

TE OGH 2015/2/26 8ObA59/14f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.02.2015

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden und durch die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, den Hofrat Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Christoph Kainz und Mag. Hannes Schneller als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei J***** B*****, vertreten durch Dr. Thomas Majoros, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Ö*****, vertreten durch Celar Senoner Weber-Wilfert Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Anfechtung einer Kündigung (Streitwert: 85.974 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Juni 2014, GZ 9 Ra 16/14k-66, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 12. Juni 2013, GZ 18 Cga 76/11v-59, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.095,74 EUR (darin 349,29 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war bei der Beklagten seit 3. 12. 1990 als Abnahmehelferin und im Bedarfsfall als Küchenschwester mit einer Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich beschäftigt. Eine Abnahmehelferin hat Patienten während und nach der Blutspende zu betreuen. Sie übt einfache medizinische Hilfstätigkeiten aus, für die keine besondere Ausbildung erforderlich ist.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin am 1. 7. 2011 zum 30. 11. 2011 unter Einhaltung des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens auf. Der Betriebsrat enthielt sich einer ausdrücklichen Stellungnahme zur Kündigung der Klägerin.

Dienstpläne und Freizeitwunschkalender:

Die Dienstpläne werden für das gesamte Personal der Blutspendestellen in Wien, Niederösterreich und Burgenland sowohl für die mobilen Blutspendeaktionen als auch für die Blutspendezentrale gemeinsam erstellt. Daraus ergeben sich immer wieder unterschiedliche Dienstzeiten für ca 100 - 120 Personen. In der Regel veranstaltet die Beklagte von Montag bis Freitag fünf, und unter Einbeziehung der Wochenenden acht bis neun Blutspendeaktionen, die mobil besetzt werden müssen. Dies erfordert - abhängig von Ort und Dauer der angesetzten Blutspendeaktion - einen Arbeitsbeginn um 6:00 Uhr früh oder sogar früher und - ebenso flexibel - ein Arbeitsende bis sogar 24:00 Uhr.

Für die Besetzung der Zentrale sind Dienste von 8:00 Uhr früh bis spätestens 20:00 Uhr erforderlich, die in Schichten von 8:00 Uhr bis 14:00 Uhr bzw 14:00 Uhr bis 20:00 Uhr eingeteilt werden.

Etwa drei Wochen im Voraus erstellte die Dienstplaneinteilerin der Beklagten den Dienstplan unter Berücksichtigung eines bei der Beklagten bis September 2011 geführten Freizeitwunschkalenders. Der Dienstplan wurde zumindest 14 Tage im Voraus ausgehängt.

Der Freizeitwunschkalender wurde wochenlang ausgehängt. Darin konnten die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beklagten Freizeitwünsche eintragen. Es bestand dabei die Möglichkeit, einen gesamten Tag auszuwählen, oder auch nur einen bestimmten Dienstbeginn oder ein bestimmtes Dienstende anzugeben. Die Erfüllung von Freizeitwünschen hing von der Stundenverpflichtung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ab: für eine Vollzeitarbeitnehmerin - wie etwa die Klägerin - konnte weniger oft auf Freizeitwünsche eingegangen werden, als für Teilzeitarbeitnehmer.

Arbeitszeitvereinbarungen der Parteien:

Die Klägerin kehrte - nach der Geburt ihres Kindes im Jahr 2002 - im Oktober 2004 aus der Karenz zurück.

Am 16. 11. 2004 vereinbarte sie mit der Beklagten eine Rahmenarbeitszeitvereinbarung, wonach sie von Montag bis Donnerstag einen Dienstbeginn um 7:30 Uhr und ein Dienstende um 16:30 Uhr haben sollte, von Freitag bis Sonntag sollte der Dienstbeginn um 6:00 Uhr und das Dienstende um 18:00 Uhr (an Freitagen) bzw um 17:00 Uhr (an Samstagen und Sonntagen) sein. Diese Vereinbarung galt probeweise bis Dezember 2004 und wurde von den Parteien auch danach weiter gelebt.

Im Jahr 2005 vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin mehr Dienste ab 8:00 Uhr haben und im Gegenzug mit zusätzlichen Ausfahrten am Wochenende, nämlich Sonntags ab 6:00 Uhr, beteiligt werden sollte, weil die Beklagte Rücksicht auf die Betreuungspflichten der Klägerin nehmen wollte.

Am 20. 10. 2010 vereinbarten die Parteien schließlich folgende Rahmenarbeitszeit:

- „1. Dienstbeginn täglich wochentags ab 6:30 Uhr möglich
2. Dienstbeginn am Wochenende (Sa, So, Feiertag) ab 6:00 Uhr möglich
3. Dienstende wochentags 17:00 Uhr
4. Dienstende Wochenende wann immer
5. Montags immer frei
6. Zweiter freier Tag nicht fix, sondern alternierend auf Freiwunschkalender“

Diese Vereinbarung war erforderlich, weil auch andere Arbeitnehmerinnen kleine Kinder zu betreuen hatten. Von 64 medizinischen Hilfskräften der Beklagten sind 54 weiblich, das Durchschnittsalter liegt bei 48,88 Jahren. Die Klägerin befindet sich mit 32 weiteren Dienstnehmerinnen der Beklagten in der - prozentuell größten - Altersgruppe von 40 bis 49 Jahren.

Die Vereinbarung vom Oktober 2010 entsprach den Wünschen der Klägerin. Die Beklagte hielt die Vereinbarung - abgesehen von wenigen begründeten Ausnahmefällen - stets ein.

Diensteinteilung der Klägerin:

Die Klägerin war bei Blutabnahmen sowohl in der Zentrale der Beklagten als auch im Rahmen von Ausfahrten des mobilen Blutspendedienstes tätig. Spätestens ab März/Anfang April 2011 wurde es für die Dienstplaneinteilerin der Beklagten immer schwieriger, auf die Wünsche der Klägerin einzugehen, weil die von der Klägerin vorgegebenen Zeiten mit ihrer Stundenverpflichtung und der Notwendigkeit des Wechsels zwischen Innen- und Außendienst nicht vereinbar waren. Nach dem Eindruck der Dienstplaneinteilerin der Beklagten hielt die Abmachung vom 20. 10. 2010 nicht mehr.

Bis dahin hatte die Einteilung funktioniert, weil die Klägerin neben dem Montag als zweiten freien Tag unterschiedliche Tage wählte. Zusätzlich wurde die Klägerin immer wieder ohne Probleme wochentags ab 6:30 Uhr zum Dienst eingeteilt. Im Jahr 2011 trug die Klägerin in den Freizeitwunschkalender jedoch vermehrt als Dienstzeitbeginn 8:00 Uhr, als Dienstzeitende 14:00 Uhr ein, als freien Tag wünschte sie den Samstag. Damit hatte sich die Klägerin wöchentlich

zwei volle Tage „geblockt“. Durch den eingetragenen gewünschten Dienstbeginn mit 8:00 Uhr und Dienstdauer bis 14:00 Uhr oder bis 16:30 Uhr war schließlich nur eine Einteilung der Klägerin in der Zentrale möglich, weil Blutspendeaktionen meistens um 7:30 Uhr oder früher beginnen.

