände laufend mehr als ein Viertel der individuellen Arbeitszeit ein und beeinträchtigen die dadurch entstehenden Minderleistungen das Betriebsklima, so kann von einem möglichen planmäßigen Einsatz des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin im Arbeitsprozess nicht mehr gesprochen werden. Die Kündigung ist durch persönliche Umstände gerechtfertigt.



OGH 2011⁴⁴, lange Krankenstände und Zukunftsprognose

Kommen überhöhte Krankenstände als Kündigungsrechtfertigungsgrund in Betracht, so muss der/die ArbeitgeberIn eine Zukunftsprognose über die weitere Arbeitsfähigkeit anstellen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass in der Vergangenheit aufgetretene Krankenstände für die künftige Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin nicht unbedingt aussagekräftig sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die zugrunde liegende Krankheit überwunden wurde. Die Zukunftsprognose hängt damit neben der Häufigkeit und Dauer der bisherigen Krankenstände auch wesentlich von der Art der Erkrankung samt deren Ursache und der zumutbaren Krankenbehandlung ab. Setzt sich der/die ArbeitgeberIn mit diesen Fragen – wie hier (die Beklagte stellte keine Nachforschungen an) – gar nicht auseinander, so trägt er/sie das Risiko, dass sich seine Prognose bei Anlegung eines objektiven Maßstabs als unrichtig erweist.

Richtig ist, dass die Krankenstände des Klägers durchwegs ein überdurchschnittliches Ausmaß erreichten und keine eindeutig sinkende Tendenz zeigten. Ebenso trifft zu, dass der letzte und lange Krankenstand im Zeitpunkt der Kündigung noch andauerte. Mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Verletzungen und Erkrankungen, die zu den Krankenständen führten und mit denen sich die Beklagte gar nicht beschäftigte, erweist sich die Beurteilung des Berufungsgerichts aber durchaus als vertretbar. Dieses urteilte nämlich, dass allein die Dauer und die Häufigkeit der in der Vergangenheit aufgetretenen Krankenstände eine ungünstige Prognose nicht zuließen und auch aus den festgestellten Ursachen der Krankenstände eine ungünstige Zukunftsprognose nicht abgeleitet werden könne. Weder subjektiv noch objektiv ausreichende Gründe lassen daher die Annahme rechtfertigen, dass der Zustand des Klägers auch in Zukunft überhöhte Krankenstände bewirken werde.



OLG Wien 2017⁴⁵, langer Krankenstand, Zukunftsprognose nicht möglich

Der Arbeitnehmer befand sich zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches bereits mehr als neuneneinhalb Monate im Krankenstand. Für den Arbeitgeber war zum Kündigungszeitpunkt subjektiv nicht erkennbar, dass die Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit wiederhergestellt werden könnte, weil der Arbeitnehmer die Kontaktaufnahme zum Arbeitgeber unter Berufung auf medizinische Gründe verweigerte und keine Erklärung ihm gegenüber abgab, dass er (in absehbarer Zeit) wieder arbeitsfähig werde. Der Arbeitgeber musste daher annehmen, dass der Krankenstand noch länger an-

⁴³ OGH 19.6.1991, 9 ObA 120/91.

⁴⁴ OGH 30.8.2011, 8 ObA 53/11v.

⁴⁵ OLG Wien 29.3.2017, 10 Ra 12/17h.

dauerte. Der in der unabsehbaren Dauer des Krankenstandes zu erblickende personenbedingte Kündigungsgrund wiegt daher wesentlich schwerer als eine allenfalls vorliegende Beeinträchtigung der wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers, sodass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

2.5.4. Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit – betriebliche Kündigungsgründe

So wie bei den personenbezogenen Gründen kann der/die ArbeitgeberIn im Anfechtungsverfahren betriebliche Gründe vorbringen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin entgegenstehen. Sind diese Gründe gegenüber den geltend gemachten sozialen Nachteilen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin durch die Kündigung gewichtiger, so bleibt die Kündigung wirksam, selbst wenn eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen (siehe 5.2.5.2.) vorliegt.

Rationalisierungsmaßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit sind laut Rechtsprechung grundsätzlich geeignet, einen betrieblichen Kündigungsgrund darzustellen. Die Entscheidung, ob, und wenn ja, welche Rationalisierungsmaßnahmen getroffen werden, wird dem/der ArbeitgeberIn überlassen. Die Zweckmäßigkeit an sich wird also vom Gericht nicht überprüft. Die Kündigung ist aber nur dann betriebsbedingt, wenn dadurch tatsächlich eine Kosteneinsparung eintritt, die so erheblich ist und die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens derartig steigert, dass die Abwägung der Interessen die betrieblichen Gründe höher bewerten lässt als die sozialen Folgen der Kündigung für den/die ArbeitnehmerIn. Es besteht auch die Verpflichtung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, alle erdenklichen Maßnahmen zu ergreifen, um betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden. Besteht die Möglichkeit, einen/eine ArbeitnehmerIn an einem anderen Arbeitsplatz innerhalb des Betriebes einzusetzen, so liegt keine Betriebsbedingtheit einer Kündigung vor. Auch die Möglichkeiten anderer Formen der Arbeitsorganisation, Umschichtungen in der Aufgabenstellung und Ähnliches sind zu prüfen (sogenannte **soziale Gestaltungspflicht** des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin).

OGH 1994⁴⁶, Ersatz durch Spezialisten

Ein Arbeitnehmer, der als Konstrukteur für Holzöfen tätig war, wurde gekündigt. Die Arbeitgeberin machte betriebliche Gründe geltend. Infolge der Umstellung der Konstruktion von Holz- auf Gas- und Ölöfen sei nämlich der Arbeitsplatz des Klägers als Konstrukteur für Holzöfen weggefallen.

