universität wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die sittenwidrige Kündigung als Grenze der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers“

Verfasserin

Mag. iur. Martina Ploderer

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Ao. Univ. Prof. Dr. Martin Risak

Vorwort

Aufgrund der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet (zB ArbeitnehmerIn, ArbeitgeberIn). Im Sinne der Gleichbehandlung sind jedoch immer beide Geschlechter angesprochen. Bezieht sich der Text auf ein bestimmtes Geschlecht, so wird in der Arbeit darauf hingewiesen.

Ich erkläre hiermit ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst habe, andere als die angegebenen Quellen nicht benützt habe und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Widmung

Für meine beste Freundin,

meine Mutter Eugenie Ploderer

Danksagung

Der größte Dank gilt meiner Mutter, Eugenie Ploderer, da sie stets an mich geglaubt und mich in meinen Zielen bestärkt hat und für ihre liebevolle und stetige Unterstützung. Großer Dank gebührt auch meiner Familie (Silvia, Erich, Christoph und Thomas), die mich immer unterstützt hat und mir mit Rat und Tat zur Seite gestanden ist.

Ganz besonders möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Prof. Martin Risak, für die hervorragende wissenschaftliche Betreuung bedanken. Insbesondere für sein Engagement, die stete Diskussionsbereitschaft und für seine Geduld.

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS 5
EINLEITUNG…… 13
1. Problemstellung 13
2. Forschungsstand 17
3. Relevanz des Themas 21
4. Aufbau der Arbeit und methodische Herangehensweise 23
5. Ziel der Arbeit und Forschungsfragen 23
TEIL I: GRUNDLAGEN 25
Kapitel 1: Historische Entwicklung der rechtlichen Grundlagen 25
1.1. Einleitung 25
1.2. Historische Entwicklung des allgemeinen Bestandsschutzes 25
1.2.1. Die Anfänge des Betriebsverfassungsrechts vor 1919 25
1.2.2. Der Kündigungsschutz des BRG 1919 27
1.2.3. Der Kündigungsschutz BRG 1947 29
1.2.4. Der Kündigungsschutz des ArbVG 1974 30
1.2.5. Ministerialentwurf 1972 32
Kapitel 2: Die Geschichte der sittenwidrigen Kündigung in Judikatur und Literatur - ein langer Weg zur Einigkeit 35
2.1. Problemstellung 35
2.2. Die Judikatur 37
2.2.1. Die Judikatur des OGH zur Normenkonkurrenz bis 1993 37
2.2.2. Der Umdenkprozess 40
2.2.3. Die Wende 1993 43
2.2.4. Chronologischer Überblick über die Judikatur des OGH seit 1993 45
2.2.5. Zusammenfassung der Judikatur des OGH 57
2.2.6. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs 58
2.2.7. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes 62
2.2.8. Zusammenfassung der Judikatur des VfGH und des VwGH zur Normenkonkurrenz 62
2.2.9. Unterinstanzliche, publizierte Judikatur zur Sittenwidrigkeit 63
2.3. Die Literatur 64
2.3.1. Die grundsätzliche Frage nach der Anwendbarkeit des § 879 ABGB auf arbeitsrechtliche Kündigungen 64
2.3.2. Die Kündigung als abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft 65

2.3.3. Die Frage der Normenkonkurrenz von Motivkündigungstatbeständen und § 879 ABGB? 67
2.3.3.1. Befürwortung in der Literatur 67
2.3.3.2. Gegenstimmen in der Literatur 68
2.4. Zusammenfassung der Judikatur und Literatur zur sittenwidrigen Kündigung 72
Kapitel 3: Die Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB 73
3.1. Problemstellung 73
3.2. Begriff der "Guten Sitten" 77
3.2.1. Judikatur 77
3.2.2. Literatur 79
3.2.2.1. Innerrechtliche These 79
3.2.2.2. Außerrechtliche These 81
3.2.2.3. Vermittelnde Ansätze 84
3.3. Eigene Ansicht 85
Kapitel 4: Die arbeitsrechtliche Kündigung als einseitiges, negatives Rechtsgestaltungsgeschäft 87
4.1. Grundlagen der Rechtsgeschäftslehre 87
4.2. Besonderheiten des einseitigen (Gestaltungs-) Rechtsgeschäfts 89
4.3. Die arbeitsrechtliche Kündigung als negatives Rechtsgestaltungsgeschäft 92
4.4. Zusammenfassung – Die Kündigung als einseitiges, negatives Rechtsgestaltungsgeschäft 94
Kapitel 5: Exkurs: Anregungen aus dem deutschen Arbeitsrecht 96
5.1. Einleitung 96
5.2. Rechtliche Grundlagen 96
5.2.1. Kündigungsschutz des dKSchG 97
5.2.2. Die Sittenwidrigkeit iSd § 138 BGB 100
5.3. Die sittenwidrige Kündigung im deutschen Recht 104
5.3.1. Judikatur zur sittenwidrigen Kündigung 105
5.3.2. Literatur zur sittenwidrigen Kündigung 107
5.3.3. Kündigungen im Regelungsbereich des dKSchG 109
5.3.4. Kündigungen außerhalb des Regelungsbereichs des dKSchG 111
5.4. Ergebnis des Rechtsvergleichs 112

TEIL II: ANWENDUNGSFÄLLE 117

Kapitel 1: Problemstellung und Aufbau 117

1.1. Bestehen neben dem Motivkündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG Fälle der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB? 119

1.2. Bestehen neben den Bestimmungen des individuellen Motivkündigungsschutzes (AVRAG, BEinstG u GlBG) auch Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB? 120

1.3. Gibt es noch „andere“ bzw „andersartige“ verpönte Motivgründe iSd § 879 ABGB, die neben den Bestimmungen des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes bestehen und ist eine Kategorisierung all dieser Gründe möglich? 120

1.4. Welche Rechtsfolgen zeitigt das Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB? 121

Kapitel 2: Die Motivkündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG und ihr Verhältnis zur Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB 122

2.1. Problemstellung 122

2.2. Anwendungsbereich von § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG 123

2.3. Kündigungsanfechtung wegen des Beitritts zu, der Mitgliedschaft oder der Tätigkeit in Gewerkschaften (§ 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG) 126

2.3.1. Problemstellung 126

2.3.2. Judikatur 129

2.3.2.1. Zur Reichweite der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG 129

2.3.2.2. Zur Frage der negativen Koalitionsfreiheit 130

2.3.2.3. Zur Frage der Kündigung aufgrund der Streikteilnahme 130

2.3.3. Literatur 131

2.3.3.1. Zur Reichweite der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG 131

2.3.3.2. Zur Frage der negativen Koalitionsfreiheit 133

2.3.3.3. Zur Frage der Kündigung aufgrund der Streikteilnahme 134

2.3.4. Eigene Ansicht 136

2.3.4.1. Zur Reichweite der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG 136

2.3.4.2. Zur Frage der negativen Koalitionsfreiheit 138

2.3.4.3. Zur Frage der Kündigung aufgrund der Streikteilnahme 139

2.4. Kündigung wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung (§ 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG) 141

2.4.1. Judikatur 142

2.4.2. Literatur 143

2.4.3. Eigene Ansicht 144

2.5. Kündigung wegen der Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes, einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge (§ 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG) 147

2.5.1. Literatur 147
2.5.2. Eigene Ansicht 149
2.6. Kündigung wegen der Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat oder einer früheren Tätigkeit im Betriebsrat (§ 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG) 150
2.6.1. Judikatur 150
2.6.2. Literatur 152
2.6.3. Eigene Ansicht 153
2.7. Kündigung wegen der Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle (§ 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG) 154
2.7.1. Literatur 155
2.7.2. Eigene Ansicht 156
2.8. Kündigung wegen der Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner oder als Fach- oder Hilfspersonal von Sicherheitsfachkräften oder Arbeitsmedizinern (§ 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG) 158
2.8.1. Gesetzliche Grundlagen 158
2.8.2. Literatur 159
2.8.3. Eigene Ansicht 160
2.9. Kündigung wegen der bevorstehenden Einberufung des Arbeitnehmers zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zuweisung zum Zivildienst (§ 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG) 161
2.9.1. Judikatur 161
2.9.2. Literatur 162
2.9.3. Eigene Ansicht 163
2.10. Kündigung wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG) 164
2.10.1. Judikatur 164
2.10.2. Literatur 166
2.10.3. Eigene Ansicht 168
2.11. Tätigkeit als Sprecher gem § 177 Abs 1 ArbVG (§ 105 Abs 3 Z 1 lit j ArbVG) 169
2.11.1. Europarechtliche Grundlagen 169
2.11.2. Literatur 169
2.11.3. Eigene Ansicht 170
3. Zusammenschau 171

Kapitel 3: Der individuelle Motivkündigungsschutz und sein Verhältnis zur Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB 174
3.1. Grundlagen des individuellen Motivkündigungsschutzes und Problemabgrenzung 174
3.2. Motivkündigungsschutz des GlBG dargestellt an der Kündigung wegen politischer Überzeugung 178
3.2.1. Problemstellung 178
3.2.2. Europarechtliche und innerrechtliche Grundlagen 179
3.2.2.1. Legaldefinition der Diskriminierung 180
3.2.2.2. Kündigungsanfechtung gem § 12 Abs 7 GlBG 180
3.2.2.3. Kündigungsanfechtung gem § 26 Abs 7 GlBG 181
3.2.3. Judikatur zum Begriff der Weltanschauung 182
3.2.3.1. Judikatur des OGH 182
3.2.3.2. Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission 184
3.2.4. Literatur zum Begriff der Weltanschauung 185
3.2.4.1. Zustimmende Lehrmeinung 186
3.2.4.2. Ablehnende Lehrmeinung 189
3.2.5. Eigene Ansicht 190
Kapitel 4: Kategorisierung der sittenwidrigen Kündigungsgründe iSd § 879 ABGB 196
4.1. Problemstellung 196
4.2. Judikatur 197
4.3. Literatur zur Thematik der Kategorisierung 198
4.4. Zuordnung der Anwendungsfälle zu einzelnen Kategorien von Sittenwidrigkeit 199
4.4.1. Eingriffe in Persönlichkeitsrechte 199
4.4.1.1. Die Verletzung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit 200
4.4.1.2. Die Verletzung des „Rechts auf Streik“ 201
4.4.1.3. Verletzung des Wahlrechts auf Ersatzzivildienst gem Art 9a Abs 4 B-VG 202
4.4.1.4. Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung gem Art 10 EMRK 202
4.4.1.5. Andere Aspekte des Persönlichkeitsschutzes 203
4.4.1.6. Diskriminierungstatbestände des GlBG 205
4.4.2. Schutz vor Benachteiligung infolge von Missbrauch der Übermacht 206
Außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG 208
Innerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG 208
Unabhängig vom Geltungsbereich des ArbVG 208
4.4.3. Rechtsgestaltung zu Lasten Dritter / Schikane 210
4.5. Conclusio 211

TEIL III: RECHTSFOLGEN 213
Kapitel 1: Problemstellung 213
Kapitel 2: Grade der Nichtigkeit iSd § 879 ABGB 217
2.1. Einleitung 217
2.2. Absolute Nichtigkeit 218
2.3. Geltend zu machende Nichtigkeit 219
2.4. Relative Nichtigkeit 220
Kapitel 3: Ansichten in Judikatur und Literatur zum Grad der Nichtigkeit bei Vorliegen eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs 222
3.1. Judikatur 222
3.2. Literatur 223
3.2.1. Absolute Nichtigkeit vertretende Lehrmeinungen 223
3.2.2. Relative Nichtigkeit vertretende Lehrmeinungen 224
3.3. Eigene Ansicht 226
Kapitel 4: Analogiefähigkeit prozessualer Elemente des § 105 ArbVG 228
4.1. Problemstellung 228
4.1.1. Beweismaß 228
4.1.2. Fristen 229
4.1.3. Prozesskostenrisiko 230
4.2. Judikatur 232
4.2.1. Zur Frage von Beweislast und Beweismaß 232
4.2.2. Zur Frage der Einhaltung verkürzter Fristen 233
4.2.3. Zur Frage des Prozesskostenrisikos 234
4.3. Literatur 236
4.3.1. Zur Frage der Beweismaßerleichterung 236
4.3.2. Zur Frage der Einhaltung verkürzter Fristen 238
4.3.2.1. Literatur zur Aufgriffsfrist bei Betriebsübergang 239
4.3.3. Zur Frage des Prozesskostenrisikos 241
4.4. Eigene Ansicht 242
4.4.1. Zur Frage der Beweismaßerleichterung 242
4.4.2. Zur Frage der Einhaltung von verkürzten Aufgriffsfristen 244
4.4.3. Zur Frage des Prozesskostenrisikos 248
Kapitel 5: Schadenersatzrechtliche Konsequenzen sittenwidriger Kündigungen 251
5.1. Problemstellung 251
5.2. Das GlBG als Anknüpfungspunkt 254
5.3. Die erlittene persönliche Beeinträchtigung im GlBG (Ideeller Schaden) 256

5.4. Die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei sittenwidrigen Kündigungen (Ideeller Schaden) 257
5.5. Weitere Zurechnungskriterien 259
5.5.1. Kausalität 259
5.5.2. Rechtswidrigkeit 259
5.5.3. Verschulden 260
5.4. Höhe des Ersatzes 260
5.5. Conclusio 261
Kapitel 6: Zusammenfassung 262

TEIL IV: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE 266
1.1. Welche Anwendungsfälle einer sittenwidriger Kündigungen sind neben dem allgemeinen Motivkündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit a bis lit j ArbVG denkbar? 266
1.2. Welche Anwendungsfälle sittenwidriger Kündigung sind neben dem individuellen Motivkündigungsschutz iSd GlBG denkbar? 273
1.3. In welche Kategorien sind Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung zu unterteilen? 275
1.3.1. Eingriffe in Persönlichkeitsrechte 275
1.3.2. Schutz vor Benachteiligung infolge von Missbrauch der Übermacht 279
1.3.3. Rechtsgestaltung zu Lasten Dritter / Schikane 280
1.4. Welche Rechtsfolge zeitigt eine sittenwidrige Kündigung? 281
1.4.1. Welcher Nichtigkeitsgrad liegt vor? 281
1.4.2. Ist eine analoge Anwendung des § 105 Abs 4 u 5 ArbVG hinsichtlich des Beweismaßes und der einzuhaltenden Fristen möglich? 281
1.4.3. Welche Folgen zeitigt eine sittenwidrige Kündigung iSd § 879 ABGB für das Prozesskosten? 283
1.4.4. Schadenersatzrechtliche Ansprüche 283

ANHANG 287
1. **LITERATURVERZEICHNIS** 287
1.1. Monographien, Kommentare, Lehr- und Handbücher 287
1.2. Homepages 293
1.3. Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen in Zeitschriften 294
2. ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS 298
2.1. Judikatur des EGMR und EuGH 298
2.2. Österreichische Judikatur 298

2.3. Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission – Senat II 305
2.4. Deutsche Judikatur 305
3. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS 307
4. ABSTRACT 314
4.1. Abstract deutsch 314
4.2. Abstract englisch 315
5. CURRICULUM VITAE 317

EINLEITUNG

1. Problemstellung

Die **Kündigung** als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung hat die **Beendigung** eines Arbeitsverhältnisses zum **Ziel**. Sie versetzt, unter Einhaltung von Kündigungsfrist und Kündigungstermin, das Dauerschuldverhältnis „Arbeitsvertrag" in ein **Abwicklungsstadium**[1] und wird auch als ordentliche Beendigungsart bezeichnet.[2] Um rechtsgestaltende Wirkung zu entfalten, bedarf sie keiner Annahme durch den Erklärungsempfänger, sondern erfordert lediglich den Zugang in dessen Machtbereich.

Unter der Bezeichnung **„freies Kündigungsrecht"**[3] versteht man idZ die **Begründungsfreiheit** einer Kündigungserklärung, sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers. Sie stellt ein zentrales Merkmal dieser Beendigungsart und ein wesentliches Abgrenzungskriterium zur vorzeitigen Auflösung von Dienstverhältnissen (Entlassung und Austritt) dar. Im Gegensatz zur Kündigung wird bei den außerordentlichen Beendigungsarten, sowohl bei der Entlassung als auch beim vorzeitigen Austritt, ein wichtiger Grund vorausgesetzt, um das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung lösen zu können.[4] Die Begründungsfreiheit entspringt dem Grundsatz der **privatautonomen Rechtsgestaltung,** welche durch die Normierung einer teilweise massiven Begründungspflicht vor allem in den Bestimmungen des besonderen Bestandsschutzes (vgl § 10 MSchG, § 7 VKG, § 120 ff ArbVG, § 15 BAG) sowie des individuellen Kündigungsschutzes (vgl §§ 8, 9, 15 AVRAG u §§ 12, 26 GlBG[5]) die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers erheblich einschränkt.[6] Soweit der Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich einer dieser Sonderregelungen oder dem

---

[1] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II[7] (2011) 228; vgl auch *Wachter*, Zur These von der durch die Kündigung bewirkten Verwandlung eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit in ein solches auf bestimmte Zeit, DRdA 1977, 28.

[2] Vgl auch *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I[3] (2005) § 10 Rz 1 zur terminologischen Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung im deutschen Arbeitsrecht.

[3] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[11] (2011) Rz 7/009.

[4] Zur Terminologie der „ordentlichen" u „außerordentlichen" Kündigung vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel,* AR II[7], 228; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[2] (2012) 332.

[5] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 7/049; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011), § 20 AngG, Rz 70.

[6] Vgl *Brodil/Risak/Wolf,* Arbeitsrecht in Grundzügen[7] (2011) Rz 406.

allgemeinen Kündigungsschutz gem § 105 und § 107 ArbVG unterliegt, kann er die Kündigung, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, bei Gericht mittels Rechtsgestaltungsklage anfechten.

Neben diesen gesetzlichen Beschränkungen des Bestandsschutzes, bilden nach hL[7] und Rsp[8] auch die **guten Sitten** eine **Grenze für die Begründungsfreiheit.** So normiert **§ 879 Abs 1 ABGB**: „*Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig"*. Auch wenn § 879 ABGB von Vertrag spricht, so ist nach hL[9] und Rsp[10] auch eine Kündigung als einseitiges Rechtsgestaltungsgeschäft darunter zu verstehen, dh auch Kündigungen können sittenwidrig und damit nichtig sein. Der Gute-Sittenverstoß ergibt sich hier ausschließlich aus dem dahinter liegenden Beweggrund.[11] Soweit also generell keine gesetzlichen Sonderregelungen des allgemeinen und individuellen Motivkündigungsschutzes bestehen und der Kündigung ein sittenwidriges Motiv zugrunde liegt, kann sich ein Arbeitnehmer daher auch auf § 879 ABGB berufen.

Einerseits sind davon jene Arbeitnehmer betroffen, die nicht dem **Anwendungsbereich** des Motivschutzes gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG unterliegen und sich daher bei Vorliegen sittenwidriger Kündigungsmotive auch nicht auf ein Anfechtungsverfahren iSd allgemeinen Bestandsschutzes stützen können. Andererseits sind Anwendungsfälle innerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen[12] und individuellen Motivschutzes denkbar, soweit das verpönte Kündigungsmotiv unter keinen der aufgezählten Tatbestände zu subsumieren ist, dh soweit andere sittenwidrige, insb grundrechtswidrige Motive der Auflösungserklärung zugrunde liegen. Es stellt sich daher die Frage, in welchen

[7] Vgl *Marhold/Friedrich,* Öst. AR[2], 310; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel,* AR II[7], 229; *Floretta*, Die sittenwidrige Kündigung im Arbeitsrecht, JBl 1954, 525 u 558; *Grillberger* in *Floretta /Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 374; *Reissner* in ZellKomm[2], § 20 AngG, Rz 79 u 82; *Jabornegg/Resch,* Arbeitsrecht[4] (2011) Rz 618.

[8] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93 Arb 11.107 (EDV-Organisator-E) = DRdA 1994/9 (*Floretta*) = ZAS 1995/7 (*Reissner*).

[9] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB Kommentar I[3] (2000) § 879 Rz 5; *Trost* in *Löschnigg*, Angestelltengesetz II[8] (2007), § 20 Rz 51*; Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 310; *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[4], 374; *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 618; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 257; ua.

[10] Vgl OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator-E).

[11] Vgl *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht[3] (2008) 108; vgl OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator-E).

[12] Anm: Soweit in der gegenständlichen Dissertation der Begriff „Allgemeiner Bestandsschutz" oder „Allgemeiner (Motiv-) Kündigungsschutz" bzw „Allgemeiner Motivschutz" verwendet wird, so ist darunter die Bestimmungen des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG (II. Teil des ArbVG, Betriebsverfassung) zu verstehen.

Fällen sich ein Arbeitnehmer auf die Sittenwidrigkeit der Arbeitgeberkündigung berufen kann bzw welche Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung denkbar sind?

Außer Diskussion steht, dass die **Sittenwidrigkeit** eine Form der **Rechtswidrigkeit** ist. Alleine daraus lässt sich allerdings noch nicht ableiten, "*woran sich der Inhalt der guten Sitten orientiert*." Vielmehr bleibt die Konkretisierung des Begriffes der guten Sitten iSd ABGB und damit des Sittenverstoßes der Rechtsanwendung überlassen.[13] Welcher **Maßstab** ist nun an die **Prüfung der Generalklausel** iSd § 879 anzulegen? Von Seiten der Judikatur und Literatur werden als Maßstab für die Prüfung die **allgemeinen Wertprinzipien der Rechtsordnung** angeführt und es wird oftmals auf das **Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft**, dh aller billig und gerecht Denkenden verwiesen.[14] Inwieweit auch außerrechtliche Sollensanordnungen, wie Anstand und Moral, zur Konkretisierung heranzuziehen sind, ist umstritten.

Es wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu diskutieren sein, was unter Sittenwidrigkeit generell zu verstehen ist und nach welchen Grundsätzen die hL und Rsp diese beurteilt, insb wann ein sittenwidriges Motiv bei arbeitsrechtlichen Kündigungen angenommen werden kann. Fest steht, dass den guten Sitten eine fundamentale Bedeutung zukommt und an ihre Konkretisierung ein objektiver und strenger Maßstab anzulegen ist. Insb in Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Kündigungen ist nicht alles, was im Einzelfall vom Betroffenen als unrechtmäßig empfunden wird, auch als sittenwidrig iSd § 879 ABGB zu bewerten. Daraus ergibt sich die **Frage, wann ein Kündigungsmotiv als so gravierende Verletzung der rechtlich geschützten Interessen des Arbeitnehmers anzusehen ist, dass von einer sittenwidrigen Kündigung gesprochen werden kann?** Diese Arbeit soll einen Beitrag zur Abgrenzungsproblematik leisten.

§ 879 ABGB normiert als **Rechtsfolge** die **Nichtigkeit** von Rechtsgeschäften, welche gegen die guten Sitten verstoßen. Die Rsp differenziert zwischen einer absoluten und einer "geltend zu machenden" (relativen) Nichtigkeit.[15] Auf die von

[13] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 49.
[14] Vgl OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator-E).
[15] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 181; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 247.

der Literatur proklamierte Dreiteilung in absolute, relative und geltend zu machende Nichtigkeit, wird im Zuge der Rechtsfolgen noch näher eingegangen.

Die Abstufung nach **Graden der Nichtigkeit** hängt nach hA[16] vom Verbotszweck der Norm bzw vom Grund der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts ab. **Absolute Nichtigkeit** ist vorwiegend bei Verstößen gegen jene Gesetze anzunehmen, die dem **Schutz von Allgemeininteressen** bzw der **öffentlichen Ordnung und Sicherheit** dienen. Geht man bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung von der Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit aus, wäre die Kündigungserklärung von Anfang an zivilrechtlich unwirksam. Es bedarf hier keiner Geltendmachung durch den betroffenen Arbeitnehmer, vielmehr wäre diese von Amts wegen wahrzunehmen.

Liegt allerdings der Zweck der Norm im **Schutz eines Vertragspartners**, so bleibt die Geltendmachung der Nichtigkeit diesem Vertragspartner selbst überlassen. Dies gilt auch für andere sittenwidrige Rechtsgeschäfte.[17] Geht man nun vom Vorliegen einer **relativen Nichtigkeit** aus, so wäre die arbeitsrechtliche Kündigung vorerst zivilrechtlich wirksam und die Rechtsunwirksamkeit bedürfte der Geltendmachung durch den gekündigten Arbeitnehmer.

Im Gegensatz zum Motivkündigungsschutz der bestimmte **Fristen** für die Kündigungsanfechtung vorsieht (eine Woche bzw 14 Tage), enthält § 879 ABGB keine zeitliche Beschränkung für die Geltendmachung der Unwirksamkeit, dh „*die* (absolute) *Nichtigkeit kann zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden*."[18] Geht man jedoch von der Annahme einer relativen Nichtigkeit aus, so kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts iSd § 879 ABGB, in Ermangelung konkreter Regelungen, innerhalb einer Frist von 30 Jahren (allgemeine Verjährungsfrist gem § 1478 ABGB) aufgegriffen werden.[19] Von einem Teil der Lehre[20] wird daher die Auffassung vertreten, dass in Analogie zu § 105 Abs 4 ArbVG eine kürzere Frist zur Geltendmachung in Betracht kommt, wobei Uneinigkeit über die Dauer der

[16] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 248.
[17] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 182.
[18] *Tinhofer*, Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System- & Praxiskommentar (18. Lfg 2011), Rz 38; vgl auch *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 182.
[19] *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I[13], 182.
[20] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 38; vgl auch *Reissner* in ZellKomm, § 20 AngG, Rz 83; *ders,* ZAS 1995/7 (63).

Anfechtungsfrist besteht. Auch dies soll im Rahmen der Dissertation herausgearbeitet werden.

Wird eine Arbeitgeberkündigung wegen Sittenwidrigkeit beim Arbeits- und Sozialgericht angefochten, trägt der klagende Arbeitnehmer die volle **Beweislast** für das behauptete sittenwidrige Kündigungsmotiv. Damit stellt sich die Frage, ob auch hier eine analoge Anwendung der **Beweismaßerleichterung** iSd § 105 Abs 5 ArbVG, dh eine bloße **Glaubhaftmachung** ausreicht[21] oder ob der klagende Arbeitnehmer die Beweislast zur Gänze trägt.[22]

Nicht zuletzt ergibt sich aus den vorherigen Fragestellungen auch die Problematik des **Prozesskostenrisikos**, welches es zu erörtern gilt. In einem **Feststellungsverfahren** (Nichtigkeit iSd § 879 ABGB) hat der unterliegende Prozessgegner die Verfahrenskosten in allen Instanzen gem § 41 ZPO zur Gänze zu ersetzen, während hingegen in einem **Kündigungsanfechtungsverfahren** gem § 58 Abs 1 ASGG die Kostenersatzpflicht ausschließlich im Verfahren vor dem OGH vorgesehen ist.[23]

2. Forschungsstand

Sowohl in der Literatur als auch in der Judikatur finden sich vereinzelt Hinweise auf praktische Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung.[24] Zu Beginn der wissenschaftlichen Diskussion stand neben der Frage, ob die arbeitsrechtliche Kündigung überhaupt unter den Begriff des Vertrages iSd § 879 ABGB zu subsumieren ist, auch die Problematik nach der Qualifizierung der **Kündigungserklärung** als **abstrakte,** dh vom Motiv völlig losgelöstes Rechtsgeschäft bzw als **kausales** Rechtsgeschäft, dh abhängig von seiner causa (Rechtsgrund, Zweck). Mittlerweile wird sie als **reines Zweckgeschäft** gesehen, das weder kausal noch abstrakt ist, sondern seinen Zweck, nämlich die Auflösung

[21] Vgl *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR I[4], 375; *Reissner,* ZAS 1995/7 (63).
[22] Vgl *Schrank*, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung (1982) 355.
[23] Vgl *Majoros,* Das Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht, in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XXII, Rz 37b; vgl auch *Tinhofer*, in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 35.
[24] Vgl *Trost*, Rechts-oder sittenwidrige Kündigung (Ein Beitrag zur Interpretation des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG), DRdA 1987, 1 u 106; *Reissner* in ZellKomm[2] § 20 AngG, Rz 82, ua.

des Arbeitsverhältnisses, in sich trägt.[25] Die Kündigungserklärung selbst kann daher ihrem Inhalt nach nicht sittenwidrig sein, sondern allein dem zugrunde liegenden **Motiv** kann der **Makel der Sittenwidrigkeit** anhaften.[26] Die unterschiedlichen Lehrmeinungen zu dieser Thematik werden im Kapitel über die historische Entwicklung näher besprochen.

Im Zentrum der wissenschaftlichen Diskussion stand die Frage der **Normenkonkurrenz** zwischen den Motivkündigungstatbeständen des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG (vormals des § 25 BRG 1947) und der Generalklausel des § 879 ABGB. Nach heute **hL**[27] und seit 1993 auch der **stRsp**[28] ist § 879 ABGB auch auf Kündigungen anwendbar, soweit der betroffene Arbeitnehmer nicht dem Geltungsbereich des § 105 ArbVG unterliegt oder sofern der sittenwidrige Beweggrund der Auflösungserklärung nicht von den Kündigungstatbeständen des § 105 Abs 3 Z 1 lit a-j und § 130 Abs 4 Z 1-3 ArbVG erfasst sind. Ebenso ist die Anwendung der Guten-Sitten-Klausel zu prüfen, soweit diese Tatbestände nicht analog anwendbar sind und auch keine andere Sonderregelung des (individuellen) Motivschutzes Anwendung findet.[29]

Der **OGH** vertrat **bis 1993** die Ansicht, dass die speziellere Regelung des allgemeinen Motivkündigungsschutzes, die generelle Norm des § 879 ABGB **gänzlich verdrängt** und daher nur die Anfechtung einer Motivkündigung iSd ArbVG, nicht jedoch die Nichtigerklärung einer Kündigung iSd § 879 ABGB möglich sei. Der Rückgriff auf § 879 ABGB sei sowohl innerhalb als auch außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Bestandsschutzes gänzlich ausgeschlossen. Der Großteil der Lehre[30] war hingegen der Meinung, dass die

[25] Vgl *Floretta*, JBl 1954, 526.
[26] Vgl *Strasser*, Die sittenwidrige Kündigung und Kündigungsschutz nach § 25 BRG, DRdA 1958,64.
[27] Vgl *Marhold/Friedrich,* Öst. AR^2, 310; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel,* AR II^7 , 229; *Floretta*, JBl 1954, 525; *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I^4, 374; *Reissner* in ZellKomm^2 § 20 AngG, Rz 79 und 82; *Jabornegg/Resch,* AR^4 Rz 618; *Lindmayr*, Handbuch der Arbeitsverfassung^7 (2009) Rz 550.
[28] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator-E); OGH 16.3.1994, 9 ObA 27/94, ARD 4558/54/98 (Messdiensttechniker-E); OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94, RdW 1994, 359 (Geschäftsführer-E), ua.
[29] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 35.
[30] Vgl *Floretta*, Rechtsdogmatisches und Rechtspolitisches zur Konstruktion und zum Inhalt des allgemeinen Kündigungs- oder Entlassungsschutzes im Arbeitsrecht, (1971) 46; *ders* in *Floretta/Strasser*, Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 653f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I^3 § 879 Rz 5; *Schwarz/Löschnigg*, AR^4, 403; *Mayer-Maly/Marhold,* Österreichisches

Regelungen des allgemeinen Bestandsschutzes der Generalklausel des ABGB nur in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich derogiert, dh außerhalb des Anwendungsbereichs des allgemeinen Bestandsschutzes sowie bei Vorliegen anderer sittenwidriger Kündigungsmotive auch innerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG, sei ein Rückgriff auf § 879 ABGB möglich. Der OGH hat sich erst im Jahre 1993 mit seiner Entscheidung 9 Ob A 200/93[31] der hL angeschlossen.

Der Vollständigkeit wegen soll auch die Thematik zur **Normenkonkurrenz** zwischen **sozialwidriger Kündigung** gem **§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG** und der **„Guten-Sitten-Klausel" des ABGB** erwähnt werden. Im Zentrum der Diskussion stand die Frage, ob auch eine rein objektive, von individuellen und subjektiven Gründen losgelöste, Interessengewichtung bzw ein Interessenungleichgewicht ein solches Ausmaß erreichen kann, dass die guten Sitten iSd § 879 ABGB tangiert bzw sogar verletzt werden. Die Thematik fand in der Judikatur kaum Beachtung, sondern ist im Wesentlichen von zwei gegensätzlichen Lehrmeinungen geprägt. So vertritt ***Schrank***[32] die Ansicht, dass es bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit nicht nur auf subjektive verpönte Beweggründe, sondern ebenso auf objektive Begleitumstände ankomme. Sittenwidrigkeit kann demnach auch angenommen werden, wenn ein grobes Missverhältnis „zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen" vorliegt. Demgegenüber steht die Lehrmeinung ***Florettas***[33], der selbst bei grober Sozialwidrigkeit keinen Fall der Sittenwidrigkeit annimmt. Auf diese Fragestellung wird im Rahmen der Dissertation jedoch nicht weiter eingegangen, da das Hauptaugenmerk der vorliegenden Dissertation auf die Erarbeitung von Fallgruppen missbilligter innerer Motive gerichtet ist.

In der **Literatur** finden sich zwar allgemeine Beispiele für das Vorliegen weiterer sittenwidriger Kündigungsmotive, wie zB Eheschließung, Scheidung, Verweigerung sexueller Kontakte, die Ausübung sonstiger Freiheiten in Bereichen wie Medien, Wissenschaft oder Kunst[34], die nach heutigem Stand zum Großteil von den Regelungen des **GlBG** erfasst sind, jedoch kaum detaillierte

---

Arbeitsrecht I (1987) 175; *Firlei*, Motivkündigungen von Arbeitnehmern und kollektivrechtliche Konstruktion des allgemeinen Kündigungsschutzes, in FS *Rabofsky* (1976) 152.

[31] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator-E).

[32] *Schrank*, Fortbestand 340.

[33] Vgl *Floretta*, JBl 1954, 560; *ders* in *Floretta/Strasser*, Handkommentar, 655.

[34] *Reissner* in ZellKomm[2] § 20 AngG, Rz 82; vgl *Trost*, DRdA 1987, 1.

Ausführungen zu konkreten Anwendungsfällen. Auch in der **Rsp** gibt es seit 1993 nur wenige Entscheidungen zur Thematik der sittenwidrigen Kündigung. Diese Urteile werden im historischen Teil zeitlich chronologisch dargestellt.[35]

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die vorhandenen Dissertationen und Diplomarbeiten zum Thema der sittenwidrigen Kündigung im Arbeitsrecht gegeben werden. Im Rahmen des, seit Wintersemester 2009, gültigen Studienplans **(DOKTORAT NEU)**, werden alle Vorhaben zur Dissertation fakultätsöffentlich anhand eines Exposés vorgestellt. Keines der bisher vorgestellten Themen beschäftigt sich explizit mit der Sittenwidrigkeit bzw der sittenwidrigen Kündigung im arbeitsrechtlichen Kontext.[36] Überschneidungspunkte zu einzelnen Arbeiten mag es trotzdem geben.

Ergiebiger gestaltet sich die Suche nach ähnlichen oder überschneidenden Themen in den Listen der approbierten Dissertationsthemen[37] nach dem bisherigen Studienplan **(DOKTORAT ALT)**. Hier finden sich zahlreiche Arbeiten betreffend die grundsätzliche Problematik der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Zur Problematik der sittenwidrigen Kündigung sind jedoch nur zwei Arbeiten zu nennen, die sich mit dem Thema aus verschiedenen Blickwinkeln auseinander setzen:

1) „*Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB*“ von *Kiesel* aus 2004, die sich vorrangig mit dem allgemeinen und individuellen Kündigungsschutz und der Subsumtion der Motivkündigungstatbestände unter die Generalklausel des ABGB beschäftigt.

2) „*Die sittenwidrige Kündigung im europäischen Kontext*“ von *Reuss* aus 2002, welche die sittenwidrige Kündigung und Entlassung im Zusammenhang mit

[35] Vgl OGH 16.3.1994, 9 ObA 27/94, ARD 4558/54/98 (Messdiensttechniker-E); OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94, RdW 1994, 359 (Geschäftsführer-E); OGH 22.12.1997, 8 ObA 262/97f, infas 1998/A79 (Integrationsfähigkeit); OGH 19.9.2002, 8 ObA 25/02p, RdW 2003/173 = DRdA 2003, 177 (Krankenstands-E1); OGH 22.12.2010, 9 ObA 112/10a, ecolex 2011,145 (*Eypeltauer*), (Krankenstands-E3); OGH 18.10.2006, 9 ObA 100/06f (Tänzer-E); ua.
[36] Homepage Juridicum: http://www.juridicum.at/index.php?id=329.
[37] Homepage Juridicum: http://www.juridicum.at/index.php?id=323.

anderen Möglichkeiten der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses sowie im Kontext zu den einschlägigen europäischen Richtlinien darstellt.[38]

Es existieren allerdings keine Werke, die sich mit konkreten Anwendungsbereichen der sittenwidrigen Kündigung und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen beschäftigen. Explizit zum Thema der missbilligten Kündigung iSd Generalklausel des ABGB[39] sind zwei Diplomarbeiten vorhanden, die sich vorwiegend mit der historischen Entwicklung derselben sowie deren Abgrenzung zu anderen Arten der Kündigung befassen.

3. Relevanz des Themas

Die Bedeutung des Kündigungsrechts in der Praxis ist unbestritten. Ein Blick in die österreichweite Arbeitskräfteerhebung[40] der letzten Jahre, zeigt die Häufigkeit von Kündigungen im Gegensatz zu anderen Beendigungsarten. Die **Statistik** weist neben dem Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses und sonstiger Beendigungsgründe, explizit die **Kündigung durch den Arbeitgeber** als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus.

	Beendigungen insgesamt	Kündigung durch AG/In	%	Ablauf Befristung	%	sonstige Gründe	%
2010	156.100	67.700	43,4	26.000	16,7	62.400	40,0
2009	170.900	78.800	46,1	29.000	17,0	63.200	37,0
2008	129.900	54.500	42,0	25.500	19,6	49.900	38,4
2007	149.400	69.600	46,6	25.000	16,7	54.800	36,7
2006	159.100	70.900	44,6	20.500	12,9	67.800	42,6
2005	165.500	73.200	44,2	17.900	10,8	74.500	45,0

Vielfach werden ungerechtfertigte Kündigungen auch im Wege der Kündigungsanfechtung gerichtlich geltend gemacht. Im Verhältnis dazu, hält sich die Zahl der Gerichtsentscheidungen wegen sittenwidriger Arbeitgeberkündigungen gemäß § 879 ABGB in überschaubaren Grenzen. In bisher allen Fällen, in denen der Betroffene sein Begehren auf die Sittenwidrigkeit

[38] Österreichische Nationalbibliothek: www.onb.at; Österreichische Dissertationsdatenbank: http://media.obvsg.at/dissdb.
[39] *Safron*, Die sittenwidrige Kündigung (1992); *Hofer,* Die sittenwidrige Kündigung (1998).
[40] Quelle: Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/services/publikationen/3/index.html Arbeitskräfteerhebung- Ergebnisse des Mikrozensus (Anmerkung: Die Erwerbstätigkeit wurde innerhalb der letzten 8 Jahre beendet).

des Motivs stützt, wurde ihm der Erfolg versagt, denn nicht alles, was im Kündigungsfall subjektiv als „widrig“ empfunden wird, ist auch als rechtlich „sittenwidrig“ einzustufen. Als repräsentatives Beispiel sei ein Ausspruch des **OGH** genannt: *„Dass eine Kündigung für den betroffenen Arbeitnehmer eine soziale Härte darstellt, macht an sich die Kündigung noch nicht sittenwidrig.“*[41]

In wirtschaftlich problematischen Zeiten ist ein Arbeitnehmer wohl eher versucht allzu leichtfertig auf die Generalklausel des § 879 ABGB zurückzugreifen und einen Verstoß gegen die guten Sitten ins Treffen zu führen. Wie aber der Forschungsstand zeigt, wurde bislang in keinem der Urteile die Sittenwidrigkeit des Kündigungsmotivs bejaht. Es stellt sich für einen betroffenen Arbeitnehmer in erster Linie die entscheidende Frage, ob und in welchen Fällen er sich tatsächlich auf ein verpöntes Beendigungsmotiv erfolgreich berufen kann.

Neben den **materiell-rechtlichen Voraussetzungen** einer sittenwidrigen Kündigung, ergeben sich für den Arbeitnehmer auch wesentliche **prozessuale Folgen.** Es stellt sich für ihn nicht nur die Frage nach der Einhaltung einer Frist, in welcher der betroffene Arbeitnehmer die Kündigungserklärung anfechten bzw ein Feststellungsbegehren einbringen kann. Ebenso wesentlich ist, wie bereits angesprochen, die Problematik der Nachweisbarkeit des Motivs des Arbeitgebers. Geht man von der mangelnden Analogiefähigkeit des § 105 Abs 5 ArbVG aus, so obliegt es dem klagenden Arbeitnehmer den vollen Beweis für das Vorliegen eines missbilligten Motivs des Arbeitgebers zu führen. Dies wird in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten für den Betroffenen verbunden sein. Entscheidend ist daher die Frage, ob hier die Beweismaßerleichterung in analoger Anwendung nach § 105 Abs 5 ArbVG zum Tragen kommt und die Glaubhaftmachung des verpönten Beweggrundes ausreicht.

Ebenso liegt es im wirtschaftlichen und sozialen Interesse eines Arbeitgebers, die Grenzen der privatautonomen Kündigungsfreiheit zu kennen, um letztlich fehlerhaften, weil sittenwidrigen, Auflösungserklärungen vorzubeugen. Nicht zuletzt stellt eine solche Kündigung ein wirtschaftliches Risiko sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer dar, da dies mit finanziellen

[41] OGH 21.5.2003, 9 ObA 262/02y (Krankenstand-E2).

Konsequenzen verbunden ist, je nachdem ob es sich um ein Feststellungsverfahren oder um ein Anfechtungsverfahren handelt (s Pkt 1. Problemstellung).[42]

4. Aufbau der Arbeit und methodische Herangehensweise

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in vier Teilbereiche. Im **ersten Teil** setzt sich die Dissertation zunächst mit der **historischen Entwicklung** des Bestandsschutzes auseinander. In einem nächsten Schritt wird der Begriff der **Sittenwidrigkeit** und die erhöhten Anforderungen an ihre Prüfung beleuchtet sowie der Bezug zur arbeitsrechtlichen Kündigung aus sittenwidrigem Motiv hergestellt. Darüber hinaus fließen auch **Anregungen** aus dem **deutschen Recht** in die Arbeit ein.

In einem **zweiten Teil** wird vorerst die **Abgrenzung** des allgemeinen Kündigungsschutzes iSd **§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG** zur Sittenwidrigkeit erarbeitet. Danach ist es Ziel der Arbeit aufzuzeigen, ob und welche anderen Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung denkbar sind. Auch wird die Abgrenzung zum individuellen Bestandsschutz, insb des **§ 17 GlBG**, erörtert. Zur Beantwortung der zentralen Forschungsfrage werden die relevanten Rechtsquellen aus rechtsdogmatischer Sicht betrachtet sowie die vorhandenen Entscheidungen dazu analysiert.

Der **dritte Teil** beschäftigt sich mit den umfassenden **Rechtsfolgen** bei Vorliegen einer sittenwidrigen Auflösungserklärung. Schließlich werden in einem **vierten Teil** die gewonnenen **Untersuchungsergebnisse** dargelegt.

5. Ziel der Arbeit und Forschungsfragen

Das Ziel dieser Arbeit ist es Fälle der sittenwidrigen Kündigung und die daraus resultierenden Rechtsfolgen im Rahmen des nationalen Rechts herauszuarbeiten. Die Forschungsfrage lautet:

[42] Vgl *Majoros* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XXII Rz 37b; vgl auch *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 35.

In welchen Fällen kann sich ein Arbeitnehmer auf die Sittenwidrigkeit einer Arbeitgeberkündigung berufen bzw welche Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung gibt es?

Forschungsfragen:

- Wann ist ein Kündigungsmotiv als so gravierende Verletzung der rechtlich geschützten Interessen des Arbeitnehmers anzusehen, dass von einer sittenwidrigen Kündigung gesprochen werden kann? Welcher Maßstab ist an die Prüfung der Sittenwidrigkeit anzulegen?
- Bestehen neben dem Motivkündigungsschutz gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG Regelungslücken, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel des § 879 ABGB zu schließen sind?
- Bestehen neben dem individuellen Motivkündigungsschutz, insb § 17 GlBG, Regelungslücken, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel des § 879 ABGB zu schließen sind?
- Welche anderen Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung kommen in Betracht und welche Fallgruppen können daraus abgeleitet werden?
- Welche Rechtsfolgen ergeben sich bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung? Von welchem Grad der Nichtigkeit ist auszugehen? Besteht ebenfalls eine Aufgriffsobliegenheit des Arbeitnehmers bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung?
- Sind die Regelungen des § 105 ArbVG bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung analogiefähig? Welche Fristen sind dabei einzuhalten? Trägt der Arbeitnehmer die volle Beweislast für das sittenwidrige Motiv des Arbeitgebers oder genügt die Glaubhaftmachung? Welche Auswirkungen hat dies auf das Prozesskostenrisiko?
- Sind bei Vorliegen sittenwidriger Kündigungsmotive auch schadenersatzrechtliche Konsequenzen denkbar?

TEIL I: GRUNDLAGEN

Kapitel 1: Historische Entwicklung der rechtlichen Grundlagen

1.1. Einleitung

Zum besseren Verständnis des allgemeinen Kündigungsschutzes steht zu Beginn ein kurzer Überblick über die wirtschaftlichen und sozialen Hintergründe des Betriebsverfassungsrechts und die gesetzesgeschichtliche Entwicklung des BRG und seiner Nachfolgeregelung, des ArbVG (Pkt 1.2.). Daran anschließend wird die dogmatische Auseinandersetzung in Judikatur und Literatur zum Thema der Normenkonkurrenz erläutert (Kap 2). Insb enthält der Abschnitt über die Rsp auch einen vollständigen, zeitlich chronologischen, Überblick über die bereits ergangenen Urteile zur sittenwidrigen Kündigung.

1.2. Historische Entwicklung des allgemeinen Bestandsschutzes

1.2.1. Die Anfänge des Betriebsverfassungsrechts vor 1919

Die sozialpolitischen Bestrebungen, neben überbetrieblichen Gewerkschaftsorganisationen, auch eine eigene **Arbeitnehmervertretung innerhalb** eines **Betriebes** zu errichten, haben ihren Ursprung bereits am Beginn des 19. Jahrhunderts. Die Idee der Beteiligung von Arbeitnehmern an betrieblichen Angelegenheiten geht unter anderem auf den, vom französischen Frühsozialisten und Ökonom **Proudhon**[43] weiter entwickelten, **Rätegedanken** zurück. An Stelle eines parlamentarischen Einheitsstaates sollte eine, unmittelbar auf dem Volkswillen begründete, dezentralisierte Ordnung geschaffen werden. Im Gegensatz zu Gewerkschaften, die eine Vertretung auf höherer regionaler Ebene anstrebten, sollte die Tätigkeit von "Betriebsräten" auf die Zellorganisation dh den Betrieb selbst beschränkt bleiben, unabhängig von höheren Organisationsformen.[44] In **Österreich** fand der Gedanke, „*den Arbeitnehmern ein Mitentscheidungsrecht bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen einzuräumen",*

[43] *Pierre-Joseph Proudhon* (1809 bis 1865) frz Ökonom und Soziologe.
[44] *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Betriebsrätegesetz[2] (1973) 3.

erstmals im **Gesetz betreffend die Errichtung von Genossenschaften beim Bergbau** seinen legistischen Niederschlag.[45] So sah das Gesetz die Bildung von **Lokalarbeiterausschüssen** vor, die in Angelegenheiten der Entlohnung sowie sonstiger Arbeitsbedingungen zwischen dem Betriebsinhaber und der Arbeitnehmerschaft vermitteln und zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten beitragen sollten. Zusätzlich konnte dem Lokalarbeiterausschuss die **Mitwirkung** an der Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen sowie die Überwachung von Dienstordnungen und anderer Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften übertragen werden.[46] Parallel dazu hatten sich vor Beginn des 1. Weltkrieges sog **Vertrauensmännerausschüsse** in Form von Arbeiter- und Fabriksausschüssen in Fabriken auf freiwilliger Basis gebildet. Spätere gesetzliche Bestimmungen (BRG 1919 u BRG 1947) knüpfen an die Institution dieser Vertrauensmännerausschüsse an.[47] So spricht § 25 Abs 1 BRG 1947 ausdrücklich noch von Betriebsräten bzw Vertrauensmännern.[48]

Für die **anderen Bereiche** der Privatwirtschaft bestanden bis zum Jahr 1919 keine gesetzlichen Regelungen. Vielmehr basierte die Beziehung zwischen Unternehmer und Betriebsangehörigen bloß auf einer **dienstvertraglichen Grundlage**, wobei die Arbeitnehmer untereinander auch in keiner rechtlichen Verbindung standen, sondern vielmehr eine reine Interessengemeinschaft bildeten, die sich organisatorisch außerhalb des Betriebes nur auf gewerkschaftliche Vereinigungen stützen konnten.[49]

[45] RGBl 1896/156; vgl auch *Floretta/Strasser*, BRG Kommentar^2, 5; *Strasser*, Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz I (2006) XXIII; *Schrammel*, Betrieb und Unternehmen in der österreichischen Arbeitsverfassung in FS *Kühne* (1984) 341.
[46] Vgl *Schrammel* in FS *Kühne* 341; *Floretta/Strasser*, BRG Kommentar^2, 5.
[47] Vgl *Floretta/Strasser*, BRG Kommentar^2, 5; *Strasser*, Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch,* ArbVG Kommentar I^2, XXIII.
[48] § 25 Abs 1 BRG 1947: In Betrieben, in denen Betriebsräte (Vertrauensmänner) bestellt sind, hat der Betriebsinhaber vor jeder Kündigung eines Dienstnehmers den BR zu verständigen.
[49] Vgl *Schrammel* in FS *Kühne* 342.

1.2.2. Der Kündigungsschutz des BRG 1919

Das Sozialisierungsbestreben im frühen 20. Jahrhundert hatte zum Ziel, die Teilnahme der Arbeitnehmerschaft an der wirtschaftlichen und technischen Leitung des Betriebes zu erreichen.[50] Obwohl der erste Gesetzesentwurf zum BRG 1919 noch nicht konkret von Betriebsräten spricht, sondern die Errichtung von Arbeiter- und Angestelltenausschüssen konzipiert, so lässt sich daraus doch das **Bestreben** nach einer **gesetzlichen Grundlage des Vertrauensmännersystems** erkennen.

Mit Gesetz vom **15. Mai 1919**[51], betreffend die Errichtung von Betriebsräten (**BRG 1919**), wurde **erstmals** eine allgemeine gesetzliche Regelung der betrieblichen Dienstnehmervertretung geschaffen. Einerseits führte dies zu einer **rechtlichen Organisation der Belegschaft**, da die Arbeitnehmerschaften der einzelnen Betriebe zu **Rechtsgemeinschaften** zusammengefasst wurden. Andererseits bestand nun eine **gesetzliche Regelung der Zusammenarbeit** des BR, als Vertretungsorgan der **Belegschaft**, mit dem **Unternehmer**. Dies zeigte sich vor allem durch die Normierung konkreter Befugnisse und Mitwirkungsrechte des BR, da nun in zahlreichen Angelegenheiten der Betriebsinhaber nicht mehr alleine entscheiden konnte, sondern an die Zustimmung des BR gebunden war. Der Gesetzgeber wollte dadurch eine „Demokratisierung der Betriebe“ erreichen und *an Stelle des früher herrschenden „Absolutismus“* des Betriebsinhabers, eine konstitutionelle Institution in Form der Betriebsräte schaffen.[52] Somit stellt das Betriebsverfassungsrecht die Gesamtheit aller Bestimmungen dar, die der Belegschaft eines Betriebes eine rechtlich geregelte Organisation geben und ihr Befugnisse gegenüber dem Betriebsinhaber einräumen.

Gem § 1 Abs 1 BRG 1919 sind „*Betriebsräte der Arbeiter und Angestellten in allen fabrikmäßigen Betrieben sowie in allen anderen Betrieben zu errichten, wenn in diesen* ***mindestens 20 Arbeiter oder Angestellte*** *dauernd gegen Entgelt beschäftigt sind*.“[53] Nach § 3 leg cit ist der BR dazu berufen, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Interessen von Arbeitern und Angestellten wahrzunehmen

[50] Vgl *Floretta/Strasser*, BRG Kommentar[2], 2; *Strasser*, Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I[2] XXIII; *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 1081.
[51] Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich, StGBl 1919/283.
[52] Vgl *Schrammel* in FS *Kühne* 342.
[53] Vgl *Schrammel* in FS *Kühne* 341.

und zu fördern. Dies zeigt sich unter anderem in den Bestimmungen zum Kündigungsschutz**. § 3 Z 9 BRG 1919** regelt die **Anfechtungsmöglichkeit von Kündigungen** (oder Entlassungen) von Arbeitern und Angestellten durch den BR. Danach kann die Kündigung mit der Begründung angefochten werden, „*dass sie aus **politischen Gründen**, iZm der Tätigkeit als **Mitglied des Betriebsrates** oder deswegen erfolgt sei, weil der Betroffene vom **Vereins- oder Koalitionsrecht** Gebrauch gemacht hat. Die Anfechtung hat schriftlich binnen 8 Tagen beim Einigungsamt zu erfolgen. Erachtet das Einigungsamt die Gründe der Anfechtung als gegeben, so ist die Kündigung (Entlassung) ungültig."* Im BRG 1919 ist nur die Möglichkeit des **ausdrücklichen Widerspruchs** des BR zu einer Kündigung normiert, zu der eine konkrete Begründung notwendig war. Zudem stand dieses **Recht** ausschließlich **dem BR** selbst zu. Ein konkretes "Verlangen" nach Anfechtung durch den Arbeitnehmer war nicht erforderlich.

1934 wurde, mit der Änderung der Staatsform, das BRG 1919 durch das **Gesetz über die Errichtung von Werksgemeinschaften** abgelöst. Im Wesentlichen wurden die Vorschriften des BRG 1919 modifiziert und damit das Betriebsverfassungsrecht auf eine ständische Grundlage gestellt.[54] Im Zuge des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich kam es zu einem radikalen Bruch in der Entwicklung des Betriebsräte-Rechts. Mit der Einführung des deutschen Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG[55]) wurde das „Führerprinzip" in den Betrieben anstelle der österreichischen Betriebsverfassung eingeführt, welches die Errichtung eines sog „Vertrauensrates" mit einem Betriebsführer und ihn beratenden Vertrauensmännern vorsah. Dieser hatte allerdings mit der Institution des heutigen BR nichts gemein.[56]

[54] BGBl II 1934/153; vgl *Strasser*, Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I^2, XXIII; vgl auch *Schrammel* in FS *Kühne* 344.
[55] Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, DRGBl I 1934/45.
[56] Vgl *Strasser,* Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I^2 XXIII.

1.2.3. Der Kündigungsschutz BRG 1947

Nach dem Ende des Nationalsozialismus (1945) wurden zunächst provisorische Betriebsräte und Vertrauensleute, nach dem Vorbild des BRG 1919, gebildet. Mit BGBl 1947/97 kam es dann zur Einführung eines neuen Betriebsrätegesetzes **(BRG 1947)**.[57] Es folgte der Konzeption des BRG 1919, verstärkte jedoch den Einfluss des BR in personellen und sozialen Angelegenheiten, baute die wirtschaftlichen Mitwirkungsrechte weiter aus und stellte das Betriebsrätewesen, so *Schrammel*, auf eine neue, „*rechtlich einwandfreie*“ Grundlage.[58]

Insb wurden die Motivkündigungstatbestände näher ausformuliert und erweitert**.** In **§ 25 Abs 3 BRG 1947** normiert der Gesetzgeber nun die Anfechtbarkeit, wenn der Grund für die Kündigung des Arbeitnehmers in seiner **Tätigkeit in Gewerkschaften**, in seiner **früheren Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrates**, der **Bewerbung** um die Bestellung **zum Betriebsrat** oder in der **Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes** gelegen ist.

Eine grundlegende Neuerung liegt in der Normierung des **betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens**, wonach der betroffene Arbeitnehmer erst nach Verständigung und Stellungnahme des BR rechtswirksam gekündigt werden konnte. Im Falle der Verletzung des Vorverfahrens war die Kündigung unwirksam (unmittelbare Wirkung).[59] Die Stellungnahme des BR hatte binnen drei Tagen, nach erfolgter Verständigung über die Kündigung, zu erfolgen. Anders als die Nachfolgeregelung des ArbVG, kannte auch das BRG 1947 noch keinen sog „schlichten Widerspruch“. Bloßes Schweigen des BR galt ausdrücklich als Zustimmung zur Kündigung (§ 25 Abs 2, Satz 2 BRG 1947: „***Erfolgt keine Stellungnahme, gilt dies als Zustimmung“***). Stimmte der BR der Kündigung ausdrücklich zu, so war die Möglichkeit einer Anfechtung, sowohl des BR selbst als auch des Arbeitnehmers “versperrt” (sog **Sperrrecht** des BR).

[57] Bundesgesetz vom 28. März 1947 über die Errichtung von Betriebsvertretungen (Betriebsrätegesetz 1947) BGBl 1947/97.
[58] *Floretta/Strasser*, BRG Kommentar[2], 8; vgl *Schrammel* in FS *Kühne* 345.
[59] *Floretta/Strasser*, BRG Kommentar[2], 469.

Voraussetzung für die Anfechtung beim Einigungsamt[60] war die Kündigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, trotz ausdrücklichem Widerspruch des BR. Weitere Bedingung war das explizite **Verlangen des Arbeitnehmers** die Kündigung anzufechten. Nur in zwei Fällen stand das **Anfechtungsrecht dem gekündigten Arbeitnehmers selbst** zu. Zum einen, wenn der BR dem Verlangen des gekündigten Arbeitnehmers auf Anfechtung nicht entsprach (Abs 5 leg cit). Zum anderen, wenn in betriebsratspflichtigen Betrieben kein BR errichtet wurde (Abs 6 leg cit). Ebenso wie dem BR, stand dem Arbeitnehmer eine Anfechtung der Kündigung nur aufgrund der in Abs 3 leg cit angeführten Gründen offen.

1.2.4. Der Kündigungsschutz des ArbVG 1974

Mit der Einführung des ArbVG im Jahre 1974 (BGBl 1974/22[61]), kam es auch zu wesentlichen Erweiterungen des gesetzlichen Betriebsverfassungsrechts und des Kündigungsschutzes.[62] Der Katalog der Kündigungsanfechtungsgründe wurde in § 105 ArbVG erweitert. Die bereits in § 25 BRG 1947 normierten vier Anfechtungstatbestände wurden übernommen und durch **weitere Gründe** ergänzt: durch den Beitritt oder die Mitgliedschaft in Gewerkschaften; die Einberufung einer Betriebsversammlung; die Tätigkeit als Mitglied einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge; die Tätigkeit als Mitglied einer Schlichtungsstelle, die Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson sowie die bevorstehende Einberufung des Arbeitnehmers zum Präsenzdienst. In den darauf folgenden Jahren wurde der Katalog der Motivkündigungstatbestände des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG weiter ergänzt. In späteren Novellen kamen die Kündigungsanfechtung wegen der offenbar nicht unberechtigten **Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche** (**lit i** leg cit[63]) hinzu. Ebenso die Anfechtung wegen der **Tätigkeit als Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner** bzw als Fach- oder Hilfskraft derselben (**lit g** leg cit[64]),

[60] BGBl 1985/104; Seit der Einführung des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) sind anstelle der Einigungsämter, die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über Arbeits- und Sozialrechtssachen berufen.
[61] Zur politikgeschichtlichen Entwicklung des ArbVG 1974 - siehe *Tomandl*, Einige Bemerkungen zu Entstehung und Bedeutung des Arbeitsverfassungsgesetzes 1973, in Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft (1986) 317ff.
[62] *Strasser*, Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I^2, XXIII.
[63] BGBl 1986/394.
[64] BGBl 1994/450.

wegen der **Tätigkeit als Sprecher iZm der Europäischen Belegschaftsvertretung gem § 177 Abs 1 ArbVG**[65] (**lit j** leg cit[66]) sowie wegen der **bevorstehenden Einberufung des Arbeitnehmers zum Ausbildungsdienst oder Zuweisung zum Zivildienst** (**lit h** leg cit[67]).

Im Unterschied zum BRG 1947, war die Anfechtung nun nicht mehr allein vom ausdrücklichen Widerspruch des BR abhängig. Vielmehr war eine Kündigungsanfechtung auch dann möglich, wenn der BR nicht ausdrücklich zustimmte, dh keine Stellungnahme zur Kündigung innerhalb einer Frist von fünf Tagen gem Abs 1 leg cit abgab. Das bloßes "**Schweigen" des BR** wird als sog "**schlichter Widerspruch**" bezeichnet. Nur im Falle der **ausdrücklichen Zustimmung des BR** zur Kündigung war die Anfechtungsmöglichkeit beim Einigungsamt für den BR selbst, aber auch für den gekündigten Arbeitnehmer nicht mehr möglich, sie wurde damit "versperrt". Dieses sog **Sperrrecht** des BR galt bis 1990 sowohl für die Anfechtung **wegen Motivkündigung** gem § 105 Abs 3 **Z 1** ArbVG als auch für die Anfechtung **wegen Sozialwidrigkeit** gem § 105 Abs 3 **Z 2** ArbVG. Das Recht des BR, über die Kündigungsanfechtung alleine zu entscheiden, wurde als verfassungswidrig bekämpft[68] (s Pkt 2.2.5. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes). Erst mit der Novelle **1990** wurde das **Sperrrecht** des BR schließlich auf die Kündigungsanfechtung wegen **Sozialwidrigkeit** gem Z 2 leg cit beschränkt (**partielles Sperrrecht**).[69]

Das **materiell-rechtliche Anfechtungsrecht** selbst steht **primär** dem **BR** zu**.** Gem **§ 105 Abs 4 ArbVG** kann der BR auf Verlangen des gekündigten Arbeitnehmers binnen einer Woche nach Verständigung vom Ausspruch der Kündigung, diese beim Einigungsamt anfechten, sofern der BR ausdrücklichen Widerspruch dagegen erhoben hat. Kommt der BR allerdings dem Verlangen des Arbeitnehmers nach Anfechtung nicht nach, so kann der betroffene **Arbeitnehmer**

---

[65] §§ 171ff ArbVG normieren die Einrichtung eines besonderen Verhandlungsgremiums im Rahmen der europäischen Betriebsverfassung. Der Antrag zur Errichtung muss schriftlich von mindestens 100 Arbeitnehmern aus mindestens zwei Betrieben oder Unternehmen in mindestens zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten einzubringen. Die „Einbringenden" können gem § 177 Abs 1 ArbVG einen Sprecher bezeichnen. Vgl auch *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II^2 § 105 Rz 228.

[66] BGBl 1996/601.

[67] BGBl 1998/30.

[68] VfGH 5.12.1984, B 370/83, VfSlg 10.297; VfGH 23.2.1985, B 517/84-11, VfSlg 10.344; vgl auch *Floretta*, Kündigungsschutz und Sperrecht des Betriebsrates, DRdA 1985/14.

[69] BGBl 1990/411.

innerhalb einer Woche nach Ablauf der für den BR geltenden Frist die Kündigung **selbst anfechten**. Darüber hinaus steht ihm diese Möglichkeit auch zu, wenn der BR innerhalb der Fünf-Tagesfrist gem § 105 Abs 1 ArbVG gar keine Stellungnahme abgegeben hat. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall eine Frist von einer Woche ab Zugang der Kündigung einzuhalten, um die Anfechtung selbst durchzuführen. Das ArbVG 1974 normiert für den gekündigten Arbeitnehmer auch ein **prozessuales Eintrittsrecht** für den Fall, dass der BR die bereits erhobene Kündigungsanfechtung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers zurückzieht. Gem Abs 4 letzter Satz leg cit kann der betroffene Arbeitnehmer binnen 14 Tagen ab Verständigung das Verfahren danach selbst fortsetzen.

1.2.5. Ministerialentwurf 1972

Zum besseren Verständnis der **rechtsdogmatischen Diskussion** zur **Normenkonkurrenz** zwischen den Tatbeständen des allgemeinen Bestandsschutzes iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG und der Guten-Sitten-Klausel des § 879 ABGB (s nachfolgendes Kap 2), ist idZ auch der **Ministerialentwurf**[70] zur Einführung des ArbVG aus dem Jahre 1972 zu nennen, der in dieser Hinsicht nicht Gesetz wurde.

Hinter dem Entwurf stand das **Ansinnen**, die kontroversielle Frage der **Normenkonkurrenz** zwischen § 25 BRG und § 879 ABGB **letztgültig zu klären.**[71] Die wissenschaftliche Auseinandersetzung drehte sich bis dahin im Wesentlichen um die Frage, ob die Bestimmungen des § 25 BRG 1947, als lex specialis zur Guten-Sittenklausel, einerseits die Kündigungsanfechtung nur aus den Motivkündigungsgründen des § 25 BRG 1947 ermöglicht und die Nichtigerklärung gem § 879 ABGB dagegen gänzlich verdrängt (sowohl innerhalb als auch außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG). Oder ob andererseits die Normen des allgemeinen Bestandsschutzes der Generalklausel nur in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich derogieren und damit aus anderen missbilligten Motiven ein Rückgriff auf § 879 ABG möglich wäre.

[70] Vgl *Floretta/Strasser*, Der Arbeitsverfassungsgesetzentwurf 1972 (1973) 39; *Atzmüller*, Die Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechts (1985) 92.
[71] Vgl *Atzmüller*, Kodifikation 121.

§ 110 des Entwurfs sah neben der Anfechtung (§ 111 leg cit), parallel auch die **Nichtigkeit von Kündigungen** vor.[72] "*Kündigungen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig."* Die Nichtigkeit ist vom gekündigten Arbeitnehmer selbst beim Arbeitsgericht geltend zu machen. Auch die Regierungsvorlage[73] (§ 104) sah neben der Anfechtbarkeit parallel dazu die Nichtigkeit einer verpönten Kündigung vor.

Interessant daran ist, dass sowohl die Anfechtbarkeit als auch die Nichtigkeit einer Kündigung **aus denselben Gründen** angedacht wurde. So regelt **§ 110, 2. Satz** des Ministerialentwurfs zum ArbVG: „***Nichtig sind insb Kündigungen****, deren Motiv im Beitritt oder der Mitgliedschaft des gekündigten Arbeitnehmers zu Gewerkschaften, in seiner Tätigkeit in Gewerkschaften oder in der Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse*, *insb auch in der Bewerbung um die Mitgliedschaft in Organen der Arbeitnehmerschaft oder in seiner früheren Tätigkeit in solchen Organen gelegen ist."* Wortgleich sah der Entwurf auch, unter Einhaltung des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens, in § 111 Abs 3 Ziffer 1 die Anfechtungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer vor.[74]

Die Parallelität von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Entwurfs hätte allerdings die intendierte **Rechtssicherheit** gerade nicht hergestellt, ganz im Gegenteil: Denn als rechtliche Konsequenz, hätte der betroffene Arbeitnehmer, bei Vorliegen eines aufgezählten verpönten Kündigungsmotivs (zB Beitritt zu einer Gewerkschaft), sowohl den Weg der Anfechtung mittels Rechtsgestaltungsklage unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen wählen können als auch die Möglichkeit der Nichtigkeit mittels Feststellungsklage gehabt, jedoch ohne Einhaltung einer zeitlichen Frist. Durch die Normierung der Nichtigkeit einer Kündigung gem § 879 ABGB, hätte dies die Regelungen der Anfechtbarkeit des Motivkündigungsschutzes, wenn schon nicht ad absurdum geführt, so doch eine nicht eindeutige Rechtslage geschaffen.

Schließlich wurde der **Ministerialentwurf** hinsichtlich dieser Bestimmungen jedoch wieder **fallen gelassen** und die letztlich Gesetz gewordene Fassung des ArbVG regelte nur noch die anfechtbare (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG), nicht jedoch die

[72] § 112 des Entwurfs enthielt eine ähnliche Regelung für Entlassungen.
[73] § 104 des EBRV 840 BglNR 13.GP, 86.
[74] Vgl *Floretta/Strasser*, ArbVG-Entwurf 1972, 40.

nichtige Kündigung. Somit blieb die Diskussion der Normenkonkurrenz und ebenso die Frage der Derogation des § 879 ABGB innerhalb als auch außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes, letztlich ungeklärt und führte diesbezüglich bis zum Jahre 1993 zu Uneinigkeit in Judikatur und Lehre. Auf diese Thematik wird im nun folgenden Kapitel eingegangen.

Kapitel 2: Die Geschichte der sittenwidrigen Kündigung in Judikatur und Literatur - ein langer Weg zur Einigkeit

2.1. Problemstellung

Nach hL[75] und seit 1993 auch nach stRsp[76] besteht **keine Normenkonkurrenz** zwischen der Gute-Sitten-Klausel des § 879 ABGB und den Motivschutztatbeständen des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG. Soweit durch gesetzliche Bestimmungen der Motivkündigungsschutz nicht besonders geregelt ist und diese Regelungen auch nicht analog anwendbar sind, ist die Berufung auf § 879 ABGB auch für Arbeitnehmer möglich, die dem Anwendungsbereich des ArbVG unterliegen. Ebenso bleibt § 879 ABGB für Arbeitnehmer, außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG, voll anwendbar, unabhängig davon ob es sich nun um in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG angeführte oder um andere Motive handelt. **Vor** dem Jahre **1993** waren Judikatur und Literatur jedoch unterschiedlicher Auffassung, ob und inwieweit die Konkretisierung des Motivschutzes im ArbVG der generellen Norm des § 879 ABGB derogiert. Zum besseren Verständnis der Konkurrenzproblematik und der historischen Entwicklung des Meinungsstandes sollen zunächst die möglichen Denkansätze dargestellt werden.

a) Ein Denkansatz geht von der **totalen Derogation** aus, wonach § 105 ArbVG als lex specialis die generelle Norm des ABGB gänzlich verdrängt. Die Anfechtung einer Kündigungserklärung aufgrund eines missbilligten Motivs ist damit ausschließlich auf die Kündigungsanfechtung gem § 105 ArbVG zu stützen. Das bedeutet, dass sowohl innerhalb als auch außerhalb des Anwendungsbereichs des allgemeinen Motivkündigungsschutzes iSd § 105 ArbVG eine arbeitsrechtliche Kündigung nicht nach § 879 nichtig sein kann.[77]

---

[75] Vgl *Floretta*, Rechtsdogmatisches 46; *Schwarz/Löschnigg*, AR[4], 403; *Mayer-Maly/Marhold*, Öst.AR I, 175; *Firlei* in FS *Rabofsky*, 152; *Trost*, DRdA 1987, 1 (8).

[76] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator-E).

[77] Vertreter dieser Auffassung in der Lehre waren *Tomandl, Mayr und Tutschka-Dungl*. Auch der OGH war bis 1993 dieser Ansicht. Vgl auch *Kiesel,* Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB (2004) 5.

b) Ein anderer Denkansatz geht davon aus, dass § 879 ABGB nur im **unmittelbaren Geltungsbereich des § 105 ArbVG**, dh sowohl hinsichtlich seines Anwendungsbereichs als auch hinsichtlich des Kündigungsmotivs, derogiert wurde **(partielle Derogation).**[78] Arbeitnehmer, die dem Geltungsbereich des II. Teils ArbVG unterliegen, können sich bei Vorliegen taxativ aufgezählter Motive in § 105 ArbVG nur auf diese, nicht jedoch auf die Generalklausel des § 879 ABGB berufen. Nur soweit andere sittenwidrige Motive für die Kündigung ausschlaggebend waren, ist ihnen jedoch der Rückgriff auf § 879 ABGB möglich.[79]

c) Geht man davon aus, dass die Generalklausel des ABGB von so fundamentaler Bedeutung für alle privatrechtlichen Verträge ist, wäre auch die **Alternativtheorie denkbar,** dh bei Vorliegen eines sittenwidrigen Motivs könnte sich der betroffene Arbeitnehmer **kumulativ oder alternativ** sowohl auf § 105 ArbVG als auch auf § 879 ABGB berufen. Diese Denkvariante würde nicht nur inhaltlich den Sinn der Normierung von § 105 ArbVG in Frage stellen, sondern auch aufgrund der unterschiedlichen prozessualen Folgen und Regelungen zur Kostentragung zu massiver Rechtsunsicherheit führen.

[78] Vertreter dieses Ansatzes waren *Floretta, Strasser, Schrank* und *Trost.*

[79] Eine **andere Form der partiellen Derogation** geht davon aus, dass § 879 ABGB durch die Normierung des allgemeinen Kündigungsschutzes im Bereich des ArbVG allgemein verdrängt wurde. Vgl dazu *Kiesel*, Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB (2004) 5: *„Die vom Arbeitnehmerbegriff des **ArbVG erfassten Arbeitnehmer**, die in betriebsratspflichtigen Betrieben tätig sind, könnten sich demzufolge – **bei Vorliegen jedwedes Kündigungsmotives** – nicht mehr auf die Generalklausel berufen. Die nicht von der Bestimmung des § 105 ArbVG erfassten Arbeitnehmer könnten ein verpöntes Kündigungsmotiv demgegenüber (nur) nach § 879 ABGB geltend machen.“*

2.2. Die Judikatur

2.2.1. Die Judikatur des OGH zur Normenkonkurrenz bis 1993

Die Anzahl der höchstgerichtlichen Entscheidungen zu „illoyalen Kündigungen", wie *Floretta*[80] es beschreibt, hält sich zahlenmäßig in Grenzen.[81] Im Wesentlichen setzte sich der OGH bis zum Jahre 1993 mit dem Thema der **sittenwidrigen Kündigung** und dem Kündigungsschutz wegen **gewerkschaftlicher Tätigkeit** sowie der Normenkonkurrenz zwischen § 879 ABGB und § 25 BRG 1947, in **drei Entscheidungen**, auseinander.

Käserei-E 1958[82]: Der Arbeitsvertrag eines **Molkereimitarbeiters** wurde vom Arbeitgeber mit der Begründung wirtschaftlicher Schwierigkeiten (Erliegen der Käse-Erzeugung) gekündigt. Der klagende Arbeitnehmer war während seiner Dienstzeit als **gewerkschaftlicher Vertrauensmann** sehr aktiv, worin er auch das alleinige Motiv seiner Kündigung sah. Er wendete daher Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB ein und begehrte die Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses. Aufgrund der geringen Anzahl von Arbeitnehmern (weniger als 5 Mitarbeiter), unterlag der Betrieb nicht dem Geltungsbereich des § 25 BRG 1947. Das Höchstgericht entschied daher aufgrund der fehlenden Anwendbarkeit des Motivkündigungsschutzes gem § 25 BRG 1947 zu Ungunsten des klagenden Arbeitnehmers. In diesem Urteil nimmt der OGH Bezug auf die gegenteilige Ansicht von *Floretta*[83], **verneinte** aber entschieden den sachlichen **Unterschied zwischen sozialwidriger und sittenwidriger Kündigung**. Das Höchstgericht betont, dass der **Gesetzgeber** mit § 25 BRG 1947 den **Kündigungsschutz abschließend und selbständig regeln** wollte. In der Begründung räumt der Gerichtshof zwar ein, dass in den Materialien zum BRG 1947 kein Hinweis auf eine diesbezügliche Absicht des Gesetzgebers enthalten ist, jedoch entnimmt der

[80] *Floretta*, JBl 1954, 525.
[81] Anm In der frühesten Judikatur zur Frage der sittenwidrigen Kündigung, leitete der OGH die Sittenwidrigkeit nicht aus § 879 ABGB, sondern aus dem Verbot der schikanösen Rechtsausübung gem § 1295 Abs 2 ABGB ab. Da sich die vorliegende Arbeit mit der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 auseinander setzen will, werden diese Entscheidungen nicht explizit besprochen; vgl OGH 29.7.1925, Ob I 658/25, SZ 7/251 (Hausbesorger-E) u OGH 24.7.1962, 4 Ob 88/62, Arb 7593 (Dienstzeugnis-E); anders *Strasser*, DRdA 1958, 64; *ders*, Der Kündigungsschutz nach § 25 BRG und die sittenwidrige Kündigung, JBl 1958, 173.
[82] OGH 1.7.1958, 4 Ob 70/58, Arb 6901 = RdA 1959, 110 (*Floretta*), (Käserei-E).
[83] *Floretta*, Der Kündigungs- und Entlassungsschutz im österreichischen und deutschen Arbeitsrecht, ÖJZ 1953, 316.

OGH der selbständigen Regelung des Motivkündigungsschutzes in § 25 BRG 1947, dass dadurch einer Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses wegen Sittenwidrigkeit des Motivs der „Boden entzogen“ sei. Nach Ansicht des Gerichtshofes wollte der Gesetzgeber **mit § 25 BRG 1947** für alle Arten von Betrieben eine **neue gesetzliche Grundlage** schaffen. Der Kündigungsschutz erfasse nur größere Betriebe, *wenn gleich die Gruppe von Kleinbetrieben damit schlechter als vorher gestellt worden sein mag.*[84]

Der, in § 25 BRG 1947, neu geregelte Kündigungsschutz wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit habe der allgemeinen **Bestimmung des § 879 ABGB derogiert**. Es ist daher der **Rückgriff auf die Generalklausel des ABGB weder innerhalb, noch außerhalb des Geltungsbereichs des § 25 BRG möglich**. Abschließend betont der OGH auch, dass die Kündigungstatbestände des § 25 BRG 1947 selbst auf die Missbilligung verpönter Motive zurück gehen und verweist zur Bekräftigung auf die Bestimmung des § 28 der oö Landarbeitsordnung.[85] Diese dehnt den Schutz auf Kleinbetriebe aus. Danach können Arbeitnehmer eine Kündigung wegen der Tätigkeit als Mitglied einer gesetzlichen Interessenvertretung binnen vier Wochen bei Gericht anfechten. Für das Höchstgericht kommt hier der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, für Mitarbeiter in Kleinstbetrieben keinen Rückgriff auf § 879 ABGB zu gestatten, da es ansonsten dieser Regelung nicht bedurft hätte.

In einem späteren **Urteil aus 1960**[86] **(<u>Schnittmacher-E</u>)** bekräftigte der OGH seine Rechtsansicht erneut. Der betroffene **Arbeitnehmer** war als Schnittmacher in einer Weberei beschäftigt, die dem Geltungsbereich des § 25 BRG 1947 unterlag. Auf einer **Betriebsversammlung,** hielt der Arbeitnehmer eine provokante Ansprache zu den Lohn- und Arbeitsbedingungen und forderte vehement **günstigere Arbeitsbedingungen** sowie eine Gewinnbeteiligung. Darüber hinaus kandidierte er für den BR, wogegen sich der damalige BR-Obmann entschieden aussprach. Gegen die darauffolgende Kündigung, die mit Zustimmung des BR erfolgte, begehrte der gekündigte Arbeitnehmer die

[84] OGH 1.7.1958, 4 Ob 70/58, Arb 6901 = RdA 1959, 110 (*Floretta*), (Käserei-E).
[85] Anm: Von Seiten der Literatur wird dem OGH zu Recht kritisch entgegnet, dass er die Landesgesetzgebung zur Interpretation eines Bundesgesetzes heranzieht; vgl *Tomandl*, Die sittenwidrige Kündigung im Lichte der Rechtsprechung, ÖJZ 1959, 33.
[86] OGH 20.9.1960, 4 Ob 109/60, Arb 7284 = JBl 1961, 292 (Schnittmacher-E).

Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses, da seiner Ansicht nach sowohl die Kündigung als auch die Zustimmung des BR sittenwidrig und daher nichtig seien.

In seiner **Begründung** führte der Gerichtshof aus, dass der Gesetzgeber, mit der Neuregelung des Kündigungsschutzes in § 25 BRG 1947, alle früher bestandenen Klagsmöglichkeiten (Feststellungsklage wegen Nichtigkeit) beseitigen wollte. Der OGH verweist nur knapp auf die Käserei-E aus 1958[87] und verneint neuerlich den sachlichen **Unterschied** von **Sozial- und Sittenwidrigkeit**, da auch der Kündigungsschutz des § 25 BRG 1947 auf die Missbilligung verpönter Kündigungsmotive zurückgehe. Das Höchstgericht beruft sich diesmal auf *Strasser*[88], der ebenfalls von einer Einschränkung des § 879 ABGB durch § 25 BRG 1947 spricht. Auf andere Anwendungsfälle (zB leitende Angestellte), ging der Gerichtshof in diesem Urteil nicht näher ein. Der klagende Arbeitnehmer sei durch die Regelungen des § 25 BRG geschützt, es stehe ihm jedoch hier keine Anfechtungsmöglichkeit offen, da der BR keinen Widerspruch erhoben hatte. Der OGH sah sich nicht veranlasst, von seiner Rechtsmeinung abzugehen und gab der Revision des klagenden Arbeitnehmers nicht Folge.