Die Schwierigkeit, die Klägerin einzuteilen, wurde von der Beklagten im Winter 2010/2011 noch akzeptiert, weil im Winter weniger Blutspendeaktionen durchgeführt werden und weniger Mitarbeiter Urlaub konsumieren, sodass Dienstpläne leichter zu erstellen sind. Der Klägerin wurde ausreichend Zeit gegeben, ihre Freizeitwünsche anzupassen. Die Schwierigkeit, die Klägerin einzuteilen, wurde von der Beklagten im Winter 2010 aus 2011, noch akzeptiert, weil im Winter weniger Blutspendeaktionen durchgeführt werden und weniger Mitarbeiter Urlaub konsumieren, sodass Dienstpläne leichter zu erstellen sind. Der Klägerin wurde ausreichend Zeit gegeben, ihre Freizeitwünsche anzupassen.

Am 6. 4. 2011 sprach die Klägerin bei der Dienstplaneinteilerin der Beklagten mit der Behauptung vor, sie hätte sich am 15. 4. 2011 ein Zeitlimit bis 15:00 Uhr eingetragen. Tatsächlich war auf dem Freizeitwunschkalender kein solches Zeitlimit vermerkt. Die Klägerin begründete diesen Wunsch nicht, sodass ein von ihr begehrtter Dienstaustausch abgelehnt wurde. Erst in weiterer Folge erfuhr die Dienstplaneinteilerin der Beklagten von einer der beiden unmittelbaren Vorgesetzten der Klägerin, dass die Klägerin einen Arzttermin am 15. 4. 2011 habe. Daraufhin wurde der Klägerin mitgeteilt, dass sie am 15. 4. 2011 früher gehen könne, wenn sie eine Zeitbestätigung vorlege. Die Klägerin sagte jedoch den Arzttermin ab und verrichtete ihre Arbeit am 15. 4. 2011 laut Dienstplan. Ein von der Klägerin für den 13. 4. 2011 geäußelter Freizeitwunsch wurde eingehalten.

Am 5. 5. 2011 wurde die Klägerin darüber informiert, dass es nicht möglich sei, ihre immer wiederkehrenden Freizeitwünsche zu berücksichtigen. Ihr wurde vorgehalten, dass sie sich immer wieder erst ab 8:00 Uhr einteilen, vermehrt ihren Dienst um 14:00 Uhr enden lassen und an Samstagen frei haben wolle. Dies führe dazu, dass die Klägerin nur mehr in der Zentrale eingesetzt werden könne, um ihr Stundensoll von 40 Stunden pro Woche zu erfüllen. Der Klägerin wurde von ihrer Vorgesetzten nahegelegt, ihre Wochenstundenarbeitszeit zu reduzieren, was sie jedoch ablehnte.

Am 31. 5. 2011 organisierte der Betriebsratsvorsitzende auf Initiative der Klägerin eine Besprechung zur Unzufriedenheit betreffend Dienstplangestaltung, die noch drei weitere Arbeitnehmer betraf. Die anwesenden Betriebsratsmitglieder thematisierten die Probleme der Arbeitnehmer gegenüber den Vorgesetzten. Die Klägerin und die anderen Mitarbeiter beschwerten sich auch über den Umgangston der Dienstplaneinteilerin und einer weiteren Vorgesetzten. Der Betriebsrat wurde von der Dienstplaneinteilerin eingeladen, eine Woche lang beim Erstellen des Dienstplans anwesend zu sein. Weitere Konsequenzen hatte diese Sitzung nicht.

Am 15. 6. 2011 beschwerte sich die Klägerin bei ihrer unmittelbaren Vorgesetzten im Innendienst darüber, dass sie am 21. und 22. 6. 2011 einen Dienst um 7:00 Uhr früh zugeteilt erhalten habe, obwohl sie am Freizeitwunschplan vermerkt hatte, dass sie erst ab 8:00 Uhr arbeiten wolle. Über das Einschreiten ihrer Vorgesetzten wurde der Dienstplan entsprechend den Wünschen der Klägerin geändert.

Die Beklagte versuchte nach Möglichkeit, den von der Klägerin angegebenen Zeitlimits und Freizeitwünschen zu entsprechen. Die Beklagte war grundsätzlich auch bemüht, ihr Personal im Innen- und Außendienst zu beschäftigen, um Neuerungen besser schulen zu können.

„Zwischenfälle“ mit der Klägerin:

Neben dem Verhalten der Klägerin in Bezug auf die Dienstplaneinteilung gab es mehrere Zwischenfälle mit ihr, die schlussendlich die Kündigung nach sich gezogen haben.

Am 19. 10. 2010 telefonierte die Klägerin entgegen den standardisierten Arbeitsanweisungen vor einem Spender und während der Blutabnahme. Einer Vorgesetzten, die sie darauf aufmerksam machte, entgegnete sie sinngemäß, dass sie ihr nichts zu sagen habe. Auch gegenüber der stellvertretenden Leiterin der Beklagten äußerte die Klägerin, dass diese Vorgesetzte nicht ihre Chefin sei. Am 20. 10. 2010 wurde die Klägerin aufgrund dieses und anderer Vorkommnisse abgemahnt. Die Klägerin äußerte sich zur Verwarnung schriftlich und beschrieb die Zurechtweisung durch die Vorgesetzte als bloßstellend und kränkend. Das Telefonieren vor dem - sie unter Schutz nehmenden - Spender sei notwendig gewesen, weil ihre Tochter den Schlüssel nicht gefunden habe.

Die Beklagte kündigte eine engmaschige Kontrolle des Verhaltens der Klägerin an und führte diese durch. Die Klägerin wurde immer wieder auch mündlich abgemahnt und aufgefordert, generell ein Verhalten zu unterlassen, das Unruhe erzeugt.

Gegenüber einer Kollegin, die vom Reinigungspersonal zum Abnahmepersonal gewechselt hatte, machte die Klägerin eine abfällige Bemerkung. Darüber erstellte diese Kollegin ein Gedächtnisprotokoll, in dem sie festhielt, dass sich diese abwertende Äußerung auf ihre frühere Tätigkeit als Reinigungskraft bezog.

Gegenüber einer anderen Kollegin sagte die Klägerin während einer Blutabnahme zu einem Spender: „die hat da eh nichts zu sagen“.

Am 22. 5. 2011 entstanden Uneinigkeiten zwischen der Klägerin und einer ihrer Kolleginnen, weil die Klägerin deren Vorgehensweise beim Aufbau von Betten nicht billigte. Die von der Kollegin der Klägerin beigezogene Teamleiterin zog einen Arzt zu Rat, um einen Konflikt mit der Klägerin zu vermeiden. Erst nachdem dieser die Klägerin aufforderte, die Betten wie gehabt aufzubauen, tat sie dies. Weiters legte die Klägerin die gefüllten Blutbeutel unsortiert hin, sodass die - dafür verantwortliche - Teamleiterin Schwierigkeiten beim Einsammeln der Beutel hatte.

Am 3. 6. 2011 wurde die Klägerin während ihres Dienstes von ihrer Schwester und deren Kindern besucht. Die Klägerin unterbrach ihre Arbeit mehrmals, um sich ihrer Familie zuzuwenden und jedenfalls so lange, wie die Kinder Würstel aßen, die die Klägerin auch bezahlte. Sie ließ während der Unterbrechung Kolleginnen, die mit der Betreuung der Spender nach der Blutabnahme beschäftigt waren, allein.