Der OGH urteilte, dass aufgrund der gerichtlichen Feststellungen nach einer „gewissen Anlaufzeit“ ein Konstrukteur von Holzöfen auch für Gas- und Ölöfen eingesetzt werden könne. Die Arbeitgeberin hätte dem Arbeitnehmer die Umstellung auf eine andere Brennerkonstruktion bzw das Einarbeiten in ein nur relativ neues Arbeitsgebiet ermöglichen müssen. Dies ergibt sich aufgrund der sozialen Gestaltungspflicht und angesichts der erheblichen sozialen Interessenbeeinträchtigung des Arbeitnehmers, der zufolge seines Alters von über 40 Jahren erhöhte Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche hat und dessen Mobilität auf dem Arbeitsmarkt nach dem Tod sei-



⁴⁶ OGH 22.12.1994, 8 ObA 335/94.

ner Frau als Alleinerzieher von drei heranwachsenden Söhnen im Alter von elf bis 18 Jahren eingeschränkt ist. Wenn die Arbeitgeberin statt dem Arbeitnehmer einen „Spezialisten“ einstellt, für den lediglich die Einarbeitungsphase entfällt, kann sie sich nicht auf den Wegfall des Arbeitsplatzes berufen.

Trotz Rationalisierungsmaßnahmen hat der/die ArbeitgeberIn alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine/ihre bisherigen ArbeitnehmerInnen weiter zu beschäftigen. Er/Sie kann nicht ArbeitnehmerInnen kündigen und neue einstellen, wenn nicht ein triftiger Anlass gegeben ist. Wird eine Kündigung nur vorgenommen, um Kosten zu sparen, weil neu einzustellende ArbeitnehmerInnen anstelle der gekündigten billiger sind, so ist zu prüfen, ob auch andere Kostensenkungsmaßnahmen, einschließlich der Möglichkeit der Ausschüttung einer geringeren Dividende, vorgenommen wurden. Ist dies nicht der Fall, kann eine Kündigung nicht mit betrieblichen Umständen begründet werden.⁴⁷ Die betrieblichen Erfordernisse sind stets in Bezug auf den gesamten Betrieb und nicht nur auf einzelne Abteilungen zu prüfen. Leisten vergleichbare ArbeitnehmerInnen in einer anderen Abteilung Überstunden, kann von einer betrieblichen Begründung einer Kündigung nicht gesprochen werden.⁴⁸



OGH 2002⁴⁹, Auflassung der Rechtsabteilung

Die Auflassung einer Rechtsabteilung bei Eingliederung in einen Konzern, der keine örtlichen Rechtsabteilungen unterhält, stellt eine wirtschaftliche Entscheidung dar, deren Zweckmäßigkeit und Richtigkeit durch das Gericht nicht zu überprüfen ist. Überprüfbar ist lediglich, ob die konkrete Kündigung zur Verwirklichung der Maßnahme und des beabsichtigten Erfolgs geeignet ist. Da für den Kläger mangels persönlicher Eignung keine anderen von der beklagten Partei anzubietenden Arbeitsplätze vorhanden sind, ist die Kündigung als betriebsbedingt anzusehen.

Eine Verpflichtung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, die Möglichkeiten einer allfälligen Weiterbeschäftigung zu überprüfen, bezieht sich jedenfalls auf den Betrieb und falls das Unternehmen aus mehreren Betrieben besteht auf das Unternehmen. Die Möglichkeiten der Weiterverwendung auch konzernbezogen zu überprüfen besteht nur in Ausnahmefällen bei sogenannten konzernbezogenen Arbeitsverhältnissen.



OGH 2009⁵⁰, Grenzen der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Fällt der Arbeitsplatz eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin weg, trifft den/die ArbeitgeberIn grundsätzlich keine Verpflichtung, die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung konzernweit zu prüfen bzw für die Weiterbeschäftigung des/der Betroffenen in einem anderen Konzernbetrieb „zu sorgen“. Eine derartige „konzernweite soziale Gestaltungspflicht“ trifft den/die ArbeitgeberIn nur im Fall eines „konzernbezogenen Arbeitsverhältnisses“, also wenn

- der/die ArbeitnehmerIn ausdrücklich eingestellt wurde, um in verschiedenen Betrieben des Konzerns tätig zu werden, oder

⁴⁷ OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86.

⁴⁸ VwGH 16.3.1988, 87/01/0297.

⁴⁹ OGH 4.7.2002, 8 ObA 1/02h.

⁵⁰ OGH 29.6.2009, 9 ObA 34/08b.

- wenn sich der/die ArbeitgeberIn ein derartiges „Verschieben“ ausdrücklich vorbehalten hat oder
- wenn es in der Vergangenheit faktisch zu solchen Wechseln des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin zwischen verschiedenen Betrieben gekommen ist.

Die soziale Gestaltungspflicht verpflichtet den/die ArbeitgeberIn nur zum Anbot solcher Arbeitsplätze, die der bisherigen Berufspraxis des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin entsprechen. Zur Erlangung anderer Arbeitsplätze bedarf es der Initiative des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, wobei jedoch eine besonders umfangreiche Ein- und Umschulung dem/der ArbeitgeberIn nicht zugemutet werden kann.⁵¹

2.5.5. Der Sozialvergleich

Beim Sozialvergleich wird geprüft, ob der/die gekündigte ArbeitnehmerIn von der Kündigung stärker betroffen wäre als ein anderer/eine andere ArbeitnehmerIn des Betriebes. Damit ein derartiger Sozialvergleich durch das Gericht stattfindet, müssen jedoch folgende **drei Voraussetzungen** gegeben sein:

- Der Betriebsrat muss der Kündigungsabsicht **ausdrücklich widersprochen** haben.
- Die Kündigung ist zwar für den/die ArbeitnehmerIn mit einer **wesentlichen Interessenbeeinträchtigung** verbunden, der/die ArbeitgeberIn hat jedoch im Anfechtungsverfahren erfolgreich betriebliche Gründe geltend gemacht.
- Es wird vom/von der KlägerIn im Anfechtungsverfahren geltend gemacht, dass andere ArbeitnehmerInnen oder zumindest ein anderer/eine andere ArbeitnehmerIn von der Kündigung **weniger sozial betroffen** wäre. Dazu muss diese Vergleichsperson konkret namhaft gemacht werden und es müssen alle für die Beurteilung der sozialen Härte maßgeblichen Umstände angeführt und konkretisiert werden. Weiters muss es sich bei der Vergleichsperson um einen/eine ArbeitnehmerIn des gleichen Betriebes und derselben Tätigkeitssparte handeln, deren Arbeit der/die Gekündigte zu leisten fähig und willens ist.

Aufgrund dieser hohen Anforderungen sowie des Umstandes, dass es eine natürliche Hemmschwelle gibt, eine konkrete andere Person zu nennen, die weniger „schützenswert“ ist, spielt der Sozialvergleich in Österreich in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle.

