

# TE OGH 1999/12/1 9ObA276/99z

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.12.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Ministerialrat Dr. Robert Göstl und Werner Bayer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Johann N\*\*\*\*\* Kranführer, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gustav Teicht und Dr. Gerhard Jöchl, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei N\*\*\*\*\* Bau GesmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Dieter Cerha und Dr. Herbert Orlich, Rechtsanwälte in Wien, wegen S 752.904,49 netto sA (Revisionsinteresse: S 374.873,18 sA [klagende Partei] bzw S 248.459,75 sA [beklagte Partei]), über die Revisionen beider Parteien gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. Juli 1999, GZ 10 Ra 91/99x-57, womit über Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes Krems als Arbeits- und Sozialgericht vom 9. November 1998, GZ 8 Cga 129/95f-50, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Hingegen wird der Revision der beklagten Partei teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden teils bestätigt, teils dahin abgeändert, dass sie einschließlich des bereits in Rechtskraft erwachsenen Zuspruchs von 29.091,- samt 4 % Zinsen seit 27. 3. 1998 als Teilurteil insgesamt zu lauten haben:

"Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen S 158.433,20 samt 4 % Zinsen seit 27. 3. 1998 zu zahlen.

Das Mehrbegehren der klagenden Partei wird im Umfang von S 387.532,43 sA abgewiesen.

Die Entscheidung der hierauf entfallenden Verfahrenskosten erster und zweiter Instanz bleibt der Endentscheidung vorbehalten."

Die Kosten des Revisionsverfahrens bleiben ebenfalls der Endentscheidung vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war als Kranführer bei der \*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* GesmbH & Co KG (in der Folge: H\*\*\*\*\* KG) bzw bei deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Seit 1979 war er Mitglied des Betriebsrates, seit 1983 dessen Vorsitzender.

Die H\*\*\*\*\* KG befand sich zuletzt in erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um einen Konkurs des Unternehmens zu vermeiden, wurden in der Zeit von Mai bis Anfang Juli 1995 mit Ausnahme des Klägers alle

Arbeitnehmer bei der Gebietskrankenkasse auf die Beklagte "umgemeldet". Diese sollte die operativen Aktivitäten der H\*\*\*\*\* KG fortführen und beenden. Die Beklagte übernahm nicht nur die Arbeitnehmer, sondern auch sämtliche Baustellen der H\*\*\*\*\* KG, deren Betriebsmittel, deren Kundenstock und deren gesamte betriebliche Organisation, die Betriebsmittel allerdings nur auf Grund einer Nutzungsvereinbarung. Bis zu dieser Betriebsübernahme war die Beklagte ausschließlich auf dem Tiefbausektor tätig; nun wurde neben dem bisherigen Betrieb der Beklagten der Betrieb der H\*\*\*\*\* KG als "Abteilung Hochbau" weitergeführt. Zur besseren Auslastung dieser Abteilung wurden auch einige Neuaufträge akquiriert. Die H\*\*\*\*\* KG bestand zwar weiter, entfaltete aber keine operative Tätigkeit mehr; mit 30. 7. 1998 legte sie ihre Gewerbeberechtigung zurück.

Dem Kläger wurde von der Beklagten erklärt, er werde nur übernommen, wenn er sein Betriebsmandat zurücklege und eidestätig erkläre, sich nicht mehr als Betriebsrat zu betätigen. Da er dies ablehnte, wurde er weiterhin als Arbeitnehmer der H\*\*\*\*\* KG geführt, obwohl auch er auf den von der Beklagten übernommenen Baustellen arbeitete.

Bis Ende Februar 1996 waren nur mehr drei der übernommenen Baustellen nicht abgeschlossen. Dementsprechend reduzierte die Beklagte den Beschäftigtenstand; die verbliebenen Baustellen wurden mit Arbeitspartien von je vier bis fünf Arbeitnehmern betrieben. Am 27. 2. 1997 wurden die betrieblichen Agenden des von der Beklagten übernommenen Betriebs zu Ende geführt. Seit diesem Zeitpunkt ist der übernommene Betrieb stillgelegt; die Beklagte betreibt seither keine Hochbauagenda mehr und unterhält auf dem Hochbausektor auch keine Beziehungen mehr zu Kunden und Lieferanten. Die Maschinen und Geräte der H\*\*\*\*\* KG wurden an verschiedene Erwerber, teilweise auch an die Beklagte, verkauft.