Am 6. 6. 2011 kam es zu einem Gespräch zwischen den Vorgesetzten der Klägerin und einer ihrer Kolleginnen, nachdem die Klägerin über diese Kollegin das - unwahre - Gerücht verbreitet hatte, diese habe ein Verhältnis mit dem Mann einer anderen Kollegin. Dadurch kam es zu einem Zerwürfnis zwischen diesen beiden Kolleginnen. Beide waren infolge der durch dieses Gerücht entstandenen Belastung auch eine Zeit lang im Krankenstand.

Durch das Verhalten der Klägerin in Bezug auf die Dienstplaneinteilung, ihre wiederkehrenden Beschwerden dazu und die mangelnde Akzeptanz der Vorgesetzten sowie durch das geschilderte Verhalten gegenüber den MitarbeiterInnen der beklagten Partei erzeugte die Klägerin wiederholt Unruhe in ihrem Team.

Es steht nicht fest, dass die Klägerin von Vorgesetzten respektlos, ungerecht oder abfällig behandelt wurde.

Die Klägerin begehrt, die Kündigung vom 1. 7. 2011 wegen eines verpönten Motivs und wegen Sozialwidrigkeit aufzuheben. Sie sei vor der Kündigung bereits seit längerer Zeit bei der Dienstplaneinteilung benachteiligt worden und vereinbarungswidrig für Dienste auch nach 17:00 Uhr oder vor 8:00 Uhr eingeteilt worden. Dabei sei nicht auf notwendige Zeiten für die Betreuung ihrer Tochter Rücksicht genommen worden. Entgegen langjähriger Übung sei die Klägerin nicht nur am Wochenende, sondern auch von Montag bis Freitag für Ausfahrten eingesetzt worden, obwohl Montag als freier Tag der Klägerin vereinbart worden sei. Die Klägerin habe einer generellen Diensteneinteilung wochentags ab 6:30 Uhr nicht zugestimmt, sondern lediglich gemeint, ab und zu wochentags ihren Dienst ab 6:30 Uhr verrichten zu können. Überdies sei sie bei dieser Vereinbarung massiv unter Druck gesetzt worden. Die Klägerin habe sich mehrfach wegen dieser Vorfälle und der offensichtlichen Benachteiligungen sowie über den Umgangston der für die Dienstplaneinteilung zuständigen Mitarbeiterin der Beklagten und deren Verhalten beschwert. Die Geltendmachung der Ansprüche auf vertragskonforme Dienstzeiteinteilung bzw der Unterlassung der Benachteiligungen bei der Dienstzeitplanung sei nicht offenbar unberechtigt und sei durch die Beklagte in Frage gestellt worden. Diese Geltendmachung sei Anlass für die Kündigung gewesen, sodass eine unzulässige Motivkündigung iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG vorliege. Darüber hinaus sei die Kündigung sozialwidrig iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG. Die Klägerin begehrt, die Kündigung vom 1. 7. 2011 wegen eines verpönten Motivs und wegen Sozialwidrigkeit aufzuheben. Sie sei vor der Kündigung bereits seit längerer Zeit bei der Dienstplaneinteilung benachteiligt worden und vereinbarungswidrig für Dienste auch nach 17:00 Uhr oder vor 8:00 Uhr eingeteilt worden. Dabei sei nicht auf notwendige Zeiten für die Betreuung ihrer Tochter Rücksicht genommen worden. Entgegen langjähriger Übung sei die Klägerin nicht nur am Wochenende, sondern auch von Montag bis Freitag für Ausfahrten eingesetzt worden, obwohl Montag als freier Tag der Klägerin vereinbart worden sei. Die Klägerin habe einer generellen Diensteneinteilung wochentags ab 6:30 Uhr nicht zugestimmt, sondern lediglich gemeint, ab und zu wochentags ihren Dienst ab 6:30 Uhr verrichten zu können. Überdies sei sie bei dieser Vereinbarung massiv unter Druck gesetzt worden. Die Klägerin habe sich mehrfach wegen dieser Vorfälle und der offensichtlichen Benachteiligungen sowie über den Umgangston der für die Dienstplaneinteilung zuständigen Mitarbeiterin der

Beklagten und deren Verhalten beschwert. Die Geltendmachung der Ansprüche auf vertragskonforme Dienstzeiteinteilung bzw der Unterlassung der Benachteiligungen bei der Dienstzeitplanung sei nicht offenbar unberechtigt und sei durch die Beklagte in Frage gestellt worden. Diese Geltendmachung sei Anlass für die Kündigung gewesen, sodass eine unzulässige Motivkündigung iSd Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG vorliege. Darüber hinaus sei die Kündigung sozialwidrig iSd Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG.

Die Beklagte bestritt, dass der Kündigung ein verpöntes Motiv zugrunde liege. Die Dienstplaneinteilung sei komplex, weil unterschiedliche Dienste zu besetzen seien. Sowohl für die Ausfahrten der Blutspendebusse mit stets unterschiedlichen Beginn- und Endzeiten, als auch für die Blutspendezentrale seien Teams zu besetzen. Trotz der mit der Klägerin am 20. 10. 2010 getroffenen Rahmenvereinbarung habe diese vermehrt und wiederkehrend Freizeitwünsche geäußert, die aufgrund der komplexen Dienstplaneinteilung nicht erfüllbar waren. Der vermehrt von der Klägerin bekannt gegebene Wunsch, zwischen 8:00 Uhr und 14:00 Uhr zu arbeiten, sowie an Samstagen frei zu haben, habe zu einer Bevorzugung der Klägerin gegenüber anderen Mitarbeitern geführt, sodass es sich dabei nicht um berechnigte Ansprüche handle. Offenkundig habe die Klägerin nicht wahrhaben wollen, dass sie sich an die getroffenen Vereinbarungen zu halten habe.

Anlass für die Kündigung der Beklagten sei ihr für den Betriebsfrieden untragbares Verhalten gewesen, insbesondere ihr abschätziges Verhalten gegenüber anderen Mitarbeitern, ihre mangelnde Teamfähigkeit und ihre mangelnde Fähigkeit, sich in Hierarchien einzuordnen. Der unmittelbare Anlass zur Kündigung sei auch gewesen, dass sich die Klägerin trotz Verwarnung nicht an die Vereinbarung vom Oktober 2010 gehalten habe und dass sie einer Arbeitnehmerin der Beklagten ein außereheliches Verhältnis mit dem Ehemann einer anderen Arbeitnehmerin der Beklagten unterstellt habe.