Wesentlich anders verhält es sich aber, wenn es sich bei der Vergleichsperson um eine **Leiharbeitskraft** handelt. Die Kündigung von StammarbeitnehmerInnen ist nämlich dann nicht gerechtfertigt, wenn im Unternehmen überlassene Arbeitskräfte beschäftigt werden, deren Tätigkeit der/die gekündigte ArbeitnehmerIn übernehmen könne. Eine solche Kündigung wäre wegen Verstoßes gegen § 879 ABGB iVm § 2 Abs 3 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) nichtig, also rechtlich wirkungslos.⁵² Die letztgenannte Bestimmung sieht unter anderem vor, dass durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte für die ArbeitnehmerInnen im Beschäftigerbetrieb (= StammarbeitnehmerInnen) keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirkt werden darf.

⁵¹ OGH 10.4.2003, 8 ObA 204/02m.

⁵² OGH 28.5.2013, 8 ObA 31/13m.

2.6. Die Änderungskündigung

Unter einer Änderungskündigung versteht man eine bedingte Kündigung. Die Kündigung soll nur dann erfolgen, wenn der/die ArbeitnehmerIn mit einer vom/von der ArbeitgeberIn angebotenen Änderung des Vertrages nicht einverstanden ist.



Beispiel für eine Änderungskündigung:

„Wir kündigen Ihr Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist zum 30. Juni 2018.

Diese Kündigung wird unwirksam, wenn Sie sich spätestens innerhalb einer Woche nach Zugang dieser Kündigung durch Unterschrift einer im Personalbüro aufliegenden Änderung zu Ihrem Arbeitsvertrag mit der Herabsetzung Ihres Gehaltes auf den kollektivvertraglichen Mindestgehalt (aktuell: 1.728 Euro) mit Wirkung ab 1. April 2018 einverstanden erklären“.

Derartige Änderungskündigungen sind grundsätzlich zulässig. Sie unterliegen aber wie jede „normale“ Kündigung auch dem Kündigungsschutz des § 105 ArbVG. Sollte dem/der ArbeitnehmerIn zur Abwendung der Kündigung eine Änderung des Tätigkeitsbereiches oder eine andere Änderung, die bei Annahme als Versetzung zu werten wäre, angeboten werden, so sind weiters auch die Voraussetzungen des § 101 ArbVG (siehe 5.1.7.3.) zu prüfen.⁵³

Eine **Besonderheit** bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Sozialwidrigkeit einer Änderungskündigung ergibt sich daraus, dass die Arbeitsmarktlage außerhalb des Unternehmens nicht geprüft werden muss. Ist dem/der ArbeitnehmerIn die Annahme des Angebotes des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin zumutbar, so liegt keine soziale Beeinträchtigung durch die Kündigung vor.⁵⁴ Es ist also zu prüfen, ob die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen im Änderungsangebot **zumutbar** ist. Bei der Prüfung dieser Zumutbarkeit kann die allgemeine Richtschnur der Judikatur herangezogen werden, wonach eine Entgeltminderung von 10 % grundsätzlich keine Sozialwidrigkeit begründet, während eine Verdiensteinbuße von 20 % und mehr (bei hohen Gehältern 30 % und mehr) nicht mehr zumutbar ist.

2.7. Das Anfechtungsverfahren

Wird der zuständige Betriebsrat von der Kündigungsabsicht gar nicht verständigt oder wird der zuständige Betriebsrat zwar verständigt, aber die Verständigung ist zu unkonkret, dann ist die Kündigung rechtsunwirksam und dies kann mittels **Feststellungsklage** geltend gemacht werden (siehe 5.2.3. am Ende). Gleiches gilt, wenn der zuständige Betriebsrat zwar verständigt wurde, aber der Ausspruch der Kündigung vor Ablauf der Stellungnahmefrist erfolgt und noch keine Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt.

Wurde das Vorverfahren korrekt eingehalten, so hängt die Frage, ob und gegebenenfalls mit welchen Gründen die Kündigung angefochten werden kann, wesentlich von der Stellungnahme des Betriebsrats ab (siehe 5.2.3.): Der Betriebsrat ist anfechtungs-

⁵³ OGH 28.6.2016, 8 ObA 63/15w.

⁵⁴ OGH 24.4.1991, 9 ObA 79/91.

berechtigt, wenn er der Kündigungsabsicht widersprochen hat. Der/Die ArbeitnehmerIn ist anfechtungsberechtigt, wenn der Betriebsrat der Kündigungsabsicht widersprochen hat, aber nicht selbst anfecht, oder aber nach erfolgter Anfechtung durch den Betriebsrat die Klage vom Betriebsrat zurückgezogen wird.

Der/Die ArbeitnehmerIn ist auch anfechtungsberechtigt, wenn der Betriebsrat keine Stellungnahme abgegeben hat. Hat der Betriebsrat zugestimmt, dann ist eine Anfechtung durch den/die ArbeitnehmerIn nur wegen eines unzulässigen Kündigungsmotivs möglich (siehe 5.2.4.).

Achtung!

Die Fristen für die Anfechtung sind relativ kurz!