Bei der H\*\*\*\*\* KG war zuletzt am 26. 5. 1994 ein Betriebsrat gewählt worden, der sich am 27. 6. 1994 konstituiert hatte. Außer dem Kläger wurden noch Johann F\*\*\*\*\* und Ferdinand H\*\*\*\*\* gewählt; Konrad M\*\*\*\*\* und Wilhelm N\*\*\*\*\* waren Ersatzmitglieder. F\*\*\*\*\* (Mitglied) und M\*\*\*\*\* (Ersatzmitglied) "tauschten" allerdings ihre Funktionen. F\*\*\*\*\* wurde am 28. 12. 1995 gekündigt; H\*\*\*\*\* am 3. 1. 1996, B\*\*\*\*\* am 5. 1. 1996, N\*\*\*\*\* am 16. 1. 1996 und M\*\*\*\*\* am 18. 1. 1996. Die gerichtliche Zustimmung zu diesen Kündigungen wurde nicht eingeholt. Nur N\*\*\*\*\* erhielt von der Beklagten eine Wiedereinstellungszusage, allerdings gänzlich unbestimmt, für Frühjahr 1996, je nach Auftragslage. Die Beklagte stellte keinen der genannten Arbeitnehmer wieder ein. Sie lud im Februar 1996 jene Arbeitnehmer, die sie zu Saisonbeginn weiterbeschäftigen wollte, schriftlich zu einer Besprechung ein. Der Kläger und die übrigen Mitglieder bzw Ersatzmitglieder des Betriebsrates wurden nicht eingeladen; sie erfuhrten von Arbeitskollegen, die bei der Besprechung entsprechende Fragen gestellt hatten, dass die nicht Eingeladenen nicht mehr gebraucht würden. B\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* nahmen im Frühjahr 1996 Arbeitsverhältnisse bei anderen Arbeitgebern auf, M\*\*\*\*\* ging mit 1. 5. 1996 in Pension. B\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* erhoben am 12. 9. 1996 Klagen gegen die Beklagte, mit denen sie die Feststellung begehrten, dass ihre Dienstverhältnisse ungelöst aufrecht sind. Die Verfahren sind bis zur rechtskräftigen Erledigung des hier zu beurteilenden Verfahrens unterbrochen.

Bei der Beklagten hatte zum Zeitpunkt der Übernahme des Betriebes der H\*\*\*\*\* KG ebenfalls ein Betriebsrat bestanden, dessen Tätigkeitsdauer im Juni 1996 endete. Die am 18. 7. 1996 durchgeführte Wahl eines neuen Betriebsrates wurde auf Grund einer vom Kläger angestrengten Klage rechtskräftig für rechtsunwirksam erklärt.

Die H\*\*\*\*\* KG kündigte das Dienstverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 1. 12. 1995 für den 17. 12. 1995. Seit diesem Tag erbrachte der Kläger weder für die H\*\*\*\*\* KG noch für die Beklagte weitere Arbeitsleistungen. Auch die Beklagte sprach mehrere Kündigungen aus, und zwar mit Schreiben vom 5. 2. 1996, vom 3. 9. 1996, vom 19. 12. 1996 und vom 3. 3. 1997 sowie mit Schriftsatz vom 17. 4. 1998. Seit 2. 6. 1998 steht der Kläger in einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber.

Der Kläger begehrte in erster Instanz von der Beklagten zuletzt S 752.904,49 sA (Lohn, Feiertagsentgelt, aliquote Weihnachtsremuneration und Trennungsgeld für Mai 1996 bis Mai 1998). Die Beklagte sei neuer Inhaber des Betriebs der H\*\*\*\*\* KG geworden und sei durch die Übernahme dieses in seiner Identität davon nicht berührten Betriebs ex lege in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten. Sämtliche Kündigungen des Arbeitsverhältnisses des Klägers seien unwirksam, weil der Betriebsrat der H\*\*\*\*\* KG bei der Beklagten fortbestanden habe und der Kläger als Betriebsratmitglied nur mit Zustimmung des Gerichtes hätte gekündigt werden können. Die Arbeitsverhältnisse der Mitbetriebsräte des Klägers seien während des Winters 1995/96 lediglich karenziert gewesen.

Die Beklagte beantragte, das Klagebegehrten abzuweisen. Sie bestritt den vom Kläger behaupteten Betriebsübergang;

der Kläger sei weiterhin Arbeitnehmer der H\*\*\*\*\* KG geblieben. Überdies sei die Mitgliedschaft des Klägers zum Betriebsrat zum 1. 12. 1995 bereits erloschen gewesen, weil der Betrieb der H\*\*\*\*\* KG zu diesem Zeitpunkt bereits eingestellt gewesen sei und die weiteren Betriebsratsmitglieder und alle Ersatzmitglieder ihre Funktion niedergelegt gehabt hätten. Im für die Beklagte ungünstigsten Fall sei die Kündigung vom 5. 2. 1996 wirksam, weil um die Jahreswende 1995/96 sämtliche weitere Betriebsratsmitglieder und Ersatzmitglieder gekündigt geworden seien und spätestens damit der Betriebsrat funktionsunfähig geworden sei. Damit habe auch für den Kläger kein Kündigungsschutz mehr bestanden. Die Kündigungen der weiteren Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder seien wirksam, weil sie von den Betroffenen - soweit überhaupt eine gerichtliche Anfechtung erfolgt sei - beträchtlich verspätet angefochten worden seien. Seit der mit August 1996 erfolgten Fertigstellung der übernommenen Baustellen betreibe die Beklagte keine Hochbauaktivitäten mehr, sodass jedenfalls mit diesem Zeitpunkt der allenfalls übernommene Betrieb stillgelegt sei. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt habe daher für den Kläger kein Kündigungsschutz mehr bestanden.