Die behauptete Sozialwidrigkeit der Kündigung liege nicht vor, diese sei vielmehr durch im Einzelnen vorgebrachte, in der Person der Klägerin liegende Umstände gerechtfertigt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Ein verpöntes Kündigungsmotiv gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG liege nicht vor. Mit der Klägerin sei am 20. 10. 2010 wirksam eine Rahmendienstzeitvereinbarung abgeschlossen worden, die den Anforderungen des § 19c AZG entspreche. Die Klägerin könne aus der Möglichkeit der Eintragung im Freizeitwunschkalender keine bevorzugte Behandlung ableiten. Die Geltendmachung einer Dienstplaneinteilung, die auf der nicht mehr gültigen Arbeitszeitvereinbarung von 2004 und den Eintragungen der Klägerin im Freizeitwunschkalender beruhe, sei offenkundig unberechtigt, weil die Klägerin keinen Anspruch darauf habe, immer nur in der Zentrale der Beklagten eingesetzt zu werden. Daher liege in der Nichtberücksichtigung noch weitergehender Freizeitwünsche durch die Klägerin keine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten, die vielmehr alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleich zu behandeln habe. Auch bei den von der Klägerin vorgebrachten Beschwerden gegen die Dienstplaneinteilung handle es sich daher nicht um berechnigte Ansprüche. Dass die Klägerin einem respektlosen Verhalten durch ihre Vorgesetzten oder Kolleginnen ausgesetzt gewesen wäre, stehe nicht fest. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Ein verpöntes Kündigungsmotiv gemäß Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG liege nicht vor. Mit der Klägerin sei am 20. 10. 2010 wirksam eine Rahmendienstzeitvereinbarung abgeschlossen worden, die den Anforderungen des Paragraph 19 c, AZG entspreche. Die Klägerin könne aus der Möglichkeit der Eintragung im Freizeitwunschkalender keine bevorzugte Behandlung ableiten. Die Geltendmachung einer Dienstplaneinteilung, die auf der nicht mehr gültigen Arbeitszeitvereinbarung von 2004 und den Eintragungen der Klägerin im Freizeitwunschkalender beruhe, sei offenkundig unberechtigt, weil die Klägerin keinen Anspruch darauf habe, immer nur in der Zentrale der Beklagten eingesetzt zu werden. Daher liege in der Nichtberücksichtigung noch weitergehender Freizeitwünsche durch die Klägerin keine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten, die vielmehr alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleich zu behandeln habe. Auch bei den von der Klägerin vorgebrachten Beschwerden gegen die Dienstplaneinteilung handle es sich daher nicht um berechnigte Ansprüche. Dass die Klägerin einem respektlosen Verhalten durch ihre Vorgesetzten oder Kolleginnen ausgesetzt gewesen wäre, stehe nicht fest.

Die Kündigung beeinträchtige wesentliche soziale Interessen der Klägerin, die bei der Beklagten ein überhöhtes Gehalt bezogen habe. Die Klägerin habe allerdings Kündigungsgründe iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG verwirklicht. Für ihre Kündigung sei offenkundig ihr für den Betriebsfrieden abträgliches Verhalten, insbesondere ihr abschätziges Verhalten gegenüber anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und ihre mangelnde Fähigkeit, sich in ein Team und auch eine Hierarchie einzuordnen, ausschlaggebend gewesen. Die Klägerin habe „ständige Reibereien verursacht“ und eine

dauerhafte Unverträglichkeit gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten an den Tag gelegt, die die Leistungsfähigkeit und Ordnung des Betriebs gefährde, sodass ein Rechtfertigungsgrund für die Kündigung vorliege. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung stehe das Interesse der zum Kündigungszeitpunkt 41-jährigen, langjährig bei der Beklagten beschäftigten Klägerin an der Aufrechterhaltung ihres mit einem hohen Einkommen verbundenen Arbeitsplatzes dem Interesse der Beklagten an der Wiederherstellung eines guten Betriebsklimas gegenüber, das durch das Verhalten der Klägerin gefährdet sei. Diese Interessenabwägung falle zugunsten der Beklagten aus. Die Kündigung beeinträchtige wesentliche soziale Interessen der Klägerin, die bei der Beklagten ein überhöhtes Gehalt bezogen habe. Die Klägerin habe allerdings Kündigungsgründe iSd Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, Litera a, ArbVG verwirklicht. Für ihre Kündigung sei offenkundig ihr für den Betriebsfrieden abträgliches Verhalten, insbesondere ihr abschätziges Verhalten gegenüber anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und ihre mangelnde Fähigkeit, sich in ein Team und auch eine Hierarchie einzuordnen, ausschlaggebend gewesen. Die Klägerin habe „ständige Reibereien verursacht“ und eine dauerhafte Unverträglichkeit gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten an den Tag gelegt, die die Leistungsfähigkeit und Ordnung des Betriebs gefährde, sodass ein Rechtfertigungsgrund für die Kündigung vorliege. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung stehe das Interesse der zum Kündigungszeitpunkt 41-jährigen, langjährig bei der Beklagten beschäftigten Klägerin an der Aufrechterhaltung ihres mit einem hohen Einkommen verbundenen Arbeitsplatzes dem Interesse der Beklagten an der Wiederherstellung eines guten Betriebsklimas gegenüber, das durch das Verhalten der Klägerin gefährdet sei. Diese Interessenabwägung falle zugunsten der Beklagten aus.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Klägerin Folge und änderte es im klagestattgebenden Sinn ab. Es führte aus, dass der Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG verwirklicht sei, sodass eine Auseinandersetzung mit der geltend gemachten Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht erforderlich sei. Die Rahmenarbeitszeitvereinbarung vom 20. 10. 2010 entspreche den Voraussetzungen des § 19c AZG. Allerdings sei vereinbart worden, dass die Beklagte einen Freizeitwunschkalender führe, in dem die Mitarbeiter Freizeitwünsche eintragen konnten, was die Klägerin auch in Anspruch genommen habe. Wenn sich die Klägerin daher wegen der Dienstplaneinteilung an den Betriebsrat gewendet bzw bei der Beklagten beschwert habe, so mache sie damit keine offenbar unberechtigten Ansprüche geltend. Mit der festgestellten Beschwerde habe die Klägerin daher keinen offenbar unberechtigten Anspruch geltend gemacht. Dass die Beschwerde der Klägerin betreffend die Dienstplaneinteilung Anlass für die Kündigung war, habe das Erstgericht festgestellt, dies werde auch von der Beklagten in der Berufungsbeantwortung nicht in Frage gestellt. Zwar habe die Beklagte andere Motive für die Kündigung eingewendet. Die vom Erstgericht festgestellten Vorfälle seien jedoch aus rechtlichen Erwägungen nicht geeignet, das von der Klägerin glaubhaft gemachte Kündigungsmotiv in den Hintergrund zu drängen. Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Klägerin Folge und änderte es im klagestattgebenden Sinn ab. Es führte aus, dass der Anfechtungstatbestand des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG verwirklicht sei, sodass eine Auseinandersetzung mit der geltend gemachten Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht erforderlich sei. Die Rahmenarbeitszeitvereinbarung vom 20. 10. 2010 entspreche den Voraussetzungen des Paragraph 19 c, AZG. Allerdings sei vereinbart worden, dass die Beklagte einen Freizeitwunschkalender führe, in dem die Mitarbeiter Freizeitwünsche eintragen konnten, was die Klägerin auch in Anspruch genommen habe. Wenn sich die Klägerin daher wegen der Dienstplaneinteilung an den Betriebsrat gewendet bzw bei der Beklagten beschwert habe, so mache sie damit keine offenbar unberechtigten Ansprüche geltend. Mit der festgestellten Beschwerde habe die Klägerin daher keinen offenbar unberechtigten Anspruch geltend gemacht. Dass die Beschwerde der Klägerin betreffend die Dienstplaneinteilung Anlass für die Kündigung war, habe das Erstgericht festgestellt, dies werde auch von der Beklagten in der Berufungsbeantwortung nicht in Frage gestellt. Zwar habe die Beklagte andere Motive für die Kündigung eingewendet. Die vom Erstgericht festgestellten Vorfälle seien jedoch aus rechtlichen Erwägungen nicht geeignet, das von der Klägerin glaubhaft gemachte Kündigungsmotiv in den Hintergrund zu drängen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage iSd§ 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig sei. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zulässig sei.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten, die auf eine Abweisung des Klagebegehrens zielt.