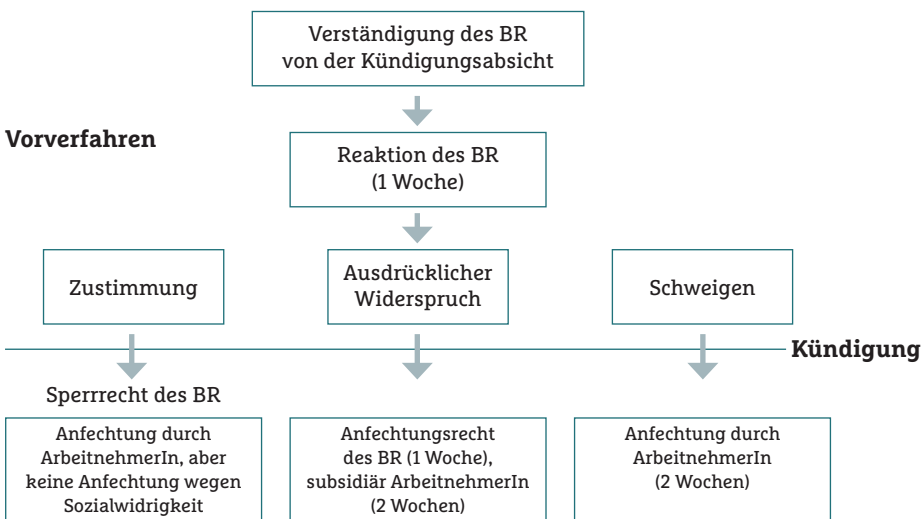


Hat der Betriebsrat der Kündigungsabsicht ausdrücklich widersprochen, so kann er auf Verlangen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin die Kündigung **binnen einer Woche** bei Gericht anfechten. Die Frist beginnt nach Verständigung des Betriebsrats von Ausspruch der Kündigung. Kommt der Betriebsrat dem Verlangen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin nicht nach, so kann dieser/diese innerhalb von **zwei Wochen** nach Ablauf der für den Betriebsrat geltenden Frist die Kündigung selbst bei Gericht anfechten.

Hat der Betriebsrat keine Stellungnahme abgegeben, so beträgt die Frist für die Anfechtung durch den/die ArbeitnehmerIn **zwei Wochen**. In diesem Fall beginnt die Frist mit dem Zugang der Kündigung an den/die ArbeitnehmerIn (§ 105 Abs 4 ArbVG).

Hat der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt, so gilt auch hier die Frist von **zwei Wochen** ab Zugang der Kündigung. Eine Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit ist dann aber nicht mehr möglich (siehe 5.2.3.).

Kündigungsanfechtung nach § 105 ArbVG – Überblick



3. Entlassungsschutz

3.1. Allgemeines zum Entlassungsschutz

Die Entlassung beendet im Unterschied zur Kündigung das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung, also mit Zugang der Entlassungserklärung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin. Eine derartige sofortige Beendigung ist aber nur dann berechtigt, wenn **bestimmte Gründe** vorliegen. Derartige Gründe sind für Angestellte in § 27 AngG angeführt und für ArbeiterInnen in § 82 GewO 1859. Ein Entlassungsgrund wäre etwa, wenn sich der/die ArbeitnehmerIn beharrlich weigert, seine/ihre Arbeit zu leisten, oder wenn der/die ArbeitnehmerIn die Arbeit unbefugt verlässt, also eine pflichtwidrige, erhebliche und schuldhafte Arbeitsversäumnis vorliegt und kein rechtmäßiger Hinderungsgrund gegeben ist.

Erachtet der/die ArbeitnehmerIn die Entlassung als unberechtigt, so kann er/sie rechtlich auf zwei verschiedene Arten dagegen vorgehen. Es kann entweder eine **Entschädigung** für die rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses eingeklagt werden oder es kann die Entlassung **nach § 106 ArbVG angefochten** werden.

Wird „bloß“ die Entschädigung eingeklagt, so wird vom Gericht „nur“ geprüft, ob ein Entlassungsgrund vorliegt. Ist der/die ArbeitnehmerIn erfolgreich, so bleibt das Arbeitsverhältnis trotzdem beendet (!) und der/die ArbeitnehmerIn bekommt eine Kündigungsentschädigung sowie allfällige weitere Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zugesprochen. Die Berechnung der Kündigungsentschädigung erfolgt, indem ermittelt wird, welches Entgelt der/die ArbeitnehmerIn erhalten hätte, wenn er/sie ordnungsgemäß gekündigt worden wäre bzw das (befristete) Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß durch Zeitablauf geendet hätte.



Beispiel: Kündigungsentschädigung

Eine Angestellte wird am 5. Mai unberechtigt entlassen. Hätte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß gekündigt, so wäre der 15. Juli der letzte Arbeitstag gewesen.

Die Kündigungsentschädigung umfasst das (fiktive) laufende Entgelt samt Zulagen und die anteiligen Sonderzahlungen für den Zeitraum vom 6. Mai bis zum 15. Juli, das Entgelt für regelmäßig geleistete Überstunden, deren Leistung auch während dieses Zeitraums (der fiktiven Kündigungsfrist) erforderlich gewesen wäre, sowie weitere Ansprüche, wie etwa die Urlaubersatzleistung für einen während der fiktiven Kündigungsfrist neu entstandenen Urlaubsanspruch.

Entscheidet sich der/die ArbeitnehmerIn für eine Entlassungsanfechtung, so wird vom Gericht nicht nur geprüft, ob kein Entlassungsgrund vorliegt, es wird darüber hinaus auch geprüft, ob ein Anfechtungsgrund nach § 105 Abs 3 ArbVG gegeben ist. Es muss also Sozialwidrigkeit (siehe 5.2.5.) oder ein unzulässiges Motiv (siehe 5.2.4.) vorliegen. Nur wenn **beide Voraussetzungen** (1. kein Entlassungsgrund, 2. Anfechtungsgrund) erfüllt sind, ist die Entlassungsanfechtung erfolgreich! Dann gebührt aber keine Kündigungsentschädigung, sondern die Entlassung war nicht rechtswirksam und das Arbeitsverhältnis bleibt aufrecht.

In der Praxis ist es oft schwierig zu entscheiden, ob man „bloß“ eine Klage auf Kündigungsentschädigung einbringen soll oder eine Entlassungsanfechtung nach § 106 ArbVG, die wesentlich schwieriger zu gewinnen ist. Es empfiehlt sich daher im Zweifel, die Möglichkeit zu nutzen, die Anfechtungsklage zur Sicherheit mit einem **Eventualbegehren auf Kündigungsentschädigung** zu verbinden. Bleibt man dann im Gerichtsverfahren mit den Anfechtungsgründen erfolglos, dann bekommt man – sofern entschieden wird, dass kein Entlassungsgrund vorlag – zumindest die Kündigungsentschädigung zugesprochen.

3.2. Die Rolle des Betriebsrats bei der Entlassung

So wie bei der Kündigung ist auch bei der Entlassung der Betriebsrat zu **verständigen**. Vorgesehen ist jedoch keine bestimmte Frist, der Betriebsrat ist vielmehr „unverzüglich zu verständigen“ (§ 106 Abs 1 ArbVG). Die Verständigung kann auch nach der Entlassung erfolgen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der/die ArbeitgeberIn eine Entlassung unverzüglich aussprechen muss, nachdem er/sie vom Entlassungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Erfolgt keine Verständigung des Betriebsrats von der Entlassung, so hat dies im Unterschied zur Kündigung nicht die Rechtsunwirksamkeit der Entlassung zur Folge. Unterbleibt die Verständigung, kann jedoch die Frist für die Stellungnahme und damit auch die Anfechtungsfrist nicht in Gang gesetzt werden.

