

# TE OGH 2018/6/28 9ObA30/18d

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.06.2018

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Ingomar Stupar und Mag. Thomas Kallab in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* K\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Hannes Huber, Dr. Georg Lugert, Rechtsanwälte in Melk, gegen die beklagte Partei R\*\*\*\*\* eGen, \*\*\*\*\*, vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG in St. Pölten, wegen Anfechtung einer Kündigung (§ 105 ArbVG), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. Jänner 2018, GZ 7 Ra 83/17b-15, mit dem der Berufung der klagenden Partei nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin war seit 1. 7. 1985 bei der Beklagten bzw ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Am 18. 11. 2016 kündigte die Beklagte ihr Dienstverhältnis und stellte die Klägerin dienstfrei.

Die Klägerin begehrte, die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit für rechtsunwirksam zu erklären. Soweit im Revisionsverfahren relevant, brachte sie vor, der Betriebsratsvorsitzende habe der Klagevertreterin über am 28. 11. 2016 erfolgte Nachfrage, was er von der Kündigung wüsste, mitgeteilt, dass er am 15. oder 16. 11. 2016 von der Kündigungsabsicht informiert worden sei. Als ihm die Klagevertreterin mitgeteilt habe, dass zwischen der Information des Betriebsrats und dem Ausspruch der Kündigung mindestens eine Woche vergehen müsse, habe er gemeint, er sei jedenfalls rechtzeitig informiert und die Frist sicherlich gewahrt worden. Ein mit 17. 11. 2016 datiertes Schreiben, in dem der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt habe, habe er nicht erwähnt; die diesbezügliche pdf-Datei sei erst am 28. 11. 2016 erstellt worden. Es werde daher bestritten, dass der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt habe und die dafür erforderliche 2/3-Mehrheit bei der Abstimmung vorgelegen sei. Es sei davon auszugehen, dass das Vorverfahren nicht eingehalten worden sei und die Kündigung damit nichtig sei.

Die Beklagte bestritt, dass das Betriebsratsvorverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und beantragte Klagsabweisung. Am 27. 10. 2016 habe die Direktorin der Beklagten den Betriebsratsvorsitzenden konkret über die bevorstehende Kündigung der Klägerin informiert. Ein Kündigungstermin sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt gegeben worden. Am 16. 11. 2016 habe sie den Betriebsratsvorsitzenden informiert, dass der Klägerin in einem Gespräch am 18. 11. 2016 die Kündigung ausgesprochen werden solle. Am 17. 11. 2016 habe der Betriebsrat ausdrücklich seine Zustimmung zur Kündigung erteilt. Am 18. 11. 2016 sei die Kündigung erfolgt. Ende Oktober 2016 sei die Kündigung der Klägerin bereits konkret geplant gewesen. Der Inhalt der Verständigung am 27. 10. 2016 sei vollkommen ausreichend gewesen. Es müsse ein konkretes Arbeitsverhältnis bezeichnet werden, das gekündigt werde solle. Zwischen der geplanten Kündigung am 27. 10. 2016, der Verständigung des Betriebsrats am 16. 11. 2016 über den konkreten Kündigungstermin und dem Ausspruch über die Kündigung am 18. 11. 2016 liege der erforderliche zeitliche und sachliche Zusammenhang vor. Nachforschungspflichten über das ordnungsgemäße Zustandekommen des Beschlusses des Betriebsrats trafen sie nicht. Aufgrund der Zustimmung des Betriebsrats (Sperrrecht) könne die Kündigung nicht wegen Sozialwidrigkeit angefochten werden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Dabei ging es von folgendem Sachverhalt aus:

„Am 27. 10. 2016 wurde der Betriebsratsvorsitzende \*\*\*\*\* von der personalverantwortlichen Vorgesetzten der Klägerin, Dir. \*\*\*\*\*, informiert, dass die Kündigung der Klägerin beabsichtigt sei und vorbereitet werde. Ein konkreter Termin wurde dabei noch nicht bekanntgegeben. Der Betriebsratsvorsitzende \*\*\*\*\* informierte die anderen Betriebsratsmitglieder \*\*\*\*\* und \*\*\*\*\*hievon. Am 16. 11. 2016 wurde der Betriebsratsvorsitzende \*\*\*\*\* von Dir. \*\*\*\*\* informiert, dass das Kündigungsgespräch und die konkrete Kündigung des Dienstverhältnisses nunmehr für den 18. 11. 2016 geplant sei und dass eine Zustimmung des Betriebsrats allenfalls erforderlich sei. Der Betriebsratsvorsitzende \*\*\*\*\* hatte bereits nach der ersten Verständigung (27. 10. 2016), die noch ohne konkreten Termin war, mit den anderen Betriebsratsmitgliedern gesprochen und wurde dabei einstimmig die Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten Kündigung beschlossen. Die schriftliche Zustimmung zur geplanten Kündigung der Klägerin am 18. 11. wurde Dir. \*\*\*\*\* am 17. 11. 2016 durch den Betriebsratsvorsitzenden \*\*\*\*\* übermittelt. Der mündliche Beschluss des Betriebsrats, dass der Kündigung zugestimmt werde, erfolgte unmittelbar nach der Verständigung vom 27. 10. 2016 mündlich. Die schriftliche Mitteilung durch den Betriebsratsvorsitzenden an die Dir. \*\*\*\*\*, dass der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung der Klägerin zustimme, wurde, wie bereits oben angeführt, am 17. 11. 2016 übermittelt. Dieses Schreiben vom 17. 11. 2016 war gerichtet an die Geschäftsleitung der R\*\*\*\*\* e.Gen. und unterzeichnet mit Betriebsrat R\*\*\*\*\* e.Gen. Es hatte folgenden Inhalt: „Sehr geehrte Geschäftsleitung! Der Betriebsrat der R\*\*\*\*\* e.Gen. wurde ordnungsgemäß über die bevorstehende Kündigung der Mitarbeiterin \*\*\*\*\* informiert. Der Kündigung wird zugestimmt. Mit freundlichen Grüßen.“ Vor Übergabe dieses Schreibens hatte der Betriebsratsvorsitzende \*\*\*\*\* bereits mit Email vom 17. 11. 2016, 12:08 Uhr, Dir. \*\*\*\*\* mitgeteilt: „Hallo \*\*\*\*\*! Der Betriebsrat stimmt der Kündigung von Mitarbeiterin \*\*\*\*\* zu. LG, \*\*\*\*\*.“ Nach Erhalt dieser E-Mail ließ Dir. \*\*\*\*\* von ihrer Assistentin das Schreiben des Inhalts ./1 vom 17. 11. 2016 konzipieren, da sie ein formelles Schriftstück über die Zustimmung haben wollte. Dieses Konzept wurde dem Betriebsratsvorsitzenden übermittelt, der es nach diesem Konzept in ein Word-Dokument übernahm, ausdruckte, unterfertigte und es auch vom Betriebsratsmitglied \*\*\*\*\* unterschreiben ließ, der es dann zur Bankstellenleitersitzung, welche um 14:00 Uhr erfolgte, mitbrachte. Die Beschlussfassung zur Zustimmung der Kündigung der Klägerin vom 27. 10. 2016 erfolgte wie bereits angeführt, einstimmig.“

In rechtlicher Hinsicht legte das Erstgericht die für die Stellungnahme des Betriebsrats normierte Frist des § 105 Abs 1 ArbVG dahin aus, dass ihm „jedenfalls (zumindest)“ eine Woche zur Stellungnahme zu gewähren sei und lediglich eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ohne Stellungnahme rechtsunwirksam sei. Soweit der Betriebsrat nach der Verständigung am 27. 10. 2016 den Beschluss gefasst habe, der Kündigung zuzustimmen, sei dieser im Innenverhältnis rechtswirksam zustande gekommen. Soweit der Betriebsratsvorsitzende am 16. 11. 2016 vom konkreten Termin informiert worden sei, sei eine neuerliche Befassung des Gremiums nicht mehr erforderlich gewesen. Die ausdrückliche Zustimmung am 17. 11. 2016 sei rechtswirksam erfolgt. Dies gelte selbst bei Annahme, dass mit der Mitteilung des konkreten Kündigungstermins am 16. 11. 2016 die Frist erneut ausgelöst worden wäre, weil die Beklagte von der Richtigkeit der Mitteilung des Betriebsratsvorsitzenden, dass der Betriebsrat zustimme, habe ausgehen dürfen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin keine Folge. Das darin enthaltene Vorbringen der Klägerin, dass

die der Beklagten am 17. 11. 2017 zur Kenntnis gebrachte Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung der Klägerin verspätet gewesen sei, weil der Betriebsrat bereits am 27. 10. 2017 über die Kündigung informiert worden sei, verstoße gegen das Neuerungsverbot. Die Berufung gehe schon deshalb ins Leere. Im Übrigen sei die einwöchige Frist zwar eine nicht verlängerbare Höchstfrist. Auch die zweite Mitteilung sei aber als Verständigung iSd § 105 Abs 1 ArbVG zu qualifizieren, zu der der Betriebsrat rechtzeitig seine Zustimmung erteilt habe.