In der ihr vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung beantragt die Klägerin, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist - entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulässigkeitsausspruch des Berufungsgerichts - zulässig, weil sich die Entscheidung der zweiten Instanz als korrekturbedürftig erweist; das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

I. Die Revisionswerberin macht primär geltend, dass die Kündigung, soweit sie im Zusammenhang mit den Differenzen der Streitteile über die Dienstplangestaltung erfolgte, nicht aus einem „verpönten Motiv“ iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG ausgesprochen worden sei. Jedenfalls spreche aber nach Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür, dass für die Kündigung iSd § 105 Abs 5 ArbVG ein anderes von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv - nämlich die in der Person bzw im Verhalten der Klägerin gelegenen Umstände - ausschlaggebend gewesen sei. römisch eins. Die Revisionswerberin macht primär geltend, dass die Kündigung, soweit sie im Zusammenhang mit den Differenzen der Streitteile über die Dienstplangestaltung erfolgte, nicht aus einem „verpönten Motiv“ iSd Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG ausgesprochen worden sei. Jedenfalls spreche aber nach Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür, dass für die Kündigung iSd Paragraph 105, Absatz 5, ArbVG ein anderes von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv - nämlich die in der Person bzw im Verhalten der Klägerin gelegenen Umstände - ausschlaggebend gewesen sei.

Beide Einwände erweisen sich im Ergebnis als zutreffend.

II.1 Beruft sich der Arbeitnehmer auf einen Kündigungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG, so hat er diesen gemäß § 105 Abs 1 Satz 1 ArbVG glaubhaft zu machen. Ein strenger Nachweis der Rechtsverletzung in einer jeden Zweifel ausschließenden Form ist dabei vom Gesetz nicht gefordert (9 ObA 285/98x; Wolligger in ZellKomm² § 105 Rz 250 mwH; Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III4 § 105 Erl 68). Ob die Glaubhaftmachung, also die Bescheinigung der behaupteten Tatsachen, gelungen ist oder nicht, stellt das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung und keine rechtliche Beurteilung dar (RIS-Justiz RS0040286). römisch zwei.1 Beruft sich der Arbeitnehmer auf einen Kündigungsgrund iSd Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, ArbVG, so hat er diesen gemäß Paragraph 105, Absatz eins, Satz 1 ArbVG glaubhaft zu machen. Ein strenger Nachweis der Rechtsverletzung in einer jeden Zweifel ausschließenden Form ist dabei vom Gesetz nicht gefordert (9 ObA 285/98x; Wolligger in ZellKomm² Paragraph 105, Rz 250 mwH; Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III4 Paragraph 105, Erl 68). Ob die Glaubhaftmachung, also die Bescheinigung der behaupteten Tatsachen, gelungen ist oder nicht, stellt das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung und keine rechtliche Beurteilung dar (RIS-Justiz RS0040286).

II.2 Gemäß § 105 Abs 5 Satz 2 ArbVG ist die Anfechtungsklage abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war. Gelingt es daher dem Arbeitnehmer, einen Anfechtungsgrund nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG glaubhaft zu machen, so kann der Arbeitgeber seinerseits das Gericht durch Glaubhaftmachung überzeugen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber geltend gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war. Abzuwägen ist somit, welches Kündigungsmotiv mit höherer Wahrscheinlichkeit der Kündigung zugrundelag. § 105 Abs 5 ArbVG verlangt dabei weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer den Nachweis eines bestimmten Sachverhalts. Es genügt grundsätzlich auf beiden Seiten die Glaubhaftmachung eines bestimmten Motivs (9 ObA 27/10a). Auch die von § 105 Abs 5 ArbVG geforderte Glaubhaftmachung ist eine besondere Form der Tatsachenfeststellung, wobei ein geringerer Grad der Überzeugung des Richters von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung genügt (RIS-Justiz RS0040276 [T2]). Nach diesen Grundsätzen sind daher Tatsachenfeststellungen über die jeweils geltend gemachten Motive der Kündigung zu treffen. römisch zwei.2 Gemäß Paragraph 105, Absatz 5, Satz 2 ArbVG ist die Anfechtungsklage abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war. Gelingt es daher dem Arbeitnehmer, einen Anfechtungsgrund nach Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, ArbVG glaubhaft zu machen, so kann der Arbeitgeber seinerseits das Gericht durch Glaubhaftmachung überzeugen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber geltend gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war. Abzuwägen ist somit, welches Kündigungsmotiv mit höherer Wahrscheinlichkeit der Kündigung

zugrundelag. Paragraph 105, Absatz 5, ArbVG verlangt dabei weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer den Nachweis eines bestimmten Sachverhalts. Es genügt grundsätzlich auf beiden Seiten die Glaubhaftmachung eines bestimmten Motivs (9 ObA 27/10a). Auch die von Paragraph 105, Absatz 5, ArbVG geforderte Glaubhaftmachung ist eine besondere Form der Tatsachenfeststellung, wobei ein geringerer Grad der Überzeugung des Richters von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung genügt (RIS-Justiz RS0040276 [T2]). Nach diesen Grundsätzen sind daher Tatsachenfeststellungen über die jeweils geltend gemachten Motive der Kündigung zu treffen.

II.3 Das Erstgericht hat hier zunächst umfangreiche Feststellungen zu den Differenzen der Streitteile über die Dienstplanerstellung getroffen und daran anschließend festgestellt, dass es „neben dem Verhalten der Klägerin in Bezug auf die Dienstplaneinteilung ... mehrere Zwischenfälle mit der Klägerin [gab], die schlussendlich die Kündigung nach sich gezogen haben“. Damit wird deutlich, dass die Differenzen über die Dienstplanerstellung jedenfalls nicht das einzige Motiv der Beklagten für die Kündigung der Klägerin waren.römisch zwei.3 Das Erstgericht hat hier zunächst umfangreiche Feststellungen zu den Differenzen der Streitteile über die Dienstplanerstellung getroffen und daran anschließend festgestellt, dass es „neben dem Verhalten der Klägerin in Bezug auf die Dienstplaneinteilung ... mehrere Zwischenfälle mit der Klägerin [gab], die schlussendlich die Kündigung nach sich gezogen haben“. Damit wird deutlich, dass die Differenzen über die Dienstplanerstellung jedenfalls nicht das einzige Motiv der Beklagten für die Kündigung der Klägerin waren.