Auch in einer **weiteren Entscheidung** aus **1965**[89] hielt das Höchstgericht an dieser Linie fest. Die Intention des Gesetzgebers zur selbständigen und abschließenden Regelung ist für den OGH somit eindeutig. Im Hinblick auf die Sonderregelung des Kündigungsschutzes nach § 25 BRG sei die Nichtigkeit einer Kündigung iSd § 879 ABGB nicht möglich.

[87] OGH 1.7.1958, 4 Ob 70/58, Arb 6901 (Käserei-E).
[88] *Strasser*, JBl 1958, 173.
[89] OGH 11.5.1965, 4 Ob 62/65, Arb 8088 = EvBl 1965/426.

2.2.2. Der Umdenkprozess

Erste Anzeichen des Umdenkens, erkennt man in der **Sippenhaftungs-E** aus dem Jahre **1990**.[90] Obwohl hier die Auflösung eines Probearbeitsverhältnisses und nicht eine Kündigung zu beurteilen war, spricht der OGH vom erforderlichen sittenwidrigen Beweggrund, „*um die Auflösungserklärung als **gegen § 879 ABGB** verstoßend unwirksam erscheinen zu lassen*." Die klagende Arbeitnehmerin hatte sich auf eine Stelle im Personalbüro beworben. Das befristete Dienstverhältnis sollte am 1. Mai 1988 beginnen, wobei der erste Monat als **Probemonat** gelten sollte. Noch vor Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde der Dienstvertrag, mit Schreiben vom 20. April 1988, mit sofortiger Wirkung gelöst. Nach Meinung der klagenden Arbeitnehmerin lag der **Grund für die Auflösung** darin, dass ihr Vater in einem presserechtlichen Strafprozess den Sprecher der Nationaldemokratischen Partei (NDP) vertreten und den damaligen Innenminister verbal angegriffen hatte. Der beklagte Arbeitgeber habe erklärt, die NDP gehöre geächtet und „*er wolle mit so etwas nichts zu tun haben*". Die klagende Arbeitnehmerin behauptete, dass es sich bei dieser Vorgehensweise hinsichtlich ihrer Person um eine reine "**Sippenhaftung**" handle. Diese wäre **gesetz- und sittenwidrig**, sodass die Auflösungserklärung damit nichtig und unwirksam sei. Der beklagte Arbeitgeber wandte ein, dass es im Zuge des Bewerbungsgesprächs keine Unklarheiten betreffend die Befristung des Dienstverhältnisses gegeben habe. Allerdings habe die klagende Arbeitnehmerin bei ihrem Einstellungsgespräch **verwandtschaftliche Verhältnisse zu einem langjährigen Mitarbeiter** des beklagten Arbeitgebers verschwiegen, der der Vater ihrer Kinder war. Nach Ansicht des Arbeitgebers stellen **quasifamiliäre Beziehungen** die **Unbefangenheit** eines Mitarbeiters des Personalbüros **in Frage**. Darüber hinaus sei die Tatsache, dass der Vater der klagenden Arbeitnehmerin Personen vertrete, welche nationalsozialistisches Gedankengut verbreiten, dazu geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und dem beklagten Arbeitgeber zu stören.

Der **OGH** vertrat in diesem Fall die Ansicht, dass das **Vorliegen eines sittenwidrigen Beweggrundes** erforderlich wäre, um die Auflösungserklärung als gegen **§ 879 ABGB** verstoßend unwirksam erscheinen zu lassen. Die Frage der

[90] OGH 27.6.1990, 9 ObA 141/90, Arb 10.872 = infas 1991/A11 = WBl 1994, 55 (Sippenhaftungs-E).

Sittenwidrigkeit würde dann bedeutsam erscheinen, wenn das **Motiv der Sippenhaftung** der **einzige Beweggrund** für die Auflösungserklärung wäre. Für die Beklagte waren jedoch nicht nur politische Zusammenhänge, sondern auch das **Verschweigen quasiverwandtschaftlicher Verbindung gleichermaßen wichtig**. Der dadurch verursachte **Vertrauensverlust** kann nicht als sittenwidrig eingestuft werden. Auch hier wurde der Revision der klagenden Arbeitnehmerin nicht Folge gegeben. Aus diesem Urteil lässt sich **erstmals** erkennen, dass der OGH die **Kündigung aus sittenwidrigen Motiven iSd § 879 ABGB** grundsätzlich für denkbar hält.

Auch in einem weiteren Urteil aus **1993 (Diäten-E)**[91] ist bezüglich der sittenwidrigen Kündigung ein langsames Umdenken bemerkbar. Der **klagende Arbeitnehmer** (mit Wohnsitz in Imst) war seit Mai 1990 beim beklagten Arbeitgeber beschäftigt. Er wurde ua einem Unternehmen in Schwechat und einem weiteren Unternehmen in Innsbruck für Tätigkeiten überlassen. Im März 1991 wurde der klagende Arbeitnehmer darüber verständigt, dass in Zukunft die Abrechnungen der **Trennungs- und Nächtigungsgelder** (Diäten), aufgrund einer gesetzlichen Neuregelung geändert würden. Insb sollten für seine Tätigkeit in Innsbruck, wegen der örtlichen Nähe zum Wohnort, keinerlei Auslösen mehr gezahlt werden. Der Arbeitnehmer lehnte diese **Änderung seines Arbeitsvertrages** ab und ebenfalls einen gleichzeitig in Aussicht gestellten Arbeitsplatz in Niederösterreich. Da der klagende Arbeitnehmer seinen Lohn bis 22.4.1991 nicht erhalten hatte, wandte er sich an den ÖGB, welcher mittels Telefax den Arbeitgeber zur Zahlung aufforderte und darauf hinwies, dass die beabsichtigten Kürzungen rechtswidrig seien. Daraufhin sprach der **Arbeitgeber die Kündigung** aus. Nach Ansicht des klagenden Arbeitnehmers lag das entscheidende Motiv der Kündigung in seiner **Weigerung der Änderungsvereinbarung** betreffend den Auslagenersatz zuzustimmen. Er begehrte, die Kündigung als rechtsunwirksam aufzuheben, da sie aus einem **verpönten Motiv** iSd **§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG** (wegen der offenbar nicht

[91] OGH 8.7.1993, 9 ObA 114/93, Arb 11.092 = DRdA 1994, 70 = WBl 1993, 398 = SZ 66/83 (Diäten-E).

unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche) erfolgt sei. Der beklagte Arbeitgeber bestritt das Klagebegehren.

In seinem Urteil sprach das **Höchstgericht** aus, dass der Arbeitgeber mit einem Vertragsänderungsangebot, auf dem durch die Rechtsordnung vorgesehenen legitimen Weg, von Ansprüchen loskommen will, die er gar nicht in Frage stellt. Bei dem Anfechtungsgrund gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG gehe es jedoch darum, dass der Arbeitgeber nach Meinung des Arbeitnehmers bestehende Ansprüche nicht erfüllt, der Arbeitnehmer diese nicht erfüllten Ansprüche geltend macht und der Arbeitgeber aufgrund der Geltendmachung die Kündigung ausspricht. Erst in einem Nebensatz geht der OGH auf die Anwendbarkeit des § 879 ABGB iZm **sittenwidrigen Kündigungen** ein. Der Gerichtshof entschied, dass eine Änderungskündigung erst dann als rechtsunwirksam iSd § 879 ABGB zu beurteilen sei, wenn es sich „*um eine Änderung des Arbeitsvertrages handelt, zu der sich der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen des § 879 ABGB nicht rechtswirksam verpflichten konnte.*“[92] Wenn der beklagte Arbeitgeber die Ablehnung des **Änderungsangebots** zum Anlass für die Kündigung nahm, so wäre die gegenständliche Kündigung **(folgte man der in der Lehre vertretenen Auffassung** über die **Anwendbarkeit des § 879 ABGB außerhalb des Regelungsbereichs des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG)** gem § 879 ABGB nicht unwirksam. Der OGH legt sich hier zwar noch nicht fest, jedoch deutet er die Möglichkeit des Rückgriffs auf § 879 ABGB auch außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes an. Auch in diesem Urteil wurde der Klage des gekündigten Arbeitnehmers der Erfolg versagt und der Revision nicht Folge gegeben.

[92] Vgl auch *Trost,* DRdA 1987 (118).

2.2.3. Die Wende 1993

Die endgültige Umkehr von der Vorjudikatur erfolgte mit dem Urteil des **OGH vom 11.8.1993 (EDV-Organisator-E).**[93] Ein türkischer Staatsbürger bewarb sich als EDV-Organisator. Der klagende Arbeitnehmer war damals bereits in Österreich tätig, seine Familie lebte zu dieser Zeit noch in Istanbul. Durch die Bewerbung wollte er seinen Kindern die Ausbildung im deutschen Sprachraum ermöglichen. Im Rahmen eines Sondervertragsbedienstetenverhältnisses auf Grund der Wiener Vertragsbedienstetenordnung wurde er bei der Gemeinde Wien angestellt. Beim Einstellungsgespräch wurde dem Arbeitnehmer mitgeteilt, dass er bei der Gemeinde Wien einen sicheren Arbeitsplatz haben werde, jedoch wurde weder ein kündigungsgeschütztes Dienstverhältnis, noch ein Kündigungsverzicht vertraglich vereinbart. Auf dieses Dienstverhältnis war das ArbVG nicht anwendbar. Alsbald **übte** der Arbeitnehmer **Kritik** an den **organisatorischen Missständen**. Durch eine Reorganisation des EDV-Systems seien bis zu 300 Mio ATS einzusparen. Nach Vorsprache beim Magistratsdirektor, fühlte er sich danach von seinem Vorgesetzten in der Entfaltung seiner Tätigkeit gehindert. Gegen die kurz darauf ausgesprochene **Kündigung,** die **ohne Angabe von Gründen** erfolgte, begehrte er die Feststellung, dass das Dienstverhältnis aufrecht sei, da es sich seiner Ansicht nach um eine sittenwidrige **Kündigung** handelte. Er stützte dies auf die Behauptung, dass die Gemeinde Wien trotz Kenntnis seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lage seine wirtschaftliche **Schädigung bewusst in Kauf** genommen habe und er auch deshalb gekündigt worden sei, damit er keine weiteren Aufdeckungen mehr mache.

In seiner Entscheidung erachtete der **OGH** die Kündigung als gerechtfertigt. Der Arbeitnehmer hatte seine Erwartungen an eine gesicherte Existenz unrichtig mit einem verbindlichen Vertragsinhalt gleichgesetzt. Auch aus dem Umstand, dass ein Sondervertrag abgeschlossen wurde, lässt sich für die Frage der Lösbarkeit nichts entnehmen. Zur Frage der **Sittenwidrigkeit** einer Kündigung iSd § 879 ABGB, schließt sich der OGH nun endgültig der hL[94] (s dann Pkt 2.3.3.2.) an. **§ 879 ABGB bleibt für Arbeitnehmer, die nicht dem Anwendungsbereich des**

[93] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator).
[94] Vgl *Floretta*, Rechtsdogmatisches 46; *Schwarz/Löschnigg*, AR[4], 403; *Mayer-Maly/Marhold*, Öst.AR I, 175; *Firlei* in FS *Rabofsky* 152; *Trost*, DRdA 1987, 1 (8).

ArbVG unterliegen, voll anwendbar, ob es sich nun um in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG angeführte oder um andere Motive handelt. Daraus ist abzuleiten, dass der Rückgriff auf § 879 ABGB auch gegeben sein muss, soweit die Regeln des Motivkündigungsschutzes nicht analog anzuwenden sind. **Auch innerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes** greife der Schutz des § 879 ABGB bei nicht von § 105 Abs 3 Z 1 und 2 ArbVG umfassten verpönten Kündigungsmotiven. Das **ArbVG regle** nur **einzelne typische Fälle** derartiger Motivkündigungen, sein Spektrum sei jedoch zu eng, als dass alle groben und gravierenden Verletzungen rechtlich geschützter Lebensbereiche umfasst werden könnten. Das Höchstgericht **verneint** die **Normenkonkurrenz** zwischen §§ 105, 107 und 130 ArbVG und § 879 ABGB, soweit die speziellen Normen des ArbVG nicht anzuwenden sind und daher auch die Gute-Sitten Klausel nicht verdrängen können.[95] Arbeitnehmerschutzrecht und Arbeitsvertragsrecht gelten unabhängig von der Betriebsgröße. Dem historischen Gesetzgeber könne die Absicht einer wesentlichen Schlechterstellung der Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben nicht zugesonnen werden.

Das Argument, dass sich Arbeitnehmer mangels einer Spezialnorm auf § 879 ABGB berufen können und dadurch **privilegiert** seien, entkräftet der OGH mit der wesentlich **besseren Beweislage** (Glaubhaftmachung) im allgemeinen Kündigungsschutz. Darüber hinaus besteht das Anfechtungsrecht auch wenn der BR der Kündigung zugestimmt hat.[96] Das Höchstgericht spricht der **Sittenwidrigkeit** von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften eine so allgemeine und **fundamentale Bedeutung** als privatrechtliches Grundprinzip zu, dass es nicht zulässig erscheine, diese durch die kollektivrechtliche Regelung des Kündigungsschutzes vollkommen zu substituieren. Die Hauptaussage lässt sich in den folgenden **Leitsätzen zusammenfassen**: „*Soweit nicht der Gesetzgeber den Schutz gegen Motivkündigungen besonders geregelt hat und diese Regeln nicht wenigstens analog anzuwenden sind, muss daher der Rückgriff auf § 879 ABGB gewährleistet sein. Dasselbe gilt auch für Arbeitsverhältnisse, auf die § 105 ArbVG nicht zur Anwendung kommt. Eine andere Auslegung liefe auf die Negierung*

[95] Vgl *Trost*, DRdA 1987 (8).
[96] ArbVGNov, BGBl 1990/411; Das Sperrrecht des BR wurde wegen Verfassungswidrigkeit bekämpft; vgl dazu VfGH 5.12.1984 B 370/83, VfSlg 10.297; VfGH 23.2.1985, B 517/84, VfSlg 10.344; vgl auch *Floretta*, DRdA 1985/14.

oberster Grundprinzipien der Rechtsordnung hinaus." „*Ob eine Kündigung sittenwidrig ist, richtet sich nach dem Beweggrund. Ob dieser sittenwidrig ist, ist nach den zu § 879 herausgebildeten Grundsätzen zu beurteilen. Eine* ***sittenwidrige Kündigung*** *kann nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht* ***aus gänzlich unsachlichen und insb aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligenden Motiven****, etwa wegen des Religionsbekenntnisses oder der politischen Einstellung des Arbeitnehmers Gebrauch macht.*"

Im gegenständlichen Urteil gab der Gerichtshof der Revision des klagenden Arbeitnehmers nicht Folge. Auch wenn dem beklagten Arbeitgeber bewusst war, dass der Arbeitnehmer mit einem längeren Dienstverhältnis gerechnet und den Lebensschwerpunkt seiner Familie nach Wien verlegt hatte, so macht dies die Kündigung noch nicht sittenwidrig. Es waren nicht völlig sachfremde Erwägungen, die zur Kündigung geführt hatten. Auch die Voraussetzungen einer den Grundwerten des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG ähnlichen sittenwidrigen "Vergeltungskündigung" lägen hier nicht vor. Die **Entscheidung** wurde **von der Lehre begrüßt**. *Floretta* schreibt: "*Es kann mit Genugtuung festgestellt werden, dass sich…meine Hoffnung erfüllt hat."*[97]

2.2.4. Chronologischer Überblick über die Judikatur des OGH seit 1993

Messdiensttechniker-E 1994[98]: Der klagende Arbeitnehmer war seit 1.11.1986 als Messdiensttechniker in einem Produktionsbetrieb beschäftigt, wo er insb mit der Wartung und Reparatur von Anlagen und Geräten betraut war. *Mit Schreiben vom 2.12.1992* wurde sein Arbeitsverhältnis *"wegen* ***wiederholtem weisungswidrigen Verhaltens*** *und des* ***mangelnden Willens zur Ein- und Unterordnung****"* zum 30.6.1993 gekündigt. Insb war er durch Einmischung in Aufgaben anderer Abteilungen, wiederholte Kritik sowie durch eigenmächtiges Handeln entgegen den Weisungen des Arbeitgebers und durch Gewährung des Zutritts von betriebsfremden Personen aufgefallen. Die **Kündigung** erfolgte mit einhelliger **Zustimmung des BR**. Der klagende Arbeitnehmer behauptete rechts- und sittenwidrige Zustimmung des BR zu seiner Kündigung und stütze seine

[97] *Floretta*, DRdA 1994/9 (137).
[98] OGH 16.3.1994, 9 ObA 27/94 ARD 4558/54/98 (Messdiensttechniker-E).

Klage auf die Sozialwidrigkeit sowie auf den Verstoß gegen § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG.

In der Begründung des Urteils sprach der **OGH** aus, es seien **nicht völlig sachfremde Erwägungen**, wenn man sich von einem Arbeitnehmer trennt, der auffallend oft und wiederholt weisungswidriges Verhalten zeigt. Das Höchstgericht konnte **weder** in der Zustimmung des BR eine **Sittenwidrigkeit** erkennen, **noch** die Voraussetzungen für eine den Grundwertungen des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG ähnlichen **Vergeltungskündigung.** Der Revision des klagenden Arbeitnehmers wurde auch hier nicht Folge gegeben.

Geschäftsführer-E 1994[99]**:** In diesem Urteil setzte sich der OGH mit einem weiteren Fall einer sittenwidrigen Kündigung auseinander. Der klagende Arbeitnehmer war als Filialleiter der später beklagten Volksbanken-Filiale in Kärnten tätig. Im zugrunde liegenden Dienstvertrag wurde festgehalten, dass bei Bestellung für eine weitere Funktionsperiode als Geschäftsleiter, eine Kündigung des Vertrages seitens der Volksbank nicht mehr möglich sein sollte (**Definitivstellung bzw Pragmatisierung**). Sowohl der Aufsichtsratsvorsitzende als auch der Genossenschaftsverband, der bei Verträgen des beklagten Arbeitgebers ein Begutachtungsrecht besaß, sprachen sich grundsätzlich gegen Definitivstellungen von Filialleitern mit der Begründung aus, dass sich nach den Mustersatzungen jeder Geschäftsführer einer Wiederwahl zu stellen hätte und beweisen müsste, dass er auch künftig in der Lage sei, erfolgversprechend das Unternehmen zu leiten.

Auch die Mitglieder des Aufsichtsrates sprachen sich gegen eine solche Pragmatisierung und die daraus folgende Unkündbarkeit eines derartigen Dienstverhältnisses aus, äußerten jedoch den Wunsch nach Aufrechterhaltung des Dienstvertrages mit dem klagenden Filialleiter. Im Folgenden führte der Aufsichtsratsvorsitzende mehrere Gespräche mit dem klagenden Arbeitnehmer betreffend den Verzicht auf Definitivstellung bei Wiederbestellung und bot im Gegenzug, für den Fall der frühzeitigen Auflösung des Dienstvertrages, eine **Abfertigung** in Höhe von zwei Jahresgehältern an. Schließlich wurde zwischen

[99] OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94 (Geschäftsführer-E).

den Parteien vereinbart, dass der bestehende Dienstvertrag als Geschäftsführer mit der vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit um drei Jahre, bis zum 30.4.1991, fortgeschrieben wird. Sollte innerhalb dieser drei Jahre eine Kündigung erfolgen, stünden dem Filialleiter zwei Jahresentgelte zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche zu. Kurz vor Ablauf der Kündigungsfrist (30./31. Oktober 1990) wurde am 29. Oktober 1990 in einer **informelle Besprechung** des Aufsichtsrates erneut die ablehnende Stellungnahme des Genossenschaftsverbandes betreffend die Definitivstellung erörtert. In der knapp darauf abgehaltenen **Aufsichtsratssitzung** vom 30.Oktober 1990 wurde beschlossen, das **Dienstverhältnis** des Klägers zu **kündigen**, **falls** der **Kläger nicht** auf die **Pragmatisierung verzichten** würde. Trotz eindringlicher Gespräche mit dem Vorsitzenden, war der Kläger nicht bereit darauf einzugehen. Im Zuge des Gespräch bemerkte der Vorsitzende dazu: *"Ein Bankdirektor werde, wenn er nicht **silberne Löffel** stiehlt…, kaum gekündigt."*[100] Daraufhin erhielt der klagende Arbeitnehmer am 31.10.1990 ein Schreiben, mit dem der Aufsichtsrat das **Dienstverhältnis** zum 30.4.1991 **kündigte**. Der klagende Filialleiter begehrte neben der Prämie, einer Abfertigungsdifferenz und dem Gehalt für Mai bis September 1991, auch die **Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses wegen sittenwidriger Kündigung iSd § 879 ABGB.**

Der **OGH** sprach in der Urteilsbegründung aus, die Revision des klagenden Arbeitnehmers sei nicht berechtigt, da die Höhe der **Abfertigungsvereinbarung** allein den **Zweck** hatte, die **Auflösung** des Dienstverhältnisses nach Ablauf der ersten Funktionsperiode als Vorstand **zu vermeiden** sowie dem klagenden Geschäftsführer den Verzicht auf die **Definitivstellung "schmackhaft"** zu machen. Dieser sei aber nicht auf die Änderung des Dienstvertrages hinsichtlich des Verzichts auf Pragmatisierung eingegangen. Die **Kündigung** sei daher **nicht sittenwidrig**, weil der beklagte Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht **nicht aus gänzlich unsachlichen** oder aus **Gründen** des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligenden Motiven Gebrauch gemacht hatte. Die Kündigung wurde auch nicht erkennbar zu dem Zweck ausgesprochen, dem klagenden Filialleiter Schaden zuzufügen. Der Revision wurde somit nicht Folge gegeben.

[100] OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94 (Geschäftsführer-E).

Lehrer-E 1995[101]: Der klagende Arbeitnehmer war als Mittelschullehrer in der Bundeshandelsakademie und Bundeshandelsschule beschäftigt, wo er unter anderem Betriebswirtschaftslehre unterrichtete. Es wurde ihm vom beklagten Arbeitgeber angeboten, eine Stelle als Entwicklungshelfer in Papua Neuguinea anzutreten. Für diesen dreijährigen Einsatz als Entwicklungshelfer wurde er als Lehrer karenziert. Unter anderem sah der Dienstvertrag vor, dass „*der Einsatz und während des Einsatzes auch das Dienstverhältnis ohne Angabe von Gründen nur mit sechsmonatiger Kündigungsfrist zum Monatsletzten beendet werden könne.“* Die **Kündigung** erfolgte mit Schreiben vom 5. Mai 1992, **ohne Begründung**. Der klagende Arbeitnehmer begehrte die **Feststellung**, dass die Kündigung rechtsunwirksam und das **Dienstverhältnis aufrecht** sei. In der Vorbereitungsphase sei er nicht darauf aufmerksam gemacht worden, dass der Vertrag vor Ablauf der Einsatzzeit ohne Angabe von Gründen kündbar sei. Er habe „*seine **gesamte Lebensgestaltung** auf eine Einsatzdauer von zumindest drei Jahren ausgerichtet. Hätte die Beklagte auch nur angedeutet, die dreijährige Vertragsdauer grundlos aufzulösen, hätte der Kläger das schlechter bezahlte Dienstverhältnis nicht begründet und den besser bezahlten Arbeitsplatz als Mittelschullehrer nicht aufgegeben.“* Nach Ansicht des klagenden Arbeitnehmers beziehe sich die Möglichkeit, das Dienstverhältnis ohne Angabe von Gründen mit sechsmonatiger Kündigungsfrist zum Monatsletzten zu beenden, ausschließlich auf die Position als Dienstnehmer. Er sah die Kündigung als **von sachlichen Gründen losgelöst** und damit als **sittenwidrig gem § 879 ABGB** an, da die Kündigung seines Erachtens **wegen** der **offen geäußerten Kritik an der katholischen Kirche** betreffend ihre rigorose Haltung zur **Empfängnisverhütung** erfolgte.

Das **Höchstgericht** entschied, dass zwar den Vertragspartner bereits vor Vertragsabschluss Warn- und Aufklärungspflichten treffen. Wenn jedoch der Vertragspartner erkennt, dass der andere Teil im Vertrauen auf das Zustandekommen der Vereinbarung bereits Dispositionen trifft, so könne daraus nicht die Erfüllung des Vertrages, sondern lediglich der Ersatz des Vertrauensschadens abgeleitet werden. Die **Kündigung** selbst ist daher **weder sittenwidrig**, **noch** ist die Vereinbarung dieser Lösungsmöglichkeit eine **grob**

[101] OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95, SZ 68/76 = DRdA 1996, 36 (*Kalb*), (Lehrer-E).

benachteiligende Vertragsbestimmung iSd § 879 ABGB. Der Umstand, dass der klagende Arbeitnehmer mit einem längeren Dienstverhältnis gerechnet und seine Lebensplanung darauf eingestellt habe, mache die Kündigung noch nicht sittenwidrig. Auch habe er nicht behauptet, die Kündigung sei nur überwiegend zu dem Zweck ausgesprochen worden, ihm Schaden zuzufügen. Der OGH begründet sein Urteil dahingehend, dass es sich bei der Beklagten um eine katholische Organisation handelt. Gem Pkt 12 lit c des Einsatzvertrages bilde eine, grob gegen die **Grundsätze der christlichen Religion** verstoßende, Lebensführung des Dienstnehmers einen Grund für die fristlose Beendigung des Einsatzes durch den Dienstgeber. Es musste dem klagenden Arbeitnehmer daher klar sein, dass er mit seiner öffentlich geäußerten **Kritik** an dem Standpunkt der katholischen Kirche in einer kontroversiellen Frage, auch **gegen die Interessen seines Dienstgebers verstoße**. Das **Kündigungsmotiv** sei daher **nicht** als **willkürlich oder sachfremd** zu qualifizieren. Zusammenfassend sprach der Gerichtshof in einem Leitsatz aus, dass die Kündigung eines, in einer katholischen Erziehungseinrichtung beschäftigten, Lehrers wegen seiner in einem offenen Brief geäußerten Kritik an der Haltung der katholischen Kirche zur Frage der Empfängnisverhütung nicht gegen die guten Sitten verstoße. *„Nach österreichischem Recht erstreckt sich die kirchliche Autonomie auf die selbständige Beurteilung der Frage, ob ein an einer konfessionellen Privatschule beschäftigter Lehrer aus religiösen Gründen tragbar ist."*

In einem anderen Fall aus dem Jahr **1997**[102] **(Integrationsfähigkeits-E)** musste der OGH über die Klage eines Arbeitnehmers entscheiden, der während seines Dienstverhältnisses wiederholt unberechtigte **Kritik an Kollegen** und **Vorgesetzten** geübt hatte. Der Gerichtshof sprach auch in diesem Urteil erneut aus, dass sich Arbeitnehmer auch auf die Sittenwidrigkeit einer Kündigung gem § 879 ABGB berufen können. Eine **Kündigung sei jedoch nur dann sittenwidrig, wenn ihr Beweggrund gänzlich unsachlich und insb aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligen sei**. Die mangelnde Integrationsfähigkeit des Arbeitnehmers im gegenständlichen Urteil **gefährde** das allgemeine **Arbeitsklima** und stelle daher kein unsachliches Motiv zur

[102] OGH 22.12.1997, 8 ObA 262/97f, DRdA 1998, 359 = infas 1998, 107 (Integrationsfähigkeits-E).

Beendigung dar. Das Höchstgericht befand, dass die **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers keineswegs so weit** gehen könne, den **Arbeitnehmer vor jeder** im Alltag nicht ungewöhnlichen **Konfrontation** mit Arbeitskollegen **zu schützen**. Die Kündigung sei daher rechtswirksam. Auch in dieser Entscheidung war der Revision des klagenden Arbeitnehmers der Erfolg versagt.

Auch die **Vorstrafen-E** aus **2001**[103] geht in diese Richtung. Die Kündigung eines **Außendienstmitarbeiters** einer Versicherung ist wirksam, weil er nicht wahrheitsgemäß Fragen nach noch **nicht getilgten Vorstrafen** aufgrund eines Suchgiftdelikts beantwortet hatte. Konkret wurde der klagende Arbeitnehmer zu einer teilbedingten Haftstrafe von 15 Monaten verurteilt. Obwohl ein Bewerber beim **Einstellungsgespräch** nicht verpflichtet sei, Fragen nach allfälligen Vorstrafen zu beantworten, so sind jedoch Fragen nach noch nicht getilgten Verurteilungen zulässig und wahrheitsgemäß zu beantworten, soweit sie den Bewerber für die **angestrebte Position objektiv ungeeignet** erscheinen lassen. In Hinblick auf die besondere **Vertrauensstellung** von Außendienstmitarbeitern **zu Kunden** sei dies zulässig. In diesem Fall befand es der OGH als **nicht ganz unsachliches Motiv** einer Kündigung, wenn ein Versicherer keine Mitarbeiter im Außendienst mit nicht getilgter Verurteilung wegen eines Suchtgiftdelikts beschäftigten wolle. Ein öffentliches Bekanntwerden könne zu einem negativen Image führen. Die Kündigung war daher aus Sicht des Höchstgerichts nicht sittenwidrig iSd § 879 ABGB. Auch hier wurde der Revision des klagenden Außendienstmitarbeiters nicht Folge gegeben.

In der **Prokurist-E** aus dem Jahre **2001**[104] musste der OGH über die Entlassung eines angestellten Prokuristen entscheiden, der in einer Aktiengesellschaft beschäftigt war und im Rahmen seiner ihm erteilten Prokura Devisentermin- und Optionsgeschäfte getätigt hatte. Diese Geschäfte führten zu Verlusten in Millionenhöhe. Daraufhin kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vorstand und dem Antragsteller (Prokurist). Während es sich nach Ansicht des Antragstellers um Währungssicherungsgeschäfte zur Absicherung des

[103] OGH 15.11.2001, 8 ObA 123/01y, DRdA 2002/45 (Vorstrafen-E); *Kallab,* Unrichtige Angaben beim Einstellungsgespräch, DRdA 2002/45 (490).
[104] OGH 24.1.2001, 9 Ob 13/01d (Prokurist-E).

Wechselkursrisikos handelte, war der Vorstand der Meinung, es handle sich hierbei um reine Spekulationsgeschäfte. Kurz danach wurde die Entlassung ausgesprochen. Der Antragsteller (Prokurist) behauptete die Unwirksamkeit der Entlassung aufgrund eines sittenwidrigen Motivs, da seine Entlassung positive Folgen für den Vorstand habe.
Der **OGH** sprach zur Frage der behaupteten Sittenwidrigkeit aus: *"Sittenwidrig könnte die Entlassung des Gefährdeten nur dann sein, wenn sie aus einem iSd § 879 ABGB als sittenwidrig zu qualifizierendem Beweggrund erfolgt wäre."* Es könne nicht festgestellt werden, dass die gegenständliche Entlassung aus gänzlich unsachlichen Motiven bzw wider besseres Wissen erfolgte oder auch nicht in der Absicht dem Antragsteller zu schaden. Derartiges vermochte der Antragsteller nicht zu bescheinigen. „*Dass die Entlassung Folgen hat, die vom Antragsteller als für den Vorstand positiv beurteilt werden, reicht für sich allein für die Annahme eines sittenwidrigen Motivs nicht aus*." Der außerordentliche Revisionsrekurs wurde zurückgewiesen.

Die **Krankenstands-E1 des OGH aus 2002**[105] betraf die Kündigung eines Arbeitnehmers, der sich aufgrund eines Arbeitsunfalls an der rechten Hand verletzte und sich daher insgesamt **acht Monate** im **Krankenstand** befand. Er unternahm während der Zeit des Krankenstandes lediglich **an 10 Tagen** Versuche, die **Arbeit** wieder **aufzunehmen**. Daraufhin sprach der beklagte Arbeitgeber die Kündigung aus. Der klagende Arbeitnehmer brachte eine Anfechtungsklage wegen Sozialwidrigkeit ein sowie Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses. Er stützte die Nichtigkeit der Kündigung iSd § 879 ABGB vorwiegend auf den Umstand, dass den beklagten Arbeitgeber ein Mitverschulden am Arbeitsunfall traf und sah in der Kündigung einen Vergeltungsakt, da er zuvor behördliche Erhebungen über den Unfallhergang initiiert hatte.

Der **OGH** verneinte im gegenständlichen Urteil sowohl das Vorliegen einer sozialwidrigen Kündigung als auch die Sittenwidrigkeit der Kündigung iSd § 879 ABGB und begründet dies damit, dass **solche Krankenstände am**

[105] OGH 19.9.2002, 8 ObA 25/02p, ASoK 2003, 278 = RdW 2003/173 = DRdA 2003, 177 (Krankenstand-E1).

Arbeitsmarkt nicht mehr in Kauf genommen würden. Aufgrund der Tatsache, dass der beklagte Arbeitgeber nach dem Arbeitsunfall das befristete Dienstverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übergeleitet habe, erkannte das Höchstgericht darin keine Vergeltungskündigung, sondern sah die **Dauer des Krankenstandes** als den **wahrscheinlicheren Kündigungsgrund** an. Es seien auch zu Recht von den Vorinstanzen keine Feststellungen zum Unfallhergang getroffen worden, denn „*selbst, wenn den beklagten Arbeitgeber ein* ***(Mit-) Verschulden am Zustandekommen des Arbeitsunfalls treffen sollte, würde die Kündigung dadurch allein nicht sittenwidrig.“*** Der Revision des klagenden Arbeitnehmers wurde somit nicht Folge gegeben.

In einem Urteil aus dem Jahre **2003**[106] **(Krankenstands-E2),** musste sich der OGH erneut mit der Thematik der **Kündigung** aufgrund eines **längeren Krankenstands** auseinandersetzen. Der betroffene Arbeitnehmer war für lange Zeit krankgeschrieben. Der beklagte Arbeitgeber hatte zuvor noch versucht, den Arbeitnehmer für objektiv leichtere Tätigkeiten einzuteilen. Trotzdem war der klagende Arbeitnehmer weiterhin nicht imstande ein befriedigendes Arbeitsergebnis zu erbringen. In der darauf folgenden Kündigung, sah der klagende Arbeitnehmer ein gegen die guten Sitten gem § 879 ABGB verstoßendes Motiv und brachte, neben der Anfechtungsklage wegen Sozialwidrigkeit, auch die Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses ein. Das **Höchstgericht** verneinte sowohl das Vorliegen der Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG als auch das Vorliegen der Sittenwidrigkeit der Kündigung. Der Gerichtshof begründete seine Entscheidung wie folgt: *“**Dass eine Kündigung für den betroffenen Arbeitnehmer eine soziale Härte darstellt, macht an sich die Kündigung noch nicht sittenwidrig.”*** Da der Arbeitnehmer, trotz Bemühens des beklagten Arbeitgebers, ihm einfachere Arbeiten zuzuweisen, nicht in der Lage war eine zufriedenstellende Arbeit zu leisten, könne der Kündigung daher **kein unsachliches Motiv** unterstellt werden. Auch in diesem Fall war der Revision des klagenden Arbeitnehmers der Erfolg versagt.

[106] OGH 21.5.2003, 9 ObA 262/02y (Krankenstand-E2).

Tänzer-E:[107] Der klagende Arbeitnehmer war als **Gruppentänzer** in der Wiener Staatsoper tätig. Sein Arbeitsverhältnis unterlag dem Schauspielergesetz. Im Rahmen des anwendbaren Kollektivvertrages (KV), war der **Bühnendienstvertrag** stets auf **ein Jahr befristet** und verlängerte sich jeweils um ein weiteres Jahr, soweit keine Nichtverlängerungserklärung erfolgte. Auf Grund der Androhung des beklagten Arbeitgebers, den Vertrag nicht zu verlängern, hatte der klagende Arbeitnehmer auf das Bundestheaterpensionssystem verzichtet und beantragt den Nichtverlängerungsschutz gem § 13 Abs 3 KV auszusetzen. Danach konnte eine Nichtverlängerung nur aus Gründen ausgesprochen werden, die in der Person der Gruppenmitglieds gelegen sind. Die Nichtverlängerungserklärung durch den beklagten Arbeitgeber erfolgte am 13.9.2004. Des Weiteren behauptete er Sittenwidrigkeit des Gesamtverhaltens des Arbeitgebers, das allein darauf abziele, die Schutzwirkungen des Kollektivvertrages nie eintreten zu lassen. Der klagende Arbeitnehmer sah darin eine grobe Verletzung seiner rechtlich geschützten Interessen, da er den Verzicht nicht freiwillig, sondern nur aus wirtschaftlichem Druck abgegeben habe, um das Bühnendienstverhältnis zu behalten. Seiner Ansicht nach sei daher von einem aufrechten Bühnendienstverhältnis auszugehen. Darüber hinaus stellte der klagende Arbeitnehmer auch einen Antrag auf einstweilige Verfügung mit dem Inhalt, der beklagte Arbeitgeber sei verpflichtet, ihn weiterhin aktiv am Training teilnehmen zu lassen.

Das **Höchstgericht folgte dem nicht**, denn bei der **Nichtverlängerungsanzeige** handle es sich nicht um eine Kündigung, sondern um die **Ablehnung des Abschlusses eines neuen Dienstvertrages nach Ablauf der Befristung**. Unstrittig sei die Absicht des beklagten Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis zu beenden. Auch wenn der klagende Arbeitnehmer, die Ankündigung des Arbeitgebers, keinen neuen Bühnendienstvertrag abschließen zu wollen, aus wirtschaftlicher Sicht **als "Drohung" empfand**, **macht dies die Beendigung selbst nicht sittenwidrig**. Wer Sittenwidrigkeit behauptet, muss dies auch beweisen. „*Eine sittenwidrige Kündigung kann nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht aus **gänzlich unsachlichen** und insb aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu **missbilligenden Motiven**,*

[107] OGH 18.10.2006, 9 ObA 100/06f (Tänzer-E).

Gebrauch mache. ***Dass eine Kündigung für den betroffenen Arbeitnehmer eine soziale Härte darstellt, macht sie noch nicht sittenwidrig. "*** Im Verhalten des beklagten Arbeitgebers sei keine Sittenwidrigkeit zu erkennen, da dieser das kollektivvertraglich vereinbarte Prozedere für die Beendigung eingehalten habe. "*Auch die Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf ist nicht per se sittenwidrig, sondern die vom Gesetz vorgesehene Beendigungsform."* Der OGH lehnte daher den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab und gab dem Revisionsrekurs des beklagten Arbeitgebers Folge.

Auch eine Entscheidung aus dem Jahre **2010**[108] **(<u>Krankenstands-E3</u>)** verfolgt diese Richtung. Die klagende Arbeitnehmerin war längere Zeit durchgehend krank gemeldet. Während des Krankenstandes wurde sie vom beklagten Arbeitgeber dazu angehalten, entweder ihre Arbeit wieder aufzunehmen, weil zwei andere Mitarbeiter urlaubsbedingt abwesend waren oder einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zuzustimmen. Da die klagende Arbeitnehmerin dieser Aufforderung nicht nachkam, wurde die Entlassung ausgesprochen. Nach Ansicht der klagenden Arbeitnehmerin lag in der Aufforderung des beklagten Arbeitgebers ein sittenwidriges Motiv für die Entlassung iSd § 879 ABGB.

Der **OGH** entschied auch in diesem Fall zu Ungunsten der klagenden Arbeitnehmerin. Allein der Umstand, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen des **lang andauernden Krankenstandes** erfolgte, **vermag eine Sittenwidrigkeit nicht zu begründen.** Auch den neu vorgebrachten Ausführungen der klagenden Arbeitnehmerin, die Entlassung sei deshalb sittenwidrig, weil der Erfolg einer angestrebten Kündigungsanfechtung vereitelt werden sollte, hielt das Höchstgericht entgegen, dass diese Vorbringen im erstgerichtlichen Verfahren nicht erstattet wurden. Wie auch in den vorangegangenen Entscheidungen, bejaht der Gerichtshof zwar grundsätzlich die Möglichkeit der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB, sieht dies im vorliegenden Fall nicht als gegeben an und weist die außerordentliche Revision mangels einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zurück.

[108] OGH 22.12.2010, 9 ObA 112/10a, ARD 6145/8/2011 (Krankenstand-E3).

In der **Außendienstmitarbeiter-E**[109]aus 2012 blieb dem betroffenen Arbeitnehmer ebenfalls der Erfolg versagt. Der klagende Arbeitnehmer war als Außendienstmitarbeiter tätig, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund seiner stark sinkenden und mangelnden Arbeitsleistung im Verkauf, schließlich gekündigt wurde. Der klagende Arbeitnehmer begehrte Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses und sah nicht nur im Kündigungsgrund der schlechten Arbeitsleistung ein sittenwidriges Motiv, sondern insb in der Tatsache, dass er seine Eltern zu pflegen und auch finanziell zu versorgen hatte. Das Höchstgericht verneinte im gegenständlichen Fall das Vorliegen eines sittenwidrigen Motivs für die Kündigung und begründete die Entscheidung, wie auch in den vorangegangenen Urteilen, wie folgt: *"Ob eine Kündigung iSd § 879 ABGB sittenwidrig ist, richtet sich…nach dem Beweggrund. Eine sittenwidrige Auflösung liegt nur dann vor, wenn der Arbeitgeber von seinem Auflösungsrecht aus gänzlich unsachlichen, insbesondere aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligenden, Motiven Gebrauch macht. Davon kann angesichts der ständig und* ***stark sinkenden Leistung*** *des Klägers als Außendienstmitarbeiter* ***selbst dann nicht*** *ausgegangen werden, wenn man einen* ***Betreuungsbedarf seiner Eltern*** *mitberücksichtigt." „Dass dem österreichischen Arbeitsrecht ein darüber hinausgehender allgemeiner Kündigungsschutz als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers fremd ist, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt."* Die außerordentliche Revision des klagenden Arbeitnehmers wurde zurückgewiesen.

Auch in der bislang **letzten Entscheidung** des **OGH**[110] aus November 2012 war der Berufung auf ein sittenwidriges Motiv kein Erfolg beschieden. Der klagende Arbeitnehmer war als Experte bei einer Bank angestellt und wurde aus Gründen der **mangelnden Arbeitsleistung gekündigt**. Diese Kündigung focht der klagende Arbeitnehmer wegen Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG erfolgreich an. Noch während des anhängigen Kündigungsverfahrens, sprach der Arbeitgeber die **bedingte Entlassung** mit der Begründung aus, der klagende Arbeitnehmer habe seine dienstvertragliche **Geheimhaltungspflicht** verletzt. Er habe versucht die Beklagte mit der Androhung der **Preisgabe brisanter**

[109] OGH 30.4.2012, 9 ObA 45/12a (Außendienstmitarbeiter-E).
[110] OGH 27.11.2012, 8 ObA 37/12t.

Informationen zur Rücknahme der Kündigung zu bewegen und im Kündigungsanfechtungsverfahren interne E-Mails sowie einen nicht anonymisierten Aktenvermerk vorgelegt. Auch die Entlassung konnte der klagende Arbeitnehmer mit Erfolg anfechten, da durch die, zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendige, Urkundenvorlage kein hinreichender Entlassungsgrund verwirklicht wurde. Während dieses ersten Entlassungsanfechtungsverfahrens sprach der Arbeitgeber eine **zweite bedingte Entlassung** mit der Begründung aus, dass das mittlerweile neu eingegangene Dienstverhältnis des Arbeitnehmers zu einem Bankinstitut mit der aufrechten Beschäftigung beim beklagten Arbeitgeber nicht vereinbar sei.

Daraufhin begehrte der klagende Arbeitnehmer die zweite **Entlassung wegen Sittenwidrigkeit** iSd § 879 ABGB für **rechtsunwirksam** erklären zu lassen, da die Vorgehensweise des beklagten Arbeitgebers, ihn immer wieder zu kündigen und zu entlassen, nur dazu diene seinen Kampf um seinen rechtmäßigen Arbeitsplatz mangels finanzieller Ressourcen und aus psychischer Erschöpfung aufzugeben.

Das Höchstgericht stellte fest, dass die Absicht ein Dienstverhältnis zu beenden, im Rahmen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit rechtlich erlaubt sei und kein genereller Anspruch auf „einen rechtmäßigen Arbeitsplatz“ besteht. Eine Eventualbeendigung des Arbeitgebers für den Fall, dass dem Kündigungsanfechtungsverfahren statt gegeben wird, sei nach stRsp zulässig. Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit hat zur Folge, dass in seinem Anwendungsbereich auch eine unberechtigte Entlassung als solche wirksam ist. Das Dienstverhältnis sei damit beendet und ziehe Entschädigungsansprüche nach sich.

Um die Entlassung als nichtig iSd § 879 ABGB zu beurteilen, bedarf es wesentlich gravierenderer Umstände als das Fehlen eines objektiv hinreichenden Entlassungsgrundes, denn ob eine Kündigung sittenwidrig ist, richtet sich nach ihrem Beweggrund. Von Sittenwidrigkeit kann nur dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber von seinem Auflösungsrecht aus gänzlich unsachlichen und insbesondere aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligenden Motiven, Gebrauch mache. Dass die Auflösung für den Betroffenen soziale Härten mit sich bringt genüge nicht. Diese Beweggründe konnte der klagende Arbeitnehmer nicht darlegen. Weder wurde der klagende Arbeitnehmer durch die

Auflösungsbestrebungen des beklagten Arbeitgebers an der ordnungsgemäßen und rechtmäßigen Bearbeitung von Aufsichtsangelegenheiten gehindert, noch bestand die Absicht den Kläger mit hohen Prozesskosten in die „Enge zu treiben". Der Revision des beklagten Arbeitgebers wurde Folge gegeben und die Entlassung für rechtswirksam erklärt.

2.2.5. Zusammenfassung der Judikatur des OGH

Der **OGH** ging **bis** zum Jahre **1993** von dem Denkansatz der **gänzlichen Verdrängung** des § 879 ABGB durch die Normen des allgemeinen Bestandsschutzes des BRG 1947 aus. Zwischen 1958 und 1965[111] verneinte das Höchstgericht in drei Entscheidungen noch klar den Unterschied zwischen sozial- und sittenwidriger Kündigung und betonte, dass der Gesetzgeber mit der Normierung des § 25 BRG 1947 eine neue gesetzliche Grundlage für den Kündigungsschutz schaffen und damit abschließend regeln wolle. Ein Rückgriff auf § 879 ABGB sei daher weder innerhalb noch außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Bestandsschutzes möglich und einer Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses wegen eines sittenwidrigen Motivs gem § 879 ABGB der „Boden entzogen". Erst in späteren Jahren ist ein langsames Umdenken[112] in der oberstgerichtlichen Rsp bemerkbar. Der Gerichtshof vertrat, wenn auch im Rahmen eines **obiter dictum**, die Rechtsansicht, dass bei Vorliegen eines sittenwidrigen Beweggrundes die **Berufung auf § 879 ABGB denkbar** wäre, hebt aber gleichzeitig hervor, dass die Frage der Sittenwidrigkeit nur dann bedeutsam wäre, wenn das verpönte **Motiv** der **einzige Beweggrund** für die Auflösungserklärung wäre. Der OGH legt sich in diesen Urteilen noch nicht klar fest, deutet jedoch grundsätzlich die Möglichkeit eines Rückgriffs auf die Generalklausel des ABGB auch außerhalb des Geltungsbereichs des Motivkündigungsschutzes an.

Erst in der Wende-E[113] schloss sich das Höchstgericht der hL[114] an, die vom Denkansatz der partiellen Derogation des § 879 ABGB im unmittelbaren

[111] OGH 1.7.1958, 4 Ob 70/58, Arb 6901 (Käserei-E); OGH 20.9.1960, 4 Ob 109/60, Arb 7284 (Schnittmacher-E) u OGH 11.5.1965, 4 Ob 62/65, Arb 8088.
[112] OGH 27.6.1990, 9 ObA 141/90, Arb 10.872 (Sippenhaftungs-E); OGH 8.7.1993, 9 ObA 114/93, Arb 11.092 (Diäten-E).
[113] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107 (EDV-Organisator).

Anwendungsbereichs des § 105 ArbVG ausgeht. Der Gerichtshof vertritt seitdem in stRsp die Ansicht, dass dort, wo die speziellen Regelungen des Motivkündigungsschutzes nicht anzuwenden seien, die Gute-Sitten-Klausel nicht verdrängt werden könne. Dies gilt sowohl für Arbeitnehmer innerhalb als auch außerhalb des Anwendungsbereichs des ArbVG. Ob nun eine Kündigung sittenwidrig sei, richte sich nach ihrem dahinterstehenden Beweggrund. Die Sittenwidrigkeit des Kündigungsmotivs selbst, sei nach den **zu § 879 ABGB herausgebildeten Grundsätzen** zu beurteilen. Daher könne eine sittenwidrige Kündigung nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht aus **gänzlich unsachlichen** und insbesondere **aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligenden Motiven**, etwa wegen des Religionsbekenntnisses oder der politischen Einstellung des Arbeitnehmers, Gebrauch macht.[115]

Auffallend ist allerdings, dass der Gerichtshof zwar den Rückgriff auf § 879 ABGB grundsätzlich unter den obig genannten Voraussetzungen anerkennt, jedoch in keinem der bisher ergangenen Urteile das Vorliegen eines sittenwidrigen Motivs iZm einer arbeitsrechtlichen Kündigung bejaht hat (s Pkt 2.2.4.).

2.2.6. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs

Im Jahre 1957 hatte sich **VfGH**[116] mit der Frage der **Verfassungskonformität des § 25 Abs 5 BRG 1947** in Hinblick auf **Art 83 MRK** (Recht auf das Verfahren vor dem gesetzlichen Richter) zu beschäftigen. Gem § 25 Abs 2 BRG 1947 war für die Kündigungsanfechtung der ausdrückliche Widerspruch des BR zur Kündigung erforderlich (bloßes Stillschweigen galt noch als Zustimmung). In der gegenständlichen Entscheidung focht der klagende Arbeitnehmer die Kündigungserklärung des Arbeitgebers beim Einigungsamt an, welches jedoch die Klage als unzulässig zurückwies, da vom BR kein ausdrücklicher Widerspruch gegen die Kündigungserklärung erhoben worden war. Gegen den Bescheid des Einigungsamtes legte der betroffene Arbeitnehmer (Beschwerdeführer)

---

[114] Vgl *Floretta*, Rechtsdogmatisches 46; *Schwarz/Löschnigg*, AR[4], 403; *Mayer-Maly/Marhold*, Öst.AR I, 175; *Firlei* in FS *Rabofsky* 152; *Trost*, DRdA 1987, 1 (8).

[115] Durch die Einführung des GlBG (BGBl I 2004/66 idgF) wurden weitere spezielle Motivkündigungstatbestände geschaffen.

[116] VfGH 7.10.1957, B 84/57 VfSlg 3226/1957.

Beschwerde wegen **Verletzung** des durch Art **83 Abs 1 B-VG** verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf das Verfahren vor dem gesetzlichen Richter ein.

Das **Höchstgericht wies** die **Beschwerde** als unbegründet ab und begründete seine Entscheidung damit, dass das in den Kündigungsbestimmungen des § 25 BRG 1947 verankerte **Anfechtungsrecht** eine Einrichtung des Betriebsverfassungsrechts darstellt und dieses **primär dem BR** zustehe. Die Entstehung dieses Rechts hänge von einer entsprechenden Reaktion des BR ab, dh das Anfechtungsrecht könne der BR **nur** dann ausüben, **wenn** dieser vorher der beabsichtigten **Kündigung widersprochen** hat. Beim Anfechtungsrecht des betroffenen Arbeitnehmers selbst könne es sich um kein, an weniger Voraussetzungen gebundenes, Recht handeln, denn auch hier ist die Anfechtungsbefugnis an den vorherigen Widerspruch des BR gebunden. Übt der BR jedoch sein Sperrecht (durch die ausdrückliche Zustimmung) aus, so könne das Anfechtungsrecht iSd BRG 1947 gar nicht erst entstehen. Es könne auch dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er mit den Kündigungsschutzbestimmungen des BRG eine derart weitgehende, in die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers eingreifende Norm hatte schaffen wollen.[117] Das Höchstgericht stützte sich dabei auch auf die Judikatur des VwGH[118] sowie des OGH[119], und vertrat die Ansicht, dass das Anfechtungsrecht erst dann auf den betroffenen Arbeitnehmer übergeht, wenn der BR der Kündigung vorab widerspricht, jedoch dem Verlangen des Arbeitnehmers auf Anfechtung gem Abs 5 leg cit nicht nachkommt. Gegen die Regelung des § 25 Abs 5 BRG 1947 bestehen, nach Ansicht des VfGH, daher keine verfassungsmäßigen Bedenken.

Auch in danach folgenden Erkenntnissen aus den Jahren **1984** und **1985**[120] musste der **VfGH** erneut die **Verfassungsmäßigkeit des § 105 Abs 3 ArbVG** prüfen. In beiden Fällen wurde die Kündigungserklärung mit Zustimmung des BR ausgesprochen und jeweils vom betroffenen Arbeitnehmer beim Einigungsamt als sozial ungerechtfertigt angefochten. Gegen die Zurückweisung des Einigungsamts

[117] Vgl *Floretta*, DRdA 1985/14 (284).
[118] VwGH 25.2.1949, GZ 0866/48, VwSlg 702A; VwGH 19.10.1950, VwSlg 1697A; VwGH 25.1.1951, VwSlg 1895A.
[119] OGH 10.7.1952, 4 Ob 38/52, Arb 5466; OGH 16.12.1986, 4 Ob 175/85, DRdA 1987, 291 (*Floretta*).
[120] VfGH 5.12.1984, B 370/83, Arb 10.297; VfGH 23.2.1985, B 517/84, Arb 10.344; vgl auch *Floretta*, DRdA 1985/14.

mittels Bescheid wurde jeweils Beschwerde wegen Verfassungswidrigkeit des Sperrrechts des BR erhoben. Grundsätzlich sieht das betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren des ArbVG 1974, neben dem ausdrücklichen und schlichten (stillschweigenden) Widerspruch des BR, auch die ausdrückliche **Zustimmung zur Kündigung** vor (**Sperrrecht des BR**). Durch die Zustimmung zur Kündigungserklärung "versperre" der BR sich und dem gekündigten Arbeitnehmer die Möglichkeit einer Anfechtungsklage und entscheide damit alleine über die Gültigkeit einer Kündigung. Die Beschwerdeführer sahen darin eine **Verletzung des verfassungsgemäß gewährleisteten Rechts** gem **Art 6 Abs 1 MRK** auf ein (faires) Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Richter.

Der VfGH hielt auch in den Erkenntnissen aus **1984 und 1985** an der bisherigen Rechtsansicht fest. Die **unterschiedlichen Regelungen des § 105 Abs 5 und Abs 6 ArbVG** seien in der Verschiedenheit der Betriebsverfassung begründet. Daher sei die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers nur durch das Recht der Arbeitnehmerschaft auf Mitwirkung an der Betriebsführung begrenzt, wobei die Ausübung dieser Mitwirkungsrechte primär dem BR zukomme. Stimmt der BR einer Kündigung also zu, so **hindert** dieser dadurch **nicht die Durchsetzung eines bereits bestehenden Rechts** des Arbeitnehmers, sondern beugt damit nur dem Entstehen von Meinungsverschiedenheiten zwischen Betriebsinhaber und Arbeitnehmerschaft vor, über die das Einigungsamt erst zu entscheiden habe. Erst wenn der BR der Kündigung nicht ausdrücklich zustimmt, **entsteht** durch die unterschiedliche Auffassung zur Kündigung **erst** der **Rechtsgestaltungsanspruch der Arbeitnehmerschaft** (Anfechtungsrecht). Diese Anfechtungsmöglichkeit gehe jedoch erst auf den Arbeitnehmer über, soweit der BR dem Verlangen des Arbeitnehmers auf Anfechtung der Kündigung nicht nachkommt.

Eine Besonderheit des Betriebsverfassungsrechts liege darin, dass der Gesetzgeber durch die Regelungen über die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft, die Interessen des Einzelnen **von** einem **Rechtsakt der Gemeinschaft** (vertreten durch den BR) abhängig macht. Da in Betrieben kollektive und individuelle Interessen eng miteinander verquickt sind, kann der BR

die Interessen des Gekündigten durch die Ausübung des Sperrrechts anderen Interessen hintanstellen. Nach Ansicht des VfGH sei die Ausübung des Sperrrechts verfassungsrechtlich unbedenklich und das Höchstgericht wies in beiden Erkenntnissen die Beschwerde ab.[121] *Floretta* verteidigt die Ansicht.[122]

Im Rahmen des Erkenntnisses vom 5.12.1984[123], nahm der VfGH auch zur **Normenkonkurrenz** zwischen § 879 ABGB und den allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen Stellung.[124] Dem Vorwurf seitens der Literatur, das Sperrecht des BR eröffne durch seine mangelnde Überprüfbarkeit die Möglichkeit der Willkür und wäre damit gleichheits-und verfassungswidrig[125], schließt sich der VfGH nicht an und hält dem entgegen: „*Die Gefahr, dass der BR einer Kündigung aus unsachlichen Motiven zustimmt, lässt sich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch Annahme der Nichtigkeit der Zustimmungserklärung begegnen (§ 879 ABGB).“* Der VfGH sieht es als sachlich gerechtfertigt an, wenn sittenwidrige Kündigungen im Anwendungsbereich des § 105 Abs 3 ArbVG nicht von vornherein nichtig, sondern lediglich anfechtbar sein sollen. Die Annahme der Nichtigkeit einer Kündigung sei mit der Möglichkeit einer Anfechtung aber nicht schlechthin unverträglich. Der VfGH führt dazu die RV[126] zur Neuregelung des ArbVG an. Der Gesetzgeber hatte in seinem Entwurf die Nichtigkeit von Kündigungen explizit vorgesehen (s Pkt 1.2.4.), auch wenn dieser Entwurf nicht umgesetzt wurde.

[121] In dem Erkenntnis des VfGH 7.10.1957, B 84/57, VfSlg 3226, wurde auch der erneut erhobene Vorwurf der Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Gleichheitssatz gem Art 7 B-VG u Art 2 StGG 1967 entkräftet. Ist in betriebsratspflichtigen Betrieben kein BR bestellt, so kann der betroffene Arbeitnehmer die Kündigung selbst anfechten. Soweit aber ein BR bestellt wurde, obliegt diesem die Ausübung des Sperrrechts. Dieser Unterschied stelle aber keinen Widerspruch zum verfassungsrechtlich garantierten Gleichheitssatz dar, sondern ergibt sich aus der Verschiedenheit der Betriebsverfassung; aA *Firlei,* Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung (1976) 139; *Schrank*, Fortbestand 92; ua.

[122] Vgl *Floretta*, DRdA 1985/14; *ders,* Strukturen und Entwicklungstendenzen des allgemeinen Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht, DRdA 1982,1.

[123] VfGH 5.12.1984, B 370/83, Arb 10.297.

[124] VfGH 5.12.1984, B 370/83, Arb 10.297; VfGH 23.2.1985, B 517/84, Arb 10.344; vgl auch *Floretta*, DRdA 1985/14.

[125] Vgl *Schrank*, Fortbestand 93.

[126] RV 840 BlgNR 13. GP 86.

2.2.7. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes

Auch der **VwGH**[127] beschäftigte sich 1977 mit dem Verhältnis des allgemeinen Kündigungsschutzes und des Sonderkündigungsschutzes im § 32 Sbg VBG 1948 und der Unwirksamkeit einer Kündigung gem § 879 ABGB. Anlassfall war hier die Kündigung eines Vertragsbediensteten der Stadt Salzburg[128], der aufgrund einer Beinverletzung krankgeschrieben war und trotzdem während des Krankenstandes Arbeiten durchführte. Auch sein vorheriges Verhalten (Beschimpfungen uÄ) gab Anlass zu Klagen, daher wurde schließlich die Kündigung ausgesprochen. Der BR gab dazu keine Stellungnahme ab. Der Arbeitnehmer focht die Kündigung an und bestritt das Vorliegen eines Grundes.

Der VwGH sprach aus, dass zur Feststellung des aufrechten Bestandes eines Arbeitsverhältnisses infolge Ungültigkeit der Kündigung wegen Verstoß gegen die guten Sitten die Arbeitsgerichte berufen seien. Das Eingreifen des Kündigungsschutzes nach § 105 ArbVG setze eine Kündigung voraus, die nach zivilrechtlichen Grundsätzen gültig ist. Erst wenn die Auflösungserklärung rechtswirksam ist, kann eine Anfechtung durchgeführt werden. Durch die Anfechtung solle ja eine vorerst rechtswirksame Kündigung nachträglich vernichtet werden. Ergibt sich jedoch während des Prozesses die Nichtigkeit einer Kündigung, müsse dies das Einigungsamt von Amts wegen berücksichtigen und die Anfechtungsklage zurückweisen. Mit diesem Ausspruch ging der VwGH von der Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung aus, wenngleich das Höchstgericht sie im konkreten Fall als nicht vorliegend ansah.

2.2.8. Zusammenfassung der Judikatur des VfGH und des VwGH zur Normenkonkurrenz

Noch vor der Wende-E des OGH im Jahre 1993, nahm auch der VfGH, im Zuge der Prüfung der Verfassungskonformität des Sperrrechts des BR, Stellung zur

[127] VwGH 28.6.1977, Zl 2300/75, Arb 9599 = ZAS 1978/25 (*Floretta*).
[128] Die Zuständigkeit des VwGH ergab sich aus dem Umstand, dass bis zum Inkrafttreten des ASGG am 1.1.1987 (BGBl 1985/104) eine Verwaltungsbehörde (Einigungsamt) für das Anfechtungsverfahren von arbeitsrechtlichen Kündigungen zuständig war. Der VwGH war somit bis dahin letzte Instanz in Kündigungsanfechtungsverfahren. Vgl auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR I[4], 382 (FN 49).

Normenkonkurrenz zwischen § 105 ArbVG und § 879 ABGB. Dem Vorwurf der Unüberprüfbarkeit des Sperrrechts hinsichtlich der **Zustimmung** des BR zur Kündigung **aus unsachlichen** Motiven, hält das Höchstgericht entgegen, dass bei Vorliegen eines solchen Umstandes, die **Nichtigkeit gem § 879 ABGB zu prüfen** ist. Obwohl nach Meinung des Gerichtshofes, unter Verweis auf den Ministerialentwurf aus 1972, grundsätzlich die Möglichkeit einer Anfechtung mit der Annahme einer Nichtigkeit nicht schlechthin unverträglich sei, so sieht der **VfGH** es als **sachlich gerechtfertigt** an, dass bei Vorliegen der in § 105 ArbVG angeführten Motive, eine Kündigung **lediglich anfechtbar** und nicht von vornherein nichtig sei.

Auch der **VwGH** beschäftigte sich mit dem Thema der Normenkonkurrenz. Die Zuständigkeit des VwGH ergab sich aus dem Umstand, dass bis Ende 1986 das Einigungsamt als Verwaltungsbehörde für ein Kündigungsanfechtungsverfahren zuständig war. Im gegenständlichen Urteil handelte es sich um die Kündigung eines Vertragsbediensteten der Stadt Salzburg. Auch wenn das Höchstgericht in der gegenständlichen Erkenntnis die sittenwidrige Kündigung als nicht vorliegend ansah, so geht der Gerichtshof doch von der Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung aus. In der Begründung stellt der VwGH grundlegend fest, dass eine Kündigung gem § 105 ArbVG eine grundsätzlich, nach zivilrechtlichen Grundsätzen, gültige Kündigung voraussetzt, dh eine Anfechtungsklage kann nur durchgeführt werden, wenn die Kündigungserklärung des Arbeitgebers zunächst rechtswirksam ist. Ergibt sich jedoch während des Prozesses die Rechtsunwirksamkeit der Auflösungserklärung, so muss dies vom Einigungsamt von Amts wegen berücksichtigt und die Anfechtungsklage zurückgewiesen werden.

2.2.9. Unterinstanzliche, publizierte Judikatur zur Sittenwidrigkeit

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang das Urteil des **LG Klagenfurt vom 15.12.1954**.[129] Die Entscheidung formulierte, dass Sittenwidrigkeit bei Kündigung möglich ist, jedoch muss diese auf Seiten des Arbeitgebers (hier: Bundesgebäudeverwaltung) liegen. Es genügt nicht, dass dieser von einem

[129] LG Klagenfurt 15.12.1954, 2 Cg 48/54, Arb 6115.

Dritten (hier: durch den Bericht eines Mitarbeiters) aus sittenwidrigen Gründen dazu veranlasst wurde. Jedoch vertrat das Gericht noch die Meinung, dass eine Kündigung aus politischen Gründen, wie hier der Weigerung einer Partei beizutreten, nicht schon an und für sich sittenwidrig ist. Das LG Klagenfurt begründet seine Ansicht damit, dass das BRG 1947 die Regelung des Vorläufers, BRG 1919, zur Kündigungsanfechtung wegen politischen Gründen, nicht übernommen habe. Damit sei auch eine Anfechtung durch den BR gesetzlich nicht mehr vorgesehen.

Auch ein Urteil des **ASG Wien** bestätigte **1987**[130] noch die alte Linie des OGH zur Normenkonkurrenz (s Pkt 2.2.1.). Die Kündigung sei individualrechtlich an keine weiteren Voraussetzungen gebunden und könne daher auch nicht gem § 879 ABGB gegen die guten Sitten verstoßen.

2.3. Die Literatur

2.3.1. Die grundsätzliche Frage nach der Anwendbarkeit des § 879 ABGB auf arbeitsrechtliche Kündigungen

§ 879 ABGB gilt für alle zweiseitigen und einseitigen Rechtsgeschäfte, also auch für die Kündigung. Kündigungen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, sind daher nichtig.[131] Zu Beginn der Diskussionen stand jedoch die Frage, ob eine **Kündigung überhaupt als Rechtsgeschäft** bzw als einseitiges Rechtsgeschäft iSd Generalklausel des ABGB gesehen werden kann. § 879 ABGB spricht nämlich in Abs 1 leg cit von Verträgen: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt ist nichtig." Darunter sind privatrechtliche Verträge aller Art zu verstehen.[132] Die hL[133] subsumiert unter Vertrag gem § 879 Abs 1 leg cit auch einseitige Rechtsgeschäfte zB Auslobung,

[130] ASG Wien 27.7.1987, 23 Cga 1156/87, Arb 10.650.
[131] Vgl *Trost* in *Löschnigg*, AngG II[8] Rz 51*; Marhold/Friedrich*, Öst. AR[2],10.
[132] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 Rz 4.
[133] Vgl *Floretta,* JBl 1954, 526; *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV/1[2], 178: „*Die Ausübung der Kündigungsbefugnis ist Rechtsgeschäft und zwar ein Gestaltungsrechtsgeschäft. Im Gegensatz zu den rechtsbegründenden Gestaltungsgeschäften, die ein Rechtsverhältnis schaffen… gehört die Kündigung zu.. den rechtsvernichtenden, also negativ wirkenden Gestaltungsrechtsgeschäften. Wir haben es also bei der Kündigung mit einem einseitigen Rechtsgeschäft zu tun".*

letztwillige Verfügungen und Beendigungserklärungen. Auf Kündigungen als einseitiges Rechtsgeschäft, findet § 879 ABGB daher ebenfalls Anwendung.

Diese Ansicht wird zunächst von ***Heindl*** bestritten. Er argumentiert, dass „*die Ausübung der Kündigungsbefugnis zweifellos weder den Abschluss eines Vertrages, noch ein Rechtsgeschäft darstellt.*“[134] ***Gschnitzer*** wendet dagegen überzeugend ein: „*Das Ergebnis der Ausübung der Kündigungsbefugnis, die Kündigung, ist ein Rechtsgeschäft. Die Ausdehnung* (des Anwendungsbereiches des § 879 ABGB) *auf einseitige Rechtsgeschäfte zB auf eine Kündigung, die gegen zwingende Normen verstößt, versteht sich, wie bei § 878 ABGB, von selbst.“*[135] Sie ist als Gestaltungsrechtsgeschäft anzusehen, denn ihr Ziel ist die einseitige Auflösung eines Arbeitsverhältnisses. Damit ist sie ein **negativ** wirkendes, weil **rechtsvernichtendes, Gestaltungsrechtsgeschäft.**

2.3.2. Die Kündigung als abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft

Zweck einer Kündigung ist die Beendigung von Dienstverhältnissen. Die Kündigungserklärung selbst kann daher, nach heute **hA**[136], ihrem Inhalt nach nicht sittenwidrig sein. Allein dem zugrunde liegenden **Motiv** kann daher der **Makel der Sittenwidrigkeit anhaften**.[137] Obwohl in Österreich dieser rechtliche Disput entschieden ist, soll ein knapper Überblick dazu gegeben werden.

Im deutschen Recht bezeichnet ***Hueck***[138] die Kündigung als abstraktes Rechtsgeschäft dh vom Motiv losgelöst. Ist die Kündigung daher vom Motiv gelöst, sei es sittenwidrig oder nicht, kann sich daraus auch kein Verstoß gegen § 138 BGB ergeben. Die Kündigung kann daher auch nicht gem § 138 BGB nichtig sein.

Für ***Floretta***[139] hingegen muss zwischen **causa** (Rechtsgrund im Sinne von bezwecktem Rechtserfolg) und dem **Motiv** (Beweggrund) hinter einem Rechtsgeschäft unterschieden werden. Für ihn ist die **Kündigung weder ein**

[134] *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 178 FN 11, *Floretta* JBl 1954, 526, FN 14.
[135] *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 177f, *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 5.
[136] Vgl *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[4], 374; *Reissner*, ZAS 1995/7 (58); *ders* in ZellKomm, § 20 AngG, Rz 79; *Lindmayr*, Handbuch[7] Rz 550; *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 7/047; ua.
[137] Vgl *Strasser*, DRdA 1958, 64.
[138] *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I[6] (1959) 262.
[139] Vgl *Floretta*, JBl 1954, 526.

abstraktes, noch ein kausales Rechtsgeschäft, sondern ein reines Zweckgeschäft. Sie wird um ihrer selbst willen vorgenommen und trägt den Zweck in sich. Die **Kündigungserklärung** an sich ist daher **idR einwandfrei**. Es ist jedoch in jedem Fall auch das **Motiv** dahinter zu berücksichtigen. Geschieht dies nicht, so würde der ehrliche sittenwidrig Handelnde, der sein Motiv preisgibt („Ich kündige Ihnen, wenn Sie nicht ihre Religion wechseln“)[140] schlechter gestellt, als der unehrlich Handelnde, der sein Motiv verbirgt. Allein schon das Handeln in sittenwidriger Absicht macht die Kündigung unwirksam.[141] ***Firlei*** führt dazu sehr eindringlich aus: Will man die Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes auch nur einigermaßen schützen, ohne die Kündigungsfreiheit zu beseitigen, so muss man das Motiv der Kündigung zum ausschlaggebenden Moment des Bestandsschutzes erheben.[142] Auch ***Tomandl*** sieht in der Einführung des neu geregelten § 879 ABGB (III.TN zum ABGB), „*den Willen des Gesetzgebers hervorleuchten, in bestimmten Fällen bei Sittenwidrigkeit des Motivs eines Rechtsgeschäfts dessen Nichtigkeit zu dekretieren*“.[143] Es soll dadurch von der alleinigen Betonung des Vertragsinhalts abgegangen werden. Nach Ansicht von ***Strasser***[144] ist die Kündigungsberechtigung ein Gestaltungsrecht. Die Kündigung selbst kann nicht sittenwidrig sein, jedoch das dahinter liegende Motiv. Der Arbeitgeber verfolgt mit einer Kündigung bestimmte Interessen, wie zB den Abbau von Mitarbeitern. Es kommt somit auf die Interessenlage an.

Allein ***Mayr*** steht auf dem Standpunkt, dass aus dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit die Irrelevanz des Motivs abzuleiten ist.[145] Diese 1947 geäußerte und auch nicht weiter begründete Ansicht, kann mittlerweile als überholt angesehen werden.

[140] Vgl *Floretta*, JBl 1954, 528.
[141] Vgl *Strasser,* DRdA 1958, 64.
[142] Vgl *Firlei* in FS *Rabofsky* 139.
[143] *Tomandl*, ÖJZ 1959, 33.
[144] Vgl *Strasser,* JBl 1958, 173 ff.
[145] *Mayr* in *Adametz/Basalka/Heinrich/Hinzel/Mayr/Meches*, Kommentar zum ArbVG (1947) 247.

2.3.3. Die Frage der Normenkonkurrenz von Motivkündigungstatbeständen und § 879 ABGB?

Im Zentrum der wissenschaftlichen Diskussion stand die Frage, ob zwischen den spezielleren Normen des § 25 BRG (bzw des späteren § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) und der generellen Regelung des § 879 ABGB Normenkonkurrenz besteht oder nicht. Im Folgenden werden die zwei gegensätzlichen Richtungen der Literatur zu diesem Thema dargestellt.

2.3.3.1. Befürwortung in der Literatur

Fürsprecher dieser Ansicht in der Lehre war ***Tomandl,*** dessen Ansicht auch ***Mayr*** und ***Tutschka-Dungl*** gefolgt sind.[146] *Tomandl* führt aus, dass **Sondergesetze** die allgemeinen Vorschriften des **ABGB spezifizieren**. Obwohl dies zu einer gesetzlichen Zersplitterung der Gesetzesmaterie führt und eine einheitliche Regelung wünschenswert wäre, so kommt alleine der Rsp (nahezu) gesetzgebende Autorität zu. *Tomandl* ist der Meinung, dass der **Gesetzgeber** mit § 25 Abs 3 und Abs 4 BRG auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes **einheitliches Recht** schaffen wollte, indem er bestimmte (sittenwidrige) Kündigungsgründe durch ein **Spezialgesetz** hervorhebt und einer Anfechtung zugänglich machen. Daher lässt sich ausschließen, dass für alle übrigen Fälle der sittenwidrigen Kündigung eine generelle Regelung besteht und diese „*mit der viel weiterreichenden Nichtigkeit behaftet lässt*."[147] Wenn das BRG 1947 Anwendung findet, so kann die sozialwidrige Kündigung beim Einigungsamt[148] angefochten werden. Personen, die dem Geltungsbereich des allgemeinen Bestandsschutzes nicht unterliegen (Mitarbeiter in Kleinstbetrieben, Direktoren und leitende Angestellte), haben auch keine Möglichkeit sich auf § 879 ABGB zu berufen. Sonst würde dies bedeuten, dass die Schutzgesetze für Arbeitnehmer diese im

[146] Vgl *Tomandl*, ÖJZ 1959, 33; *Mayr* in *Adametz/Basalka/Heinrich/Kinzel/Mayr/Meches,* ArbVG Kommentar 247; *Tutschka-Dungl,* Handbuch des österreichischen Arbeitsrechts[3] (1979) 413.
[147] *Tomandl,* ÖJZ 1959, 34.
[148] Bis 1986 war das Einigungsamt (EA) für die Anfechtung von Kündigungen zuständig. Ab dem 1.1.1987 lag die Zuständigkeit für Anfechtungen beim ASG. (ASGG, BGBl 1985/104 und ASGAnpG BGBl 1986/563). Vgl auch *Rebhahn,* Die Rechtslage während eines arbeitsrechtlichen Kündigungs-schutzprozesses, DRdA 1988, 16.

Grunde schlechter stellen, da ihnen nur die Anfechtungsoption im Rahmen des Motivkündigungsschutzes bliebe.

Tomandl schließt sich damit der Meinung des OGH an, dass eine Kündigungsanfechtung nur aus den Motivkündigungsgründen des § 25 BRG 1947 möglich sei. Eine Nichtigerklärung der Kündigung gem § 879 ABGB sei dagegen unzulässig. Ein **Nebeneinander** der Regelungen **von BRG und ABGB** ist seines Erachtens **ausgeschlossen**. Für leitende Angestellte sieht er darin auch kein praktisches Problem, denn die abschreckende Wirkung der höheren Abfertigungen bei leitenden Angestellten genüge als Schutz gegen Kündigung. Eine eventuelle Ungleichbehandlung von anderen benachteiligten Arbeitnehmern sei dem OGH nicht zum Vorwurf zu machen, da es sich um eine **Gesetzeslücke** handelt, die auch durch weitherzige Interpretation nicht zu schließen ist. Das Argument des § 28 oö LAO (hier besteht für Arbeitnehmer von Kleinstbetrieben die Möglichkeit eine Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit anzufechten; siehe dazu Pkt 2.2.1.) kann allerdings nicht zur Auslegung des Bundesgesetzes herangezogen werden.

2.3.3.2. Gegenstimmen in der Literatur

Nach der gegenteiligen Ansicht[149], insb vertreten von ***Floretta*****,** wollte der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des § 25 BRG in die Regelung des ABGB nicht eingreifen. Die sittenwidrige Kündigung ist von § 25 BRG nicht erfasst und kann gesondert aufgegriffen werden. Unterliegt ein Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des Motivkündigungsschutzes nach § 25 BRG, so kann er in dessen direktem Geltungsbereich nicht auf § 879 ABGB zurückgreifen. Die Feststellungsklage wegen Nichtigkeit besteht jedoch sehr wohl bei Vorliegen anderer gesetz- oder sittenwidriger Gründe, die von § 25 BRG nicht erfasst sind. Der **Rückgriff auf § 879 ABGB ist für alle Arbeitnehmer** möglich, vor allem für jene, die dem Anwendungsbereich des BRG nicht unterliegen. Andernfalls würde dies für leitende Angestellte oder Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben (ohne Betriebsrat), etc eine Besserstellung bedeuten, da sie die Nichtigkeit ins Treffen führen können, während andere sich mit der Anfechtungsmöglichkeit zufrieden

[149] Vgl *Floretta*, JBl 1954 (559); *Strasser,* DRdA 1958, 64; *Trost,* DRdA 1987, 1 und 106.

geben müssen. Es bestehe nun auch ein erheblicher **Unterschied** der **Rechtsfolgen**. Denn während die Sozialwidrigkeit einer Kündigung nur anfechtbar ist, ist die sittenwidrige Kündigung schon kraft Gesetz nichtig und bedarf keiner Anfechtung. Es besteht ein Unterschied zwischen Sozialwidrigkeit[150] und Sittenwidrigkeit. Seiner Meinung nach schließen sich beide gegenseitig aus. Für *Floretta* sind besondere Umstände erforderlich, um die Sittenwidrigkeit zu bedingen. Selbst die gröbste Sozialwidrigkeit fällt noch nicht unter die Sittenwidrigkeit, da hierfür noch ein zusätzliches anstößiges Moment notwendig ist. Diese ist nach den von Lehre und Rsp herausgebildeten Grundsätzen zu § 879 ABGB zu beurteilen. Die Sittenwidrigkeit ist ein Verstoß gegen die allgemeinen Sittlichkeitsnormen, hingegen ist Sozialwidrigkeit lediglich ein Verstoß gegen positives Recht.

Strasser[151] verneint zwar das Nebeneinander der beiden Vorschriften im unmittelbaren Anwendungsbereich, da § 25 BRG als späteres Gesetz dem früheren ABGB derogiert. Allerdings sieht er die Derogation nur im unmittelbaren Geltungsbereich als zutreffend an. Die in § 25 BRG missbilligten Kündigungsmotive wären ohne diese gesetzliche Regelung nichtig iSd Generalklausel. Seiner Ansicht nach greift der Gesetzgeber mit § 25 BRG aus dem Bereich der, wegen sittenwidriger Motive, ungültigen Kündigungen vier Fälle heraus und setzt anstelle der absoluten Nichtigkeit, die Rechtsfolge der bedingten Anfechtbarkeit.

Trost[152] kommt zu dem Schluss, dass die Intention des Gesetzgebers für die Regelung des § 105 ArbVG 1974 zweifellos der erhöhte Schutzgedanke war. Wo jedoch die speziellen Normen des ArbVG von vornherein nicht gelten, kann auch die generelle Norm des § 879 ABGB nicht verdrängt werden.

Nach Ansicht von ***Schrank*** sollte die Theorie nicht die Sicht für die praktische Nutzanwendung verlieren und kritisiert an den soeben erwähnten Meinungen, dass das Ergebnis den Standort bestimmt und nicht umgekehrt. Nach der **differenzierenden Auffassung** *Schranks*, kann **nicht nur** die **subjektive**

[150] Anmerkung: *Floretta* verwendet „Sozialwidrigkeit“ für beide Arten des allgemeinen Kündigungsschutzes.
[151] Vgl *Strasser,* DRdA 1958, 64.
[152] Vgl *Trost,* DRdA 1987, 1 und 106.

Motivationsseite die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit einer Kündigung begründen, sondern es sind dabei ebenso objektive Begleitumstände zu beachten.