Schließlich stellte die Beklagte den Zwischenantrag auf Feststellung, dass die Übernahme von Baustellen der H\*\*\*\*\* KG keinen Betriebsübergang darstelle und dass die übernommenen Baustellen keine Betriebe und Betriebsteile iS des § 34 ArbVG seien. Schließlich stellte die Beklagte den Zwischenantrag auf Feststellung, dass die Übernahme von Baustellen der H\*\*\*\*\* KG keinen Betriebsübergang darstelle und dass die übernommenen Baustellen keine Betriebe und Betriebsteile iS des Paragraph 34, ArbVG seien.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von S 378.031,31 sA statt; das Mehrbegehren des Klägers und den Zwischenfeststellungsantrag der Beklagten wies es ab. Es stellte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest und vertrat die Rechtsauffassung, dass der Betrieb der H\*\*\*\*\* KG unter Wahrung seiner Identität von der Beklagten übernommen worden sei, die daher gemäß § 3 AVRAG ex lege in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten sei. Ungeachtet der seither einheitlichen Leitung habe der Betrieb der H\*\*\*\*\* KG neben dem bisherigen Betrieb der Beklagten weiterbestanden, weshalb auch der Betriebsrat des übergegangenen Betriebes fortbestanden habe. Bis auf die Kündigung vom 3. 3. 1997 seien daher sämtliche gegenüber dem Kläger ausgespochenen Kündigungen rechtsunwirksam. Die noch von der H\*\*\*\*\* KG ausgesprochene Kündigung sei unwirksam, weil die H\*\*\*\*\* KG zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Arbeitgeber des Klägers gewesen sei. Die folgenden Kündigungen durch die Beklagte seien unwirksam, weil sie entgegen § 120 ArbVG ohne Zustimmung des Gerichtes ausgesprochen worden seien. Hingegen sei die Kündigung vom 3. 3. 1997 wirksam, weil zum 27. 2. 1997 der auf die Beklagte übergegangene Betrieb dauernd eingestellt worden sei, weswegen mit diesem Tag gemäß § 62 Z 1 ArbVG die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates - und damit auch der besondere Bestandschutz des Klägers - geendet habe. Die Ansprüche des Klägers seien daher für die Zeit vom 18. 12. 1995 bis zum 5. 3. 1997 berechtigt, das darüber hinausgehende Mehrbegehren sei abzuweisen. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von S 378.031,31 sA statt; das Mehrbegehren des Klägers und den Zwischenfeststellungsantrag der Beklagten wies es ab. Es stellte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest und vertrat die Rechtsauffassung, dass der Betrieb der H\*\*\*\*\* KG unter Wahrung seiner Identität von der Beklagten übernommen worden sei, die daher gemäß Paragraph 3, AVRAG ex lege in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten sei. Ungeachtet der seither einheitlichen Leitung habe der Betrieb der H\*\*\*\*\* KG neben dem bisherigen Betrieb der Beklagten weiterbestanden, weshalb auch der Betriebsrat des übergegangenen Betriebes fortbestanden habe. Bis auf die Kündigung vom 3. 3. 1997 seien daher sämtliche gegenüber dem Kläger ausgespochenen Kündigungen rechtsunwirksam. Die noch von der H\*\*\*\*\* KG ausgesprochene Kündigung sei unwirksam, weil die H\*\*\*\*\* KG zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Arbeitgeber des Klägers gewesen sei. Die folgenden Kündigungen durch die Beklagte seien unwirksam, weil sie entgegen Paragraph 120, ArbVG ohne Zustimmung des Gerichtes ausgesprochen worden seien. Hingegen sei die Kündigung vom 3. 3. 1997 wirksam, weil zum 27. 2. 1997 der auf die Beklagte übergegangene Betrieb dauernd eingestellt worden sei, weswegen mit diesem Tag gemäß Paragraph 62, Ziffer eins, ArbVG die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates - und damit auch der besondere Bestandschutz des Klägers - geendet habe. Die Ansprüche des Klägers seien daher für die Zeit vom 18. 12. 1995 bis zum 5. 3. 1997 berechtigt, das darüber hinausgehende Mehrbegehren sei abzuweisen.