In weiterer Folge stellte das Erstgericht diese „Zwischenfälle“ fest, bei denen es sich um die bereits oben wiedergegebenen Vorfälle mit der Klägerin handelt, die vom Erstgericht im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung - wenn auch im Zusammenhang mit der Anfechtung als sozialwidrig - als „für den Betriebsfrieden abträglich“, „abschätzig gegenüber anderen Mitarbeitern“, als Ausdruck der „mangelnden Fähigkeit sich ... einzuordnen“ und als Störung des Betriebsklimas über eine längere Dauer qualifiziert wurden. In diesem Zusammenhang hat das Erstgericht überdies ausgeführt, dass offenkundig dieses Verhalten „für die Kündigung ... ausschlaggebend“ gewesen sei.

Mit dieser zuletzt wiedergegebenen Formulierung hat das Erstgericht - wenn auch disloziert in Rahmen der rechtlichen Beurteilung - eine Tatsachenfeststellung getroffen, aus der sich ergibt, dass in Wahrheit nicht die Differenzen der Streitteile um die Dienstplangestaltung, sondern das den Betriebsfrieden störende Verhalten der Klägerin das (überwiegend) ausschlaggebende Kündigungsmotiv war und der Beklagten daher die Gegenbescheinigung iSd § 105 Abs 5 ArbVG gelungen ist.Mit dieser zuletzt wiedergegebenen Formulierung hat das Erstgericht - wenn auch disloziert in Rahmen der rechtlichen Beurteilung - eine Tatsachenfeststellung getroffen, aus der sich ergibt, dass in Wahrheit nicht die Differenzen der Streitteile um die Dienstplangestaltung, sondern das den Betriebsfrieden störende Verhalten der Klägerin das (überwiegend) ausschlaggebende Kündigungsmotiv war und der Beklagten daher die Gegenbescheinigung iSd Paragraph 105, Absatz 5, ArbVG gelungen ist.

II.4 Die Vorgangsweise des Berufungsgerichts, das den Erfolg der Gegenbescheinigung dennoch mit der Begründung verneint hat, dass die festgestellten Vorkommnisse „aus rechtlichen Erwägungen nicht geeignet“ seien, das von der Klägerin glaubhaft gemachte Motiv in den Hintergrund zu drängen, ist verfehlt. Die von § 105 Abs 5 ArbVG geforderte Glaubhaftmachung ist - wie bereits oben ausgeführt - keine Frage der rechtlichen Beurteilung, sondern eine solche der Tatsachenfeststellung. Es ist daher nicht entscheidend, ob das vom Arbeitgeber bescheinigte Motiv in rechtlicher Hinsicht „gravierend“ genug ist, um eine Kündigung „zu rechtfertigen“; vielmehr bedarf es nachvollziehbarer Feststellungen, die erkennen lassen, ob das vom Arbeitnehmer oder das vom Arbeitgeber behauptete Motiv letztlich für die Kündigung ausschlaggebend bzw überwiegend ausschlaggebend war. Eine solche Feststellung hat das Erstgericht aber hier - wenn auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung - getroffen.römisch zwei.4 Die Vorgangsweise des Berufungsgerichts, das den Erfolg der Gegenbescheinigung dennoch mit der Begründung verneint hat, dass die festgestellten Vorkommnisse „aus rechtlichen Erwägungen nicht geeignet“ seien, das von der Klägerin glaubhaft gemachte Motiv in den Hintergrund zu drängen, ist verfehlt. Die von Paragraph 105, Absatz 5, ArbVG geforderte Glaubhaftmachung ist - wie bereits oben ausgeführt - keine Frage der rechtlichen Beurteilung, sondern eine solche der Tatsachenfeststellung. Es ist daher nicht entscheidend, ob das vom Arbeitgeber bescheinigte Motiv in rechtlicher Hinsicht „gravierend“ genug ist, um eine Kündigung „zu rechtfertigen“; vielmehr bedarf es nachvollziehbarer Feststellungen, die erkennen lassen, ob das vom Arbeitnehmer oder das vom Arbeitgeber behauptete Motiv letztlich für die Kündigung ausschlaggebend bzw überwiegend ausschlaggebend war. Eine solche Feststellung hat das Erstgericht aber hier - wenn auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung - getroffen.

Im Übrigen hat das Berufungsgericht in seiner Bewertung der vom Arbeitgeber als Kündigungsmotiv geltend gemachten Vorfälle ua auch Überlegungen darüber angestellt, ob es „wahrscheinlich“ ist, dass einzelne dieser Vorfälle ausschlaggebendes Motiv für die Kündigung waren. Für derartige, dem Tatsachenbereich zuzurechnende Überlegungen und - auf deren Grundlage - für vom im Ersturteil festgestellten Sachverhalt abweichende Feststellungen des Berufungsgerichts hätte es aber einer entsprechenden Rüge in der Berufung und einer Beweiswiederholung durch das Berufungsgericht bedurft. An beiden Voraussetzungen hat es hier gefehlt.

II.5 Auf der Grundlage der erstgerichtlichen Feststellungen ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte glaubhaft gemacht hat, dass die von ihr ins Treffen geführten Vorfälle mit der Klägerin überwiegend für die Kündigung ausschlaggebend waren.römisch zwei.5 Auf der Grundlage der erstgerichtlichen Feststellungen ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte glaubhaft gemacht hat, dass die von ihr ins Treffen geführten Vorfälle mit der Klägerin überwiegend für die Kündigung ausschlaggebend waren.

Selbst wenn man aber die Ausführungen des Erstgerichts in der rechtlichen Beurteilung nicht als (ausreichende) Tatsachenfeststellung akzeptieren wollte - unter dieser Voraussetzung würden verwertbare Feststellungen zur Frage, welches der in Betracht kommenden Motive für die Kündigung (überwiegend) ausschlaggebend war, überhaupt fehlen - wäre im Ergebnis für die Klägerin nichts zu gewinnen.

II.6 Der Revisionswerberin ist nämlich auch dahin beizupflichten, dass das von der Klägerin bescheinigte Kündigungsmotiv den Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG nicht erfüllt.römisch zwei.6 Der Revisionswerberin ist nämlich auch dahin beizupflichten, dass das von der Klägerin bescheinigte Kündigungsmotiv den Tatbestand des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG nicht erfüllt.

Nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG kann die Kündigung angefochten werden, wenn sie „wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ erfolgt ist.Nach Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG kann die Kündigung angefochten werden, wenn sie „wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ erfolgt ist.

Die Anwendung dieses Tatbestands setzt daher die Geltendmachung eines „Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis“ voraus. Dieser Begriff umfasst nicht nur die Geltendmachung von Geldansprüchen, sondern auch anderer vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche (RIS-Justiz RS0104686 [T4]). Bei diesem Kündigungsanfechtungsgrund geht es also darum, dass der Arbeitgeber nach Meinung des Arbeitnehmers bestehende Ansprüche nicht erfüllt, dass der Arbeitnehmer diese nicht erfüllten Ansprüche dem Arbeitgeber gegenüber geltend macht, und dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen dieser Geltendmachung kündigt (RIS-Justiz RS0051666). Vom Schutzzweck sind nicht nur schon entstandene Ansprüche, sondern zusätzlich Ansprüche auf Wahrung der Rechtsposition aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen einseitige Eingriffe erfasst (8 ObA 63/12s; 8 ObA 298/99b ua).