Hinsichtlich des Motivkündigungsschutzes gem § 105 ArbVG, hätte es grundsätzlich gar keiner Regelung bedurft, da das Benachteiligungsverbot des § 37 ArbVG, zumindest für den betriebsverfassungsrechtlichen Bereich eine tragbare Verbotsnorm für die Rechtswidrigkeit einer Kündigung darstellt. Nach Meinung von ***Schrank***, bedurfte es allerdings, aufgrund der fehlenden Koalitionsnormen[153] im österreichischen Recht, der Gewährung der Motivanfechtung als sicheren Schutz des Arbeitnehmers vor koalitionspolitisch motivierten Kündigungen. Ohne die Motivkündigungstatbestände des § 105 ArbVG müsste sich der betroffene Arbeitnehmer auf die eher unsichere Sittenwidrigkeitskontrolle des § 879 ABGB verlassen. Auch *Schrank* sieht im allgemeinen Kündigungsschutz eine verselbständigte Ausprägung des allgemeinen zivilrechtlichen Gesetz- und Sittenschutzes.[154] Erst § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG ermöglicht die ausreichende Absicherung gegen Kündigungen aufgrund gewerkschaftlicher Tätigkeiten und der Mitgliedschaft zu Gewerkschaften.

Schrank propagiert jedoch eine sinnvolle Harmonisierung der, von der Rechtsordnung vorgenommenen, Schutzbemühungen, unter Berücksichtigung der positivierten Wertungen des ArbVG und der fundamentalen Bedeutung des § 879 ABGB. Man müsse einerseits bedenken, dass der Motivschutz des **ArbVG nur für bestimmte Betriebe** Anwendung findet und **innerhalb** des Geltungsbereichs der Motivkatalog nur bestimmte taxative koalitionspolitische und **betriebsverfassungsrechtliche Motive** enthält. Soweit eine Kündigung gegen das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot verstößt und einen der taxativ aufgezählten Gründe betrifft, kann die Kündigung nur angefochten werden, aber niemals nach § 879 ABGB nichtig sein. Für **andere**, vom Gesetzgeber offenbar nicht so schwerwiegend empfundene, **Motive im Bereich des Koalitions- und Betriebsverfassungsrechts** ist ein Rückgriff auf **§ 879 ABGB** ausgeschlossen, andernfalls würde dies der Schutzwertung des ArbVG zuwiderlaufen.

[153] Vgl *Schrank*, Fortbestand 337. Das Koalitionsgesetz und das Antiterrorgesetz dienen in ihrer Zielrichtung grundsätzlich dem Schutz der negativen Koalitionsfreiheit.
[154] Vgl *Schrank*, Fortbestand 350.

Der Generalklausel wird nach Ansicht *Schranks* nur im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 105 ArbVG derogiert, da nur jene Motive erfasst sind, die den Koalitions- und Betriebsverfassungsbereich berühren. Im Falle **andersartiger** (nicht anderer) gesetz- oder sittenwidriger Motive[155], soll die Berufung auf die Generalklausel weiterhin gerechtfertigt sein. *"Die mögliche Palette sittenwidrig motivierten Handelns ist ... auch bei Kündigungen viel breiter."*[156] *Schrank* spricht hier in concreto die sexuell, religiös oder politisch motivierte Kündigung an. Hinsichtlich der Rechtsfolgen geht *Schrank* von einer relativen Nichtigkeit, unter Einhaltung einer strengen zeitlichen Limitierung (von maximal einer Woche[157]), aus.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes, weist die **Normenkonkurrenz, entgegen der Ansicht des OGH**, nach *Schrank* allenfalls **mittelbaren Charakter** auf.[158] Jenen Arbeitnehmern, die dem Kündigungsschutz nicht unterliegen, darf kein stärkerer Schutz zuteilwerden, insb in Hinblick auf die, in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG aufgezählten, betriebsverfassungsrechtlichen Motive. „*Einer vollen Analogie steht bereits die Beschränkung des Geltungsbereichs im Wege."* Überdies gilt hier auch nicht das Benachteiligungsverbot des § 37 ArbVG, welches betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse voraussetzt. Es sind jedoch auch **Fälle außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG denkbar**, in denen die Schutzintention des ArbVG Auswirkungen zeigt. Sinkt zB die Arbeitnehmerzahl dauerhaft unter fünf Mitarbeiter, sodass der Betrieb nicht mehr den Regelungen des ArbVG unterliegt, so ist eine Kündigung eines Arbeitnehmers wegen der früheren Tätigkeit im BR, ein Verstoß gegen die guten Sitten.[159] Auch der Fall einer Kündigung wegen bevorstehender Einberufung zum Präsenzdienst, kann wegen Sittenwidrigkeit bekämpft werden. Soweit es sich um andere (nicht im Motivschutz geregelte) Kündigungsgründe handelt, steht nach der Ansicht von *Schrank* allen Arbeitnehmern, unabhängig vom Anwendungsbereich des ArbVG, die Bekämpfung nach § 879 ABGB offen.

[155] Vgl *Schrank*, Fortbestand 355.
[156] Vgl *Schrank*, Fortbestand 351.
[157] Vgl *Schrank*, Fortbestand 437.
[158] Vgl *Schrank*, Fortbestand 355.
[159] Vgl *Schrank*, Fortbestand 357.

2.4. Zusammenfassung der Judikatur und Literatur zur sittenwidrigen Kündigung

Obwohl § 879 ABGB von Vertrag spricht, versteht die hL darunter auch das Rechtsgeschäft. Somit findet die Generalklausel auch auf die Kündigung als einseitiges (Gestaltungs-) Rechtsgeschäft, Anwendung. Die Kündigung gilt als reines Zweckgeschäft, da sie den Zweck der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses verfolgt. Die Sittenwidrigkeit kann sich jedoch nur aus den zugrunde liegenden Motiven ergeben, da die Kündigungserklärung selbst idR einwandfrei ist. Kündigungen aus gesetzwidrigen oder sittenwidrigen Motiven iSd § 879 ABGB sind daher ebenso rechtsunwirksam.

Nach hL und seit 1993 auch nach stRsp besteht zwischen dem allgemeinen Kündigungsschutz des § 105 ArbVG (bzw der Vorläuferbestimmung des § 25 BRG) und der Generalklausel des § 879 ABGB keine Normenkonkurrenz. Wird eine Kündigung durch den Arbeitgeber aus sittenwidrigen Motiven ausgesprochen, so verstößt sie gegen § 879 ABGB und ist damit unwirksam, jedoch nur soweit der Gesetzgeber den Schutz gegen Motivkündigungen nicht besonders geregelt hat und auch keine analoge Anwendung dieser Regeln möglich ist. Arbeitnehmer, die dem Geltungsbereich des Motivkündigungsschutzes des ArbVG nicht unterliegen, können sich bei Vorliegen eines verpönten Kündigungsmotivs jedenfalls auf die Anwendung der Generalklausel des ABGB berufen. Die Sittenwidrigkeit einer Kündigung kann jedoch nur dann angenommen werden, wenn sie aus einem gänzlich unsachlichen, insb aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes, zu missbilligenden Motiv erfolgt. Beispielhaft werden hier die Ausübung sonstiger Freiheiten in Bereichen wie Medien, Wissenschaft oder Kunst angeführt.[160] Andere Kündigungsmotive, wie Eheschließung, Scheidung oder Verweigerung sexueller Kontakte sind seit 2004 als leges speciales in den Anfechtungsbestimmungen des GlBG[161] geregelt.

[160] Vgl *Reissner*, in ZellKomm[2] § 20 AngG, Rz 82; vgl *Trost*, DRdA 1987, 1.
[161] BGBl I 2004/66.

Kapitel 3: Die Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB

3.1. Problemstellung

Die Generalklausel in § 879 Abs 1 ABGB normiert, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. In Abs 2 leg cit und Abs 3 leg cit finden sich nur ***"bruchstückhafte***" demonstrative **Erläuterungen** zur Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit.[162] Danach sind Rechtsgeschäfte unwirksam, weil ihr Inhalt als solcher unerlaubt ist (zB das Ansichlösen einer Streitsache durch den Rechtsfreund)[163] oder weil das an sich Erlaubte nicht zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen gemacht werden darf (zB die Verpflichtung niemals zu heiraten oder die Verpflichtung das Religionsbekenntnis zu wechseln).[164] Auch kann sich die Unerlaubtheit daraus ergeben, dass die vereinbarte Leistung mit einem Entgeltversprechen verbunden ist (zB Entgelt für die Unterhandlung eines Ehevertrages, Provision für die Vermittlung einer Adoption)[165], oder das Ziel des an sich erlaubten Rechtsgeschäfts selbst unerlaubt ist zB die Schädigung eines Dritten.[166]

Die vorliegende Dissertation setzt sich speziell mit dem Thema der Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB iZm arbeitsrechtlichen Kündigungen auseinander, daher werden in diesem Rahmen die speziellen Anwendungsfälle der Rechtswidrigkeit gem Abs 2 leg cit und insb die Rechtswidrigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem Abs 3 leg cit nicht näher behandelt.

Im Unterschied zu den Kündigungsschutzbestimmungen des ArbVG, kennt das ABGB keine Beschränkungen seines Geltungsbereichs auf bestimmte Personengruppen. Vielmehr ist die Generalklausel des **§ 879** Abs 1 ABGB auf **alle privatrechtlichen Verträge** anwendbar. Vor der dritten TN des ABGB[167] enthielt der **historische § 878 ABGB** noch die Textierung: "*Was geradezu **unmöglich und unerlaubt** ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden."* Mit der Einführung des § 879 Abs 1 ABGB im Rahmen der Novelle 1916 wurden

[162] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 2.
[163] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 8.
[164] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 9.
[165] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 10.
[166] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 11.
[167] RGBl 1916/69.

Unmöglichkeit und Unerlaubtheit getrennt normiert.[168] Der neu eingeführte § 879 Abs 1 ABGB regelt nun zwar inhaltlich die Fälle der Unerlaubtheit, zerlegt sie aber terminologisch in Gesetz- und Sittenwidrigkeit. **Sittenwidrigkeit ist** somit unbestritten **Rechtswidrigkeit**.[169] Daher ist die Feststellung der Verletzung der guten Sitten **Rechts- und nicht Tatfrage**.[170]

Was konkret unter dem **Begriff** der Sittenwidrigkeit bzw den "**guten Sitten**" zu subsumieren ist, wird vom historischen Gesetzgeber des ABGB allerdings nicht näher ausgeführt. Die Entscheidung sich hier einer Generalklausel zu bedienen, ergibt sich wohl auch aus dem Umstand, dass es nicht möglich ist, alle nur denkbaren Anwendungsfälle der Unerlaubtheit kasuistisch oder abschließend zu regeln. Es obliegt somit der **Rechtsanwendung**, die weitreichende Norm "*mit beherztem methodischen Vorgehen*"[171] zu konkretisieren. „*Die Gute-Sitten-Klausel ruft den Rechtsanwender zu nichts anderem auf, als zur Ergänzung unvollständiger gesetzlicher Regelungen, zur Schließung von Gesetzeslücken im Geiste des Gesetzes, zur Analogie, aber auch zur teleologischen Reduktion."*[172]

Wie auch andere generelle Klauseln und Formulierungen, zeichnen sich die „Gute-Sitten" iSd § 879 Abs 1 ABGB durch ***„qualifizierte Vagheit"***[173] aus, die dem Rechtssuchenden selbst wenig Orientierung bietet. In diesem Zusammenhang weist ***Kramer***[174] auf die **Bedeutung von Fallgruppen** hin, die von Lehre und Judikatur herausgebildet wurden und zur Konkretisierung von Generalklauseln und damit „*der judiziellen Gleichbehandlung" dienen.*

Einigkeit besteht in hL und Rsp darin, dass die guten Sitten dem ungeschriebenen Recht angehören. „*Ein Geschäft ist sittenwidrig, wenn es,* ***ohne gegen ein***

[168] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 7 „Unerlaubtheit als Oberbegriff für Gesetz- und Sittenwidrigkeit"; *Gschnitzer* in *Klang,* ABGB IV/1[2], 184.
[169] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 49; OGH 21.6.1966, 8 Ob 150/66, SZ 39/113; OGH 11.5.1971, 8 Ob 256/70, SZ 44/68; *Zimbler*, Einige Bemerkungen zum Begriff der guten Sitten, JBl 1928, 389.
[170] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 49; *Zimbler,* JBl 1928, 389.
[171] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 57.
[172] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 57; *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 182.
[173] Vgl *Kramer*, Juristische Methodenlehre[3] (2010) 67.
[174] Vgl *Kramer*, Juristische Methodenlehre[3], 68f (FN 116).

***positives, inländisches Gesetz zu verstoßen**, offenbar grob rechtswidrig ist.“*[175] Unbestritten ist auch die Intention der Generalklausel als **Begrenzung missbräuchlicher privatautonomer Rechtsgestaltungsfreiheit.**[176] „*Das Institut der Sittenwidrigkeit soll verhindern, dass Rechtsgeschäfte rechtlich bindend werden, wenn sie mit der Werteordnung einer Rechtsgemeinschaft, die auch der gesamten Rechtsordnung zugrunde liegt, in untragbarem Widerspruch stehen*.“[177] *Krejci* beschreibt es mit den Worten: *“§ 879 ABGB stellt klar, dass die Rechtsordnung eine ihre Normen und Grundsätze missachtende privatautonome Rechtsgestaltung nicht duldet.”* Ein solcher Missbrauch wird durch die Anordnung der Nichtigkeit des unerwünschten Rechtsgeschäfts verhindert.[178] Neben dem Zweck der Elimination unerlaubter Rechtsgestaltung (**Eliminationszweck**), erfüllt die Gute-Sitten-Klausel noch weitere Funktionen. Die Klausel soll darüber hinaus auch eine präventive Wirkung der Abschreckung entfalten, rechtswidrige Verträge überhaupt abzuschließen **(Abschreckungszweck).**[179]

In diesem Zusammenhang ist auch die **Delegationsfunktion**, als Form der Entlastung des Gesetzgebers hinsichtlich der Schaffung detaillierter Regelungen, zu erwähnen. *“Das Kriterium der Sittenwidrigkeit erspart eine kasuistische gesetzliche Regelung von Verboten.*”[180] Ebenso wie andere Normen, erfährt auch die Gute-Sitten-Klausel aufgrund der sich ändernden gesellschaftlichen Wertvorstellungen regelmäßig eine Änderung ihrer Auslegung. Durch die Normierung einer Generalklausel ist es möglich die Entwicklung dieser Wertvorstellungen zu berücksichtigen, ohne das Gesetz novellieren zu müssen **(Transformationsfunktion).**[181] Darüber hinaus ist der Sittenklausel des ABGB auch ein **Rezeptionszweck** zuzuschreiben, wonach auch anderen Gedankenordnungen und Wertvorstellungen, die nicht dem ius positivum angehören, rechtliche Relevanz verschafft wird. Zuletzt sei auch die sog

---

[175] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 179; *Gschnitzer* in *Klang,* ABGB IV/1, 180: *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV/I[3] (2006) § 879 Rz 8; *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 53; vgl auch OGH 27.4.1983, 1 Ob 501/83, SZ 56/72; OGH 21.6.1966, 8 Ob 150/66, SZ 39/113; OGH 11.5.1971, 8 Ob 256/70, SZ 44/68.

[176] Vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 1; OGH 28.1.2009, 1 Ob 145/08t, ecolex 2009,580 = RdW 2009,519; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 1.

[177] *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 162.

[178] *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 Rz 1.

[179] Vgl *Mayer-Maly* in Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 1.

[180] *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 8.

[181] *Teubner,* Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971) 65.

Legitimationsfunktion angeführt, worunter die Bildung richterlicher Maximen innerhalb der Generalklausel zu verstehen ist. Nach Ansicht *Krejcis* kommt den drei letztgenannten Zwecken, trotz ihrer theoretischen Beachtlichkeit, "*nur ein rechtsordnungsbezogener Anwendungsbereich zu*."[182]

Neben § 879 ABGB, finden "die guten Sitten" in zahlreichen **anderen Rechtsbereichen** Erwähnung.[183] Der Sittenbegriff ist in den einzelnen Tatbeständen jedoch, je nach Normzweck und betroffenem Verkehrskreis, unterschiedlich zu verstehen. Im Rahmen dieser Arbeit soll jedoch nur auf die Auslegung des § 879 ABGB eingegangen werden.

Die **Interpretation** der Generalklausel des § 879 ABGB stellt sich als äußerst schwierige Aufgabe dar. So einfach es vielleicht sein mag, eine Gesetzesverletzung iSd Abs 1 leg cit in der Praxis zu konkretisieren, so schwierig ist es doch einen Verstoß gegen die guten Sitten zu definieren. Welcher Maßstab ist an die Prüfung der Sittenwidrigkeit anzulegen? Wann liegt eine so gravierende Verletzung rechtlich geschützter Interessen einer Person vor, dass der Bereich der guten Sitten tangiert oder verletzt wird?

[182] *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 58; vgl auch *Teubner,* Standards und Direktiven in Generalklauseln 65.
[183] Vgl §§ 26, 1295 Abs 2 ABGB; §§ 1 u 11 UWG; §§ 90 Abs 1 u 2, 105 Abs 2, 111 u 144 Abs 2 StGB; §§ 23 Z 2, 30c Abs 1 Z 1, 133 Kartellgesetz; § 28 KSchG; § 27 Abs 1 Z 5 MRG; § 2 Z 1 GMG; § 4 Abs 4 lit b NVG; § 2 Z 1 Patentgesetz, § 199 Abs 1 Z 4 AktG.

3.2. Begriff der "Guten Sitten"

3.2.1. Judikatur

In der oberstgerichtlichen Rsp haben sich im Laufe der Zeit Großteils **formelhafte Definitionen** zur Beschreibung der guten Sitten bzw deren Verletzung herausgebildet. In zahlreichen Urteilen des OGH zur Sittenwidrigkeit findet sich die Formulierung: "***Gegen die guten Sitten verstößt, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft dh aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.*** *Die Gute-Sittenklausel soll den Richter instand setzen, bei offenbarer Rechtswidrigkeit helfend einzugreifen."* [184] Unklar bleibt indes die Frage was unter dem Begriff "Rechtsgemeinschaft" zu verstehen ist bzw wer "*alle billig und gerecht Denkenden*" sind. Obwohl diese Formulierung wenig Aussagekraft besitzt, so stellt sie klar, dass die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nicht auf einer Eigenwertung des Richters beruht, sondern sich an den allgemein anerkannten Wertungsgesichtspunkten (unter Berücksichtigung außerrechtlicher Sollensanordnungen) orientiert.[185]

Der OGH versteht unter den guten Sitten den Inbegriff jener Normen, die sich aus der **richtigen Betrachtung** der rechtlichen Interessen ergeben. „*Die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt, zu dem,* ***neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auch die allgemein anerkannten Normen der*** **Moral gehören**.[186] Im Gegensatz zu einem Teil der Lehre[187], vertritt der OGH damit die Ansicht, dass auch außerrechtliche Sollensanordnungen für die Konkretisierung der Sittenklausel heranzuziehen sind. Demnach sind Vereinbarungen auch dann sittenwidrig, wenn sie „*die durch überwiegend anerkannte Sozialmoral und die immanenten rechtsethischen Prinzipien der geltenden Rechtsordnung der Privatautonomie gezogenen Grenzen*

[184] Vgl OGH 27.1.1954, 3 Ob 816/53, SZ 27/19 = JBl 1954, 436; OGH 19.10.1965, 8 Ob 271/65, SZ 38/164; OGH 15.12.1965, 6 Ob 322/65, SZ 38/217; OGH 29.4.1971, 1 Ob 108/71, SZ 44/58 = JBl 1971, 471; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95, SZ 68/64; ua.
[185] Vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/1[3] § 879 Rz 8 mwN.
[186] Vgl OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89, SZ 62/123 = JBl 1989, 784, OGH 30.4. 1992, 8 Ob 558/91, SZ 65/71 = JBl 1992, 798; *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1[2] 183¸ *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 54.
[187] *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991) 273; *Mader,* Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 188; *Mayer-Maly* in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger,* Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 121.

überschreiten" Zu den Normen des ungeschriebenen Rechts werden auch die allgemeinen und obersten Rechtsgrundsätze gezählt, die bei Auslegung der guten Sitten zu berücksichtigen sind.[188] Auch die natürlichen Rechtsgrundsätze iSd § 7 ABGB werden zur Bestimmung herangezogen. Darunter sind Normen des Naturrechts, Fundamentalgrundsätze der Moral sowie das herrschende Rechtsbewusstsein des Volkes, etc zu verstehen.[189]

In fast allen Urteilen spricht der OGH aus, dass für die prozessuale Beurteilung der Sittenwidrigkeit, unter **Berücksichtigung aller Umstände**, stets der **Gesamtcharakter der Vereinbarung** entscheidend ist, welcher sich aus **Inhalt, Zweck, Beweggrund und den Begleitumständen** des Rechtsgeschäfts ergibt.[190] Insb ist Sittenwidrigkeit nach Auffassung des OGH dann anzunehmen, "*wenn die vom Richter vorzunehmende **Interessensabwägung** eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollisionen ein **grobes Missverhältnis** zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt."*[191]

Letztlich kann aus den sehr allgemein gehaltenen Leitsätzen des OGH auch keine exakte Definition der guten Sitten bzw der Sittenwidrigkeit gewonnen werden. Es stellt sich somit für die jeden **Einzelfall** erneut die Frage, ob ein Rechtsgeschäft die Grenze der guten Sitten überschreitet oder nicht.

---

[188] OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95, SZ 68/64; OGH 15.12.1965, 6 Ob 322/65, SZ 38/217, OGH 21.6.1966, 8 Ob 150/66, SZ 39/113; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/1^3 § 879 Rz 8.
[189] *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1^2 183; *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3 § 879 Rz 54; *Posch* in *Schwimann,* ABGB I^3 § 7 Rz 21ff.
[190] *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I^3, § 879 Rz 8; vgl OGH 22.4.1975, 4 Ob 10/75, Arb 9385 = EvBl 1976/9 = DRdA 1975, 214 (*Schwarz*); OGH 10.1.1984, 4 Ob 189/82, RdW 1984, 215 = Arb 10.309; OGH 30.9.2009, 9 ObA 91/08k.
[191] OGH 25.4.1979, 3 Ob 556, 557/78, SZ 52/67.

3.2.2. Literatur

Die grundsätzliche Diskussion über den Begriff und Inhalt der „Guten Sitten“ ist auch in der Literatur nicht letztgültig abgeschlossen. Nach *Gschnitzer* ist „*Sittenwidrigkeit alles, was nicht ausdrücklich verboten, aber offenbar unerlaubt ist, gegen die obersten Rechtsgrundsätze verstößt und oft gerade darum nicht ausdrücklich verboten wird, weil es sich von selbst versteht*.“[192]

Zur Frage der Konkretisierung der guten Sitten wurden im Wesentlichen zwei divergierende Theorien entwickelt. Ein Ansatz geht von der Annahme aus, dass sich der **Inhalt der guten Sitten** ausschließlich **durch die der Rechtsordnung entnehmbaren Wertungen** spezifizieren lässt (**Innerrechtliche These** bzw Trennungsthese).

Die gegenteilige Auffassung bejaht die Einbeziehung von Sollensanordnungen, die außerhalb der Rechtsordnung, das Leben einer Gemeinschaft regeln. Insb sollen hier die Normen der Moral und Ethik in die Auslegung der guten Sitten mit einbezogen werden (**Außerrechtliche These**). Neben diesen gegensätzlichen Thesen, wurde in der Lehre auch ein vermittelnder Denkansatz entwickelt. Auf diese Theorien wird nun im Folgenden eingegangen.

3.2.2.1. Innerrechtliche These

Ein Teil der Lehre[193] geht von der strikten **Unabhängigkeit von Recht und Moral** aus, daher wird diese Theorie auch als **“Trennungsthese”** bezeichnet. Danach sind für den Begriff der guten Sitten allein die **aus dem Recht gewonnenen Grundsätze** entscheidend. Etwaige moralische Erwägungen oder das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sollen nach dieser These keinen Einfluss auf die Sittenklausel haben. Auch die Unterscheidung in allgemeine Moral bzw Rechts- oder Sozialmoral ändere daran nichts, denn auch diese seien inhaltlich schwer zu bestimmen.[194]

Gschnitzer als Verfechter der innerrechtlichen These führt dazu aus: “*Gegen die guten Sitten verstößt, was offenbar, geradezu widerrechtlich ist, ohne gegen ein*

[192] *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[2] (1992) 695.
[193] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 53; *Gschnitzer* in *Klang,* ABGB IV/1[2], 181.
[194] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 53.

ausdrückliches gesetzliches Verbot zu verstoßen. Oder kurz gesagt: Sittenwidrig ist, was nicht Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, aber offenbar Verstoß gegen ***oberste Rechtsprinzipien****, was also nicht gesetz-, aber grob rechtswidrig ist."*[195] *Gschnitzer* sieht in dieser Definition die Übereinstimmung mit der österreichischen hL[196], dass der Begriff der guten Sitten **nicht** auf dem Gebiet der **Moral** oder des **Anstandsgefühls** aller billig und gerecht Denkenden zu suchen ist. „*Mag auch die Unmoralität im Unterbewusstsein den Verfassern des ABGB vorgeschwebt sein"*, so ist doch nicht alles, was unmoralisch ist, auch unerlaubt.

Auch nach Ansicht ***Krejcis,*** als weiteren Vertreter der Trennungstheorie, können aus dem Hinweis auf die Moral keine Konkretisierungskriterien für die guten Sitten gewonnen werden. Überhaupt sollte man einer Deutung der Sittenklausel als Rezeptionsinstrument "außerrechtlicher" Sollensanordnungen mit Zurückhaltung begegnen. Auch soziale Ungerechtigkeit, als nicht minder vage Generalklausel, bedeutet nicht automatisch Sittenwidrigkeit. Ebenso erlaubt das Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, nach Meinung *Krejcis,* keine ausreichende Konkretisierung. Er sieht zwar eine Verwandtschaft zu den natürlichen Rechtsgrundsätzen, erkennt aber aufgrund ihrer eigenen Konkretisierungsbedürftigkeit, genauso wenig ein geeignetes Instrument zur Interpretation der Sittenklausel des § 879 ABGB selbst. *Krejci* kommt daher zu dem Schluss, dass die guten Sitten als ungeschriebenes Recht, vor allem mit **Hilfe des positiven Rechts** selbst auszulegen seien. Aus rechtsdogmatischer Sicht ist eine Rezeption "außerrechtlicher" Sollensanordnungen zur Konkretisierung der Guten-Sitten-Klausel weitgehend nicht geboten, da die österreichische Rechtsordnung selbst nahezu alle Ordnungs- und Wertprinzipien zumindest in weiter entwickelbaren Ansätzen enthält.[197] Neben den einfachgesetzlichen Regelungen, sind für *Krejci* vor allem auch die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte für die Auslegung wesentlich (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte).[198] Nur dort, wo der Richter **ohne gesetzliche Hilfe Recht zu sprechen hat**, muss er sich an sonstigen, allgemein als gerecht und billig anerkannten Verhaltensweisen, orientieren. Dabei

[195] *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1^2, 181.
[196] Vgl *Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1^2 (1928) 52; *Zimbler*, JBl 1928, 389.
[197] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3 § 879 Rz 56.
[198] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3 § 879 Rz 13; vgl auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht^8 (2009) Rz 743: „*Dabei erweisen sich vor allem die Generalklauseln des Privatrechts (wie §§ 879, 1295 Abs 2 ABGB) als offen für grundrechtskonforme Auslegung."*

geht es in erster Linie nicht um die Fragen der Moral, sondern um die Frage der Erkenntnis nicht geschriebenen Rechts.[199]

3.2.2.2. Außerrechtliche These

Ein beachtlicher Teil der Lehre[200] vertritt (ebenso wie der OGH – s Pkt 2.2.1.) hingegen die Auffassung, dass auch außerrechtliche Sollensanordnungen, wie zB Normen der Moral oder Ethik, im Begriff der guten Sitten Berücksichtigung finden sollen. Moral differenziert grundsätzlich sittlich Gutes von sittlich Neutralem und sittlich Schlechtem.[201] Im Unterschied zu rechtlichen Sollensanordnungen, sind den moralischen Anforderungen rechtliche Sanktionen ihrem Wesen nach fremd. *"Die fühlbarste Sanktion für eine Überschreitung der Grenze zwischen Gut und Böse (…) liegt im Gewissensbereich."*[202]

Vor allem ***Bydlinski***, als **Befürworter** der außerrechtlichen These, übt herbe Kritik[203] an der für den Rechtspositivismus charakteristischen Trennungstheorie und ihrer Forderung nach Unabhängigkeit von Recht und Moral (einschließlich dem Naturrecht). Insb **kritisiert** er das Postulat des positivistischen Ansatzes, wonach Recht jeden beliebigen Inhalt haben könne. *„Krass inhumane oder über jedes Maß hinaus dumme Rechtsregeln werden (…) für durchaus möglich erklärt."* So stellt es keinen Widerspruch dar, wenn positivrechtlich „Gesolltes" moralisch von besonderer Niederträchtigkeit ist.[204] Nach *Bydlinskis* Auffassung ist ebendies für den Menschen als Rechtssubjekt nicht dienlich. Vielmehr bringt dies Konflikte mit sich, denn danach kann die Rechtsordnung vom Individuum ein bestimmtes Verhalten verlangen, die Moral hingegen genau das gegenteilige Verhalten erfordern.[205]

Zwar spricht *Bydlinski* der Trennungsthese nicht ab, dass sie die vielfachen, wechselseitigen Beeinflussungen und inhaltlichen Übereinstimmungen von Recht

---

[199] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 56.
[200] Vgl *Bydlinski*, Methodenlehre 273; *Mader,* Rechtsmissbrauch 188; *Mayer-Maly* in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* 121.
[201] *Mayer-Maly*, Gedanken über das Recht (1985) 30.
[202] *Mayer-Maly*, Gedanken 31 "*Das als schlecht bewertete Verhalten weckt die Kritik des Gewissens und bringt den, der es setzt, auch dann in Schwierigkeiten, wenn er unentdeckt bleibt".*
[203] Vgl *Bydlinski,* Methodenlehre 277.
[204] Vgl *Bydlinski,* Methodenlehre 278.
[205] Vgl *Bydlinski,* Methodenlehre 280.

und Moral anerkennt. Ebenso, dass das Recht selbst auf bestimmte sittliche Normen verweist und diese dadurch zu Rechtsnormen machen kann (gute Sitten)[206], jedoch missbilligt er die Aussage, dass die Gültigkeit von Rechtsnormen von ihrer moralischen Qualität, von ihrem Verhältnis zur Moralordnung gänzlich unabhängig sind.[207] Seiner Ansicht nach ist unbestritten, dass Rechtsnormen häufig durch moralische Regeln und Urteile hervorgebracht werden und oft nur durch solche erklärbar sind.[208]

Für *Bydlinski* ist die Verknüpfung von positivem Recht und Moral möglich und auch notwendig. Nach seiner Ansicht sind moralische Mindeststandards von Rechtsnormen unentbehrlich, wobei diese sittlichen Mindestanforderungen nicht von der persönlichen moralischen Überzeugung des einzelnen Rechtsunterworfenen abhängen können. Entscheidend ist vielmehr, „*bestimmte, besonders ausgezeichnete sittliche Maximen oder Prinzipien zu suchen, die sich mit dem positiven Recht zu einem einheitlichen System zusammenfügen lassen*." Allein für die praktischen Zwecke der Jurisprudenz bedarf es, über das positive Recht hinausgehender Größen, wie die Normen der Sittlichkeit und Moral iwS. Das positive Recht muss diese fundamentalen moralischen Maximen enthalten, da sie eine unentbehrliche Ergänzung und Erweiterung des positiven Rechts darstellen. Im Unterschied zu Rechtsnormen ieS (Rechtsregeln, Rechtsvorschriften), sind Rechtsprinzipien inhaltlich nicht zur unmittelbaren Beurteilung von Lebenssachverhalten geeignet. Insb entbehren sie der dafür erforderlichen präzisen Unterscheidung in Tatbestand und Rechtsfolge. Rechtsprinzipien drücken jedoch eine Bewertungstendenz aus und zielen darauf ab, im Rahmen des tatsächlich und rechtlich Möglichen, mehr oder weniger verwirklicht zu werden.[209]

Welche zusätzlichen normativen Größen darunter zu verstehen sind, führt *Bydlinski* zur Frage nach dem Sinn des Rechts an sich. In Anlehnung an *Radbruch*[210] geht *Bydlinski* von Recht als Ordnung des Zusammenlebens aus. Die **Rechtsidee** ist mit **Gerechtigkeit** gleichzusetzen. Darüber hinaus sei die

[206] *Bydlinski,* Methodenlehre 278.
[207] *Bydlinski,* Methodenlehre 279.
[208] *Bydlinski,* Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988) 128.
[209] *Bydlinski,* Rechtsgrundsätze 121.
[210] *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche JZ 1946, 105.

Zweckmäßigkeit des Rechts zu beachten, die ihrerseits von unterschiedlichen leitenden Wertgesichtspunkten abhängt. Als dritter Bestandteil sei die **Rechtssicherheit** entscheidend.[211] Es kann jedoch nicht gesagt werden, auf wessen Wertungen und Zwecksetzungen es bei der Verbindung von Recht und Gerechtigkeit überhaupt ankommt.[212]

Letztendlich stellt sich *Bydlinski* die Frage, ob es **überhaupt möglich** sei, aus der unendlichen Masse von auf das positive Recht bezogenen Moralnormen, Zwecken und Wertungen (…) **einige als maßgebend herauszusondern**, die zudem auch brauchbare Grundlage für Aussagen über das Recht sein können. Er kommt zum Ergebnis, dass es auf die Kriterien für adäquate Begriffsbildung und ihre Anwendbarkeit auf das Recht ankomme.[213] Dies kann nach Ansicht *Bydlinskis,* aufgrund der mit der Begriffsbildung verfolgten Zwecke, anhand einer „***Explikation**, dh einer (im Verhältnis zum vagen und oft widersprüchlichen Sprachgebrauch) genaueren Bestimmung des Begriffsinhalts erfolgen*."[214] Diese präzisierende Erklärung orientiert sich wiederum an der „***Nützlichkeit oder Fruchtbarkeit"*** des verfolgten Zwecks, nämlich das **Recht** bei der Rechtsgewinnung möglichst abgrenzbar und vor allem **anwendbar zu machen**. Er vertritt die These, dass geeignete, rechtskritische Maßstäbe zur Ermittlung eines werthaften Rechtsbegriffs gar nicht gesucht werden müssen, sondern in der Rechtsidee (Trias der Wertprinzipien Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit) bereits vorliegen. [215]

Für die Konkretisierung von Generalklauseln, insb § 879 Abs 1 ABGB, seien nicht nur die rechtsdogmatische Durchdringung und ebenso Analogieüberlegungen relevant. Vielmehr muss eine Generalklausel als bewusste Ermächtigung an die Entscheidungsorgane verstanden werden, dh die Konkretisierung durch richterliche Eigenwertung. Erst das Präjudizienrecht, welches sich stets bei Generalklauseln entwickelt, führt zu ausreichend bestimmten Rechtsregeln.[216]

[211] *Bydlinski,* Methodenlehre 291.
[212] *Bydlinski,* Methodenlehre 296.
[213] *Bydlinski,* Methodenlehre 298.
[214] *Bydlinski,* Methodenlehre 301.
[215] *Bydlinski,* Methodenlehre 311.
[216] *Bydlinski,* Methodenlehre 583.

3.2.2.3. Vermittelnde Ansätze

Von ***Mayrhofer*** wird eine Zwischenlösung vertreten. Die Einführung von § 1295 Abs 2 ABGB durch die dritte TN, ist seiner Ansicht nach „*dem Bedürfnis entsprungen, im Gesetz ausdrücklich die Harmonie zwischen Recht und Moral zu verkünden.“* Allerdings haben moralische Sollensanordnungen nur einen **bedingten Einfluss** auf das positive Recht. Grobe Verstöße gegen die Moral sollen zwar rechtlich unerlaubt sein, es sind jedoch Verstöße gegen das Recht und Verstöße gegen die Moral nicht vollkommen gleichartig zu behandeln. Dies hätte der historische Gesetzgeber zum Ausdruck bringen müssen.[217] Nicht die „allgemeine“ Moral, sondern alleine die **Rechts- und Sozialmoral** soll nach dieser Lehrmeinung **für** die **Auslegung der guten Sitten von Bedeutung** sein. Man kann hier von einer abgeschwächten Form der außerrechtlichen These sprechen.

Auch ***Mayer-Maly,*** als Vertreter der innerrechtlichen These, befürwortet ebenfalls die Einbeziehung von Moral in den Begriff der guten Sitten. Nach seiner Ansicht verkennt die Trennungstheorie das Wesen des Rechts, insb seinen politischen Charakter. Die aus dem Recht gewonnenen Wertungen sind Ausdruck der Entscheidung einen bestimmten Weg zur Lösung von Interessenskonflikten zu gehen. *Mayer-Maly* postuliert, es komme auf die “**Alltagsmoral von Hinz und Kunz**“ an, die er mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gleichsetzt. Das Fundament der guten Sitten sind ethische Werte, welche über die ***„Ermittlung eines ethischen Minimums*** *innerhalb einer Sozietät“* zu definieren sind, wobei die „*Sondermoral permissiver Randgruppen“* keine Berücksichtigung finden soll.[218]

[217] Vgl *Mayrhofer*, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, in *Ehrenzweig*, Privatrecht[3] (1986) 267f.
[218] *Mayer-Maly,* Werte im Pluralismus, JBl 1991, 688f.

3.3. Eigene Ansicht

Will man die guten Sitten iSd § 879 ABGB definieren oder zumindest eingrenzen, stößt man unweigerlich auf die Problematik, ob der Begriff allein von aus dem Recht gewonnenen Grundsätzen (innerrechtlichen Werten) oder ebenso von außerhalb des Rechts stehenden Sollensanordnungen determiniert werden soll. Auch wenn der OGH in seinen Urteilen beide Ansätze berücksichtigt (Pkt 2.2.1.), so besteht in der Literatur darüber weitgehend Uneinigkeit (Pkt 2.2.2.).

Aus dem **Wortlaut** des § 879 ABGB lässt sich kein Anhaltspunkt für die eine oder andere These entnehmen. Auch eine **historische Interpretation** ergibt kein klareres Bild, da auch der historische Gesetzgeber des ABGB nicht näher ausgeführt, was konkret unter den guten Sitten zu verstehen ist. Ebenso lässt sich aus dem **systematischen** Zusammenhang der Norm (17. Hauptstück „Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt“) keine Antwort auf die Frage gewinnen.

Letztlich ist somit nach dem telos der Norm zu fragen. Allen Auslegungsversuchen ist gemein, dass es sich immer um einen **groben, krassen oder fundamentalen Verstoß** handeln muss, um Sittenwidrigkeit und damit die Unerlaubtheit des jeweiligen Rechtsgeschäfts anzunehmen. Wie bereits in der Einleitung (Pkt 3.) erwähnt, ist nicht alles, was subjektiv als widrig empfunden wird, auch rechtswidrig iSd ABGB. Aus meiner Sicht kann die Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB daher mit einem **grob gestrickten Netz** verglichen werden, welches **nur außergewöhnliche Fälle der Unerlaubtheit** mit Nichtigkeit sanktioniert. Würde man jede geringe Widrigkeit mit Sittenwidrigkeit gleichsetzen, würde man damit die elementarsten Grundsätze von Privatautonomie und Rechtssicherheit konterkarieren. Die Intention des § 879 ABGB zielt ja schließlich darauf ab, die privatautonome Gestaltungsfreiheit nur insofern zu begrenzen, als sie „*mit der Werteordnung einer Rechtsgemeinschaft, die auch der gesamten Rechtsordnung zugrunde liegt, in* ***untragbarem Widerspruch*** *steht*.“[219]

Die Untragbarkeit eines solchen Widerspruchs zur Werteordnung kann mE aber nicht alleine dem rechtlichen Kontext und seinen Grundsätzen entspringen.

[219] *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 162.

Vielmehr ist eine Trennung von Recht und anderen (außerrechtlichen) Sollensanordnungen gar nicht möglich, sondern es besteht immer eine wechselseitige Beeinflussung mehrerer Systeme, da sich im positiven Recht grundlegende Wertvorstellungen der jeweiligen Zeit widerspiegeln. Entgegen der Meinung *Krejcis*, erfüllt die Generalklausel des ABGB mE nicht nur den Zweck andere Wertevorstellungen in die Rechtsordnung einfließen zu lassen, sondern vor allem auch den Sinn auf die geänderten Wertvorstellungen flexibel Rücksicht nehmen zu können (Transformationsfunktion). Was in früheren Zeiten als sittenwidrig galt, muss es heute nicht unbedingt noch sein. Zu denken ist dabei an gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften oder den Einsatz von Gentechnik[220] ua. Meiner Ansicht nach ist die Meinung *Mayer-Malys* auf das „*Anstandsgefühl von Hinz und Kunz*“[221] abzustellen, zu weit und unbestimmt, um den Begriff der guten Sitten zu erfassen. Vielmehr sind außerrechtliche Sollensanordnungen, im Sinne *Bydlinskis*, als Ergänzung und Erweiterung des positiven Rechts zu sehen. Die ethischen Werte („ethisches Minimum“) liegen mE auch der gesamten Rechtsordnung und damit auch dem Begriff der guten Sitten zugrunde.

Letztlich kann die Beantwortung der Frage nach den guten Sitten oder ihrer Verletzung mE immer nur eine Entscheidung des konkreten Einzelfalls bleiben.

[220] Vgl auch *Kiesel,* Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB, 55. *Kiesel* führt idZ auch Euthanasie als Beispiel an.
[221] *Mayer-Maly,* JBl 1991, 688.

Kapitel 4: Die arbeitsrechtliche Kündigung als einseitiges, negatives Rechtsgestaltungsgeschäft

4.1. Grundlagen der Rechtsgeschäftslehre

Die Privatrechtsordnung räumt dem einzelnen Individuum die Möglichkeit ein, seine rechtlichen Beziehungen weitgehend frei, nach eigenem Willen, zu gestalten (sog **Selbstbestimmung** bzw **Privatautonomie**). Als Mittel zur Selbstgestaltung rechtlicher Verhältnisse dient das **Rechtsgeschäft**, welches grundsätzlich aus übereinstimmenden Willenserklärungen besteht, *„die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind."*[222] Nach *Bydlinski* ist **rechtsgeschäftliche Privatautonomie** gekennzeichnet durch die Möglichkeit für jedermann, durch Erklärung seines Willens, bestimmte bindende Rechtsfolgen in Geltung zu setzen, auf die der erklärte Wille gerichtet ist.[223] Die gesetzlichen Grundlagen finden sich im 17. Hauptstück des ABGB („Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt").

Grundsätzlich kann jeder Mensch selbstbestimmt entscheiden, **ob** er einen Vertrag abschließen will, **mit wem** und mit **welchem Inhalt**. In diesem Zusammenhang wird von rein „**formaler Freiheit**"[224] oder **„negativer Freiheit**" gesprochen, dh vom Fehlen etwaiger Hindernisse, wie vorweg bestehenden Bindungen oder willensbeugendem Zwang. Es kann jedoch die Selbstbestimmung des Einzelnen insb bei starkem Informationsgefälle zwischen den Parteien oder bei Vorliegen einer Zwangslage stark beeinträchtigt sein. Aus diesem Grund wird von der Rechtsordnung durch entsprechende Regelungen dem Schutzbedürfnis des „Schwächeren" entsprochen (zB Verbraucherschutzbestimmungen des KSchG oder die Bestimmungen des Arbeitsrechts). Der Grad des Schutzbedürfnisses des Einzelnen ist umso größer, je **unausgewogener** der **Inhalt eines Vertrages** ist. Dieser rechtsgeschäftliche Grundgedanke der **Äquivalenzgewähr**[225] zeigt sich durch die Normierung von Tatbeständen wie zB dem Wuchertatbestand (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) oder der laesio enormis, dh der

[222] *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 96.
[223] Vgl *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 149.
[224] Vgl *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 158; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 95.
[225] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 90.

Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB), wodurch Fälle von „*krasser Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung“* hintangehalten werden sollen.[226]

Liegt der Erklärung eines Vertragsteils kein entsprechender Rechtsfolgewille zugrunde, so liegt trotz allem eine Willenserklärung vor, soweit der Erklärungsempfänger berechtigterweise auf den Erklärungstatbestand vertraut hat. Das grundlegende Prinzip des **Vertrauensschutzes** wirkt sich auch darin aus, dass selbst bei Vorliegen eines geeigneten Erklärungs- und Rechtsfolgewillens die Erklärung nicht so gilt, wie sie der Erklärende uU gemeint hat, sondern wie sie der redliche Erklärungsempfänger verstehen durfte bzw der konkrete Empfänger auch tatsächlich verstanden hat.[227] *Bydlinski*[228] beschreibt es als **Grundprinzip der „*Verkehrssicherheit*, *dh den Schutz von (auf Sorgfalt beruhendem, dem anderen zurechenbarem) Vertrauen*.“**

Die in einer Willenserklärung gewollten Rechtsfolgen werden von der Rechtsordnung deshalb anerkannt, weil sie gewollt sind. Als Wirksamkeitsvoraussetzung dafür ist jedoch ein **nach außen** tretender, „**geäußerter“ Wille** notwendig. Dies kann durch ausdrückliches (schriftliches oder mündliches) oder durch konkludentes (stillschweigendes oder schlüssiges) Verhalten geschehen.[229] Um rechtliche Wirkung zu entfalten, muss die Willenserklärung dem Adressaten auch zugehen, dh in die Sphäre des Empfängers gelangen.[230]

Dem Vertragsrecht (Rechtsgeschäftsrecht) liegt auch der Gedanke der **Vertragstreue (pacta servanda sunt)** zugrunde. Mit den Worten *Bydlinskis*[231] gesprochen, die „*Treue zum bewusst gegebenen Wort“* bzw der „*ethischen Kraft der Vertragstreue*“. Denn selbst wenn der ursprüngliche Vertrag später nicht mehr dem Willen eines Vertragsteils bzw dem Verpflichteten entspricht, muss der gültig zustande gekommene Vertrag trotzdem erfüllt werden.[232]

---

[226] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 95 mwN.
[227] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 97.
[228] *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 156.
[229] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 101.
[230] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 111.
[231] *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 157.
[232] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 98.

Neben den vier Grundprinzipien des Rechtsgeschäftsrechts (Privatautonomie, Äquivalenzgewähr, Vertrauensschutz und Vertragstreue), haben für *Bydlinski* auch die drei fundamentalen Rechtsgrundsätze des Persönlichkeitsschutzes, der Maximierung gleicher Freiheit und der Zweckmäßigkeit durch wirtschaftliche Effektivität, grundlegende Bedeutung. Soweit sich diese Grundsätze negativ (dh in Form eines Verbots) auswirken, lässt sich ihre Konkretisierung im Prinzip der Erlaubtheit zusammenfassen. **Regulativ** für **alle privatrechtlichen Rechtsgeschäfte** ist die Generalklausel des **§ 879 ABGB,** dh soweit ein Vertrag einem Gesetz widerspricht oder sittenwidrig ist, ist dieser rechtsunwirksam (**Prinzip der Erlaubtheit**).[233]

Grundsätzlich wird zwischen ein- und zweiseitigen Rechtsgeschäften unterschieden. Voraussetzung für das Zustandekommen eines zweiseitigen (mehrseitigen) Rechtsgeschäfts ist die Übereinstimmung der Willenserklärungen zweier (mehrerer) Parteien, während für einseitige Rechtsgeschäfte bereits die Willensäußerung einer Partei genügt.[234]

4.2. Besonderheiten des einseitigen (Gestaltungs-) Rechtsgeschäfts

Auf die grundsätzlichen Ausführungen zur Ausübung der Kündigungsbefugnis als **Rechtsgeschäft** an sich, wurde bereits unter Pkt 2.3.1. eingegangen („*Das Ergebnis der Ausübung der Kündigungsbefugnis, die Kündigung, ist Rechtsgeschäft.")* [235]. Im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Kündigungen, wird von einseitigem Gestaltungsrechtsgeschäft gesprochen. Diese Thematik soll nun kurz erörtert werden.

Soweit die Rechtsordnung nicht nur Verhaltenspflichten anordnet, sondern dem einzelnen **Rechtssubjekt** auch **konkrete Befugnisse** einräumt, spricht man von **subjektiven Rechten**. Trifft man eine Einteilung nach dem Inhalt dieser subjektiven Rechte, lassen sich Herrschafts-, Forderungs- und auch Gestaltungsrechte unterscheiden.[236] Nach Meinung *Bydlinskis* liegt das Wesen

[233] *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 164.
[234] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 113.
[235] *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/I[2] 177 f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 5.
[236] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 46: „*Herrschaftsrechte gewähren die Befugnis, auf ein bestimmtes Objekt unmittelbar einzuwirken und fremde Einflüsse auszuschließen"* (Bsp Eigentumsrecht). Unter Forderungsrechten (Ansprüchen) versteht man die Befugnis, von einer anderen Person ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu fordern.

des **Gestaltungsrechts** darin, dem Berechtigten die Macht zu verleihen, die gewünschten Rechtsfolgen herbeizuführen, **ohne** auf die **Mitwirkung anderer**, insb der von der Gestaltung betroffenen Personen, angewiesen zu sein.[237] Gestaltungsrechte versetzen den Berechtigten also in die Lage durch einen einseitigen Akt, eine Veränderung der vorhandenen Rechtslage herbeizuführen, dh durch **Ausübung des einseitigen Gestaltungsrechts** können also **Rechte** entstehen, erlöschen oder schlicht nur geändert werden.[238] Das Mittel zur Ausübung des Gestaltungsrechts ist die einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung.[239]

Die Privatrechtsordnung lässt somit nicht nur die autonome Gestaltung der eigenen rechtlichen Beziehungen zur Umwelt zu, sondern erlaubt **kraft gesetzlicher** oder **vertraglicher Ermächtigung**, im Rahmen der Gestaltungsrechte, die **Befugnis zum Eingriff in eine fremde Sphäre,**[240] dh die Kündigungsbefugnis muss sich auf eine gesetzliche oder vertragliche Grundlage stützen. Für arbeitsrechtliche Kündigungen normiert der Gesetzgeber diese **Eingriffsbefugnis** in § 20 AngG, § 77 GewO 1859 und § 1158 ff ABGB.

Anders verhält es sich bei anderen einseitigen Rechtsgeschäften, wie der Auslobung, der Erteilung von Vertretungsmacht oder der letztwilligen Verfügung. Diese Formen des einseitigen Rechtsgeschäfts **greifen nicht in den Güterstand** einer anderen Person ein. Gem §§ 860 ff ABGB ist die **Auslobung** eine nicht an bestimmte Personen gerichtete Zusage einer Belohnung für eine Leistung oder einen Erfolg, die durch die öffentliche Bekanntmachung verbindlich wird. Hier kann sich der Vertragspartner entscheiden, ob er diese Leistung (den Erfolg) erbringen will oder nicht. Genauso verhält es sich bei rechtsgeschäftlicher **Erteilung von Vertretungsmacht,** dh die Erteilung der Befugnis, wirksam im Namen eines anderen zu handeln (§§ 1002 ff ABGB). Auch hier obliegt es dem Willen der betroffenen Person, diese Befugnis anzunehmen und zu nützen. Ebenso berühren **letztwillige Verfügungen** von Todes wegen, wie die Errichtung eines Testament oder Kodizills (§ 553 ABGB) als einseitige Anordnungen des Erblassers, nicht die

[237] *Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 6.
[238] Vgl *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 7; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 47.
[239] Vgl *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung 9.
[240] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 113.

Rechtsstellung einer anderen Person.[241] Allen diesen einseitigen Rechtsgeschäften ist gemein, dass sie der Kontrolle der guten Sitten § 879 ABGB unterliegen. So kommt bei sittlich anstößigen Verfügungen von Todes wegen ebenso § 879 ABGB zur Anwendung.[242] Die Ungültigkeit ergibt sich hier nicht nur aus dem Zweck, sondern insb aus den Beweggründen.[243]

Im Unterschied dazu berührt die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, wie dem Arbeitsvertrag, jedenfalls die **Rechtsstellung des Vertragspartners** (Arbeitnehmers). Die Wirksamkeit des Kündigungsrechts gründet sich daher, wie obig ausgeführt, auf ein Gesetz oder eine entsprechende vertragliche Vereinbarung.[244]

Während bei zweiseitigen Rechtsgeschäften (zB Kaufvertrag) die gegenseitige Willensübereinstimmung der Parteien eine gewisse **Äquivalenzgewähr** iSv Richtigkeitsgewähr für den Vertrag bietet, so ist gerade bei einseitigen Rechtsgestaltungsgeschäften, auf die objektive Interessenlage umso mehr Rücksicht zu nehmen, da der **Betroffene** eben **nicht durch seinen Willen unmittelbar beteiligt** ist. Hier finden die Vertragsmechanismen, iSv Übereinstimmung gegenseitiger Interessen, keine Anwendung. Die Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts gleicht vielmehr einem Akt der **Unterwerfung** des Gestaltungsgegners. [245] Insb bei Kündigungen, die einen der massivsten einseitigen Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre bedeuten, ist nach Ansicht von *Strasser* eine derartige Interessenwertung daher gerade hier vorzunehmen.[246] Es stellt sich also die Frage nach der **Grenze der Gestaltungsausübung** an sich. Betreffend die Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers sind vor allem die Normen des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens und des allgemeinen Kündigungsschutzes iSd § 105 ArbVG einzuhalten. Außerhalb des Anwendungsbereichs des ArbVG bilden die Regelungen des individuellen und besonderen Bestandsschutzes, insb in Hinblick auf die Umgehung von Diskriminierungsverboten[247], eine Grenze des Gestaltungsrechts. Soweit die

[241] Vgl *Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 480.
[242] Vgl *Welser*, BR II[13], 490.
[243] Vgl *Gschnitzer/Faistenberger*, Österreichisches Erbrecht[2] (1983) 36.
[244] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 113; *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung 13.
[245] Vgl *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung 12; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 47.
[246] Vgl dazu auch *Strasser* zur deutschen Sittenwidrigkeitsdogmatik, DRdA 1958, 64.
[247] Vgl *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung 331.

Kündigungserklärung aufgrund des zugrunde liegenden Motivs den Bereich der Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB berührt, stellt die Generalklausel ebenso ein **Regulativ** für die Kündigungsbefugnis **(Prinzip der Erlaubtheit)** dar.[248] Mit den konkreten Anwendungsfällen dieser Grenzen beschäftigt sich Teil II dieser Arbeit.

4.3. Die arbeitsrechtliche Kündigung als negatives Rechtsgestaltungsgeschäft

Anders als ein Zielschuldverhältnis, geht der Arbeitsvertrag als **Dauerschuldverhältnis** grundsätzlich nicht mit der Erfüllung unter. „*Der Schuldner hat so lange die Erfüllung vorzunehmen, als das Schuldverhältnis andauert, insb hat der Arbeitnehmer seine Arbeit so lange zu leisten, solange das Arbeitsverhältnis besteht*."[249] Zur Auflösung von Dauerschuldverhältnissen bedarf es daher **besonderer Beendigungsarten**. Neben der einvernehmlichen Auflösung als **zweiseitigem Aufhebungsvertrag**, kann das Arbeitsverhältnis auch durch **einseitige** Rechtsgeschäfte (vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund, Kündigung) aufgelöst werden. „*Eine solche* (einseitige) *Beendigungsart ist allen **Dauerschuldverhältnissen immanent** und muss nicht gesondert vereinbart werden.*"[250]

Tomandl beschreibt es mit den Worten: *„Es gehört (…) zum Wesen des unbefristeten Arbeitsvertrages, dass jeder Vertragspartner damit rechnen muss, die Gegenseite könnte den nächstmöglichen Termin zur Kündigung wahrnehmen. Es besteht daher kein durch die Rechtsordnung geschütztes Vertrauen darauf,*

[248] Vgl *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 164: Neben den vier Grundprinzipien des Rechtsgeschäftsrechts (Privatautonomie, Äquivalenzgewähr, Vertrauensschutz und Vertragstreue), haben für *Bydlinski* auch die drei fundamentalen Rechtsgrundsätze des Persönlichkeitsschutzes, der Maximierung gleicher Freiheit und der Zweckmäßigkeit durch wirtschaftliche Effektivität, grundlegende Bedeutung. Soweit sich diese Grundsätze negativ, dh in Form eines Verbots auswirken, lässt sich ihre Konkretisierung im Prinzip der Erlaubtheit zusammenfassen.

[249] *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR I[4], 351.

[250] *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR I[4], 352: *„Die Intention des Gesetzgebers diese leichte Form der Lösbarkeit zu wählen, liegt darin, dass lang dauernde vertragliche Bindungen nachträglich leicht für einen der beiden Vertragspartner nachteilig werden könnten. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sind für die Vertragsparteien nicht alle* zukünftigen Entwicklungen der Umstände vorhersehbar."; vgl auch *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 612: „*Maßgebend dafür ist die Erwägung des Gesetzgebers, dass es im privaten Vermögensrecht keine immerwährende vertragliche Bindung geben soll."*

dass der unbefristete Arbeitsvertrag länger als bis zum jeweils nächsten Kündigungstermin dauern wird."[251]

Grundsätzlich ist die Ausübung des Kündigungsrechts, wie generell alle privaten Rechtsgeschäfte, an **keine spezielle Form** gebunden, um rechtsgestaltende Wirkung zu entfalten. Sie kann sowohl schriftlich als auch mündlich erklärt werden und auch konkludente Handlungen iSd § 863 ABGB können als Kündigung angesehen werden. Hinsichtlich der **Formfreiheit** bestehen jedoch einzelne gesetzliche Ausnahmen**.**[252] Soweit der Arbeitgeber sein Gestaltungsrecht ausübt und die Kündigung erklärt, muss diese Willenserklärung den Erfordernissen der **Klarheit und Bestimmtheit** entsprechen, dh der Wille, das Dienstverhältnis beenden zu wollen, muss für den Erklärungsempfänger **zweifelsfrei** zum Ausdruck kommen.[253]

Gestaltungsrechte können auch nach ihren **Auswirkungen auf das Rechtsverhältnis** unterschieden werden. Neben rechtserzeugenden Gestaltungsrechten (Begründungsrechte) und rechtsändernden Gestaltungsrechten (Änderungsrechte), verfolgt die Kündigung das klare Ziel der Beendigung bzw Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Aufgrund des Auflösungszwecks, wird sie damit den **rechtsvernichtenden, weil negativ wirkenden, Gestaltungsrechten** (Aufhebungs- und Vernichtungsrechte) zugeordnet.[254]

§ 879 ABGB spricht in Abs 1 von Verträgen, dh die Unerlaubtheit der Generalklausel erstreckt sich textlich primär auf die **Bindung von Vertragspartnern** (s Pkt 2.1.), nicht jedoch auf die Lösung. Durch die Normierung der Guten-Sitten-Klausel verfolgt der Gesetzgeber allerdings **insgesamt** das Ziel, **missbräuchliche, die Grundsätze der Rechtsordnung missachtende, privatautonome Rechtsgestaltung zu verhindern**. Da es sich bei der arbeitsrechtlichen Kündigung, wie oben dargelegt, um die Ausübung eines Gestaltungsrechtsgeschäfts mit dem Ziel der Auflösung von Arbeitsverhältnissen handelt, findet die Generalklausel damit auch auf Kündigungen Anwendung.

[251] *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 230.
[252] Vgl § 32 Abs1 VBG, § 19 GAngG, § 25 Abs 3 TAG.
[253] Vgl *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 614.
[254] Vgl *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung 13.

Verstößt also die Kündigungserklärung gegen § 879 Abs 1 ABGB ist sie ebenso mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit bedroht.

4.4. Zusammenfassung – Die Kündigung als einseitiges, negatives Rechtsgestaltungsgeschäft

Die arbeitsrechtliche Kündigung ist ein **Rechtsgeschäft**. Als Ausfluss des Kündigungsrechts gehört die Kündigung zu den sog Gestaltungsrechten. Die Besonderheit des **Gestaltungsrechts** besteht vor allem darin, dass der Gestaltungsberechtigte die Möglichkeit besitzt, von ihm gewünschten Rechtsfolgen durch einseitigen Akt herbeizuführen, **ohne** auf die **Mitwirkung anderer Personen** angewiesen zu sein.
Im Gegensatz zu anderen einseitigen Rechtsgeschäften, wie der letztwilligen Verfügung, der Auslobung oder der Erteilung von Vertretungsmacht, gestaltet die Kündigung nicht nur die eigenen rechtlichen Beziehungen zur Umwelt, sondern greift in den Güterstand des Erklärungsempfängers (des betroffenen Arbeitnehmers) ein. Als Grundlage dieser Eingriffsbefugnis ist daher eine **gesetzliche oder vertragliche Ermächtigung** erforderlich. Für arbeitsrechtliche Kündigungen ist diese **Eingriffsbefugnis** in § 20 AngG, § 77 GewO 1859 und § 1158 ff ABGB positiviert.

Charakteristikum des Gestaltungsrechts ist die Ausübung durch einseitige **Willenserklärung**, die, im Gegensatz zu zweiseitigen Rechtsgeschäften, nicht vom Willen beider Vertragsparteien getragen ist und damit auch **nicht** in vollem Umfang **Äquivalenzgewähr** iSv Richtigkeitsgewähr des Rechtsgeschäfts bieten kann. Es bedarf daher anderer **Regulative** um das Gleichgewicht wieder herzustellen, da der Gegner des Gestaltungsberechtigten[255] nicht durch seinen Willen beteiligt ist. Darunter sind insb die Bestimmungen des Bestandsschutzes und letztlich auch die Generalklausel des § 879 ABGB zu verstehen.

Ziel und Zweck der arbeitsrechtlichen Kündigung ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sie zählt damit zu den **rechtsvernichtenden, weil negativ wirkenden, Gestaltungsrechten.** Trotz der Wortwahl „Vertrag“ in § 879 ABGB, erstreckt sich die Anwendbarkeit der Guten-Sitten-Klausel nicht nur auf

[255] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 46.

Rechtsgeschäfte, die eine Bindung der Vertragspartner bezwecken, sondern ebenso auf Rechtsgeschäfte zum Zweck der Auflösung von Vertragsverhältnissen, dh auch auf die Kündigung. Denn die Intention des historischen Gesetzgebers liegt letztlich darin, grundsätzlich **jede missbräuchliche**, die Grundsätze der Rechtsordnung missachtende, **privatautonome Rechtsgestaltung zu verhindern.**

Kapitel 5: Exkurs: Anregungen aus dem deutschen Arbeitsrecht

5.1. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit soll auch ein knapper Überblick über die deutsche Rechtslage gegeben werden. Das deutsche Kündigungsrecht, das vor allem die Unterscheidung in sozial ungerechtfertigte bzw sittenwidrige Kündigung trifft, wird im Folgenden näher betrachtet, um etwaige Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum österreichischen Recht aufzuzeigen. Außerdem können aus dem Rechtsvergleich wichtige Denkanstöße zur Lösung des hier interessierenden Problems gewonnen werden.

5.2. Rechtliche Grundlagen

Das deutsche Arbeitsrecht geht, ebenso wie das österreichische Recht, vom Arbeitsvertrag als **Dauerschuldverhältnis** aus, welches nicht durch einmaligen Austausch der Leistungen sein Ende findet. Zur **Beendigung** bedarf es daher entweder einer zweiseitigen **Abrede** (Befristung, Bedingung oder Aufhebungsvertrag) oder der **einseitigen** Ausübung eines **Gestaltungsrechts** (Kündigung, Anfechtung, Lossagung, etc). Daneben bestehen noch sonstige Gründe, wie die gerichtliche Auflösung oder der Tod des Arbeitnehmers.[256] Beim häufigsten Beendigungstatbestand, der **Kündigung**, wird anders als in Österreich **terminologisch** zwischen der **ordentlichen** und **außerordentlichen** Kündigung unterschieden.[257] Auch in der deutschen Rechtsordnung wird die Kündigung als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung qualifiziert, mit dem Ziel der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Kündigungserklärung entfaltet demnach ebenso negative **Rechtsgestaltungswirkung.**

Die Wirksamkeit der **außerordentlichen Kündigung** setzt gem **§ 626 Abs 1 BGB** voraus, dass dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung weiterzuführen („**fristlose Kündigung**“).[258] Voraussetzung dafür ist

[256] Vgl *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch[14] (2011) § 121 Rz 1ff.
[257] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 123 Rz 4; *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 1.
[258] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 127 Rz 40; *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 37.

ein **wichtiger Grund.** Sie ist damit mit der Entlassung bzw dem Austritt im österreichischen Arbeitsrecht gleichzusetzen. Bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung hat der Arbeitgeber **auf Verlangen des Arbeitnehmers** den **Kündigungsgrund** unverzüglich **bekanntzugeben** (§ 626 Abs 2 Satz 3 BGB).

Unter der **ordentlichen Kündigung** versteht man regelmäßig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung eines Kündigungstermins und einer gesetzlichen, tariflichen oder arbeitsvertraglichen Frist **(fristgemäße Kündigung).**[259] Grundsätzlich ist auch die ordentliche Kündigung ohne Angabe eines Grundes wirksam.[260] Dadurch unterscheidet sich das deutsche Arbeitsrecht nicht wesentlich von den österreichischen Bestimmungen.

Allgemeine **Voraussetzung** für die Wirksamkeit **jeder Kündigung** ist jedoch, im Gegensatz zum österreichischen Recht, immer die **Schriftform** iSd § 623 BGB.[261]

5.2.1. Kündigungsschutz des dKSchG

Ähnlich den österreichischen Bestimmungen zum Kündigungsschutz, wird im deutschen Recht der **allgemeine Bestandsschutz** im Rahmen des **dKSchG**[262] geregelt, dem auch ein Großteil der Arbeitnehmer unterliegt. Historisch betrachtet war der allgemeine Kündigungsschutz noch **bis 1951** im deutschen **Betriebsverfassungsgesetz** verankert und ist erst durch die Einführung des dKSchG verselbständigt worden.[263] Jedoch unterliegen nicht alle Arbeitnehmer uneingeschränkt dem Anwendungsbereich des **dKSchG**. Vielmehr sind vom **persönlichen Geltungsbereich** nur jene Arbeitnehmer erfasst, deren Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen, ohne Unterbrechung

[259] *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 37; vgl auch „entfristete Kündigung“ gem § 622 Abs 4 und 5 BGB.
[260] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 123 Rz 66f. Neben individualvertraglicher oder kollektivvertraglicher Vereinbarung einer Begründungspflicht, besteht eine solche vor allem im besonderen Bestandsschutz. Vgl § 9 Abs 3 2. Satz MuSchG und § 15 Abs 3 BBiG; *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 47.
[261] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 123 Rz 56 u 58: Die Kündigung unterliegt seit 1.5.2000 nach § 623 BGB der Schriftform. Bis dahin war eine Kündigungserklärung auch formfrei möglich. Ziel dieser Gesetzesänderung war mehr Rechtssicherheit. Vgl auch Voraussetzung der Schriftform bei besonderen Kündigungsschutztatbeständen in § 15 Abs 3 BBiG, § 9 Abs 3 Satz 2 MuSchG, § 62 Abs 1 SeemG.
[262] Deutsches Kündigungsschutzgesetz 10.8.1951, BGBl I 1951/499.
[263] *Floretta*, ÖJZ 1953, 311.

länger als **sechs Monate** bestanden hat (**Wartezeit** gem § 1 Abs 1 dKSchG). Die Regelungen des dKSchG gelten gem § 14 Abs 2 leg cit zwar grundsätzlich auch für Betriebsleiter, angestellte Geschäftsführer und ähnliche **leitende Angestellte**, soweit diese zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind. Für sie gilt allerdings nur ein sog Abfindungsschutz, nicht hingegen die Kündigungsschutzbestimmungen selbst.[264]

Ebenso wie im österreichischen Arbeitsrecht, gilt das dKSchG gem **§ 23** leg cit **nicht für Kleinstbetriebe,** wobei darunter jene Unternehmen zu verstehen sind, die idR zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigen (**betrieblicher Anwendungsbereich**).[265] Das ArbVG setzt im Vergleich dazu die Grenze für Kleinstbetriebe bereits bei Unternehmen mit weniger als fünf Arbeitnehmern an (§ 40 ArbVG).

Ein Unterschied zum dKSchG besteht im **Fehlen von Motivkündigungstatbeständen**, wie das ArbVG (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) sie kennt. Das **dKSchG** spricht in § 1 leg cit ausschließlich von der **sozial ungerechtfertigten Kündigung**. Danach sind arbeitsrechtliche Kündigungen dann sozial nicht gerechtfertigt und damit **rechtsunwirksam**, soweit sie nicht durch Gründe, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, bedingt sind (§ 1 Abs 2 dKSchG). Soweit ein Arbeitsverhältnis dem Anwendungsbereich des dKSchG unterliegt, ist somit zur Wirksamkeit der Kündigung ein **Kündigungsgrund** gem **§ 1 Abs 2 dKSchG** erforderlich.[266] Durch diese normative **Begründungspflicht** ist die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers weitgehend eingeschränkt. Die Regelung entspricht materiell-rechtlich insofern der sozialwidrigen Kündigung iSd § 105 Abs § Z 2 ArbVG, da auch das dKSchG die Wirksamkeit der Kündigung vom Vorliegen

[264] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 140. Das Arbeitsverhältnis eines leitenden Angestellten kann auf Antrag des Arbeitgebers gegen die Zahlung einer Geldsumme und ohne Angabe einer Begründung aufgelöst werden.

[265] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 140: Die Intention dahinter liegt in der fehlenden finanziellen und personellen Ausstattung von Kleinstbetrieben zur Führung von Prozessen und Zahlung von teuren Abfindungen sowie in der engen persönlichen Zusammenarbeit in solchen Unternehmen.

[266] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 48 mwN; vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 123 Rz 66.

spezieller (personen- und betriebsbedingter) Rechtfertigungsgründe abhängig macht und hier ebenso eine Abwägung der Parteieninteressen vorzunehmen ist.

Für ***Floretta***[267] zeigt sich allerdings hier ein deutlicher **Wertungsunterschied**. Für das **dKSchG** ist die **Kündigung stets sozial ungerechtfertigt**, während in **Österreich** die Kündigung erst dann **sozialwidrig** ist, **wenn** sie für den Arbeitnehmer eine **soziale Härte** bedeutet, dh eine wesentliche Interessensbeeinträchtigung[268] vorliegt und in den Betriebsverhältnissen nicht begründet ist. Im Gegensatz zum österreichischen ArbVG, kennt das deutsche KSchG den Begriff der „wesentlichen Interessenbeeinträchtigung" nicht.

Die **prozessuale** Abwicklung erfolgt im sog **Kündigungsschutzprozess,** da sich der Bestandsschutz des dKSchG nur im Wege einer Klage verwirklichen lässt. Die **Prozesslast** trägt hier der **Arbeitnehmer**, der die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung nachträglich gerichtlich, mittels **Kündigungsschutzklage**, überprüfen lassen kann.

So muss der betroffene Arbeitnehmer binnen einer **Frist** von **drei Wochen** ab Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht **Feststellungsklage** erheben mit dem Antrag, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist **(§§ 4, 13 Abs 1 Satz 2 dKSchG**). Die Kündigungsschutzklage ist somit keine Rechtsgestaltungsklage, sondern eine Form der Feststellungsklage.[269] Macht der betroffene Arbeitnehmer von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so gilt die Kündigung als von Anfang an wirksam (§ 7 dKSchG).[270] Zutreffend schreibt ***Floretta*** „***Im deutschen Recht liegt eine unwirksame, wenn auch heilbare, im österreichischen Recht eine wirksame, wenn auch anfechtbare Kündigung vor.***"[271]

Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass die **Klagsfrist** von **drei Wochen** gem § 4 dKSchG grundsätzlich **für alle Arbeitnehmer** Gültigkeit hat. Sie gilt für ordentliche, außerordentliche, Änderungs- und Beendigungskündigungen. Die Frist ist auch grundsätzlich dann einzuhalten, wenn es sich um „**andere Gründe**"

[267] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I^3 § 10 Rz 296.
[268] *Floretta*, ÖJZ 1953, 313.
[269] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar IV^5 (2009) § 4 KSchG, Rz 15.
[270] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I^3 § 10 Rz 297.
[271] *Floretta,* ÖJZ 1953, 313.

handelt, die die Kündigung rechtsunwirksam machen.[272] Sie gilt damit auch für Personen, die dem **Kündigungsschutz des dKSchG nicht unterliegen,** dh auch für Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben oder solche, deren sechsmonatige Wartefrist noch nicht abgelaufen ist.[273] Die Klagefrist gem § 4 dKSchG ist eine **materiell-rechtliche Ausschlussfrist,** dh eine verspätete Klage ist somit als unbegründet abzuweisen. Versäumt der betroffene Arbeitnehmer die Frist (**Präklusionsfrist**), gilt die Kündigung von Beginn an als rechtswirksam. Dies gilt auch für andere Gründe von Rechtsunwirksamkeit.[274] Interessant in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass auch Mängel der Nichtigkeit durch **Versäumung der Klagefrist** iSd § 4 dKSchG heilen, dh auch die Kündigung aus sittenwidrigen Motiven iSd § 13 Abs 2 dKSchG iVm § 138 BGB.

Eine weitere prozessuale Besonderheit des deutschen Rechts liegt darin, dass die **Darlegungs- und Beweislast** für die persönliche und betriebliche Anwendbarkeit des dKSchG den Arbeitnehmer trifft, wobei allerdings an die Darlegungslast keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind.[275] Vor allem aber hat der Arbeitgeber die **Kündigungsgründe** nicht nur darzulegen, sondern auch gegebenenfalls **zu beweisen**.[276] Im österreichischen Arbeitsrecht obliegt es dem Arbeitnehmer die Interessenbeeinträchtigung nachzuweisen.[277]

5.2.2. Die Sittenwidrigkeit iSd § 138 BGB

Die guten Sitten sind im deutschen Recht in **§ 138 BGB**, ähnlich wie in der österreichischen Rechtsordnung, in zwei Tatbeständen geregelt. In **Abs 1 leg cit** wird die **Generalklausel** der Sittenwidrigkeit normiert*: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig*. **Abs 2 leg cit** zählt **spezielle Fälle** von **sittenwidrigen Rechtsgeschäften** iSd Abs 1 auf. „*Nichtig ist insb ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen*

[272] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar IV[5] § 4 KSchG, Rz 1; *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 138 Rz 5.
[273] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 298.
[274] *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 306f.
[275] BAG 9.9.1982, EzA § 611 BGB, Arbeitnehmer-Begriff Nr. 1; vgl auch *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 150.
[276] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 133.
[277] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 236.

Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffallenden Missverhältnis zur Leistung stehen." Damit entspricht diese Bestimmung des BGB im Wesentlichen der Wucherregelung des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB. *„Insb sind folgende Verträge nichtig, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnisse steht*." Darüber hinaus zählt § 879 ABGB vier weitere Fälle auf, die vom Gesetzgeber als grobe Verletzung der guten Sitten angesehen werden (s Kap 3).

Ob Sittenwidrigkeit iSd § 138 BGB vorliegt, ist eine revisible **Rechtsfrage**. Damit ergibt sich eine Parallele zum österreichischen Recht, da auch hier die Feststellung der Verletzung der guten Sitten als **Rechts- und nicht als Tatfrage** angesehen wird.[278]

Die guten Sitten sind auch nach deutscher Rechtslage ein unbestimmter, der **Konkretisierung bedürftiger** und fähiger Rechtsbegriff.[279] Nach stRsp des BAG, ist eine Kündigung dann sittenwidrig, wenn sie **grob** gegen das **Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden** verstößt.[280] Die Diktion erinnert an die österreichische Formulierung vom **Rechtsgefühl** aller billig und gerecht Denkenden, wobei die Formulierung des **OGH** mehr Objektivität erkennen lässt. Auch in der deutschen Rsp finden sich formelhafte Erklärungen, die vorerst keine genaue Auskunft darüber geben, was denn nun genau unter den guten Sitten zu verstehen ist.

Nach ***Mayer-Maly*** liegt der Hauptzweck des § 138 BGB darin, die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die **für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich** sind, weil sie von ihren **ethischen Grundlagen** abweichen. Insofern stellt die Regelung auch eine Handhabe gegen die missbräuchliche Ausübung der

[278] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 49; *Zimbler,* JBl 1928, 389.
[279] Vgl *Armbrüster* in Münchner Kommentar I/I[5] (2006) § 138 BGB, Rz 11; *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] (2007), § 138 BGB, Rz 15.
[280] BAG 19.7.1973, AP Nr 32 zu § 138 BGB; BAG 16.2.1989, EzA § 138 BGB Nr 23; vgl auch *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 70.

Privatautonomie dar.[281] Nach Meinung von *Mayer-Maly* kann als Maßstab für die guten Sitten **nicht alleine** das **geltende Recht** herangezogen werden, sondern auch **außerrechtliche Sollensanordnungen**, wie die Ethik oder die Moral. Ein Großteil der deutschen Lehre vertritt ebenfalls die Auffassung, dass die guten Sitten auf Moral und Sittlichkeit, dh auf andere außerrechtliche Sollensanordnungen verweisen. Darunter sind jedoch nicht die Sitten im gesinnungsethischen Sinn zu verstehen, denn moralisch-sittliches Verhalten kann auch durch gesetzliche Regelungen nicht erzwungen werden. Gemeint ist damit vielmehr die gelebte, anerkannte, allgemeine, auf das äußere Verhalten der Menschen sich beziehende **Rechts- und Sozialmoral**. Im Bereich der guten Sitten soll kein Wesensunterschied zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Sollensanordnungen bestehen. Es findet sich oft die Formulierung, dass § 138 BGB die Einhaltung eines „**ethischen Minimums**" verlangt. Denn auch in einer pluralistischen Gesellschaft bestünde ein Minimum an gemeinsamer Wertung, ohne die keine Rechtsgemeinschaft zu bestehen vermag.[282]

Demgegenüber bezeichnet ***Ahrens***[283] die Formulierung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden der Rsp als irreführend, weil weder auf das Gefühl, noch auf einen indifferenten Personenkreis abzustellen ist. Seiner Ansicht nach eröffnet diese Formel Missbrauchsmöglichkeiten und verweist auf die Gleichstellung der guten Sitten mit der nationalsozialistischen Weltanschauung im Dritten Reich. Zur Auslegung der guten Sitten ist ein rein **objektiver Maßstab** anzulegen. Die Grundsätze allgemeiner **Sittlichkeit und Moral** sind dazu **nicht geeignet**. Nach Ansicht von *Ahrens* ist auf grundlegende Wertvorstellungen abzustellen, die sowohl rechtliche als auch außerrechtliche Prinzipien umfassen. Im Konfliktfall ist den rechtlichen Regelungen der Vorrang zu geben[284], sozial-ethischen Prinzipien ist hingegen lediglich eine Ergänzungsfunktion beizumessen.[285]

[281] *Mayer-Maly*, Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 1.
[282] Vgl *Mayer-Maly*, Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 11.
[283] Vgl *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 15.
[284] Vgl *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 16.
[285] Vgl *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 21.

Große Bedeutung für die Auslegung der guten Sitten kommt, neben der in den **Grundrechten** niedergelegten Wertordnung des Grundgesetzes, auch dem **Menschenrechtskatalog** der EMRK sowie den Grundfreiheiten des EGV zu.[286]

In der Literatur wird, wie auch im österreichischen Recht, den guten Sitten der **Zweck** der **Elimination** und der **Abschreckung** zuerkannt, die auf die einzelnen Beteiligten des Rechtsgeschäfts zielen. In Hinblick auf die Gesamtrechtsordnung kommt dem § 138 BGB eine **Rezeptions- und Legitimationsfunktion** zu. Auch wird durch § 138 BGB die Veränderung von sozialen Wertvorstellungen berücksichtigt (**Transformationsfunktion**).[287]

Als **Rechtsfolge** normiert § 138 BGB die **Nichtigkeit** des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts. Darunter sind alle Rechtsgeschäfte des Privatrechts zu verstehen, einschließlich aller Rechtsakte, mit denen ein Gestaltungsrecht ausgeübt wird. Somit auch die arbeitsrechtliche Kündigung.[288] Anders als im österreichischen Recht gilt grundsätzlich die Nichtigkeit **uneingeschränkt,** dh von Anfang an (**ex-tunc**) und insgesamt, dh unabhängig von einem speziellen Normzweckvorbehalt **(absolute Nichtigkeit**). Der Sittenverstoß macht das Rechtsgeschäft zur Gänze nichtig (**Alles-oder-Nichts-Prinzip**).[289] *„Auch soll die missbilligte privatautonome Regelung nicht durch richterliche Gestaltung ersetzt werden."*[290] Die Nichtigkeit iSd § 138 BGB wirkt **gegenüber jedermann**, seien es die Vertragspartner oder auch am Vertrag nicht beteiligte Dritte und ist vom **Amts wegen** wahrzunehmen.[291]

Obwohl der Wortlaut des § 138 BGB eher für die Annahme einer gänzlichen Nichtigkeit ex-tunc des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts spricht, setzt sich in letzter Zeit jedoch zunehmend die **Meinung**[292] durch, die Art der **Sanktion** vom jeweiligen **Normzweck** der verletzten Sittennorm **abhängig** zu machen, dh

[286] Vgl *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 17.
[287] Vgl *Mayer-Maly* , Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 2f.
[288] *Mayer-Maly*, Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 9 u Rz 130; *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 13;
[289] *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Kommentar II (2012) § 138 Rz 107ff.
[290] *Mayer-Maly*, Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 133 u Rz 138; Teilweise besteht die Tendenz der deutschen Rsp zur Anerkennung der relativen Nichtigkeit bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen.
[291] *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 40; vgl *Mayer-Maly*, Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 130; *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 138 Rz 109.
[292] *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 138 Rz 110 ff.