Das von beiden Seiten angerufene Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge. Mit dem angefochtenen Urteil bestätigte es das Ersturteil, das im Zuspruch von S 29.091 sA unangefochten geblieben war, als Teilurteil, soweit damit das Klagebegehren abgewiesen wurde und dem Kläger - einschließlich des unangefochtenen

gebliebenen Zuspruchs - S 277.550,75 samt 4 % Zinsen seit 27. 3. 1998 zugesprochen wurden. Im Übrigen - nämlich im Zuspruch weiterer S 100.480,56 sA und im Kostenpunkt - hob es das Ersturteil mit Beschluss auf und verwies die Sache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes und billigte auch dessen Rechtsauffassung, dass die Beklagte den Betrieb der H\*\*\*\*\* KG übernommen habe und daher gemäß § 3 AVRAG in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten sei, dass der Betrieb - und damit auch der Betriebsrat der H\*\*\*\*\* KG - bei der Beklagten fortbestanden habe und daher der Kläger Kündigungsschutz genossen habe. Wie das Erstgericht ging auch das Berufungsgericht davon aus, dass das Dienstverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 3. 3. 1997 beendet worden sei, weil zu diesem Zeitpunkt der übernommene Betrieb dauernd eingestellt gewesen sei und damit kein Bestandschutz mehr für den Kläger bestanden habe. Der Einwand der Beklagten, der Kündigungsschutz sei früher weggefallen, weil der Betriebsrat schon durch die Kündigungen aller weiterer Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder funktionsunfähig geworden sei, sei unzutreffend, weil die Kündigungen des Betriebsratsmitglieds H\*\*\*\*\* und - sofern man vom Ausscheiden F\*\*\*\*\* aus dem Betriebsrat ausgehe - des nachrückenden Ersatzmitglieds B\*\*\*\*\* mangels Zustimmung des Gerichtes unwirksam geblieben seien. Diese Unwirksamkeit sei auch nicht dadurch geheilt worden, dass sich die Gekündigten nicht mehr zur Arbeit gemeldet hätten. Es sei die Beklagte gewesen, die im Frühjahr 1996 eine neuerliche Beschäftigung der Gekündigten abgelehnt habe. Diese seien nicht verpflichtet gewesen, ihre Arbeitsbereitschaft immer wieder von neuem zu bekunden. Dass sie letztlich andere Arbeitsverhältnisse eingegangen seien, könne ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, weil sie dazu zwecks Bestreitung ihres Lebensunterhaltes und zur Vermeidung des Einwandes, sie hätten es absichtlich versäumt, anderweitig Entgelt zu verdienen, genötigt gewesen seien. Die Betroffenen hätten die Kündigungen am 12. 9. 1996 auch angefochten; eine unverzügliche Klageführung, wie sie die Beklagte für erforderlich halte, sei nicht notwendig. Damit habe der Betriebsrat aber bis zur Stilllegung des Betriebs fortbestanden. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes und billigte auch dessen Rechtsauffassung, dass die Beklagte den Betrieb der H\*\*\*\*\* KG übernommen habe und daher gemäß Paragraph 3, AVRAG in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten sei, dass der Betrieb - und damit auch der Betriebsrat der H\*\*\*\*\* KG - bei der Beklagten fortbestanden habe und daher der Kläger Kündigungsschutz genossen habe. Wie das Erstgericht ging auch das Berufungsgericht davon aus, dass das Dienstverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 3. 3. 1997 beendet worden sei, weil zu diesem Zeitpunkt der übernommene Betrieb dauernd eingestellt gewesen sei und damit kein Bestandschutz mehr für den Kläger bestanden habe. Der Einwand der Beklagten, der Kündigungsschutz sei früher weggefallen, weil der Betriebsrat schon durch die Kündigungen aller weiterer Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder funktionsunfähig geworden sei, sei unzutreffend, weil die Kündigungen des Betriebsratsmitglieds H\*\*\*\*\* und - sofern man vom Ausscheiden F\*\*\*\*\* aus dem Betriebsrat ausgehe - des nachrückenden Ersatzmitglieds B\*\*\*\*\* mangels Zustimmung des Gerichtes unwirksam geblieben seien. Diese Unwirksamkeit sei auch nicht dadurch geheilt worden, dass sich die Gekündigten nicht mehr zur Arbeit gemeldet hätten. Es sei die Beklagte gewesen, die im Frühjahr 1996 eine neuerliche Beschäftigung der Gekündigten abgelehnt habe. Diese seien nicht verpflichtet gewesen, ihre Arbeitsbereitschaft immer wieder von neuem zu bekunden. Dass sie letztlich andere Arbeitsverhältnisse eingegangen seien, könne ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, weil sie dazu zwecks Bestreitung ihres Lebensunterhaltes und zur Vermeidung des Einwandes, sie hätten es absichtlich versäumt, anderweitig Entgelt zu verdienen, genötigt gewesen seien. Die Betroffenen hätten die Kündigungen am 12. 9. 1996 auch angefochten; eine unverzügliche Klageführung, wie sie die Beklagte für erforderlich halte, sei nicht notwendig. Damit habe der Betriebsrat aber bis zur Stilllegung des Betriebs fortbestanden.

Hingegen sei die Berufung der Beklagten gegen den Zuspruch von Trennungsgeld berechtigt, weil die für diesen Zuspruch erforderlichen Tatsachenfeststellungen fehlten. Insofern sei daher das Ersturteil aufzuheben.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richten sich die Revisionen beider Seiten.