II.7 In diesem Sinn reicht es somit nicht aus, dass der Arbeitnehmer bloße Wünsche oder Forderungen erhebt, die Arbeitsbedingungen - hier: die Arbeitszeit - nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Von der Geltendmachung eines Anspruchs kann vielmehr nur dann die Rede sein, wenn sich der Arbeitnehmer erkennbar auf eine Rechtsposition beruft.römisch zwei.7 In diesem Sinn reicht es somit nicht aus, dass der Arbeitnehmer bloße Wünsche oder Forderungen erhebt, die Arbeitsbedingungen - hier: die Arbeitszeit - nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Von der Geltendmachung eines Anspruchs kann vielmehr nur dann die Rede sein, wenn sich der Arbeitnehmer erkennbar auf eine Rechtsposition beruft.

II.8 Nach dem Vorbringen der Klägerin und den dazu getroffenen Feststellungen hat dies die Klägerin allerdings nur insofern getan, als sie sich auf früher mit ihr getroffene Rahmenarbeitszeitvereinbarungen berufen hat und das wirksame Zustandekommen der aktuellen Rahmenarbeitszeitvereinbarung aus dem Jahr 2010 überhaupt bzw unter Berufung auf unzulässige Druckausübung bestritten hat. Diese zuletzt wiedergegebenen Behauptungen wurden aber im Beweisverfahren widerlegt: Das Erstgericht hat unmissverständlich festgestellt, dass die Klägerin dieser Vereinbarung zugestimmt hat und dass mit dieser Vereinbarung den Wünschen der Klägerin entsprochen wurde. Soweit sich die Klägerin dennoch mit der Begründung, die Vereinbarung sei nicht wirksam zustande gekommen, auf frühere Vereinbarungen beruft, macht sie daher zwar einen Anspruch geltend, aber einen solchen, der offenbar unberechtigt ist, ist doch ohne jeden Zweifel erkennbar, dass insofern kein Anspruch besteht (Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG4 III 393).römisch zwei.8 Nach dem Vorbringen der Klägerin und den dazu

getroffenen Feststellungen hat dies die Klägerin allerdings nur insofern getan, als sie sich auf früher mit ihr getroffene Rahmenarbeitszeitvereinbarungen berufen hat und das wirksame Zustandekommen der aktuellen Rahmenarbeitszeitvereinbarung aus dem Jahr 2010 überhaupt bzw unter Berufung auf unzulässige Druckausübung bestritten hat. Diese zuletzt wiedergegebenen Behauptungen wurden aber im Beweisverfahren widerlegt: Das Erstgericht hat unmissverständlich festgestellt, dass die Klägerin dieser Vereinbarung zugestimmt hat und dass mit dieser Vereinbarung den Wünschen der Klägerin entsprochen wurde. Soweit sich die Klägerin dennoch mit der Begründung, die Vereinbarung sei nicht wirksam zustande gekommen, auf frühere Vereinbarungen beruft, macht sie daher zwar einen Anspruch geltend, aber einen solchen, der offenbar unberechtigt ist, ist doch ohne jeden Zweifel erkennbar, dass insofern kein Anspruch besteht (Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG4 III 393).

II.9 Auf sonstige „Rechtspositionen“ hat sich die Klägerin weder der Beklagten gegenüber noch im erstinstanzlichen Verfahren schlüssig berufen. Insbesondere hat sie das System und die Anwendung der Dienstplangestaltung nie aus arbeitszeitrechtlicher Hinsicht in Frage gestellt oder sich auf arbeitszeitrechtliche Rechtspositionen berufen. Bei der Ausübung des vereinbarten Änderungsrechts hat die Beklagte nach den Feststellungen - von einzelnen begründeten Ausnahmen abgesehen - die Wünsche der Klägerin nach Möglichkeit berücksichtigt. Abgesehen davon, dass der Klägerin die 100%ige Berücksichtigung ihrer Freizeitwünsche nicht zugesagt wurde und derartiges angesichts der vielen weiblichen Kolleginnen mit Kinderbetreuungspflichten auch schwer denkbar ist, ist den Feststellungen konkret überhaupt nur ein Fall zu entnehmen, in dem einem Freizeitwunsch der Klägerin bei der Dienstenteilung (zunächst) nicht entsprochen wurde (Dienstbeginn 7:00 Uhr statt wie gewünscht 8:00 Uhr). Allerdings wurde auch in diesem Fall letztlich dem Wunsch der Klägerin nach Einschreiten ihrer Vorgesetzten Rechnung getragen. Richtig ist aber, dass es beginnend mit 2011 für die Dienstenteilerin immer schwieriger war, die Klägerin einzuteilen, weil diese ab diesem Zeitpunkt immer häufiger Freizeitwünsche eintrug, die zur Rahmenvereinbarung aus dem Jahr 2010 in Widerspruch standen bzw den im Betrieb üblichen und aus verschiedenen Gründen auch gewünschten Einsatz sowohl in der Zentrale als auch für Ausfahrten unmöglich machten. Dass der Klägerin deshalb Vorhalte gemacht wurden und dass ihr gesagt wurde, es sei nicht möglich, ihre immer wiederkehrenden Freizeitwünsche zu berücksichtigen, bedeutet nicht, dass die Beklagte einen von der Klägerin geltend gemachten „offenbar nicht unberechtigten Anspruch“ in Frage gestellt hat. Dass die Klägerin - ohne sich auf eine Rechtsposition zu berufen - Wünsche über die Gestaltung ihrer Arbeitszeit geäußert hat und dass es über diese durch die Rahmenvereinbarung nicht gedeckten Wünsche zu Differenzen gekommen ist, reicht dazu ebenso wenig aus, wie der Umstand, dass sich die Klägerin im Zusammenhang mit den festgestellten Differenzen an den Betriebsrat wendete. Die nunmehr im Rechtsmittel erfolgte Berufung auf die Fürsorgepflicht der Beklagten vermag daran nichts zu ändern. Konkrete Behauptungen, aus denen eine in Frage gestellte Rechtsposition der Klägerin abgeleitet werden könne, hat sie in erster Instanz jedenfalls nicht aufgestellt.