„*Nichtig ist ein sittenwidriges Rechtsgeschäft nur dann, wenn und soweit dies dem Normzweck der verletzten Sittennorm entspricht.“* So sind sittenwidrige Arbeitsverträge oder andere Dauerschuldverhältnisse, wie beispielsweise lange zeitliche Bindungen bei Bierlieferungsverträgen, Automatenaufstellverträgen sowie Geschäftsführerverträgen nicht insgesamt und daher von Anfang an nichtig. Vielmehr entspricht es dem Normzweck der verletzten Sittennorm, die Nichtigkeit erst nach Ablauf der üblichen und höchstzulässigen Laufzeit anzunehmen und mit Wirkung ex-nunc anzunehmen. Auch wird verstärkt eine **quantitative Teilnichtigkeit** bzw eine **geltungserhaltende Reduktion**[293], entsprechend dem Normzweck angenommen, so beispielsweise bei sittenwidrigen testamentarischen Zuwendungen an eine Geliebte. Die Höhe der Zuwendung, die der Erblasser hätte testamentarisch rechtswirksam anordnen können, bleibt wirksam. Teilnichtigkeit wird in diesem Fall nur für den „überschießenden“ Teil der Zuwendung angenommen.

Im Unterschied dazu unterscheidet die österreichische Judikatur und Literatur zwischen absoluter und relativer (bzw geltend zu machender) Nichtigkeit, abhängig vom jeweiligen Zweck der Verbotsnorm bzw dem Grund der Sittenwidrigkeit eines Vertrages.

Für die **Beweislast** gilt, dass jede Partei die Umstände für die Frage der Sittenwidrigkeit darzutun und zu beweisen hat. Wer die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts behauptet, trägt die Beweislast für die objektiven und subjektiven Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, wobei an die subjektiven Voraussetzungen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden.[294]

5.3. Die sittenwidrige Kündigung im deutschen Recht

Das deutsche Arbeitsrecht normiert, ebenso wie die österreichische Rechtsordnung, spezielle **Kündigungsbeschränkungen**. Eine Kündigung muss daher grundsätzlich zulässig sein, um wirksam zu werden.[295] Nach herrschender Rsp und Lehre kann sie aber, wie jedes andere Rechtsgeschäft, **auch gegen die**

[293] *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 138 Rz 110 ff u 124ff.
[294] Vgl *Ahrens* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar[2] § 138 Rz 65; *Armbrüster* in Münchner Kommentar I/I[5] § 138 BGB, Rz 156; vgl auch *Mayer-Maly*, Münchner Kommentar I[3] § 138 BGB, Rz 130.
[295] Vgl *Oetker* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 620 BGB, Rz 148.

guten Sitten verstoßen und damit rechtsunwirksam sein.[296] Die Anwendung des § 138 BGB auf arbeitsrechtliche Kündigungen wurde durch das RAG schon früh anerkannt, wobei vorerst nur schadenersatzrechtliche Ansprüche zuerkannt wurden. Vor Inkrafttreten des dKSchG griff die Judikatur, bei der Beurteilung arbeitsrechtlicher Kündigungen, verstärkt auf die Generalklauseln des BGB zurück.[297] Anders als in Österreich, wird durch die Regelung des **§ 13 Abs 2 dKSchG** die Möglichkeit einer **sittenwidrigen Kündigung** durch den Gesetzgeber **ausdrücklich anerkannt**.[298] Wie im historischen Teil bereits ausgeführt, sah auch der Ministerialentwurf zum österreichischen ArbVG 1974[299] neben der Anfechtbarkeit, die Nichtigkeit von Kündigungen vor, soweit sie gegen die guten Sitten verstoßen. Diese Formulierung wurde jedoch in der Folge wieder fallen gelassen.

5.3.1. Judikatur zur sittenwidrigen Kündigung

Nach **stRsp des BAG**[300] erreicht auch eine Kündigung dann die Grenzen der Sittenwidrigkeit, „*wenn sie **grob** gegen das **Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden** verstößt*. In einem anderen Urteil sprach das BAG[301] aus: "*Nicht jede Kündigung, die im Falle der Anwendbarkeit des **KSchG** als **sozialwidrig** beurteilt werden müsste, ist deshalb schon **sittenwidrig**. **§ 138 BGB verlangt die Einhaltung eines „ethischen Minimums"**. Der **schwere Vorwurf der Sittenwidrigkeit** kann daher nur in besonders **krassen Fällen** erhoben werden. Das ist zB dann anzunehmen, wenn die **Kündigung auf einem verwerflichen Motiv** des Kündigenden, wie zB **Rachsucht**, beruht oder wenn sie aus anderen Gründen dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht."* Nach **neuerer Rsp**[302] muss die Kündigung *jenem Maß von*

[296] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar IV[5] § 138 BGB, Rz 30; *Oetker* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 620 Rz 156; vgl auch BAG 12.10.1954, 2 AZR 36/53, BAGE 1, 110; BAG 23.11.1961, 2 AZR 301/61, DB 1962, 243.
[297] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar IV[5] § 138 BGB, Rz 30.
[298] Vgl *Hesse* in Münchner Kommentar, Vor § 620 BGB, Rz 185f (704).
[299] Vgl *Floretta/Strasser*, ArbVG-Entwurf 1972, 39; *Atzmüller*, Kodifikation 92.
[300] BAG 19.7.1973, AP Nr 32 zu § 138 BGB; BAG 16.2.1989, EzA § 138 BGB Nr 23; BAG 14.12.2004 AP Nr 62 zu § 138 BGB = NZA 2005, 637; ua. Vgl auch *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 70.
[301] BAG 21.02.2001, 2 AZR 15/00; BAG 2.4.1987, 2 AZR 227/86, BAGE 55, 190, 196; BAG 24.10. 1996, 2 AZR 309/75, BAGE 28, 176, 183f mwN.
[302] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 BGB, Rz 6; vgl BAG 14.12.2004, AP Nr 62 zu § 138 BGB = NZA 2005, 637; BAG 22.5.2003, AP Nr 18 zu § 1 KSchG 1969.

*Sittlichkeits- und Anstandsrücksichten krass widersprechen, das **von Menschen durchschnittlich zu fordern** ist."*

Dabei ist die Sittenwidrigkeit einer Kündigung iSd Generalklausel des BGB stets anhand **aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles** zu prüfen.[303] Die frühere Rsp neigte dazu, den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur noch objektiv zu prüfen und auf den Nachweis einer subjektiv verwerflichen Gesinnung zu verzichten.[304]

Beispiele aus der Judikatur: Eine arbeitsrechtliche Kündigung gilt als sittenwidrig, wenn sie aus reiner Rachsucht oder Vergeltung[305] erfolgt. Ebenso wurde der Sittenverstoß bejaht, wenn das Arbeitsverhältnis wegen der Ablehnung der Beihilfe zu strafbaren Handlungen[306] oder sexueller Annäherungsversuche gegenüber einer Arbeitnehmerin gekündigt wurde. Dasselbe gilt, wenn diese aufgrund eines Arbeitsunfalls des Arbeitnehmers erfolgt, welchen der Arbeitgeber bedingt vorsätzlich herbeigeführt hat.[307]Auch gilt die Auflösungserklärung als sittenwidrig, wenn der Arbeitnehmer ihm zustehende Ansprüche geltend macht.[308] Ebenso wenn das Motiv für die Kündigung darin liegt, dass der Arbeitnehmer homosexuell ist.[309] Die Sittenwidrigkeit der Auflösungserklärung wurde auch im Fall eines Leiharbeitnehmers bejaht, der wegen der geplanten Hochzeit mit einer chinesischen Staatsangehörigen vom Arbeitgeber als zunächst „Stammarbeitnehmer" eingestellt und anschließend wegen Sicherheitsbedenken innerhalb der sechs-monatigen „Probezeit" gem § 1 Abs 1 dKSchG gekündigt wurde.[310]

Die Kündigung gilt jedoch nicht als Verstoß gegen die guten Sitten, wenn sie darauf zurückzuführen ist, dass ein HIV-infizierter Arbeitnehmer einen Suizidversuch unternimmt und aufgrund dessen für lange Zeit arbeitsunfähig ist.[311]

---

[303] BAG 12.10.1954, AP Nr 5 zu § 3 KSchG.
[304] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 70; BAG 10.10.1990, AP Nr 47 zu § 138 BGB.
[305] BAG 14.5.1964 AP Nr 5 zu § 242 BGB (Rachsucht).
[306] ArbG Göttingen DB 1961, 1296.
[307] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 Rz 7 (1556); BAG 8.6.1972, AP Nr 1 zu § 1 KSchG 1969, BAG 16.9.2004, AP Nr 142 zu § 102 BetrVG 1972 (Arbeitsunfall).
[308] BAG 14.12.2004 AP Nr 62 zu § 138 BGB = NZA 2005, 637.
[309] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 71.
[310] LAG Schleswig-Holstein 22.6.2011, NZA-RR 2004, 356.
[311] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] Rz 7; BAG 16.2.1989, AP Nr 46 zu § 138 BGB = NZA 89,962 = EzA § 138 BGB Nr 23 (HIV-Fall).

Auch in der deutschen Judikatur wurde das Vorliegen einer sittenwidrigen Arbeitgeberkündigung zumeist abgelehnt, weil der Kündigungsgrund nicht gegen die guten Sitten verstieß, sondern lediglich zu einer Sozialwidrigkeit führte. Daran erkennt man auch im deutschen Recht den **erhöhten Maßstab**, der an die **Prüfung der guten Sitten** anzulegen ist. Allerdings wurde in einigen Urteilen, im Unterschied zur österreichischen Rsp, der Sittenverstoß bejaht.

5.3.2. Literatur zur sittenwidrigen Kündigung

Grundsätzlich unterliegt das Interesse des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu behalten, dem grundrechtlichen Schutz des **Art 12 Abs 1 Grundgesetz (GG)**. Dieser bestimmt: „*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden*." Daraus ergibt sich zwar kein direkter Schutz gegen Arbeitgeberkündigungen, jedoch die Schutzpflicht des Staates durch geeignete Kündigungsschutzregelungen einen Interessensausgleich zu schaffen. Durch die Einführung des dKSchG wird innerhalb seines Geltungsbereichs diese Schutzfunktion verwirklicht. Unterliegt das Arbeitsverhältnis jedoch nicht dem Anwendungsbereich des dKSchG, so ist das Bedürfnis nach einem kündigungsrechtlichen Mindestschutz ungleich höher.[312] In diesen Fällen entfaltet der, von der Grundrechtsordnung geforderte, Mindestschutz, durch die Transformationsfunktion von Generalklauseln (§ 138 BGB), seine Wirkung, dh es besteht auch außerhalb des dKSchG Schutz vor sittenwidrigen Kündigungen.[313] Das österreichische Verfassungsrecht enthält demgegenüber keine, dem Art 12 GG, entsprechende Bestimmung und daher auch keinen verfassungsrechtlich verankerten **Mindestschutz** für Arbeitnehmer vor willkürlichen oder sittenwidrigen Kündigungsgründen.

Nach allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben, ist ein Rechtsgeschäft dann sittenwidrig, wenn es nach seinem **Inhalt, Zweck und Beweggrund**, dh nach seinem **Gesamtcharakter gegen die guten Sitten** verstößt. Dies gilt ebenso für eine Arbeitgeberkündigung. Die Willenserklärung selbst ist ihrem Inhalt nach zwar

[312] Vgl *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 138 Rz 526; *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 30.
[313] Vgl *Hesse* in Münchner Kommentar, Vor § 620 BGB, Rz 185f (704).

wertfrei, kann jedoch unter Berücksichtigung des zugrunde liegenden Motivs oder Zwecks sittenwidrig sein.[314] Die Sittenwidrigkeit umfasst ein sog **rechtsethisches Minimum**, welches eine Privatrechtsordnung, der der Grundsatz der Vertragsfreiheit zugrunde liegt, zu gewährleisten hat.[315] Daher liegt für die hL[316] eine solche missbilligte Kündigung dann vor, wenn diese auf einem besonders **verwerflichen Motiv** des Kündigenden (zB Rachsucht oder Vergeltung) beruht oder auf einen sonstigen Grund gestützt wird, der dem **Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden** krass widerspricht. Ein Sittenverstoß ist insb dann anzunehmen, wenn **Grundrechte** des betroffenen Arbeitnehmers grob **verletzt** werden, da die Grundrechte den Wertgehalt der Gesamtrechtsordnung verkörpern.[317] Die Prüfung hat jedenfalls mittels einer **Gesamtabwägung aller Umstände** des konkreten Einzelfalls zu erfolgen, wobei auch stets etwaige Rechtsfertigungsgründe des Arbeitgebers zu berücksichtigen sind. Denn ein rechtlich anerkannter Kündigungsgrund iSd § 626 BGB oder § 1 dKSchG steht einer Sittenwidrigkeit grundsätzlich entgegen.[318]

Hinsichtlich der Abgrenzung zur **sozialwidrigen Kündigung,** geht die hL[319] mit der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts[320] dahingehend konform, dass an den Sittenverstoß ein strengerer Maßstab anzulegen ist und ein Kündigungsschutz über die Generalklausel des BGB nur dann zum Tragen kommt, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit iSd KSchG herleitet. Auch nach Ansicht ***Oetkers***[321] kann allein aufgrund des Umstandes, dass eine Kündigung unsozial oder ohne erkennbar sinnvollen Grund erfolgt ist, darin noch kein sittenwidriges Verhalten gesehen werden. Vielmehr muss unter Berücksichtigung der gesamten Umstände eine solche Kündigung den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden **krass** widersprechen. So ist

[314] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 32; *Fiebig* in *Fiebig/Gallner/Pfeiffer* Kündigungsschutzgesetz Handkommentar (2000) § 13 Rz 46.
[315] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 32; ua.
[316] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 Rz 6; *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 32; *Hesse* in Münchner Kommentar, Vor § 620 BGB, Rz 186 (704).
[317] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 Rz 6; *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 36.
[318] Vgl *Hesse* in Münchner Kommentar, Vor § 620 BGB, Rz 186 (704); *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 Rz 6; ua.
[319] Vgl *Hesse* in Münchner Kommentar, Vor § 620 BGB, Rz 187 (705).
[320] BVerfG AP KSchG 1969 § 23 Nr 17.
[321] Vgl *Oetker* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 620 BGB, Rz 157.

auch nach Ansicht von *Hueck* und *von Hoyningen-Huene*[322] das Vorliegen **besonderer Umstände** zu verlangen, um die Sittenwidrigkeit zu begründen.

5.3.3. Kündigungen im Regelungsbereich des dKSchG

Grundsätzlich ist auch im deutschen Recht zwischen Personengruppen zu unterscheiden, die dem **Anwendungsbereich des KSchG** unterliegen und solchen, die sich nicht auf die Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzes stützen können (s Pkt 5.2.1.). Soweit spezialrechtliche Kündigungsregelungen überhaupt bestehen, braucht nicht auf die Generalklausel des § 138 BGB zurückgegriffen werden, dh soweit die Kündigung bereits mangels sozialer Rechtfertigung iSv § 1 dKSchG oder die Kündigung zum Zweck der Maßregelung eines Arbeitnehmers, der von seinen Rechten Gebrauch macht, schon nach **§ 612a[323] iVm § 134 BGB[324]** rechtsunwirksam ist, besteht kein Bedürfnis für eine Anwendung des § 138 BGB. Insoweit gilt das **dKSchG** als **Spezialregelung zu § 138 BGB**.[325]

Innerhalb des Geltungsbereichs des dKSchG besteht neben den Sonderregelungen zur ungerechtfertigten Kündigung gem § 1 dKSchG jedoch auch die Möglichkeit der zusätzlichen Kontrolle durch § 13 Abs 2 leg cit. Liegt eine sittenwidrige Kündigung vor, zeitigt diese die Rechtsfolge der **Nichtigkeit** iSd § 138 Abs 1 BGB.

Bis zur Novellierung des dKSchG 2004 konnte die Nichtigkeit unabhängig von den Regelungen des dKSchG, **ohne Rücksicht auf Fristen oder Termine** geltend gemacht werden. Auch nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist gem § 4 dKSchG war die Geltendmachung daher möglich. Einen Anreiz die Klagsfrist des § 4 dKSchG auch für die Feststellung der Nichtigkeit einzuhalten, setzte § 13 Abs 2, 2. Satz leg cit, der auf die Vorschriften des § 9 Abs 1 u 2 sowie §§ 10 bis 12 dKschG verwies

[322] Vgl *Hueck/v. Hoyningen-Huene,* Kommentar zum KSchG (1997), § 13 Rz 61.
[323] § 612a BGB normiert das sog Maßregelungsverbot: Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.
[324] § 134 BGB bestimmt: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.
[325] Vgl *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Kommentar II § 138 Rz 529; vgl auch *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 30: Vor Erlass des KSchG griff die bundesdeutsche Judikatur verstärkt auf die zivilrechtliche Generalklausel des § 138 BGB zurück.

und damit dem betroffenen Arbeitnehmer, für den Fall einer sittenwidrigen Kündigung, die gleichen Befugnisse, wie bei der Kündigungsschutzklage wegen Sozialwidrigkeit ermöglichte.[326]

Die drei Vorteile waren:

1. Gem § 9 Abs 1, 1. Satz dKSchG konnte der Arbeitnehmer die Auflösung des Arbeitsverhältnisses begehren, wenn er kein Interesse an der Fortsetzung desselben hatte bzw wenn ihm die Fortsetzung aufgrund von Zerrüttung oder Vertrauensverlust nicht mehr zumutbar war.[327] Darüber hinaus bestand die Möglichkeit die Verurteilung des Arbeitgebers zur **Zahlung einer Abfindung** zu fordern.

2. Auch im Falle des **Fortbestehens** des Arbeitsverhältnisses, lag es im Interesse des Arbeitnehmers die **kurze Klagefrist** auch bei sittenwidrigen Kündigungsmotiven einzuhalten. Traf das Gericht die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses, so traf den Arbeitnehmer eine **Anrechnungspflicht** gem § 11 leg cit, dh er musste sich anrechnen lassen, was er durch anderwärtige Arbeit verdient hatte oder was er verdienen hätte können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

3. Bei Einhaltung der Klagsfrist kam dem Arbeitnehmer ein weiterer **Vorteil** zugute. Brachte der gekündigte Arbeitnehmer Klage wegen Sozialwidrigkeit, in eventu wegen Sittenwidrigkeit der Kündigung, so traf **vorerst** den **Arbeitgeber** die **Beweislast** für die mangelnde Sozialwidrigkeit der Kündigung (§ 1 Abs 2 dKSchG).

Seit 1.1.2004 ist die **dreiwöchige Klagefrist** nunmehr bei **allen schriftlichen Kündigungen einzuhalten.** Es sollen grundsätzlich alle Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung erfasst werden, unabhängig von der Frage, ob das KSchG überhaupt Anwendung findet oder nicht.[328] Die **Geltendmachung** einer Rechtsunwirksamkeit hat jedenfalls unter Berücksichtigung der §§ 4 bis 7 dKSchG

[326] *Hueck/v. Hoyningen-Huene,* Kommentar zum KSchG § 13 Rz 70ff; *Fiebig* in *Fiebig/Gallner/Pfeiffer* Handkommentar KSchG, § 13 Rz 56.
[327] *Fiebig* in *Fiebig/Gallner/Pfeiffer,* Handkommentar KSchG, § 13 Rz 56.
[328] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 138 Rz 5.

zu erfolgen, dh es ist eine Klagsfrist von **drei Wochen** einzuhalten, da die Sittenwidrigkeit andernfalls gem § 7 dKSchG geheilt wird.[329] Klageart ist die Kündigungsschutzklage.[330] Dabei trägt der klagende Arbeitnehmer die Darlegungs- und **Beweislast** für das Vorliegen des Sittenverstoßes.

5.3.4. Kündigungen außerhalb des Regelungsbereichs des dKSchG

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des dKSchG besteht Schutz vor „willkürlichen" Kündigungen. Das Bedürfnis nach einem generellen **Mindestschutz** durch Kündigungsbeschränkungen ist hier konzeptionell größer.[331] Insb bei Arbeitnehmern in **Kleinstbetrieben**, leitenden Angestellten sowie Arbeitnehmern, die noch nicht **sechs Monate** ununterbrochen im Betrieb beschäftigt sind, ist die Generalklausel des § 138 BGB uneingeschränkt anwendbar. Der Kündigungsschutz kann bei Vorliegen von sittenwidrigen Kündigungsmotiven hier nur aus § 138 BGB abgeleitet werden.[332]

Wie bereits erwähnt, leitet das deutsche Bundesverfassungsgericht aus **Art 12 I GG** einen verfassungsrechtlich verbürgten **Mindestschutz** des Arbeitnehmers vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungsgründen ab.[333] Vor allem sind bei der Auslegung von zivilrechtlichen Generalklauseln, wie § 138 BGB, die verfassungsrechtlich verankerten **Diskriminierungsverbote** aus **Art 3 III GG**[334] zu beachten, dh soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, gebietet der **verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes** iVm dem **Sozialstaatsprinzip** ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme. Demnach soll in diesem Bereich eine Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers bestimmte Mitarbeiter zu beschäftigten und dem Interesse des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu behalten (Art 12 Abs 1 GG) erfolgen. Stehen sich also annähernd gleichgewichtige Grundrechtspositionen

[329] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 39.
[330] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar, § 13 KSchG, Rz 39.
[331] Vgl *Sack/Fischinger* in *Staudinger,* BGB Kommentar II § 138 Rz 526 u Rz 530; *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 Rz 4.
[332] Vgl *Hueck/v. Hoyningen-Huene,* Kommentar zum KSchG, § 13 Rz 68.
[333] Vgl *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 129 Rz 4.
[334] Art 3 Abs 3 Grundgesetz: Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

gegenüber, so scheidet Sittenwidrigkeit aus. Nur bei Vorliegen krasser Verstöße gegen die Grundrechte des Arbeitnehmers kann die Verletzung der guten Sitten iSd § 138 BGB angenommen werden. Nach Ansicht von *Sack/Fischinger* wird dabei dem Arbeitgeber ein „**Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme**" auferlegt, "*mehr aber auch nicht*".[335]

Die Ableitung des Mindestkündigungsschutzes aus den verfassungsrechtlich verankerten **Diskriminierungsverboten** gem **Art 3 III GG,** lässt sich durch fehlende Kündigungsschutzbestimmungen im deutschen AGG[336] erklären. Das AGG enthält zwar ein Benachteiligungsverbot (§ 7 AGG), jedoch keine konkreten Bestandsschutzregelungen. Da Kündigungen vom Geltungsbereich des AGG somit nicht erfasst sind, eröffnet sich hier ein weiterer Anwendungsbereich für Grundrechtsverletzungen und damit auch für sittenwidrige Auflösungserklärungen.

Im Gegensatz dazu hat der **österreichische Gesetzgeber** einen anderen Weg gewählt. Mit den Bestimmungen des **GlBG**[337] wurden klare Anfechtungstatbestände bei Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der **ethnischen Zugehörigkeit**, der **Religion oder Weltanschauung**, des **Alters,** der **sexuellen Orientierung** oder einer **Behinderung** geschaffen. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist daher für die österreichische Rechtsordnung im Bereich der Diskriminierung eine Berufung auf verfassungsrechtliche Bestimmungen bzw die Sittenwidrigkeit nicht notwendig.

5.4. Ergebnis des Rechtsvergleichs

a) Vergleicht man den **allgemeinen Kündigungsschutz** in Österreich (ArbVG) und Deutschland (dKSchG) so sind starke **Ähnlichkeiten** hinsichtlich des persönlichen und betrieblichen Anwendungsbereichs ersichtlich. In beiden Fällen unterliegen dem jeweiligen **Geltungsbereich** nur bestimmte Arbeitnehmer-Gruppen, wobei Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben, leitende Angestellte oder auch Personen ohne Mindestbetriebszugehörigkeitsdauer ausgenommen sind.

---

[335] Vgl *Sack/Fischinger* in *Staudinger,* BGB Kommentar II § 138 Rz 530.
[336] AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897).
[337] BGBl I 2004/66; vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG, Rz 4; *Rebhahn*, Kommentar GlBG (2005), Einleitung, Rz 18.

Neben dem Fehlen von Motivschutztatbeständen, liegt der wesentliche **Unterschied** zum österreichischen ArbVG darin, dass die Bestimmung zur sozial ungerechtfertigten Kündigung in § 1 dKSchG das Regulativ der „wesentlichen Interessensbeeinträchtigung“ nicht kennt. Wie *Floretta* es hier zutreffend beschreibt, ergibt sich aus den Regelungen ein grundlegender Wertungsunterschied, da das **dKSchG** stets von einer **sozial ungerechtfertigten Kündigung** ausgeht, während das ArbVG eine Kündigung nur dann als **sozialwidrig** ansieht, wenn sie für den Arbeitnehmer eine **soziale Härte** bedeutet und keine betrieblichen Rechtfertigungsgründe vorliegen.[338] Damit greift der Sozialschutz des dKSchG viel schneller ein, als die Normen des österreichischen ArbVG zur Sozialwidrigkeit.

b) Hinsichtlich der **Formerfordernisse** kann in Österreich eine Kündigung grundsätzlich sowohl schriftlich als auch mündlich, sowohl ausdrücklich als auch konkludent erklärt werden (Ausnahmen bilden die besonderen Kündigungsschutztatbestände). Dagegen ist in **Deutschland** seit 2000 stets die **Schriftform** für das Wirksamwerden einer Kündigung erforderlich (§ 623 BGB).[339] Daneben normiert das deutsche Recht eine grundsätzliche **Begründungspflicht** durch den Arbeitgeber im Rahmen des dKSchG. Es ist zwar auch eine grundlose Kündigung rechtswirksam, jedoch kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, den **Kündigungsgrund** unverzüglich **bekanntzugeben** (§ 626 Abs 2 Satz 3 BGB). Mag auch die Schriftform eine zusätzliche psychologische Hürde für den Arbeitgeber sein, so können die Regelungen zur Schriftform und der weitreichenden Begründungspflicht mE einem verwerflichen Motiv trotzdem nicht hinreichend vorbeugen. Der Arbeitgeber wird jedenfalls versuchen den verwerflichen Kündigungsgrund zu verschleiern und diesen nicht offenlegen.

c) Eine prozessuale Besonderheit des **deutschen Kündigungsschutzprozesses** liegt darin, dass die **Kündigung schwebend unwirksam** ist und nur durch Einbringung einer **Feststellungsklage** gem § 4 iVm

[338] *Floretta*, ÖJZ 1953, 313.
[339] *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 45. Vgl auch § 15 Abs 3 BBiG, § 9 Abs 3 Satz 2 MuSchG, § 62 Abs 1 SeemG.

§ 13 Abs 1 Satz 2 dKSchG „geheilt“ werden kann.[340] Nach österreichischem Kündigungsschutzrecht ist die sozialwidrige Kündigung grundsätzlich rechtswirksam. Dem betroffenen Arbeitnehmer steht die Möglichkeit der nachträglichen Anfechtung mittels Rechtsgestaltungsklage offen.

d) Die Gemeinsamkeit beider Rechtsordnungen liegt darin, dass durch den Verweis auf die **Generalklausel der guten Sitten**, der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers eine **Grenze gesteckt** wird. Soweit die Kündigungserklärung auf einem **verwerflichen, sittenwidrigen Motiv** beruht oder durch sie ein sittenwidriger Zweck verfolgt wird, ordnet die jeweilige Bestimmung **(§ 138 BGB bzw § 879 ABGB**) als Rechtsfolge die Nichtigkeit an. Diesbezüglich lässt sich auch eine Angleichung an das österreichische Recht erkennen, welches zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit unterscheidet. Die jüngere deutsche Rsp und Literatur weicht von der Annahme der absoluten Nichtigkeit ab und vertritt nun die Ansicht, die Art der **Sanktion** vom jeweiligen **Zweck** der verletzten Norm **abhängig** zu machen.
Im Gegensatz zum österreichischen Arbeitsrecht, normiert zwar **§ 13 Abs 2 dKSchG explizit**, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten eine Kündigung nichtig macht.[341] Darin liegt jedoch mE kein wesentlicher Vorteil. Auch besteht aus meiner Sicht keine Notwendigkeit für das österreichische allgemeine Kündigungsschutzrecht eine solche Regelung zu schaffen. Die Sittenklausel selbst wird dadurch nicht näher konkretisiert. Auch wenn beide Rechtsordnungen an die Prüfung der Sittenwidrigkeit einen hohen Maßstab anlegen, ist doch immer, nach Maßgabe aller Umstände, eine Entscheidung im Einzelfall vorzunehmen. Im Gegensatz zur österreichischen Rsp, wurde der Sittenverstoß von der deutschen Judikatur zumindest in einigen Entscheidungen bejaht.

e) Wesentlich sind die unterschiedlichen Bestimmungen im Rahmen des Gleichbehandlungsrechts und des Diskriminierungsschutzes, die vor allem außerhalb des Anwendungsbereichs des dKSchG eine Besonderheit mit sich bringen. Durch das Fehlen spezieller Kündigungsschutzregelungen im AGG und die daraus folgende Ableitung des Mindestkündigungsschutzes aus den

[340] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 297.
[341] Vgl *Floretta*, JBl 1954, 525.

verfassungsrechtlich verankerten **Diskriminierungsverboten** des **Art 3 III GG,** können sich daraus vermehrt Anwendungsfälle einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 138 BGB ergeben. Erfolgt durch die Kündigung eine Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter Merkmale (Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, etc), so muss eine rechtliche Lösung mithilfe verfassungsrechtlich verankerter Grundrechte gefunden werden.
Im Gegensatz dazu enthalten die Bestimmungen des **GlBG**[342] konkrete Anfechtungstatbestände bei Vorliegen einer Diskriminierung, die im Bereich der Diskriminierung eine Berufung auf verfassungsrechtliche Bestimmungen nicht notwendig machen.

f) Ein interessanter Aspekt des deutschen Arbeitsrechts liegt mE in der Pflicht zur Einhaltung der **kurzen Frist zur Geltendmachung** einer sittenwidrigen und damit rechtsunwirksamen Kündigung (§ 4 dKSchG). Die Klagsfrist von drei Wochen ist unabhängig vom Geltungsbereich des dKSchG einzuhalten.[343] Die Frist gilt grundsätzlich auch dann, wenn es sich um „**andere Gründe**" handelt, die zur Rechtsunwirksamkeit führen.[344] Damit gilt sie auch für Personen, die dem **Kündigungsschutz des dKSchG nicht unterliegen,** dh auch für Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben oder solche, deren sechsmonatige Wartefrist noch nicht abgelaufen ist.[345] Demgegenüber bestehen im österreichischen Recht, abhängig vom Grad der Nichtigkeit, unterschiedliche Bestimmungen hinsichtlich der Geltendmachungsfrist einer sittenwidrigen Kündigung (s Teil III Rechtsfolgen). Der Vorteil der deutschen Lösung liegt für beide Vertragsparteien (Arbeitgeber und auch Arbeitnehmer) mE darin, rascher Klarheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Arbeitsverhältnisses zu bekommen. Dadurch wäre vor allem der Rechtssicherheit gedient, der gerade im Bereich des Arbeitsrechts große Bedeutung zukommt. In diese Richtung argumentiert auch die österreichische Literatur, dass bei Vorliegen rechtsunwirksamer, sittenwidriger Auflösungserklärungen, im Wege der Rechtsanalogie eine kurze Geltendmachungsfrist einzuhalten ist (s Teil III Rechtsfolgen).

[342] BGBl I 2004/66; vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm[2] GlBG, Rz 4; *Rebhahn*, Kommentar GlBG, Einleitung, Rz 18.
[343] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 298; *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 138 Rz 5.
[344] Vgl *Hergenröder* in Münchner Kommentar IV[5] § 4 KSchG, Rz 1; *Linck* in *Schaub*, Handbuch[14] § 138 Rz 5.
[345] Vgl *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 298.

g) Wie im III. Teil (Rechtsfolgen) noch zu diskutieren sein wird, ist für das österreichische Recht von einer prozessrechtlichen Frist für die Geltendmachung der Nichtigkeit auszugehen. Im Gegensatz dazu handelt es sich im deutschen Recht bei der Klagefrist gem § 4 dKSchG um eine **materiell-rechtliche Ausschlussfrist.** Eine verspätete Klage ist somit als unbegründet abzuweisen. Versäumt der betroffene Arbeitnehmer die Frist (**Präklusionsfrist**), gilt die Kündigung von Beginn an als rechtswirksam. Dies gilt auch für andere Gründe von Rechtsunwirksamkeit.[346] Interessant in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass auch Mängel der Nichtigkeit durch **Versäumung der Klagefrist** iSd § 4 dKSchG heilen, dh auch die Kündigung aus sittenwidrigen Motiven iSd § 13 Abs 2 dKSchG iVm § 138 BGB.

[346] *Hromadka/Maschmann*, AR I[3] § 10 Rz 306f.

TEIL II: ANWENDUNGSFÄLLE

Kapitel 1: Problemstellung und Aufbau

Der Hauptteil dieser Arbeit beschäftigt sich mit möglichen Anwendungsfällen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB (Teil II) und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen (Teil III). *Kiesel*[347], die sich in ihrer Dissertationsarbeit ebenfalls mit den Motivkündigungstatbeständen und ihrem Verhältnis zur Generalklausel auseinander setzt, hat den Fokus darauf gelegt, ob und inwieweit die einzelnen Kündigungstatbestände des allgemeinen und individuellen Motivschutzes (wären diese rechtlich nicht normiert) unter § 879 ABGB zu subsumieren sind.

In der **gegenständlichen Dissertation** wird die **zentrale Frage** geprüft, in **welchen konkreten Fällen** sich der betroffene Arbeitnehmer auf den Sittenverstoß aufgrund des missbilligten Motivs und damit auf § 879 ABGB berufen kann. Oder anders ausgedrückt: **Wo bleibt, neben den Bestimmungen des allgemeinen Bestandsschutz iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG und dem individuellen Motivkündigungsschutz, noch Raum für die Anwendung der sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel des ABGB?**

Zu Beginn möchte ich nochmals das treffende **Zitat** von ***Schrammel*** heranziehen: *„Es gehört (…) zum Wesen des unbefristeten Arbeitsvertrages, dass jeder Vertragspartner damit rechnen muss, die Gegenseite könnte den nächstmöglichen Termin zur Kündigung wahrnehmen. Es besteht daher kein durch die Rechtsordnung geschütztes Vertrauen darauf, dass der unbefristete Arbeitsvertrag länger als bis zum jeweils nächsten Kündigungstermin dauern wird.“*[348] Versinnbildlicht man diese Worte, so könnte man das **Arbeitsverhältnis** mit einem **Drahtseil** gleichsetzen, auf dem jeder Arbeitnehmer balanciert. Durch die (jederzeit mögliche) Kündigungserklärung des Arbeitgebers gerät der Arbeitnehmer aus dem Gleichgewicht und fällt vom Seil. Mit der Normierung von Kündigungsschutztatbeständen, seien es der allgemeine, der individuelle oder der besondere Bestandsschutz, spannt der Gesetzgeber sinnbildlich verschiedene dichte und sich teilweise überschneidende **Netze**, um den „**Sturz**“ des

[347] *Kiesel*, Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB (2004).
[348] *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 230.

Arbeitnehmers aufzufangen. Der **Motivkündigungsschutz** des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG regelt nur einzelne **taxative**, verbotene **Kündigungsgründe**, die großteils Diskriminierungen bei der Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse vorbeugen sollen. Ebenso stellen die Anfechtungstatbestände des sog **individuellen Bestandsschutzes** ein „Auffangnetz" dar (AVRAG, GlBG, BEinstG). Auf den jeweiligen Geltungsbereich dieser Normen wird im Zuge der einzelnen Kapitel noch näher eingegangen.

Aber auch die **Generalklausel des § 879 ABGB**, deren Anwendungsbereich sich auf alle privatrechtlichen Verträge erstreckt, schützt Arbeitnehmer vor missbilligten Kündigungsgründen des Arbeitgebers. Wie im historischen Teil bereits erläutert, sind die Anwendungsfälle spärlich und in keinem der bisherigen Urteile wurde die Sittenwidrigkeit bejaht. Daher kann man sinnbildlich von einem breit gespannten, jedoch sehr **grobmaschigen Netz** sprechen, welches nur die **gröbsten Verletzungen** abzufangen versucht. Ziel dieser Arbeit ist es jene Fälle aufzuzeigen, die den Arbeitnehmer durch das „Netz" der Guten-Sitten-Klausel vor einer Kündigung schützen und damit als **Grenze der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers** zu sehen sind.

Auf das Verhältnis des **besonderen Kündigungsschutzes**[349] (für Belegschaftsvertreter, Mütter und Väter, Behinderte, etc) zur Guten-Sitten-Klausel des ABGB, wird in dieser Dissertation **nicht näher eingegangen.** Der österreichische Gesetzgeber trägt dem erhöhten Schutzbedürfnis dieser **speziellen Arbeitnehmergruppen**[350] durch strenge Bestandsschutzregelungen Rechnung. Diese gelten einerseits für Personen, die aufgrund besonderer Umstände einer **erhöhten Kündigungsgefahr** ausgesetzt sind und andererseits für Arbeitnehmergruppen, für die eine Kündigung aufgrund besonderer Umstände **schwerwiegende Folgen** nach sich zieht.[351] Die stärkere Schutzausprägung zeigt sich vor allem darin, dass regelmäßig von der Unwirksamkeit der Kündigung auszugehen ist, soweit vor Ausspruch der Kündigung keine **gerichtliche oder**

[349] Vgl *Jabornegg*/*Resch,* AR[4], Rz 684 ff; *Schwarz*/*Löschnigg,* AR[11], Rz 7/101 ff; *Marhold/Friedrich,* Öst.AR[2], 321ff; uA: Bestandsschutz für Belegschaftsvertreter, Präsenz- und Zivildienstpflichtige, Behinderte und Opferbefürsorgte, Vertragsbedienstete, Hausbesorger, Lehrlinge sowie der Mutter- und Vaterschutz und die Familienhospiz.
[350] Vgl *Marhold/Friedrich*, AR[2], 321; *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 684.
[351] Vgl *Marhold/Friedrich*, AR[2], 321; *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 684.

behördliche Zustimmung eingeholt wurde.[352] Darüber hinaus basieren diese Tatbestände vorwiegend nicht auf verwerflichen Motiven und eine Kündigung ist hier nur bei Vorliegen eines **konkreten Kündigungsgrundes** möglich. Für Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB und dem Vorliegen verwerflicher Beweggründe bleibt in diesem Bereich wenig bis kein Raum.

Somit ergeben sich für die gegenständliche Dissertation folgende Fragestellungen:

1.1. Bestehen neben dem Motivkündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG Fälle der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB?

Ein erstes Kapitel in diesem Teil widmet sich der Abgrenzung der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB zu den Regelungen des **allgemeinen Kündigungsschutzes gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG**. Im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts hat der Gesetzgeber einen taxativen, **abschließenden Katalog**[353] verpönter Kündigungsmotive zusammengefasst und mit der Rechtsfolge der Anfechtbarkeit ausgestattet. *Schrank*[354] geht davon aus, dass es sich um eine offensichtlich taxative Aufzählung handelt, welche jedoch **weder eine extensive Interpretationen, noch Analogien** ausschließt. Vielmehr sind solche weiten Auslegungen sogar geboten, **soweit** es sich um **gleichwertige und gleichgewichtige Motive** handelt, **die auf Wertungen bzw geschützten Interessen beruhen.**

---

[352] Vgl *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 321.

[353] Aus der Wortwahl des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG lässt sich die abschließende, taxative Aufzählung der Motivkündigungstatbestände aus dem Fehlen der Worte „insbesondere“ bzw „und ähnliche“ ableiten, die andernfalls eine demonstrative Auslegung der Tatbestände zugelassen hätten. Historisch betrachtet wurden bereits mit § 3 Abs 2 Z 9 BRG 1919 drei besonders relevante Fälle aus dem Bereich der verpönten Kündigungsgründe herausgehoben und mit der Anfechtungsmöglichkeit ausgestattet und somit dem damaligen gesellschaftspolitischen Bedürfnis Rechnung getragen. Der Konzeption des BRG 1919 folgend, wurde ebenso die Kündigungsanfechtungsregelungen des § 25 BRG 1947 darauf aufgebaut. Insb wurden nun die Mitwirkungsrechte des BR in personellen und sozialen Angelegenheiten erweitert (s Kap 1, Pkt 1.2.3.). Mit der Einführung des § 105 ArbVG 1974 kam es zu einem Versuch, die betriebs- und koalitionspolitischen Motivkündigungstatbestände in einer sachgerechten Aufzählung abschließend zu erfassen. Dieser kollektivvertragsrechtliche Ursprung fließt damit ebenso in die Konstruktion der §§ 105 bis 107 ArbVG ein. Vgl *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 1ff.

[354] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz (2012), § 105 Rz 86; *ders,* Fortbestand, 354f; *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 81.

Zu fragen ist, inwieweit diese verwerflichen Beweggründe auch bei Arbeitnehmern zum Tragen kommen, die dem Betriebsverfassungsrecht des ArbVG nicht unterliegen (insb Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben, leitende Angestellte mit maßgeblichem Einfluss auf die Betriebsführung). Welche Anwendungsfälle können sich hier ergeben und woraus leitet sich der Verstoß gegen die guten Sitten in jenen Fällen ab?

Wie bereits eingangs erwähnt (s Einleitung) wird die Diskussion zur **Normenkonkurrenz** zwischen der sozialwidrigen Kündigung iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG und der Generalklausel des § 879 ABGB nicht näher beleuchtet, da der Fokus der vorliegenden Dissertation auf die Erarbeitung von Fallgruppen missbilligter innerer Motive gerichtet ist.

1.2. Bestehen neben den Bestimmungen des individuellen Motivkündigungsschutzes (AVRAG, BEinstG u GlBG) auch Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB?

In einem weiteren Abschnitt wird auf die, von der Betriebsverfassung losgelösten, **individuellen Motivkündigungstatbestände** eingegangen. In diesem Zusammenhang soll zunächst der jeweilige Geltungsbereich dargestellt und insb die Motivkündigung iSd § 17 iVm § 26 GlBG einer genauen Betrachtung unterzogen werden. Das Hauptaugenmerk liegt hier im Bereich der Auslegung des Tatbestandes der Diskriminierung aufgrund der **Weltanschauung** und den Grenzen seiner Interpretation. Auch hier werden mögliche Lücken in der Auslegung beleuchtet, die mit Hilfe der Generalklausel zu schließen sind.

1.3. Gibt es noch „andere“ bzw „andersartige“ verpönte Motivgründe iSd § 879 ABGB, die neben den Bestimmungen des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes bestehen und ist eine Kategorisierung all dieser Gründe möglich?

Als letzter Schritt werden mögliche **andere (andersartige) Fälle** der sittenwidrigen Kündigung diskutiert, die von keinem der gesetzlichen Motivkündigungstatbestände erfasst sind. Wie bereits im historischen Teil ausgeführt (s Teil I Kap 2.2.3.), anerkennen sowohl die hL als auch die Judikatur,

dass auch solche andere (andersartige) Motive zur Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung gem § 879 ABGB führen. Es stellt sich die Frage, welche Gründe als sittenwidrig iSd Generalklausel zu qualifizieren sind. Diese Fallkonstellationen sind für alle **Arbeitnehmer, sowohl innerhalb als auch außerhalb des ArbVG** von Bedeutung. In diesem Abschnitt wird auch eine Kategorisierung der verpönten Kündigungsgründe vorgenommen.

Der „klassische" Fall der rechtswidrigen Kündigung, die Auflösung im Zuge eines **Betriebsübergangs,** wird im Rahmen des Teil II (Anwendungsfälle) dieser Arbeit **nicht näher betrachtet**. Zum einen, da sich *Reuss*[355] diesem Thema in ihrer Dissertation gewidmet hat und zum anderen, da diese Form der Kündigung eine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen des AVRAG und damit in den Bereich der gesetzwidrigen Auflösungserklärung fällt. Der Fokus dieser Arbeit ist hingegen primär auf die Sittenwidrigkeit einer Kündigungserklärung iSd § 879 ABGB gerichtet.

1.4. Welche Rechtsfolgen zeitigt das Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB?

Zur Vollständigkeit soll hier bereits auch auf **Teil III** dieser Dissertation betreffend die **Rechtsfolgen** von sittenwidrigen Kündigungen hingewiesen werden. Zunächst werden dabei die unterschiedlichen Ansichten zu absoluter und geltend zu machender bzw relativer Nichtigkeit rechtsunwirksamer Gestaltungsakte dargestellt. Anschließend wird die mögliche Analogiefähigkeit von § 105 Abs 5 ArbVG, im Speziellen hinsichtlich der Problemkreise von Aufgriffsobliegenheit, einzuhaltenden Fristen, Glaubhaftmachung bzw Beweislast sowie der daran anschließenden Kosten des jeweiligen Verfahrens diskutiert. IZm der Einhaltung verkürzter Fristen bei Aufgriffsobliegenheit werden auch die Meinungen von Rsp und Literatur zum Themenkreis des Betriebsübergangs näher erörtert. Zuletzt folgt eine Betrachtung schadenersatzrechtlicher Konsequenzen bei Vorliegen eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs.

---

[355] *Reuss*, Die sittenwidrige Kündigung im europäischen Kontext (2002); *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[11] (2011) Rz 6/027 mwN; *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergang, DRdA 1995, 375; *Schrank*, Probleme der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang, in *Tomandl,* Betriebs(teil)übergang (1995) 75; *Mayr*, Kündigung im Betriebsübergang, ecolex 1995, 499; *Gahleitner*, Unwirksame Kündigung bei Betriebsübergang, DRdA 1999/24; ua.

Kapitel 2: Die Motivkündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG und ihr Verhältnis zur Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB

2.1. Problemstellung

Die Tatbestände des 105 Abs 3 Z 1 ArbVG ermöglichen gekündigten Arbeitnehmern, die dem Geltungsbereich des II. Teils des ArbVG unterliegen, die Anfechtung der Kündigung wegen **dort aufgezählter verpönter Motive**. Aus dem Wortlaut des § 105 ArbVG ergibt sich, dass es sich um eine abschließende und **nicht** um eine **demonstrative** Aufzählung handelt.[356] Die Kündigung kann bei Gericht angefochten werden, wenn sie aus einem der, in lit a – j leg cit angeführten, Gründe erfolgt ist. Aus dem Fehlen von Formulierungen wie „und aus ähnlichen Gründen" oder „unter anderem" folgt, dass es sich um eine taxative Aufzählung handelt.

Allen Motiven gemein ist ihre **Charakterisierung** als **verwerfliche** und mit den Grundsätzen des Arbeitslebens unvereinbare Vorgehensweise des Arbeitgebers. "*Diese Motive stehen mit den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitslebens und der Arbeitsverfassung in krassem Widerspruch und sind daher so verwerflich, dass bereits die Wahrscheinlichkeit ihres bestimmenden Einflusses auf die Kündigung, deren Wirksamkeit beseitigt."*[357]

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, haben sich sowohl die Rsp als auch die Literatur eingehend mit der Auslegung dieser Motivtatbestände auseinander gesetzt. Trotz der weiten Interpretation dieser kündigungsschutzrechtlichen Normen, kann nicht jeder Kündigungssachverhalt darunter subsumiert werden. Damit stellt sich zum einen die Frage nach den Grenzen der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG. Und zum anderen, inwieweit Kündigungen aufgrund dieser verwerflichen Motive auch für Arbeitnehmer außerhalb des ArbVG von Relevanz sind und woraus sich eine etwaige Verletzung der guten Sitten ableitet?

---

[356] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 86; *ders,* Fortbestand 354f; *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 81.

[357] *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] (2009), § 105 ArbVG, Erl 22.

2.2. Anwendungsbereich von § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG

Die Regelungen des allgemeinen Motivkündigungsschutzes gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG sind systematisch der **Betriebsverfassung** zugeordnet (II. Teil des ArbVG). Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er die vornehmliche Bedeutung des allgemeinen Bestandsschutzes in der Beteiligung der Belegschaft durch das Mitwirkungsrecht des BR sieht.[358] Danach gelten die Bestimmungen iSd **§ 33 Abs 1 ArbVG** grundsätzlich für **Betriebe aller Art**. **Ausgenommen** sind gem Abs 2 leg cit Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, sofern sie nicht Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände oder der Gemeinden sind; die Behörden, Ämter und sonstigen Verwaltungsstellen des Bundes, der Länder und Gemeindeverbände und Gemeinden. Ebenso ausgeschlossen sind öffentliche Unterrichts- und Erziehungsanstalten sowie private Haushalte.[359]

Für die Anwendung des § 105 Abs 3 ArbVG ist weitere Voraussetzung die Erfüllung des **Arbeitnehmerbegriffs iSd § 36 ArbVG**. Als Arbeitnehmer iSd Abs 1 leg cit *gelten alle im Rahmen des Betriebes beschäftigten Personen, einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter, ohne Unterschied des Alters*. Abs 2 leg cit normiert **Ausnahmen vom Arbeitnehmerbegriff**: Danach gelten in Betrieben einer juristischen Person, die Mitglieder eines Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (Z 1) nicht als Arbeitnehmer.[360] Ausgeschlossen sind desweiteren leitende Angestellte, die maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes ausüben (Z 3)[361] sowie Personen, die vorwiegend zur Erziehung, Behandlung, Heilung und Wiedereingliederung beschäftigt werden, sofern sie nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind (Z 4). Ebenso wenig als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG anzusehen sind Personen, die im Vollzug einer verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verwahrung- oder Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden, vorbeugenden

[358] Vgl *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar, § 33 Rz 5.
[359] Vgl dazu *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I, § 33 Rz 1ff; vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 33 Entstehungsgeschichte S 2 ff u Rz 1 ff.
Mit der Einführung des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 wurden jene betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen auch für die Post- und Telegraphenverwaltung, der Wirtschaftskörper Österreichische Bundesbahnen und Eisenbahnen, samt den von diesen betriebenen sonstigen Verkehrszweigen (Kraftfahr-, Schifffahrts-, Straßenbahnlinien und Seilbahnen), die bisher dem Bahn-Betriebsverfassungsgesetz unterlagen, neu geregelt.
[360] OGH 4.11.2010, 8 ObA 72/10m, ASoK Spezial 2012, 58.
[361] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 2.

Maßnahme beschäftigt werden (Z 5). Besteht kein Arbeitsvertrag, sind weiters Personen ausgeschlossen, deren Beschäftigung vorwiegend durch religiöse, karitative oder soziale Motive bestimmt sind (Z 6) und Personen, die kurzfristig zu Schulungs- und Ausbildungszwecken beschäftigt werden (Z 7).

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes gem § 105 ArbVG ist das Vorliegen eines **betriebsratspflichtigen Betriebes iSd § 40 ArbVG**. Als zentrale Geltungsbereichsbestimmung[362] normiert § 40 Abs 1 leg cit die Pflicht zur Bildung von Belegschaftsorganen. Notwendig dafür ist die Beschäftigung einer relevanten **Mindestanzahl** von **mindestens fünf erwachsenen Arbeitnehmern** im Betrieb. Somit ist die Geltung des § 105 ArbVG für Kleinstbetriebe, die dieses Kriterium nicht erfüllen, ausgeschlossen.

Wie bereits angesprochen können die in § 105 Abs 3 Z 1 angeführten missbilligten Motive jedoch auch für Arbeitnehmer außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG von Relevanz sein. Um das zahlenmäßige Übergewicht von Kleinstbetrieben in Österreich zu veranschaulichen, wird im Folgenden eine Statistik der Wirtschaftskammer Österreich[363] aus 2012 angeführt.

[362] *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I, § 40 Rz 24.
[363] Quelle: Wirtschafts- und Sozialstatistisches Taschenbuch der Arbeiterkammer Österreich: http://statistik.arbeiterkammer.at/tbi2012/betriebe_nach_groessenstufen.html.

Zahl der Beschäftigten je Betrieb	2008	2009	2010	2011
1	84.157	84.786	84.355	86.938
2	36.771	36.824	36.820	37.825
3	23.679	23.918	24.121	24.436
4	16.332	16.575	16.513	17.086
Anzahl der Kleinstbetriebe (0-4 AN)	**160.939**	**162.103**	**161.809**	**166.285**
5	11.648	11.652	11.849	12.271
6 bis 9	25.979	25.986	26.146	26.547
10 bis 14	14.372	14.321	14.451	14.811
15 bis 19	7.347	7.279	7.449	7.551
20 bis 29	7.318	7.237	7.324	7.507
30 bis 49	6.070	6.034	6.052	6.185
50 bis 99	4.302	4.174	4.198	4.230
100 bis 199	2.266	2.220	2.257	2.312
200 bis 299	776	726	739	759
300 bis 499	558	521	514	522
500 bis 999	391	378	379	371
über 999	198	185	198	181
Anzahl der Betriebe mit mind 5 AN	**81.225**	**80.713**	**81.556**	**83.247**
Anzahl der Betriebe insgesamt	**242.164**	**242.816**	**243.365**	**249.532**

2.3. Kündigungsanfechtung wegen des Beitritts zu, der Mitgliedschaft oder der Tätigkeit in Gewerkschaften (§ 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG)

2.3.1. Problemstellung

Die Freiheit des Beitritts oder die Mitgliedschaft zu einer Gewerkschaft als Ausfluss der **Koalitionsfreiheit**[364], ist in **Art 12 StGG**[365] und **Art 11 EMRK**[366] verfassungsrechtlich verankert. Durch § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG bietet der Gesetzgeber den Arbeitnehmern **Schutz** vor Kündigungen aufgrund **gewerkschaftlicher Tätigkeiten iwS**. Damit ist zum einen der Beitritt und die aktive Mitgliedschaft zu einer Gewerkschaft erfasst (lit a leg cit) und zum anderen die Tätigkeit in einer Gewerkschaft (lit b leg cit). Der Schutz dieser sog **positiven Koalitionsfreiheit**[367] ist somit die **ratio** des Verbots koalitionspolitischer Kündigungsmotive.[368] ***Schrank***[369] schreibt dazu treffend: „*Positive Koalitionsfreiheit ist so gut wie undenkbar, wenn bei Gewerkschaftsmitgliedschaft das Damoklesschwert der Kündigung droht*." Bereits § 25 BRG 1947 enthielt den Tatbestand „Kündigungsanfechtung wegen der Tätigkeit in Gewerkschaften" (s Teil I Pkt 1.2.3.). Daraus ergeben sich für den Problemkreis der sittenwidrigen Kündigung folgende Themenstellungen:

1. Zunächst ist nach der **Reichweite gewerkschaftlicher Betätigung** iwS gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG und ihrer Abgrenzung zu rein politischen bzw sonstigen nicht gewerkschaftlichen Aktivitäten zu fragen.

---

[364] *Strasser,* DRdA 1958, 67; *Trost* DRdA 1987, 107; *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 193;
[365] RGBl 1867/142 idgF, **Art 12 StGG**: Die österreichischen Staatsbürger haben das Recht, sich zu versammeln und Vereine zu bilden.
[366] BGBl 1958/210 **Art 11 EMRK**: Alle Menschen haben das Recht sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen, einschließlich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.
[367] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 2/012: Unter positiver Koalitionsfreiheit versteht man das Recht, Vereinigungen zur Wahrung und Förderung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu bilden, diesen beizutreten, zwischen Koalitionen zu wählen und sich koalitionsgemäß zu betätigen. Vgl auch *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, Vor § 1 Rz 14f.
[368] *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 88.
[369] *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 88.

2. Trotz des Wortlauts von § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG, stellt sich weiters die Frage, ob und inwiefern der **Nichtbeitritt zu bzw der Austritt** aus einer Gewerkschaft (sog **negative Koalitionsfreiheit**[370], dh das Recht vom Beitritt zu Koalitionen und von koalitionsgemäßer Tätigkeit Abstand zu nehmen), vom Kündigungsschutz umfasst sind. IdZ ist auch **§ 1 Antiterrorgesetz** zu nennen, welcher Bestimmungen in kollektiven Arbeitsverträgen und Vereinbarungen für nichtig erklärt, wenn diese zum Ziel haben, in einem Betrieb nur **Arbeitnehmer einer bestimmten Berufsvereinigung** oder anderen freiwilligen Vereinigungen zu beschäftigen bzw **verhindern** sollen, dass ausschließlich **Personen** beschäftigt werden, die **keiner Berufsvereinigung** oder die einer bestimmten Berufsvereinigung oder anderen freiwilligen Vereinigung angehören.

3. Zuletzt ergibt sich noch die Frage, ob das Recht der Koalitionsfreiheit gem Art 11 EMRK iVm Art 12 StGG auch das Recht auf Durchführung von **Arbeitskampfmaßnahmen** (zB Streiks, Aussperrungen) umfasst. Bereits im 19. Jahrhundert wurde mit der Einführung des **Koalitionsgesetzes** 1870[371] zunächst die Strafbarkeit koalitionspolitischer Abreden abgeschafft (§ 1 KoalG). Somit ist die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen als wesentliche Form des sozialen Konflikts in Österreich daher grundsätzlich zulässig.[372] Allerdings ist ein subjektives Recht auf Streik weder in verfassungsrechtlichen, noch in einfachgesetzlichen Bestimmungen **explizit normiert**, dh es besteht **kein kodifiziertes Streikrecht**.[373] IdZ wird oftmals von der starken **Zurückhaltung des österreichischen Gesetzgebers** hinsichtlich des Arbeitskampfrechts bzw von der „**neutralen**“ **Haltung des Staates** gesprochen, die sich darin widerspiegelt.[374] Nach der derzeit wohl noch hL[375] in Österreich kann aus dem Grundrecht auf Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK und Art 12 StGG kein Grundrecht auf

[370] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 2/012.
[371] RGBl 1870/43: Gesetz vom 7. April 1870, wodurch unter Aufhebung der §§ 479, 480 und 481 des allgemeinen Strafgesetzes in Betreff der Verabredungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern zur Erzwingung von Arbeitsbedingungen, und von Gewerbsleuten zur Erhöhung des Preises einer Ware zum Nachteile des Publikums besondere Bestimmungen erlassen werden.
[372] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/002 u Rz 11/010; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 355; ua.
[373] Vgl *Krömer,* ZAS 2012, 200; *Risak*, Juridikum 2012, 26; *ders*, Grundrechte auf kollektive Aktion - Neue Impulse von Seiten des EGMR (2012) 99.
[374] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/010.
[375] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 360ff; *Reissner*, Übungsbuch[4], 490; *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 1035; *Runggaldier* in *Tomandl,* ArbVG Komm, Vor § 1 Rz 15.

Arbeitskampfmaßnahmen abgeleitet werden. Aufgrund der jüngeren Rsp des EGMR[376] zur Reichweite des Art 11 EMRK vertritt ein Teil der österreichischen Literatur[377] allerdings die Ansicht, dass vor allem Art 11 EMRK nicht nur das Recht auf kollektive Maßnahmen (zB Kollektivverhandlungen), sondern ebenso das **Grundrecht auf Arbeitskampf** umfasst.

Diese Entwicklung zeitigt auch Auswirkungen auf die, in Österreich bislang vorherrschende, **Trennungstheorie**[378]**,** wonach zwischen der rechtmäßigen Kollektivaktion (zB Streik) und der darauffolgenden individualrechtlichen Frage des Vertragsbruches (Teilnahme des einzelnen Arbeitsnehmers an Streikhandlungen) zu unterscheiden ist. Wie ist nun eine **Kündigung** zu beurteilen, die **aufgrund** der **Teilnahme** eines Arbeitnehmers an einem rechtmäßigen **gewerkschaftlich-organisierten Streik** ausgesprochen wird?

Im Folgenden werden die Ansichten in Judikatur und Literatur zu diesen drei Fragenkreisen dargestellt.

[376] Vgl EGMR, Urteil vom 21.4.2009, Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei, Beschwerde Nr 68959/01. Vgl auch EGMR, Urteil vom 12.11.2008, Demir und Baykara gegen Türkei, Beschwerde Nr 34503/97.

[377] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/009; *Marhold/Friedrich,* Öst.AR[2], 497; *Risak*, Juridikum 2012, 23; *ders*, in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2012) Grundrechte auf kollektive Aktion 93; *Wedl* Neues aus der Judikatur des EGMR zu gewerkschaftlichen Grundrechten, DRdA 2009, 458; *ders,* Kein Streik ohne Grundrecht, Juridikum 2010, 63; *Burger*, Das Ende des Streikrechts (2011) 114 u 170.

[378] Vgl *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 1040; *Rebhahn,* Neues zum Streikrecht?, JBl 1992, 499; *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR II[4], 185f u 220 f; *Marhold/Friedrich*, Öst. AR[2], 507; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel,* AR II[7], 360ff; *Reissner*, Übungsbuch[4], 495.

2.3.2. Judikatur

2.3.2.1. Zur Reichweite der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG

Die Judikatur hatte sich, seit der Einführung des ArbVG 1974, bislang selten mit der Auslegung des Tatbestands in § 105 Abs 3 Z 1 **lit a** ArbVG wegen des Beitritt oder der Mitgliedschaft zu Gewerkschaften zu beschäftigen. In den wenigen Fällen vertrat die Rsp[379] die Ansicht, dass eine **rein politische Betätigung**, ohne jeglichen Bezug zu einer Gewerkschaft, **nicht** vom Schutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG **erfasst** ist, sondern erst dann, wenn diese mit dem Beitritt oder der Mitgliedschaft zu einer Gewerkschaft verbunden ist. Die Rsp steckt hier eine Grenze der Auslegung des lit a leg cit.

Im Gegensatz dazu hat die Interpretation des **lit b leg cit** häufiger Anlass zu Streitfällen gegeben. Dies spiegelt sich in den zahlreichen Urteilen dazu wider, wobei die **Rsp** hier grundsätzlich von einer **weiten Interpretation** des Begriffs der **gewerkschaftlichen Tätigkeit gem lit b leg cit** ausgeht. So sind nicht allein Gewerkschaftsmitglieder betreffend ihre Tätigkeit im Rahmen einer Gewerkschaftsorganisation geschützt[380], sondern **auch** jene **Tätigkeiten**, die in einem bestimmten Fall ein konkretes **gewerkschaftliches Ziel** verfolgen.[381] Dazu ist es nicht erforderlich, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch Mitglied einer Gewerkschaft ist, vielmehr genügt für die Kündigungsanfechtung gem lit b leg cit bereits die **Tätigkeit als Verbindungsperson** zwischen Gewerkschaft und Betriebsbelegschaft.[382] Übt der Arbeitnehmer jedoch eine Tätigkeit ohne jegliche Verbindung mit einer Gewerkschaftsorganisation aus, kann eine darin begründete Kündigung auch dann nicht gem lit b leg cit angefochten werden, wenn diese Tätigkeit ihrem Inhalt nach dem Aufgabengebiet der Gewerkschaft entspricht.[383] Unter den Tatbestand der gewerkschaftlichen Tätigkeit hat die Rsp das **Abhalten**

[379] Vgl *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar I, § 105 ArbVG, Rz 195; EA Salzburg 5.9.1977, Re 5/77, Arb 9622 = ZAS 1978, 41; vgl auch die Rsp zu BRG 1919 betreffend den Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigungen wegen der aktiven Inanspruchnahme der Koalitionsfreiheit: EA Linz 12.6.1922 Reg I 206/22, Arb 3220.
[380] EA Wien 10.6.1964, Re 171/64, Arb 7949; EA Klagenfurt 8.4.1957, Re 5/57, Arb 6638.
[381] EA Graz 28.11.1966, Re 17/66, Arb 8397.
[382] VwGH 15.6.1983, Zl 82/01/0190, Arb 10.319 =RdA 1985/5 (117); VwGH 6.10.1992, Arb 10.151; EA Innsbruck 12.2.1982, Re 14/81, Arb 10.076; ua.
[383] VwGH 23.3.1961, Zl 1532/59 Arb 7356.

von gewerkschaftlichen Versammlungen bzw die **Teilnahme** an solchen[384] subsumiert. Ebenso ist der Kündigungsanfechtungsgrund gem § 105 Abs 3 Z 1 lit b ArbVG erfüllt, wenn sich der Arbeitnehmer in Lohnfragen an die Gewerkschaft wendet[385], für Gewerkschaften Propagandaaktivitäten entfaltet[386], neue Mitglieder anzuwerben versucht oder sich um eine Funktion in einer Gewerkschaftsorganisation bewirbt.[387]

2.3.2.2. Zur Frage der negativen Koalitionsfreiheit

Mit der Frage, ob auch eine Kündigung des Arbeitnehmers wegen des Austritts aus bzw der Nichtmitgliedschaft zu einer Gewerkschaft (**negative Koalitionsfreiheit)** vom Motivkündigungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG erfasst ist, musste sich die Rsp bislang noch nicht auseinandersetzen.

2.3.2.3. Zur Frage der Kündigung aufgrund der Streikteilnahme

In einem einzigen Urteil aus dem Jahre 1955, hatte das **EA Amstetten**[388] die Teilnahme an einem, von der Gewerkschaft gebilligten, **Streik als gewerkschaftliche Tätigkeit** angesehen und die darauffolgende Kündigung iSd § 105 ArbVG als rechtsunwirksam erklärt. Oberstgerichtliche Entscheidungen zur Frage der Streikteilnahme eines Arbeitnehmers und der rechtlichen Qualifizierung einer darauffolgenden Kündigung sind nicht zu finden. Dies resultiert wohl nicht zuletzt aus der Tatsache, dass Streiks in **Österreich** in der Praxis sehr selten sind.

---

[384] EA Wien 10.6.1964, Re 171/64, Arb 7949.
[385] EA Wien, 13.12.1947, Reg III 10/47, Arb 4923.
[386] EA Klagenfurt, 8.4.1857 , Re 5/57, Arb 6638.
[387] EA Graz 28.11.1966, Re 17/66, Arb 8397.
[388] EA Amstetten 4.2.1955, Re 13/54, Arb 6165: Das EA begründete seine Entscheidung damit, dass der Streik nicht von vornherein als ungerechtfertigt anzusehen war und als schärfstes gewerkschaftliches Mittel zur Erzielung besserer Einstufungen von Arbeitnehmern angewendet werden kann. Die Tatsache, dass der Betriebsinhaber bei der ersten Kündigungsnotwendigkeit ausschließlich seinerzeitige Streikteilnehmer gekündigt hatte, um sie „aus dem Betrieb zu bringen", sah das EA als rechtsunwirksam iSd § 25 Abs 3 lit a BRG 1947 an.

2.3.3. Literatur

2.3.3.1. Zur Reichweite der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG

Betreffend **lit a** leg cit setzt nach Ansicht der Lehre[389] der Kündigungsschutz **nicht erst** mit dem **tatsächlichen Beitritt** bzw der **Mitgliedschaft** ein, sondern beginnt **bereits** dann, wenn dem Arbeitgeber der diesbezügliche **Wunsch** des Arbeitnehmers **erkennbar** ist. So ist ***Gahleitner***[390] der Ansicht, dass der Kündigungsschutz bereits dann greift, wenn der Gewerkschaftsbeitritt noch nicht vollzogen, sondern **nur angestrebt** wird. Somit kann auch eine Kündigung aufgrund der **bloßen Ankündigung** des Arbeitnehmers, einer Gewerkschaft beizutreten, angefochten werden. Auch nach ***Wolligger***[391] und ***Trost***[392] genügt bereits der **geplante Gewerkschaftsbeitritt** als Kündigungsmotiv. Darüber hinaus unterliegt **auch** die Kündigung wegen einer **früheren Mitgliedschaft** zu einer Gewerkschaft der Anfechtung (lit e leg cit).[393]

Nach Ansicht von ***Schrank***[394] steht **auch** der **Wechsel** der **Gewerkschaftsmitgliedschaft** unter Schutz des lit a leg cit sowie **Aktivitäten zur Gründung** einer neuen Gewerkschaft. Erfasst sind ebenfalls der Beitritt oder die Mitgliedschaft zu Gewerkschaften, die noch keine Kollektivvertragsfähigkeit besitzen. Entsprechend dem Normzweck ist der Gewerkschaftsbegriff sehr weit zu verstehen und umfasst daher auch Interessenverbänden, die auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhen und Arbeitnehmerinteressen fördern wollen. [395]

Strassers[396] vertritt die Meinung, dass **gewerkschaftliche Tätigkeit** als Ausübung des Koalitionsrechts gem Art 11 EMRK und § 12 StGG zu verstehen ist.

---

[389] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 89.
[390] *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 23.
[391] Vgl *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 85.
[392] Vgl *Trost* DRdA 1987, 107.
[393] Vgl *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 85; *Strasser/Jabornegg,* Arbeitsverfassungsgesetz[3] (1999), § 105 Erl 31; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 89.
[394] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 89.
[395] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 89; *Wolligger* in ZellKomm § 105 ArbVG, Rz 87; *Strasser/Jabornegg,* ArbVG[3] § 105 Erl 32.
[396] *Strasser*, DRdA 1958, 67; Er bezieht sich hier noch auf den Tatbestand des § 25 Abs 3 BRG 1947. Zustimmend *Trost* DRdA 1987, 107.

Aus der **mittelbaren Wirkung**[397] dieser Grundrechte ergibt sich, gäbe es den Anfechtungstatbestand des § 25 Abs 3 BRG 1947 nicht, die Sittenwidrigkeit einer Kündigung wegen **gewerkschaftlicher Betätigung**. Die verschiedentliche gesetzliche Anerkennung von gewerkschaftlicher Tätigkeit zeigt sich auch darin, dass den Gewerkschaften selbst zahlreiche Befugnisse eingeräumt werden. Stellt diese somit das Kündigungsmotiv dar, so wäre die Kündigung auch ohne ausdrückliches, gesetzliches Verbot widerrechtlich. Nach Meinung *Strassers* entspricht **eben diese Widerrechtlichkeit**, die sich **aus der gesamten Rechtsordnung herleitet, dem österreichischen Begriff der Sittenwidrigkeit.**[398]

Nach heute hA[399] ist der Tatbestand der **gewerkschaftlichen Betätigung** gem § 105 Abs 3 Z 1 **lit b** ArbVG **funktional** zu verstehen, dh der Arbeitnehmer muss sich nicht in formellen Gremien oder aufgrund von Beschlüssen betätigt haben. „*Entscheidend ist, ob die tatsächliche oder vom Arbeitgeber vermutete Aktivität des Arbeitnehmers ihrem Inhalt und Erscheinungsbild nach funktional als gewerkschaftliche Tätigkeit aufzufassen ist.“* Bereits ***Floretta***[400] betont, es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich einer Gewerkschaft beigetreten ist oder ob die Mitgliedschaft zum Zeitpunkt der Kündigung noch besteht. Vielmehr ist ausschließlich das Motiv des Arbeitgebers entscheidend, dh **auch** seine **irrtümliche Annahme**, dass der **Arbeitnehmer gewerkschaftlich tätig** ist, genügt für die Erfüllung des Tatbestandes.

Für ***Schrank***[401] sind darunter sowohl **organisatorische Aktivitäten** im Rahmen von bestehenden Gewerkschaften (zB Mitgliederwerbung, Organisation, Abhalten von Sitzungen und Veranstaltungen, Beitragsinkasso, Kandidatur) als auch **inhaltliche Aktivitäten** für eine Gewerkschaft zu verstehen.

---

[397] Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht[10] (2007), Rz 1334; *Korinek/Holoubek,* Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 117 ff zur Theorie der mittelbaren oder unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten.
[398] *Strasser,* DRdA 1958, 67.
[399] *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 197; *dies,* DRdA 1987, 109ff; *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 24; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2] § 105 Anm 34; *Binder*, DRdA 1972, 353ff.
[400] *Floretta* in *Floretta/Strasser,* Handkommentar 633; vgl auch *Trost*, DRdA 1987, 110.
[401] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 91ff.

Zur Frage der Abgrenzung von gewerkschaftlicher Tätigkeit iwS und anderen ähnlichen oder allgemein-politischen Aktivitäten, vertritt *Schrank*[402] die Ansicht, dass es dafür keiner weiten Auslegung der Tatbestände des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG bedarf, soweit andere spezielle Tatbestände den gleichen Schutz gewähren. Darunter versteht er alle Aktivitäten zur Errichtung von bzw alle Tätigkeiten in Belegschaftsorganen, die durch die Kündigungsanfechtungsgründe des § 105 Abs 3 Z 1 lit c bis lit g und lit j ArbVG geschützt sind. Jedoch kann angesichts des Wortlauts des § 105 Abs 3 Z 1 lit b ArbVG nicht jedes interessenpolitische Eintreten für Arbeitnehmer oder deren Rechte dem Schutz des lit b leg cit unterstellt werden. Dieser beschränkt sich auf die inhaltliche Positionierung bzw auf Aktivitäten im Rahmen bestehender oder in Gründung befindlicher Gewerkschaften, nicht aber auf einen allgemein-politischen Schutz außerhalb des gewerkschaftlichen Organisationsrahmens. Solche „anderen" rein politische Aktivitäten sind, nach Ansicht *Schranks*, vom allgemeinen Kündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG nicht erfasst.

2.3.3.2. Zur Frage der negativen Koalitionsfreiheit

Expressis verbis spricht der Kündigungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG ja nur vom Beitritt und der Mitgliedschaft, nicht jedoch vom Austritt bzw der Nichtmitgliedschaft zu Gewerkschaften. Zur Thematik, ob auch die sog **negative Koalitionsfreiheit,** dh **Schutz vor Koalitionszwang** vom Gesetzeswortlaut des lit a leg cit erfasst sind, ist die Lehre geteilter Meinung. Insb ***Floretta, Strasser* und *Trost*** [403]gehen davon aus, dass im Falle einer Kündigung wegen des Widerstands des Arbeitnehmers gegen einen Koalitionszwang, der Kündigungsschutz des § 105 ArbVG nicht zur Anwendung kommt, jedoch in diesen Fällen die Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB positiv zu prüfen ist. *Trost* begründet dies vor allem damit, dass in den Materialien zum ArbVG[404] keine Andeutungen in diese Richtung vorhanden sind.

---

[402] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 92.
[403] *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 194; *Floretta/Strasser*, ArbVG Kommentar[2] (1988) § 105 Anm 26,30 u 31; aA *Brodil/Risak/Wolf*, Grundzüge[7] Rz 463; vgl auch *Marhold/Friedrich,* Öst. AR[2], 402 FN 64 (Verfassungsrechtlicher Schutz von positiver und negativer Koalitionsfreiheit).
[404] 840 BlgNR 993 BlgNR 13. GP.

Anderer Ansicht ist ***Schrank***, der auch die negative Koalitionsfreiheit vom Kündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG erfasst sieht. Er verweist insb auf die Bestimmungen des Antiterrorgesetzes.[405] *„Der darin zum Ausdruck kommende Schutz ließe die Nichtanfechtung von Kündigungen wegen Inanspruchnahme der negativen Koalitionsfreiheit rechtsstaatlich unerträglich erscheinen."* Nach Ansicht *Schranks*[406] ermöglicht der Gesetzeswortlaut diese Sicht, insb wegen der grundsätzlichen Gleichwertigkeit und Gleichgewichtung von positiver und negativer Koalitionsfreiheit. Er begründet dies auch mit der Bestimmung des § 12 Abs 1 ArbVG[407] („Außenseiterwirkung"), der die Rechtswirkung eines Kollektivvertrages auch für jene Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers eintreten lässt, die selbst nicht kollektivvertragsangehörig sind.

2.3.3.3. Zur Frage der Kündigung aufgrund der Streikteilnahme

Insb die Literatur hat sich mit der Thematik der Streikteilnahme und ihrer rechtlichen Beurteilung intensiv auseinander gesetzt. Die hL[408] in Österreich vertritt die bereits erwähnte **Trennungstheorie**[409]. Praktisch bedeutet dies, dass die kollektivrechtliche Qualifikation des Arbeitskampfes zwar rechtmäßig oder rechtswidrig sein kann, dies jedoch für die deswegen erfolgte Kündigung individualrechtlich ohne Belang ist. Somit kann auch die Teilnahme des einzelnen Arbeitnehmers an einem Streik aus arbeitsrechtlicher Sicht rechtswidrig sein

[405] BGBl 1930/113 idgF: Bundesgesetz vom 5. April 1930 zum Schutz der Arbeits- und Versammlungsfreiheit.
[406] *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 90; *Schrank* verweist explizit auf § 2 Abs 2 AntiterrorG, der den möglichen und geschützten Widerruf des Einverständnisses des Arbeitnehmers zum Abzug von Gewerkschaftsbeiträgen vom Entgelt normiert; vgl auch *Reissner*, ZAS 1995, 62.
[407] Vgl § 12 Abs 1 ArbVG: Die Rechtswirkungen des Kollektivvertrages treten auch für Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers ein, die nicht kollektivvertragsangehörig sind (Außenseiter).
[408] Vgl *Jabornegg/Resch*, AR[4] Rz 1040; *Rebhahn,* JBl 1992, 499; *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR II[4], 185f u 220 f; *Marhold/Friedrich*, Öst. AR[2], 507; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel,* AR II[7], 360ff.
[409] Im Gegensatz dazu geht die, aus Deutschland ausgehende, sog **Einheitstheorie** von einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung der kollektiven Gesamtaktion (Streik) und des individualrechtlichen Arbeitsvertrages aus. Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/019 u 11/051; *Krömer*, Das Ende der Trennungstheorie, ZAS 2012, 200.

(Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten) und zu einer fristlosen Entlassung (§ 27 Z 4 AngG bzw § 82 lit f GewO) führen.[410]

In jüngerer Zeit wird in der Literatur[411] demgegenüber jedoch die Meinung vertreten, dass die Trennungstheorie in Hinblick auf den internationalen Wertewandel und die **Entwicklung** des **Streikrechts** als **soziales Grundrecht**[412] nicht mehr aufrecht zu erhalten ist. *Risak* weist idZ auf die Relevanz der Grundrechte auch für innerstaatliche Sachverhalte hin, die sich aus der **Rsp des EGMR**[413] betreffend die **Koalitionsfreiheit** iSd Art 11 EMRK ableiten.[414] Von besonderer Bedeutung ist idZ die Betonung des Gerichtshofes, dass bei der Auslegung der EMRK auch andere internationale Rechtsquellen berücksichtigt werden müssen (ESC und GRC). Die EMRK sei als sog ***„living instrument"*** zu betrachten, *„das im Lichte der gegenwärtigen faktischen Bedingungen zu interpretieren ist, wobei insbesondere die Entwicklungen des internationalen Rechts zu berücksichtigen sind."*[415] Zur Frage des Streikrechts ist vor allem das Urteil in der Rechtssache **Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei** wegweisend. Der EGMR sprach in dieser Entscheidung aus, dass vom Recht auf Koalitionsfreiheit auch die Organisation bzw die Streikteilnahme umfasst ist. Für das österreichische Recht ergibt sich daraus, dass mit Art 11 EMRK auf verfassungsrechtlicher Ebene, ein Grundrecht auf „kollektive Maßnahmen"[416] und daraus abgeleitet ein subjektives Recht auf Streik besteht.

---

[410] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/052; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 356; *Marhold/Friedrich*, Öst. AR[2], 507: Im umgekehrten Fall berechtigt auch das planmäßige Vorenthalten des Entgelts seitens des Arbeitgebers im Fall der Aussperrung, den Arbeitnehmer zum Austritt gem § 26 Z 2 AngG u § 82a lit d GewO.

[411] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/052; *Risak,* 3,65 oder 5,5%, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen- Oktoberstreik" 2011, Juridikum 2012, 23; *Krömer*, ZAS 2012, 200.

[412] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/052; *Marhold/Friedrich*, AR[2], 497.

[413] EGMR, Urteil vom 21.4.2009, Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei, Beschwerde Nr 68959/01.