Der Kläger bekämpft es, soweit darin die vom Erstgericht vorgenommene Abweisung des Teilbegehrens von S 374.873,18 sA bestätigt wurde. Er macht unrichtige rechtliche Beurteilung geltend und beantragt, die Urteile der Vorinstanzen dahin abzuändern, dass auch diesem Begehrung stattgegeben werde. Hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Die Beklagte bekämpft das Berufungsurteil, soweit es den Zuspruch eines S 29.091,- übersteigenden Betrags bestätigt. Sie macht unrichtige rechtliche Beurteilung und Mängelhaftigkeit des Verfahrens geltend und beantragt, die angefochtene Entscheidung im bekämpften Umfang im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens abzuändern.

Hilfsweise stellt auch sie einen Aufhebungsantrag.

Die Revision des Klägers ist nicht berechtigt; hingegen kommt der Revision der Beklagten teilweise Berechtigung zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass die Beklagte iS§ 3 AVRAG durch die Übernahme des Betriebes der H\*\*\*\*\* KG in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten ist. Es ist auch nicht mehr strittig, dass der übernommene Betrieb zunächst bei der Beklagten als selbständiger Betrieb fortgeführt wurde und dass daher auch der Betriebsrat, dessen Vorsitzender der Kläger war, nach der Betriebsübernahme fortbestand, weshalb der Kläger als Betriebsratsmitglied Bestandschutz genoss. Strittig ist nur mehr, wann das Arbeitsverhältnis des Klägers beendet wurde, wobei die Beklagte bereits die Kündigung vom 5. 2. 1996 für wirksam erachtet, während der Kläger die von den Vorinstanzen angenommene Betriebsstilllegung mit 27. 2. 1997 bestreitet und davon ausgeht, dass sein Dienstverhältnis bis Ende Mai 1998 fortbestanden habe. Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass die Beklagte iS Paragraph 3, AVRAG durch die Übernahme des Betriebes der H\*\*\*\*\* KG in das Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten ist. Es ist auch nicht mehr strittig, dass der übernommene Betrieb zunächst bei der Beklagten als selbständiger Betrieb fortgeführt wurde und dass daher auch der Betriebsrat, dessen Vorsitzender der Kläger war, nach der Betriebsübernahme fortbestand, weshalb der Kläger als Betriebsratsmitglied Bestandschutz genoss. Strittig ist nur mehr, wann das Arbeitsverhältnis des Klägers beendet wurde, wobei die Beklagte bereits die Kündigung vom 5. 2. 1996 für wirksam erachtet, während der Kläger die von den Vorinstanzen angenommene Betriebsstilllegung mit 27. 2. 1997 bestreitet und davon ausgeht, dass sein Dienstverhältnis bis Ende Mai 1998 fortbestanden habe.

Die Beklagte macht geltend, dass der Bestandschutz des Klägers mit der Kündigung der weiteren Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder und der dadurch bewirkten Funktionsunfähigkeit des Betriebsrates weggefallen sei. Diese Kündigungen seien jedenfalls wirksam, weil die Gekündigten das Fortbestehen ihrer Arbeitsverhältnisse erst mit den Klagen vom 12. 9. 1996 geltend gemacht hätten, vorher aber in keiner Weise hätten erkennen lassen, dass sie mit der Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse nicht einverstanden seien; vielmehr hätten sie bei anderen Arbeitgebern zu arbeiten begonnen.

Dieser Einwand erweist sich im Wesentlichen als berechtigt.

Gemäß § 62 Z 2 ArbVG endet die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates vor Ablauf der Funktionsperiode, wenn der Betriebsrat dauernd funktionsunfähig wird, insbesondere wenn die Zahl der Mitglieder unter die Hälfte der im § 50 Abs 1 ArbVG festgesetzten Mitgliederzahl sinkt. Dies hat gemäß § 120 Abs 3 ArbVG zur Folge, dass der Bestandschutz der bisherigen Betriebsratsmitglieder nach drei Monaten endet (zur sofortigen Beendigung des Bestandschutzes führt nur die dauernde Einstellung des Betriebs). Sind daher die von der Beklagten ins Treffen geführten Kündigungen der beiden weiteren Betriebsratsmitglieder und der für ein Nachrücken in Betracht kommenden Ersatzmitglieder wirksam geworden, bedeutet dies, dass der Bestandschutz des Klägers drei Monate später erloschen ist. Gemäß Paragraph 62, Ziffer 2, ArbVG endet die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates vor Ablauf der Funktionsperiode, wenn der Betriebsrat dauernd funktionsunfähig wird, insbesondere wenn die Zahl der Mitglieder unter die Hälfte der im Paragraph 50, Absatz eins, ArbVG festgesetzten Mitgliederzahl sinkt. Dies hat gemäß Paragraph 120, Absatz 3, ArbVG zur Folge, dass der Bestandschutz der bisherigen Betriebsratsmitglieder nach drei Monaten endet (zur sofortigen Beendigung des Bestandschutzes führt nur die dauernde Einstellung des Betriebs). Sind daher die von der Beklagten ins Treffen geführten Kündigungen der beiden weiteren Betriebsratsmitglieder und der für ein Nachrücken in Betracht kommenden Ersatzmitglieder wirksam geworden, bedeutet dies, dass der Bestandschutz des Klägers drei Monate später erloschen ist.