Innerhalb von **drei Tagen** nach der Verständigung des Betriebsrats von der Entlassung kann dieser vom/von der BetriebsinhaberIn eine Beratung über die Entlassung verlangen und hat die Möglichkeit, innerhalb der Frist von drei Tagen eine Stellungnahme abzugeben. Stimmt der Betriebsrat der Entlassung zu, so ist – so wie bei der Kündigung – eine Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit nicht mehr möglich (sogenanntes Sperrrecht). Eine Zustimmung erfordert jedoch für den Beschluss des Betriebsrats eine Mehrheit von zwei Drittel der abgegebenen Stimmen. Erfolgt ein ausdrücklicher Widerspruch, so kann der Betriebsrat die Entlassung selbst binnen **einer Woche** anfechten, wenn der/die ArbeitnehmerIn dies verlangt. Gibt der Betriebsrat keine Stellungnahme ab, so kann der/die ArbeitnehmerIn selbst binnen **zwei Wochen** die Entlassung bei Gericht anfechten.

4. Anfechtung in Betrieben ohne Betriebsrat

In Betrieben, in denen Betriebsräte zu errichten sind, solche aber nicht bestehen, kann der/die betroffene ArbeitnehmerIn binnen **zwei Wochen** nach Zugang der Kündigung oder Entlassung diese bei Gericht anfechten (§ 107 ArbVG). Warum im Betrieb kein Betriebsrat oder kein zuständiger Betriebsrat (zB wurde ein Betriebsrat für ArbeiterInnen gewählt, aber kein Betriebsrat für Angestellte) gewählt wurde, ist unerheblich.

Die Frist für die Anfechtung beginnt mit dem Tag, an dem dem/der ArbeitnehmerIn die Kündigung oder Entlassung zugegangen ist. Eine mündlich ausgesprochene Kündigung gilt – sofern nicht ausnahmsweise Schriftlichkeit vorgesehen ist (siehe 5.1.9.) – sofort mit dem Ausspruch als zugegangen. Die Frist endet zwei Wochen später mit

Ablauf des Tages, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat. Ist die Kündigung etwa am Donnerstag, den 14. September 2017, zugegangen, so endet die Frist am Donnerstag, den 28. September 2017, um 24 Uhr.

Als Anfechtungsgründe kommen wie bei der Anfechtung gemäß § 105 ArbVG unzulässige Kündigungsmotive (siehe 5.2.4.) oder Sozialwidrigkeit (siehe 5.2.5.) in Betracht.

5. Kündigung von befristeten Arbeitsverhältnissen

Kündigung und Befristung schließen einander grundsätzlich aus. Befristete Arbeitsverhältnisse können daher normalerweise nicht mittels Kündigung beendet werden. Bei längeren Befristungen erachtet der OGH es jedoch **ausnahmsweise** als zulässig, im Arbeitsvertrag eine Kündigungsmöglichkeit zu vereinbaren, wenn „die Dauer der Befristung und die Möglichkeit der Kündigung in einem angemessenen Verhältnis stehen“.⁵⁵ Wann dies konkret der Fall ist, lässt sich anhand der bisherigen Rechtsprechung schwer vorhersagen. Manche leiten daraus ab, dass Kündigungsklauseln bei Verträgen über fünf Monate möglich sind und auch bei kürzeren Verträgen, wenn die Möglichkeit der Kündigung seitens des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin gewünscht wurde.⁵⁶ Andere interpretieren die Judikatur so, dass es dem OGH auf die sachliche Rechtfertigung der Kündigungsmöglichkeit trotz Befristung ankommt.⁵⁷



OGH 2013⁵⁸, sechsmonatige Befristung und Kündigung

Sachverhalt: Die Arbeitnehmerin war ab 3. Jänner 2011 aufgrund eines bis 2. Juli 2011 befristeten Arbeitsverhältnisses für die Arbeitgeberin als Contract Managerin in der Karibik tätig. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung der Arbeitgeberin zum 31. Mai 2011 auf Basis der im Vertrag vereinbarten Kündigungsmöglichkeit nach Maßgabe des Angestelltengesetzes.

Entscheidung: Es ist zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin mit einer Entsendung auf eine Karibikinsel verbunden war, für die sie ihre beiden minderjährigen Kinder mitübersiedelt hatte, dass damit ein hoher Aufwand an Vorkehrungen bei Behörden, Versicherungen, Schulen, Banken etc verbunden war, der eine gewisse Planungssicherheit erforderte, und dass das bereits schulpflichtige Kind der Arbeitnehmerin für die vorgesehenen sechs Monate eine kontinuierliche Schulausbildung mit einem auch in Österreich anerkannten Schulzeugnis erhalten sollte. Wenn also die Vorinstanzen zum Ergebnis kamen, dass diese Umstände gewichtiger seien als das Interesse der Arbeitgeberin, das Arbeitsverhältnis zum 31.5. anstatt zum 2.7.2011 beenden zu können, ist diese Interessenabwägung nicht weiter zu beanstanden.

⁵⁵ OGH 24.6.2004, 8 ObA 42/04s.

⁵⁶ Siehe dazu etwa *Geist*, Kündigungsklauseln bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002, 405.

⁵⁷ Neumayr in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 11.07.

⁵⁸ OGH 29.5.2013, 9 ObA 21/13y.



OGH 2017⁵⁹, sechsmonatige Befristung und Kündigung

Die Dauer der Befristung und die Möglichkeit der Kündigung müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Diese Voraussetzungen sind dann erfüllt, wenn bei einer Angestellten die Kündigungsfrist des Arbeitgebers sechs Wochen beträgt, jeweils zum Monatsletzten ausgesprochen werden kann und weiters eine ausreichende sachliche Rechtfertigung für die Befristung besteht. Im konkreten Fall lag die ausreichende sachliche Rechtfertigung der ein halbes Jahr dauernden Befristung in der mutterschaftsbedingten Abwesenheit einer anderen Mitarbeiterin des an Dienstpostenpläne gebundenen Arbeitgebers.