[414] Vgl *Risak,* Juridikum 2012, 27: Vorbehalt Österreichs zu **Art 6 Abs 4** der revidierten Europäischen Sozialcharta (**ESC**), welche den Streik als wesentlichen Aspekt wirksamer Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen anführt. Ebenso **Art 28** der Europäischen Grundrechtscharta (**GRC**), welche das Recht von Arbeitnehmern festlegt, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen (einschließlich des Streiks) zu ergreifen. Dieser Grundrechtsschutz ist auf den Bereich des Unionsrechts eingeschränkt und daher für innerstaatliche Sachverhalte ohne Belang.

[415] *Risak,* Juridikum 2012, 28.

[416] *Risak*, Grundrechte auf kollektive Aktion - Neue Impulse von Seiten der EMRK?" (2012) 93; ebenso *Wedl,* DRdA 2009, 458; *ders,* Juridikum 2010, 63; *Burger*, Das Ende des Streikrechts (2011) 114 u 170.

Eine darauf folgenden individualrechtliche Beendigungserklärung wegen der Teilnahme an einem Streik kann daher nicht mehr ausgesprochen werden, da sie aus einem verpönten Motiv erfolgt. Sieht man daher die Streikteilnahme als Ausfluss des Koalitionsrechts an, so kann eine Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a u lit b ArbVG angefochten werden. Außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes iSd ArbVG ist, nach Ansicht *Risaks,* eine solche Kündigungserklärung gem § 879 ABGB wegen Sittenwidrigkeit unzulässig und damit rechtunwirksam.[417]

2.3.4. Eigene Ansicht

2.3.4.1. Zur Reichweite der Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG

Sowohl Rsp[418] als auch die hL[419] gehen mE zu Recht von einem weiten, weil funktionalem, Verständnis des Begriffs „gewerkschaftliche Betätigung iwS“ aus. Dies entspricht auch der grundlegenden Intention des Gesetzgebers, die (positive) Koalitionsfreiheit auf einfachgesetzlicher Ebene zu gewährleisten. IdZ kann man von einem **starken Bestandsschutz** bzw **sinnbildlich** von einem sehr dichten **Auffangnetz** sprechen, welches den Arbeitnehmer ausreichend vor Kündigungen aufgrund gewerkschaftlicher Aktivitäten iwS schützt (s obig Pkt 2.3.2.1. sowie Pkt 2.3.4.1.).

Die Abgrenzung von gewerkschaftlicher zu **rein politischer Tätigkeit**, ohne jeglichen Bezug zu einer Gewerkschaft, ergibt sich mE nicht nur aus der wörtlichen Auslegung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG, sondern ebenso aus einer historischen Betrachtung der Schutzintention des Gesetzgebers. Liegt der Kündigungsgrund des Arbeitgebers also in anderen politischen Aktivitäten des

[417] Vgl *Risak,* Juridikum 2012, 29ff mwN; aA *Krömer* (ZAS 2012, 205), die im Urteil des EGMR (*Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei*), keine ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts als Kernelement des Art 11 EMRK sieht, da die Entscheidung in diesem Fall nicht von der Großen Kammer, getroffen wurde, wie dies bei schwerwiegenden Auslegungsfragen (iSd Art 30 u 43 EMRK) vorgesehen ist.

[418] VwGH 15.6.1983, Zl 82/01/0190, Arb 10.319 =RdA 1985/5 (117); VwGH 6.10.1992, Arb 10.151; EA Innsbruck 12.2.1982, Re 14/81, Arb 10.076; ua.

[419] *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 197; *dies,* DRdA 1987, 109ff; *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4], § 105 ArbVG, Erl 24; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2] § 105 Anm 34; *Binder*, DRdA 1972, 353ff.

Arbeitnehmers, die keinerlei gewerkschaftlichen Bezug aufweisen, so kann sich der gekündigte Arbeitnehmer nicht auf den Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG stützen. Konkrete Fallkonstellationen werden im Rahmen des **individuellen Kündigungsschutzes** besprochen (s Teil II, Kap 3).

Soweit ein Arbeitnehmer dem **Geltungsbereich des ArbVG nicht unterliegt** (insb leitende Angestellte/Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben), besteht gegen Arbeitgeberkündigungen grundsätzlich keine Anfechtungsmöglichkeit iSd § 105 ArbVG. Verfassungsrechtlich verankerte **Grundrechte**, wie das **Koalitionsrecht**, gelten jedoch unabhängig von Anwendung betriebsverfassungsrechtlicher Normen.

An dieser Stelle ist auf die Bedeutung verfassungsrechtlich verankerter Grundrechte für private Rechtsverhältnisse einzugehen. Zur Vermeidung von Redundanzen wird in den nachfolgenden Kapiteln dann auf diese grundlegende, hier ausgearbeitete Position verwiesen. Neben dem klassischen Verständnis der Grundrechte als staatsgerichtete Abwehrrechte, kommt mE hier die Lehre der **mittelbaren Wirkung**[420] der Grundrechte zum Tragen. Nach dieser Theorie ist, neben der Bindung des einfachen Gesetzgebers an die Verfassung, diese ebenso bei der Auslegung des Privatrechts zu berücksichtigen. Durch das Gebot einer verfassungskonformen Interpretation wirken Grundrechte somit mittelbar auch auf Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen, insb bei der Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln (wie der Guten-Sittenklausel des § 879 ABGB).[421]

Daraus ergibt sich, dass eine Arbeitgeberkündigung wegen des Beitritts, der Mitgliedschaft oder der Tätigkeit in und zu Gewerkschaften, das Grundrechts auf Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK und Art 12 StGG verletzt. Das funktionale

---

[420] Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht[10] (2007), Rz 1334; *Korinek/Holoubek,* Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 117 ff zur Theorie der mittelbaren oder unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten; *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741; ua. Im Gegensatz dazu sieht die Theorie zur unmittelbaren Drittwirkung in bestimmten Grundrechten unmittelbar anwendbare, anspruchsbegründende Normen, die der Einzelne unmittelbar gegen einen anderen Privaten geltend machen kann.

[421] Vgl *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[7] (1992), 466; Grundrechtlich geschützte Werte sind bei Auslegung der Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts ebenfalls zu berücksichtigen. Vgl auch *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I13, 33f; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 743;

Verständnis gewerkschaftlicher Betätigung iwS, muss mE diesbezüglich **auch für Arbeitnehmer außerhalb des Anwendungsbereichs** des ArbVG gelten. Dh auch wenn der Arbeitgeber irrtümlich davon ausgeht, der betroffene Arbeitnehmer sei gewerkschaftlich tätig bzw Mitglied einer Gewerkschaft oder wolle einer solchen beitreten, so liegt einer darauf beruhenden Beendigungserklärung ein verwerfliches und grundrechtswidriges Motiv zugrunde. Umso mehr, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich einer Gewerkschaft beitritt bzw sich als Mitglied in einer Gewerkschaftsorganisation engagiert. Die Arbeitgeberkündigung verletzt auch in diesem Fall das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht der Koalitionsfreiheit und ist damit als **sittenwidrig** iSd der **Generalklausel** des **ABGB** zu qualifizieren.

2.3.4.2. Zur Frage der negativen Koalitionsfreiheit

Betreffend die Ausübung der **negativen Koalitionsfreiheit** (s Pkt 2.1.3.3.), geht ein Teil der Literatur davon aus, dass bei Kündigungen wegen des Widerstands des Arbeitnehmers einer Gewerkschaft beizutreten oder bei Austritt aus einer solchen, kein Anwendungsfall des allgemeinen Kündigungsschutzes vorliegt, sondern die Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB zu prüfen ist. Diese Ansicht wird vorwiegend auf den Wortlaut des § 105 Abs 3 Z 1 lit a bzw lit b ArbVG gestützt, der von Beitritt oder Mitgliedschaft, jedoch nicht von Austritt spricht. Allerdings muss mE Art 11 EMRK idZ genauer betrachtet werden. Art 11 leg cit spricht vom **Recht** jedes Menschen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten, **nicht von einer Pflicht**. Daher darf mE genauso, wie die Ausübung eines Grundrechts, auch die Nichtausübung eines Grundrechts, nicht Motiv einer arbeitsrechtlichen Kündigung sein. Dies gilt jedenfalls für Arbeitnehmer, die dem ArbVG nicht unterliegen. Für Arbeitnehmer innerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG ist das Vorliegen einer planwidrigen Lücke anzudenken, die durch Analogie zu schließen ist. „*Der äußerst mögliche Wortsinn steckt die Grenze jeglicher Auslegung ab*“[422] („Beitritt“ und „Mitgliedschaft“). Tritt der Arbeitnehmer also aus einer Gewerkschaft aus und wird er deswegen gekündigt, so stellt dies mE ein ebenso verwerfliches Motiv dar, wie eine Kündigung wegen des Beitritts. Die Sachverhalte sind einander ähnlich und haben eine ähnlich schwere Gewichtung. ME ist daher von einer analogen Anwendung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG auszugehen.

[422] *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I[13], 23.

Die Geltendmachung der Grundrechtswidrigkeit für Arbeitnehmer zB in Kleinstbetrieben ist in dieser Fallkonstellation auf die Rechtsgrundlage des § 879 ABGB zu stützen, da hier das ArbVG nicht zur Anwendung kommt und auch eine analoge Anwendung ausscheidet.

2.3.4.3. Zur Frage der Kündigung aufgrund der Streikteilnahme

Hinsichtlich eines Kündigungsausspruches aufgrund einer Streikteilnahme, geht die bislang hL[423] von einer getrennten rechtlichen Beurteilung des Streiks als kollektive Gesamtmaßnahme und der daran anknüpfenden individuell-rechtlichen Konsequenzen (Entlassung oder Kündigung) aus. Das Dogma der sog Trennungsthese wird in jüngster Zeit durch die Judikatur des EGMR und den stetigen Wertewandel[424] durchbrochen und in Frage gestellt. Folgt man der jüngeren Lehre[425], dass aus der Koalitionsfreiheit (insb Art 11 EMRK) ein Recht auf Streik abgeleitet werden kann, so kommt man auch für das österreichische Recht zu dem Schluss, dass letztlich ein subjektives Recht auf Streik besteht.
ME ist damit das **Recht auf Streik** dem **Recht auf Koalitionsfreiheit inhärent.** Denn obwohl nicht jede Versammlung oder kollektive Handlung eine Streikhandlung darstellt, so ist doch umgekehrt jede Streikhandlung als kollektive Maßnahme zu betrachten, die von Art 11 EMRK verfassungsrechtlich geschützt ist. Nimmt der Arbeitnehmer also an einer gewerkschaftlich organisierten und auch rechtmäßigen Streikmaßnahme[426] teil, so übt er damit ein ihm verfassungsrechtlich gewährleistetes Grundrecht, dh ein subjektives Streikrecht aus.

Und genau dieses Koalitionsrecht will der Gesetzgeber mit § 105 Abs 3 Z 1 lit a und b ArbVG auch auf einfachgesetzlicher Ebene schützen, denn der **Schutz gewerkschaftlicher Tätigkeiten iwS** umfasst nicht nur den Beitritt zu

[423] Vgl *Rebhahn,* Neues zum Streikrecht?, JBl 1992, 499; *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR II[4], 185f u 220 f; vgl auch *Marhold/Friedrich*, Öst. AR[2], 507; ua.
[424] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/052; *Risak,* Juridikum 2012, 23; *Krömer*, ZAS 2012, 200.
[425] *Risak*, Juridikum 2012, 23; *ders,* Grundrechte auf kollektive Aktion (2012) 112; *Wedl,* DRdA 2009, 458; *ders,* Juridikum 2010, 63; *Burger*, Das Ende des Streikrechts (2011) 114 u 170.
[426] Die Frage wie das Vorliegen eines rechtswidrigen Arbeitskampfes und die damit verbundenen individualrechtlichen Maßnahmen zu beurteilen sind, wird im Rahmen dieser Dissertation ausgespart.

Gewerkschaften, sondern ebenso das **Abhalten von gewerkschaftlichen Versammlungen** bzw die **Teilnahme** an solchen.[427] Es ist mE der Ansicht der neueren Literatur zu folgen, wonach die Streikteilnahme als Ausfluss des Koalitionsrechts zu verstehen ist. Als Konsequenz daraus kann eine derart motivierte Kündigung, innerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a u lit b ArbVG angefochten werden.

Deshalb kann allerdings die Trennungstheorie nicht weiter aufrecht erhalten werden, denn ist es dem Arbeitgeber individualarbeitsrechtlich erlaubt eine Kündigung (bzw Entlassung) auszusprechen und die Handlung somit nachträglich zu „sanktionieren", so führt sich damit das Koalitionsrecht ad absurdum. Umso mehr, da der Entschluss zu streiken, aus einem, dem Arbeitnehmer essentiellen Anliegen heraus erfolgt (Verbesserung von Arbeitsbedingungen, Lohnforderungen, etc). Weiters konterkariert der Arbeitgeber damit dieses Grundrecht auch in Hinkunft, da Arbeitnehmer, aus Angst vor Entlassung oder Kündigung, von einem Streik bzw der Teilnahme daran absehen.

Für Arbeitnehmer, die dem allgemeinen Bestandsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG nicht unterliegen, besteht kein derartiger Schutzmechanismus auf einfachgesetzlicher Ebene, jedoch entfalten die im Verfassungsrang stehenden Grundrechte ebenso Gültigkeit. Hier kommt wiederum die bereits dargestellte mittelbare Wirkung der Grundrechte zur Anwendung (Pkt 2.3.4.1./Seite 136), wonach die „Kernwirkung" der Grundrechte nicht nur für das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat Bedeutung haben (dh „staatsgerichtet" sind), sondern auch im Verhältnis zwischen Privaten durch die verfassungskonforme Auslegung von Generalklauseln[428] mittelbar greifen. Demnach kann mE ein betroffener Arbeitnehmer die Nichtigkeit einer Kündigungserklärung wegen der Teilnahme an einer Streikhandlung mE auf Grundlage des § 879 ABGB stützen.

[427] EA Wien 10.6.1964, Re 171/64, Arb 7949.
[428] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 13; *Kolmasch* in *Schwimann,* ABGB Taschenkommentar[2] (2013) § 879 Rz 4.

2.4. Kündigung wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung (§ 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG)

Der Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 **lit c** ArbVG fand erst mit der Erlassung des ArbVG 1974[429] Aufnahme in den Katalog der verpönten Motive. Weder das BRG 1919, noch das BRG 1947 enthielten eine solche Bestimmung. Soweit in einem Betrieb insgesamt oder für eine eigene Arbeitnehmergruppe ein **BR besteht,** so ist der BR gem **§ 45 ArbVG** als **Kollegialorgan primär** zur Einberufung von Gruppen- oder Betriebsversammlungen berechtigt und zwar sowohl für ordentliche als auch für außerordentliche Versammlungen.[430] Auch wenn der Wortlaut von Betriebsversammlung spricht, ist nach hA[431] damit eine Belegschaftsversammlung iwS gemeint, dh auch eine Gruppenversammlung iSd § 41 ArbVG.

Soweit der BR seine Einberufungsbefugnis selbst wahrnimmt, kommt § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG nicht zur Anwendung, da hier der Sonderkündigungsschutz der §§ 120 ff ArbVG greift.[432] Erst im Fall, dass (noch) gar kein BR besteht oder dieser **vorübergehend funktionsunfähig** ist, normiert **§ 45 Abs 2 ArbVG** eine „**Ersatzzuständigkeit**" für die Einberufung. In diesem Fall kann der **an Lebensjahren älteste Arbeitnehmer** oder eine Gruppe von Arbeitnehmern (mindestens so viele Arbeitnehmer als BR-Mitglieder zu wählen sind) gem § 45 Abs 2 Z 1 leg cit die Einberufungsbefugnis wahrnehmen. Die Betriebsrats-Geschäftsordnung[433] (BRGO 1974) legt für die Einberufung zusätzlich bestimmte Formerfordernisse fest. Auf die Abgrenzungsthematik der vorübergehenden Funktionsunfähigkeit zur dauernden Funktionsunfähigkeit des BR und der Problematik einer sog „wilden" Betriebsversammlung soll hier nicht näher eingegangen werden.[434] Wird nun der Arbeitnehmer wegen der Einberufung einer

[429] BGBl 1974/22.
[430] Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar, § 45 Rz 1ff.
[431] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 202; *Floretta,* Handkommentar, 634; vgl auch EA Innsbruck 17.11.1983 Re 38/83, Arb 10.281 = ZAS 1984, 81 = RdW 1984, 85.
[432] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 202.
[433] BGBl 1974/355 idgF.
[434] Vgl *Aigner,* Wilde Betriebsversammlung und Abwahl eines untätigen Betriebsrates, ZAS 2001 Judikaturbeilage 1; *Obereder*, Zur Zulässigkeit von wilden Betriebsversammlungen, ecolex 1999, 840; *Stärker,* Wer kann eine Betriebsversammlung einberufen?, ecolex 2000, 305; *Wolf*, Die subsidiäre Einberufung von Betriebsversammlungen, ecolex 1999, 640; *Engelbrecht*,

Betriebsversammlung gekündigt, normiert § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG die Anfechtungsmöglichkeit dieser Kündigung.

2.4.1. Judikatur

Nach Ansicht des **VwGH**[435] ist die Einhaltung der entsprechenden **Formvorschriften** für die Einberufung einer Betriebsversammlung nicht ausschlaggebend für den Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG. In der früheren Rsp[436] war jedoch unklar, ob der Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG auch dann erfüllt ist, wenn der betroffene Arbeitnehmer **gar nich**t **zur Einberufung** der Versammlung **berechtigt** war (zB der nicht an Lebensjahren älteste Arbeitnehmer). Mittlerweile legt auch der OGH[437] hier einen großzügigen Maßstab an und sieht das **formelle Einberufungsrecht nicht** als **maßgeblich** an. Darüber hinaus setzt nach Ansicht der Judikatur der Kündigungsschutz gem § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG nicht erst mit der tatsächlichen Einberufung der Versammlung ein, sondern **beginnt bereits** mit der entsprechenden **Absicht** zur Einberufung der Betriebsversammlung bzw es genügen auch schon **konkrete Vorbereitungshandlungen**.[438] Die mittlerweile stRsp spiegelt sich in folgendem Leitsatz des OGH[439] wider: "*Es genügt, dass die Kündigung wegen der Aktivitäten des Arbeitnehmers zur Vorbereitung einer Betriebsversammlung erfolgt ist; ob der gekündigte Arbeitnehmer zur Einberufung der Betriebsversammlung berechtigt war oder ob diese tatsächlich zustande gekommen ist, ist nicht entscheidend.*"

Funktionsunfähigkeit und Untätigkeit des Betriebsrats, RdW 2001/688; OGH 17. 1. 1990, 9 ObA 347/89, RdW 1990, 321 = ZAS 1994, 20 (*Aigner*).

[435] VwGH 15.6.1983, 82/01/0190, Arb 10.319 = RdA 1985/5 (117).

[436] EA Wien 23.6.1981, Re II 191/81, Arb 9990 = ZAS 1981, 161; EA Innsbruck 12.2.1982, Re 14/81, Arb 10.076.

[437] OGH 26.2.1998, 8 Ob 62/98w, RdA 1999, 75 = ARD 4991/7/98.

[438] OLG Wien 27.6.1991, 31 Ra 43/91, ARD 4293/3/91.

[439] OGH 26.2.1998, 8 Ob 62/98w, RdA 1999, 75 = ARD 4991/7/98.

2.4.2. Literatur

In der Literatur wird der Motivkündigungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG ebenfalls weit ausgelegt. So geht die hL[440] davon aus, dass unter **„Betriebsversammlung“** jede Art von Belegschaftsversammlung zu verstehen ist, also auch Gruppenversammlungen.[441] Zur Frage, was unter **Einberufung** zu verstehen ist, genügt nach Ansicht der hM[442] **jedwede Vorbereitungshandlung** zur Erfüllung des Tatbestandes, da der Arbeitgeber ansonsten die Einberufung einer Betriebsversammlung durch die vorzeitige Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers verhindern könnte. Auch kann jener Arbeitnehmer, der sich nur um die Einberufung bemüht hat, nicht schlechter gestellt werden, als jener Arbeitnehmer, dessen Bemühungen hinsichtlich der Einberufung tatsächlich erfolgreich waren. Für die Erfüllung des Tatbestandes iSd § 105 Abs 3 Z 1 **lit c** ArbVG ist es, nach **hM**[443], **nicht erforderlich**, dass der gekündigte **Arbeitnehmer zur Einberufung berechtigt** war oder ob es tatsächlich zu einer **Abhaltung** der Betriebsversammlung gekommen ist. Selbst der untaugliche Versuch einer Einberufung ist vom Tatbestand des lit c leg cit erfasst. Auch muss die Bekanntmachung der Einberufung nicht an den Adressaten gelangt sein.[444]

Die Einberufung einer Betriebsversammlung, als Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse, ist grundsätzlich durch das Benachteiligungsverbot iSd § 37 Abs 1 ArbVG geschützt. Betreffend das Verhältnis des Motivkündigungstatbestandes zur Generalklausel des ABGB, ist *Trost* der Ansicht, dass bei Fehlen der Regelung des § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG, eine Kündigung wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung gegen das Benachteiligungsverbot des § 37 Abs 1 ArbVG verstoßen würde und damit

---

[440] Vgl *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f); *Floretta*/Strasser, Handkommentar 634; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 36 (270); *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 96.

[441] Für die Einberufung von Betriebshauptversammlungen ist hingegen der Betriebsausschuss zuständig, dessen Mitglieder als Betriebsräte dem besonderen Kündigungsschutz des §§ 120 ff ArbVG unterliegen. Vgl *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f).

[442] *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f); *Floretta/Strasser*, Handkommentar 634; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 35 (270); *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 25; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 204; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 96.

[443] *Floretta* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[3], 280; *Schwarz* in *Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz*, Arbeitsverfassungsrecht III (1994), 215; *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f); *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 25; aA *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 96.

[444] Vgl *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f).

gesetzwidrig, dh rechtunwirksam iSd § 879 ABGB wäre. Der Motivkündigungsschutz gem **§ 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG** stellt nach Meinung der Literatur[445] eine **lex specialis zu § 37 Abs 1 ArbVG** dar. Somit wäre eine Kündigung, als gröbste Form der Benachteiligung, ohne den Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG als gesetzwidrig iSd § 879 ABGB zu qualifizieren.

2.4.3. Eigene Ansicht

In diesem Zusammenhang sind, ausgehend von der Annahme, dass es sich um das einzige bzw ausschlaggebende Kündigungsmotiv handelt, mE vier Fallkonstellationen denkbar**.**

Fall 1: Der Betrieb unterliegt dem **Anwendungsbereich des ArbVG** und es handelt sich um einen **Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG**, der die Betriebsversammlung einberuft. **Innerhalb des ArbVG**, sind Arbeitnehmer gegen Kündigungen wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung durch die Regelung des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG als lex specialis zu § 37 Abs 1 ArbVG (Benachteiligungsverbot) hinreichend geschützt. Sei es, dass der Arbeitnehmer nur Vorbereitungshandlungen trifft, seine Absicht diesbezüglich kundtut oder tatsächlich die Einberufung durchführt, unabhängig von formellen Erfordernissen oder seiner tatsächlichen Berechtigung iSd § 45 Abs 2 ArbVG. Wie bereits ausgeführt, versteht die zutreffende hL[446] zum einen unter **„Betriebsversammlung“** jede Art von Belegschaftsversammlung und zum anderen genügt nach richtiger Ansicht der hM[447] **jedwede Vorbereitungshandlungen** zur Erfüllung des Tatbestandes. Für die Erfüllung des § 105 Abs 3 Z 1 **lit c** ArbVG ist es, nach **hM**[448], zu Recht **nicht erforderlich**, dass der gekündigte **Arbeitnehmer zur Einberufung berechtigt** war oder ob es tatsächlich zu einer **Abhaltung** der Betriebsversammlung gekommen ist. In dieser Fallkonstellation ist eine Kündigung aufgrund der Einberufung einer

[445] *Floretta/Strasser*, Handkommentar 634.
[446] *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f); *Floretta/Strasser*, Handkommentar 634; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 36 (270).
[447] *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f); *Floretta/Strasser*, Handkommentar 634; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 35 (270); *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 25; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch,* ArbVG Kommentar § 105 Rz 204.
[448] *Floretta* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[3], 280; *Schwarz* in *Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz*, Arbeitsverfassungsrecht III, 215; *Trost*, DRdA 1987, 1 (111f); *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 25.

Betriebsversammlung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG anfechtbar. Handelt es sich bei dem Einberufenden darüber hinaus um ein **BR-Mitglied**, welches iSd § 45 Abs 1 ArbVG die Einberufung der Betriebsversammlung durchführt, so unterliegt diese Person dem **besonderen Bestandsschutz der §§ 120 ff ArbVG.**

Fall 2: Auch hier unterliegt der Betrieb dem Geltungsbereich des ArbVG, jedoch wird die Betriebsversammlung durch jemanden einberufen, der nicht die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG erfüllt. Denkbar, wenn auch in der **Praxis** höchst **unwahrscheinlich**, ist zB der Fall, dass Personen, die kurzfristig zu Schulungs- und Ausbildungszwecken in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, die Einberufung vornehmen. Abgesehen davon, dass diese Personen nicht zur Einberufung einer Betriebsversammlung berechtigt sind, gilt für sie, mangels Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft, weder der allgemeine Kündigungsschutz iSd § 105 Abs 3 z 1 lit c ArbVG, noch das Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot gem § 37 ArbVG. Wie ist nun die Kündigung zu beurteilen?

Unabhängig von der formalen Berechtigung sind solche Aktivitäten materiell-rechtlich als gewerkschaftliche Handlungen iwS zu sehen. Wie bereits unter Pkt 2.3.4.1. ausgeführt, geht die hL[449] von einem funktionalen Verständnis **gewerkschaftlicher Betätigung** (§ 105 Abs 3 Z 1 **lit b** ArbVG) aus. In diesem Sinne kann man **Aktivitäten** zur **Einberufung von Belegschaftsorganen** als koalitionspolitische Maßnahme und damit als Ausübung der Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK bzw Art 12 StGG betrachten. Eine nachfolgende Arbeitgeberkündigung verletzt damit das Grundrecht der Koalitionsfreiheit. Da jedoch auch die Anfechtungstatbestände gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG hier ebenso wenig Anwendung finden, wie jener nach lit c leg cit, weil der gekündigte Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des ArbVG nicht erfasst ist, bleibt auch hier nur der Rückgriff auf die Generalklausel des ABGB. Im Wege der oben angesprochenen mittelbaren Wirkung der Grundrechte (s Pkt 2.3.4.1.), kann der Arbeitnehmer mE allein auf der Rechtsgrundlage des § 879 ABGB die Nichtigkeit der Kündigung geltend machen.

[449] *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 197; *dies,* DRdA 1987, 109ff; *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 24; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2] § 105 Anm 34; *Binder*, DRdA 1972, 353ff.

Fall 3: Für Arbeitnehmer **außerhalb** des Anwendungsbereichs des ArbVG sind folgende Anwendungsfälle denkbar. Handelt es sich um einen Kleinstbetrieb mit weniger als fünf Arbeitnehmern, scheidet die Einberufung einer Betriebsversammlung iSd ArbVG aus. Wechselt jedoch ein Arbeitnehmer, der vormals in einem betriebsratspflichtigen Betrieb tätig war und dort Handlungen als BR zur Einberufung von Betriebsversammlungen gesetzt hatte, nun in einen Kleinstbetrieb, so wäre eine Kündigung nur aufgrund dieser vormaligen Tätigkeit als sittenwidrig iSd § 879 ABGB einzustufen. Sei es, weil der Arbeitgeber die Kündigung aus Gründen der Vergeltung bzw der Ablehnung ausspricht oder als präventive Maßnahme trifft, um bei zukünftiger Erweiterung seines Betriebes ähnliche Aktivitäten des betroffenen Arbeitnehmers zu verhindern.

Fall 4: Ebenso stellt das Absinken der Arbeitnehmeranzahl eines Betriebes iSd ArbVG, der dann zum **Kleinstbetrieb** wird und damit **nicht** mehr dem **Anwendungsbereich des ArbVG** unterliegt, eine spezielle Situation dar. Wird der Arbeitnehmer nun gekündigt, weil er in der Zeit davor als BR tätig war und Handlungen zur Einberufung einer Betriebsversammlung gesetzt hat, so ist zu fragen, wie eine Kündigung rechtlich zu beurteilen wäre.

In der Entscheidung aus 2006[450] schließt sich der OGH der Meinung des VwGH[451] und einem Teil der Lehre[452] an, dass die vorzeitigen Beendigungsgründe der Tätigkeitsdauer des BR taxativ in § 62 ArbVG aufgezählt sind und dem Gesetzgeber ein Herabsinken der Anzahl der Arbeitnehmer durchaus bewusst war und diesen Fall des § 50 Abs 2 ArbVG nicht als Beendigungsart normiert hat. Somit ist von einem Weiterbestehen des BR auszugehen und führt dazu, dass den BR-Mitgliedern auch weiterhin der spezielle Kündigungs- und Entlassungsschutz zusteht. Daher bleibt für die Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB kein Raum.

[450] OGH 7.6.2006, 9 ObA 90/05h.
[451] VwGH 24.4.1987 GZ 86/01/0282.
[452] Vgl *Grießer*, Untergang des Betriebsrates im Kleinstbetrieb, RdW 2000, 291; *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller,* ArbVG II[3] (2004), § 62 Erl 3; *Schneller* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller,* ArbVG II[3] (2004), § 40 Erl 4; *Kallab* in ZellKomm § 63 Rz 1f; ua.

2.5. Kündigung wegen der Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes, einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge (§ 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG)

Durch den Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG sollen Arbeitnehmer vor Kündigungen wegen der **Funktionsausübung bei** der Vorbereitung einer **BR-Wahl** geschützt werden. Es wird damit sicher gestellt, dass eine BR-Wahl ordnungsgemäß durchgeführt werden kann und Personen, die nicht selbst kandidieren, jedoch notwendige Funktionen zur Durchführung ausüben, durch die Anfechtungsmöglichkeit gegen eine derart motivierte Kündigung geschützt sind.[453] In diesem Zusammenhang ist auch **§ 130 Abs 4 Z 3 ArbVG** zu nennen, der eine Kündigungsanfechtung gem § 105 ArbVG wegen der Betätigung als Mitglied des Wahlvorstandes bei der Wahl des **Jugendvertrauensrates** vorsieht. Offen ist allerdings die Frage, ob der Motivkündigungsschutz auch dann greift, wenn die Kündigung wegen der Bemühungen eines Arbeitnehmers, eine Funktion als Mitglied eines solchen Gremiums zu erlangen, ausgesprochen wird. Im Folgenden wird, aufgrund der mangelnden Auseinandersetzung in der Judikatur, vorwiegend auf die Ansicht in der Literatur eingegangen.

2.5.1. Literatur

Anders als Wahlzeugen oder Mitglieder einer Wahlkommission, unterliegen Mitglieder eines Wahlvorstandes neben dem Motivschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG, zusätzlich dem Sonderkündigungsschutz gem **§ 120 Abs 4 Z 2 ArbVG**, allerdings erst ab dem Zeitpunkt ihrer Bestellung. In der Literatur[454] wird daher zu Recht die Frage aufgeworfen, weshalb hier zusätzlich ein Schutzmechanismus im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes gem § 105 ArbVG geschaffen wurde. ***Trost***[455] beantwortet die Frage dahingehend, dass der Sonderkündigungsschutz mit dem Ablauf der Frist zur Anfechtung der Wahl endet und daran anschließend der Motivkündigungsschutz des § 105 ArbVG einsetzt (ein Monat nach Mitteilung des Wahlergebnisses). Für den **Zeitraum davor**, dh vor der Bestellung zum Wahlvorstand bzw für die Bewerbung um eine solche

[453] *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 26.
[454] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 206.
[455] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 206.

Funktion, besteht kein entsprechender Kündigungsschutz. *Trost* sieht es aber als ebenso verwerflich an, wenn die Kündigung wegen des Versuchs in den Wahlvorstand zu gelangen ausgesprochen wird. Auch wenn ein Arbeitnehmer generell Bemühungen um die jeweilige Funktion als Wahlvorstandsmitglied, Wahlkommissionsmitglied oder Wahlzeuge setzt, geht ***Trost*** von einer **Regelungslücke** aus, die durch **Analogie** zu schließen ist. Ihrer Meinung nach, sind auch Kündigungen wegen solcher **Bemühungen im Vorfeld, insb die Kandidatur zum Wahlvorstand, ebenso durch** die Bestimmung des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG geschützt.**[456]

Auch nach Ansicht von ***Schrank***[457] greift der Motivschutz gem lit d leg cit bereits dann, sobald Arbeitnehmer ernsthaft auf die Tätigkeit als Wahlvorstandsmitglied, Wahlkommissionsmitglied oder Wahlzeuge angesprochen werden oder ihre konkrete Bereitschaft erklären, sich für eine dieser Funktionen aus Anlass einer bevorstehenden Wahl zur Verfügung zu stellen. Er bezeichnet den Kündigungstatbestand treffend als *„**Flankenschutz** für das gesetzeskonforme Abwickeln von Wahlen in die Belegschaftsorgane“.*

Wesentlich ist die Diktion des § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG, der von **Tätigkeit** in der Funktion als **Wahlvorstands- oder Wahlkommissionsmitglied** spricht. *Floretta* und *Strasser*[458] gehen von einer weiten Interpretation iSv „Ausübung der Funktion“ aus. Wird der Arbeitnehmer wegen der bloßen Mitgliedschaft zu einem solchen Gremium gekündigt, noch ehe er tätig werden kann, genügt dies als Verwirklichung des lit d leg cit. ***Trost*** [459] ist weiters der Ansicht, dass der zur Unterstützung der Gremien berufene Arbeitnehmer, der aber untätig bleibt und die Wahl dadurch verhindert, nicht unter den Kündigungsschutz des lit d leg cit fällt. Nur wenn die **Untätigkeit durch Druckausübung seitens des Arbeitgebers** bedingt ist und der Arbeitnehmer dann dennoch versucht, die BR-Bildung zu erwirken, so ist eine deswegen ausgesprochene Kündigung seitens des Arbeitsgebers als sittenwidrig iSd § 879 ABGB anzusehen. Auch **Ersatzmitglied**er solcher Gremien sind grundsätzlich nur dann vom Kündigungsschutz erfasst,

[456] AA noch EA Wien 11.6.1979, V Re 101/79, Arb 9790 = ZAS 1979, 201; Das EA ging davon aus, dass die Bewerbung um die Mitgliedschaft zur Wahlkommission nicht unter den Motivschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG zu subsumieren ist.
[457] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 100.
[458] *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 37 (270).
[459] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 207 u § 120 Rz 67.

soweit sie in diesen Funktionen **Tätigkeiten entfalten** und deswegen gekündigt werden.[460]

Auch die Tätigkeit als Mitglied von Wahlvorstand, Wahlkommission oder als Wahlzeuge ist als Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse grundsätzlich durch das Benachteiligungsverbot gem § 37 Abs 1 ArbVG geschützt. Die Bestimmungen des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG** und des **§ 130 Abs 4 Z 3 ArbVG** werden daher nach hA[461] auch hier **als leges speciales zu § 37 Abs 1 ArbVG** gesehen. Bei Wegfall dieser Bestimmungen wäre daher eine Kündigung wegen der Tätigkeit als Wahlvorstands- bzw Wahlkommissionsmitglied oder als Wahlzeuge als gesetzwidrig iSd § 879 ABGB zu qualifizieren.

2.5.2. Eigene Ansicht

Unterliegen Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des ArbVG, sind diese aufgrund ihrer aktiven Tätigkeit als Mitglieder eines solchen Gremiums durch § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG geschützt. Übt der betroffene Arbeitnehmer seine Funktion jedoch nicht aus, so kann er die Kündigungsanfechtung nicht auf lit d leg cit stützen. Ist diese Untätigkeit jedoch **durch Druckausübung** seitens des Arbeitgebers bedingt, und versucht der Arbeitnehmer eine BR-Bildung doch noch herbeizuführen, so ist **mE** *Trost* in ihrer Ansicht zu folgen, dass es sich bei einer Kündigung wegen dieser Aktivitäten im Vorfeld der BR-Bildung um einen Anwendungsfall einer sittenwidrigen Kündigungserklärung iSd § 879 ABGB handelt.

Für Arbeitnehmer **außerhalb des ArbVG**, dh in Kleinstbetrieben, ergibt sich ein möglicher Anwendungsfall aus einer **früheren Tätigkeit** als Mitglied eines dieser Gremien. Mangels einer gesetzlichen Verbotsnorm (§ 37 ArbVG) kommt eine Gesetzwidrigkeit iSd § 879 ABGB nicht in Betracht. Wird der Arbeitnehmer eines Kleinstbetriebes wegen seiner ehemaligen Tätigkeit als Mitglied von Wahlvorstand, Wahlkommission oder als Wahlzeuge in einem anderen Betrieb gekündigt, kann man auch hier von einem **Vergeltungsakt** sprechen. Macht der

[460] Vgl *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 Erl 26.
[461] Vgl *Floretta/Strasser*, Handkommentar 634.

Arbeitgeber also von seinem Kündigungsrecht aus einem solch missbilligten **Motiv** Gebrauch, so ist mE der Sittenverstoß iSd **§ 879 ABGB** zu bejahen.

2.6. Kündigung wegen der Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat oder einer früheren Tätigkeit im Betriebsrat (§ 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG)

Die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG und idZ auch des § 130 Abs 4 Z 1 u 2 ArbVG bezweckt den **Schutz** vor Kündigungen **im Vorfeld** der BR-Bildung wegen der **Bewerbung um die Mitgliedschaft zum BR** (Jugendvertrauensrat) bzw **in der Folgezeit** wegen der **früheren Tätigkeit im BR** (Jugendvertrauensrat). Bereits das BRG 1947 enthielt die Tatbestände der früheren Tätigkeit als Mitglied des BR sowie die Bewerbung um die Bestellung zum BR. Für die Zeit **während** der **aktiven BR-Tätigkeit**, dh vom Zeitpunkt der Annahme der Wahl bis drei Monate nach Ende des BR-Mandats greift der besondere Bestandsschutz des § 120 ff ArbVG. Darüber hinaus umfasst der besondere Bestandsschutz gem § 120 Abs 4 Z 2 ArbVG ebenso einen **Wahlwerber**, wenn nach der Bestellung des Wahlvorstandes die Absicht des Arbeitnehmers, auf einen Wahlvorschlag kandidieren zu wollen, offenkundig wird. Zu fragen ist daher, welche Bereiche nun vom Anwendungsbereich des § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG umfasst sind bzw wo noch Raum für die Anwendung von § 879 ABGB bleibt. Dabei handelt es insb um die frühere Tätigkeit als BR.

2.6.1. Judikatur

Die Judikatur erkannte vor der ArbVG-Novelle 1986[462] den besonderen Kündigungsschutz für Wahlwerber erst dann an, wenn bereits eine Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes stattgefunden hatte.[463] Seit der Novelle 1986 versteht die Rsp unter der **Bewerbung** um die Bestellung zum BR, nicht nur die **Aufnahme** des Wahlwerbers in die **Wählerliste**, sondern

[462] BGBl 1986/22; Die Novelle brachte eine zeitliche Vorverlegung des besonderen Kündigungsschutzes für Wahlwerber. Danach galt bereits die offenkundige Bewerbung als Beginn des besonderen Bestandsschutzes iSd § 120 Abs 4 Z 2 ArbVG, nicht wie bisher erst die formelle Aufnahme in eine wahlwerbende Gruppe. Vgl auch *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 27.

[463] EA Wien 23.6.1981, Re II 191/81, Arb 9990.

darüber hinaus jedes Verhalten, welches nach ihrem **äußeren Erscheinungsbild** als Bestreben anzusehen ist, eine Funktion als BR-Mitglied zu erhalten und somit offenkundig zu Tage tritt.[464] Allerdings gilt dies nur für ein Verhalten hinsichtlich der noch bevorstehenden BR-Wahl. Die Kandidatur für eine bereits vergangene BR-Wahl wird darunter nicht subsumiert. Dh eine tatsächliche frühere Tätigkeit im BR wird als schützenswert erachtet, nicht jedoch die bloße eine frühere (wenn auch erfolglose) Kandidatur.[465] Auch muss die Bewerbung in einem zeitlichen Naheverhältnis zur BR-Wahl stehen, dh wenn die Betriebsversammlung die Wahl des Wahlvorstandes vorgenommen hat. Die bloße Erklärung des Arbeitnehmers sich um ein BR-Mandat zu bewerben, dh ohne zeitliches Naheverhältnis alleine, genügt für die Erfüllung des Tatbestandes gem lit d leg cit nicht.[466]

In der Rsp behandelt ist auch die Kündigung wegen einer **früheren Tätigkeit als BR-Mitglied.** Der Kündigungsanfechtungsgrund gem § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG, liegt nach Ansicht des EA Wien[467] vor, wenn das ehemalige BR-Mitglied als Unruhestifter bezeichnet und ihm nach erfolgter Kündigung der Zutritt zum Betrieb verweigert wird. Nach der Rsp des OGH[468] kann die Anfechtung gem lit e leg cit auch noch **längere Zeit nach Ende der Funktionsperiode** erfolgen. Das Höchstgericht **verneint** grundsätzlich das Bestehen einer **zeitlichen Schranke** für die Kündigungsanfechtung[469] , weist jedoch insoweit auf eine **faktische Schranke** hin, „*als bei einem weit zurückliegenden Anlass dem Arbeitnehmer die Glaubhaftmachung des Zusammenhanges zwischen diesem verpönten Anlass und der Kündigung schwer gelingen wird.*“[470]

[464] VwGH 7.6.1956, Zl 2931/54 VwSlg 4087 = Arb 6458; EA Wien 10.6.1964 Re 171/64 Arb 7949; VwGH 11.3.1981, Zl 01/0512/80 Arb 9954 = ZAS 1982, 151 (*Müller*).
[465] VwGH 23.3.1961, Zl 1532/59 Arb 7356.
[466] VwGH 11.3.1981, Zl 01/0512/80 Arb 9954 = ZAS 1982, 151 (*Müller*); EA Wien 23.6.1981, II Re 191/81 Arb 9990; EA Wien 10.5.1982 Re 42/81 Arb 10.084.
[467] EA Wien 4.12.1962, SozM II B, 651.
[468] OGH 13.1.1993, 9 ObA 320/92, Arb 11.067 = DRdA 1993, 381 (*Andexlinger*).
[469] OGH 01.02.2007, 9 ObA 16/06b, SZ 2007/15.
[470] OGH 28.10.1994, 9 ObA 198/94 Arb 11.304; OGH 26.2.1998, 8 Ob 62/98w.

2.6.2. Literatur

Für ***Trost***[471] bleibt für den Anfechtungsgrund gem § 105 Abs 3 Z1 lit e ArbVG im Vorfeld zur BR-Bildung wenig Spielraum, da seit der ArbVG-Novelle 1986[472] der Sonderschutz iSd § 120 Abs 4 Z 2 ArbVG bereits dann einsetzt, wenn die Kandidaturabsicht des **Wahlwerbers** offenkundig wird. Bereits die ersten dem Arbeitgeber zur Kenntnis gelangten Absichtserklärungen lösen den Sonderkündigungsschutz des § 120 ArbVG aus. Daher kommt **§ 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG** nur dann zum Tragen, wenn der Arbeitnehmer seinen **Kandidaturwunsch** äußert, noch **bevor ein Wahlvorstand bestellt** wurde. Auch die erfolglose Kandidatur stellt für *Trost* und auch ***Schrank***[473] einen Anwendungsfall des Motivkündigungsschutzes dar. Es sind hier jene Fälle denkbar, in denen der Bewerber keinen Listenplatz erhält oder auf dem Wahlvorschlag aufscheint, jedoch nicht gewählt wird. Im ersten Fall endet der besondere Bestandsschutz gem § 120 ArbVG mit Ende der Einreichungsfrist für die Wahlvorschläge, im zweiten Fall endet dieser mit dem Ende der Wahlanfechtungsfrist. In beiden Varianten setzt der Motivkündigungsschutz gem § 105 ArbVG unmittelbar daran anschließend ein.

Für das Verhältnis des lit e leg cit zur Generalklausel des § 879 ABGB sind nach Ansicht von *Trost* die Bewerbung vom Tatbestandselement einer früheren Tätigkeit zu unterscheiden. Während der Zeit der Bewerbung um die Mitgliedschaft, handelt es sich bei dem Bewerber um einen Arbeitnehmer, der durch § 37 ArbVG vor Benachteiligung geschützt ist. Denkt man sich nun die Regelung des § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG weg, so wäre eine Kündigung aufgrund des Benachteiligungsverbots gem § 37 ArbVG als gesetzwidrig anzusehen. Für das Tatbestandselement einer früheren Tätigkeit im BR, kommt § 115 Abs 3 ArbVG zur Anwendung. Danach dürfen BR-Mitglieder in und wegen ihrer Tätigkeit als BR weder beschränkt, noch benachteiligt werden. Expressis verbis spricht § 115 ArbVG nur von aktiven BR-Mitgliedern, jedoch ist aus der Intention der Norm auf eine weiterreichende Anwendung auch nach aktiver Tätigkeit zu schließen.

---

[471] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 209.
[472] BGBl 1986/394; vgl auch *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 27.
[473] So auch *Schrank* in *Tomandl,* ArbVG Kommentar § 105 Rz 103.

2.6.3. Eigene Ansicht

Für den Fall der **Bewerbung um die Mitgliedschaft** zum BR, ist **im Rahmen des ArbVG** der Kündigungsschutz als „engmaschiges" Auffangnetz anzusehen. Die zeitliche Vorverlegung des Sonderkündigungsschutzes für Wahlwerber, grenzt die Fälle des Motivkündigungsschutzes gem § 105 ArbVG im Vorfeld der BR-Bildung nicht nur stark ein (s Pkt 2.1.6.2.), sondern lässt mE keinen Raum für die Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel. Soweit es sich jedoch um die **frühere Tätigkeit in einem BR** handelt, ergibt sich ein breiteres Anwendungsfeld für den Motivschutz.

a) War ein Arbeitnehmer ehemals als BR im **eigenen Betrieb** tätig, zeitigt der Kündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG eine unbegrenzte zeitliche Wirkung.[474] Daher wäre eine solcherart motivierte Kündigung gem lit e leg cit anfechtbar.

b) Auch ist jener Fall denkbar, in welchem ein ehemals dem ArbVG unterliegender Betrieb, aufgrund des Absinkens der Mitarbeiter-Anzahl (unter fünf Arbeitnehmer), nun nicht mehr dem Geltungsbereich des ArbVG unterliegt. Die Anfechtung der Kündigung kann daher nicht auf den Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG gestützt werden. In dieser Fallkonstellation ist mE die Sittenwidrigkeit einer derart motivierten Kündigung iSd Generalklausel des ABGB zu bejahen.

c) Für Arbeitnehmer, die **dem ArbVG nicht unterliegen**, insb für Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben oder leitende Angestellte, stellt sich diese Problematik der Bewerbung um die Mitgliedschaft zum BR grundsätzlich nicht, da hier die Betriebsverfassung nicht zur Anwendung kommt. Anzudenken ist jedoch der Fall, dass ein Arbeitnehmer eines Kleinstbetriebes, vormals in einem **anderen Betrieb als BR** tätig war. Plant der (neue) Betriebsinhaber des (noch) Kleinstbetriebes eine Expansion bzw Erweiterung des Betriebes (und damit auch der Mitarbeiteranzahl) und kündigt er deshalb das Arbeitsverhältnis, weil er

[474] Vgl OGH 1.2.2007, 9 ObA 16/06b, SZ 2007/15; OGH 28.10.1994, 9 ObA 198/94, Arb 11.304; OGH 26.2.1998, 8 Ob 62/98w.

Kenntnis einer früheren Betriebsratstätigkeit des Arbeitnehmers erlangt und etwaigen zukünftigen Aktivitäten diesbezüglich vorbeugen möchte, so ist mE von einem Fall der **sittenwidrigen** Kündigung iSd **§ 879 ABGB** auszugehen, da es sich um ein **verwerfliches** und gänzlich unsachliches **Motiv** handelt. Von der zeitlichen Ausweitung der Kündigungsanfechtung gem § 105 ArbVG auch im Verhältnis zum neuen Arbeitgeber kann mE nicht ausgegangen werden. Durch die Auflösungserklärung handelt der Arbeitgeber zwar nicht gesetzwidrig, jedoch ergibt sich der Sittenverstoß einer solchen Kündigungserklärung mE aus der indirekten **Sanktion** einer früheren rechtmäßig ausgeübten Tätigkeit des Arbeitnehmers als Mitglied des BR.

2.7. Kündigung wegen der Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle (§ 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG)

Dieser Motivkündigungstatbestand war dem BRG 1947 noch unbekannt und wurde erst mit der Einführung des ArbVG 1974[475] normiert. Schlichtungsstellen iSd § 144 ff ArbVG dienen zur Zwangsschlichtung von Regelungsstreitigkeiten und haben die Aufgabe, wegen der fehlenden Einigung zwischen Betriebsinhaber und BR über den Abschluss, die Änderung oder die Aufhebung von erzwingbaren **Betriebsvereinbarungen** zu entscheiden (§ 159 ArbVG).[476] Insb hat die Schlichtungsstelle zwischen den Streitparteien zu vermitteln, Vorschläge zu erstatten und gegebenenfalls selbst zu entscheiden.

Gem § 144 Abs 3 ArbVG ist vom BR einer von insgesamt zwei Beisitzern der Schlichtungsstelle aus dem **Kreis der Beschäftigten** namhaft zu machen. Der nominierte Arbeitnehmer soll frei und unabhängig von „normaler“ Arbeitstätigkeit dieses Amt ausüben, ohne der Gefahr einer Kündigung ausgesetzt zu sein.[477] Bislang existieren keine gerichtlichen Entscheidungen wegen Kündigung aufgrund dieses Motivtatbestandes, daher wird in der Folge nur die einschlägige Literatur angeführt.

[475] BGBl 1974/22.
[476] Vgl *Ritzberger-Moser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 144 Rz 1ff.
[477] Vgl *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 28.

2.7.1. Literatur

Wird die **Tätigkeit** eines Arbeitnehmers als Mitglied der Schlichtungsstelle (**als Vorsitzender oder Beisitzer**) zum Anlass für eine Kündigung genommen, so kann er diese Kündigungserklärung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG anfechten. Vom Schutzbereich des lit f leg cit sind mangels Einschränkung **alle Arbeitnehmer** erfasst, die als betriebliche oder überbetriebliche Beisitzer zu Mitgliedern einer solchen Schlichtungsstelle bestellt werden.[478] Der Gesetzgeber intendiert damit die Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle und damit auf das Schlichtungsergebnis selbst zu verhindern.[479] Der nominierte Arbeitnehmer soll, **ohne Druck, frei entscheiden** können und davor bewahrt werden „*sein eigenes Wohl gegen das des Betriebes abwägen zu müssen.*"[480]

Auch hier geht die Literatur[481] zeitlich von einer **weiten Auslegung** des Tatbestandes aus, denn der Schutz beginnt nicht erst mit der tatsächlichen Tätigkeit, sondern, entgegen dem klaren Wortlaut des lit f leg cit („Tätigkeit als Mitglied"), bereits in der **Zeit zwischen der Namhaftmachung und dem Verfahrensbeginn**. Andernfalls könnte der Arbeitgeber durch eine Kündigungserklärung bzw durch die Androhung einer solchen, den Arbeitnehmer unter Druck setzen, ihn beeinflussen oder ihn gänzlich von dieser Tätigkeit abhalten. Auch Kündigungen wegen der **früheren Tätigkeit** als Mitglied der Schlichtungsstelle sind vom Kündigungsschutz des lit f leg cit erfasst.[482] Diese Tätigkeit wird in der Literatur[483] als Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse angesehen. Denkt man sich den Tatbestand des lit f leg cit weg, so würde eine Kündigung gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot iSd § 37 ArbVG verstoßen. Eine solche Beendigungserklärung wäre damit gesetzwidrig iSd § 879 ABGB.

---

[478] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar § 105 Rz 109; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 213.
[479] Vgl *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 115ff.
[480] *Trost*, DRdA 1987, 1 (115).
[481] *Trost*, DRdA 1987, 1 (115); *diess* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 213; *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungs-recht III[4] § 105 ArbVG, Erl 28; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar § 105 Rz 110.
[482] *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 46 (271); vgl auch *Wolligger* in ZellKomm § 105 ArbVG, Rz 117; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar § 105 Rz 110.
[483] *Trost*, DRdA 1987, 1 (115).

Erfolgt die Kündigung eines Arbeitnehmers, der kein Schlichtungsstellenmitglied ist (war), aufgrund einer **sonstigen Unterstützung** des Verfahrens (zB durch Zeugenaussagen, Erteilung fachlicher Auskünfte, Beibringung von Unterlagen oder Beweismitteln), greift der Motivschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG nicht.[484] Nach Ansicht von ***Trost***[485] handelt es sich dabei jedoch ebenso um die Ausübung betriebsverfasssungsrechtlicher Befugnisse. Eine darauffolgende Kündigung ist somit aufgrund des **Benachteiligungsverbots iSd § 37 ArbVG** als **gesetzwidrig** und daher als **Verstoß gegen die Generalklausel des ABGB** anzusehen.

2.7.2. Eigene Ansicht

Für Arbeitnehmer, die dem **Geltungsbereich des § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG** unterliegen, ergibt sich folgendes Bild: Wird ein Arbeitnehmer als Mitglied der Schlichtungsstelle namhaft gemacht, beginnt der **Kündigungsschutz** des § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG. Als lex specialis zu § 37 ArbVG kann der Arbeitnehmer, ohne Furcht vor Kündigung, der Ausübung von betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen nachgehen. Auch nach Abschluss seiner Tätigkeit (bzw wegen einer früheren Tätigkeit als Schlichtungsstellenmitglied), steht dem betroffenen Arbeitnehmer die Anfechtung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG offen. Die **zeitlichen Grenzen** des Bestandsschutzes werden hier mE zu Recht sehr **weit** gesteckt.

Soweit es sich jedoch nicht um die Ausübung der Mitgliedschaft, sondern um eine **sonstige Unterstützung** handelt (**Zeugenaussage, Fachauskünfte, Beibringung von Unterlagen, etc**), so kann der betroffene Arbeitnehmer die Kündigungsanfechtung nicht auf § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG stützen, da nach dem Wortlaut des lit f leg cit nur die Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle, nicht jedoch sonstige Aktivitäten erfasst sind.

ME erkennt die Literatur hier zu Recht, dass es sich bei der sonstigen Unterstützung eines solchen Schlichtungsverfahrens ebenso um die Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse handelt. Eine Arbeitgeberkündigung

[484] *Strasser/Jabornegg*, ArbVG[3], § 105 Erl 47; *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 116; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 214.
[485] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 214.

aufgrund der bloßen Mitwirkung an der Durchführung des Verfahrens kann daher nicht angefochten werden, sondern stellt einen Verstoß gegen das gesetzlich normierte Benachteiligungsverbot iSd § 37 ArbVG dar. Eine solche Beendigungserklärung erfüllt damit den Tatbestand der Gesetzwidrigkeit iSd § 879 ABGB. Für die Frage nach einem sittenwidrigen Kündigungsmotiv neben den Bestimmungen des § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG und dem Benachteiligungsverbot des § 37 ArbVG bliebt mE kein Raum.

Denkbar ist jedoch **folgende Konstellation**: Soweit die sonstige Mitwirkung bzw Unterstützung der Schlichtungsstelle durch eine **Person** erfolgt, die den **Arbeitnehmerbegriff** des § 36 ArbVG **nicht erfüllt**, so kommt auch das Benachteiligungsverbot des § 37 ArbVG nicht zur Anwendung (zB leitender Angestellter). Anzudenken wäre hier eine Regelung entsprechend dem Benachteiligungsverbot des § 13 GlBG (bzw § 27 GlBG)[486], der ebenso vom Gedanken des Schutzes vor Repressalien oder einer **Viktimisierung** geprägt ist. Der Gesetzgeber des GlBG hat den Schutzbedarf erkannt und durch die Normierung des § 13 bzw § 27 GlBG eine Absicherung geschaffen. Für Personen, die nicht unter den Begriff des Arbeitnehmers iSd II. Teils des ArbVG fallen, fehlt jedoch ein solches Viktimisierungsverbot und damit ein entsprechender Schutz.

Kommt es zu einer Arbeitgeberkündigung aufgrund einer Zeugenaussage oder sonstigen Mitwirkung, ist mE das Motiv der **Vergeltung und damit eines Sittenverstoßes** jedenfalls zu prüfen. Ebenso ist Sittenwidrigkeit zu bejahen, wenn es sich bei der Kündigung um eine **„präventive" Maßnahme** handelt, damit der betroffene Beschäftigte zukünftig keinerlei Hilfestellung zur Entscheidung der Schlichtungsstelle zum Abschluss (Änderung bzw Aufhebung) von Betriebsvereinbarungen leisten kann. Auch in diesem Fall kommt weder die Anfechtung der Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG, noch der Rückgriff auf das Benachteiligungsverbot gem § 37 ArbVG zum Tragen. Der Betroffene kann die Geltendmachung der Nichtigkeit in diesem Fall nur auf die Gute-Sitten-Klausel des § 879 ABGB stützen.

[486] § 13 GlBG: Als Reaktion auf eine Beschwerde oder die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots darf der/die ArbeitnehmerIn weder entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. Eben so wenig darf eine Entlassung, Kündigung oder andere Benachteiligung erfolgen, wenn ein/e ArbeitnehmerIn als Zeuge oder Auskunftsperson in einem solchen Verfahren auftritt bzw anderwärtige Unterstützung leistet.

2.8. Kündigung wegen der Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner oder als Fach- oder Hilfspersonal von Sicherheitsfachkräften oder Arbeitsmediziner (§ 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG)

Durch die gänzliche Umgestaltung des **ASchG**[487] im Jahre 1994 erfolgte die Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG[488] in die österreichische Rechtsordnung. Die im Zuge der EU-Anpassung notwendig gewordene **Gesamtreform des technischen Arbeitnehmerschutzes**[489] zielte vor allem auf die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheit von Arbeitnehmern ab und sollte dem erhöhten Bedürfnis nach gesetzlicher Absicherung des Arbeitnehmerschutzes dienen. Im Zuge dessen wurde auch § 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG in den Motivkatalog aufgenommen. Bis dahin galt der Kündigungsschutz gem lit g leg cit nur für den Leiter des sicherheitstechnischen Dienstes. Durch die Novelle 1994 ist nun auch die Anfechtung einer Kündigung möglich, wenn diese wegen der Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner bzw als Fach- und Hilfspersonal derselben erfolgt. Mangels einer einschlägigen Rsp zu lit g leg cit, wird im Folgenden nun auf die gesetzlichen Grundlagen und die Literatur dazu eingegangen.

2.8.1. Gesetzliche Grundlagen

Gem **§ 10 ASchG** sind in Betrieben, in denen regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt werden, vom Arbeitgeber **Sicherheitsvertrauenspersonen** (mit Zustimmung des BR) zu bestellen. Ihre Aufgabe besteht gem § 11 ASchG darin, die Arbeitnehmer in Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes zu beraten, zu unterstützen und sie auf die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen hinzuweisen. Weiters hat der Arbeitgeber gem **§ 73 ASchG Sicherheitsfachkräfte** zu bestellen, deren Aufgabe gem § 76 ASchG vorwiegend in der Beratung zur Arbeitssicherheit und

[487] BGBl 1994/450 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (vormals: Arbeitnehmerschutzgesetz BGBl 1972/234).
[488] Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit.
[489] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 12/008: Die Arbeitgeber haben die Verpflichtung, die zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Sittlichkeit der Arbeitnehmer erforderlichen Maßnahmen zu treffen (zB Gefahrenverhütung, organisatorische Maßnahmen).

menschengerechten Arbeitsgestaltung liegt. Der Arbeitgeber kann dieser Pflicht durch Abschluss eines Arbeitsverhältnisses (interne Sicherheitsfachkraft) oder durch Inanspruchnahme externer Sicherheitsfachkräfte bzw eines sicherheitstechnischen Zentrums nachkommen. Darüber hinaus besteht die Pflicht des Arbeitgebers gem **§ 79 ASchG** zur Bestellung von **Arbeitsmedizinern.** Dies kann wiederum im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses (als interne Arbeitsmediziner) oder durch die Inanspruchnahme externer Arbeitsmediziner bzw eines arbeitsmedizinischen Zentrums erfolgen.

Allen drei Funktionen ist gemein, dass die Ausübung einer solchen Tätigkeit ein erhöhtes **Konfliktpotential mit dem Arbeitgeber** in sich birgt und eine Absicherung vor Kündigungen notwendig macht. Diesem Schutzbedürfnis wird durch den Motivschutz iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG Rechnung getragen.[490]

In diesem Zusammenhang ist auch **§ 9 Abs 2 AVRAG** zu nennen, der den Bestandsschutz auch auf Arbeitnehmer erweitert, die dem ArbVG nicht unterliegen (insb für leitende Angestellte und Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben). Wird ein solcher Arbeitnehmer aufgrund der Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner gekündigt, so normiert Abs 2 leg cit ebenfalls die Möglichkeit einer gerichtlichen Kündigungsanfechtung binnen einer Woche. Darüber hinaus hat gem Abs 3 leg cit der Arbeitgeber vor Kündigung einer Sicherheitsvertrauensperson davor die gesetzliche Interessenvertretung zu verständigen.

2.8.2. Literatur

Die Anwendung des § 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG kommt nur in Betracht, wenn es sich bei der **Sicherheitsfachkraft** (Sicherheitsvertrauensperson, Arbeitsmedizinern) um einen **Arbeitnehmer des Betriebes** handelt[491], dh für **externe** Sicherheitsfachkräfte **scheidet** die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes gem lit g leg cit **aus**. Für Arbeitnehmer, die solche Funktionen ausüben, jedoch nicht dem Anwendungsbereich der

[490] *Gahleitne*r in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 29; vgl auch *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 216 u *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 119.

[491] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 217; *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 49.

Betriebsverfassung unterliegen, kommt die Anwendung des Sonderkündigungsschutzes gem **§ 9 Abs 2 AVRAG** in Betracht (zB leitende Angestellte).[492] Für den Motivschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG ist es nicht erforderlich, dass der betroffene Arbeitnehmer bereits als „Schutzorgan" tätig geworden ist,[493] sondern er beginnt bereits mit der Bestellung. Zeitlich erstreckt sich der Schutz auch auf Kündigungen wegen einer früheren Tätigkeit in dieser Eigenschaft, dh der Motivschutz endet nicht mit der Funktionsdauer.[494] Allerdings sind nur pflichtgemäß ausgeübte Tätigkeiten erfasst, nicht aber Pflichtwidrigkeiten, wie zB Vernachlässigung von Arbeitssicherheitspflichten uÄ.[495]

2.8.3. Eigene Ansicht

Für Personen, die im Betrieb beschäftigt sind, jedoch die Arbeitnehmereigenschaft des § 36 ArbVG nicht erfüllen und damit nicht dem Anwendungsbereich des Motivkündigungsschutzes unterliegen, stellt die Bestimmung des **§ 9 Abs 2 AVRAG** einen entsprechenden **Auffangtatbestand** dar, der ihnen ebenfalls die Anfechtung einer derartigen Motivkündigung ermöglicht. Darunter sind in diesem Zusammenhang vor allem wieder leitende Angestellte oder Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben zu verstehen, die zB eine Funktion als Sicherheitsfachkraft innehaben. Es kommen dafür auch Personen in Frage, die gem § 36 Abs 2 Z 7 zu Schulungs- und Ausbildungszwecken kurzfristig beschäftigt werden und als Fach- oder Hilfskraft für eine solche Funktion eingesetzt werden. Durch die Normierung eines lückenlosen Kündigungsschutzes durch die Bestimmungen des ArbVG und des AVRAG, bleibt mE kein Raum für die Anwendung der Generalklausel des § 879 ABGB. Der Rückgriff auf ein sittenwidriges Motiv ist in diesen Fällen nicht notwendig, weil der Sondertatbestand des § 9 Abs 2 AVRAG auch außerhalb des ArbVG eine ausreichende Absicherung gegen derart motivierte Kündigungen darstellt.

---

[492] Vgl auch *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 122; vgl auch *Gahleitne*r in *Cerny/Gahleitner/ Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4], § 105 ArbVG, Erl 29.
[493] *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 ArbVG, Anm 50; vgl auch *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 121.
[494] *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Komm, § 105 Rz 112; vgl auch *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 121.
[495] *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Komm, § 105 Rz 112.

2.9. Kündigung wegen der bevorstehenden Einberufung des Arbeitnehmers zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zuweisung zum Zivildienst (§ 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG)

Die Kündigungsanfechtung wegen der **bevorstehenden Einberufung** (Zuweisung) des Arbeitnehmers zum Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienst, wird in § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG normiert. Vom **Zeitpunkt der Mitteilung** über die Erlassung des Einberufungsbefehls, der allgemeinen Bekanntmachung der Einberufung bzw Zustellung des Zuweisungsbescheides setzt der **Sonderkündigungsschutz gem § 12 Abs 1 APSG**[496] ein, wonach Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt nur mehr mit Zustimmung des Gerichts gekündigt oder entlassen werden dürfen (Abs 3 leg cit). Zweck des § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG ist es daher, den Arbeitnehmer vor Kündigungen zu schützen, **bevor** die Zustellung des Einberufungsbefehls bzw Zuweisungsbescheides erfolgt ist.

2.9.1. Judikatur

Der OGH[497] hatte sich 1996 mit der Frage auseinanderzusetzen, ob auch bereits die Übermittlung eines sog **Bereitstellungsscheins** zur Vorbereitung auf die Einberufung gem § 24 WehrG, bereits den Tatbestand des besonderen Kündigungsschutz iSd § 12 Abs 1 APSG erfüllt. Der **Gerichtshof verneinte** die Geltung des APSG schon mit der Zustellung eines "Bereitstellungsscheines". Aus § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG gehe eindeutig hervor, dass § 12 Abs 1 APSG den besonderen Kündigungsschutz erst ab der Zustellung des Einberufungsbefehles gewährt und daher nicht analog auf den Fall der Zustellung eines sog "Bereitstellungsscheines" iSd § 35 Abs 1 WehrG auszudehnen ist. Das Höchstgericht sprach aus, dass der klagende Arbeitnehmer durch jene Zustellung nicht bereits unkündbar war, sondern die Kündigung nur als unzulässige Motivkündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG hätte anfechten können, da die Zustellung des Bereitstellungsscheins den Tatbestand des lit h leg cit („bevorstehende Einberufung zum Präsenzdienst“) erfüllt. Der Revision des klagenden Arbeitnehmers wurde daher nicht Folge gegeben.

[496] BGBl I 1991/683 idgF.
[497] OGH 18.1.1996, 8 ObS 5/96, infas 1996 A 86 = RdW 1997, 151 = wbl 1996, 282.

2.9.2. Literatur

Unstrittig ist nach Ansicht der Lehre[498] die Schutzintention des § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG. Die Bestimmung soll die Umgehung des besonderen Bestandsschutzes iSd § 12 APSG durch vorzeitige Kündigung des Arbeitgebers verhindern. ***Schrank***[499] erachtet den besonderen Kündigungsschutz des APSG als Verbotsgesetz und proklamiert die rechtliche Anerkennung dann gänzlich zu versagen, wenn dieses Verbot durch eine Kündigung unterlaufen wird. Nach hA[500], sind grundsätzlich **alle Kündigungen rechtsunwirksam**, die **wegen einer bevorstehenden Einberufung** ausgesprochen werden. Insb die Übermittlung eines sog Bereitstellungsscheins stellt einen klassischen Anwendungsfall des § 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG dar.[501] *Trost* geht davon aus, dass der Schutz frühestens mit dem 18. Lebensjahr, dh dem stellungspflichtigen Jahrgang (Stellungspflicht) beginnt.[502] Irrelevant ist hierbei, ob es sich um Wehr- oder Zivildienst handelt. Wird jedoch eine bloße Äußerung des Arbeitnehmers, er wolle lieber Zivildienst leisten, als Anlass für die Kündigung genommen, so liegt nach Meinung von *Floretta* und *Strasser*[503] kein Anwendungsfall des lit h leg cit vor, sondern ist eine Prüfung der Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB vorzunehmen. *Kiesel*[504] weist in diesem Zusammenhang auch auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht gem Art 9 Abs 4 B-VG hin: „*Wer die Erfüllung der Wehrpflicht aus Gewissensgründen verweigert und hiervon befreit wird, hat die Pflicht, einen Ersatzdienst (Zivildienst) zu leisten.“* Aus diesem Grund darf auch Zivildienstleistenden kein Nachteil erwachsen, dh wird der Arbeitnehmer nachträglich gekündigt, weil er von dem Recht, Zivildienst anstatt Wehrdienst zu leisten, Gebrauch gemacht hat, so liegt nach Ansicht *Kiesels* ein verpöntes Kündigungsmotiv iSd § 879 ABGB vor.

---

[498] Vgl *Wolligger* in ZellKomm, § 105 ArbVG, Rz 124; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Komm, § 105 Rz 114; ua.
[499] Vgl *Schrank*, Fortbestand 338.
[500] Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 219; *Gahleitne*r in *Cerny/ Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4], § 105 Erl 30.
[501] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 219.
[502] Gem § 18a Abs 1 WehrG sind Wehrpflichtige dann zur Stellung heranzuziehen, in dem sie das 18. Lebensjahr vollendet haben.
[503] *Floretta/Strasser*, ArbVG[2], § 105 Anm 56 (272f).
[504] *Kiesel*, Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB (2004) 107.

Allerdings ist der Schutz gegen eine vorsorgliche Umgehungskündigung lit h leg cit auf den Geltungsbereich des ArbVG beschränkt. Für Arbeitnehmer außerhalb des Betriebsverfassungsrechts kommt dieser Schutz somit nicht in Betracht, daher ist *Trost* der Ansicht, dass eine Kündigung zur Umgehung des § 12 APSG, die Nichtigkeit gem § 879 ABGB nach sich zieht.[505]

2.9.3. Eigene Ansicht

Außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG, besteht für betroffene Arbeitnehmer kein Motivkündigungsschutz, wie lit h leg cit ihn bietet. Daher ist insb in diesen Fällen die Prüfung von § 879 ABGB von besonderer Bedeutung. Wird also ein Arbeitnehmer wegen der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst gekündigt und stellt dies das einzige bzw ausschlaggebende Motiv für die Kündigung dar, so ist mE von einem Anwendungsfall der sittenwidrigen Kündigung gem § 879 ABGB auszugehen. Der Arbeitgeber handelt hier nicht gesetzwidrig, jedoch liegt in der Absicht, den besonderen Kündigungsschutz iSd APSG für den betroffenen Arbeitnehmer nicht entstehen zu lassen, eine Umgehungsabsicht und damit ein verwerflicher, sittenwidriger Beweggrund.

Ebenso ist eine Prüfung des § 879 ABGB vorzunehmen, wenn der betroffene Arbeitnehmer vorab ankündigt, er wolle lieber Zivildienst leisten und aufgrund dessen die Kündigung ausgesprochen wird. Diesbezüglich ist der Ansicht von *Floretta* und *Strasser* zu folgen. Wenn auch in der Praxis eher selten, so ist auch die nachträgliche „Sanktion“ der Entscheidung des Arbeitnehmers Zivildienst anstatt Wehrdienst zu leisten, als Verstoß gegen die guten Sitten zu betrachten. In den beiden letztgenannten Fällen, liegt der Verstoß gegen ein verfassungsrechtlich normiertes Grundrecht vor. Wie bereits unter Pkt 2.1.3. dargestellt, entfalten Grundrechte mittelbar ihre Wirkung auch in Verhältnissen zwischen Privatpersonen. Daher ist eine Arbeitgeberkündigung in diesen Fällen mE als sittenwidrig iSd der Generalklausel des ABGB einzustufen und damit rechtsunwirksam.

[505] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 99.

2.10. Kündigung wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG)

Mit der Einführung des § 105 Abs 3 Z 1 **lit i ArbVG**[506] verfolgt der Gesetzgeber nach **hA**[507] den **Zweck,** dem Arbeitnehmer eine effektive Verfolgung und Durchsetzung seiner Ansprüche im aufrechten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen, ohne dadurch der Gefahr einer Kündigung ausgesetzt zu sein. Treffend formuliert es *Trost*: „*Es soll jener Arbeitnehmer geschützt werden, dem es nicht gelingt, seine arbeitsrechtlichen Ansprüche auf „friedlichem" Wege durchzusetzen."* [508] Insb soll lit i leg cit den Arbeitnehmer vor Vergeltungskündigungen durch den Arbeitgeber schützen.[509]

2.10.1. Judikatur

Die **Judikatur**[510] hat dazu folgenden, grundlegenden **Leitsatz** entwickelt: „*Bei diesem Kündigungsgrund gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG geht es 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."* Nach Ansicht des OGH[511] ist dazu **keine gerichtliche Geltendmachung erforderlich**, es genügt ebenso eine mündliche oder konkludente Geltendmachung, etwa durch die Nichtbefolgung einer ungerechtfertigten Weisung des Arbeitgebers oder vorbereitende Erkundigungen des Arbeitnehmers zB bei seiner Interessenvertretung.

---

[506] BGBl 1986/394.

[507] *Strasser*, DRdA 1988, 12; *Trost,* DRdA 1987, 118; *dieselbe* in *Strasser/Jabornegg/Resch,* ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 221; *Floretta/Spielbüchler/ Strasser*, AR I[4], 386; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, AR II[7], 257; *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 309; OGH 8.7.1993, 9 ObA 114/93, Arb 11.092.

[508] *Trost,* DRdA 1987, 118.

[509] Vgl *Strasser*, Zur Problematik der sogenannten Änderungskündigung, DRdA 1988, 1 (12); vgl auch *Resch*, Kündigung des Arbeitnehmers wegen Bestreitens von Arbeitgeberforderungen- ein Fall des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG? , RdW 1992, 409.

[510] Vgl OGH 8.7.1993, 9 ObA 114/93, Arb 11.092 = DRdA 1994, 70 = WBl 1993, 398 = SZ 66/83 und OGH 8.7.1993, 9 ObA 168/93 ua.

[511] Vgl OGH 22.12.1993, 9 ObA 223/93, SZ 66/186 = DRdA 1994,409 (*Anzenberger*) = ecolex 1994,339 = RdW 1994,254; Der Arbeitnehmer hatte sich geweigert alleine einen **Schweißautomaten** zu bedienen und diesbezüglich Erkundigungen bei der Arbeiterkammer eingeholt.

Auch eine Kündigung wegen Androhung einer klageweisen Einforderung durch den Arbeitnehmer ist verwerflich.[512] Es kommt auch nicht darauf an, ob die geltend gemachten Ansprüche letztendlich auch tatsächlich gerechtfertigt sind. Entscheidend ist nur, dass sie sich als offenbar nicht unberechtigt erweisen.

In einer Entscheidung aus 2012 stellte das Höchstgericht[513] allerdings fest, dass § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG nur den **Schutz** des Arbeitnehmers **im Arbeitsverhältnis** bezweckt. Angesichts der im österreichischen Recht geltenden **Kündigungsfreiheit** des Arbeitgebers, stellt das Bestreben des Arbeitnehmers erst gar nicht gekündigt zu werden, keinen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis gem lit i leg cit dar. Im gegenständlichen Fall hatte der Arbeitgeber eine erste Kündigung ausgesprochen, die vom klagenden Arbeitnehmer wegen Sozialwidrigkeit angefochten wurde. Für den Fall, dass die Anfechtungsklage erfolgreich sein könne, hatte der Arbeitgeber daher eine weitere Kündigung (Eventualkündigung) ausgesprochen, die vom klagenden Arbeitnehmer als verpöntes Motiv iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG angefochten wurde. Nach Ansicht des Höchstgerichts stellt das Festhalten an der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers **keinen** offenbar nicht unberechtigten **Anspruch** des Arbeitnehmers **aus dem Arbeitsverhältnis** in Frage. Das Klagebegehren wurde abgewiesen.

Zur Abgrenzung des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG zur sog Änderungskündigung finden sich in der Judikatur[514] zahlreiche Urteile. Im Gegensatz zur verpönten Motivkündigung stellt diese jedoch im Allgemeinen eine rechtlich zulässige Form der Beendigung dar. Der erlaubte Beweggrund für eine solche Auflösungserklärung liegt hier in der Änderung des Vertrages bzw eines Vertragsteils pro futuro. In Hinblick auf die abgegrenzte Problemstellung der gegenständlichen Dissertation (s Kap Einleitung, sittenwidrige Motivkündigung) wird diese umfangreiche Thematik hier nicht näher beleuchtet.

[512] OLG Wien 27.6.1991, 31 Ra 43/91, ARD 4293/3/91.
[513] OGH 27.11.2012, 8 ObA 63/12s.
[514] Vgl OGH 8.7.1993 9 ObA 114/93, SZ 66/83 = WBl 1993,398 (Diäten-E); OGH 25.11.1999, 8 ObA 298/99b, SZ 72/198.

2.10.2. Literatur

Um den Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG zu erfüllen, muss der Anspruch durch den **Arbeitnehmer selbst geltend**[515] gemacht werden, unabhängig davon, ob er dabei auf sich selbst gestellt ist oder gemeinsam mit anderen den Anspruch geltend macht. Die bloße Andeutung oder Ankündigung, irgendwann in unbestimmter Zukunft ein Recht in Anspruch zu nehmen, kann jedoch noch nicht als Erfüllung des Tatbestandskriteriums angesehen werden. Unter **Ansprüchen** sind nach hA[516] solche zu verstehen, die sich **unmittelbar aus der Stellung des Arbeitnehmers** aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, unabhängig von der Anspruchsgrundlage (Gesetz, Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung). Dies sind ua finanzielle Ansprüche bzw sonstige Leistungs- oder Unterlassungsansprüche (Entgelt-, Urlaubs- oder Freistellungsansprüche, Abwehr einer Versetzung, Unterlassung gesetzwidriger Überstundenanordnungen, etc). Besteht zwischen dem Arbeitsverhältnis und dem Anspruch kein enger sachlicher Zusammenhang, so ist der Motivkündigungsschutz nicht möglich.[517]

Ein wesentliches Merkmal des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG ist weiters das **Bestreiten** des Anspruchs durch den Arbeitgeber. Wörtlich spricht lit i leg cit hier von **„in Frage stellen"**. Geht man von einer wörtlichen Interpretation aus, so kommen für das Kündigungsmotiv keine Ansprüche in Betracht, die problemlos gewährt wurden, also nicht in Frage gestellt wurden. Es genügt, wenn der Arbeitgeber den Anspruch bezweifelt bzw dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nachgeben will. Ebenso, wenn der Arbeitgeber den Anspruch zwar anerkennt, aber deutlich erklärt, diesen nicht zu erfüllen.[518] Nach Ansicht von ***Schrank***[519] müssen die Ansprüche vom Arbeitgeber in Frage gestellt worden sein, dh das Gesetz verlangt einen „***zumindest vorübergehend existenten Nichterfüllungswillen des Arbeitgebers**."* Erfüllt der Arbeitgeber den gestellten

[515] *Trost*, DRdA 1987, 118.
[516] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar ArbVG, § 105 Rz 221; vgl auch ecolex 2011, 353; *Gahleitne*r in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 31¸ *Eypeltauer,* Gedanken zum Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG, DRdA 1988,436; in ZellKomm § 105 ArbVG Rz 127.
[517] Vgl *Eypeltauer,* DRdA 1988,436; vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar ArbVG II, § 105, Rz 223; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG[3], § 105 Anm 62.
[518] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar ArbVG II, § 105 Rz 226.
[519] *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar § 105 Rz 124.

Anspruch ohne ihn zu bestreiten, sei es auch verspätet, so wird die Berufung auf lit i leg cit, nach Meinung *Schranks*, scheitern. Nur im Falle, dass die **vorherige Anspruchserfüllung** durch den Arbeitgeber einer nachträglichen **Vergeltungskündigung** dient, ist der Motivtatbestand des lit i leg cit erfüllt.[520]

Das Kriterium der **offenbar nicht unberechtigten Ansprüche** ist aufgrund der Wortwahl interpretationsbedürftig. Gemäß der Diktion wären darunter Ansprüche zu verstehen, *deren Bestehen nach ex-ante Beurteilung praktisch so gut wie außer Zweifel steht.*[521] Eine solche Beurteilung kann jedoch einem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden. *Trost* postuliert hier eine korrigierende Interpretation des Wortlauts, wonach nur jene Kündigungsanfechtungen der Erfolg versagt sein soll, die offenbar unberechtigt sind.[522] In diese Richtung argumentiert auch *Eypeltauer,* der den Begriff positiv umformuliert in „**offenbar berechtigt**". Es kommt jedoch nicht darauf an, ob der Anspruch letztendlich im Zuge eines Verfahrens als nicht berechtigt erweist. *Vielmehr setzt der Schutz des Arbeitnehmer schon dann ein, wenn die Geltendmachung offenbar nicht unberechtigt ist*.[523] Vom Schutzzweck der Norm sind demnach nur Anfechtungen ausgeschlossen, bei denen ohne jeden Zweifel erkennbar ist, dass der erhobene Anspruch gar nicht besteht.[524]

Nach Ansicht ***Schranks***[525] zielt **lit i** leg cit auf den Schutz vor allem **materieller individual- und kollektivrechtlicher Ansprüche und Rechtspositionen** eines Arbeitnehmers ab. Die systematische Einordnung in das Betriebsverfassungsrecht ist seines Erachtens verfehlt, da dadurch dem Schutzbedarf von Arbeitnehmern in Kleinstbetrieben nicht entsprochen wird. Dieses Schutzbedürfnis ist daher nur über § 879 ABGB abdeckbar.