Im Gegensatz zur Meinung des Berufungsgerichtes vertritt der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass im Falle einer unwirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses der - weitere Leistungsbereitschaft voraussetzende - Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers nicht zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden kann. Dies wurde ua mit einem Klarstellungsinteresse des Vertragspartners begründet, das aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als synallagmatisches Dauerschuldverhältnis und aus der Wahlmöglichkeit des Arbeitnehmers zwischen der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und der Geltendmachung entlassungsabhängiger Ansprüche abgeleitet wird. Mangels einer gesetzlichen Frist ist dabei die zeitliche Grenze, bis zu der eine Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs möglich ist, in jedem Fall unter Bedachtnahme auf § 863 ABGB zu ziehen und zu beurteilen, ob das Verhalten des Arbeitnehmers als stillschweigendes Einverständnis mit der Beendigung bzw als Verzicht auf die

Geltendmachung der Unzulässigkeit der Beendigung aufzufassen ist (Arb 7744; 8588; 11.023; 11.402; ZAS 1999/3; RdW 1998, 418; zuletzt 9 ObA 160/99s). Wiederholt wurde dabei betont, dass die bloße Nichtgeltendmachung des Anspruchs durch längere Zeit für sich allein in der Regel noch keinen Verzicht dokumentiert; vielmehr müssten besondere Umstände hinzukommen, welche die spätere Geltendmachung als unzulässig erscheinen lassen (Arb 11.402; RdW 1998, 418). Im Gegensatz zur Meinung des Berufungsgerichtes vertritt der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass im Falle einer unwirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses der - weitere Leistungsbereitschaft voraussetzende - Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers nicht zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden kann. Dies wurde ua mit einem Klarstellungsinteresse des Vertragspartners begründet, das aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als synallagmatisches Dauerschuldverhältnis und aus der Wahlmöglichkeit des Arbeitnehmers zwischen der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und der Geltendmachung entlassungsabhängiger Ansprüche abgeleitet wird. Mangels einer gesetzlichen Frist ist dabei die zeitliche Grenze, bis zu der eine Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs möglich ist, in jedem Fall unter Bedachtnahme auf Paragraph 863, ABGB zu ziehen und zu beurteilen, ob das Verhalten des Arbeitnehmers als stillschweigendes Einverständnis mit der Beendigung bzw als Verzicht auf die Geltendmachung der Unzulässigkeit der Beendigung aufzufassen ist (Arb 7744; 8588; 11.023; 11.402; ZAS 1999/3; RdW 1998, 418; zuletzt 9 ObA 160/99s). Wiederholt wurde dabei betont, dass die bloße Nichtgeltendmachung des Anspruchs durch längere Zeit für sich allein in der Regel noch keinen Verzicht dokumentiert; vielmehr müssten besondere Umstände hinzukommen, welche die spätere Geltendmachung als unzulässig erscheinen lassen (Arb 11.402; RdW 1998, 418).

Diese Überlegungen kommen gerade auch hier zum Tragen, weil angesichts des Umstandes, dass die gekündigten Betriebsratsmitglieder bzw allenfalls nachrückende Ersatzmitglieder sind, das ohnedies in jedem Fall bestehende Klarstellungsinteresse des Arbeitgebers besonders stark ausgeprägt ist. Schließlich muss im Falle der Kündigung eines - oder wie hier sogar mehrerer - Betriebsratsmitglieder in absehbarer Zeit Klarheit herrschen, wie der Betriebsrat zusammengesetzt ist bzw ob - wie hier - überhaupt noch ein funktionsfähiger Betriebsrat besteht, weil davon ja die für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten erforderliche Handlungsfähigkeit der Arbeitnehmerschaft des Betriebs abhängt. Aus eben diesem Grund besteht neben dem Interesse des Arbeitgebers an der Klarstellung, ob die Kündigung wirksam ist, auch ein vehementes Klarstellungsinteresse der Belegschaft, die ja ebenfalls Kenntnis von Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit des Betriebsrates haben muss.