Erforderlich für die Gültigkeit einer Kündigungsvereinbarung in einem befristeten Vertrag ist jedenfalls, dass die zwingenden Bestimmungen über die Kündigung, also Zweiseitigkeit der Kündigungsmöglichkeit und Zweiseitigkeit der Fristen sowie Einhaltung der für vergleichbare unbefristete Arbeitsverhältnisse maßgebenden Kündigungstermine und -fristen, eingehalten werden.⁶⁰

6. Kündigungsschutz aufgrund sonstiger Bestimmungen oder durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsvertrag

Spezielle Kündigungsbestimmungen gibt es für Vertragsbedienstete im öffentlichen Dienst (insbesondere § 34 Vertragsbedienstetengesetz), für Bühnenarbeitsverträge nach dem Theaterarbeitsgesetz (§§ 30 ff Theaterarbeitsgesetz), für Personen, die dem Heimarbeitsgesetz (§§ 27a f Heimarbeitsgesetz), dem Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (§§ 13 Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz) und solche, die noch dem Hausbesorgergesetz (§§ 18 ff, 31 Abs 5 Hausbesorgergesetz) unterliegen.

Ein **erweiterter Kündigungsschutz** kann sich auch dadurch ergeben, dass durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag Kündigungen nur bei Vorliegen bestimmter Gründe zulässig sind (zB Kollektivvertrag für ArbeitnehmerInnen des Arbeitsmarktservice) oder durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung eine Disziplinarordnung vorsieht, dass Kündigungen nur im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ausgesprochen werden können.

Ist eine Kündigung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen rechtsunwirksam, so kommt eine Anfechtung nach § 105 ArbVG durch den Betriebsrat nicht in Betracht; vielmehr ist in diesem Fall eine **Feststellungsklage** zu erheben.⁶¹

⁵⁹ OGH 24.5.2017, 9 ObA 31/17z.

⁶⁰ Neumayr in Reissner/Neumayr (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 11.07.

⁶¹ OGH 7.10.1998, 9 ObA 244/98t.

7. Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz von Mitgliedern des Betriebsrats

7.1. Allgemeines

Mitglieder des Betriebsrats haben gemäß §§ 120 ff ArbVG einen besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz. Sie genießen den Schutz jedoch nicht „um ihrer selbst willen“, sondern zur Sicherstellung der ihnen vom Gesetz im Interesse des Betriebs und der Belegschaft übertragenen Aufgaben.

Betriebsratsmitglieder sind durch den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz insofern abgesichert, als eine Kündigung und grundsätzlich auch eine Entlassung (zu den Ausnahmen siehe 5.7.5.) erst nach erteilter **Zustimmung** mittels Urteil **des Gerichts** rechtswirksam erfolgen kann. Liegt die Zustimmung des Gerichts nicht vor, so wäre die Beendigungserklärung durch den/die ArbeitgeberIn rechtlich nichtig, das heißt, das Arbeitsverhältnis bleibt weiterhin aufrecht, so als ob keine Kündigung bzw Entlassung ausgesprochen worden wäre. Das Gericht darf die Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung nur dann erteilen, wenn einer der in § 121 ArbVG angeführten Kündigungsgründe bzw einer der in § 122 ArbVG angeführten Entlassungsgründe vorliegt. Diese Voraussetzungen (Zustimmung des Gerichts und Vorliegen eines im Gesetz angeführten Grundes) müssen selbst bei einer Kündigung wegen Erreichens des Pensionsalters vorliegen oder wenn eine im Kollektivvertrag oder allenfalls in einer Betriebsvereinbarung vorgesehene einseitige Ruhestandsvertretung durch den/die ArbeitgeberIn erfolgt.

Hat ein Mitglied des Betriebsrats auch einen besonderen Kündigungsschutz nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (siehe 5.1.9.2.) oder als Präsenz- oder Zivildienstler bzw während des Ausbildungsdienstes im Sinne des Wehrgesetzes nach dem Arbeitsplatzsicherungsgesetz (siehe 5.2.4.4.), dann kommen nicht die Voraussetzungen für beide Arten des Bestandschutzes⁶² zur Anwendung, sondern nur der Bestandschutz für Mitglieder des Betriebsrats. Anders ist es beim besonderen Bestandschutz für Schwangere und Eltern (siehe 5.1.9.2.). In diesem Fall müssen bei einer Kündigung oder Entlassung die Voraussetzungen **beider Gesetze** (Mutterschutzgesetz bzw Väter-Karenz-Gesetz und §§ 120 ff ArbVG) erfüllt sein, damit es zu einer rechtswirksamen Beendigung kommen kann. Ob das Betriebsratsmitglied im Betrieb tatsächlich tätig ist oder aufgrund der Elternkarenz die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vorübergehend ruhen, hat darauf keinen Einfluss. Anders verhält es sich natürlich, wenn das Betriebsratsmitglied seinen Rücktritt als Mitglied des Betriebsrats erklärt (siehe 2.3.7.2.).

⁶² Unter Bestandschutz versteht man den Schutz vor einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also insbesondere vor einer Kündigung oder einer Entlassung.

7.2. Beginn und Ende des besonderen Bestandschutzes für Mitglieder und Ersatzmitglieder des Betriebsrats

Der Kündigungs- und Entlassungsschutz für Mitglieder des Betriebsrats beginnt mit der **Annahme der Wahl**. Unmittelbar davor besteht der Bestandschutz für WahlwerberInnen (siehe 5.8.). Für Ersatzmitglieder beginnt der Schutz ab dem Zeitpunkt, ab dem sie ein Mitglied des Betriebsrats vertreten (siehe § 30 BRWO).