In ihrer dagegen gerichteten außerordentlichen Revision beantragt die Klägerin die Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung an das Erstgericht.

Die Beklagte beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

1 . Die Klägerin richtet sich zunächst dagegen, dass sie mit ihren Berufungsausführungen zur Verspätung der Zustimmung des Betriebsrats gegen das Neuerungsverbot des § 482 ZPO verstoßen habe.

Darin ist ihr beizupflichten. Sie bestritt schon in ihrer Klage, dass der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hätte. Ihr Vorbringen ist hier auch dahin zu verstehen, dass sie damit auch eine (fristgerechte) Verständigung der Beklagten von einer solchen Zustimmung bestritt, zumal sich die Beklagte selbst nur auf eine Zustimmung des Betriebsrats vom 17. 11. 2016 berief. Im Berufungsvorbringen, dass die erst am 17. 11. 2016 erteilte Zustimmung zu der schon am 27. 10. 2016 bekanntgegebenen Kündigungsabsicht der Beklagten verspätet war, ist daher kein neues Tatsachenvorbringen, sondern eine rechtliche Qualifikation des vom Erstgericht festgestellten Vorgangs zu sehen, dem das Neuerungsverbot nicht entgegensteht (vgl RIS-Justiz RS0016473; RS0042011).

2. Zurecht richtet sich die Klägerin gegen die Annahme einer fristgerechten Zustimmung des Betriebsrats.

2.1. Gemäß § 105 Abs 1 ArbVG hat der Betriebsinhaber vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen, der innerhalb einer Woche hierzu Stellung nehmen kann.

Gemäß § 105 Abs 6 ArbVG kann dann, wenn der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung innerhalb der in Abs 1 genannten Frist ausdrücklich zugestimmt hat, die Kündigung gemäß Abs 3 Z 2 nicht angefochten werden (sog Sperrerecht des Betriebsrats).

2.2. Zweck des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens ist die Wahrung der Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmerschaft, wobei einerseits auf die Interessen der zu Kündigenden hinreichend eingegangen wird und andererseits aber auch die Situation der gesamten Belegschaft Berücksichtigung finden soll (Wolliger in ZellKomm II2 § 105 ArbVG Rz 28 f).

2.3. Eine Verständigung nach § 105 Abs 1 ArbVG kann dabei stets nur eine Absichtserklärung sein: Dadurch soll es dem Betriebsrat ermöglicht werden, sich in den Kündigungsfall rechtzeitig einzuschalten und den Betriebsinhaber unter Umständen zu veranlassen, von der beabsichtigten Kündigung abzusehen (RIS-Justiz RS0051609). Ein bestimmter Kündigungstermin muss in der Verständigung nicht genannt sein, denn Gegenstand bzw Zweck des allgemeinen Kündigungsschutzes ist die Inhaltskontrolle der Kündigung (Schrank in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 21). Ist eine Kündigung aber noch nicht konkret geplant, sondern finden erst allgemeine Gespräche über eine mögliche künftige Kündigung statt und wird der Betriebsrat darüber verständigt, so ist dies noch nicht als Verständigung iSd Abs 1 zu verstehen (Trost in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 105 Rz 146 mwn). Daher wird auch formuliert, die Verständigungspflicht greife bei jeder „konkret beabsichtigten Kündigung“ (Schrank in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 19). Die Verständigung von einer erst bei Eintritt verschiedener Umstände geplanten Kündigung ist nicht konkret genug, um die Voraussetzungen des § 105 ArbVG zu erfüllen (s RIS-Justiz RS0051615; s auch Wolliger in ZellKomm II2 § 105 Rz 39).

2.4. Das Gesetz schreibt keine bestimmte Frist für die Verständigung in dem Sinne vor, dass zwischen Verständigung des Betriebsrats und Ausspruch der Kündigung eine bestimmte Frist nicht überschritten werden dürfte. Es muss aber zwischen der Verständigung des Betriebsrats durch den Betriebsinhaber einerseits und der Kündigungserklärung

andererseits ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang bestehen. Ein solcher Zusammenhang wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn es sich um einen einzigen Kündigungsfall handelt und wenn die Kündigung zum ehest zulässigen Termin oder innerhalb einer Frist von wenigen Wochen ausgesprochen wird (RIS-Justiz RS0051425).