römisch zwei.9 Auf sonstige „Rechtspositionen“ hat sich die Klägerin weder der Beklagten gegenüber noch im erstinstanzlichen Verfahren schlüssig berufen. Insbesondere hat sie das System und die Anwendung der Dienstplangestaltung nie aus arbeitszeitrechtlicher Hinsicht in Frage gestellt oder sich auf arbeitszeitrechtliche Rechtspositionen berufen. Bei der Ausübung des vereinbarten Änderungsrechts hat die Beklagte nach den Feststellungen - von einzelnen begründeten Ausnahmen abgesehen - die Wünsche der Klägerin nach Möglichkeit berücksichtigt. Abgesehen davon, dass der Klägerin die 100%ige Berücksichtigung ihrer Freizeitwünsche nicht zugesagt wurde und derartiges angesichts der vielen weiblichen Kolleginnen mit Kinderbetreuungspflichten auch schwer denkbar ist, ist den Feststellungen konkret überhaupt nur ein Fall zu entnehmen, in dem einem Freizeitwunsch der Klägerin bei der Dienstenteilung (zunächst) nicht entsprochen wurde (Dienstbeginn 7:00 Uhr statt wie gewünscht 8:00 Uhr). Allerdings wurde auch in diesem Fall letztlich dem Wunsch der Klägerin nach Einschreiten ihrer Vorgesetzten Rechnung getragen. Richtig ist aber, dass es beginnend mit 2011 für die Dienstenteilerin immer schwieriger war, die Klägerin einzuteilen, weil diese ab diesem Zeitpunkt immer häufiger Freizeitwünsche eintrug, die zur Rahmenvereinbarung aus dem Jahr 2010 in Widerspruch standen bzw den im Betrieb üblichen und aus verschiedenen Gründen auch gewünschten Einsatz sowohl in der Zentrale als auch für Ausfahrten unmöglich machten. Dass der Klägerin deshalb Vorhalte gemacht wurden und dass ihr gesagt wurde, es sei nicht möglich, ihre immer wiederkehrenden Freizeitwünsche zu berücksichtigen, bedeutet nicht, dass die Beklagte einen von der Klägerin geltend gemachten „offenbar nicht unberechtigten Anspruch“ in Frage gestellt hat. Dass die Klägerin - ohne sich auf eine Rechtsposition zu berufen - Wünsche über die Gestaltung ihrer Arbeitszeit geäußert hat und dass es über diese durch die Rahmenvereinbarung nicht gedeckten Wünsche zu Differenzen gekommen ist, reicht dazu ebenso wenig aus, wie der Umstand, dass sich die Klägerin im Zusammenhang mit den festgestellten Differenzen an den Betriebsrat

wendete. Die nunmehr im Rechtsmittel erfolgte Berufung auf die Fürsorgepflicht der Beklagten vermag daran nichts zu ändern. Konkrete Behauptungen, aus denen eine in Frage gestellte Rechtsposition der Klägerin abgeleitet werden könne, hat sie in erster Instanz jedenfalls nicht aufgestellt.

Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts hat daher das Erstgericht das auf § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG gestützte Klagebegehren im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts hat daher das Erstgericht das auf Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG gestützte Klagebegehren im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

III.1 Ausgehend von seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsauffassung hat sich das Berufungsgericht nicht mit den von der Klägerin in ihrer Rechtsrüge vorgebrachten Einwänden gegen die Abweisung des auf § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG gestützten Klagebegehrens beschäftigt. Allerdings hat das Berufungsgericht die Mängelrüge der Klägerin, die Rüge einer Aktenwidrigkeit sowie die Tatsachenrüge erledigt und die erstgerichtlichen Feststellungen übernommen. Daher ist es dem Obersten Gerichtshof möglich, selbst auf die Rechtsrüge der Beklagten gegen die Abweisung der Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit einzugehen. römisch drei.1 Ausgehend von seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsauffassung hat sich das Berufungsgericht nicht mit den von der Klägerin in ihrer Rechtsrüge vorgebrachten Einwänden gegen die Abweisung des auf Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG gestützten Klagebegehrens beschäftigt. Allerdings hat das Berufungsgericht die Mängelrüge der Klägerin, die Rüge einer Aktenwidrigkeit sowie die Tatsachenrüge erledigt und die erstgerichtlichen Feststellungen übernommen. Daher ist es dem Obersten Gerichtshof möglich, selbst auf die Rechtsrüge der Beklagten gegen die Abweisung der Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit einzugehen.

Auch diese Rüge ist allerdings nicht berechtigt:

III.2 Nach den Verfahrensergebnissen sind die Interessen der Klägerin durch die Kündigung zwar wesentlich beeinträchtigt, die Kündigung ist aber durch die festgestellten und die betrieblichen Interessen der Beklagten beeinträchtigenden Pflichtverletzungen der Klägerin begründet. In ihrer Rechtsrüge bekämpft die Klägerin die vom Erstgericht vorgenommene Interessenabwägung mit dem Argument, das Erstgericht habe keine ausreichenden Feststellungen über die Vereinbarung der Arbeitszeit getroffen und die betrieblichen Interessen der Beklagten durch die „nochmalige, rechtsirrig Heranziehung des Dienstplans 2010“ (gemeint offenbar: der Rahmenarbeitszeitvereinbarung) gänzlich überbewertet. Der Vorwurf des rechtlichen Feststellungsmangels kann aber nicht erfolgreich erhoben werden, wenn zu einem bestimmten Thema ohnehin Feststellungen getroffen wurden, die den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers aber zuwiderlaufen (RIS-Justiz RS0043480 [T15]). Die Beurteilung des Erstgerichts, dass zwar das Interesse der Klägerin an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erheblich sei, dass aber im konkreten Fall das Interesse der Beklagten an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Klägerin gewichtiger ist, begegnet im Hinblick auf die festgestellten Verhaltensweisen, mit denen die Klägerin immer wieder für - teils beträchtliche - Unruhe im Team sorgte und es nicht nur an Akzeptanz gegenüber Anweisungen der Vorgesetzten, sondern auch an Respekt gegenüber Arbeitskolleginnen fehlen ließ, keinen Bedenken. römisch drei.2 Nach den Verfahrensergebnissen sind die Interessen der Klägerin durch die Kündigung zwar wesentlich beeinträchtigt, die Kündigung ist aber durch die festgestellten und die betrieblichen Interessen der Beklagten beeinträchtigenden Pflichtverletzungen der Klägerin begründet. In ihrer Rechtsrüge bekämpft die Klägerin die vom Erstgericht vorgenommene Interessenabwägung mit dem Argument, das Erstgericht habe keine ausreichenden Feststellungen über die Vereinbarung der Arbeitszeit getroffen und die betrieblichen Interessen der Beklagten durch die „nochmalige, rechtsirrig Heranziehung des Dienstplans 2010“ (gemeint offenbar: der Rahmenarbeitszeitvereinbarung) gänzlich überbewertet. Der Vorwurf des rechtlichen Feststellungsmangels kann aber nicht erfolgreich erhoben werden, wenn zu einem bestimmten Thema ohnehin Feststellungen getroffen wurden, die den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers aber zuwiderlaufen (RIS-Justiz RS0043480 [T15]). Die Beurteilung des Erstgerichts, dass zwar das Interesse der Klägerin an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erheblich sei, dass aber im konkreten Fall das Interesse der Beklagten an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Klägerin gewichtiger ist, begegnet im Hinblick auf die festgestellten Verhaltensweisen, mit denen die Klägerin immer wieder für - teils beträchtliche - Unruhe im Team sorgte und es nicht nur an Akzeptanz gegenüber Anweisungen der Vorgesetzten, sondern auch an Respekt gegenüber Arbeitskolleginnen fehlen ließ, keinen Bedenken.

IV. Der Revision war daher Folge zu geben und das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen. römisch vier. Der Revision war daher Folge zu geben und das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 58 Abs 1 ASGG. Der Anlassfall betrifft eine Rechtsstreitigkeit nach § 50 Abs 2 ASGG. Ein Kostenersatzanspruch besteht daher nur im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 58, Absatz eins, ASGG. Der Anlassfall betrifft eine Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 50, Absatz 2, ASGG. Ein Kostenersatzanspruch besteht daher nur im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof.

Schlagworte

Arbeitsrecht

Textnummer

E110586

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2015:008OBA00059.14F.0226.000

Im RIS seit

07.05.2015

Zuletzt aktualisiert am

03.06.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at