Der besondere Bestandschutz für Mitglieder des Betriebsrats endet **drei Monate nach Ende des Mandats**. Einzige Ausnahme ist die dauernde Einstellung des Betriebs. In diesem Fall endet der Schutz mit der vollzogenen Stilllegung des Betriebs. Voraussetzung dafür ist, dass jede Tätigkeit im Rahmen der bisherigen Organisationseinheit beendet ist und alle subjektiven und objektiven Vorkehrungen getroffen werden, die für eine Einstellung auf nicht absehbare Zeit sprechen.⁶³

Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz für **Ersatzmitglieder** endet grundsätzlich mit dem Ende der Vertretung. Vertritt das Ersatzmitglied ein Mitglied des Betriebsrats jedoch für ununterbrochen mindestens zwei Wochen, dann besteht der Schutz bis zum Ablauf von drei Monaten nach Beendigung dieser Tätigkeit, sofern der/die BetriebsinhaberIn von Beginn und Ende der Vertretung ohne unnötigen Aufschub in Kenntnis gesetzt wurde.

7.3. Kündigung im Zusammenhang mit Umstrukturierungen im Betrieb (§ 121 Z 1 ArbVG)

Das Gericht kann der Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats oder eines Ersatzmitglieds des Betriebsrats, sofern es den besonderen Kündigungsschutz hat, zustimmen, wenn **zwei Voraussetzungen** erfüllt sind:

- Es muss sich um eine dauernde Einstellung oder Einschränkung des Betriebes oder um die Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen handeln und
- der/die BetriebsinhaberIn muss den Nachweis erbringen, dass er den Betroffenen/die Betroffene trotz dessen/deren Verlangen an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigen kann.

Ein Übergang eines Betriebsteils auf einen anderen/eine andere InhaberIn (zum Betriebsübergang siehe 5.1.9.5.) fällt nicht unter diese Voraussetzungen und stellt daher keinen Kündigungsgrund dar. Ebenso ist der Kündigungsgrund nicht erfüllt, wenn die Tätigkeiten, die ein Betriebsratsmitglied bisher ausgeübt hat, im Betrieb weiter bestehen, jedoch auf verschiedene Personen aufgeteilt werden.⁶⁴ Es liegt auch kein erheblicher Schaden aufgrund der Weiterbeschäftigung vor, wenn am bisherigen Arbeitsplatz des Betriebsratsmitglieds ein anderer „kostengünstiger“/eine andere „kostengünstigere“ ArbeitnehmerIn verwendet werden soll. Die Klage auf Zustimmung zur Kündigung wäre weiters abzuweisen, wenn das Betriebsratsmitglied bereit ist, sich auf einen anderen Arbeitsplatz umschulen zu lassen und die dafür erforderlichen Kosten keine erhebliche Belastung für den/die BetriebsinhaberIn darstellen.

⁶³ OGH 29.3.2001, 8 ObA 207/00z.

⁶⁴ OGH 2.6.2009, 9 ObA 139/08v.

7.4. Kündigung aus Gründen, die in der Sphäre des Betriebsratsmitglieds liegen (§ 121 Z 2 und 3 ArbVG)

Wird das Mitglied des Betriebsrats oder das Ersatzmitglied des Betriebsrats, sofern es den besonderen Kündigungsschutz hat, unfähig, die im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeiten zu leisten (zB Krankheit, Alkoholabhängigkeit oder Führerscheinentzug eines Lkw-Lenkers/einer Lkw-Lenkerin), so stellt dies einen Kündigungsgrund dar,

- sofern in **absehbarer Zeit** eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten ist und
- dem/der BetriebsinhaberIn die Weiterbeschäftigung oder die Erbringungen einer anderen Arbeitsleistung durch das Betriebsratsmitglied bzw das Ersatzmitglied, zu deren Verrichtung sich dieses bereit erklärt hat, **nicht zugemutet** werden kann.



Beispiel: Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats und Führerscheinentzug

Dem Betriebsratsmitglied Anton Wenger, welcher als Lkw-Lenker eingestellt und beschäftigt ist, wird für drei Monate der Führerschein entzogen.

Da die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit (drei Monate) zu erwarten ist, ist die erste oben genannte Voraussetzung nicht erfüllt.

Wenn der Führerschein auf Dauer entzogen worden wäre, so müsste geprüft werden, ob die Erbringung einer anderen Arbeitsleistung möglich ist (zB in der Werkstatt), Herr Wenger sich für die Verrichtung dieser Tätigkeit bereit erklärt und diese Beschäftigung für den/die BetriebsinhaberIn zumutbar ist. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit hat das Gericht eine Abwägung der Interessen des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin einerseits und der Interessen von Herrn Wenger andererseits vorzunehmen, wobei bei Letzterem die Interessen an der Sicherstellung der Vertretungsaufgabe im Mittelpunkt stehen.

Ein weiterer Grund für eine Zustimmung des Gerichts zur Kündigung wäre, wenn die sich aufgrund des Arbeitsverhältnisses ergebenden **Verpflichtungen beharrlich verletzt** würden und dem/der BetriebsinhaberIn die Weiterbeschäftigung aus Gründen der **Arbeitsdisziplin** nicht zugemutet werden könnten. Eine Pflichtverletzung ist dann „beharrlich“, wenn sie entweder trotz Ermahnung wiederholt wurde oder sich beim ersten Mal bereits durch besondere Nachdrücklichkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit auszeichnet, sodass eine Abmahnung oder Verwarnung offenbar zwecklos erscheinen muss (zB die hartnäckige Weigerung, einer unzweifelhaft gerechtfertigten Versetzungsanordnung Folge zu leisten). Bei der Frage, ob dem/der BetriebsinhaberIn die Weiterbeschäftigung zumutbar ist, ist das bisherige Verhalten des/der Betroffenen mitzuberücksichtigen. Das schlechte Beispiel, das die Nichtausführung arbeitsvertraglich gebotener Tätigkeiten abgibt und die dadurch bewirkte Störung der betrieblichen Ordnung sind wesentliche Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung.

Zu beachten ist auch die sogenannte **Mandatsschutzklausel**. Diese besagt, dass die Klage auf Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung abzuweisen ist, wenn sie sich auf ein Verhalten des Betriebsratsmitglieds stützt, das von diesem in Ausübung des Mandats gesetzt wurde und unter Abwägung aller Umstände entschuldbar war. Wenn es also zu einer Kollision arbeitsvertraglicher Pflichten einerseits mit den Aufgaben

und Befugnissen als VertreterIn der Interessen der ArbeitnehmerInnen andererseits kommt, so soll dies besonders berücksichtigt werden. Wird beispielsweise die Arbeitsleistung eines Betriebsratsmitglieds wegen der Betriebsratsstätigkeit weniger effektiv, so ist darin kein Kündigungsgrund zu sehen.