2.5. Die Stellungnahme des Betriebsrats ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die an keine bestimmte Form gebunden und gegenüber dem Betriebsinhaber abzugeben ist. Die Beurteilung des Inhalts einer solchen Erklärung richtet sich danach, wie die Erklärung objektiv unter Würdigung der dem Betriebsinhaber bekannten Umstände nach Treu und Glauben unter Würdigung der Verkehrssitte aufgefasst werden muss. Klar und eindeutig muss die Stellungnahme aber zum Ausdruck bringen, ob der Kündigung widersprochen oder zugestimmt wird. Auf die Wortwahl kommt es nicht an (RIS-Justiz RS0101805). Bei der Wochenfrist des § 105 Abs 1 ArbVG handelt es sich um eine nicht verlängerbare Höchstfrist. Eine verspätet zugegangene Stellungnahme des Betriebsrats ist daher unwirksam (9 ObA 151/97i).

2.6. Im vorliegenden Fall brachte die Beklagte selbst vor, den Betriebsrat bereits am 27. 10. 2016 von der beabsichtigten und konkret geplanten Kündigung verständigt zu haben. Wenngleich darin noch kein konkreter Kündigungstermin genannt wurde, ist nach der dargestellten Rechtslage nicht zweifelhaft, dass hier eine Verständigung über eine konkret beabsichtigte Kündigung einer bestimmten Dienstnehmerin erfolgte, die nach § 105 Abs 1 ArbVG die Wochenfrist zur Beratung und allfälligen Stellungnahme des Betriebsrats auslöste. Unzweifelhaft war die am 18. 11. 2016 tatsächlich ausgesprochene Kündigung jene Kündigung, die die Beklagte bereits Ende Oktober 2016 in Aussicht genommen hatte, sodass daher aufgrund des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen der ersten Verständigung und der tatsächlichen Kündigung ein einziger Kündigungsfall vorlag.

2.7. Hier hat der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung innerhalb der Wochenfrist zwar intern zugestimmt. Unabhängig von der Frage, ob für die Einhaltung der Wochenfrist auch ihr Zugang beim Betriebsinhaber erforderlich ist (so Schrank in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 39) oder schon die rechtzeitige Absendung genügt (so Löschnigg Arbeitsrecht13 Rz 8/054), gab der Betriebsrat in Reaktion auf die am 27. 10. 2016 erfolgte Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung jedoch erst mit Schreiben vom 17. 11. 2016 eine entsprechende Stellungnahme gegenüber der Beklagten ab. Dies hat zur Folge, dass der Betriebsrat für diesen Kündigungsfall keine Anfechtungssperre wegen Sozialwidrigkeit bewirkt hat.

2.8. Die Erwagung, dass eine weitere Verständigung durch den Betriebsinhaber bei ein und demselben Kündigungsfall erneut die einwöchige Frist auslösen könnte, wird nicht geteilt. Sie liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass der Betriebsrat infolge der weiteren Verständigung außerhalb der einwöchigen Höchstfrist selbst eine bereits kommunizierte Stellungnahme wieder revidieren könnte und etwa sein Schweigen oder einen Widerspruch idF durch eine Zustimmung oder umgekehrt ersetzen könnte. Derartiges liefe nicht nur dem Sinn einer Höchstfrist für die Stellungnahme des Betriebsrats, sondern auch dem Interesse der Belegschaft am Bestand der einmal getroffenen Entscheidung des Betriebsrats zuwider.

3. Da im konkreten Fall infolge der am 27. 10. 2016 erfolgten Verständigung des Betriebsrats über die beabsichtigte Kündigung der Klägerin innerhalb einer Woche keine Stellungnahme des Betriebsrats an die Beklagte dahin erfolgte, dass er der Kündigung der Klägerin zustimmt, hat er sich seines Sperrrechts iSd § 105 Abs 6 ArbVG begeben, womit das Anfechtungsrecht der Klägerin wegen Sozialwidrigkeit gewahrt blieb. Der Revision der Klägerin ist daher Folge zu geben. Die Urteile der Vorinstanzen sind aufzuheben und die Rechtssache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

#### **Textnummer**

E122040

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

ECLI:AT:OGH0002:2018:009OBA00030.18D.0628.000

#### **Im RIS seit**

18.07.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

22.08.2019

**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)