Vor diesem Hintergrund kommt daher dem Umstand, dass die gekündigten Betriebsrats- und Ersatzmitglieder die Unzulässigkeit ihrer um die Jahreswende 1995/1996 ausgesprochenen Kündigungen erst am 12. 9. 1996 klageweise geltend gemacht haben, erhöhte Bedeutung zu, wobei hier zum Zuwarten mit der gerichtlichen Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs noch der Umstand tritt, dass die Gekündigten bis zur Erhebung ihrer Klagen dem Arbeitgeber gegenüber die Rechtswirksamkeit ihrer Kündigung nicht bestritten und mit keinem Wort den später behaupteten Fortsetzungsanspruch geltend gemacht haben. Selbst wenn man davon absieht, dass die Gekündigten überdies bereits im Frühjahr 1996 andere Arbeitsverhältnisse eingingen - insofern steht nicht fest, ob dies dem Arbeitgeber bekannt wurde - musste dieser daher deren Verhalten ohne "vernünftigen Grund, daran zu zweifeln" (§ 863 ABGB) als Verzicht der Gekündigten auf die Geltendmachung eines Fortsetzungsanspruchs deuten. Vor diesem Hintergrund kommt daher dem Umstand, dass die gekündigten Betriebsrats- und Ersatzmitglieder die Unzulässigkeit ihrer um die Jahreswende 1995/1996 ausgesprochenen Kündigungen erst am 12. 9. 1996 klageweise geltend gemacht haben, erhöhte Bedeutung zu, wobei hier zum Zuwarten mit der gerichtlichen Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs noch der Umstand tritt, dass die Gekündigten bis zur Erhebung ihrer Klagen dem Arbeitgeber gegenüber die Rechtswirksamkeit ihrer Kündigung nicht bestritten und mit keinem Wort den später behaupteten Fortsetzungsanspruch geltend gemacht haben. Selbst wenn man davon absieht, dass die Gekündigten überdies bereits im Frühjahr 1996 andere Arbeitsverhältnisse eingingen - insofern steht nicht fest, ob dies dem Arbeitgeber bekannt wurde - musste dieser daher deren Verhalten ohne "vernünftigen Grund, daran zu zweifeln" (Paragraph 863, ABGB) als Verzicht der Gekündigten auf die Geltendmachung eines Fortsetzungsanspruchs deuten.

Daran ändert der Umstand nichts, dass die Gekündigten allenfalls im Hinblick auf den Zeitpunkt der Kündigung mit einer Wiedereinstellung im Frühjahr 1996 rechneten. Nach den Feststellungen war nämlich bereits im Februar 1996, als die Gekündigten nicht zur Besprechung mit den für eine Weiterbeschäftigung vorgesehenen Arbeitnehmern eingeladen wurden, hinreichend klargestellt, dass die Beklagte sie nicht weiterbeschäftigen wollte. Von diesem

Umstand haben die Gekündigten - wie festgestellt - auch erfahren. Trotzdem haben sie auch jetzt die Wirksamkeit der Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse nicht bestritten und mit ihren Klagen noch mehr als ein weiteres halbes Jahr zugewartet. Angesichts des hier besonders ausgeprägten Klarstellungsinteresses des Arbeitgebers und der Belegschaft reicht aber bereits dieses Verhalten der Gekündigten für die Annahme eines Verzichts auf die Geltendmachung ihres Fortsetzungsanspruchs aus.

Dafür, dass die Arbeitsverhältnisse der Gekündigten in Wahrheit nur karenziert worden seien, fehlt im festgestellten Sachverhalt jeglicher Hinweis. Auch konkrete Tatsachenbehauptungen des Klägers, aus denen ungeachtet der Feststellung, die in Betracht kommenden Arbeitsverhältnisse seien gekündigt geworden, auf eine Karenzierung geschlossen werden könnte, fehlen.

Haben aber die Gekündigten auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit ihrer Kündigungen verzichtet, sind diese Kündigungen mit dem darin angegebenen Termin wirksam geworden.