---

[520] *Wolligger* in ZellKomm[2], § 105 ArbVG, Rz 132f; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar § 105 Rz 124.
[521] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar ArbVG II, § 105 Rz 227; *Eypeltauer*, DRdA 1988, 441.
[522] *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar ArbVG, § 105 Rz 227.
[523] *Lindmayr*, Handbuch[7], Rz 559.
[524] *Lindmayr*, Handbuch[7] Rz 559; vgl auch *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 31.
[525] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 116.

2.10.3. Eigene Ansicht

Soweit ein Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des betriebsverfassungsrechtlichen Teils des ArbVG unterliegt und nicht offenbar unberechtigte Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber geltend macht, und jene vom Arbeitgeber in Frage gestellt werden, kann eine darauf folgende Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG angefochten werden. Für Anwendungsfälle von sittenwidriger Kündigung iSd Generalklausel ist mE durch die weitreichende Interpretation des lit i leg cit innerhalb des ArbVG kein Raum. Der Schutz vor Vergeltungskündigungen wird sowohl von der Rsp als auch von der Literatur, wie oben ausgeführt, zu Recht weit ausgelegt.

Für Arbeitnehmer, die dem **Geltungsbereich des ArbVG nicht unterliegen**, ergibt sich diesbezüglich ein anderes Szenario. Der Schutz vor Vergeltung wegen der Geltendmachung eines Anspruches, kann hier nicht auf § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG gestützt werden. In diesen Fällen muss die Rechtsdurchsetzung im aufrechten Arbeitsverhältnis aber ebenso ohne die „Sanktion“ durch Kündigung möglich sein. Macht der Arbeitnehmer einen Anspruch geltend, sei er auch letztlich unbegründet, darf er nicht durch eine darauffolgende Kündigungserklärung „bestraft“ werden. Stellt also der Kündigungsausspruch die Folge der Inanspruchnahme durch den Arbeitnehmer dar, so ist die **Sittenwidrigkeit** iSd **§ 879 ABGB** aufgrund eines missbilligten, verpönten Motivs positiv zu prüfen.[526]

[526] So auch *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 116.

2.11. Tätigkeit als Sprecher gem § 177 Abs 1 ArbVG (§ 105 Abs 3 Z 1 lit j ArbVG)

2.11.1. Europarechtliche Grundlagen

Aufgrund der Globalisierung von Märkten und Unternehmen, finden bei, in mehreren Staaten tätige Unternehmen, wesentliche Entscheidungsprozesse nur auf Konzernebene statt und Arbeitnehmer sind aufgrund der eingeschränkten, nationalen Geltung betriebsverfassungsrechtlicher Bestimmungen nicht an der, für sie relevanten, Unternehmensentscheidungen beteiligt.[527] Zur Gewährung eines Mindestanspruches auf Anhörung und Information dieser Arbeitnehmer, wurde vom Rat der Europäischen Union die **Euro-Betriebsrats-Richtlinie 94/45/EG**[528] erlassen. Die Umsetzung der Euro-Betriebsrats-Richtlinie erfolgte in Österreich im Rahmen des V. Teil des ArbVG (§§ 171 ff).[529] Klares Ziel der Bestimmungen ist die **Mitwirkung** der **Arbeitnehmer** bei **staatsübergreifenden Unternehmensstrukturen**.[530]

2.11.2. Literatur

In dieser sog **europäischen Betriebsverfassung**, die die Bildung eines **europäischen BR** (EBR) vorsieht sowie alternativ dazu ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmern, ist auch - als Vorstufe dazu - die Errichtung eines besonderen **Verhandlungsgremiums** vorgesehen (§§ 177 ff ArbVG).[531] Der Antrag zur Bildung dieses Gremiums muss schriftlich von mindestens 100 Arbeitnehmern aus mindestens zwei Betrieben oder Unternehmen in mindestens zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten eingebracht werden. Gem **§ 187 ArbVG** besteht die **Aufgabe** des Verhandlungsgremiums darin, mit der zentralen Leitung des Unternehmens, eine schriftliche Vereinbarung über die Errichtung eines europäischen BR bzw über die

[527] *Marhold/Friedrich*, Öst. AR[2], 577; *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 8/242.
[528] Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einrichtung eines europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen.
[529] BGBl 1996/601; vgl *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG Komm, § 171 Rz 1ff.
[530] *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 577; *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 8/242¸ *Lindmayr*, Handbuch[7] Rz 846ff; ua.
[531] *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 8/242; vgl *Wolligger* in ZellKomm[2], § 105 ArbVG, Rz 136; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 228.

Durchführungsmodalitäten eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer abzuschließen. Die „Einbringenden“ können gem **§ 177 Abs 1 ArbVG** einen **Sprecher** bezeichnen, der in vielen Fällen ein bereits amtierendes BR-Mitglied sein wird und daher dem besonderen Kündigungsschutz gem § 120 ArbVG unterliegt.[532]

Soweit als Sprecher kein BR-Mitglied, sondern ein **Arbeitnehmer** bezeichnet wird, sieht § 205 ArbVG einen besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz für die **Zeit als Sprecher** vor. Gem § 205 ArbVG ist auf den Sprecher das Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot von BR-Mitgliedern iSd § 115 Abs 3 ArbVG sowie der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz iSd §§ 120 bis 122 ArbVG anwendbar. Der Motivkündigungsschutz des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit j ArbVG** erstreckt sich daher auf jene Kündigung, die außerhalb der Geltung des Sonderschutzes (für die Zeit **vor** und **nach** der **Geltung dieses Sonderschutzes**) wegen der Sprechertätigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen werden.[533]

2.11.3. Eigene Ansicht

Wird ein Arbeitnehmer, der nicht BR-Mitglied ist, für die Tätigkeit als Sprecher iSd § 177 ArbVG namhaft gemacht, so ist er in der Zeit der Ausübung durch § 205 ArbVG gegen Kündigungen eigens geschützt. Während dieser Tätigkeit gilt für ihn ebenso der besondere Bestandsschutz gem § 120 ArbVG, wie für BR-Mitglieder, dh eine Kündigung kann daher nur mit vorheriger gerichtlicher Zustimmung rechtswirksam ausgesprochen werden. Nur für die **Zeit vor und nach Ausübung dieser Funktion**, dh außerhalb des Sonderschutzes, kommt daher der allgemeine Motivschutz gem § 105 Abs 3 Z 1 lit j ArbVG zum Tragen.[534] Der Gesetzgeber normiert hier ein dichtes „Netz“ an Bestandsschutzregelungen, die dem Arbeitnehmer ermöglichen, ohne Furcht vor Auflösung seiner Tätigkeit als Sprecher nachzugehen. ME ergibt sich in diesem Zusammenhang **kein Raum für eine sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB.**

[532] Vgl *Wolligger* in ZellKomm^2 § 105 ArbVG, Rz 136; vgl auch *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 228.
[533] *Trost* in in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 228.
[534] *Trost* in in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 Rz 228.

3. Zusammenschau

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, bestehen neben dem Bereich des allgemeinen Motivkündigungsschutzes gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG, einige wenige Anwendungsfälle der **sittenwidrigen Kündigung**. Insb für Arbeitnehmer außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG, ist die Sittenwidrigkeit einer Kündigungserklärung in den folgenden sogleich zu kategorisierenden Fällen zu bejahen. Die Überlegungen stehen immer unter der Annahme, dass es sich um den ausschlaggebenden oder gar einzigen Kündigungsgrund des Arbeitgebers handelt und keine überwiegenden anderen Rechtsfertigungsgründe für die Beendigungserklärung vorhanden sind.

Kriterienkatalog

1. Zum einen wirken verfassungsrechtlich normierte **Grundrechte** über die Generalklausel des ABGB mittelbar auch auf das Verhältnis zwischen Privaten. So entfaltet die, in **Art 11 EMRK** und **Art 12 StGG**, geregelte **Koalitionsfreiheit** mittelbare Wirkung auch außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG. Kündigungen von Arbeitnehmern wegen des Beitritts, der Mitgliedschaft oder der Tätigkeit in und zu **Gewerkschaften**, ebenso wegen des Austritts oder Nichtbeitritts zu diesen Organisationen (**negative Koalitionsfreiheit**), stellen eine Verletzung des Koalitionsrechts dar. Auch die Kündigung wegen der irrigen Annahme des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer gehe einer gewerkschaftlichen Betätigung nach, ist mE als Verstoß gegen die Guten Sitten zu werten. Ebenso ist die Kündigungserklärung wegen der Teilnahme an einer rechtmäßigen **Streikhandlung**, mE als Verletzung dieses verfassungsgemäß gewährleisteten Grundrechts zu qualifizieren.

Dies gilt auch für Auflösungserklärungen wegen der Ausübung des Rechts auf Leistung des Ersatz-(Zivil-)dienstes anstelle des Wehrdienstes gem Art 9a Abs 4 B-VG. Die Sittenwidrigkeit einer Kündigungserklärung iSd § 879 ABGB ergibt sich in beiden Fällen aus einer Verletzung **verfassungsrechtlicher Grundwerte.**

2. Zum anderen kann die Sittenwidrigkeit in der **Umgehungsabsicht des Arbeitgebers** liegen, einen noch bevorstehenden Anspruch des Arbeitnehmers

gar nicht entstehen zu lassen. So stellt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst einen verwerflichen Beweggrund und damit einen Anwendungsfall des § 879 ABGB dar.

3. Eine sehr breite Palette für das Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel bietet auch das **Motiv der Vergeltung**. So ist bei Arbeitnehmern außerhalb des ArbVG, eine Kündigung **wegen der früheren Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse** (in anderen Betrieben oder auch im selben Betrieb) stets unter diesem Gesichtspunkt der Verletzung der guten Sitten zu prüfen. Wird ein solcher Arbeitnehmer gekündigt, weil er zB in einer **früheren Funktion als BR-Mitglied** tätig war, Handlungen zur **Einberufung** einer **Betriebsversammlung** gesetzt hat oder **ehemals** als **Mitglied eines Wahlvorstandes**, einer Wahlkommission bzw als Wahlzeuge aktiv war, so stellt dies nicht nur ein verpöntes, sondern mit den Werten der Rechtsordnung unvereinbares Motiv für eine Kündigung dar. Ebenso ist die Situation zu qualifizieren, wenn zB ein leitender Angestellter das Verfahren der Schlichtungsstelle durch sonstige Handlungen (Fachauskünfte, etc) unterstützt und deswegen einer Kündigung ausgesetzt ist. Hier fehlt mE ein entsprechendes Viktimisierungsverbot.

4. Liegt der Beweggrund der Kündigung (-sandrohung) in der **Ausübung von Zwang oder Druck,** damit der Arbeitnehmer von der Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse (zB Mitglied des Wahlvorstandes) bzw vom Betreiben einer Forderung absieht, so kann ebenfalls eine Verletzung der guten Sitten angenommen werden. So ist innerhalb des Anwendungsbereichs des ArbVG die, durch Kündigungsandrohung erzwungene, Untätigkeit des Arbeitnehmers im Vorfeld einer BR-Wahl als sittenwidrig einzustufen. Dem betroffenen Arbeitnehmer muss in diesem Fall ein Rückgriff auf § 879 ABGB gewährt werden.

All diese Situationen sind unter dem Blickwinkel eines **Verstoßes gegen § 879 ABGB** als sittenwidrig zu qualifizieren und stellen damit ein „**Sicherheitsnetz**“ dar, welches den Arbeitnehmer vor grundrechtswidrigen und missbilligten Kündigungsgründen bewahrt. Somit zieht auch die Generalklausel des ABGB eine

Grenze der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers. Einer detaillierteren Kategorisierung aller sittenwidrigen Kündigungsgründe widmet sich Teil II, Kap 4.

Kapitel 3: Der individuelle Motivkündigungsschutz und sein Verhältnis zur Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB

3.1. Grundlagen des individuellen Motivkündigungsschutzes und Problemabgrenzung

Unter dem Begriff des individuellen Kündigungsschutzes werden **außerhalb** der **Betriebsverfassung** stehende, also nicht dem Kollektivarbeitsrecht unterliegende, **individuell gewährte Motivanfechtungstatbestände** zusammengefasst. Neben dem Motivkündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG, normiert der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des AVRAG, des GlBG und des BEinstG somit weitere Möglichkeiten einer **Individualanfechtung aufgrund verpönter Kündigungsmotive**, bei welchen es im Unterschied zum ArbVG nicht auf das Vorliegen eines betriebsratspflichtigen Betriebes ankommt. Die **Anfechtungsmöglichkeit** ist vom Betriebsverfassungsrecht losgelöst und steht daher nicht primär dem BR als Vertreter der Belegschaft, sondern **allein dem Arbeitnehmer** zu.[535] Er ist somit als Individuum Träger der materiellen Anfechtungsberechtigung.[536] Der individuelle Bestandsschutz tritt zum allgemeinen Kündigungsschutz hinzu und normiert die Anfechtungsmöglichkeit des Arbeitnehmers bei Vorliegen **spezieller verpönter Motive** des Arbeitgebers.[537]

Daraus ergibt sich die grundsätzliche Frage, ob sich, trotz der Bestimmungen des **individuellen Kündigungsschutzes**, etwaige **Lücken** eröffnen, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel gem **§ 879 ABGB zu schließen** sind.

1. Zunächst soll der Individualanfechtungstatbestand des **§ 7 lit f und lit i BEinstG[538]** kurz betrachtet werden. Unterliegt der betroffene Arbeitnehmer nicht den Regelungen des besonderen Bestandsschutzes iSd BEinstG[539], da er nicht

---

[535] *Brodil/Risak/Wolf*, Grundzüge[7] Rz 465; *Schwarz/Löschnigg,* AR[11], Rz 7/091f; *Wagnest*, Kündigungsanfechtungstatbestände außerhalb des ArbVG, in FS *Binder* (2010), 427; *Binder*, Kommentar Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (2010), § 8 AVRAG, Rz 19.
[536] Vgl *Mosler* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar I[2], § 8 AVRAG, Rz 27.
[537] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* AR[11] Rz 7/098.
[538] BGBl 1970/22, zuletzt geändert durch BGBl I 1999/194 idgF.
[539] Vgl § 8 BEinstG normiert eine Kündigungsfrist von mindestens vier Wochen (Ausnahme: wenn eine längere Kündigungsfrist einzuhalten ist) und darüber hinaus darf die Kündigung erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates,

als begünstigter Behinderter iSd § 2 BEinstG[540] einzustufen ist, so besteht daneben auch der Individualanfechtungstatbestand des **§ 7 lit f und lit i Abs 2** leg cit. Danach kann ein Arbeitnehmer, welcher aufgrund seiner geringeren als 50%igen Behinderung vom Arbeitgeber gekündigt wird, diese Auflösungserklärung bei Gericht anfechten. Das Anknüpfungskriterium eines bestimmten Grades einer Behinderung, soweit das Kündigungsmotiv vorwiegend darauf beruht, ist somit klar eingrenzbar.

2. Auch die Bestimmungen der **§§ 8 Abs 2, 9 Abs 2 und 15 AVRAG[541]** normieren die Möglichkeit einer individuellen Anfechtung. Die Regelungen des AVRAG haben grundsätzlich für **alle Arbeitnehmer** volle Gültigkeit, unabhängig davon, ob es sich um einen betriebsratspflichtigen Betrieb handelt oder nicht.[542] Dies gilt auch für Mitglieder eines Organs einer juristischen Person oder auch leitende Angestellte, also Personen, die dem Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG nicht unterliegen. Zum einen handelt es sich um **§ 8 Abs 2 AVRAG Verhalten bei Gefahr**, welcher den Arbeitnehmer ua berechtigt, seine Tätigkeit einzustellen bzw den Arbeitsplatz zu verlassen. Der betroffene Arbeitnehmer darf aufgrund dieser Handlungen nicht gekündigt werden. Zum anderen um die Bestimmung des **§ 9 Abs 2 AVRAG (Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft, Arbeitsmediziner).** Die jeweilige Tätigkeit birgt zwangsläufig ein erhöhtes Konfliktpotential mit dem Arbeitgeber in sich. Der daraus folgenden erhöhten Kündigungsgefahr trägt der Gesetzgeber, neben den Bestimmungen des § 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG (Teil II, Pkt 2.8.), auch durch § 9 Abs 2 AVRAG Rechnung.**[543]**

3. Mit der Einführung des ASRÄG 1997[544] wurde die gesetzliche Grundlage für verschiedene Formen der Karenzierung bzw Arbeitszeitreduktion

---

der Behindertenvertrauensperson (Stellvertreter) oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften zugestimmt hat. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn nicht in Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt wird.

[540] Vgl § 2 BEinstG: Begünstigte Behinderte iSd des Gesetzes sind österreichische Staatsbürger mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 %.

[541] BGBl 1993/459 idgF.

[542] Beachte die Ausnahmen in § 1 Abs 2 AVRAG.

[543] Vgl *Gahleitne*r in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 29; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II, § 105 ArbVG, Rz 216.

[544] BGBl I 1997/139 (ASRÄG Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997).

geschaffen.[545] Wird eine **Kündigung** wegen einer beabsichtigten oder tatsächlich in Anspruch genommenen Karenzierung bzw Teilzeitarbeit iSd **§§ 11 bis 14 AVRAG** ausgesprochen, so normiert **§ 15 Abs 1 AVRAG** ebenfalls die **Möglichkeit einer individuellen Kündigungsanfechtung.[546]** Dahinter steht die **Intention des Gesetzgebers** dem Arbeitnehmer die **Inanspruchnahme** zu ermöglichen, **ohne** der **Gefahr einer Kündigung** ausgesetzt zu sein.[547] Beantragt der Arbeitnehmer (auch mehrmals) eine vollständige oder partielle Arbeitsfreistellung gem §§ 11 bis 14 AVRAG, darf ihm **daraus kein Nachteil erwachsen**, dh insb darf er deswegen keiner Kündigung ausgesetzt sein. Dies vor allem dann nicht, wenn die betriebliche Situation diesbezüglich Spielräume zulässt.[548] Dies gilt sowohl im Vorfeld der Inanspruchnahme als auch nach Beendigung der Maßnahme.

4. Im Rahmen des **GlBG** wird dem **Gleichbehandlungsgebot** in Bezug auf die Anknüpfungspunkte der **ethnischen Zugehörigkeit,** des **Alters,** des **Geschlechts,** der **sexuellen Orientierung** festgelegt. Diese Bestimmungen orientieren sich ebenfalls an eindeutigen, persönlichen Merkmalen der betroffenen Person. Bei der Auslegung des GlBG geht es daher vorwiegend um die Frage, ob aufgrund dieser Kriterien eine **unmittelbare** (§§ 5 Abs 1, 19 Abs 1 GlBG) **oder mittelbare Diskriminierung** (gem §§ 5 Abs 2, 19 Abs 2 GlBG) vorliegt.

5. Aus meiner Sicht bleibt neben den Bestimmungen des BEinstG, des AVRAG sowie fast allen Diskriminierungsmerkmalen des GlBG für einen **Anwendungsfall eines Sittenverstoßes** iSd § 879 ABGB **zu wenig Raum**. Auch Seitens der Literatur wird die Annahme einer Lücke und damit der Anwendbarkeit der Generalklausel nicht unterstützt. Diesbezüglich finden sich jedenfalls keine

[545] Vgl *Wagnest* in FS *Binder* 428; *Holzer/Reissner,* Kommentar AVRAG^2, § 11 Rz 1.
[546] Anm §§ 14a AVRAG regelt die Inanspruchnahme von Sterbebegleitung bzw der Begleitung schwerstkranker Kinder. Der Arbeitnehmer kann ab Bekanntgabe einer dieser Maßnahmen und bis zum Ablauf von 4 Wochen nach dessen Ende rechtswirksam weder gekündigt, noch entlassen werden. Hierfür bedarf es der vorherigen Zustimmung des zuständigen ASG. Damit fällt dieser Tatbestand unter den besonderen Bestandsschutz. Vgl *Wagnest* in FS *Binder* 428; *Sablatnig*, AVRAG (2002), § 14a, Rz 248, ua.
[547] Vgl *Binder*, Kommentar AVRAG, § 15 Rz 1.
[548] Vgl *Binder*, Kommentar AVRAG, § 15 Rz 4; Die Literatur vertritt hier die Ansicht, dass die Anfechtung auch bei Entlassungen in rechtsanaloger Anwendung möglich ist, da sonst der Kündigungsschutz durch den Ausspruch einer ungerechtfertigten Entlassungen umgangen werden könnte. Vgl dazu *Holzer/Reissner,* Kommentar AVRAG^2 § 15 Rz 5 u 17; *Risak*, Ältere Arbeitnehmer: Kündigungsschutz ja, Entlassungsschutz nein? , ecolex 2000, 809f; ua.

Anhaltspunkte. Der Gesetzgeber hat mit diesen Individualanfechtungstatbeständen ein sehr **engmaschiges „Auffangnetz**“ zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer vor Kündigungen gespannt und sie mit dem Instrument der Anfechtbarkeit ausgestattet. Liegt der Auflösungserklärung des Arbeitgebers eines dieser Motive (Behinderung unter 50%, Verhalten bei Gefahr, Inanspruchnahme einer Karenzierung, Altersmerkmal, etc) zugrunde, so genügt im Anfechtungsverfahren die bloße Glaubhaftmachung durch den Arbeitnehmer. Auch sind jene **Kriterien** relativ **eindeutig zu definieren** und **eingrenzbar**. Somit ergibt sich hier keine echte Lücke für die Anwendbarkeit des § 879 ABGB.

Einzig für den **Diskriminierungstatbestand** der „**Weltanschauung**“ fehlt eine aussagekräftige Legaldefinition. Damit weist dieses Kriterium die größte Unschärfe auf, weshalb somit nach den Grenzen der Interpretation zu fragen ist. Das folgende Kapitel widmet sich vorwiegend der Frage, ob zB auch **politische Überzeugung bzw Gesinnung** unter den Begriff der Weltanschauung zu subsumieren ist und damit ebenso dem individuellen Kündigungsschutz des GlBG unterliegt oder nicht?

3.2. Motivkündigungsschutz des GlBG dargestellt an der Kündigung wegen politischer Überzeugung

3.2.1. Problemstellung

Wie bereits erwähnt, ermöglicht das **GlBG** individuelle Kündigungsanfechtungsmöglichkeiten wegen einer Auflösungserklärung aufgrund bestimmter Merkmale einer Person (Alter, Geschlecht, sexuelle Orientierung, usw). Neben dem Tatbestand der Religion, normiert **§ 17 GlBG** auch die Gleichbehandlung aufgrund der **Weltanschauung eines Menschen**. Mangels einer geeigneten Begriffsdefinition, eröffnet sich ein großer **Interpretationsspielraum**, was konkret unter diesem Diskriminierungsmerkmal zu verstehen ist. Uneinigkeit besteht vor allem in der Literatur[549] darüber, ob auch **politische Überzeugungen** unter den Tatbestand der Weltanschauung zu subsumieren sind. Dies führt unweigerlich zu der Frage nach der Definition von politischer Gesinnung bzw wie diese nach außen in Erscheinung tritt. Ist darunter allein das Engagement in einer politischen Partei zu verstehen oder ebenso andere Aktivitäten (zB die Teilnahme an einer Veranstaltung gegen Fremdenfeindlichkeit, gegen Gewalt an Frauen oder für Belange des Umweltschutzes uÄ) bzw nicht zuletzt vereinzelte individuelle Meinungsäußerungen?

Zunächst ist nochmals auf die **Abgrenzung** zum allgemeinen Kündigungsschutz iSd § 105 ArbVG hinzuweisen (Teil II, Pkt 2.3.). Danach ist eine **rein politische Betätigung** (ohne jeglichen Bezug zu einer Gewerkschaft) **nicht** vom Bestandsschutz des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG** erfasst**.** Erst wenn die politische Tätigkeit mit dem Beitritt oder der Mitgliedschaft zu einer Gewerkschaft verbunden ist, kommt der Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG zum Tragen. Ein Arbeitnehmer, der aufgrund sonstiger politischer Sichtweisen gekündigt wird, kann eine Anfechtungsklage somit nicht darauf stützen.

Zu fragen ist daher, ob Menschen aufgrund ihrer politischen und ideologischen Ansichten ebenso **Diskriminierungsschutz** iSd GlBG genießen oder nicht.

[549] Dafür: *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG Rz 13; *diess* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 17 Rz 20; *Eichinger*, RdW 2009, 768; *Högenauer*, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht (2002) 106; *Egger,* Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302; ua. Dagegen *Thüsing,* Das Arbeitsrecht der Zukunft, NZA 2004, 11; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2012) § 22 Rz 106 (295).

Kommt man jedoch zu dem Schluss, dass eine solche Gesinnung bzw Leitauffassung nicht unter den Tatbestand der „Weltanschauung“ iSd GlBG zu subsumieren ist, ist zu fragen, ob eine derart motivierte Kündigung uU eine (mittelbare) **Grundrechtsverletzung** darstellt und somit im Wege der mittelbaren Wirkung von Grundrechten ein Anwendungsfall einer sittenwidrigen Kündigung vorliegt. Weiters ist zu fragen, **welche Grundrechte** dadurch (mittelbar) verletzt werden könnten.

3.2.2. Europarechtliche und innerrechtliche Grundlagen

Im Zuge der Umsetzung der **Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG** und der **Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG**[550], kam es 2004 auch zu einer grundlegenden Neuregelung des GlBG[551] Das Gemeinschaftsrecht sollte verstärkt als Mittel gegen Diskriminierung eingesetzt werden und damit nicht nur eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vermeiden, sondern darüber hinaus auch die EU als Binnenmarkt und damit ihre wirtschaftliche Effizienz fördern.[552]

Der Gesetzgeber übernahm bei der Einführung des GlBG 2004[553] größtenteils die Bestimmungen der Vorgängerregelung (GlBG 1979[554]). **Strukturell** gliedert sich das GlBG in sechs Teile. **Teil I** regelt die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt und verbietet Diskriminierungen aufgrund des **Geschlechts**. Der **II. Teil** normiert ein Diskriminierungsverbot in der Arbeitswelt aufgrund anderer missbilligter Merkmale, wie **ethnischer Zugehörigkeit**, der **Religion** und **Weltanschauung**, des **Alters** und der **sexuellen Orientierung**. **Teil III** und **IIIa** widmet sich der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit und des Geschlechts in **sonstigen Bereichen**. **Teil IV** erweitert die Gleichbehandlung im Arbeitsleben auch auf den Bereich der **Land- und**

[550] Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (**Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie**) u Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (**Antirassismusrichtlinie**).
[551] Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 § 1 GlBG, Rz 3; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG (2009), Historische Entwicklung, Rz 13.
[552] Vgl *Rebhahn*, Kommentar GlBG (2005), Einleitung, Rz 4.
[553] BGBl I 2004/66; vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG, Rz 4; *Rebhahn*, Kommentar GlBG (2005), Einleitung, Rz 18.
[554] Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG 60; vgl auch *Körber-Risak,* Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht, in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap VIII Rz 55.

Forstwirtschaft.[555] Der **V. Teil** beinhaltet Schlussbestimmungen. Dem **Anwendungsbereich** des GlBG unterliegen alle Arbeitsverhältnisse, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen.[556] Aus Gründen der Vollständigkeit sollen zunächst die Arten der Diskriminierung sowie die **Kündigungsanfechtungstatbestände** der §§ 12 Abs 7, 26 Abs 7 und 51 Abs 7 GlBG kurz dargestellt werden.

3.2.2.1. Legaldefinition der Diskriminierung

Eine **unmittelbare Diskriminierung**[557] liegt laut Legaldefinition (§§ 5 Abs 1, 19 Abs 1 GlBG u § 7c Abs 1 BEinstG) dann vor, wenn eine Person aufgrund eines der geschützten Merkmale in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstigere Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die **mittelbare Diskriminierung** (gem §§ 5 Abs 2, 19 Abs 2 GlBG u § 7c Abs 2 BEinstG) ist dann anzunehmen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren wegen einer der geschützten Merkmale eine Person benachteiligen können. In beiden Fällen obliegt es dem Arbeitgeber nachzuweisen, dass die Differenzierung auf sachlichen und objektiv nachvollziehbaren Entscheidungskriterien beruht bzw die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.[558]

3.2.2.2. Kündigungsanfechtung gem § 12 Abs 7 GlBG[559]

Anknüpfungskriterium ist das Diskriminierungsverbot aufgrund des **Geschlechts** des Arbeitnehmers, insb unter Bezugnahme auf den **Ehe- und Familienstand (§ 3 Z 1 GlBG**). Wird das Arbeitsverhältnis seitens des Arbeitgebers nun wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers oder wegen der nicht offenbar unberechtigten

---

[555] Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG, Rz 4.
[556] Vgl *Körber-Risak* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap VIII Rz 56; vgl ebenso *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 § 1 GlBG, Rz 5; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, Historische Entwicklung, Rz 17.
[557] Vgl *Rebhahn*, Kommentar GlBG (2005), Einleitung, Rz 6; *Körber-Risak* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap VIII Rz 64.
[558] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* AR^{11}, Rz 6/379; vgl *Rebhahn*, Kommentar GlBG (2005), Einleitung, Rz 7; *Körber-Risak* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap VIII Rz 65f.
[559] Aufgrund der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet (zB der/die Arbeitnehmer/In oder der/die Arbeitgeber/In). Im Sinne der Gleichbehandlung sind jedoch immer beide Geschlechter angesprochen.

Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz (Folgediskriminierung[560]) gekündigt (vorzeitig beendet), so kann die Kündigung gem **§ 12 Abs 7 GlBG** angefochten werden.[561] Darüber hinaus positiviert **§ 13 GlBG** ein **Benachteiligungsverbot**, wonach der Arbeitgeber als **Reaktion auf eine Beschwerde** des Arbeitnehmers oder wegen der **Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes** den Arbeitnehmer nicht entlassen, kündigen oder anders benachteiligen darf. Ebenso wenig ist eine Form dieser Benachteiligung erlaubt, soweit der Arbeitnehmer als Zeuge oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt bzw die Beschwerde eines anderen Arbeitnehmers unterstützt. In allen Fällen steht dem Arbeitnehmer die Anfechtung bei Gericht binnen einer Frist von **14 Tagen** ab Zugang der Beendigungserklärung offen (§ 15 Abs 1 a GlBG).

3.2.2.3. Kündigungsanfechtung gem § 26 Abs 7 GlBG

Weitere Diskriminierungsmerkmale sind durch **§ 17 Abs 1 GlBG** geregelt. Danach darf niemand aufgrund seiner **ethnischen Zugehörigkeit**, der **Religion oder Weltanschauung**, des **Alters** oder der **sexuellen Orientierung** im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen eines, in § 17 Abs 1 GlBG, genannten Grundes oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GlBG, so kann die Auflösungserklärung gem **§ 26 Abs 7 GlBG** binnen 14 Tagen ab Zugang der Auflösungserklärung bei Gericht **angefochten** werden (§ 29 Abs 1a GlBG).[562] **§ 27 GlBG** normiert ein entsprechendes Benachteiligungsverbot.[563]

---

[560] *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 12 Rz 79: Die sog Folgediskriminierung ähnelt dem Motivkündigungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG und verfolgt damit ebenfalls den Zweck, dem Arbeitnehmer die Rechtsdurchsetzung im aufrechten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen, ohne eine Auflösung befürchten zu müssen (s Teil II Kap 2.10.).

[561] Die Konzeption als Individualrecht der jeweils betroffenen Person, verfolgt insb das Ziel, Frauen auch in Kleinstbetrieben zu schützen. Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 12 Rz 78: *Schwarz/Löschnigg,* AR[11] Rz 7/099.

[562] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* AR[11] Rz 7/098.

[563] Vgl auch die §§ 43 Abs 1 u 2 iVm §§ 51 und 52 GlBG in Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot im Bereich der Land- und Forstwirtschaft.

3.2.3. Judikatur zum Begriff der Weltanschauung

Zur Auslegung des Begriffs der Weltanschauung existiert bis dato **keine** einschlägige **Rsp des EuGH**. In der österreichischen Judikatur findet sich jedoch eine relevante Entscheidung des **OGH** aus dem Jahr 2009.[564] Auch die Gutachtensammlung der B-GBK[565] zeigt, dass seit 2006 zahlreiche Anträge wegen Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung eingebracht wurden.

3.2.3.1. Judikatur des OGH

Im gegenständlichen Urteil war der **klagende Arbeitnehmer** zunächst als juristischer **Referent** und später als stellvertretender Leiter beim Bundesasylamt tätig. In einem äußerst **kritischen Buch zum Thema Asylrecht** veröffentlichte der klagende Arbeitnehmer insgesamt 44 Fälle aus seiner eigenen beruflichen Praxis und bezeichnete ua Österreich als Schlaraffenland für Asylwerber und das Asylwesen als Tummelplatz für kriminelle Menschen. Daraufhin wurde dem klagenden Arbeitnehmer, per Erlass, die Bescheidapprobationsbefugnis entzogen sowie eine Disziplinaranzeige wegen des dringenden Verdachts der **Verletzung der Amtsverschwiegenheit**, allgemeiner Dienstpflichten sowie des Dienstgeheimnisses erstattet. Auch erfolgte die Weisung, ohne vorherige Rücksprache mit der Pressestelle und Genehmigung des Vorgesetzten, nicht mit Medien in Kontakt zu treten. Diese **Weisung** wurde vom klagenden Arbeitnehmer missachtet, woraufhin eine weitere Disziplinaranzeige erstattet wurde.

Zunächst brachte der Arbeitnehmer eine Beschwerde bei der B-GBK ein. Mit Gutachten beschloss die B-GBK, dass eine Diskriminierung des klagenden Arbeitnehmers aufgrund der Weltanschauung nicht festgestellt werden konnte. Daraufhin brachte der Arbeitnehmer eine **Schadenersatzklage** gem § 19 B-GlBG[566] in Höhe von 21.000,- EUR ein, da er aufgrund seiner Weltanschauung einem entwürdigenden und unangebrachten Verhalten des Arbeitgebers

[564] OGH 24.2.2009, 9 ObA 122/07t, Arb 12.797 = RdW 2009/461 (493) = ecolex 2009, 428, ua (Asylrechtsfall).

[565] Homepage: Bundeskanzleramt/Rubrik Gleichbehandlungskommission: Gutachtensammlung der Bundes-Gleichbehandlungskommission - Senat II: http://www.frauen.bka.gv.at/site/5539/default.aspx.

[566] § 19 B-GlBG sieht einen Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem „Belästiger“ vor, wenn der Arbeitnehmer infolge der Belästigung nach §§ 8 und 8a u 16 B-GlBG im Zusammenhang mit dem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis diskriminiert worden ist.

ausgesetzt war und dieser, trotz mehrmaliger Aufforderung, die Belästigungen nicht abgestellt habe.

Das **Höchstgericht** legt in seinem Urteil, unter **Verweis auf die Gesetzesmaterialien** zum GlBG[567] und B-GlBG[568]sowie das **Ziel der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie**, den Begriff der Weltanschauung weit aus. Der Oberbegriff der Weltanschauung ist eng mit dem Begriff Religion verbunden und dient als **Sammelbezeichnung für alle anderen (religiösen, ideologischen, politischen und ähnlichen) Leitauffassungen** vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis. Zur Frage, ob auch politische Gesinnung dem Begriff der Weltanschauung unterliegt, entschied das Höchstgericht, dass **Weltanschauungen** keine wissenschaftlichen Systeme darstellen, sondern als **Deutungsauffassungen** in Form **persönlicher Überzeugung** von der Grundstruktur, den Modalitäten und der Funktion des Weltganzen anzusehen sind. Damit legt der OGH einen bestimmten qualitativen Maßstab an die Auslegung des Kriteriums an.

Im gegenständlichen Fall konnte der Kläger nicht darlegen, welche Weltanschauung seiner vorgebrachten Meinung zugrunde lag. In dem, vom Kläger verfassten, Buch hatte dieser ausdrücklich auf seine objektive, von jeder politischer Ideologie freie, Haltung hingewiesen. Der Gerichtshof kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass **bloß kritische Auffassungen** über die derzeitige Asylgesetzgebung **nicht unter den Begriff „Weltanschauung“** iSd B-GlBG fallen und gab der Revision des klagenden Arbeitnehmers nicht Folge.

Das Urteil lässt allerdings die Frage offen, ob eine Kündigung aufgrund derart kritischer Äußerungen eine Verletzung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit iSd Art 10 EMRK darstellt. Bejaht man diese Frage, so würde die Auflösungserklärung im Wege der mittelbaren Wirkung von Grundrechten einen Sittenverstoß gem § 879 ABGB und damit einen Anwendungsfall einer sittenwidrigen Kündigung darstellen.

[567] ErlRV 307 BlgNR 22. GP, 14f.
[568] ErlRV 285 BlgNR 22.GP 11.

3.2.3.2. Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission

Auch die bisherige Spruchpraxis der **Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK)** orientiert sich bei der Auslegung des Begriffs „Weltanschauung" ebenfalls an den Begriffsbestimmungen der Gesetzesmaterialien zum GlBG (und B-GlBG). Aus den zahlreichen Gutachten zum Thema der Weltanschauung lässt sich erkennen, dass auch die B-GBK darunter ebenso die politische Überzeugung eines Menschen versteht.[569] Im **10. Gutachten** von November 2006 entschied die Kommission, dass bei der Nichtgewährung einer Dienstfreistellung wegen der Ausübung eines **Landtagmandats**, eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung nicht auszuschließen ist. Der Antragsteller war als **Berufsoffizier** im Bundesministerium für Landesverteidigung tätig. Nachdem er in den Landtag gewählt wurde, und die Unvereinbarkeitskommission davon in Kenntnis gesetzt hatte, beantragte er die Reduzierung seiner Arbeitszeit um 30%, um sein politisches Mandat ausüben zu können. Daraufhin wurde er vom Arbeitgeber unter Einstellung der Bezüge außer Dienst gestellt. Die Entscheidung des Unvereinbarkeitsausschusses wurde nicht abgewartet. Der Antragsteller behauptete Diskriminierung aufgrund seiner politischen Weltanschauung, da „seine" Partei nicht der (damaligen) Regierungskoalition angehörte.

Mangels nachvollziehbarer und überzeugender Begründung des Bundesministeriums für Landesverteidigung, ergab das Gutachten der B-GBK, dass die Außerdienststellung eine Diskriminierung darstellt. Eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung des Antragstellers sei nicht auszuschließen.

Von den folgenden **13 Gutachten** zum Diskriminierungsmerkmal der Weltanschauung, wurde in sieben Fällen[570] eine solche Ungleichbehandlung von der B-GBK bejaht. In allen Fällen ging es um Personalentscheidungen, die zum Nachteil des Antragstellers (Stellenbewerbers) getroffen wurden und zwar

[569] Homepage: Bundeskanzleramt/Rubrik Gleichbehandlungskommission: Gutachtensammlung der Bundes-Gleichbehandlungskommission - Senat II: http://www.frauen.bka.gv.at/site/5539/default.aspx.

[570] In den insgesamt 13 Gutachten zur Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung, konnte in den folgenden Gutachten eine derartige Diskriminierung festgestellt werden: 11. Gutachten von Jänner 2007, 18. Gutachten von August 2008, 20. Gutachten von Februar 2010, 22. Gutachten von September 2010, 24. Gutachten von September 2011, 30. Gutachten von August 2012 und 31. Gutachten von August 2012 (Abfragedatum 20.12.2012).

aufgrund einer vermeintlichen[571] oder tatsächlichen **Zugehörigkeit[572] zu einer politischen Partei** bzw aufgrund von **Personalvertretungs- und Gewerkschaftsarbeit**.[573] Aus der bisherigen Spruchpraxis des B-GBK geht daher eindeutig hervor, dass die B-GBK politische Gesinnung grundsätzlich unter den Begriff Weltanschauung subsumiert. Zum einen versteht die Kommission unter dem Merkmal der Weltanschauung somit **politisches Engagement in einer bestimmten Partei** (zB Ausübung eines Mandats). Zum anderen aber auch **politisches Engagement an sich**, ohne Zugehörigkeit zu einer Partei (zB Personalvertretungstätigkeiten), da sich auch dadurch die politische Überzeugung und Auffassung einer Person widerspiegelt. Betrachtet man die bisherigen Gutachten der B-GBK, so lässt sich zwar die Richtung erkennen, was unter politischer Leitauffassung zu verstehen ist, allerdings ergibt sich daraus letztlich noch keine klare Definition des Begriffes.

3.2.4. Literatur zum Begriff der Weltanschauung

In der Literatur ist umstritten, ob **auch** die **politische Haltung bzw Überzeugung** eines Menschen unter das Diskriminierungsmerkmal „**Weltanschauung**" zu subsumieren und daher vom Kündigungsschutz des GlBG umfasst ist. Sowohl das Gemeinschaftsrecht als auch das österreichische Recht verbieten zwar Diskriminierung aufgrund von Weltanschauung[574], mangels einer geeigneten Legaldefinition lasse die Interpretation des Begriffs jedoch große Spielräume zu.

Ein **Teil der Literatur**[575] geht von einer **weiten Auslegung** des Merkmals Weltanschauung aus und zieht, ebenso wie der OGH und die B-GBK, die Materialien des österreichischen Gesetzgebers zum GlBG[576] zur Auslegung heran. Danach ist Weltanschauung eine *„Sammelbezeichnung für alle religiösen,*

[571] 31. Gutachten von August 2012.
[572] 11. Gutachten von Jänner 2007, 18. Gutachten von August 2008 u 24. Gutachten von September 2011.
[573] 20. Gutachten von Februar 2010, 22. Gutachten von September 2010 u 30. Gutachten von August 2012.
[574] *Eichinger*, Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung: auch eine politische Angelegenheit?, RdW 2009, 768.
[575] Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG, Rz 13; *diess* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 17 Rz 20; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 17 Rz 40: *Eichinger*, RdW 2009, 768; *Högenauer*, Europäische Richtlinien 106; *Egger,* DRdA 2003, 302; *Runggaldier,* Das neue „Antidiskriminierungsrecht" der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in FS *Doralt* (2004) 525; *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 506.
[576] ErlRV 307, BlgNR 22. GP 14f.

*ideologischen, **politischen**, uä **Leitauffassungen** vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis."*

Aufgrund der gemeinsamen Nennung im Richtlinientext (Religion und Weltanschauung), sieht ein **anderer Teil** in der, vor allem deutschen, **Literatur**[577] hingegen die Subsumtion politischer Überzeugung unter das Kriterium der Weltanschauung als verfehlt an. Als zusätzliches Argument wird hier auch das **Fehlen** einer **expliziten Erwähnung** als **eigenständiges Diskriminierungsmerkmal** herangezogen. Nachfolgend sollen die beiden gegensätzlichen Ansichten in der Literatur genauer dargestellt werden.

3.2.4.1. Zustimmende Lehrmeinung

Da der österreichische Gesetzgeber **auch ideologische und politische Lebensentwürfe** unter Weltanschauung einordnet, müsste sich dieses weitreichende Verständnis, nach Ansicht von ***Windisch-Graetz***[578], mit dem Verständnis der EMRK von Weltanschauung decken, welche zB auch die Philosophie des Pazifismus darunter subsumiert. Somit müssten auch andere umfassende politische Konzepte (zB Marxismus), darunter zu verstehen sein. Entgegen der Ansicht[579], dass bloß punktuelle Überzeugungen, die nur Teilbereiche des Lebens betreffen, nicht davon erfasst sind[580], argumentiert ***Windisch-Graetz,*** dass dies dem **Gleichheitsargument** widerspricht.

Danach wären nur diejenigen geschützt, die ein umfassendes ideologisches Weltbild für sich gewonnen haben, nicht jedoch jene Menschen, die bloß punktuell eine politische Ansicht zum Ausdruck bringen. Sie betont weiter, dass unbestimmte Gesetzesbegriffe, wie insb die Antidiskriminierungsgründe, nur unter Bezugnahme auf die EMRK ausgelegt werden dürfen.[581] Selbst, wenn die Richtlinie politische Überzeugungen nicht unter Weltanschauung einordnet, so bleibt es dem **nationalen Gesetzgeber** unbenommen, einen **weiterreichenden**

[577] Vgl *Thüsing,* NZA 2004, 11; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22 Rz 106 (295).
[578] Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG, Rz 13; *diess* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 17 Rz 20; *Eichinger*, RdW 2009, 773.
[579] Vgl *Thüsing*, NZA 2004,11; *Grabenwarter/Pabel,* EMRK, § 22 Rz 106.
[580] Vgl *Thüsing*, NZA 2004,11.
[581] Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 16 Rz 6.

Diskriminierungsschutz zu normieren[582], insb um die EMRK umzusetzen und damit dem Gleichheitssatz zu entsprechen. *Windisch-Graetz*[583] kommt, unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien zum GlBG, zu dem Schluss, dass der österreichische Gesetzgeber ebenso einen Diskriminierungsschutz aufgrund politischer Anschauungen normiert hat.

Ebenso argumentiert ***Eichinger***[584], dass, trotz der „Nähe" zum Begriff Religion, der **Weltanschauung** eine **eigenständige Bedeutung** zukommt. Die inhaltliche Abgrenzung beider Merkmale zieht *Eichinger* anhand des Kriteriums „Transzendenz"[585], welche charakteristisch für Religion gilt, während Weltanschauung typischerweise auf das Diesseits ausgerichtet ist. Darüber hinaus wirft die Unterscheidung zwischen den Merkmalen Religion und Weltanschauung, aufgrund der immer zahlreicheren „New Religious Movements"[586], auch aus religionswissenschaftlicher Sicht weitere Differenzierungsfragen[587] auf.

Nach Ansicht von *Eichinger* spricht für die Einbeziehung politischer Überzeugungen zunächst das grundlegende **Ziel** der **Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie** (RL 2000/78/EG), *„Diskriminierungen möglichst effektiv und umfassend zu bekämpfen."*[588] Die Nichterwähnung „politischer Gesinnung" als Diskriminierungskriterium im Richtlinientext spricht nicht zwangsläufig gegen eine Einbeziehung.[589]

---

[582] Vgl auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 17 Rz 48.
[583] Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm[2] GlBG, Rz 14; diess in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 17 Rz 23.
[584] *Eichinger*, RdW 2009, 769.
[585] Unter dem Begriff **Transzendenz** wird das jenseits der Erfahrung, des Gegenständlichen Liegende, dh das Jenseits verstanden. Aus philosophischer Sicht bedeutet Transzendenz das Überschreiten der Grenzen von Erfahrung und Bewusstsein, Überschreiten des Diesseits. Vgl Duden, Fremdwörterbuch[10] (2010).
[586] *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 17 Rz 39: Als Beispiel für „Neue religiöse Bewegungen" führen sie die Gruppe von Scientology an; vgl *Eichinger*, RdW 2009, 769.
[587] Vgl *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick[2] (2007) 11 u 56: Vor allem die sog „**New Religious Movements**" entsprechen nicht mehr dem traditionellen Religionsverständnis und dem daraus resultierenden staatlichen Religionsrecht. Vielmehr treten bei diesen Gruppierungen (zB „Scientology") von anderen Bereichen, wie Politik und Wirtschaft, übernommene spezifisch, marktorientierte Verhaltensweisen auf. In der Religionswissenschaft wird daher bezweifelt, ob die Anknüpfung an die Transzendenz als Kriterium für die Begriffsbestimmung noch ausreicht. Vgl auch *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 4.
[588] Vgl *Eichinger*, RdW 2009, 771.
[589] Vgl *Eichinger*, RdW 2009, 771; vgl auch *Runggaldier* in FS *Doralt*, 525; ua.

Auch nach den **Erwägungsgründen** zu Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, wonach auch die **Grundrechte** gem der **EMRK**[590] zu **achten** sind, sprechen dafür. Die gemeinsame Erwähnung von Religion und Weltanschauung kann auch als „***qualitative Nähe***" ausgelegt werden, dh es sind ähnlich strenge **Mindestanforderungen** an die Tiefe und Bedeutung der jeweiligen politischen Überzeugungen zu stellen, wie beim Begriff der Religion.[591]

Sie verweist idZ ebenso auf die **Umsetzungsbestimmungen** im **österreichischen GlBG und B-GlBG**[592], die einen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Auslegungsspielraum eröffnen. Im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung von § 17 GlBG (§ 13 B-GlBG) müssen daher auch politisch-ideologische Überzeugungen als Weltanschauung iSd GlBG angesehen werden. Auch wenn man zum gegenteiligen Schluss kommt, argumentiert *Eichinger*, dass es dem österreichischen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht frei steht, eine günstigere Regelung zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu treffen. Für das österreichische Recht kommt ***Eichinger*** zu dem Schluss, dass auch eine politische Überzeugung als Weltanschauung iSd GlBG zu verstehen ist.

Krejci[593] als Vertreter der zustimmenden Ansicht, sieht im Verbot, nach weltanschaulichen Kriterien zu diskriminieren, vor allem eine Maßnahme gegen jede Form der sog „Parteibuchwirtschaft". Werden Stellen oder Arbeitsplätze nur an Mitglieder einer bestimmten politischen Partei vergeben (mit Ausnahme von Tendenzbetrieben, wie zB der politischen Partei selbst), so werden dadurch Personen ohne Parteizugehörigkeit bzw Mitglieder anderer politischer Parteien diskriminiert.

---

[590] Das Benachteiligungsverbot des Art 14 EMRK führt neben der Religion auch politische und sonstige Anschauungen an. (Art 14 EMRK: *Der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den **politischen oder sonstigen Anschauungen**, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist*.).

[591] Vgl *Eichinger*, RdW 2009, 772.

[592] ErlRV 307 BlgNR 22. GP, 14f u auch ErlRV 285 BlgNR 22.GP 11. Die Materialien zum B-GlBG bezeichnen Weltanschauung sogar als Oberbegriff. *Eichinger*, RdW 2009, 769 (FN 30).

[593] Vgl *Krejci*, Diskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 506.

In diesem Sinne argumentieren auch ***Högenauer***[594], ***Egger***[595] und ***Runggaldier***[596], die ebenfalls von einer weiten Interpretation ausgehen. Auch nach ihrer Ansicht sind ebenso politische Überzeugungen unter den Begriff der Weltanschauung zu subsumieren. *Högenauer*[597] führt dazu aus, dass auch die politische Ansicht persönliches Merkmal des Arbeitnehmers darstellt, welches geeignet ist, den Arbeitnehmer willkürlich zu benachteiligen. *Egger*[598] spricht im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung, dass es bei der Einstellung, der Beförderung oder Kündigung, keinen Unterschied machen darf, welche Gesinnung der Arbeitnehmer hat (zB Atheist).

Runggaldier[599] betrachtet die unterschiedlichen sprachlichen Übersetzungen des Richtlinientextes und zieht daraus den Schluss, dass es hier nicht nur um große Ideologien geht, sondern auch um Vorstellungen und Überzeugungen, an die man keine allzu hohen Anforderungen iSe abendländischen idealistischen Philosophie stellen kann. Unterstützt wird die weite Auslegung auch seiner Ansicht nach durch die Begründungserwägungen der RL, wonach die Grundrechte der EMRK bei der Interpretation der RL zu beachten sind.

3.2.4.2. Ablehnende Lehrmeinung

Vertreter dieser Ansicht der deutschen Rechtswissenschaften ist ***Thüsing***[600]. Er führt die ausdrückliche Nichterwähnung von „politischer Überzeugung“ im Text der Richtlinie als Argument dafür an, dass das Merkmal der politischen Gesinnung gerade nicht geschützt werden sollte. Nach seinem Dafürhalten ist aufgrund einer systematischen Interpretation und auch der gemeinsamen Erwähnung von Religion und Weltanschauung zusammen, davon auszugehen, dass Weltanschauung in einem ähnlich umfassenden Sinn zu verstehen ist, dh sie darf „*nicht nur für Teilaspekte des Lebens Relevanz besitzen.“* Zwar relativiert er diese

[594] Vgl *Högenauer*, Europäische Richtlinien 182.
[595] Vgl *Egger,* DRdA 2003, 302.
[596] Vgl *Runggaldier* in FS *Doralt* 524f.
[597] Vgl *Högenauer*, Europäische Richtlinien 182.
[598] Vgl *Egger,* DRdA 2003, 304.
[599] Vgl *Runggaldier* in FS *Doralt* 525.
[600] Vgl *Thüsing*, NZA 2004,11; Ebenso *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschafts-gesetz, DRdA 2004, 577 (FN 15); vgl auch *Schinkele*, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen, öärr 2008/2, 179 (190).

Ansicht, da der Richtlinientext in anderen Sprachübersetzungen offensichtlich nicht nur große ideologische Entwürfe, sondern auch Vorstellungen und Überzeugungen „minderen Ranges“ umfasst. Er kommt aber letztlich zu dem Ergebnis, dass politische Überzeugungen nicht unter den Begriff der Weltanschauung fallen.

Auch ***Grabenwarter***[601] ist der Ansicht, dass unter dem Kriterium der Weltanschauung, nicht jede persönliche Überzeugung gemeint sein kann, sondern unter Weltanschauung nur eine zusammenhängende Sichtweise grundsätzlicher Lebensfragen zu verstehen ist, dh eine Sicht der Welt als Ganzes. „*Die Überzeugung muss ein gewisses Maß an Stichhaltigkeit, Ernsthaftigkeit, Schlüssigkeit und Bedeutung aufweisen*.“ Rein punktuelle bzw einzelne Überzeugungen, die nur Teilbereiche des Lebens betreffen, fallen somit nicht darunter.

3.2.5. Eigene Ansicht

Ausgangspunkt war die Frage, ob sich neben den Bestimmungen des individuellen Kündigungsschutzes, etwaige **Lücken** eröffnen, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel gem **§ 879 ABGB zu schließen** sind. Wie zu Beginn ausgeführt, kann dies mE für die Normen des BEinstG, des AVRAG sowie fast allen Diskriminierungsmerkmalen des GlBG, aufgrund der klar begrenzbaren Tatbestandsdefinitionen, weitgehend ausgeschlossen werden. Einzig für den **Diskriminierungstatbestand der Weltanschauung** fehlt eine entsprechende Legaldefinition. Der Begriff „Weltanschauung“ wird neben der Religion als zusätzliches Tatbestandsmerkmal in § 17 GlBG angeführt und steht mit dieser in enger Verbindung. Fraglich ist jedoch, ob auch eine Arbeitgeberkündigung wegen der politischen Überzeugung des Arbeitnehmers unter das Anknüpfungskriterium der Weltanschauung zu subsumieren ist und damit die Kündigungsanfechtung gem § 17 GlBG ermöglicht oder ob diese Konstellation durch die Generalklausel des § 879 ABGB „aufgefangen“ werden muss.

Trotz der Formulierung in den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG, die selbst keinen eigenen Diskriminierungsschutz aufgrund politischer Gesinnung oder

[601] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22 Rz 106.

Überzeugung beinhalten, orientiert sich die Rsp des OGH[602] und die Spruchpraxis des B-GBK[603] am Ziel der **Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie** sowie an den **Gesetzesmaterialien** zum österreichischen GlBG[604] und B-GlBG[605] und legt den Begriff der Weltanschauung weit aus.

Ebenso geht die **hL**[606] in Österreich von einer **weiten Interpretation** des Begriffes Weltanschauung aus und bezieht jegliche, **auch punktuelle, politische Gesinnungen** in den Tatbestand mit ein. Dies wird auf das Argument gestützt, dass es bei der Umsetzung einer EU-Richtlinie in innerstaatliches Recht, dem nationalen **Gesetzgeber** möglich ist, eine **weitreichendere** gesetzliche **Regelung** zu schaffen. So wird in der Normierung des GlBG eine Übererfüllung des österreichischen Gesetzgebers bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gesehen. Allerdings bleibt damit die Frage offen, was genau unter politischer Ideologie und Leitauffassung konkret zu verstehen ist und wie sich diese äußert.

Die Ansicht der **deutschen Literatur**, wonach bloße ***Teilaspekte des Lebens*** *für den Begriff der Weltanschauung keine Relevanz* haben, ist mE verfehlt. Viele politische Ansichten betreffen nur einen Teilaspekt des menschlichen Lebens. Das von ***Grabenwarter***[607] geforderte *„Maß an Stichhaltigkeit, Ernsthaftigkeit, Schlüssigkeit und Bedeutung"* solcher Überzeugungen ist allerdings genauer zu betrachten. Auch *Eichinger*[608] spricht idZ von **Mindestanforderungen,** die an die Tiefe und Bedeutung der jeweiligen politischen Überzeugungen zu stellen sind.

Aus meiner Sicht kann politische Gesinnung nach außen unterschiedlich in Erscheinung treten. Diese Erscheinungsformen sollen anhand von drei konkreten Beispielen besprochen werden. Vorerst sei festgehalten, dass nicht nur auf den

---

[602] OGH 24.2.2009, 9 ObA 122/07t, Arb 12.797 = RdW 2009/461 (493) = ecolex 2009, 428, ua (Asylrechtsfall).
[603] Eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung wurde in den folgenden Gutachten festgestellt: 11. Gutachten von Jänner 2007, 18. Gutachten von August 2008, 20. Gutachten von Februar 2010, 22. Gutachten von September 2010, 24. Gutachten von September 2011, 30. Gutachten von August 2012 und 31. Gutachten von August 2012 (Abfragedatum 20.12.2012).
[604] ErlRV 307 BlgNR 22. GP, 14f.
[605] ErlRV 285 BlgNR 22.GP 11.
[606] Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 GlBG, Rz 13; *dies* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 17 Rz 20; *Eichinger*, RdW 2009, 769; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 17 Rz 40; *Krejci*, DRdA 2005, 506; ua.
[607] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22 Rz 106.
[608] Vgl *Eichinger*, RdW 2009, 772.

Grad an Bestimmtheit und Ernsthaftigkeit abzustellen ist. Damit einhergehend ist auch die **Dauerhaftigkeit** einer Gesinnung oder Überzeugung von Bedeutung.

1. Eine dauerhafte politische Haltung, kann sich ua durch die **Zugehörigkeit** der einzelnen Person zu einer politischen **Partei** oder durch eine **dauerhafte politisch-orientierte Tätigkeit** (zB Gewerkschaftsaktivität) zeigen oder durch die Mitgliedschaft und das Engagement in einer politischen Partei.[609] Selbst wenn der Arbeitnehmer, ohne Parteimitglied zu sein bzw ohne Engagement in Gewerkschaften, seine politische Meinung ernsthaft, schlüssig und auch dauerhaft zum Ausdruck bringt, kann man mE von politischer Überzeugung und damit von Weltanschauung sprechen. Liegt der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ein solches Motiv zugrunde, kann sich der betroffene Arbeitnehmer mE auf den Anfechtungstatbestand gem § 17 GlBG stützen.

2. Die Überzeugung eines Menschen kann aber auch durch andere Aktivitäten, wie zB die Teilnahme an einer Veranstaltung gegen Fremdenfeindlichkeit, gegen Gewalt an Frauen („One Billion Rising“[610]) uÄ zum Ausdruck kommen. Es muss sich dabei nicht unbedingt um eine rein politische Überzeugung handeln. Vielmehr ist hier der Ansicht des OGH zu folgen, der unter Weltanschauung, neben politischen, auch **ähnlichen Leitauffassungen** vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen versteht. Nimmt ein Arbeitnehmer an einer solchen Kundgebung bzw Veranstaltung teil, ohne seine Arbeitnehmerpflichten zu verletzen, so kann er mE eine darauf begründete Kündigung ebenso auf der Rechtsgrundlage des § 17 GlBG anfechten.

3. Handelt es sich um **punktuelle, politische Ansichten**, so können diese zwar ebenso ernsthaft, schlüssig und bedeutsam sein, es ist jedoch meiner Ansicht nach zu unterscheiden, ob es sich um bloße Unmutsäußerung (zB über das politische Tagesgeschehen, über einen Politiker bzw eine politische Partei), oder um **tatsächliche Überzeugungen** handelt. Einem Widerspruch zum

[609] Vgl Spruchpraxis der B-GBK. Homepage: Bundeskanzleramt/Rubrik Gleichbehandlungs-kommission: Gutachtensammlung der Bundes-Gleichbehandlungskommission - Senat II: http://www.frauen.bka.gv.at/site/5539/default.aspx.
[610] http://diestandard.at/1360681567954/In-Wien-wurde-gegen-Gewalt-anwalzert.

Gleichbehandlungsgrundsatz, wie ihn ***Windisch-Graetz***[611] argumentiert, ist unter diesem Gesichtspunkt zu entgegnen, dass stetig schwankende oder auch nur einzelne punktuelle Meinungen (zB „Alle Politiker sind korrupt“ uÄ) nicht als Gesinnung, sondern als bloße Äußerung der Unzufriedenheit angesehen werden können. Auch allgemeine „Politikverdrossenheit“, die zu Unmutsäußerungen führt, kann man mE nicht als Überzeugung iSe umfassenden Anschauung der Welt als Sinnganzes ansehen. In diesem Sinne entschied auch der OGH, dass **bloße kritische Auffassungen** (über die derzeitige Asylgesetzgebung) **nicht unter den Begriff „Weltanschauung“** iSd B-GlBG fallen.

Damit eröffnet sich die Frage, ob der Arbeitnehmer auch gegen **Kündigung** geschützt ist, wenn diese allein **aufgrund** einer einzelnen **politisch-motivierten Äußerung** erfolgt. Erfolgt die Beendigungserklärung allein wegen einer (einzelnen) politisch-ideologischen Meinungsäußerung[612], so unterliegt der Arbeitnehmer nicht dem Schutz des GlBG. Es steht in diesen Fällen der Rückgriff auf die **Gute-Sittenklausel iSd § 879 ABGB** offen. Ausgehend von der Annahme, dass **Grundrechte mittelbar** auch im **Verhältnis zwischen Privaten** Wirkung entfalten, so gilt dies auch bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Verletzt also der Arbeitgeber durch die Kündigungserklärung zB das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit und liegt kein Anfechtungstatbestand des GlBG vor, so ist mE von einem Fall einer sittenwidrigen, weil grundrechtswidrigen Kündigung auszugehen.

Als Rechtsgrundlagen kommen hierfür mehrere verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte in Betracht. Zunächst ist das Benachteiligungsverbot gem **Art 14 EMRK** zu nennen, wonach der Genuss, der in der EMRK festgelegten Rechte, ohne Benachteiligung zu gewähren ist. Explizit werden in Art 14 leg cit, neben den Merkmalen des Geschlechts, der Hautfarbe, der Sprache und Religion, explizit auch **politische und sonstige Anschauungen** geschützt. Damit soll

[611] Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 16 Rz 6: Nach ihrer Ansicht widerspricht es dem Gleichheitsgrundsatz, wenn nur diejenigen Menschen geschützt sind, die ein umfassendes ideologisches Weltbild für sich gewonnen haben, nicht jedoch jene Personen, die nur punktuell eine politische Ansicht zum Ausdruck bringen.
[612] Beachte die Ausnahmebestimmung des § 20 Abs 2 GlBG.

gewährleistet sein, dass die in der EMRK normierten Rechte ohne jede diesbezügliche Diskriminierung ausgeübt werden können.[613]

Eine weitere Rechtsgrundlage bildet **Art 9 EMRK,** der das Grundrecht der **Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit** schützt. Insb normiert Abs 1 leg cit ausdrücklich, neben der Religion, auch die Weltanschauung als Schutzkriterium. Im Rahmen der genannten Gewissensfreiheit sind auch nicht-religiöse Fragen von grundsätzlicher Dimension[614] erfasst, worunter auch politisch-ideologische Auffassungen zu verstehen sind.

Nicht zuletzt ist auch das **Recht der freien Meinungsäußerung (Art 10 EMRK)** zu betrachten. Vom Schutz des Art 10 EMRK sind nicht nur Tatsachenaussagen, sondern auch Werturteile, und damit die Redefreiheit des Einzelnen schlechthin geschützt.[615] Unter Schutz stehen Mitteilungen jeder Art, unabhängig von ihrem Inhalt, ihrem Wert, ihrer Richtigkeit oder Form.

Folgt man jedoch der **Ansicht** jener Lehre, die die Einbeziehung politischer Ansichten und Ideologien in den Begriff der Weltanschauung ablehnt, so hätten die soeben angeführten Grundrechte umso größere Bedeutung. In diesem Fall käme die **Individualanfechtung** iSd GlBG grundsätzlich **nicht in Betracht**, unabhängig davon, ob es sich um eine einzelne Meinungsäußerung oder um eine grundsätzliche Überzeugung handelt. Liegt als Motiv der Arbeitgeberkündigung die politische Gesinnung des Arbeitnehmers (zB Parteizugehörigkeit) zugrunde, so stellt dies im Wege der mittelbaren Wirkung der verletzten Grundrechte einen Anwendungsfall einer Sittenwidrigkeit iSd ABGB dar.

Für den Bereich des **Individualschutzes iSd GlBG** stellt sich die Situation anders dar. Hier eröffnet sich mE die **Schutzlücke** dann, wenn man politisch-ideologische Gesinnung - mE unzutreffend - grundsätzlich gar nicht unter den Tatbestand der Weltanschauung iSd GlBG subsumiert und damit die Geltung des Diskriminierungsschutzes gänzlich verneint. In diesem Fall stellt die Auflösungserklärung, soweit ihr ausschließlich ein solches Motiv zugrunde liegt,

[613] Vgl *Mayer*, Das Bundes-Verfassungsrecht[4] (2007) 707.
[614] Vgl *Mayer*, Das Bundes-Verfassungsrecht[4], 692.
[615] Vgl *Mayer*, Das Bundes-Verfassungsrecht[4], 696.

eine Verletzung verfassungsrechtlich gewährleisteter Grundrechte und damit einen Fall der sittenwidrigen Kündigung gem § 879 ABGB dar.

Zusammenfassend ist mE von der **Einbeziehung** auch **politischer Überzeugung** in den Begriff der Weltanschauung und damit in den Schutzbereich des GlBG auszugehen. Soweit die politische bzw nicht-religiöse, ideologische Anschauung ein **bestimmtes Maß** an **Ernsthaftigkeit, Dauerhaftigkeit und Bestimmtheit** erreicht, kann nach meinem Ermessen von Weltanschauung gesprochen werden. Der betroffene Arbeitnehmer unterliegt damit dem Diskriminierungsschutz des GlBG, der ihm die gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit der Kündigung eröffnet.

Die **Lücke im Netz** des Individualkündigungsschutzes ergibt sich nach meinem Dafürhalten nur bei **einzelnen Unmutsäußerungen** und singulären Ansichten. Diese Meinungen sind **nicht** als **politische Gesinnung** und damit auch **nicht** als **Weltanschauung** zu sehen und unterliegen daher nicht dem Kündigungsschutz des GlBG. Eine derart motivierte Auflösungserklärung stellt aufgrund einer Grundrechtsverletzung einen Anwendungsfall der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB dar.

Kapitel 4: Kategorisierung der sittenwidrigen Kündigungsgründe iSd § 879 ABGB

4.1. Problemstellung

In Teil II dieser Dissertation (Kap 2 und 3) wurde das Verhältnis zwischen den allgemeinen und individuellen Kündigungsschutztatbeständen und der Generalklausel des ABGB untersucht und einzelne **Anwendungsfälle** der sittenwidrigen Kündigung erarbeitet. Der Verstoß gegen die guten Sitten wird bei einer Auflösungserklärung zumeist jedoch nicht nur durch ein bestimmtes, sondern durch das Zusammenspiel verschiedener Kriterien bewirkt. Daher wird vor allem in der Literatur aufgrund der ***„qualifizierten Vagheit"***[616] des Tatbestands des § 879 Abs 1 ABGB auf die **Bedeutung von Fallgruppen**[617] hingewiesen. Der immer wiederkehrende Leitsatz der Rsp[618], wonach alles gegen die guten Sitten verstößt, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, dh aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, stellt nur klar, dass die Sittenwidrigkeit an den allgemein anerkannten Wertungsgesichtspunkten zu messen ist.[619] Von größerer Bedeutung für die Kategorisierung nach Fallgruppen ist jedoch die Wertung der Rsp und der Literatur, dass die Beurteilung der Sittenwidrigkeit stets unter **Berücksichtigung aller Umstände erfolgen muss.** Entscheidend ist somit der **Gesamtcharakter der Vereinbarung**, welcher sich aus **Inhalt, Zweck, Beweggrund und den Begleitumständen** des Rechtsgeschäfts ergibt.[620] Insb ist Sittenwidrigkeit nach Auffassung des OGH dann anzunehmen, "*wenn die vom Richter vorzunehmende **Interessenabwägung** eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen*

[616] Vgl *Kramer*, Juristische Methodenlehre[3] (2010) 67.
[617] Vgl *Kramer*, Juristische Methodenlehre[3], 68f (FN 116); *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm[2] § 879 ABGB, Rz 12; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 67; *Kietaibl,* Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006,94; ua.
[618] Vgl OGH 27.1.1954, 3 Ob 816/53, SZ 27/19 = JBl 1954, 436; OGH 19.10.1965, 8 Ob 271/65, SZ 38/164; OGH 15.12.1965, 6 Ob 322/65, SZ 38/217; OGH 29.4.1971, 1 Ob 108/71, SZ 44/58 = JBl 1971, 471; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95, SZ 68/64; ua.
[619] Vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 8 mwN.
[620] *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3], § 879 Rz 8; vgl auch OGH 22.4.1975, 4 Ob 10/75, Arb 9385 = EvBl 1976/9 = DRdA 1975, 214 (*Schwarz*); OGH 10.1.1984, 4 Ob 189/82, RdW 1984, 215 = Arb 10.309; OGH 30.9.2009, 9 ObA 91/08k.

*oder bei Interessenkollisionen ein **grobes Missverhältnis** zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt."*[621]

Aus dem **Zweck der Generalklausel** des § 879 ABGB ergibt sich, dass es sich stets um einen **groben, krassen bzw fundamentalen Verstoß** handeln muss, um Sittenwidrigkeit und damit die Unerlaubtheit des jeweiligen Rechtsgeschäfts anzunehmen.

Das folgende Kapitel widmet sich einer thematischen **Kategorisierung** der sittenwidrigen Kündigungsmotive und setzt sich mit folgenden Fragestellungen auseinander:

1. In welche Fallgruppen können die bereits erarbeiteten sittenwidrigen Motive untergliedert werden?
2. Gibt es neben den bereits untersuchten Anwendungsfällen des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes noch weitere Motive, die aufgrund ihrer Tragweite ebenso einen Sittenverstoß und damit einen Anwendungsfall des § 879 ABGB darstellen? Welcher Kategorie von Sittenverstößen sind diese zuzuordnen?

4.2. Judikatur

In der unter Pkt 2.2.3. ausführlich dargestellten Wende-E des OGH aus 1993[622], schloss sich die Rsp endgültig der hL[623] zur Normenkonkurrenz des allgemeinen Motivkündigungsschutzes gem § 105 Abs 3 ArbVG und der Generalklausel des § 879 ABGB an. Das Höchstgericht sprach aus, dass § 879 ABGB für Arbeitnehmer, die nicht dem Anwendungsbereich des ArbVG unterliegen, voll anwendbar bleibt, unabhängig davon, ob es sich nun um in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG angeführte **oder um andere Motive** handelt.

Auch innerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes greift nach Ansicht des Höchstgerichts der Schutz des § 879 ABGB bei nicht von § 105 Abs 3 Z 1 und 2 ArbVG umfassten verpönten **(anderen)**

[621] OGH 25.4.1979, 3 Ob 556, 557/78, SZ 52/67.
[622] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93 Arb 11.107.
[623] Vgl *Floretta*, Rechtsdogmatisches 46; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[3], 269; *Schwarz/Löschnigg*, AR[4], 403; *Mayer-Maly/Marhold*, Öst. AR I, 175; *Firlei* in FS *Rabofsky*, 152; *Trost*, DRdA 1987, 1 (8).

Kündigungsmotiven ein. Das **ArbVG regelt** nur **einzelne typische Fälle** derartiger Motivkündigungen, wobei das Spektrum des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG aber zu eng sei, als dass alle groben und gravierenden Verletzungen rechtlich geschützter Lebensbereiche umfasst sein könnten. Allerdings hat der Gerichtshof in seinem Urteil nicht näher ausgeführt, um welche andersartigen Gründe es sich handelt. Auch in den nachfolgenden oberstgerichtlichen Entscheidungen musste sich der OGH mit „anderen" bzw „andersartigen" Kündigungsmotiven bis dato nicht auseinandersetzen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird die vereinzelte Rsp zur Herausbildung von Fallgruppen zur Sittenwidrigkeit einer Kündigung im nachfolgenden Pkt 4.3. angeführt.

4.3. Literatur zur Thematik der Kategorisierung

Der Begriff der Sittenwidrigkeit und seine Auslegung wurde bereits dargestellt (Teil I, Kap 3). Die Entscheidung des Gesetzgebers sich dabei einer **Generalklausel** zu bedienen, ergibt sich auch aus der Tatsache, dass die **taxative Aufzählung** aller denkbaren Anwendungsfälle von Unerlaubtheit kasuistisch oder abschließend **nicht möglich** ist. Von Seiten der Lehre[624] und Judikatur wurden dazu Kriterien erarbeitet, die eine Sittenwidrigkeit bewirken und in **Fallgruppen**[625] unterteilt**.** Die **Zuordnung** zu jenen Fallgruppen kann zumeist nur **schwerpunktmäßig** erfolgen, da mitunter mehrere Gesichtspunkte kombiniert auftreten.[626] So betonen *Rebhahn* und *Kietaibl*[627] dass beispielsweise die Übermacht eines Vertragspartners bei Vertragsabschluss für sich alleine noch kein Sittenwidrigkeitskriterium darstellt, sondern nur in Kombination mit anderen nachteiligen Vertragsinhalten für den Vertragspartner (zB grobe Äquivalenzstörung). Im Folgenden werden nur jene Kategorien einer Betrachtung unterzogen, die für die Anwendungsfälle der arbeitsrechtlichen sittenwidrigen Kündigung von Relevanz sind.

1. Eingriffe in den Persönlichkeitsschutz gem § 16 ABGB
2. Schutz vor Benachteiligung infolge von Missbrauch der Übermacht

[624] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 67ff; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm[2] § 879 ABGB, Rz 12; *Kietaibl,* RdW 2006,94; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 9.
[625] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm[2] § 879 ABGB, Rz 12; *Kietaibl,* RdW 2006,94.
[626] *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 ABGB, Rz 68; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm[2] § 879 ABGB, Rz 12.
[627] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm[2] § 879 ABGB, Rz 12.

3. Rechtsgestaltung zu Lasten Dritter/Schikane

4.4. Zuordnung der Anwendungsfälle zu einzelnen Kategorien von Sittenwidrigkeit

4.4.1. Eingriffe in Persönlichkeitsrechte

Der Gesetzgeber normiert in **§ 16 ABGB**, dass *„jeder Mensch angeborene*, *schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“* besitzt und erkennt damit ausdrücklich den Persönlichkeitsschutz an.[628] Insb kommt dem Persönlichkeitsschutz im **Arbeitsrecht** durch die, dem Arbeitsverhältnis inhärente, **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers besondere Bedeutung zu.[629] So sind Verträge, die den verfassungs-, zivil- und strafrechtlich zwingend gebotenen **Schutz der Integrität, Würde und Persönlichkeitssphäre eines Menschen** verletzen, nichtig.[630] *Rebhahn/Kietaibl*[631] führen dazu **Beispiele** aus dem Kollektivarbeitsrecht, wie §§ 96f ArbVG (Maßnahmen des Betriebsinhabers, die der Zustimmung des BR bedürfen) und dem Individualarbeitsrecht, wie das GlBG generell, § 10 AVRAG (Kontrollmaßnahmen[632]) und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers iSd § 1157 ABGB an.

Soweit Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte eines Arbeitnehmers nicht explizit verboten oder beschränkt sind, wird der Persönlichkeitsschutz unter Berufung auf die Generalklausel des § 879 ABGB verwirklicht. Insb im Wege der, bereits erwähnten, **mittelbaren Wirkung von Grundrechten** (dh der Wirkung von Grundrechten durch verfassungskonforme Auslegung auch mittelbar im Verhältnis zwischen Privatpersonen), erfährt der Persönlichkeitsschutz hier seine Konkretisierung.[633] Ein Teil der bisher erarbeiteten sittenwidrigen Kündigungsmotive stellt eine Verletzung von Grundrechten dar und kann daher

[628] *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm^2 § 879 ABGB, Rz 14; *Kietaibl,* RdW 2006, 94.
[629] *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm^2 § 879 ABGB, Rz 14.
[630] *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3 § 879 ABGB, Rz 70.
[631] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm^2 § 879 ABGB, Rz 14ff; *Kietaibl*, RdW 2006, 94ff.
[632] Vgl § 10 Abs 1 AVRAG: Die Einführung und Verwendung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen, welche die Menschenwürde berühren, ist unzulässig, es sei denn, diese Maßnahmen werden durch eine Betriebsvereinbarung im Sinne des § 96 Abs. 1 Z 3 ArbVG geregelt oder erfolgen in Betrieben, in denen kein Betriebsrat eingerichtet ist, mit Zustimmung des Arbeitnehmers.
[633] *Krejci* in *Rummel*, ABGB I^3 § 879 ABGB, Rz 69; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm^2 § 879 ABGB, Rz 14; *Kietaibl,* RdW 2006, 94.

generell unter die Fallgruppe des Persönlichkeitsschutzes iSd § 16 ABGB subsumiert werden. Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Kündigungsmotive:

4.4.1.1. Die Verletzung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit

Das Grundrecht der **Koalitionsfreiheit** gilt unabhängig vom Geltungsbereich betriebsverfassungsrechtlicher Normen. Soweit ein Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des **Betriebsverfassungsrechts nicht unterliegt**, und damit gegen die Arbeitgeberkündigungen keine Anfechtungsmöglichkeit iSd § 105 ArbVG besteht, stellt eine Kündigung wegen des **Beitritts**, der **Mitgliedschaft** oder der **Tätigkeit** in und zu Gewerkschaften, eine Verletzung der **Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK und Art 12 StGG** dar. Dies begründet sich auch durch das funktionale und damit grundsätzlich weite Verständnis von gewerkschaftlicher Betätigung. Ob der Arbeitnehmer nun tatsächlich gewerkschaftlich tätig ist, Mitglied einer solchen Gewerkschaft ist bzw dieser beitreten will oder ob der Arbeitgeber nur irrtümlich von dieser Annahme ausgeht, ist für die rechtliche Beurteilung des Kündigungsausspruches irrelevant. Die Verletzung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit liegt in jedem Fall vor.

Auch aus der Kündigung wegen der Wahrnehmung **negativer Koalitionsfreiheit**, dh wegen des Widerstands des Arbeitnehmers einer Gewerkschaft überhaupt beizutreten bzw aus einer solchen auszutreten, ergibt sich eine Grundrechtsverletzung und damit ein Sittenverstoß wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Für Arbeitnehmer innerhalb des Anwendungsbereichs des ArbVG ist aus meiner Sicht von einer planwidrigen Lücke auszugehen, die in analoger Anwendung iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b leg cit zu schließen ist.

Wird zB das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern in Kleinstbetrieben aufgrund der Wahrnehmung der negativen Koalitionsfreiheit gekündigt, ist die Geltendmachung der Grundrechtswidrigkeit auf die Rechtsgrundlage des § 879 ABGB zu stützen, da hier das ArbVG nicht zur Anwendung kommt und auch eine Analogie ausscheidet (s Kap 2 Pkt 2.3.4.2.).