7.5. Entlassungsgründe für Mitglieder des Betriebsrats (§ 122 ArbVG)

Das Gericht darf der Entlassung nur zustimmen, wenn das Betriebsratsmitglied

- **absichtlich** den/die BetriebsinhaberIn über Umstände, die für den Vertragsabschluss oder den Vollzug des in Aussicht genommenen Arbeitsverhältnisses wesentlich sind, **in Irrtum versetzt** hat (zB die Begründung eines Arbeitsverhältnisses wird durch gefälschte Zeugnisse erschlichen);
- sich einer mit Vorsatz begangenen, mit mehr als einjährigen Freiheitsstrafe bedrohten oder einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen **gerichtlich strafbaren Handlung** schuldig machte, sofern die Verfolgung von Amts wegen oder auf Antrag des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin zu erfolgen hat (zB schwere Körperverletzung, schwere Sachbeschädigung, Diebstahl, Betrug, Veruntreuung);
- **im Dienste untreu** ist oder sich in seiner Tätigkeit ohne Wissen des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin von dritten Personen unberechtigt Vorteile zuwenden lässt (zB Manipulation von Arbeitszeitaufzeichnungen, Annahme von „Schmiergeld“);
- ein **Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis** verrät oder ohne Einwilligung des Betriebsinhabers bzw der Betriebsinhaberin ein der Verwendung im Betrieb abträgliches **Nebengeschäft** betreibt (zu den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen siehe 7.2.4.);
- sich **Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen** gegen den/die BetriebsinhaberIn, dessen/deren im Betrieb tätige oder anwesende Familienangehörige oder ArbeitnehmerInnen des Betriebes zuschulden kommen lässt, sofern durch dieses Verhalten eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsratsmitglied und BetriebsinhaberIn nicht mehr zu erwarten ist.

Bei all diesen Entlassungsgründen darf das Gericht aber der Entlassung nicht zustimmen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles dem/der BetriebsinhaberIn die Weiterbeschäftigung zumutbar ist. Beim Entlassungsgrund der Untreue im Dienst, weiters beim Verrat eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses sowie bei Tätlichkeiten und erheblichen Ehrverletzungen ist die sogenannte **Mandatsschutzklausel** (siehe unter 5.7.4. und 7.2.5.) zu beachten. Bei den erheblichen Ehrverletzungen ist der Umstand zu berücksichtigen, ob bzw inwiefern die Handlung durch ein dem/der Beleidigten vorwerfbares Verhalten provoziert oder begünstigt wurde.

Beim zweiten („gerichtlich strafbare Handlungen“) und beim fünften („Tätlichkeiten und erhebliche Ehrverletzungen“) oben angeführten Entlassungsgrund kann **ausnahmsweise** die Entlassung **sofort** ausgesprochen werden, ohne dass bereits die Zustimmung des Gerichts vorliegt. Die Klage auf Zustimmung des Gerichts durch den/die ArbeitgeberIn muss dann aber unverzüglich nach der Entlassung erfolgen. Bis zum Ende des Gerichtsverfahrens bleibt die Entlassung dann „schwebend unwirksam“. Während des Schwebezustands bleiben das Arbeitsverhältnis und das Mandat des Betriebsratsmitglieds aufrecht. Weist das Gericht die Klage ab, so ist die Entlas-

sung ex tunc (rückwirkend) nichtig, das heißt, die Situation ist rechtlich so zu beurteilen, als ob die Entlassung nie erfolgt wäre.

8. Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz von Mitgliedern des Wahlvorstandes, von WahlwerberInnen und anderen InteressenvertreterInnen im Betrieb

Der besondere Bestandschutz der §§ 120 ff ArbVG gilt nicht nur für die Mitglieder des Betriebsrats und unter bestimmten Voraussetzungen auch für die Ersatzmitglieder des Betriebsrats (siehe 5.7.2.), sondern auch für die Mitglieder von Wahlvorständen und WahlwerberInnen.

Mitglieder von **Wahlvorständen** sind vom Zeitpunkt ihrer Bestellung durch die Betriebsversammlung bis zum Ablauf der Frist zur Anfechtung der Wahl (ein Monat vom Tag der Kundmachung des Wahlergebnisses an gerechnet) geschützt. Davor, also insbesondere zwischen Kandidatur und Bestellung in der Betriebsversammlung, und danach, also nach der Anfechtungsfrist, haben sie keinen besonderen Kündigungsschutz, jedoch den „Motivschutz“ des § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG (siehe 5.2.4.3.).

Der besondere Bestandschutz des **Wahlwerbers/der Wahlwerberin** beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem nach der Bestellung des Wahlvorstandes die Absicht, auf einen Wahlvorschlag zu kandidieren, offenkundig wird. Es reicht dabei die bloße Tatsache aus, dass die Absicht der Kandidatur in irgendeiner Weise an die Öffentlichkeit gedrungen ist. Die Kenntnis des Arbeitgebers/der Arbeitsgeberin muss nicht nachgewiesen werden.⁶⁵ Im Normalfall endet der besondere Bestandschutz mit dem Ablauf der Frist zur Anfechtung der Wahl. Scheint der/die WahlwerberIn aber auf keinem Wahlvorschlag auf (zB wenn er oder sie nicht genügend Unterstützungserklärungen für den Wahlvorschlag finden konnte; siehe 2.3.3.5.), endet der Schutz bereits mit dem Ende der Einreichfrist für Wahlvorschläge, also eine Woche vor dem ersten Wahltag. Auch hier gilt, dass vor dem besonderen Kündigungsschutz als WahlwerberIn und danach der „Motivschutz“ (§ 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG; siehe 5.2.4.3.) greift. Sollte die Kandidatur aber erfolgreich sein, dann greift sowieso danach der besondere Bestandschutz als Mitglied des Betriebsrats.

Auch **Behindertenvertrauenspersonen** und **Mitglieder des Jugendvertrauensrates** sowie Mitglieder des Wahlvorstandes und WahlwerberInnen für den Jugendvertrauensrat haben grundsätzlich den gleichen besonderen Bestandschutz wie Betriebsratsmitglieder (§ 22a Abs 10 BEinstG; 130 Abs 1 ArbVG).

⁶⁵ OGH 18.12.1991, 9 ObA 222/91.