Allerdings wurde nur festgestellt, wann die Kündigungen der Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder erfolgten; zu welchen Terminen die Kündigungen ausgesprochen wurden, wurde hingegen weder behauptet, noch festgestellt. Nähere Klarstellungen dazu sind aber aus folgenden Überlegungen nicht erforderlich. Da - was die Beklagte übersieht - der Bestandschutz des Klägers gemäß § 120 Abs 3 ArbVG drei Monate über den Eintritt der Funktionsunfähigkeit des Betriebsrates hinauswirkt, war der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung vom 5. 2. 1996 jedenfalls noch kündigungsgeschützt. Zum Zeitpunkt der nächsten ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung - nämlich am 3. 9. 1996 - hat hingegen der Bestandschutz des Klägers nicht mehr bestanden. Anders wäre dies nur, wenn die weiteren Betriebsrats- und Ersatzmitglieder, deren Kündigungen in der Zeit zwischen 28. 12. 1995 und 18. 1. 1996 ausgesprochen wurden, unter Einhaltung einer mehr als viermonatigen Kündigungsfrist mit einem nach dem 3. 6. 1996 gelegenen Zeitpunkt gekündigt worden wären. Dies kann aber - zumal die Gekündigten bei der Beklagten als Arbeiter beschäftigt waren (aus Beil ./E geht hervor, dass sie Mitglieder des Arbeiterbetriebsrates waren; vgl. auch die von ihnen selbst angegebenen Berufsbezeichnungen bei den Einvernahmen in der Tagsatzung vom 2. 7. 1996) mangels entsprechender Behauptungen nicht unterstellt werden (gemäß § 77 GewO 1859 beträgt bei Arbeitern die Kündigungsfrist mangels abweichender Vereinbarungen 14 Tage). Die in ON 38 erliegenden Versicherungsdatenauszüge legen vielmehr die Annahme nahe, dass die Kündigung M\*\*\*\*\* zum 24. 1. 1996 erfolgte, während F\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* mit sofortiger Wirkung gekündigt wurden. Damit bleibt die von der Revision ins Treffen geführte Kündigung des Klägers vom 5. 2. 1996 zwar unwirksam; zum Zeitpunkt der Kündigung vom 3. 9. 1996 war der Bestandschutz des Klägers aber jedenfalls erloschen, sodass diese Kündigung wirksam ausgesprochen wurde und mit dem darin angegebenen Kündigungstermin - nämlich mit dem 6. 9. 1996 (Beil ./G) - das Arbeitsverhältnis beendet hat. Allerdings wurde nur festgestellt, wann die Kündigungen der Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder erfolgten; zu welchen Terminen die Kündigungen ausgesprochen wurden, wurde hingegen weder behauptet, noch festgestellt. Nähere Klarstellungen dazu sind aber aus folgenden Überlegungen nicht erforderlich. Da - was die Beklagte übersieht - der Bestandschutz des Klägers gemäß Paragraph 120, Absatz 3, ArbVG drei Monate über den Eintritt der Funktionsunfähigkeit des Betriebsrates hinauswirkt, war der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung vom 5. 2. 1996 jedenfalls noch kündigungsgeschützt. Zum Zeitpunkt der nächsten ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung - nämlich am 3. 9. 1996 - hat hingegen der Bestandschutz des Klägers nicht mehr bestanden. Anders wäre dies nur, wenn die weiteren Betriebsrats- und Ersatzmitglieder, deren Kündigungen in der Zeit zwischen 28. 12. 1995 und 18. 1. 1996 ausgesprochen wurden, unter Einhaltung einer mehr als viermonatigen Kündigungsfrist mit einem nach dem 3. 6. 1996 gelegenen Zeitpunkt gekündigt worden wären. Dies kann aber - zumal die Gekündigten bei der Beklagten als Arbeiter beschäftigt waren (aus Beil ./E geht hervor, dass sie Mitglieder des Arbeiterbetriebsrates waren; vergleiche auch die von ihnen selbst angegebenen Berufsbezeichnungen bei den Einvernahmen in der Tagsatzung vom 2. 7. 1996) mangels entsprechender Behauptungen nicht unterstellt werden (gemäß Paragraph 77, GewO 1859 beträgt bei Arbeitern die Kündigungsfrist mangels abweichender Vereinbarungen 14 Tage). Die in ON 38 erliegenden Versicherungsdatenauszüge legen vielmehr die Annahme nahe, dass die Kündigung M\*\*\*\*\* zum 24. 1. 1996 erfolgte, während F\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* mit sofortiger Wirkung gekündigt wurden. Damit bleibt die von der Revision ins Treffen geführte Kündigung des Klägers vom 5. 2. 1996 zwar unwirksam; zum Zeitpunkt der Kündigung vom 3. 9. 1996 war der Bestandschutz des Klägers aber jedenfalls erloschen, sodass diese Kündigung wirksam ausgesprochen wurde und mit dem darin angegebenen Kündigungstermin - nämlich mit dem 6. 9. 1996 (Beil ./G) - das Arbeitsverhältnis beendet hat.

Da der Kläger nicht behauptet hat, dass die Kündigung fristwidrig erfolgte, stehen ihm die von ihm geltend gemachten Ansprüche nur für die Zeit bis zum 6. 9. 1996 zu. Auf der Grundlage der mit ON 42 vorgelegten Lohnaufstellung, die in ihrer Richtigkeit nicht strittig ist, errechnet sich daher - einschließlich des bereits rechtskräftig zugesprochenen Betrages von S 29.091,- - ein Gesamtanspruch von S 158.433,20.

Damit erweist sich die Revision des Klägers als nicht berechtigt. Hingegen waren die Entscheidungen der Vorinstanzen in teilweiser Stattgebung der Revision der Beklagten iS des Zuspruchs dieses Betrages und der Abweisung des (nicht die geltend gemachten Trennungsgelder betreffenden) Mehrbegehrens des Klägers abzuändern.

Das die Trennungsgelder betreffende Begehren - insoweit hat das Berufungsgericht das Ersturteil aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zurückverwiesen - ist nicht Gegenstand dieser Revisionsentscheidung.

Der Vorbehalt der Entscheidung über die den bereits erledigten Teil des Verfahrens betreffenden Kosten aller Instanzen gründet sich auf § 52 Abs 2 ZPO. Der Vorbehalt der Entscheidung über die den bereits erledigten Teil des Verfahrens betreffenden Kosten aller Instanzen gründet sich auf Paragraph 52, Absatz 2, ZPO.

#### **Anmerkung**

E56584 09B02769

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:009OBA00276.99Z.1201.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19991201\_OGH0002\_009OBA00276\_99Z0000\_000

**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](http://www.jusline.at)