4.4.1.2. Die Verletzung des „Rechts auf Streik“

Im Zusammenhang mit dem Recht auf Koalitionsfreiheit ist auch das Kündigungsmotiv wegen der Teilnahme des Arbeitnehmers an einer Streikhandlung zu nennen. Das Dogma der sog Trennungsthese[634] wird in jüngster Zeit durch die Judikatur des EGMR und den stetigen Wertewandel[635] durchbrochen und kann in dieser Form nicht mehr aufrecht erhalten werden. Nach Ansicht der neueren Literatur[636] kommt zu dem Schluss, dass aus dem Recht der Koalitionsfreiheit gem Art 11 EMRK unmittelbar auch ein subjektives Grundrecht auf Streik abzuleiten ist. Dieser Ansicht ist zu folgen. Dem Recht auf Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK ist das Recht auf Streik inhärent. Nimmt der Arbeitnehmer an einem gewerkschaftlich-organisierten und auch rechtmäßigen Streik oder einer anderen kollektiven Maßnahme teil, so setzt er damit nicht nur eine **koalitionspolitische Handlung**, sondern übt damit ein verfassungsmäßig gewährleistetes **Grundrecht** aus. Da die Streikteilnahme als kollektive Maßnahme und damit als Ausfluss des Koalitionsrechts anzusehen ist, ist eine darauffolgende Kündigungserklärung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a u lit b ArbVG anfechtbar, soweit der betroffene Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG unterliegt.

Außerhalb des Geltungsbereichs des Motivschutzes iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG besteht für den Arbeitnehmer gegen eine darauffolgende Beendigungserklärung aufgrund der Streikteilnahme jedoch keine entsprechende Anfechtungsmöglichkeit. In diesem Fall entfaltet die Koalitionsfreiheit durch verfassungskonforme Auslegung mittelbar ihre Wirkung.[637] Der betroffene Arbeitnehmer kann daher die Nichtigkeit einer individualrechtlichen Arbeitgeberkündigung wegen Verstoßes gegen die Gute-Sitten-Klausel geltend machen.

---

[634] Die Trennungsthese geht von der getrennten rechtlichen Beurteilung des Streiks als kollektive Gesamtmaßnahme und der daran anknüpfenden individuell-rechtlichen Konsequenzen (Entlassung oder Kündigung) aus.
[635] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 11/052; *Risak,* Juridikum 2012, 23; *Krömer*, ZAS 2012, 200.
[636] *Risak*, Juridikum 2012, 23; *ders,* Grundrechte auf kollektive Aktion (2012) 112; *Wedl,* DRdA 2009, 458; *ders,* Juridikum 2010, 63; *Burger*, Das Ende des Streikrechts (2011) 114 u 170.
[637] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3] § 879 Rz 13; *Kolmasch* in *Schwimann,* ABGB Taschenkommentar[2] (2013) § 879 Rz 4.

4.4.1.3. Verletzung des Wahlrechts auf Ersatzzivildienst gem Art 9a Abs 4 B-VG

Ebenso ist eine Kündigungen wegen der Ausübung des Rechts auf Leistung des Ersatz-(Zivil-)dienstes anstelle des Wehrdienstes gem Art 9a Abs 4 B-VG als sittenwidrig zu beurteilen. Unabhängig vom Geltungsbereich des ArbVG, ergibt sich der Sittenverstoß iSd § 879 ABGB aus der Verletzung eines **verfassungsrechtlich gewährleisteten Wahlrechts,** aus **Gewissensgründen** die Erfüllung des Wehrdienstes zu verweigern. Eine Beendigungserklärung aufgrund dieser individuellen Entscheidung des einzelnen Betroffenen, greift in die **Persönlichkeitssphäre** ein (die auch die Gewissensentscheidung umfasst, den Dienst mit der Waffe zu verweigern) und erlaubt damit die Kategorisierung einer solchen Kündigung als Verletzung eines Persönlichkeitsrechts und damit die Sittenwidrigkeit des Kündigungsmotivs.

4.4.1.4. Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung gem Art 10 EMRK

Im Rahmen des individuellen Bestandsschutzes wurde insb der **Diskriminierungstatbestand** der „**Weltanschauung**“ einer näheren Betrachtung unterzogen und geprüft, ob auch eine **politische Überzeugung bzw Gesinnung** unter den Begriff der Weltanschauung zu subsumieren ist. Die Untersuchung führte zu dem Ergebnis, dass von der **Einbeziehung politischer Überzeugung** unter den Begriff der Weltanschauung auszugehen ist, soweit die ideologische Anschauung ein **bestimmtes Maß** an **Ernsthaftigkeit, Dauerhaftigkeit und Bestimmtheit** (zB die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei) erreicht. Der betroffene Arbeitnehmer unterliegt damit dem Diskriminierungsschutz des GlBG.

Eine Grundrechtsverletzung kann sich idZ jedoch dann ergeben, soweit vereinzelte, **politische Ansichten** oder **reine Unmutsäußerungen** das Motiv für eine Arbeitgeberkündigung bilden, da diese den Tatbestand der „Weltanschauung“ iSd § 17 GlBG nicht erfüllen. Erfolgt die Beendigungserklärung allein aufgrund einer solchen Ansicht, steht dem betroffenen Arbeitnehmer der Rückgriff auf die **Gute-Sittenklausel iSd § 879 ABGB** offen. Die Grundrechtsverletzung ergibt sich idZ aus einem Verstoß gegen Art 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung),

welcher nicht nur Tatsachenaussagen, sondern auch Werturteile, und damit die Redefreiheit des Einzelnen schlechthin schützt.[638]

4.4.1.5. Andere Aspekte des Persönlichkeitsschutzes

So proklamierten bereits ***Floretta***[639] und ***Strasser***[640] insb auch die **Vergeltung** oder **Druckausübung** als sittenwidrigen Kündigungsgrund und damit als krasse Verstöße gegen die Grundwerte der Rechtsordnung. In zahlreichen Fällen will die Rechtsordnung die freie Entscheidungsmöglichkeit des Arbeitnehmers gewahrt wissen, so „*zB bei Heirat, Scheidung, Wechsel des Glaubensbekenntnisses, Verteidigung der Ehre, Gewährung bzw Verweigerung des Beischlafs, Beitritt oder Nichtbeitritt zu einer Koalition, Ausübung des Wahlrechts und dergleichen*."

Trost und ***Krejci***[641] vertreten die Ansicht, dass all das nicht zum Motiv für eine Kündigung gemacht werden darf, wozu sich der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen des § 879 ABGB auch nicht rechtswirksam verpflichten könnte. Ebenso wie eine Grundrechtsverletzung als solche gegen die guten Sitten verstoßen kann, „*muss auch die Kündigung aufgrund einer Weigerung des Arbeitnehmers sich eine Grundrechtsverletzung gefallen zu lassen, sittenwidrig sein.*"[642]

Darunter sind nach ***Trost*** und ***Krejci***[643] folgende Fälle zu verstehen: das Versprechen **keine Ehe** einzugehen bzw das Zuwiderhandeln gegen ein Verbot zu heiraten, genauso wie der Bruch eines Eheversprechens gegenüber dem Arbeitgeber oder einem Dritten. Ein Großteil jener Fallgruppen ist durch die Normen des GlBG einer Anfechtung zugänglich. So stellt die Ausübung von Gestaltungsrechten aus Gründen der sexuellen Diskriminierung einen Verstoß gegen die Gute-Sitten-Klausel dar. Wird ein Arbeitnehmer gekündigt, weil er **homosexuell** ist, so bewirkt diese Auflösungserklärung eine Verletzung des

---

[638] Vgl *Mayer*, Das Bundes-Verfassungsrecht[4], 696.
[639] *Floretta*, JBl 1954, 559; *ders*, Rechtsdogmatisches, 46; *ders,* Entwicklungstendenzen des allgemeinen Kündigungsschutzes, DRdA 1982, 8; *ders* in *Floretta/Strasser,* Handkommentar 655.
[640] *Strasser,* RdA 1958, 64. Strasser nimmt idZ noch Bezug auf § 25 BRG 1947.
[641] Vgl *Trost* in DRdA 1987, 1 (9); vgl auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 1ff u Rz 74.
[642] *Trost*, DRdA 1987, 1 (8).
[643] Vgl *Trost* in DRdA 1987, 1 (9); vgl auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 1ff u Rz 74.

Persönlichkeitsschutzes. In diesen Fällen kommt auch das **Diskriminierungsverbot** aufgrund der sexuellen Orientierung gem **§ 17 GlBG** zum Tragen. Die Kündigung wäre somit anfechtbar.

Zum Anderen sind nach Meinung *Trosts*[644] auch Fälle denkbar, die die **Grenzen des Persönlichkeitsschutzes** tangieren, jedoch sachlich gerechtfertigt sind, soweit die **Voraussetzung** für die **Erfüllung von Dienstpflichten** darstellen. Als Beispiel nennt sie hier die **Freizügigkeit der Person**, dh eine Kündigung aufgrund eines **Wohnsitzwechsels** oder der Weigerung diesen zu ändern, ist ihrer Ansicht nach nur dann sittenwidrig, soweit ein bestimmter Wohnsitz nicht grundlegende Voraussetzung für die Erfüllung der Dienstpflichten des Arbeitnehmers sind. Ist dies nicht der Fall, so wäre eine Kündigung wegen der Weigerung des Arbeitnehmers seinen Wohnsitz zu wechseln als Verstoß gegen das Grundrecht auf Freizügigkeit der Person und damit als sittenwidrig anzusehen.

Auch **Ordnungsmaßnahmen**[645] im Betrieb beschränken die **persönliche Freiheit** des Einzelnen, wobei ein Verstoß gegen die guten Sitten dann nicht angenommen werden kann, wenn diese **Maßnahmen sachlich gerechtfertigt** sind. Wird eine Kündigung wegen des Zuwiderhandelns gegen bestimmte Ordnungsmaßnahmen ausgesprochen, so kann sich der Arbeitnehmer nicht auf die unzulässige Beschränkung seiner Freiheit berufen. Beispielsweise kann der Arbeitgeber etwa in bestimmten Räumen ein allgemeines **Rauchverbot** verhängen bzw muss dies auch nach § 30 ASchG tun. Er kann dem Arbeitnehmer jedoch nicht wirksam das Versprechen abnehmen, überhaupt nie zu rauchen oder bei Zuwiderhandeln die Kündigung auszusprechen[646]. Letzteres würde eine übergebührliche Einschränkung der persönlichen Freiheit des Einzelnen darstellen.

Auch für ***Reissner***[647] können für die Nichtigkeit des sittenwidrigen Motivs sonstige, insb grundrechtswidrige Motive zB politische Betätigung iwS, die Eheschließung, die Scheidung, die Ausübung sonstiger Freiheiten in Bereichen wie Medien, Wissenschaft oder Kunst vom gekündigten Arbeitnehmer ins Treffen geführt werden. Unter den von *Reissner* angesprochenen sonstigen Freiheiten in

[644] Vgl *Trost*, DRdA 1987, 1 (8); *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 81b.
[645] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 81; *Trost*, DRdA 1987, 1.
[646] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 81.
[647] Vgl *Reissner* in ZellKomm, § 20 AngG Rz 82; *ders*, Übungsbuch AR, 109.

Bereichen wie **Medien, Wissenschaft oder Kunst**, kann mE folgender Fall subsumiert werden. Der Arbeitnehmer, der sich in seiner Freizeit künstlerisch, zB als Maler oder Bildhauer betätigt, wird vom Arbeitgeber gekündigt, weil die Werke einen, nach Meinung des Arbeitgebers, anstößigen Charakter besitzen. Wäre dies der einzige Kündigungsgrund, so kann man hier ebenfalls von einer Verletzung eines Grundrechts **(Kunstfreiheit iSd Art 17 a StGG)** ausgehen.

4.4.1.6. Diskriminierungstatbestände des GlBG

Mit der Normierung der Anfechtungstatbestände im Rahmen des GlBG[648] wurden vormals sittenwidrige Kündigungsmotive einerseits als leges speciales zu § 879 ABGB geregelt und andererseits mit der Rechtsfolge der Anfechtbarkeit ausgestattet. Insb wird der betroffene Arbeitnehmer vor Kündigungsmotiven des Arbeitgebers geschützt, die eine Diskriminierung aufgrund des **Geschlechts**, der **ethnischen Zugehörigkeit**, der **Religion und Weltanschauung**, des **Alters** oder der **sexuellen Orientierung** darstellen (§§ 12 Abs 7 u § 26 Abs 7 GlBG).

So zählt *Trost* in ihrer Arbeit **1987** noch die **Religionsfreiheit iSv Wechsel oder Änderung des Religionsbekenntnisses** zu den sittenwidrigen Motiven iSd § 879 ABGB. Eine **Ausnahme** stellen, damals wie heute, **Tendenzbetriebe** dar, soweit die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft ausdrücklich zur Aufnahmebedingung erklärt wird und dies auf die Erfüllung der Dienstpflichten einen erheblichen Einfluss hat. Als Beispiel nennt *Trost* den **katholischen Priester**, der zum Protestantismus konvertiert. Wird aufgrund dessen die Kündigung ausgesprochen, so kann sich der Betroffene nicht auf § 879 ABGB berufen, da essentielle Voraussetzung für die Tätigkeit als katholischer Priester die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche ist. Umgekehrt habe jedoch der Wechsel des Religionsbekenntnisses bei einer **Reinigungskraft eines Pfarrhauses** keinen erheblichen Einfluss auf die Erfüllung von Dienstpflichten und würde in diesem Fall die Sittenwidrigkeit einer Kündigung begründen.

[648] BGBl 66/2004; Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz - GlBG) erlassen und das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung von Frau und Mann im Arbeitsleben (Gleichbehandlungsgesetz) geändert werden.

Auch ***Gahleitner***[649] weist zu Recht auf die Entscheidung des OGH[650] hin, der die **Sippenhaftung**, dh die Kündigung einer Arbeitnehmerin, weil ein naher Verwandter (Vater) der betroffenen Arbeitnehmerin unangenehm aufgefallen war, ebenfalls als gegen die guten Sitten verstoßend ansah. Im konkreten Urteil wurde die Sittenwidrigkeit jedoch verneint, da dies nicht den einzigen Beweggrund für die Auflösungserklärung bildete, sondern das Verschweigen quasiverwandtschaftlicher Verbindung zu einem massiven Vertrauensverlust seitens des Arbeitgebers geführt hatte. Nach Ansicht *Gahleitners* sind beispielsweise Kündigungen wegen der Zugehörigkeit zu einer Ethnie oder Religionsgemeinschaft oder die freie Meinungsäußerung als sittenwidrig zu qualifizieren, wobei sie jedoch gleichzeitig auf die Bestimmungen des GlBG verweist, die eine Anfechtung nicht nur bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern auch bei Diskriminierung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, Religion und Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung ermöglichen.

Darüber hinaus schützt der Gesetzgeber den Arbeitnehmer auch vor Kündigungen (Entlassungen) wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GlBG. Wird also das Arbeitsverhältnis gekündigt, weil der Arbeitnehmer zB zu einem anderen Religionsbekenntnis konvertiert, kann der betroffene Arbeitnehmer von der Kündigungsanfechtung wegen Diskriminierung aufgrund der Religion Gebrauch machen. Damit bleibt, neben dem GlBG, für sog andersartige Kündigungsmotive hier wenig Spielraum.

4.4.2. Schutz vor Benachteiligung infolge von Missbrauch der Übermacht

Wie *Krejci* es zutreffend beschreibt dienen nicht nur zahlreiche Gesetze (vgl zB den Wuchertatbestand des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB), sondern auch ganze Rechtsgebiete, wie zB das Mietrecht, das Verbraucherrecht und auch das Arbeitsrecht dem Schutz vor Benachteiligung aufgrund des Missbrauchs von Übermacht. Insb das Arbeitsrecht als Sonderrecht der unselbständig

[649] Vgl *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] § 105 ArbVG, Erl 22.
[650] OGH 27.6.1990, 9 ObA 141/90 infas 1991/A11 = WBl 1994, 55 (Sippenhaftungs-E).

Erwerbstätigen verfolgt das grundlegende Ziel, „*den wirtschaftlich und faktisch unterlegenen Beschäftigten Schutz vor bestimmten Gefahren des Arbeitsverhältnisses zu bieten*."[651] Die Übermacht des Arbeitgebers im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich zwangsläufig durch die Verpflichtung des Arbeitsnehmers zur Leistung in persönlicher Abhängigkeit.[652] Die Unterwerfung unter die Fremdbestimmung des Arbeitgebers, die jedem Arbeitsverhältnis inhärent ist, ist an sich weder gesetz- noch sittenwidrig. Wird jedoch das eingeräumte Ermessen auf unbillige Weise ausgeübt, so bildet dies eine Fallgruppe der Sittenwidrigkeit.[653] Im Unterschied zur Schikane (s Pkt 5.4.3.) ist es bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit aufgrund von missbräuchlicher Rechtsausübung nicht erforderlich, dass der Vertragspartner in Schädigungsabsicht handelt, sondern es genügt die unzulässige Rechtsausübung.[654] Von den erarbeiteten sittenwidrigen Kündigungsmotiven (Kap 2 bis 3) lassen sich mE folgende verpönte Beweggründe unter diese Kategorie subsumieren:

Generell sind alle Fälle von **Vergeltung**, **Prävention**, **Druckausübung** bzw der **Umgehungsabsicht** hier einzuordnen. Da insb bei Arbeitsverhältnissen die **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers besonders schlagend wird, bietet sich hier eine breite Palette für das Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel. Vor allem das **Motiv der Vergeltung** für die **frühere Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse,** insb für Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben, stellt einen solchen Anwendungsfall dar. Diese Fallgruppe beinhaltet auch Beendigungserklärungen, die allein dem Zweck der Ausübung von Druck auf den Arbeitnehmer dient, um ihn von der Ausübung zB betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse abzuhalten.

Als Beispiele seien hier folgende Kündigungsgründe angeführt:

[651] *Brodil/Risak/Wolf,* Grundzüge[7] Rz 29; Vgl auch *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 1; ua.
[652] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, AR[11] Rz 4/004; *Brodil/Risak/Wolf,* Grundzüge[7] Rz 38ff; *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 33ff; ua.
[653] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 88.
[654] Vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 10.

Außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG

- Kündigung aufgrund früherer Handlungen als BR zur Einberufung von Betriebsversammlungen in einem (anderen) betriebsratspflichtigen Betrieb (Vergeltung bzw Prävention) (s Kap 2 Pkt 2.4.3. Fall 3)
- Kündigung aufgrund einer ehemaligen Tätigkeit als Mitglied von Wahlvorstand, Wahlkommission oder als Wahlzeuge in einem (anderen) betriebsratspflichtigen Betrieb (Vergeltung bzw Prävention) (s Kap 2 Pkt 2.5.2.)
- Kündigung aufgrund einer früheren Tätigkeit als BR in einem (anderen) betriebsratspflichtigen Betrieb (Vergeltung bzw Prävention) (s Kap 2 Pkt 2.6.3.)
- Kündigung einer Person, die den Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG nicht erfüllt (zB leitender Angestellter) aufgrund einer sonstigen Unterstützung einer Schlichtungsstelle durch Zeugenaussagen, Fachauskünfte, etc (Vergeltung oder Druckausübung) (s Kap 2 Pkt 2.7.2.)
- Kündigung aufgrund der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst (Umgehungsabsicht) (s Kap 2 Pkt 2.9.3.)
- Kündigung aufgrund der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung eines vom Arbeitgeber in Frage gestellten Anspruches des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis (Vergeltung bzw Prävention) (s Kap 2 Pkt 2.10.3.)

Innerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG

- Nichtausübung der Funktion als Mitglied von Wahlvorstand bzw Wahlkommission zur Bildung eines BR aufgrund von Druckausübung seitens des Arbeitgebers durch Androhung einer Kündigung bzw deren Ausspruch (Druckausübung) (s Kap 2 Pkt 2.5.2.)

Unabhängig vom Geltungsbereich des ArbVG

Ein noch nicht angesprochener Aspekt betrifft die **Verletzungen strafrechtlicher Normen.** Auch hier sind Anwendungsfälle einer rechtswidrigen Kündigung

denkbar. Unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des ArbVG unterliegt oder nicht, ist zB die Kündigung wegen der **Weigerung** des Arbeitnehmers eine **Straftat zu begehen**, sich **daran zu beteiligen** oder wegen der behördlichen Anzeige einer Straftat des Arbeitgebers bzw eines Dritten, als sittenwidrig iSd § 879 ABGB zu qualifizieren.[655] ME muss diese Fallkonstellation noch erweitert werden. Geht man von der Situation aus, dass ein leitender Angestellter oder ein Mitarbeiter dem bloßen Verdacht einer vermeintlich strafbaren Handlung eines Arbeitnehmers, Vorgesetzten oder Kollegen nachgehen will, jedoch von anderen Kollegen oder Vorgesetzten an weiteren Recherchen gehindert und zur Vermeidung weiterer Untersuchungen letztlich gekündigt wird, so ist mE ebenso von der Sittenwidrigkeit der Kündigung iSd Generalklausel des ABGB auszugehen.

In Analogie zum Viktimisierungsverbot des § 13 bzw § 26 GlBG wird auch die **Kündigung wegen** der wahrheitsgetreuen **Aussage** vor **Verwaltungsbehörden, Straf- oder Arbeitsgerichte**n als sittenwidrig zu qualifizieren sein. Ähnlich wie die Aussage vor einer Schlichtungsstelle, die dem Arbeitgeber uU zum Nachteil gereicht, darf auch eine wahrheitsgemäße und damit für den Arbeitgeber nachteilige Zeugenaussage vor einem Gericht nicht als Kündigungsgrund herangezogen werden. Der Missbrauch der Übermacht kann idZ einerseits in der Vergeltungsabsicht des Arbeitgebers für eine bereits erfolgte Aussage des Arbeitnehmers liegen. Andererseits kann sich die Übermacht in einer Kündigungsandrohung äußern, um den Arbeitnehmer von einer bevorstehenden (belastenden) Aussage abzuhalten.

Wird die Kündigung als Druckmittel bzw als Vergeltungsmaßnahme von Seiten des Arbeitgebers eingesetzt, so stellt sich die Frage, in welchem **zeitlichen Zusammenhang** die Beendigungserklärung erfolgen muss. Eine exakte zeitliche Eingrenzung ist aus meiner Sicht nur schwer möglich. Die Schwierigkeit ergibt sich erst im Rahmen des Gerichtsverfahrens, da die Glaubhaftmachung des verpönten Motivs umso schwieriger wird, je mehr Zeit seit der Beendigung vergangen ist. Wird die Kündigung zeitlich unmittelbar zB nach der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung eines Anspruches ausgesprochen, so ist die Wahrscheinlichkeit

[655] Vgl *Trost*, DRdA 1987/1.

einer Glaubhaftmachung höher und umgekehrt. Die Frage nach einer allenfalls bestehenden maximalen Frist zum Aufgriff der Nichtigkeit wird im Rahmen der Rechtsfolgen (Teil III, Kap 4) näher behandelt.

4.4.3. Rechtsgestaltung zu Lasten Dritter / Schikane

Einen weiteren bisher noch nicht besprochenen Anwendungsfall von sittenwidriger Beendigung bildet die schikanöse Ausübung des Kündigungsrechts. Schikane als Sonderform des Rechtsmissbrauchs wird generell dann angenommen, wenn ein an sich zustehendes Recht, ohne eigenes Interesse, allein zum Zweck der Schädigung eines anderen bzw des Vertragspartners ausgeübt wird. In Bezug auf das Kündigungsrecht kann ein Sittenverstoß gem § 879 ABGB dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber die Kündigung **ausschließlich** oder **zumindest überwiegend** deswegen ausspricht, um den Arbeitnehmer bewusst zu schädigen.[656] So wäre dies der Fall, wenn ein Arbeitnehmer „abgeworben" wird, seinen ehemaligen Arbeitsplatz unter Verlust der beendigungsabhängigen Ansprüche (zB „Abfertigung alt") aufgibt und dann vom neuen Arbeitgeber ohne sachliche Rechtfertigung gekündigt wird.[657]

Als missbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts kann mE auch eine Beendigungserklärung aufgrund der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst angesehen werden. Handelt der Arbeitgeber in der Absicht den besonderen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nicht entstehen zu lassen (Umgehungsabsicht), so ist ihm diesbezüglich auch Schädigungsabsicht vorzuwerfen. Ebenso gilt dies für Arbeitgeberkündigungen, die allein aus dem Grund ausgesprochen werden, die Geltendmachung eines Anspruches iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG durch den Arbeitnehmer zu verhindern (Prävention). Auch hier ist Schädigungsabsicht des Arbeitgebers anzunehmen.

[656] Vgl OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94, RdW 1994, 359 (Geschäftsführer-E). Vgl auch *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm[2] § 879 ABGB, Rz 51; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 138b.
[657] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Grundzüge[7] Rz 407.

4.5. Conclusio

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Gesetzgeber durch die Regelungen des allgemeinen und individuellen Kündigungsschutzes zahlreiche sittenwidrige Kündigungsmotive als leges speciales zu § 879 ABGB normiert und mit Anfechtbarkeit ausgestattet hat. Den Anspruch auf Lückenlosigkeit im Bereich des Bestandsschutzes kann man daraus allerdings nicht ableiten. Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, ergeben sich, trotz des mehr oder weniger „dicht gestrickten Netzes“ an Anfechtungstatbeständen, immer wieder **Lücken**, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel zu schließen sind. Daneben bestehen auch „andere“ oder „andersartige“ Kündigungsgründe, die eine positive Prüfung der Sittenwidrigkeit nach sich ziehen.

Unterteilt man den Sittenverstoß in einzelne Kategorien des allgemeinen Unwerturteils und subsumiert man die konkreten Anwendungsfälle schwerpunktmäßig unter diese Fallgruppen, so ergibt sich ein zahlenmäßiges Übergewicht bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten (s Pkt 5.3.1.). Dies betrifft vor allem die Verletzung von Grundrechten.

Geht man von der hL[658] der mittelbaren Wirkung der Grundrechte aus, also der Ansicht, dass Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander nur ergänzend zu den Bestimmungen des Privatrechts (bzw auch des Arbeitsrechts) hinzutreten bzw über die Generalklausel des ABGB mittelbar auf das Verhältnis zwischen Privaten wirken, so kommt man zu folgendem Schluss: Wird durch das Motiv der Arbeitgeberkündigung der betroffene Arbeitnehmer in seinen Grundrechten verletzt, ohne damit gegen eine gesetzliche Vorschrift zu verstoßen, so ist die Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB jedenfalls zu prüfen. Dies ist bei einem Grundrechtseingriff der Fall der einer sachlichen Rechtfertigung entbehrt, wobei die Verhältnismäßigkeit eine wichtige Rolle spielt. Besteht also zB kein entsprechender Kündigungsanfechtungstatbestand iSd allgemeinen oder individuellen Bestandsschutzes, so ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus der

[658] *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 34; *Bydlinski,* Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in *Rack,* Grundrechtsreform (1985) 173; *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741; *Mayer*, Der „Rechtserzeugungszusammenhang“ und die sog „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBl 1990, 768.

mittelbaren (indirekten) Verletzung des Grundrechtes und damit gleichzeitig aus der Verletzung grundlegender Werte der österreichischen Rechtsordnung.[659]

Auch jene Fälle, in denen der Arbeitgeber durch die Androhung einer Kündigung oder durch die tatsächliche Beendigungserklärung **Druck** auf den Arbeitnehmer ausüben bzw frühere Handlung des Arbeitnehmers **„sanktionieren**“ bzw vergelten will, sind als eigene Kategorie sittenwidriger Kündigungsgründe anzusehen. Diese kommen insb für jene Arbeitnehmer zum Tragen, die dem Geltungsbereich des allgemeinen Bestandsschutzes nicht unterliegen.

[659] Vgl *Strasser,* DRdA 1958, 67; vgl auch *Trost*, DRdA 1987, 107.

TEIL III: RECHTSFOLGEN

Kapitel 1: Problemstellung

In den voran gegangenen Kapiteln wurden spezielle Anwendungsfälle der arbeitsrechtlichen, sittenwidrigen Kündigung erarbeitet und eine Kategorisierung in Fallgruppen vorgenommen. Teil III der Dissertation widmet sich den konkreten Rechtsfolgen bei Vorliegen solcher sittenwidriger Beendigungserklärungen.

Wie zu Beginn erwähnt, hat die arbeitsrechtliche Kündigung, die **Beendigung** eines Arbeitsverhältnisses zum **Ziel.** Damit die Auflösungserklärung rechtsgestaltende Wirkung entfalten kann, ist die **Einhaltung** von gesetzlich bzw vertraglich vorgesehenen **Fristen** und **Terminen** notwendig. In Ermangelung einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen, haben sich in Judikatur und Lehre verschiedene Lösungsansätze bei Vorliegen einer fehlerhaften, dh frist- und/oder terminwidrigen Kündigung (Schadenersatz[660]-, Konversions[661]- und Unwirksamkeitstheorie[662]) entwickelt, auf die in diesem Abschnitt jedoch nicht näher eingegangen wird, denn **Ausgangspunkt** der Untersuchungen des gegenständlichen Kapitels ist eine termin- und fristgerechte Kündigung, der allerdings ein missbilligtes, weil sittenwidriges Motiv zugrunde liegt. Geht man also von einer zwar **fehlerfreien** und damit **formalrechtlich korrekten Kündigung**

[660] Nach stRsp und einem Großteil der Lehre ist das sog **Schadenersatzprinzip** anzuwenden. Danach endet das Arbeitsverhältnis mit dem in der Kündigungserklärung enthaltenen Zeitpunkt. Wie bei der ungerechtfertigten Entlassung (vgl §§ 29 AngG, 84 GewO 1859, 1162b ABGB), steht dem betroffenen Arbeitnehmer der Entgeltanspruch bis zum Ablauf der (fiktiven) einzuhaltenden Kündigungsfrist als Schadenersatzanspruch (Kündigungsentschädigung) zu, dh der Arbeitnehmer ist so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß (betreffend Kündigungsfrist und –termin) beendet worden wäre. Vgl OGH 15.10.1974, 4 Ob 60/74, Arb 9259 = JBl 1975,437= ZAS 1975,223 = DRdA 1975,283 (*Fitz*); OGH 25.3.1980, 4 Ob 137/79, Arb 9866 = ZAS 1982,140 (*Schrank*); OGH 10.4.2008 9 ObA 180/07x, ZAS 2008, 150 = ARD 5914/4/2008 = ecolex 2008/319 (847); vgl auch *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 7/028; *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 298; *Reissner*, Übungsbuch[3], 40; *Trost* in *Löschnigg*, AngG II[8] § 20 Rz 110; ua.

[661] Das sog **Konversionsprinzip** zielt darauf ab, dass die mit Rechtsunwirksamkeit bedrohte Kündigung in einen anderen (erlaubten) Geschäftstyp umgedeutet wird, dh die unberechtigte Auflösung wird in eine wirksame Kündigung jedoch erst zum nächst zulässigen Termin umgedeutet. Zu den Vorteilen bzw Nachteilen dieses Ansatzes vgl *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 298 u Schwarz/*Löschnigg*, AR[11], Rz 7/031.

[662] Ein Teil der Lehre geht von der sog **Unwirksamkeitstheorie** aus, wonach die fehlerhafte Beendigungserklärung zur Gänze unwirksam ist und keinerlei Rechtsfolgen entfaltet, dh der Bestand des Arbeitsverhältnisses wird durch die Kündigungserklärung nicht berührt und bleibt daher weiter aufrecht. Vgl *Schrank,* Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Berichtigung zeitwidriger Kündigungen, in FS *Strasser* (1983) 309 ff; OGH 19. 1. 1982, 4 Ob 1/82, DRdA 1983, 365 (*Kerschner).*

aus, der jedoch der **Makel** eines **sittenwidrigen Beweggrunds** anhaftet, so ist die in der Guten-Sittenklausel normierte Rechtsfolge einer solchen Willenserklärung näher zu betrachten.

1. Obwohl **§ 879 Abs 1 ABGB** von **Nichtigkeit**[663] spricht und diese stets durch eine Feststellungsklage geltend zu machen ist, ist damit nicht immer die gleiche Rechtsfolge gemeint.[664] Sowohl die Judikatur als auch die Lehre unterscheiden zwischen verschiedenen Abstufungen der Nichtigkeit. Dies führt zur grundsätzlichen Frage, **welche Rechtsfolge bzw welchen Grad der Nichtigkeit** eine gegen die guten Sitten verstoßende Beendigungserklärung zeitigt. Zu diskutieren ist, ob es sich um eine absolute und daher von Amts wegen wahrzunehmende oder um eine relative bzw geltend zu machende Nichtigkeit handelt, die eine Aufgriffsobliegenheit des betroffenen Arbeitnehmers zur Folge hat.

2. Hinsichtlich **sonstiger prozessualer Rechtsfolgen** herrscht vor allem in der Lehre Uneinigkeit bei Vorliegen eines verpönten, sittenwidrigen Kündigungsmotivs. So wird diskutiert, ob die Regelungen des **§ 105 Abs 5 ArbVG** auch bei Vorliegen einer sittenwidrigen Auflösungserklärung **analogiefähig** sind, insb hinsichtlich der Einhaltung verkürzter Fristen sowie der Beweismaßerleichterung iSe bloßen Glaubhaftmachung des Motivs. Im Gegensatz zum Motivkündigungsschutz der bestimmte **Fristen** für die Kündigungsanfechtung vorsieht (eine Woche bzw 14 Tage), enthält § 879 ABGB grundsätzlich keine zeitliche Beschränkung für die Geltendmachung der Unwirksamkeit.[665] Bei Vorliegen einer absoluten Nichtigkeit kann diese zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden.[666] Geht man jedoch von der **Annahme einer relativen Nichtigkeit** aus, so kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts iSd § 879 ABGB, in Ermangelung konkreter Regelungen, innerhalb einer **Frist von 30 Jahren (§ 1478 ABGB**) aufgegriffen und mittels Feststellungsklage

[663] § 879 ABGB gilt für alle zweiseitigen und einseitigen Rechtsgeschäfte, also auch für die Kündigung (siehe Teil I, Kap 2.3.).
[664] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 Rz 247.
[665] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak,* Kommentar, Kap XVIII Rz 38.
[666] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 38; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 182.

geltend gemacht werden.[667] Die allgemeine Verjährung gem § 1478 ABGB beginnt hier grundsätzlich mit dem Zeitpunkt, in dem das Recht zuerst hätte ausgeübt werden können, dh sobald die objektive Möglichkeit zu klagen besteht.[668] Von einem Teil der Lehre[669] wird allerdings die Auffassung vertreten, dass in **Analogie zu § 105 Abs 5 ArbVG** eine **kürzere Frist** zur Geltendmachung der Nichtigkeit in Betracht kommt, wobei Uneinigkeit über die Dauer der Geltendmachungsfrist besteht. Auch dieser Punkt soll im Rahmen des nachfolgenden Kapitels herausgearbeitet werden.
Wird die Sittenwidrigkeit einer Kündigung bei Gericht geltend gemacht, hat der klagende Arbeitnehmer das sittenwidrige Kündigungsmotiv zu beweisen[670]. Damit stellt sich die Frage, ob auch hier eine analoge Anwendung der **Beweismaßerleichterung** iSd § 105 Abs 5 ArbVG, dh eine bloße **Glaubhaftmachung** ausreicht[671] oder ob den klagenden Arbeitnehmer das Beweismaß für das verpönte Motiv zur Gänze trifft.[672]

3. Nicht zuletzt ergibt sich aus den unterschiedlichen Kostentragungsbestimmungen im Feststellungs- und Anfechtungsverfahren auch eine Diskrepanz hinsichtlich des **Prozesskostenrisikos.** In einem Feststellungsverfahren hat der vollständig unterliegende Prozessgegner gem § 41 ZPO die Verfahrenskosten in allen Instanzen zur Gänze zu ersetzen, während hingegen in einem Kündigungsanfechtungsverfahren gem § 58 Abs 1 ASGG die Kostenersatzpflicht ausschließlich im Verfahren vor dem OGH vorgesehen ist.[673]

4. Ist in Analogie zu den Bestimmungen des GlBG (§§ 12, 26, 38 u 51 GlBG), die den Ersatz eines (immateriellen) Schadens bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots anordnen, auch ein schadenersatzrechtlicher Anspruch

---

667 Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I[13], 182.
668 Vgl *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB VI[3] (2006) § 1478 Rz 3; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] § 1478 E 30 u E 31d.
669 Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 38; vgl auch *Reissner* in ZellKomm § 20 AngG, Rz 83; *ders,* § 879 ABGB – Sittenwidrigkeit von Kündigungen – Verhältnis von allgemeinem Kündigungsschutz und Sittenklausel, ZAS 1995, 63.
670 *Klicka*, Beweisprobleme im Arbeitsrecht, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999) 35.
671 Vgl *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* AR I[4], 375; *Reissner,* ZAS 1995/7 (63).
672 Vgl *Schrank*, Fortbestand 355.
673 Vgl *Majoros* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XXII Rz 37b; vgl auch *Tinhofer*, in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 35.

bei sittenwidrigen Kündigungen iSd § 879 ABGB denkbar? Zu diesem theoretische Ansatz finden sich weder in Judikatur noch Literatur konkrete Hinweise, weshalb darauf erst in Kap 5 eingegangen wird.

Kapitel 2: Grade der Nichtigkeit iSd § 879 ABGB

2.1. Einleitung

Durch die Anordnung der Nichtigkeit sittenwidriger Verträge in § 879 ABGB will der **Gesetzgeber verhindern**, dass **Vereinbarungen** rechtlich **bindend** werden, die mit der **Werteordnun**g einer Gemeinschaft, die auch der Rechtsordnung zugrunde liegt, in untragbarem **Widerspruch** stehen (siehe Teil I Kap 3).[674] Die Relevanz der guten Sitten wird noch dadurch unterstrichen, dass auch **Unkenntnis** vom Vorliegen **der Sittenwidrigkeit** keinen Einfluss auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts selbst hat, dh die Unkenntnis der Sittenwidrigkeit **heilt den Vertrag nicht**.[675]

Die **Judikatur** unterscheidet grundsätzlich zwischen einer **absoluten**[676] und einer "**geltend zu machenden" (dh relativen) Nichtigkeit.**[677] In der **Literatur**[678] wird darüber hinaus eine **Dreiteilung** in absolute, relative und geltend zu machende Nichtigkeit vorgenommen, auf die nachfolgend näher eingegangen wird (s Pkt 2.2. bis 2.4.). Die Grade der Unwirksamkeit sind davon abhängig, welchen Zweck die verletzte Norm verfolgt bzw welchen Grund die Sittenwidrigkeit hat und damit einhergehend, wer sich letztlich darauf berufen kann.[679] Nach hL[680] wirkt die Nichtigkeitsfolge im Regelfall **ex-tunc**.

Die grundsätzliche Problematik ergibt sich daraus, dass es bei den **Anfechtungstatbeständen** des allgemeinen oder individuellen Bestandsschutzes (§ 105 ArbVG, §§ 8, 9 u 15 AVRAG, §§ 12, 26 u 51 GlBG, § 7 f u i BEinstG) zunächst um eine **zivilrechtlich wirksame Kündigung** handelt, woran auch die

[674] Vgl *Kletecka in Koziol/Welser,* BR I[13], 179.
[675] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 ABGB, Rz 17.
[676] Vgl OGH vom 12.11.1987, 7 Ob 669/87 JBl 1988,250 (*Karollus*); OGH vom 26.4.1990, 8 Ob 510/90 SZ 63/72 (Verstoß gegen § 2 ApG); OGH vom 25.4.1990, 9 Ob 67/90 SZ 63/68 (gegen § 5 Abs 6 UrlG verstoßender Branchenkollektivvertrag); ua.
[677] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I[13], 181; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 Rz 247; *Schwarz*/*Löschnigg*, AR[11] Rz 6/027.
[678] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 Rz 247ff; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 68.
[679] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 68.
[680] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3], § 879 Rz 251; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 70.

Einbringung einer Anfechtungsklage durch den Arbeitnehmer nichts ändert.[681] Die **Klage auf Anfechtung** einer solchen schwebend rechtswirksamen Kündigung ist eine **Rechtsgestaltungsklage.**[682] Damit bleibt die Auflösungserklärung rechtswirksam, wenn das Gericht die Klage als unbegründet abweist. Entscheidet jedoch das Arbeits- und Sozialgericht zugunsten des klagenden Arbeitnehmers, indem es der Anfechtung stattgibt, so wird erst dann die Kündigung **rückwirkend** als **rechtsunwirksam aufgehoben**.

Geht man jedoch von einer **absoluten Nichtigkeit** einer sittenwidrigen Kündigungserklärung gem **§ 879 ABGB** aus, so wäre die Willenserklärung von Beginn an **zivilrechtlich rechtsunwirksam**. Liegt also eine rechtsunwirksame Kündigungserklärung vor, so kommt nur die Bekämpfung mittels **Feststellungsklage**[683] in Betracht. Nur die **relative bzw geltend zu machende Nichtigkeit** einer Beendigungserklärung bewirkt die Aufgriffsobliegenheit des durch den Sittenverstoß Verletzten. Diese Form der Ungültigkeit ist daher **nicht von Amts wegen** zu beachten, sondern nur auf **Einwendung**, in Form der **Geltendmachung der Nichtigkeit** durch den Arbeitnehmer, wahrzunehmen.[684]

2.2. Absolute Nichtigkeit

Von der **absoluten Nichtigkeit** eines Rechtsgeschäfts ist dann auszugehen, wenn dieses gegen Gesetze verstößt, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienen.[685] Aufgrund der **Schwere des Verbotszwecks** der verletzten Norm folgt, dass sich **jedermann** auf die

[681] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Grundzüge[7] Rz 478.
[682] Vgl OGH 21.10.1992, 9 ObA 229/92; OGH 24.06.2004, 8 ObA 59/04s, ARD 5577/5/05; ua.
[683] Vgl OGH 14.09.1994, 9 ObA 142/94 Arb 11.248; OGH 20.08.2008, 9 ObA 29/08t; OGH 30.01.2012, 9 ObA 137/11d; ua.
[684] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 Rz 249; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] (2009) § 879 E10: OGH 17.2.1987, 14 ObA 17/87 Arb 10.264; OGH 4.3.1987, 1 Ob 705/86, SZ 60/35 = RdW 1987, 260; OGH 27.4.1999, 4 Ob 79/99t, SZ 72/78; OGH 17.5.2000, 6 Ob 1/00s, ecolex 2000/313 (795) (*Rabl*).
[685] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 Rz 248*; Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 181; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 69; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 34; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] (2009) § 879 E3: OGH 5.4.2000, 9 ObA 80/00f, Arb 12.011 = JBl 2000, 738.

Rechtsunwirksamkeit des Rechtsgeschäfts **berufen** kann, auch derjenige, der sie bei Vertragsabschluss kannte.[686]

Die Nichtigkeit ist daher auch **von Amts wegen wahrzunehmen** und bedarf keiner gesonderten Geltendmachung.[687] *„Absolute Nichtigkeit lässt den Vertrag jedenfalls **von Anfang an unwirksam*** (ex-tunc) ***sein".***[688] Es besteht des Weiteren auch **keine zeitliche Begrenzung** der Geltendmachung. Alleine etwaige bereicherungsrechtliche Rückforderungen von Geleistetem sollen gem § 877 ABGB nur innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren möglich sein.[689]

2.3. Geltend zu machende Nichtigkeit

Von einer **geltend zu machende Nichtigkeit** ist nach Ansicht von *Rebhahn* und *Kietaibl*[690] dann auszugehen, wenn sich **beide Vertragsparteien**, nicht jedoch Dritte oder das Gericht von Amts wegen, darauf berufen können. Nach ***Krejci***[691] kommt es bei dieser Form der Nichtigkeit auf die jeweiligen Umstände und Gründe des, die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit bestimmenden, Unwerturteils an. Er unterscheidet hier zwischen Fällen, in denen einer der betroffenen Vertragspartner selbst entscheiden muss, ob er die Nichtigkeit geltend macht und solchen Fällen, in denen das Gericht zwar erst auf die Sittenwidrigkeit aufmerksam gemacht werden muss, jedoch dann die Nichtigkeit amtswegig wahrzunehmen hat.

---

686 *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 248; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 69; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I^3 § 879 Rz 34.

687 Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 70. Nach Ansicht von *Rebhahn* und *Kietaibl* zeitigen alle jene **zwingenden arbeitsrechtlichen Normen** (wie zB ASchG, AZG, MSchG) die Rechtsfolge der **absoluten Nichtigkeit**, bei deren Verletzung von Amts wegen eine Verwaltungsstrafe zu verhängen ist.

688 *Krejci* in *Rummel*, ABGB I^3, Rz 248 zu § 879; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 73; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I^{37} (2009) § 879 E4: vgl OGH 22.10.1997, 9 ObA 151/97i, Arb 11.662 = SZ 70/219; OGH 24.04.2003, 6 Ob 39/03h, SZ 2003/43.

689 Vgl *Kletecka in Koziol/Welser,* BR I^{13}, 182.

690 Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 74.

691 Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 248a.

2.4. Relative Nichtigkeit

Im Unterschied dazu wird **relative Nichtigkeit von der Literatur**[692] dann angenommen, wenn die übertretene Norm **nur** auf den **Schutz eines einzelnen Vertragspartners** abzielt und nur der verletzte Vertragsteil sich darauf berufen kann, andere jedoch nicht. Die Nichtigkeit „*kann nur von dem durch diese Norm Geschützten geltend gemacht werden.*“[693]

Auch nach stRpr[694] bleibt die Geltendmachung dem, durch den Verstoß, Verletzten selbst überlassen und zwar auch dann, wenn er die Nichtigkeit bei Vertragsabschluss kannte.[695] Erst wenn sich der Geschützte auf den Gesetzes- oder Sittenverstoß beruft, ist das Geschäft als ungültig anzusehen. Dazu muss der Betroffene eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit bzw auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses einbringen, alternativ dazu **genügt** aber bereits die **gerichtliche Bestreitung** einer Verpflichtung bzw ein entsprechendes **Sachvorbringen**.[696] Somit kommt dem betroffenen Vertragsteil ein **Gestaltungsrecht** in Form einer gerichtlichen **Geltendmachung** des sittenwidrigen Geschäfts zu.[697] Diese Form der Ungültigkeit ist daher **nicht von Amts wegen** zu beachten, sondern nur auf **Klage** oder **Einwendung** wahrzunehmen.[698] Aufgrund dieser Gestaltungsmöglichkeit, kann der verletzte Vertragsteil alternativ dazu den Sittenverstoß auch gegen sich gelten lassen und damit „heilen“.[699]

IdZ ist ein wichtiger **Fall** der relativen Nichtigkeit zu nennen: Die Unwirksamkeit einer Kündigungserklärung im Zuge eines **Betriebsübergangs** iSd AVRAG. Mit

---

[692] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 75; *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 249; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I^{13}, 182; *Apathy*/*Riedler* in *Schwimann,* ABGB IV/I^3 § 879 Rz 36; ua.

[693] *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 249.

[694] Vgl OGH 16.3.1995, 8 ObA 320/94, DRdA 1996/5, 47 (*Eypeltauer*); OGH 17.2.1987, 14 ObA 17/87, Arb 10.624; OGH 25.05.2000,1 Ob 318/99t, SZ 73/86; ua.

[695] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 75; vgl OGH 28.3.1979, 3 Ob 522/78, SZ 52/52.

[696] Vgl *Apathy*/*Riedler* in *Schwimann,* ABGB IV/I^3 § 879 Rz 36.

[697] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I^{13}, 182; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 75; *Apathy*/*Riedler* in *Schwimann,* ABGB IV/I^3 § 879 Rz 36.

[698] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 249; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I^{37} (2009) § 879 E10: OGH 17.2.1987, 14 ObA 17/87 Arb 10.264; OGH 4.3.1987, 1 Ob 705/86, SZ 60/35 = RdW 1987, 260; OGH 27.4.1999, 4 Ob 79/99t, SZ 72/78; OGH 17.5.2000, 6 Ob 1/00s, ecolex 2000/313 (795) (*Rabl*).

[699] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 249.

den §§ 3 bis 6 leg cit wurde die Richtlinie 77/187/EWG[700] (Betriebsübergangsrichtlinie) in österreichisches Recht transformiert. Geht ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser als Arbeitgeber gem § 3 Abs 1 AVRAG mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Diese sog „**Eintrittsautomatik**" (ex-lege Übergang) entspricht dem Schutzzweck des Art 4 Abs 1 Richtlinie 2001/23/EG, wonach ein Betriebsübergang weder für den Veräußerer, noch für den Erwerber einen Grund zur Kündigung darstellen darf. Spricht der Arbeitgeber dennoch eine Kündigung aus und bildet der Übergang den ausschlaggebenden Grund dafür, so zeitigt diese gesetzwidrige Beendigung die Rechtsfolge der Nichtigkeit. Nach Ansicht der hL[701] handelt es sich hier um eine **relative Nichtigkeit**, dh **nur** der **Arbeitnehmer**, nicht jedoch der Arbeitgeber, kann sich auf die Rechtsunwirksamkeit berufen. Dies gebietet, neben dem Schutzzweck des § 3 Abs 1 AVRAG, auch das Gebot einer richtlinienkonformen Interpretation.

Im Allgemeinen begründen **sittenwidrige Rechtsgeschäfte** stets **relative Nichtigkeit**.[702] ***Krejci***[703] nimmt als Rechtsfolge die relative Nichtigkeit vorwiegend dann an, wenn Gesetz- oder Sittenwidrigkeit mit **Willensbildungsmängeln bei Vertragsabschluss** zusammenhängen. In Ermangelung konkreter gesetzlicher Bestimmungen kann relative Nichtigkeit grundsätzlich **30 Jahre lang** geltend gemacht werden (**§ 1478 ABGB**).[704] In diesem Zeitraum trifft den, von der Sittenwidrigkeit, betroffenen Vertragspartner eine Obliegenheit zum Aufgriff.

---

[700] **Richtlinie 77/187/EWG** des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen. Neufassung durch die **Richtlinie 2001/23/EG** des Rates vom 12. 3. 2001. Vgl dazu *Binder*, Kommentar AVRAG^2 § 3 Rz 1.

[701] Vgl *Krejci*, Betriebsübergang (1996) 81f; *Schrank* in *Tomandl,* Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995) 78; *Mayr*, Kündigung im Betriebsübergang, ecolex 1995, 501; *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 378; *ua.*Vgl auch *Gahleitner,* Unwirksame Kündigung bei Betriebsübergang, DRdA 1999, 213 zur Frage der Geltendmachung von Arbeitnehmeransprüchen iZm einem Betriebsübergang (Lohnforderungen, anteilige Sonderzahlungen, Urlaubsabfindung).

[702] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 75; vgl OGH 16.3.1995, 8 ObA 320/94 DRdA 1996/5, 47 (*Eypeltauer*); OGH 17.02.1987, 14 ObA 17/87 Arb 10.624; ua.

[703] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I^3, § 879 Rz 249.

[704] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 76; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I^{13}, 182.

Kapitel 3: Ansichten in Judikatur und Literatur zum Grad der Nichtigkeit bei Vorliegen eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs

Liegt einer Kündigung nun ein sittenwidriges Motiv zugrunde, so stellt sich die Frage, welche Form der Nichtigkeit iSd § 879 ABGB hier vorliegt. Vorwiegend in der älteren Lehre wurde die Ansicht vertreten, dass bei Vorliegen einer sittenwidrigen Auflösungserklärung seitens des Arbeitgebers stets von einer absoluten Nichtigkeit auszugehen ist. Die jüngere Literatur geht hingegen vom Ansatz der relativen Nichtigkeit aus, die vom betroffenen Arbeitnehmer geltend zu machen ist. Die Rsp und die unterschiedlichen Lehrmeinungen hierzu werden im Folgenden dargestellt.

3.1. Judikatur

In der Rsp wird grundsätzlich nur zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit unterschieden und auf die unterschiedlichen Funktionen von Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklage abgestellt. Grundsätzliche Voraussetzung einer auf Rechtsgestaltung gerichteten **Anfechtungsklage** im Sinne des **§ 105 ArbVG** ist das Vorliegen einer nach **zivilrechtlichen Grundsätzen rechtswirksamen Kündigung**.

Liegt jedoch eine **rechtsunwirksame** Kündigung vor, so scheidet eine Anfechtung der Kündigung aus, weil das Arbeitsverhältnis ohnehin weiter fortbesteht. Es kommt in diesen Fällen regelmäßig nur die Bekämpfung mittels **Feststellungsklage** in Betracht.[705] Das Feststellungsbegehren ist auf den **Fortbestand des aufrechten Arbeitsverhältnisses** zu richten. Werden sowohl Feststellungsklage als auch Anfechtungsklage gemeinsam erhoben, hat dies in Form der Erhebung eines Hauptbegehrens und eines Eventualbegehrens zu erfolgen.[706]

[705] Vgl OGH 14.9.1994, 9 ObA 142/94 Arb 11.248; OGH 14.04.1993 9 ObA 73/93 WBl 1993,294 = 13 = RdW 1993,341; OGH 13.9.1995, 9 ObA 90/95; OGH 22.10.1997, 9 ObA 274/97b, RdA 1998/39; ua.
[706] Vgl OGH 13.3.2002, 9 ObA 9/02t, DRdA 2003/12 (*Trost*); OGH 22.12.2010, 9 ObA 30/10t, infas 2011/A26.

Soweit jedoch die Norm den **Schutz** nur **eines Vertragspartners** bezweckt und sich **nur** der **Verletzte** auf den Verstoß **berufen** kann, so wird nach stRpr[707] relative Nichtigkeit angenommen. In der Regel begründen sittenwidrige Beendigungserklärungen daher stets relative Nichtigkeit (s Kap 2, Pkt 2.4.).

3.2. Literatur

3.2.1. Absolute Nichtigkeit vertretende Lehrmeinungen

Nach Meinung der vorwiegend älteren Lehre ist die Rechtsfolgenanordnung in § 879 ABGB als **absolute Nichtigkeit** zu verstehen. Als Vertreter dieser Ansicht gilt ***Floretta,*** der von der Ungültigkeit als Rechtsfolge sittenwidriger Kündigungen ausgeht. Er spricht von der Notwendigkeit einer **Feststellungsklage**, die der betroffene Arbeitnehmer bei Gericht einzubringen hat und die an **keine Frist** gebunden ist; ihr gegenüber gestellt wird die fristgerechte Anfechtungsklage bei rechtswirksamer Kündigung.[708] *Floretta* führt in einer Entscheidungsbesprechung dazu aus: "*Da § 879 ABGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte anwendbar ist, können auch Kündigungen wegen Sittenwidrigkeit absolut nichtig sein".*[709]

Ebenso geht ***Strasser*** von einer **absoluten Nichtigkeit** als Rechtsfolge sittenwidriger Kündigungen aus. Seiner Meinung nach können die Beweggründe des Kündigungsberechtigten sittenwidrig und damit ungültig iSd § 879 ABGB sein. **Würde** es an der gesetzlichen Regelung von missbilligten Kündigungsmotiven in **§ 25 BRG fehlen**, wären solche Kündigungen gem § 879 ABGB absolut nichtig.[710]

Ein weiterer Vertreter dieser Ansicht ist ***Tomandl***[711], der in Anlehnung an die damalige Judikatur des OGH von der Verdrängung des § 879 ABGB durch die Spezialnormen des § 25 BRG 1947 ausgeht. Er spricht zwar nicht ausdrücklich von absoluter Nichtigkeit, doch lässt sich aus seinen Formulierungen diese Ansicht erkennen. "*Es ist nun undenkbar, dass der Gesetzgeber einen als*

[707] Vgl OGH 16.3.1995, 8 ObA 320/94 DRdA 1996/5, 47 (*Eypeltauer*); OGH 17.02.1987, 14 Oba 17/87 Arb 10.624; ua.
[708] Vgl *Floretta*, JBl 1954, 525 (559).
[709] Vgl *Floretta*, RdA 1959, 110 (111); ebenso *Gschnitzer* in *Klang,* ABGB IV/1^2, 178 und 184.
[710] Vgl *Strasser*, DRdA 1958, 64 (67f).
[711] Vgl *Tomandl,* ÖJZ 1959, 34: *Tomandl* geht hier noch von der Kündigungsbestimmung des § 25 BRG aus.

besonders wichtiges Verhalten qualifizierten Tatbestand in einem Spezialgesetz mit bloßer Anfechtbarkeit ausstattet, während er die übrigen, unter den Begriff der Sittenwidrigkeit subsumierbaren Sachverhalte mit der ***viel weiter reichenden Nichtigkeit*** *behaftet lässt."* Er kritisiert auch die **vermeintliche Schlechterstellung der kündigungsgeschützten Arbeitnehmer** durch § 25 leg cit, da in solchen Fällen die Kündigung vorerst zu Recht besteht und nur befristet anfechtbar ist. Liegt hingegen Nichtigkeit gem § 879 ABGB vor, so kommt es gar nicht erst zu einer gültigen Kündigung, dh seiner Ansicht nach wäre eine solche Kündigung rechtsunwirksam (**absolute Nichtigkeit**). Eine zivilrechtlich unwirksame Kündigung muss nicht angefochten werden. Dies bewirke eine **Besserstellung** des vom Sittenverstoß Betroffenen, da diesem nicht die Geltendmachung der Nichtigkeit aufgebürdet wird. Dies wird sE dadurch vermieden, dass von einer generellen Verdrängung des § 879 ABGB im Bereich des Kündigungsschutzes auszugehen ist (s Teil I, Kap 2, Pkt 2.1.)

3.2.2. Relative Nichtigkeit vertretende Lehrmeinungen

Reissner[712] vertritt hingegen die Meinung, dass sittenwidrige Kündigungen iSd § 879 ABGB zu deren **relativer Nichtigkeit** führen. Dieser Schluss liegt für *Reissner* ua deshalb nahe, weil der allgemeine Anfechtungstatbestand des §105 ArbVG als **verallgemeinerungsfähig** angesehen wird. Dies einerseits hinsichtlich des Beweisverfahrens und andererseits hinsichtlich der einzuhaltenden Fristen der Geltendmachung. Es bestehe zwar ein rechtskonstruktiver Unterschied zwischen § 105 ArbVG („Vernichtbarkeit" von Kündigungen) und § 879 ABGB (Feststellung der Nichtigkeit), dieser ist jedoch in seinen konkreten Auswirkungen kaum spürbar. In beiden Fällen handelt es sich funktional um die „Anfechtbarkeit" von Kündigungen aus verpöntem Motiv.

Krejci[713] geht ebenfalls von einer geltend zu machenden, relativen Nichtigkeit aus, soweit eine Kündigungserklärung aus verpöntem Beweggrund gegen die guten Sitten iSd § 879 ABGB verstößt.

[712] Vgl *Reissner,* ZAS 1995/7 (64).
[713] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] §§ 1158-1159c, Rz 105.

Nach Ansicht ***Schranks***[714] richtet sich der Zweck einer bestandsschutzsichernden Rechtsunwirksamkeit iSd § 879 ABGB danach, wer konkret an der Nichtigkeit ein rechtlich schutzwürdiges Interesse hat. So hat der betroffene Arbeitnehmer zweifelsfrei ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages, auf welchen er idR finanziell angewiesen ist. Zumeist erfolge eine (sittenwidrige) Beendigungserklärung auch gegen oder ohne den Willen des betroffenen Arbeitnehmers. Dem Arbeitgeber kann demgegenüber kein Erhaltungsinteresse am aufrechten Arbeitsverhältnis unterstellt werden.

Ausgehend von der jeweiligen **Interessenlage** ist absolute Nichtigkeit, nach Meinung *Schranks,* nur dann anzunehmen, wenn unabhängig vom Interesse der einzelnen Vertragsparteien, die **übertretene Norm** gewichtige **Allgemeininteressen** verfolgt.[715] Er stellt die Frage, ob auch der arbeitsrechtliche Bestandsschutz auf übergeordnete Allgemeininteressen abzielt und damit absolute Nichtigkeit bei Kündigungen geboten ist. Dies ist sE insofern zu bejahen, da die arbeitsrechtliche Existenzsicherung ebenso die **Minimierung öffentlich-rechtlicher Existenzsicherung** bezweckt und durch **Arbeitsplatzsicherheit** auch der **soziale Friede** und damit ein Grundanliegen der staatlichen Gemeinschaft gewährleistet werden soll. Mögen neben der Gewährung eines individuellen Bestandsschutzes, auch diese Allgemeininteressen für den Gesetzgeber ausschlaggebend gewesen sein, so fanden sie dennoch **keinen** entsprechenden **Niederschlag** in den gesetzlichen Bestimmungen, die die Annahme einer absoluten Nichtigkeit rechtfertigen würden. *Schrank* kommt durch einen Wertungsvergleich mit dem allgemeinen Bestandsschutz zu dem Ergebnis, dass diesem zwar auch Allgemeininteressen zugrunde liegen. Dieser ist jedoch vorwiegend durch eine **Anfechtungskonstruktion** gekennzeichnet, die allein **vom Willen des betroffenen Arbeitnehmers abhängt** und damit der relativen Nichtigkeit nahe kommt. Insgesamt kommt ***Schrank*** daher, vor allem aus systematischen Erwägungen, zu dem Schluss, dass eine objektiv rechtsunwirksame Kündigung zur **Rechtsfolge** der **relativen Nichtigkeit** führt.[716]

[714] Vgl *Schrank,* Fortbestand 308f.
[715] Vgl *Schrank,* Fortbestand 308.
[716] Vgl *Schrank,* Fortbestand 309.

3.3. Eigene Ansicht

Aus den vorherigen Ausführungen zu den Abstufungen der Nichtigkeit, ergibt sich zunächst, dass **absolute Nichtigkeit** grundsätzlich dann anzunehmen ist, wenn das Rechtsgeschäft **gegen Gesetze** verstößt, die dem **Schutz** von **Allgemeininteressen,** der **öffentlichen Ordnung** und **Sicherheit** dienen.[717] Da die einseitige Auflösungserklärung des Arbeitgebers den alleinigen Zweck der Beendigung eines konkreten Arbeitsverhältnisses zum Ziel hat, kann grundsätzlich nicht von einer Verletzung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gesprochen werden. Zwar werden im Falle der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses aus sittenwidrigem Motiv **nicht** bloß die **Interessenlagen zweier Parteien** tangiert, sondern ebenso allgemeine Interessen, denn eine Kündigung zeitigt grundsätzlich **auch** rechtliche und finanzielle Folgewirkungen **für Dritte** (zB die Zahlung des Arbeitslosengeldes durch das AMS). Insofern greift hier auch das Argument, dass durch etwaige Bestandsschutzregelungen ebenso übergeordnete Allgemeininteressen (wie zB die Minimierung öffentlich-rechtlicher Existenzsicherung und der soziale Friede) geschützt werden sollen. Allerdings ist bei Vorliegen eines verpönten, weil sittenwidrigen Beendigungsgrundes der Ansicht *Schranks* zu folgen, dass diese **allgemeinen Interessen** bei einer Kündigungserklärung **nicht vorrangig** sind, sondern vielmehr jene der einzelnen Vertragsparteien, insb jene des sittenwidrig gekündigten Arbeitnehmers. Damit **scheidet** die Annahme einer **absoluten Nichtigkeit** mE **aus**.

Liegt also einer Kündigung ein sittenwidriges Motiv iSd § 879 ABGB zugrunde, so sind durch das Unwerturteil überwiegend bzw vorrangig die **Interessen des gekündigten Arbeitnehmers** betroffen und es obliegt diesem den Sittenverstoß aufzugreifen (**Aufgriffsobliegenheit**[718]).

Verfehlt ist mE allerdings die Annahme, dass sich sowohl Arbeitnehmer, als auch Arbeitgeber (s Kap 2, Pkt 2.3. Geltend zu machende Nichtigkeit**[719]**) auf die Rechtsunwirksamkeit berufen können. Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung aus verpöntem Motiv aus, könnte er dann jedoch aus Furcht vor wirtschaftlichen

[717] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB I[3], § 879 Rz 248*; Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 181; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 69; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I[3] § 879 Rz 34.
[718] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 182.
[719] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 74.

und finanziellen Folgen (zB Abfertigung alt, offene Lohnforderungen, Urlaubsersatzleistung, etc) selbst die Nichtigkeit geltend machen, widerspräche dies eklatant der Grundfunktion der Generalklausel als **Begrenzung missbräuchlicher privatautonomer Rechtsgestaltungsfreiheit.**[720]

ME ist daher vom Vorliegen einer **relativen Nichtigkeit** iSd § 879 ABGB auszugehen. Dafür spricht die **Intention des Gesetzgebers**, die Rechtswirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen zu unterbinden, die der **Werteordnung einer Rechtsgemeinschaft** krass widersprechen. Im Falle eines verpönten Kündigungsmotivs soll verhindert werden, dass die einzelne Auflösungserklärung des Arbeitgebers rechtlich wirksam werden. Ebenso wie der **allgemeine und individuelle Bestandsschutz** die Möglichkeit einer Geltendmachung dem Arbeitnehmer selbst überlässt, so kann mE auch ein Verstoß gegen die guten Sitten iSd Generalklausel nur dem Betroffenen selbst überlassen bleiben. Diesbezüglich ist auf die zutreffende Ansicht der hL[721] zur Aufgriffsmöglichkeit im Falle eines **Betriebsübergangs** zu verweisen (s Kap 2, Pkt 2.4.). Auch hier handelt es sich hier um eine **relative Nichtigkeit,** die ausschließlich vom Arbeitnehmer aufzugreifen ist.

Das Vorliegen einer Kündigung aus missbilligtem Motiv zeitigt mE die Rechtsfolge der **relativen Nichtigkeit iSd Generalklausel.** Es obliegt daher allein dem betroffenen Arbeitnehmer den Sittenverstoß aufzugreifen und mittels **Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses** geltend zu machen.

[720] Vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV/I^3 § 879 Rz 1; OGH 28.1.2009, 1 Ob 145/08t, ecolex 2009,580 = RdW 2009,519; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 1.

[721] Vgl *Krejci*, Betriebsübergang (1996) 81f; *Schrank* in *Tomandl,* Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995) 78; *Mayr*, Kündigung im Betriebsübergang, ecolex 1995, 501; *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 378; *ua.*Vgl auch *Gahleitner,* Unwirksame Kündigung bei Betriebsübergang, DRdA 1999, 213 zur Frage der Geltendmachung von Arbeitnehmeransprüchen iZm einem Betriebsübergang (Lohnforderungen, anteilige Sonderzahlungen, Urlaubsabfindung).

Kapitel 4: Analogiefähigkeit prozessualer Elemente des § 105 ArbVG

4.1. Problemstellung

Wie ***Löschnigg***[722] zutreffend beschreibt, werden Anfechtbarkeit und relative Nichtigkeit (von der hier ausgegangen wird) von der Rechtsdogmatik zwar unterschieden, die **Grenzen** sind jedoch **fließend**. Wie bereits ausgeführt, bedarf es zur Geltendmachung der relativen Nichtigkeit der Einbringung einer Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses (**Feststellungsklage**), während bei den Kündigungsanfechtungstatbeständen eine **Rechtsgestaltungsklage** einzubringen ist. *Löschnigg* bezeichnet beide als **verwandte Phänomene** des Rechts, da in **beiden** Fällen eine **rückwirkende Annullierung** erfolgen soll. Da sowohl die Kündigungsgründe des Bestandsschutzes als auch ein sittenwidriges Kündigungsmotiv iSd Generalklausel von der Rechtsordnung missbilligt werden, ist zu fragen, ob diese in weiterer Folge nicht auch prozessrechtlich gleich behandelt werden können. Ausgangspunkt ist somit die Frage, ob die Bestimmungen des **§ 105 Abs 5 ArbVG bzw des § 12 Abs 7 u 12, § 26 Abs 7 u 12 u § 51 Abs 7 u 9 GlBG** bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigungserklärung iSd § 879 ABGB **analogiefähig sind**, insb hinsichtlich der Einhaltung verkürzter Fristen sowie der Beweismaßerleichterung iSe bloßen Glaubhaftmachung des Motivs? Darüber hinaus sind die unterschiedlichen Regelungen zur Prozesskostentragung zu erörtern.

4.1.1. Beweismaß

Eine prozessualrechtliche Besonderheit des Anfechtungsverfahren gem **§ 105 Abs 5 ArbVG** und **§§ 12 Abs 12, 26 Abs 12 u 51 Abs 9 GlBG** ist die sog **Beweismaßerleichterung.** Insoweit sich der klagende Arbeitnehmer im Zuge des Verfahrens auf einen solchen **Anfechtungsgrund** beruft, hat er diesen nicht zu beweisen, sondern lediglich **glaubhaft zu machen**.[723] Die Anfechtungsklage ist abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die

[722] Vgl *Löschnigg*, AR[11] Rz 5/178.
[723] OGH 22.12.2010, 9 ObA 27/10a, infas 2011/ A25= ecolex 2011, 353.

Kündigung ausschlaggebend war. Unter **Glaubhaftmachung** ist die bloße **Bescheinigung eines Vorbringens** zu verstehen, dh es soll dem Gericht die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer behaupteten Tatsache vermittelt werden (§ 274 ZPO).[724]

Im Unterschied dazu trägt der klagende Arbeitnehmer bei Einbringung einer **Feststellungsklage wegen Nichtigkeit** grundsätzlich das **volle Beweismaß**[725], dh er muss die behaupteten und rechtsbegründenden Tatsachen[726] auch beweisen (iSv dokumentieren[727]). Gem § 2 Abs 1 ASGG gelten die Vorschriften der ZPO auch für das Beweisverfahren im arbeitsrechtlichen Bereich.[728] Da jedoch sowohl bei den Anfechtungsmöglichkeiten des allgemeinen und individuellen Kündigungsschutzes als auch bei der Feststellung der Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes ein missbilligtes, verpöntes Motiv zugrunde liegt, ist zu fragen, ob auch hier nicht eine bloße Glaubhaftmachung in analoger Anwendung ausreicht.

4.1.2. Fristen

Für den Bereich des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes normiert der Gesetzgeber für das Anfechtungsverfahren prozessrechtliche Besonderheiten. So regelt § 105 Abs 4 ArbVG die Einhaltung konkreter **Fristen** zur Geltendmachung. Unter Einhaltung des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens (Verständigung des BR durch den Betriebsinhaber) kann der BR die Kündigung auf Verlangen des gekündigten Arbeitnehmers **binnen einer Woche nach der Verständigung** bei Gericht anfechten. Kommt der Betriebsrat dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nach, so kann der **Arbeitnehmer selbst** innerhalb von **zwei Wochen,** nach Ablauf der für den Betriebsrat geltenden Frist, die Anfechtungsklage einbringen. Dies gilt auch dann, wenn keine Stellungnahme des BR erfolgt. Der individuelle Kündigungsschutz des **§ 15 Abs 1 AVRAG** verweist auf die Bestimmungen des § 105 Abs 5 ArbVG. Ebenso muss der

[724] *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III[2] (2011) § 274 ZPO, Rz 1; *Kodek/Mayr,* Zivilprozessrecht (2011), Rz 632.
[725] Vgl *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht[12] (2009) Rz 233.
[726] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 640: Gegenstand des Beweises sind stets Tatsachen, wobei zwischen äußeren Tatsachen (zB Beschaffenheit von Sachen) und inneren Tatsachen (zB Kenntnisse, Absichten) unterschieden wird.
[727] Vgl *Klicka*, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen 35.
[728] Vgl *Klicka*, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen 35.

gekündigte Arbeitnehmer bei Vorliegen eines, in **§§ 8 Abs 2 u 9 Abs 2 AVRAG** geregelten, Anfechtungsgrundes die **Frist** von **einer Woche** ab Zugang der Kündigungserklärung für die Geltendmachung einhalten. Für die Geltendmachung von Kündigungen iSd **GlBG** (**§§ 12, 26 u 51 GlBG**) wird die Einhaltung einer Frist von **14 Tagen** festgelegt.

Geht man allerdings von der Annahme einer **relativen Nichtigkeit**[729] der sittenwidrigen Kündigungen gem § 879 ABGB aus, so hätte der betroffene Arbeitnehmer insgesamt **30 Jahre** lang Zeit, um die Ungültigkeit geltend zu machen. Mangels besonderer Regelung zur Verjährungsfrist wird die allgemeine Verjährungszeit rechtlicher Ansprüche gem **§ 1478 ABGB** herangezogen. Der Beginn des Fristenlaufes ist jener Zeitpunkt, in dem das Recht zuerst hätte ausgeübt werden können[730], dh mit Ausspruch bzw Zugang der Kündigung.[731] Ausgehend von einer relativen Nichtigkeit bei Vorliegen einer sittenwidrigen Arbeitgeberkündigung (s Zwischenergebnis, Pkt 3.3.), ergibt sich eine massive Diskrepanz zwischen den relevanten Fristen für die Anfechtung bzw die Geltendmachung der Nichtigkeit, die es zu lösen gilt.

4.1.3. Prozesskostenrisiko

Welche Konsequenzen ergeben sich nun für das Prozesskostenrisiko des klagenden Arbeitnehmers? Grundsätzlich gilt im **Zivilprozess** der Regelung (gem § 40 Abs 1 ZPO), dass **jede Partei ihre Kosten** zunächst **selbst** zu tragen hat (zB Gerichtsgebühren, Barauslagen, Vertretungskosten, etc). Unterliegt eine Streitpartei dem Prozessgegner vollständig, so hat sie diesem, gem § 41 Abs 1 ZPO, alle zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen. Obsiegt bzw unterliegt eine Partei nur teilweise, ist je nach der Obsiegensquote ein teilweiser Kostenersatz zu leisten bzw werden die Kosten gegenseitig aufgehoben (sog Erfolgshaftung[732]). Will der Arbeitnehmer nun die **Nichtigkeit** der Kündigungserklärung wegen Sittenverstoßes **geltend**

[729] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I[13], 182.
[730] Vgl *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB VI[3] (2006) § 1478 Rz 3; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] § 1478 E 30 u E 31d.
[731] Vgl *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB VI[3] (2006) § 1478 Rz 3; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] § 1478 E 30 u E 31d.
[732] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 335.

machen, hat er eine **Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses gem § 228 ZPO** einzubringen.

Soweit es sich also um ein **Feststellungsverfahren**[733] handelt, kommt die Kostentragungsregelung gem § 41 Abs 1 ZPO zur Anwendung. Die Besonderheit besteht darin, dass die Erfolgshaftungsregelung für den gesamten Instanzenzug gilt, dh das Prozesskostenrisiko kann den klagenden Arbeitnehmer bereits in vorinstanzlichen Verfahren treffen, nicht erst im Verfahren vor dem OGH wie beim Kündigungsanfechtungsverfahren.

Im **Kündigungsanfechtungsverfahren**[734] kommt nämlich gem § 105 ff ArbVG eine besondere Kostentragungsregelung zur Anwendung. Ist die Klage auf Anfechtung der Beendigungserklärung gerichtet, gilt die Kostenersatzpflicht gem **§ 58 Abs 1 ASGG** erst im Verfahren vor dem OGH. § 58 Abs 1 leg cit verweist idZ auf § 50 Abs 2 ASGG, da es sich bei Kündigungsanfechtungen iSd II. Teils des ArbVG um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit handelt.[735] Bringt der klagende Arbeitnehmer nun eine solche Rechtsgestaltungsklage ein, so trägt er zunächst kein unkalkulierbares finanzielles Risiko. In erster und zweiter Instanz hat jede Partei die ihr erwachsenen Prozesskosten unabhängig vom Verfahrensausgang selbst zu tragen, die für den Arbeitnehmer idR von der gesetzlichen oder freiwilligen Interessenvertretung getragen werden. Erst in der 3. Instanz kommt die Kostenersatzregelung wieder zur Anwendung.

Da die Ursache der Klage in beiden Verfahrensarten auf einem missbilligten Kündigungsmotiv beruht, stellt sich die Frage, ob die Kostenregelung des § 58 Abs 1 ASGG auch in einem Verfahren auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses analog anwendbar ist. Diese Diskrepanz gilt es im Folgenden zu lösen.

---

[733] Die **Feststellungsklage** ist gem § 228 ZPO ua auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines gegenwärtigen Rechts oder Rechtsverhältnisses gerichtet. Im Unterschied dazu zielt eine **Rechtsgestaltungsklage** auf die Begründung, Änderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen zwischen den Parteien ab. Vgl *Ballon*, Zivilprozessrecht, Rz 189 und 191; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 395ff.

[734] Anm: Die Zuständigkeit in arbeitsgerichtlichen Verfahren ergibt sich aus § 2 ASGG (BGBl1985/104: Bundesgesetz vom 7. März 1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, ASGG), wonach zur Entscheidung in Arbeitsrechtssachen die ordentlichen Gerichte berufen sind. Vor Inkrafttreten des ASGG waren die Einigungsämter für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständig.

[735] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak,* Kommentar, Kap XVIII Rz 35; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 249.

4.2. Judikatur

Die Besprechung der drei folgenden Problemstellungen erfolgt nur anhand oberstgerichtlicher Entscheidungen.

4.2.1. Zur Frage von Beweislast und Beweismaß

In der Judikatur[736] wird zur Frage der **Beweislast** grundsätzlich die Auffassung vertreten, dass derjenige, der Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB behauptet, auch die tatsächlichen Umstände, aus denen im Einzelfall Nichtigkeit abzuleiten ist, zu behaupten und im Streitfall zu beweisen hat. „*Jede Partei hat die Umstände zu behaupten und zu beweisen, die für die Prüfung der Sittenwidrigkeit… zu ihren Gunsten von Bedeutung sein könnte.“* [737]

Nur in einem Urteil des **OGH**[738] aus **1988** (**Gratifikations-E**) lässt sich die Tendenz erkennen, auch bei Vorliegen eines gesetzwidrigen Verstoßes gem § 879 ABGB in **Rechtsanalogie** zu § 105 Abs 5 ArbVG die **Glaubhaftmachung** der Ungültigkeit **genügen zu lassen**. Der klagende Arbeitnehmer war zunächst als Leiter der Buchhaltung und später als Leiter des Personalbüros beim beklagten Arbeitgeber beschäftigt. In insgesamt zehn aufeinander folgenden Jahren wurde ihm eine **Weihnachtsgratifikation** gewährt. Als der **klagende Arbeitnehmer** zum Vorsitzenden des Angestelltenbetriebsrates und später zum **Vorsitzenden des Zentralbetriebsrates** bestellt wurde, kam es zur **Einstellung der Gratifikationszahlungen.** Daraufhin brachte er eine Klage auf Zahlung von insgesamt ATS 20.000,- ein und behauptete, die Gratifikation sei ihm seitens des Arbeitgebers willkürlich und aus sachfremden Motiven entzogen worden. Dies **widerspreche** nicht nur dem **Gleichbehandlungsgebot**, sondern auch dem **Benachteiligungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG**.

---

[736] Vgl *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] (2009) § 879 E19: OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85 RdW 1986,10 = JBl 1986,373, OGH 31.8.2005, 9 ObA 125/05f; ua.

[737] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser,* BR I[13], 262: Gem § 328 ABGB muss nicht der Besitzer die Redlichkeit seines Besitzes, sondern der Gegner die Unredlichkeit beweisen, da im Zweifel von der Redlichkeit des Besitzers ausgegangen werden muss.

[738] OGH 14.9.1988, 9 ObA 238/88 SZ 61/198 = RdW 1989, 230 = WBl 1989, 157 (Gratifikations-E); vgl auch OGH 13.2.1991 9 ObA 1/91, RdW 1991,211 = WBl 1991,261 = ZAS 1992/3 S 32 (*Andexlinger*).

Das Höchstgericht entschied zugunsten des klagenden Arbeitnehmers mit der Begründung, dass eine Verletzung des Benachteiligungsverbots iSd § 115 Abs 3 ArbVG insb dann anzunehmen ist, wenn einem BR-Mitglied aus dem durch diese Gesetzesbestimmung missbilligten Motiv, eine bisher gewährte freiwillige Zulage entzogen oder das Betriebsratsmitglied bei Zuteilung von besonderen Zuwendungen nicht berücksichtigt wird. Betreffend die Beweislasterleichterung entschied der Gerichtshof, dass hierbei **in Analogie zu § 105 Abs 5 ArbVG die Glaubhaftmachung des Motivs** genügt, weil es auch in der Natur dieses Anfechtungstatbestandes liegt, dass sich das **Motiv als entscheidungswesentlicher Umstand** in aller Regel **einer exakten und unangreifbaren Feststellung entzieht**. Der Entzug der Begünstigung (Gratifikation) war daher wegen **Verstoßes gegen** das gesetzliche Verbot des § 115 Abs 3 ArbVG gemäß **§ 879 Abs 1 ABGB unwirksam**. Der OGH lässt damit auch eine Beweismaßerleichterung in Analogie auch bei der Geltendmachung einer Nichtigkeit wegen anderer sittenwidriger Motive zu. Insb lässt sich aus diesem Urteil bereits der Ansatz erkennen, dass die **innere Motivation** des Prozessgegners (Arbeitgebers), die typischerweise **in seiner Sphäre** liegt, als Beweisgegenstand einer konkreten Feststellung durch ein Gericht nicht zugänglich ist und daher die Glaubhaftmachung des verpönten Motivs ausreicht.

4.2.2. Zur Frage der Einhaltung verkürzter Fristen

Zur Frage der Beachtlichkeit verkürzter Fristen bei der Geltendmachung eines missbilligten Kündigungsmotivs iSd Generalklausel finden sich in der Judikatur bislang noch keine Entscheidungen[739]. Anders verhält es sich bei der **verwandten Thematik** der rechtswidrigen **Kündigung** bei **Betriebsübergang**. Hinsichtlich der Einhaltung von **Fristen** bei der Geltendmachung solcher Kündigungsgründe bestehen zahlreiche Urteile. Wie bereits iZm der Aufgriffsobliegenheit erwähnt, geht die stRpr des OGH[740] davon aus, dass der betroffene **Arbeitnehmer** seinen

[739] Anm: Der OGH geht davon aus, dass es sich bei der Anfechtungsfrist gem § 105 Abs 4 ArbVG um prozessuale Frist handelt, dh bei unverschuldeter Fristversäumnis des klagenden Arbeitnehmers wäre eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. Vgl OGH 6.12.1989, 9 ObA 289/89 ZAS 1990/20 (*Andexlinger*); ua.

[740] Vgl OGH 30.6.1999, 9 ObA 160/99s, SZ 72/112 = DRdA 2000, 311 (*Binder*) = ZAS 2000, 118 (*Gahleitner*); OGH 22.5.2002, 9 ObA 102/02v (11-monatige Untätigkeit des Arbeitnehmers verstößt gegen die Aufgriffsobliegenheit); ua.

Fortsetzungsanspruch ohne unnötigen Aufschub geltend zu machen hat.[741] Obwohl eine unbefristete Geltendmachung von der Judikatur eindeutig abgelehnt wird, wurde in keinem der bisher ergangenen höchstgerichtlichen Urteile eine bestimmte Frist festgelegt, sondern vielmehr betont, dass die angemessene Dauer der einzuhaltenden Frist stets nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen ist. Die in § 3 Abs 4 bis 6 AVRAG normierte Frist von einem Monat zur Geltendmachung des Fortsetzungsanspruches des Arbeitsverhältnisses hat das Höchstgericht abgelehnt. Auch der in der Literatur[742] vertretenen Auffassung einer absoluten Obergrenze von sechs Monaten, ist der OGH[743] nicht gefolgt. Aus einzelnen oberstgerichtlichen Urteilen lässt sich allerdings eine ungefähre zeitliche Grenze für die Geltendmachung ableiten. So befand der Gerichtshof in einer Entscheidung[744] aus 1999 die Geltendmachung des Fortsetzungsanspruches in einem mehr als **zehn Monate nach** dem **Betriebsübergang** eröffneten Konkursverfahren als Überschreitung der offen stehenden Frist.

4.2.3. Zur Frage des Prozesskostenrisikos

Die Diskrepanz der unterschiedlichen Kostentragungsregeln war bis dato nicht Gegenstand **höchstgerichtlicher Judikatur**. In den bisherigen Entscheidungen zur sittenwidrigen Kündigung (s Teil I, Pkt 2.2.3. u 2.2.4.) musste sich der Gerichtshof mit diesem Thema inhaltlich nicht auseinander setzen. Obwohl der Grund für die Beschreitung des Klageweges in beiden Verfahrensarten in einem verpönten Kündigungsmotiv liegt, bestehen divergierende Normen zur Kostentragung. Offen bleibt damit die Frage, ob die Bestimmung des § 58 Abs 1 ASGG auch auf Feststellungsklagen des aufrechten Arbeitsverhältnisses aufgrund eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs analog anwendbar ist. In allen Urteilen des OGH, in denen in der Sache selbst entschieden wurde[745], gründet sich die jeweilige **Kostenentscheidung stets auf §§ 41 und 50 ZPO**. Somit ergibt sich **indirekt** eine **Beantwortung** auf die Frage zur Kostentragung und es lässt sich

[741] Vgl *Löschnigg*, AR[11] Rz 6/015.
[742] Vgl *Krejci*, Betriebsübergang (1996) 83f: *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 379; *Geist*, ZAS 1997, 55.
[743] OGH 11.10.2001, 8 ObA 190/01a.
[744] OGH 30.6.1999, 9 ObA 160/99s, DRdA 2000, 311 (*Binder*) = ZAS 2000, 118 (*Gahleitner*).
[745] OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93, Arb 11.107; OGH 16.3.1994, 9 ObA 27/94 ARD 4558/54/98; OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94; OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95, SZ 68/76; ua.

daraus der Schluss ziehen, dass das Höchstgericht eine solche Analogie nicht in Betracht zieht. Im Feststellungsverfahren wegen Nichtigkeit sind danach die Bestimmungen des § 41 ZPO anzuwenden.

In diesem Zusammenhang soll auch das **VfGH-Erkenntnis aus 1993**[746] kurz behandelt werden, in dem das Höchstgericht die **Verfassungswidrigkeit** des § 58 Abs 1 ASGG zu prüfen hatte. Das OLG Wien hatte als **Antragsteller** Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des ersten Satzes des § 58 Abs 1 leg cit geäußert. Die Bestimmung widerspräche dem Gleichheitsgrundsatz gem Art 7 B-VG. Im fast allen streitigen Verfahren gelte das sog Erfolgsprinzip gem § 41 ZPO iVm § 50 ZPO. Die unterschiedliche Kostentragungsregel des § 58 Abs 1 ASGG, die in ebenfalls streitigen Arbeitsrechtssachen iSd § 50 Abs 2 ASGG Anwendung findet, ließe sich nicht bloß durch einen Hinweis auf die frühere Rechtslage zur Kostentragung[747] rechtfertigen. Dadurch müsse sich die obsiegende Partei hinsichtlich der Kosten der ersten und zweiten Instanz „enteignet" fühlen. Für die unterschiedliche Behandlung der Kostenersatzforderung bestünde daher kein Grund.

Nach der gegenteiligen **Äußerung** der **Bundesregierung**, handelt es sich im Organisationsrecht des **Betriebsverfassungsrechts** auch um Vorschriften, an deren Einhaltung **öffentliches Interesse** besteht (die Nähe zum öffentlichen Recht ergäbe sich hier aus dem überwiegend zweiseitig zwingenden Charakter des Betriebsverfassungsrechts sowie der Schaffung einer demokratisch legitimierten Ordnungsstruktur, der im Rahmen der Betriebsvereinbarung auch rechtserzeugende Funktion zukomme). In Hinblick auf diese öffentlichen Interessen sei es erforderlich, primär die **Organe der Arbeitnehmerschaft** (BR), vom **Kostendruck** zu **befreien** und damit den Zugang zu den Gerichten zu erleichtern. Ziel des Betriebsverfassungsrechts ist der **Interessenausgleich** zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes. Die Anwendung der allgemeinen Kostentragungsregel iSd § 41 ZPO würde die konstruktive Zusammenarbeit behindern.

[746] VfGH 19.6.1993 G 233/92 DRdA 1993, 500. Vgl auch AB 527 BlgNr 16.GP.
[747] Der Ausschussbericht zum ASGG (AB 527 BlgNr 16 GP, 49) verweist auf die Vorläuferregelung des § 18 Abs 2 ArbGG, die hinsichtlich der Kostentragung eine ähnliche Regelung enthielt. Vgl *Kadecka/Kapfer*, Kommentar ArbGG (1962) 77.

Der VfGH stellte in seiner Erkenntnis erneut klar, dass zwischen verschiedenen Verfahren unterschiedliche Regelungen zulässig sind. Das Höchstgericht könne dem Gesetzgeber nicht entgegentreten, wenn er es rechtspolitisch für richtig hält, für Betriebsverfassungsstreitigkeiten die Kostenersatzpflicht in arbeits- und sozialgerichtlichen Streitigkeiten erster und zweiter Instanz auszuschließen. Rechtsstreitigkeiten aus der Betriebsverfassung weisen eben einen starken kollektiv-rechtlichen Bezug auf. Der Gesetzgeber will dieser Besonderheit, im Interesse eines verbesserten Zugangs zum Recht, Rechnung tragen. Die Bestimmung des § 58 Abs 1 ASGG widerspricht damit nicht dem Gleichheitssatz des Art 7 B-VG. Dem **Antrag** war somit **keine Folge** zu geben.

4.3. Literatur

4.3.1. Zur Frage der Beweismaßerleichterung

Der überwiegende Teil der Lehre geht von der Analogiefähigkeit der sonstigen prozessrechtlichen Folgen des § 105 ArbVG aus. Auch wenn bei der Geltendmachung sittenwidriger Kündigungsmotive iSd Generalklausel des ABGB keine Beweismaßreduktion gesetzlich vorgesehen ist, soll die **Glaubhaftmachung** iSd einer bloßen Bescheinigung gem § 274 ZPO[748] genügen.

Wie ***Wachter***[749] es richtig formuliert, würde die Anwendung der allgemeinen Beweismaßregel „*mit der vollen Härte bei der Geltendmachung von Gründen für die Anfechtung einer Kündigung*“, damit den Kündigungsschutz im Ergebnis fast völlig aus den Angeln heben. *Wachter* argumentiert dies vor allem damit, dass **niemand in einen anderen Menschen hineinsehen kann**. Dies gilt ebenso für das Vorliegen eines sonstigen sittenwidrigen Beweggrundes. Soweit die Rechtsordnung dem betroffenen Arbeitnehmer dieses Mittel zur Verfügung stellt, ihm dann jedoch die „volle Härte der Beweislast“ aufbürdet, so erzielt sie damit denselben Effekt, den sie beim allgemeinen Kündigungsschutz vermieden hat.[750]

[748] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 632.
[749] Vgl *Wachte*r, Zur Glaubhaftmachung von Kündigungsmotiven gem § 105 Abs 5 ArbVG, ZAS 1984/11.
[750] Vgl *Wachte*r, ZAS 1984/11.

Klicka[751] führt dazu detaillierter aus, dass die Glaubhaftmachung rechtlich relevanter Tatsachen in § 105 Abs 5 ArbVG und den Bestimmungen des GlBG dann greift, weil es sich typischerweise um **besonders schwer feststellbare Tatsachen** handelt. Dies soll die geschützte Partei (den klagenden Arbeitnehmer) vor dem Nachteil bewahren, dass die entscheidende Tatsache auch **regelmäßig nicht bewiesen werden kann**, insb weil es sich bei den **Kündigungsgründen** um **innere Motive** des Arbeitgebers handelt. *„Der tragende Wertungsgesichtspunkt für das Ausreichen einer Glaubhaftmachung ist jedenfalls die für die betroffene Tatsache charakteristische Schwierigkeit der Tatsachenfeststellung und die drohende Beweisnot der vom Gesetzgeber als besonders schutzwürdig angesehenen Partei."* Auch wenn der Gesetzgeber die Glaubhaftmachung in Bestimmungen des allgemeinen und individuellen Kündigungsschutzes für die dort genannten **inneren (verpönten) Motive** festlegt, hindert dies, nach Ansicht *Klickas,* keineswegs die analoge Anwendung auf vergleichbare Situationen. *Klicka* führt **beispielhaft** die Beweislastregelung bei **Kündigung wegen Betriebsüberganges** an, da hier der betroffene Arbeitnehmer, der sich auf die Unwirksamkeitsvoraussetzung der Rechtshandlung beruft, auch beweisen muss. Er hält idZ die Glaubhaftmachung des missbilligten Beweggrundes in Analogie zu § 105 Abs 5 ArbVG für ausreichend.

Auch nach Ansicht von ***Grillberger***[752] ist die Beweismaßerleichterung analog auch bei der Geltendmachung von Nichtigkeit wegen anderer sittenwidriger Motive anzuwenden*,* dh auch wenn keine spezielle Anfechtungsbestimmung existiert, der Auflösung jedoch ein missbilligtes Motiv iSd § 879 ABGB zugrunde liegt, so hat der klagende Arbeitnehmer dieses bei der Geltendmachung nur zu bescheinigen, dh glaubhaft zu machen. Er verweist auf die Entscheidung des OGH aus 1988[753].

Auch ***Reissner***[754] verweist idZ auf die offenbare **Verallgemeinerungsfähigkeit** aller besonders geregelten Motivkündigungsschutztatbestände. Seiner Ansicht nach hat der Gesetzgeber erkannt, dass das entscheidende Moment der Judiziabilität verpönter Motive auf der **Tatfragenebene** zu suchen ist und hat dies in Form dieser Regelung konsequent umgesetzt. Bei allen verpönten

[751] Vgl *Klicka*, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen 37.
[752] Vgl *Grillberger*, in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[4], 375 u 387.
[753] OGH 14.9.1988, 9 ObA 238/88 SZ 61/198 = RdW 1989, 230 = WBl 1989, 157.
[754] Vgl *Reissner*, ZAS 1994/7.

Beweggründen (auch, wenn diese allein aus § 879 ABGB abgeleitet werden), sind daher die Grundsätze der **Glaubhaftmachung** und der **Abwägung von Wahrscheinlichkeiten** heranzuziehen.[755]

4.3.2. Zur Frage der Einhaltung verkürzter Fristen

Auch hinsichtlich einer Verkürzung der vorgesehenen **Fristen** zur Aufgriffsobliegenheit sieht ***Reissner***[756] eine ähnlich konsequente Vorgehensweise des Gesetzgebers. Daraus schießt er, dass ein Begehren, mit dem eine Kündigung wegen rechtswidriger Motivation beseitigt werden soll, mehr oder weniger **unverzüglich** erhoben werden muss. Dieser Grundsatz ist im Wege der Rechtsanalogie zu verallgemeinern und ebenso auf verpönte Kündigungen gem § 879 ABGB anzuwenden. Da es im Laufe der Zeit immer schwerer wird ein Motiv nachzuweisen, soll seiner Ansicht nach die Aufgriffsobliegenheit in **"angemessener" Frist** bestehen. Er betrachtet eine zeitliche Untergrenze von 14 Tagen sowie die zeitlich Obergrenze von maximal sechs Monaten als angemessen.[757]

Schrank[758] steckte die Grenze enger und ging dabei noch von der damals gültigen Anfechtungsfrist von einer Woche aus. Aus Sicht der derzeitigen gesetzlichen Regelung[759] würde *Schrank* wohl jetzt eine zwei-wöchige Frist zur Geltendmachung vertreten.

Auch nach Ansicht von ***Tinhofer*** [760] sind gesetz- oder sittenwidrige Kündigungen nach § 879 ABGB bloß relativ nichtig und es bedarf daher einer zumindest außergerichtlichen Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes durch den Arbeitnehmer. Er sieht darin kaum einen Unterschied zu den prozessualen Bestimmungen des § 105 ArbVG.

[755] Vgl *Reissner*, ZAS 1995/7 (63).
[756] Vgl *Reissner*, ZAS 1995/7 (63).
[757] Vgl *Reissner*, ZAS 1995/7 (63).
[758] Vgl *Schrank,* Fortbestand 437.
[759] Mit der Novelle des ArbVG (BGBl I 2010/101) wurde die Anfechtungsfrist von bisher einer Woche auf 14 Tagen erweitert.
[760] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 39.

4.3.2.1. Literatur zur Aufgriffsfrist bei Betriebsübergang

An dieser Stelle soll auch die **Literatur** zur Frage der Aufgriffsfristen durch den Arbeitnehmer bei Vorliegen eines **Betriebsübergangs** iSd § 3 bis 6 AVRAG dargestellt werden. Aufgrund der Parallelen zu den Fallkonstellationen der sittenwidrigen Kündigung gem § 879 ABGB, können daraus wertvolle Erkenntnisse für das gegenständliche Fristenproblem gewonnen werden. Wie bereits unter Kap 2, Pkt 2.4. angeführt, handelt es sich bei der Kündigung aufgrund eines Betriebsübergangs um rechtsunwirksame Beendigungserklärung, die die Rechtsfolge einer **relativen**, vom Arbeitnehmer aufzugreifenden, **Nichtigkeit** zeitigt. Da das AVRAG selbst keine Aufgriffsfrist normiert, stellt sich die Frage **bis zu welchem Zeitpunkt** der betroffene Arbeitnehmer die Nichtigkeit nun aufgreifen kann und wann der **Beginn des Fristenlaufs** anzusetzen ist.

Nach Ansicht der hL[761] kann der Fortsetzungsanspruch, aufgrund des **Klarstellungsinteresses** und aus Gründen der **Rechtssicherheit**, **nicht zeitlich unbegrenzt** geltend gemacht werden. ***Holzer*** und ***Krejci***[762] betonen, dass die allgemeine Verjährungsfrist gem § 1478 ABGB (30 Jahre) in Fällen des Betriebsübergangs keinesfalls sachgerecht wäre.
In Anlehnung an die kurzen Anfechtungsfristen des § 105 ArbVG, § 8 Abs 2 AVRAG und § 15 GlBG, ist auch bei Vorliegen eines Betriebsübergangs von einer kurzen Frist und damit von der **unverzüglichen Aufgriffsobliegenheit** auszugehen. Als absolute **Obergrenze** für den rechtzeitigen Aufgriff ist ein *„Zeitraum von **sechs Monaten,** ab dem intendierten Ende des Arbeitsverhältnisses“* anzunehmen. Diese Maximalfrist sieht der Gesetzgeber auch für die Geltendmachung von Ansprüchen in den Fällen der unbegründeten Auflösung aus wichtigem Grund vor (vgl § 34 AngG und § 1162d ABGB).

---

[761] Vgl *Krejci*, Betriebsübergang, 83; *Holzer/Reissner,* Kommentar AVRAG^2, § 3 Rz 124; *Holzer*, DRdA 1995, 379; *Binder*, Kommentar AVRAG^2 § 3 Rz 86; *Schwarz/Löschnigg*, AR^{11} Rz 6/027; *Geist,* ZAS 1997, 55; *Gahleitner,* ZAS 2000, 119; *Sablatnig,* AVRAG, § 3 Rz 131; *Binder*, Kommentar AVRAG^2 § 3 Rz 86; ua.

[762] Vgl *Holzer*, DRdA 1995, 379; *Krejci*, Betriebsübergang, 83; *Holzer/Reissner,* Kommentar AVRAG^2, § 3 Rz 124; zustimmend *Geist,* ZAS 1997, 55 und *Binder*, DRdA 2000, 311. AA *Binder*, Kommentar AVRAG^2 § 3 Rz 86 (1-Jahresfrist); *Sablatnig*, AVRAG, § 3 Rz 131: *Sablatnig* nimmt keine fixe Frist von sechs Monaten, sondern eine fließende zeitliche Grenze an, wobei auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.

In die Richtung argumentiert auch ***Mayr***[763], der von einer **angemessenen Frist** ausgeht, die eine vernünftige **Überlegungsfrist beinhalten soll.** Er zieht dazu einen Vergleich zu anderen Fällen der unwirksamen Kündigung (Kündigung eines begünstigten Behinderten, einer Schwangeren, eines Präsenzdieners).

Schrank[764] hingegen fordert bei vorsorglichen Rationalisierungskündigungen durch den Veräußerer die **unverzügliche Geltendmachung** des Fortsetzungsanspruches, da der Betriebsnachfolger vielfach keine Kenntnis von der Kündigung hat bzw er auf die Wirksamkeit der Kündigung vertrauen darf.

Für den **Beginn des Fristenlaufs** stellt die Literatur auf **zwei wesentliche Kriterien** ab. Zum einen auf den Zeitpunkt des **Zugangs der Kündigung** und zum anderen die **subjektive Kenntnis** des Arbeitnehmers vom Betriebsübergang.

Nach Ansicht von ***Gahleitner***[765] sind hier mehrere Fallkonstellationen zu unterscheiden: Erfährt der Arbeitnehmer zunächst vom Betriebsübergang und wird nachfolgend eine Kündigung durch den Veräußerer oder Erwerber ausgesprochen, so beginnt die Geltendmachungsfrist mit dem Zeitpunkt der Beendigungserklärung (Zugang der Kündigung). Handelt es sich um eine vorsorgliche Rationalisierungskündigung durch den Veräußerer und erfährt der Arbeitnehmer erst später vom Betriebsübergang, so beginnt die Frist zum Aufgriff erst mit Kenntnis der Umstände des Übergangs zu laufen. *Gahleitner*[766] verweist auf einen dritten Fall, wonach die Nichtigkeit einer nachteiligen Maßnahme iZm dem Betriebsübergang auch erst später aufgegriffen werden kann. Und zwar dann, wenn sich die Nachteiligkeit einer solchen Maßnahme erst später, dh nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs und nach dem Zeitpunkt der Kündigung, herausstellt.

[763] Vgl *Mayr*, Kündigungen im Betriebsübergang, ecolex 1995, 501.
[764] Vgl *Schrank* in *Tomandl,* Der Betriebs(teil)übergang, 80.
[765] Vgl *Gahleitner,* ZAS 2000, 121;
[766] *Gahleitner,* ZAS 2000, 121: Die Nachteiligkeit kann sich daraus ergeben, dass der Veräußerer das Dienstverhältnis kündigt und der Erwerber gleichzeitig ein neues Dienstverhältnis mit dem Arbeitnehmer abschließt, welches aber zB befristet oder aus anderen Gründen gegenüber einem durchgehenden Arbeitsverhältnis als ungünstiger für den Arbeitnehmer erweist

Auch ***Holzer***[767] nimmt den Fristbeginn für den Aufgriff mit dem Zugang der Kündigung an, soweit dem Arbeitnehmer der Umstand des Übergangs bekannt ist. Andernfalls ist die Kenntnisnahme vom Betriebsübergang maßgeblich.

Ergänzend sei hier noch erwähnt, dass hier nicht auf den objektiven Zeitpunkt des Betriebsübergangs, sondern auf die **subjektive Kenntnis** des Arbeitnehmers über die **tatsächlichen Umstände des Betriebsübergangs**[768] abgestellt wird, denn in vielen Fällen wird der Arbeitgeber den Betriebsübergang bestreiten oder versuchen diesen zu verschleiern.

4.3.3. Zur Frage des Prozesskostenrisikos

In der Literatur findet sich keine konkrete Auseinandersetzung mit der Frage des Prozesskostenrisikos, sondern lediglich Verweise auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des ASGG. So weist *Tinhofer*[769] auf die Auswirkungen der unterschiedlichen Formen gerichtlicher Geltendmachung von Anfechtungsklage und Feststellungsklage hin: „*Im Feststellungsverfahren gilt nämlich der allgemeine Grundsatz, dass die unterliegende Partei dem Prozessgegner der Verfahrenskosten zu ersetzen hat. Im Anfechtungsverfahren ist hingegen eine Kostenersatzpflicht nur im Verfahren vor dem OGH vorgesehen.*“ Ebenso verweist *Majoros*[770] auf die Regelung des § 58 Abs 1 ASGG, wonach für betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten einer Partei ein Kostenersatzanspruch nur im Verfahren vor dem OGH zusteht.

[767] *Holzer/Reissner,* Kommentar AVRAG[2], § 3 Rz 124.
[768] Vgl *Gahleitner,* ZAS 2000, 121; *Sablatnig,* AVRAG, § 3 Rz 131.
[769] Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XVIII Rz 35.
[770] Vgl *Majoros* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XXII Rz 37b.

4.4. Eigene Ansicht

4.4.1. Zur Frage der Beweismaßerleichterung

Nach Ansicht der Rsp[771] hat derjenige, der Sittenwidrigkeit behauptet, diese im Streitfall auch zu beweisen. Behauptet der klagende Arbeitnehmer nun, dass der Kündigung ein verpöntes sittenwidriges Motiv iSd § 879 ABGB zugrunde liegt, so muss er diese „innere" Tatsache (die Kenntnis bzw die Absicht des Arbeitgebers)[772] beweisen. Aus meiner Sicht kann diese Regelung bei den Anwendungsfällen der sittenwidrigen Kündigung gem § 879 ABGB aus drei Gründen nicht zur Anwendung kommen, sondern es ist das Beweismaß herabzusetzen.

a) Zum einen, weil die Bürde für das missbilligte Motiv den vollen Beweis zu erbringen in der praktischen Anwendung nicht nur **schwierig**, sondern uU sogar unmöglich sein wird. Insb deswegen, da der **Arbeitgeber** seinen **Beweggrund** in aller Regel **nicht offen legt bzw verheimlicht**.
IdZ ist nochmals auf die obig ausgeführte **Gratifikations-E**[773] **des OGH** (s Pkt 4.2.1.) einzugehen. Aus diesem Urteil lässt sich die Tendenz erkennen, auch bei Vorliegen eines gesetzwidrigen Verstoßes gem § 879 ABGB in **Rechtsanalogie** zu § 105 Abs 5 ArbVG die **Glaubhaftmachung** des Motivs **genügen zu lassen**. In der rechtlichen Beurteilung entschied das Höchstgericht, es liege in der Natur des Anfechtungstatbestandes, dass sich das **Motiv als entscheidungswesentlicher Umstand** in aller Regel **einer exakten und unangreifbaren Feststellung entzieht**. Der Entzug der Begünstigung (Gratifikation) war daher wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot des § 115 Abs 3 ArbVG gemäß § 879 Abs 1 ABGB unwirksam. Der OGH lässt damit auch eine **Beweismaßerleichterung** in Analogie auch **bei** der **Geltendmachung einer Nichtigkeit wegen anderer sittenwidriger Motive** zu. Geht man nun von einem verpönten Kündigungsmotiv des Arbeitgebers iSd § 879 ABGB aus, so

[771] Vgl *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I[37] (2009) § 879 E19: OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85 RdW 1986,10 = JBl 1986,373, OGH 31.8.2005, 9 ObA 125/05f; ua.
[772] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 640.
[773] OGH 14.9.1988, 9 ObA 238/88 SZ 61/198 = RdW 1989, 230 = WBl 1989, 157 (Gratifikations-E); vgl auch OGH 13.2.1991 9 ObA 1/91, RdW 1991,211 = WBl 1991,261 = ZAS 1992/3 S 32 (*Andexlinger*).

ergibt sich die gleiche Situation. Die rein **innere Motivation** des Arbeitgebers, die typischerweise **in seiner Sphäre** liegt und nicht nach außen in Erscheinung tritt, ist für den betroffenen Arbeitnehmer kaum beweisbar und als Beweisgegenstand einer gerichtlichen Feststellung schwer oder oft gar nicht zugänglich. Dies spricht mE für eine rechtsanaloge Anwendung der Beweismaßerleichterung iSd § 105 Abs 5 ArbVG auch bei Vorliegen eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs.

b) Zum anderen, weil ebenso wie die Motivkündigungstatbestände des allgemeinen Bestandsschutzes, auch die sittenwidrige Kündigungserklärung gem § 879 ABGB auf einer von der Rechtsordnung missbilligten „inneren" Motivation basiert. IdZ weist die **Literatur**[774] mE zu Recht auf die **Intention des Gesetzgebers** hin, im Anfechtungsverfahren auf die „Barriere" des vollen Beweises zu verzichten und die Glaubhaftmachung als Nachweis genügen zu lassen. Der Vorteil einer bloßen Glaubhaftmachung greift nach *Klicka*[775] dann ein, wenn es sich um **typischerweise** besonders **schwer feststellbare Tatsachen** handelt, bei denen der Arbeitnehmer vor dem Nachteil bewahrt werden soll, die entscheidende Tatsache beweisen zu müssen. Vor eben diesem Nachteil muss der Arbeitnehmer mE ebenso bei missbilligten Kündigungsgründen iSd Generalklausel geschützt werden.

c) Nicht zuletzt spricht die **Schwere des Eingriffs** ebenso für eine Rechtsanalogie. Der **Schutzzweck des § 879 ABGB** zielt insgesamt darauf ab, die privatautonome Gestaltungsfreiheit des Vertragspartners insofern zu begrenzen, als sie „*mit der Werteordnung einer Rechtsgemeinschaft, die auch **der gesamten Rechtsordnung** zugrunde liegt, in **untragbarem Widerspruch** steht*."[776] Die Anwendbarkeit der Generalklausel hängt also von der Intensität bzw der Schwere der Rechtswidrigkeit ab. Soweit es sich also um einen groben fundamentalen Verstoß gegen die obersten Prinzipien der Rechtsordnung handelt, ist Sittenwidrigkeit zu bejahen. Zieht man als Beispiel das Recht der Koalitionsfreiheit (Beitritt/Mitgliedschaft zu Gewerkschaften) heran, so wird das Argument deutlicher.

---

[774] Vgl *Klicka*, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen 37; *Wachter*, ZAS 1984/11; *Grillberger*, in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[4], 375 u 387; *Reissner*, ZAS 1995/7 (63).
[775] Vgl *Klicka*, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen 37.
[776] *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I[13], 162.

Mit den Bestimmungen des allgemeinen und individuellen Kündigungsschutzes hat der Gesetzgebers ausgewählte verpönte Motive mit Anfechtbarkeit ausgestattet. Ein Arbeitnehmer, der dem ArbVG unterliegt, kann eine Kündigung, die wegen der Ausübung der Koalitionsfreiheit erfolgt, gerichtlich anfechten und muss den Beweggrund des Arbeitgebers im Verfahren nur glaubhaft machen.

Wird nun ein Arbeitnehmer außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG aus demselben Grund gekündigt, so steht ihm diese Form der Beweismaßerleichterung nicht zur Verfügung, obwohl es sich um das **gleiche missbilligte Motiv** und damit ebenso um einen **fundamentalen Verstoß iSd § 879 ABGB** handelt. ME kann und darf hier nicht mit zweierlei Maß gemessen werden. Dies ist dem Gesetzgeber auch nicht zu unterstellen. Aus meiner Sicht ist daher von einer **planwidrigen Lücke** auszugehen, die schon um dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz Genüge zu tun, mit Hilfe der Rechtsanalogie zu schließen ist. Vor allem in Hinblick auf den Schutz von Arbeitnehmern ist daher dem Großteil der Lehre[777] zu folgen, bei allen missbilligten inneren Beweggründen (auch, wenn diese allein aus § 879 ABGB abgeleitet werden), die Grundsätze der **Glaubhaftmachung** gem § 105 Abs 5 ArbVG analog anzuwenden.

4.4.2. Zur Frage der Einhaltung von verkürzten Aufgriffsfristen

a) Hinsichtlich der Frage, welche **Fristen** zur Geltendmachung der relativen Nichtigkeit einzuhalten sind und ab wann der Fristenlauf beginnt, ist zunächst nach dem **Sinn von Anfechtungsfristen** generell zu fragen. Primär dient die kurz bemessene Frist zur Kündigungsanfechtung (iSd ArbVG, AVRAG, GlBG) der **Rechtssicherheit**. Sie stellt sicher, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer **ehestmöglich Klarheit** darüber erlangen, was rechtens ist, dh ob das gegenständliche Arbeitsverhältnis nun weiterhin besteht oder nicht. Den **zeitlichen Rahmen** geben die Normen des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes vor. So legt **§ 105 Abs 4 ArbVG** für Arbeitnehmer innerhalb des Betriebsverfassungsrechts nunmehr eine Frist von 14 Tagen fest, soweit der

[777] Vgl *Klicka*, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen 37; *Reissner*, ZAS 1995/7 (63); *Wachte*r, ZAS 1984/11; *Grillberger*, in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, AR I[4], 375 u 387.

BR dem Verlangen auf Anfechtung der Kündigung nicht nachkommt. Ebenso normieren die **§§ 15 Abs 1 a und 29 Abs 1 a GlBG** für die Anfechtung von Kündigungen eine maximale Frist von **14 Tagen** ab Zugang der Kündigung. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und der letztgültigen Klärung der Rechtsverhältnisse muss mE auch für den Fall der sittenwidrigen Auflösungserklärungen gem § 879 ABGB gelten. Es ist nicht erkennbar, weshalb hier ein anderer Maßstab für die Geltendmachung der Nichtigkeit gelten soll.

Erhebt der betroffene Arbeitnehmer die **Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses,** so verfolgt er damit primär den Zweck das Arbeitsverhältnis weiter zu führen. Hätte er für die Einbringung der Feststellungsklage einen unbegrenzten Zeitraum zur Verfügung, würde dies gerade das Ziel seines Begehrens konterkarieren. Aus meiner Sicht kann darüber hinaus auch dem kündigenden Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen nicht zugemutet werden, 30 Jahre (allgemeine Verjährungsfrist iSd § 1478 ABGB) mit einer etwaigen Klage rechnen zu müssen.

Dieses Argument wird auch durch die oberstgerichtliche Rsp[778] zur Aufgriffsobliegenheit bei rechtswidrigen **Kündigungen im Zuge eines Betriebsübergang** mE untermauert. Auch in diesen Fällen handelt es sich um einen Verstoß gegen § 879 ABGB und obwohl die Judikatur hier keine eindeutige Frist für den Aufgriff festlegt (s Pkt 4.2.2.), so spricht der OGH[779] in zahlreichen Urteilen klar aus, dass der betroffene **Arbeitnehmer** seinen **Fortsetzungsanspruch** aus Gründen der **Rechtssicherheit** und des **Klarstellungsinteresses ohne unnötigen Aufschub geltend zu machen hat.**[780] Aus meiner Sicht wird die unbegrenzte Geltendmachung zu Recht entschieden abgelehnt und es ist der Ansicht von Rsp und Lehre beizupflichten, da eine ungebührliche zeitliche Überschreitung der Aufgriffsobliegenheit (s Pkt 4.2.2.) nicht nur dem allgemeinen Bedürfnis nach Rechtssicherheit widerspricht. Soweit der betroffene Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anstrebt, so

[778] Vgl OGH 30.6.1999, 9 ObA 160/99s, SZ 72/112 = DRdA 2000, 311 (*Binder*) = ZAS 2000, 118 (*Gahleitner*); OGH 22.5.2002, 9 ObA 102/02v (11-monatige Untätigkeit des Arbeitnehmers verstößt gegen die Aufgriffsobliegenheit); ua.
[779] Vgl OGH 30.6.1999, 9 ObA 160/99s, SZ 72/112 = DRdA 2000, 311 (*Binder*) = ZAS 2000, 118 (*Gahleitner*); OGH 22.5.2002, 9 ObA 102/02v (11-monatige Untätigkeit des Arbeitnehmers verstößt gegen die Aufgriffsobliegenheit); ua.
[780] Vgl *Löschnigg*, AR[11] Rz 6/015.

muss es **letztlich auch in seinem Interesse** liegen, die Rechtswidrigkeit umgehend geltend zu machen.

b) Für die Einhaltung kurzer Fristen für die Geltendmachung der Rechtswidrigkeit spricht mE ein **weiteres Kriterium**: die **Schwere des Sittenverstoßes**. Wird der betroffenen Arbeitnehmer durch die Kündigung zB in seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung verletzt (s Pkt 5.4.1.4.), so ist der Tatbestand der Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB objektiv erfüllt. Da jedoch vorrangig der Arbeitnehmer selbst in seinen Rechten verletzt wird und daher von einer relativen Nichtigkeit auszugehen ist, so ermöglicht die Generalklausel dem gekündigten Arbeitnehmer die Geltendmachung. § 879 ABGB normiert aber keine Pflicht zum Aufgriff der Rechtswidrigkeit. Lässt der Arbeitnehmer die Kündigung also gegen sich gelten, so verwirkt er damit mE sein Recht auf Geltendmachung. Wiegt der Sittenverstoß für den Betroffenen auch subjektiv schwer und entscheidet er sich zur Geltendmachung, so liegt es wohl auch in seinem eigenen Interesse dies umgehend zu tun. In diesem Fall trifft den betroffenen Arbeitnehmer mE die Obliegenheit zum **unverzüglichen Aufgriff der Nichtigkeit**.

c) Welche **konkrete Frist** ist nun einzuhalten? Da sowohl die Kündigungsanfechtungstatbestände als auch die sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel auf einem verpönten Motiv beruhen, kann man von **vergleichbaren Sachverhalten** sprechen. Der Arbeitnehmer soll in beiden Fällen **vor Kündigungen** aus einem von der Rechtsordnung **missbilligten Beweggrund geschützt** werden. Eine zeitliche Obergrenze von 30 Jahren iSd § 1478 ABGB scheidet aus den oben erwähnten Gründen aus. Auch die Ausführungen zu den Aufgriffsfristen bei **Betriebsübergang** sprechen für diese Sichtweise und bieten eine wertvolle **Orientierungshilfe** bei der Frage nach der Begrenzung der Frist (s Pkt 4.3.2.1.). Ebenso wie dem Arbeitnehmer die tatsächlichen Umstände des Übergangs eines Unternehmens nicht immer sofort erkennbar sind (zB durch Verschweigen oder Verschleiern durch den Arbeitgeber oder durch Übergang bloß eines Betriebsteils), so hat er uU nicht sofort Klarheit über den eigentlichen Grund einer verpönten Kündigung iSd § 879 ABGB. Es besteht auch hier die Möglichkeit, dass dem betroffenen Arbeitnehmer erst nachträglich Informationen zugänglich werden, die die Annahme eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs rechtfertigen. Es

muss ihm daher auch hier die Möglichkeit offen stehen, die Nichtigkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt (nach Zugang der Kündigung) geltend zu machen. Die Annahme einer **maximalen Frist von sechs Monaten zum Aufgriff** lässt sich auch hier mit den Bestimmungen des **§ 34 AngG** (bzw § 1162d ABGB) untermauern.[781] **Zweck** dieser Bestimmung ist es **Beweisschwierigkeiten zu vermeiden**, die bei Arbeitsverhältnissen kurz nach der Beendigung eintreten können.[782] Auch bei der Glaubhaftmachung eines Sittenverstoßes iSd § 879 ABGB spricht dieses Argument für die Annahme einer Maximalfrist von sechs Monaten. Es ist aus meiner Sicht sinnvoll, auch bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung, für die Geltendmachung der Nichtigkeit eine **Frist von 14 Tagen bis maximal sechs Monaten** anzunehmen. Der Grundsatz der Unverzüglichkeit ist trotzdem in jedem Fall zu beachten (s unten).

d) Wesentlich ist auch die Frage, ab **wann** diese **Frist zu laufen beginnt**. Es sind hier, wie im Falle eines Betriebsübergangs, zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Zunächst besteht die Möglichkeit, dass der betroffene Arbeitnehmer bereits zum Zeitpunkt der Beendigungserklärung zumindest eine Vermutung über den, seiner Ansicht nach, verpönten Beweggrund hat. Ist dem Arbeitnehmer das missbilligte **Motiv** im Beendigungszeitpunkt tatsächlich **bekannt** bzw **musste** es ihm **bekannt sein**, so beginnt in diesem Fall die Frist (Einbringung der Feststellungsklage) mit **Ausspruch** der Arbeitgeberkündigung bzw mit **Zugang der Kündigung** zu laufen, da erst in diesem Zeitpunkt ein rechtswidriges Verhalten seitens des Arbeitgebers besteht. In diesem Fall trifft ihn mE die Obliegenheit, analog den Bestimmungen des ArbVG, AVRAG und GlBG, den Sittenverstoß unverzüglich (binnen maximal 14 Tagen ab Zugang der Kündigung) aufzugreifen.

Tritt das sittenwidrige Motiv des Arbeitgebers erst später (nach Ausspruch der Kündigung) zu Tage bzw erlangt der gekündigte Arbeitnehmer erst **nachträglich Kenntnis** über den verpönten **Beweggrund**, so beginnt der **Fristenlauf ab** dem

[781] § 34 AngG normiert: Ersatzansprüche wegen vorzeitigen Austrittes oder vorzeitiger Entlassung im Sinne der §§ 28 und 29, ferner Ersatzansprüche wegen Rücktrittes vom Vertrage im Sinne des § 31 müssen bei sonstigem Ausschlusse **binnen sechs Monaten** gerichtlich geltend gemacht werden. Vgl auch § 1162d ABGB.
[782] Vgl *Grillberger* in *Löschnigg,* AngG II[8] § 34 Rz 3.

Bekanntwerden des Sittenverstoßes. Auch hier obliegt es dem Arbeitnehmer die Nichtigkeit umgehend geltend zu machen. Tritt das missbilligte Motiv erst nach Ablauf der Sechsmonatsfrist ab Zugang der Beendigungserklärung zu Tage, so kann sich der Arbeitnehmer wegen des mE eintretenden Untergangs der Geltendmachung der Nichtigkeit kraft objektiven Rechts nicht mehr darauf berufen.

e) Nicht zuletzt muss noch geklärt werden, um welche **Art der Frist** es sich handelt und wie die Versäumnis dieser Frist rechtlich einzuordnen ist. Anfechtungsfristen gem § 105 Abs 4 ArbVG sind **prozessrechtliche Fristen**[783], bei deren Versäumung dem Arbeitnehmer die **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand iSd §§ 146 ff ZPO zusteht (restituierbare Frist[784]). Voraussetzung dafür ist, dass die Säumnis auf einem unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignis beruht.[785]

Für Anwendungsfälle der **sittenwidrigen Beendigungserklärung iSd § 879 ABGB** muss dies aufgrund der gleichartigen Fallkonstellation mE ebenso gelten. Dies wird noch dadurch unterstrichen, dass im streitigen Verfahren fast alle Fristen wiederherstellbar sind.[786] Ist es dem betroffenen Arbeitnehmer, aufgrund eines solchen unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses (zB Unfall, schwere Krankheit, etc), nicht möglich die Frist zur Geltendmachung der Nichtigkeit einzuhalten, so muss ihm daher der Rechtsbehelf der **Wiedereinsetzung ebenso im Feststellungsverfahren** zur Verfügung stehen.

4.4.3. Zur Frage des Prozesskostenrisikos

Die Unterscheidung der gerichtlichen Geltendmachung im Anfechtungsverfahren und bei einer Feststellungsklage wegen Nichtigkeit der Kündigung zeitigt auch unterschiedliche Auswirkungen auf das Prozesskostenrisiko für den klagenden Arbeitnehmer.

---

[783] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 247; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II[2] § 105 Rz 334; vgl auch OGH vom 6.12.1989, 9 ObA 289/89 ZAS 1990/20 (*Andexlinger*).
[784] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 296f und 301.
[785] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 515ff. Der Wiedereinsetzungsantrag ist binnen 14 Tagen ab Wegfall des Hindernisses einzubringen.
[786] Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rz 301.

Zu den Arbeitsrechtssachen iSd § 50 Abs 1 ASGG zählen gem Abs 2 leg cit auch Kündigungsanfechtungsklagen (betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten). Hinsichtlich des **Kostenersatzes** normiert **§ 58 Abs 1 ASGG**, dass in **betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten**, einer Partei der **Kostenersatzanspruch** nur im Verfahren vor dem **OGH** zusteht. In erster und zweiter Instanz hat jede Partei die ihr erwachsenen Prozesskosten unabhängig vom Verfahrensausgang selbst zu tragen.

Im Unterschied dazu handelt es sich bei **Feststellungsklagen** über das Bestehen bzw Nichtbestehen eines Dienstverhältnisses zwar ebenfalls um sog „**bürgerliche" Arbeitsrechtsstreitigkeiten**[787] gem **§ 50 Abs 1 ASGG.** Hier gilt jedoch der allgemeine Grundsatz, dass die vollständig unterliegende Partei dem Prozessgegner sämtliche durch die Prozessführung verursachten und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen hat. Dh er trägt gem **§ 41 Abs 1 ZPO** damit das **Prozesskostenrisiko** in allen Instanzen, nicht erst im Verfahren vor dem OGH**.** Im Falle des Obsiegens, dh gibt das Gericht seiner Klage statt, trägt der Prozessgegner (Arbeitgeber) die gesamten Verfahrenskosten. Wird der Klage jedoch nicht statt gegeben, so hat der Arbeitnehmer dem Prozessgegner die Verfahrenskosten zur Gänze zu ersetzen.

Die Bestimmung des **§ 58 Abs 1 ASGG** stellt damit für den klagenden Arbeitnehmer ein **geringeres finanzielles Risiko** dar, da er in den vorinstanzlichen Gerichtsverfahren ausschließlich die eigenen Kosten, unabhängig vom Verfahrensausgang, zu tragen hat. Wohingegen er in einem Feststellungsverfahren wegen Nichtigkeit der Kündigungserklärung, im Fall des Obsiegens des Prozessgegners, das finanzielle Risiko für sämtliche Verfahrenskosten trägt. Es stellt sich ebenso hier die Frage nach einer **rechtsanalogen Anwendung des § 58 Abs 1 ASGG auf die Klage zur Feststellung** des aufrechten Arbeitsverhältnisses.

Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich sowohl bei den Anfechtungstatbeständen des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes als auch bei sittenwidrigen Kündigungserklärungen iSd § 879 ABGB um eine von der

[787] Vgl *Majoros* in *Mazal/Risak*, Kommentar, Kap XXII Rz 9.

Rechtsordnung missbilligte Motivation, welcher der Beendigungserklärung zugrunde liegt. Für den **Bereich des Motivkündigungsschutzes** hat der Gesetzgeber nicht nur materiell-rechtlich einen umfangreichen Schutz, sondern **auch prozessual-rechtlich Erleichterungen** geschaffen (zB Glaubhaftmachung). Insb die Kostentragungsregel des § 58 Abs 1 ASGG soll bei betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten in erster Linie den Organen der Arbeitnehmerschaft (BR) als Träger betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse den Zugang zu den Gerichten[788] erleichtern (s Pkt 4.2.3.). Da der allgemeine Kündigungsschutz als Mitwirkungsrecht der Belegschaft konzipiert ist, kommt die Befreiung vom Kostendruck daher zunächst dem BR zugute, der das primäre Anfechtungsrecht[789] besitzt. Erst wenn der BR gem § 105 Abs 4 ArbVG dem Verlangen des Arbeitnehmers auf Anfechtung nicht nachkommt, kann der **Arbeitnehmer selbst** innerhalb von **zwei Wochen,** nach Ablauf der für den Betriebsrat geltenden Frist, die Anfechtungsklage einbringen. Dies gilt auch dann, wenn keine Stellungnahme des BR erfolgt. In beiden Fällen geht das Anfechtungsrecht damit auf den Arbeitnehmer über.[790]

Obwohl § 58 Abs 1 ASGG grundsätzlich als prozessrechtliche Erleichterung für den anfechtungsberechtigten BR normiert wurde, kommt der einzelne Arbeitnehmer in Fällen der selbständigen Kündigungsanfechtung ebenso in den Genuss der besonderen Kostentragungsregel.

Es ist mE jedoch nicht ersichtlich, warum in den Anwendungsfällen von **sittenwidrigen Kündigungen** gem § 879 ABGB eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelung gerade bei der Frage der Prozesskosten gelten soll. Daher ist nach den obigen Ausführungen zur Beweismaßerleichterung und der Aufgriffsobliegenheit auch hier von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen und daher nur konsequent auch bei Klagen auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses die Kostentragungsregelung iSd **§ 58 Abs 1 ASGG analog** anzuwenden.

[788] Vgl Erkenntnis des VfGH 19.6.1993 G 233/92 VfSlg 13.455 = DRdA 1993, 500; AB 527 BlgNr 16.GP.
[789] Vgl *Trost* in *Jabornegg/Strasser/Resch,* ArbVG Kommentar, § 105 Rz 335.
[790] Anm: Soweit in einem betriebsratspflichtigen Betrieb kein BR errichtet wurde, kann der Arbeitnehmer gem § 107 ArbVG die Kündigung binnen zwei Wochen ab Zugang selbst anfechten.

Kapitel 5: Schadenersatzrechtliche Konsequenzen sittenwidriger Kündigungen

5.1. Problemstellung

Abschließend soll noch ein möglicher Denkansatz hinsichtlich schadenersatzrechtlicher Folgen bei Vorliegen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB diskutiert werden.

Die grundlegende **Funktion** des Schadenersatzrechts ist es, dem Geschädigten durch die Ersatzleistung des Schädigers einen Ausgleich für die erlittene Einbuße zu verschaffen (**Ausgleichsfunktion**).[791] In den Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB werden Regeln zur Überwälzung des Schadens normiert, dh sie legen fest, wann ein Geschädigter für einen erlittenen Schaden von einem anderen Ersatz fordern kann (**Schadenstragung**).[792] Darüber hinaus erfüllt das Schadenersatzrecht auch einen präventiven Zweck, da durch die Androhung der Ersatzpflicht ein Anreiz geschaffen werden soll, durch sorgfältiges Verhalten die Schädigung zu vermeiden (**Präventionsfunktion[793]**). Nicht zuletzt wird vor allem im Bereich der Verschuldenshaftung auch der **Sanktionsgedanke[794]** verwirklicht, insb durch die Unterscheidung in grobes und leichtes Verschulden und die daran anknüpfende Abstufung der Ersatzleistung.

Im arbeitsrechtlichen Bestandsschutz manifestiert sich der Ausgleichsgedanke im sog **Schadenersatzprinzip.**[795] Wird das Arbeitsverhältnis zeitwidrig beendet **(dh ohne Einhaltung von Kündigungsfrist und-termin),** so endet es zwar mit dem in der Kündigungserklärung enthaltenen Zeitpunkt, jedoch steht dem betroffenen Arbeitnehmer ein Entgeltanspruch bis zum Ablauf der (fiktiven)

---

[791] Vgl *Welser*, BR II[13], 301; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[2] (2008) 266f; ua.
[792] Vgl *Welser*, BR II[13], 299 ff.
[793] Vgl *Welser*, BR II[13], 301; *Perner/Spitzer/Kodek*, BR[2], 266f.
[794] Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, BR[2], 267: *„Eine „Straffunktion" im eigentlichen Sinn ist im österreichischen Recht jedoch nicht verwirklicht. Der Schädiger muss dem Geschädigten keinen Strafschadenersatz, dh über den tatsächlichen schaden hinausgehenden Ersatz, leisten."* Anders als im angloamerikanischen Rechtskreis existieren im österreichischen Schadenersatzrecht keine „punitive damages", also Geldstrafen, die vom tatsächlichen Schaden abgekoppelt sind.
[795] Vgl auch *Schwarz/Löschnigg*, AR[11], Rz 7/028; *Marhold/Friedrich*, Öst.AR[2], 298; *Reissner*, Übungsbuch[3,] 40; *Trost* in *Löschnigg*, AngG II[8] § 20 Rz 110; ua. Vgl auch OGH 15.10.1974, 4 Ob 60/74, Arb 9259 = JBl 1975,437= ZAS 1975,223 = DRdA 1975,283 (*Fitz*); OGH 25.3.1980, 4 Ob 137/79, Arb 9866 = ZAS 1982,140 (*Schrank*); OGH 10.4.2008 9 ObA 180/07x, ZAS 2008, 150 = ARD 5914/4/2008 = ecolex 2008/319 (847); ua.

einzuhaltenden Kündigungsfrist als Schadenersatzanspruch (**Kündigungsentschädigung**) zu. Er ist so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß (betreffend Kündigungsfrist und –termin) beendet worden wäre. Primäres Ziel dieses Anspruches ist somit der **finanzielle Ausgleich** des erlittenen **Schadens**.

Für die Antwort auf die Frage, ob auch bei Fällen **sittenwidriger Auflösungserklärungen iSd § 879 ABGB** (unter Einhaltung von Kündigungsfrist und –termin) ein solcher Anspruch denkbar ist, lässt sich daraus **keine Erkenntnis** gewinnen. Soweit das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß beendet wird, so kommt eine Kündigungsentschädigung nicht in Betracht. Zu fragen ist also, woraus sich dennoch ein Ersatzanspruch ableiten könnte.

Grundlegende Voraussetzung für schadenersatzrechtliche Ansprüche ist ein **ersatzfähiger Schaden.**[796] Darunter sind jedoch nicht nur **Vermögensschaden**[797] zu verstehen, dh Nachteile an geldwerten Gütern, sondern ebenso **immaterielle (ideelle) Schäden.**[798] Diese Schadensart schlägt sich nicht in einer Vermögensminderung nieder[799], sondern manifestiert sich in einer Gefühlsschädigung (nachteiligen Gefühl), die nicht in Geld messbar ist. Im österreichischen Recht werden immaterielle Schäden grundsätzlich nur ersetzt, wenn dies explizit gesetzlich geregelt ist. So normiert bspw **§ 1325 ABGB** den Ersatz von angemessenem **Schmerzengeld bei Körperverletzung**. Auch **§ 1328 leg cit** ordnet die Ersatzpflicht für ideelle Schäden an, soweit eine Person durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder **Ausnutzung** eines **Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses** zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht wird. In **§ 1328a leg cit** wird der Ersatz des immateriellen Schadens bei einer **erheblichen Verletzung der Privatsphäre** angeordnet, wenn die Verletzung etwa dazu geeignet ist, den

[796] *Majoros,* Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, in *Czech/Salinger,* Diskriminierung –Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011) 87ff; *Welser*, BR II[13], 303 ff; ua.

[797] Gem **§ 1293 ABGB** ist ein Schaden jeder Nachteil, der jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt wird (**positiver Schaden**). Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinns, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat. Der positive Schaden und der entgangene Gewinn stellen **Vermögensschäden** dar, dh Nachteile an geldwerten Gütern, die in Geld bemessbar sind. Vgl *Welser*, BR II[13], 303.

[798] Vgl *Kletecka* in *Koziol/Welser* II[13], 305.

[799] Vgl *Welser*, BR II[13], 305.

Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen. Ebenso regelt **§ 1329 ABGB** im Falle der Freiheitentziehung als Rechtsfolge die volle Genugtuung.[800] In all diesen Fällen hat der Schädiger nicht nur den Vermögensschaden, sondern auch **eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung** zu leisten. Auch die §§ 6 f MedienG, § 87 Abs 2 UrhG, § 31e KSchG enthalten eine solche Schadenersatzpflicht. [801]

Im Bereich des Kündigungsrechts existiert allerdings keine solche gesetzliche Regelung, die den Ersatz von Gefühlsschäden bei sittenwidrigen Auflösungserklärungen iSd § 879 ABGB vorsieht, daher muss hier ein anderer Anknüpfungspunkt herangezogen werden. Aus der **Kündigungserklärung** selbst kann keine Schädigung abgeleitet werden, da sie den neutralen Zweck der Auflösung verfolgt. Allein das dahinterstehende **verpönte Motiv** kann die Ersatzpflicht auslösen, wobei die Schädigung hier vorwiegend im ideellen Bereich (Gefühlsschädigung) liegt. Woraus ergibt sich allerdings die Schadenersatzpflicht für die Verursachung des nachteiligen Gefühlsschadens?

Insb interessiert dabei der Schutz von **Persönlichkeitsrechten gem § 16 ABGB.** Dieser normiert, dass *„jeder Mensch angeborene*, *schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“* besitzt und zielt damit auf den **Schutz der Integrität, Würde und Persönlichkeitssphäre eines Menschen** ab. Vor allem im Bereich des Arbeitsrechts und der dem Arbeitsverhältnis inhärenten, **persönlichen Abhängigkeit** des Arbeitnehmers kommt dem Persönlichkeitsschutz eine besondere Bedeutung zu.[802] Soweit Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte eines Arbeitnehmers nicht explizit verboten oder beschränkt sind, wird der Persönlichkeitsschutz unter Berufung auf die Generalklausel des § 879 ABGB verwirklicht (**Mittelbare Wirkung von Grundrechten).** Wird der betroffene Arbeitnehmer zB wegen der Ausübung seines Rechts auf Meinungsfreiheit gekündigt, so verletzt der Arbeitgeber damit auch dessen Persönlichkeitssphäre.

Der gegenständliche Denkansatz knüpft daher am **Aspekt** der Verletzung des **Persönlichkeitsschutzes iSd § 16 ABGB** an (s Teil II, Kap 4, Pkt 4.4.1.). Die

[800] Vgl *Majoros* in *Czech/Salinger,* Diskriminierung 90.
[801] §§ 6 f MedienG (Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung), § 87 Abs 2 UrhG, § 31e KSchG (Angemessenen Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude).
[802] *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm^2 § 879 ABGB, Rz 14.

Ersatzfähigkeit eines Schadens ergibt sich hierbei nicht primär aus der Schädigung des Vermögens (positiver Schaden), sondern aus der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung (Gefühlsschädigung). Weder in der **Literatur,** noch in der **Rsp** finden sich Auseinandersetzungen zur Ersatzfähigkeit eines Gefühlsschadens aufgrund einer solchen sittenwidrigen Beendigungserklärung. Es zeigt sich allerdings eine Parallele zu den Normen des **GlBG** (§§ 12, 26, 38 u 51 GlBG), die unter bestimmten Voraussetzungen, nicht nur den Ersatz eines Vermögensschadens, sondern bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots auch einen **Entschädigungsanspruch auch für die persönliche Beeinträchtigung** anordnen.

Auf die weiteren Zurechnungskriterien wie der Kausalität, der Rechtswidrigkeit, sowie des Verschuldens wird unter Pkt 4.4.4.2. noch näher eingegangen.

5.2. Das GlBG als Anknüpfungspunkt

Im Zuge der Umsetzung der Richtlinien **2000/78/EG**, **2000/43/EG** und **2002/73/EG**[803], kam es zu einer grundlegenden Neuregelung des GlBG.[804] Wie bereits im Rahmen des individuellen Bestandsschutzes angeführt, trat das „neue" GlBG am 1.7.2004 in Kraft und gliedert sich in sechs Teile.[805] **Primärer** Regelungsgegenstand ist die **Gleichbehandlung** iZm dem **Arbeitsverhältnis** und der **sonstigen Arbeitswelt** (zB Zugang zur Berufsberatung Aus- und

[803] Richtlinie **2000/78/EG** des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (**Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie**) u Richtlinie **2000/43/EG** des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (**Antirassismusrichtlinie**) und Richtlinie **2002/73/EG** des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (**Gleichbehandlungsrichtlinie**).

[804] BGBl I 2004/66. Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm^2 § 1 GlBG, Rz 3; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG (2009), Historische Entwicklung, Rz 13.

[805] Teil I regelt die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt und verbietet Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Der II. Teil normiert ein Diskriminierungsverbot aufgrund anderer missbilligter Merkmale, wie ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter und sexueller Orientierung. Teil III und IIIa widmet sich der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit und des Geschlechts in sonstigen Bereichen. Teil IV erweitert die Gleichbehandlung im Arbeitsleben auch auf den Bereich der Land- und Forstwirtschaft. Der V. Teil beinhaltet Schlussbestimmungen. Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, Überblick, Rz 1.

Weiterbildung, etc).[806] Das Gebot der Gleichbehandlung ist rechtstechnisch als **Diskriminierungsverbot** ausgestaltet.[807] Es verbietet die mittelbare und unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion und Weltanschauung, des Alters, sowie der sexuellen Orientierung sowie einer Behinderung (s Teil II, Pkt 3.2.2.). Dahinter steht die Intention, eine Ungleichbehandlung aufgrund dieser höchstpersönlichen Merkmale zu vermeiden und damit die *„gesamte **Arbeitswelt diskriminierungsfrei** zu stellen."*[808]

Um den Vorgaben der EU-Richtlinien[809] gerecht zu werden, ordnet das GlBG bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots **strenge Rechtsfolgen** an. Zum einen fordern die Richtlinien übereinstimmend einen **effektiven Rechtsschutz**[810] für diskriminierte Personen. Dies umfasst nicht nur die Möglichkeit der **gerichtlichen Geltendmachung** von Ansprüchen (zB Kündigungsanfechtung), sondern ebenso die Anrufung von Schlichtungsstellen. Der österreichische Gesetzgeber hat dies durch die Einrichtung der Gleichbehandlungskommission und der Gleichbehandlungs-anwaltschaft umgesetzt.[811] Zum anderen besteht die Forderung nach wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Maßnahmen, um einen durch die Diskriminierung entstandenen Schaden auszugleichen (**Sanktionsgewissheit**).[812]

Durch die Normierung der **Rechtsfolgen** bei Verletzung eines Diskriminierungsverbotes gem **§§ 12, 26, 38 und 51 GlBG** wurde diesem Ansinnen entsprochen. Unabhängig davon, ob es sich um die das Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insb unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand (iSd § 3 GlBG) oder aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der

[806] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[11] (2011) Rz 6/377.
[807] Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, Historische Entwicklung Rz 3.
[808] Vgl RV 307 BlgNr 22. GP 9; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 12 Rz 2.
[809] Anm: Die strengen Vorgaben der Gleichbehandlungsrichtlinien zum Schutz gegen Diskriminierung orientieren sich an der einschlägigen Rsp des EuGH. Vgl EuGH 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Slg 1993, I-4367; EuGH 22.4. 1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997, I-2195; ua.
[810] Art 6 Abs 1 RL 2002/73/EG; Art 9 Abs 1 RL 2000/78/EG; Art 7 Abs 1 und Art 15 RL 2000/43/EG.
[811] §§ 1 u 3 GBK/GAW-Gesetz; Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft. BGBl 1979/108 idgF.
[812] Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 12 Rz 4 (Art 6 Abs 2 RL 2002/73/EG und Art 18 RL 2006/54/EG).

Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (iSd § 17 GlBG) handelt, wird als Rechtsfolge neben dem Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens ebenso eine **Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung** normiert. Dies gilt auch für das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in **sonstigen Bereichen** (iSd § 31 GlBG), sowie das Gleichbehandlungsgebot aufgrund des Geschlechts in der **Land- und Forstwirtschaft** (iSd § 43 GlBG). Diesbezüglich beinhalten die §§ 38 und 51 GlBG eine solche Entschädigungsanordnung.

5.3. Die erlittene persönliche Beeinträchtigung im GlBG (Ideeller Schaden)

Ein schadenersatzrechtlicher Anspruch für eine erlittene persönliche Beeinträchtigung wird im GlBG auf verschiedenen Ebenen angeordnet. Die Ersatzpflicht wird bei Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, der Frage des Entgelts, der Gewährung von Sozialleistungen, der Aus- und Weiterbildung, des beruflichen Aufstiegs oder der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie bei sexueller (geschlechtsbezogener) Belästigung angeordnet.

Da der Ersatz ideeller Nachteile grundsätzlich nur bei Verletzung eines geschützten Rechtsgutes in Betracht kommt (vgl §§ 1325, 1328, 1328a, 1329 ABGB), stellt ***Kletecka***[813] idZ die relevante Frage, in **welches Rechtsgut** durch die Diskriminierung überhaupt eingegriffen wird bzw **worin die erlittene persönliche Beeinträchtigung** liegt. Nach seiner Ansicht kann der Ersatz nur auf den Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht gestützt werden.

Darüber hinaus ergibt sich für *Kletecka* das Problem, ob eine Diskriminierung allgemein überhaupt eine Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechtes darstellt. Nach der in Österreich hL bestehen nur einzelne Persönlichkeitsrechte. Können daher die Diskriminierungsverbote des GlBG als Statuierung neuer Persönlichkeitsrechte angesehen werden? SE ist dies grundsätzlich zu bejahen, allerdings kann **nicht jeder Eingriff** bereits die Pflicht zum Ersatz ideeller Schäden auslösen. Die **Ersatzfähigkeit eines immateriellen Schadens** hängt, nach Ansicht *Kleteckas,* sowohl vom Verschulden als auch von der **Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle** ab. Für die Tatbestände des

[813] *Kletecka* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 12 Rz 22.

GlBG kommt er zu dem Schluss, dass bei unverschuldeten und unerheblichen Eingriffen der Schadenersatz nicht aus der Verletzung der Persönlichkeitsrechte abgeleitet werden kann.

5.4. Die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei sittenwidrigen Kündigungen (Ideeller Schaden)

Der gegenständliche schadenersatzrechtliche Denkansatz bei sittenwidrigen Beendigungserklärungen iSd § 879 ABGB setzt hier an. In Teil II (Anwendungsfälle) wurde ausführlich dargelegt, dass auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus einem **sittenwidrigen Motiv** zu einer **Verletzung des Persönlichkeitsschutzes** iSd § 16 ABGB kommen kann. So zB wenn das Arbeitsverhältnis wegen der Ausübung des Rechts auf Koalitionsfreiheit, auf Streik oder auf freie Meinungsäußerung vom Arbeitgeber gekündigt wird. Obwohl Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat konzipiert sind, so bezwecken sie ebenso wie § 16 ABGB die Anerkennung und den Schutz des einzelnen Individuums. *Raschauer/ Lamiss/Khakzadeh-Leiler*[814] bezeichnen Grundrechte daher als öffentlich-rechtliche Seite der privatrechtlichen Persönlichkeitsrechte. Auf die mittelbare Wirkung von Grundrechten, sowie die Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes durch § 879 ABGB wurde bereits bei der Besprechung von Anwendungsfällen (Teil II) mehrfach hingewiesen.

Auch Fälle **schikanöser Rechtsausübung** (Teil II, Pkt 5.4.3.) greifen in die Integrität und Würde eines Menschen und können zu einer nachteiligen Gefühlsbeeinträchtigung führen. Obwohl das Schikaneverbot in § 1295 Abs 2 ABGB[815] nur den Ersatz des positiven Schadens anordnet, spricht die Überschreitung iZm mit Arbeitgeberkündigungen für die Ersatzfähigkeit eines ideellen Schadens. Darüber hinaus sind idZ auch Fälle unberechtigter

[814] *Raschauer/ Lamiss/Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des OGH, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 72.

[815] Vgl § 1295 Abs 2 ABGB normiert: Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen (Schikaneverbot).

Entlassungen denkbar, so bspw wenn der „falsche“ Vorwurf einer Straftat den Grund für die vorzeitige Auflösung bildet.

Ähnlich den vorhin dargestellten Bestimmungen des GlBG, liegt hier eine **gleichgelagerte Beeinträchtigung iSd § 16 ABGB** vor. Es ist *Kletecka* dahingehend zuzustimmen, dass für den Bereich des GlBG die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden von der **Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle** abhängt. Für Anwendungsfälle sittenwidriger Kündigungen gem § 879 ABGB ergibt sich die Überschreitung dabei nicht nur aus einer Grundrechtsverletzung und knüpft damit an den Aspekt der Verletzung der **Menschenwürde iSd § 16 ABGB** an, sondern ebenso aus der **Schwere des Unwerturteils**, die einem **Sittenverstoß** anhaftet.
Auch wenn das GlBG **höchstpersönliche Merkmale** (wie Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Alter etc) einer Person vor Diskriminierungen im Arbeitsleben schützt und damit ein **gradueller Unterschied** zu den Anwendungsfällen einer sittenwidrigen Kündigung besteht, so ist trotzdem von einer ähnlich gewichteten Beeinträchtigung des betroffenen Arbeitnehmers auszugehen. Diese gleichgelagerte Gewichtigkeit der Beeinträchtigung hat mE auch die gleiche Rechtsfolge zu zeitigen. Soweit durch eine sittenwidrige Arbeitgeberkündigung iSd § 879 ABGB, ein Persönlichkeitsrecht verletzt wird bzw zur Ausübung von Schikane dient, ist mE von einem ersatzfähigen Schaden aufgrund der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung auszugehen. In anderen Fällen der verpönten Motivkündigung (Schutz vor Benachteiligung infolge von Missbrauch der Übermacht s Teil II, Pkt 4.4.2.) wäre die Annahme eines ersatzfähigen Schadens hingegen zu weit gegriffen.

5.5. Weitere Zurechnungskriterien

5.5.1. Kausalität

Zusätzlich zum eingetretenen Schaden verlangt das österreichische Schadenersatzrecht eine kausale **Verursachung**.[816] Die Kausalität eines Verhaltens für den Schadenseintritt liegt dann vor, wenn der Schaden ohne dieses Verhalten nicht eingetreten wäre. Auch hier ist die Situation sowohl im GlBG, als auch bei einem Sittenverstoß gem § 879 ABGB gleich gelagert, da die Verursachung im Ausspruch einer Auflösungserklärung besteht. Aus der allgemeinen Überprüfungsformel der „**conditio sine qua non**" ergibt sich, dass ohne die Beendigungserklärung, die Gefühlsbeeinträchtigung nicht entstanden wäre. Die Voraussetzung der Kausalität ist also als erfüllt anzusehen.

5.5.2. Rechtswidrigkeit

Eine weitere Voraussetzung für den Ersatz eines eingetretenen Schadens ist das Bestehen von Rechtswidrigkeit, dh um den Ersatzanspruch zu begründen, muss es sich um einen **Pflichtenverstoß** handeln. Gem § 1295 ABGB ist ein Verhalten dann **rechtswidrig**, wenn der Schädiger gegen ein Verbot oder Gebot der Rechtsordnung oder gegen die guten Sitten verstößt. Der Pflichtverstoß kann sich dabei aus der Verletzung einer gesetzlichen Norm ergeben, wie im Falle der Diskriminierungstatbestände des GlBG. Für Anwendungsfälle missbilligter Kündigungen ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus der **Verletzung der guten Sitten** iSd § 879 ABGB. Mit der Normierung der Generalklausel des ABGB verfolgt der Gesetzgeber **insgesamt** das Ziel, **missbräuchliche,** die Grundsätze der Rechtsordnung missachtende, **privatautonome Rechtsgestaltung zu verhindern.** Sittenwidrigkeit ist unbestritten Rechtswidrigkeit (s Teil I Kap 3) und somit ist auch diese Voraussetzung gegeben.

[816] Vgl *Welser*, BR II[13], 309; *Perner/Spitzer/Kodek*, BR[2], 285f; ua.

5.5.3. Verschulden

Zuletzt ist noch im Bereich der Verschuldenshaftung die subjektive **Vorwerfbarkeit** des rechtswidrigen Handelns geprüft werden.[817] In den Normen des GlBG wird als Voraussetzung für die Ersatzpflicht allerdings kein Verschulden gefordert.[818] Die Richtlinien fordert die Mitgliedsstaaten lediglich dazu auf, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass der einer Person durch die Diskriminierung der entstandene Schaden, tatsächlich und wirksam ausgeglichen und ersetzt werden muss. Dies muss auf eine abschreckende und dem Schaden angemessene Art und Weise geschehen. Basierend auf der Rsp des EuGH[819] und nach Ansicht eines Teils der Lehre[820] tritt die Haftung des Schädigers unabhängig von einem Verschulden ein.

Für den Bereich der verpönten Arbeitgeberkündigung iSd Generalklausel muss mE das Gleiche gelten. Auch hier darf die subjektive Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens kein notwendiges Zurechnungskriterium für den schadenersatzrechtlichen Anspruch darstellen.

5.4. Höhe des Ersatzes

Für die **Berechnung der Höhe** des Anspruches fehlen allerdings die notwendigen Eckdaten. Auch das GlBG schweigt zur Frage der Höhe des Schadenersatzes bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Weder § 12 Abs 7, noch § 26 Abs 7 (bzw § 38 Abs 1, § 51 Abs 7) GlBG enthalten dazu konkrete Angaben. Das GlBG sieht nur für Ungleichbehandlung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, bei beruflichem Aufstieg und bei Formen der sexuellen Belästigung (geschlechtsbezogener Belästigung) Mindest- und Höchstsummen vor. Diese bieten zumindest eine gewisse Orientierungshilfe. So normieren bspw §§ 12 Abs 1, 26 Abs 1 und 51 Abs 1 GlBG einen Ersatzanspruch von mindestens zwei

[817] Vgl *Welser*, BR II[13], 318.
[818] Vgl *Majoros* in *Czech/Salinger,* Diskriminierung – Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt 88.
[819] EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker,* Slg 1990, I-3941 Rz 22-24; EuGH 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997, I-2195 Rz 17-19.
[820] Vgl *Majoros* in *Czech/Salinger,* Diskriminierung – Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt 88f; *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar GlBG, § 12 Rz 13. AA *Kletecka* in *Rebhahn,* Kommentar GlBG, § 12 Rz 20ff.

Monatsentgelten, wenn der Stellenbewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte (Pkt 1) bzw einen Betrag von bis zu 500 Euro, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der dem Stellenwerber durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung der Bewerbung verweigert wird (Pkt 2). Im Falle einer sexuellen oder geschlechtsbezogenen Belästigung wird ein Schadenersatz von mindestens EUR 1.000,- geregelt.

Für sittenwidrige Kündigungen kommt, je nach der Schwere des Sittenverstoßes und der Tragweite für den betroffenen Arbeitnehmer, ebenso ein der Situation angemessener, **Schadenersatzbetrag** in Betracht, der sich an den Mindestsummen des GlBG zu orientieren hat. Die Angemessenheit richtet sich nach dem Ausmaß der **erlittenen, persönlichen Beeinträchtigung.** Allerdings sanktioniert das GlBG Diskriminierungen aufgrund besonders schützenswerter **höchstpersönliche Merkmale.** Damit besteht ein **gradueller Unterschied** zu Verletzungen des Persönlichkeitsrechts aufgrund einer sittenwidrigen Auflösung. Dies muss sich auch in der Bemessung der Ersatzleistung widerspiegeln. In Anlehnung an das GlBG, sind die dort geregelten Mindestsummen, im Falle des Sittenverstoßes mE als Höchstsummen für die Ersatzleistung heranzuziehen.

5.5. Conclusio

Aus den vorherigen Ausführungen ergibt sich somit eine starke Parallele zwischen den schadenersatzrechtlichen Konsequenzen der Diskriminierungstatbestände des GlBG und den Anwendungsfällen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB. Trotz des graduellen Unterschieds aufgrund der Gewichtung des geschützten Rechtsgutes, liegt in beiden Fällen eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsschutzes vor. Dies zeitigt damit auch in gravierenden Fällen des Sittenverstoßes schadenersatzrechtliche Konsequenzen. Der Ersatzanspruch ergibt sich dabei nicht primär aus einer Vermögensschädigung, sondern manifestiert sich in einer Gefühlsschädigung. Mangels einer gesetzlichen Bestimmung, ist mE hier eine **unbewusste Lücke im Schadenersatzrecht** anzunehmen, die mit Hilfe rechtsanaloger Anwendung iSd GlBG zu schließen ist.

Kapitel 6: Zusammenfassung

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Beendigungserklärung aus einem, von der Rechtsordnung missbilligten, sittenwidrigen Beweggrund, die Rechtsfolge der Nichtigkeit iSd § 879 ABGB nach sich zieht. Die zu unterscheidenden Grade der Unwirksamkeit dieser Willenserklärung hängen davon ab, welchen Zweck die verletzte Norm verfolgt bzw welchen Grund die Sittenwidrigkeit hat und damit einhergehend, wer sich letztlich darauf berufen kann.[821]

Da bei Vorliegen einer sittenwidrigen Arbeitgeberkündigung die **Interessen** vorwiegend **einer Partei,** nämlich des gekündigten **Arbeitnehmers,** beeinträchtigt werden und die Interessen des Arbeitgebers bzw Dritter in den Hintergrund treten, ist von einer **relativen Nichtigkeit** und damit von der **Aufgriffsobliegenheit** durch den gekündigten Arbeitnehmer auszugehen. Diese hat in Form einer **Feststellungsklage** zu erfolgen, deren Begehren auf die Feststellung des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses zu richten ist.

Die Grenzen zwischen Anfechtbarkeit einer Kündigung und relativer Nichtigkeit derselben sind fließend, da beide auf einem unsachlichen, verpönten Motiv beruhen und beide Fälle auf die **rückwirkende Annullierung** der Kündigungserklärung abzielen. Vor diesem Hintergrund sowie der Intention des Gesetzgebers die Kündigungsanfechtung einheitlich und konsequent zu regeln, kann letztlich auch von der **rechtsanalogen** Anwendung des **§ 105 Abs 4 und Abs 5 ArbVG** in prozessrechtlicher Hinsicht ausgegangen werden.

Bringt der Arbeitnehmer Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses ein, so genügt für das Vorliegen des verpönten Arbeitgebermotivs mE die bloße **Glaubhaftmachung**. Zum einen da die **innere Motivation** des Arbeitgebers für eine sittenwidrige Beendigungserklärung typischerweise **in seiner Sphäre** liegt, nicht nach außen in Erscheinung tritt und somit für den gekündigten Arbeitnehmer kaum beweisbar und als Beweisgegenstand einer gerichtlichen Feststellung schwer zugänglich ist. Zum anderen, da sittenwidrige Kündigungen iSd § 879 ABGB einen ebenso gravierenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellen, wie die

[821] Vgl *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 68.

Motivkündigungstatbestände des ArbVG und GlBG. Es ist somit bei allen missbilligten inneren Beweggründen (auch, wenn diese allein aus § 879 ABGB abgeleitet werden), die Grundsätze der **Glaubhaftmachung** gem § 105 Abs 5 ArbVG **analog** anzuwenden.

Das **Postulat** der **Rechtssicherheit** verlangt nach ehestmöglicher Klarstellung der Rechtsverhältnisse. Dieser Forderung wird durch die kurzen **Fristen** zur Kündigungsanfechtung (iSd ArbVG, AVRAG, GlBG) entsprochen. Auch bei Vorliegen eines sittenwidrigen Beendigungsmotivs iSd § 879 ABGB ist mE eine ungebührliche lange Frist zur Geltendmachung der Nichtigkeit iSd § 1478 ABGB (30 Jahre) abzulehnen. Entscheidet sich der betroffene Arbeitnehmer für die Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit, trifft ihn mE die Obliegenheit zum **unverzüglichen Aufgriff der Nichtigkeit**. liegt es vor allem in seinem Interesse, dies umgehend zu tun. In Anlehnung an Lehre und Rsp zur Aufgriffsobliegenheit bei rechtswidrigen Kündigungen im Zuge eines Betriebsübergangs, ist auch bei Vorliegen eines **Sittenverstoßes** von einer maximalen zeitlichen **Obergrenze** von **sechs Monaten** auszugehen. Dafür spricht auch der Umstand, dass der verpönte Kündigungsgrund für den Arbeitnehmer nicht immer gleich erkennbar sind (Verschweigen oder Verschleiern).

Der **Beginn des Fristenlaufs** sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: 1. Ist dem Arbeitnehmer bereits bei Zugang (Ausspruch) der Kündigung das missbilligte **Motiv bekannt** bzw musste es ihm bekannt sein, so beginnt die Frist zur Einbringung der Feststellungsklage mit **Zugang der Kündigung** zu laufen. Es trifft ihn die Obliegenheit, analog den Bestimmungen des ArbVG, AVRAG und GlBG, den Sittenverstoß unverzüglich (binnen maximal 14 Tagen ab Zugang der Kündigung) aufzugreifen. 2. Tritt das sittenwidrige Motiv des Arbeitgebers erst später (nach Ausspruch der Kündigung) zu Tage bzw erlangt der gekündigte Arbeitnehmer erst **nachträglich Kenntnis** über den verpönten Beweggrund, so beginnt der **Fristenlauf ab Bekanntwerden des Sittenverstoßes**. Auch hier obliegt es dem Arbeitnehmer die Nichtigkeit umgehend, geltend zu machen. Tritt das missbilligte Motiv erst nach Ablauf der Sechsmonatsfrist ab Zugang der Beendigungserklärung zu Tage, so kann sich der Arbeitnehmer aus den obigen Erwägungen nicht mehr darauf berufen.

Die Frist zur Geltendmachung der relativen Nichtigkeit gem § 879 ABGB ist, ebenso wie die Anfechtungsfristen gem § 105 Abs 4 ArbVG, eine **prozessrechtliche Frist.**[822] Kommt es zur Versäumung aufgrund eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses, steht dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** iSd §§ 146 ff ZPO offen.

Ebenso ist auch bei Klagen auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses die **Kostentragungsregelung** iSd **§ 58 Abs 1 ASGG analog** anzuwenden, wonach der klagende Arbeitnehmer in den Verfahren erster und zweiter Instanz seine prozessnotwendigen Kosten, unabhängig von Ausgang des Verfahrens, selbst zu tragen hat. Ein **Kostenersatzanspruch** steht den Parteien erst im Verfahren vor dem **OGH** zu.

Auch bei ansonsten fehlerfreien, jedoch sittenwidrigen, Kündigungen ist ein **Schadenersatz** zuzugestehen. Trotz des graduellen Unterschiedes der Bestimmungen des GlBG zu den Anwendungsfällen der sittenwidrigen Kündigung, ergibt sich eine starke Parallele zwischen den schadenersatzrechtlichen Konsequenzen der Diskriminierungstatbestände des GlBG und den Anwendungsfällen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB. Soweit durch die Arbeitgeberkündigung der betroffene Arbeitnehmer in einem Grundrecht bzw einem Persönlichkeitsrecht verletzt wird, ist aus meiner Sicht eine **unbewusste Lücke im Schadenersatzrecht** anzunehmen, die mit Hilfe rechtsanaloger Anwendung der den immateriellen Schadenersatz betreffenden Regelungen des GlBG zu schließen ist.

Dies ergibt sich mE aus Gründen der Schwere eines Sittenverstoßes und dem daraus folgenden Unwerturteil der Rechtsordnung, die sich vor allem bei Verletzungen von Grundrechten und Eingriffen in Persönlichkeitsrechte offenbaren. Als **Ausgleich** für die dadurch erlittene, **persönliche Beeinträchtigung (Gefühlsschaden)** steht nach meinem Dafürhalten dem betroffenen Arbeitnehmer ein, der Situation angemessener,

[822] Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, § 105 Rz 247; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar II[2] § 105 Rz 334; vgl auch OGH vom 6.12.1989, 9 ObA 289/89 ZAS 1990/20 (*Andexlinger*).

Schadenersatzanspruch zu. Die im GlBG normierten Mindestsummen für die Schadenersatzpflicht sind dabei als Höchstsummen zu betrachten.

TEIL IV: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Die Entwicklung des österreichischen Kündigungsschutzes zeigt, dass der Gesetzgeber ein immer **dichter werdendes Netz an Anfechtungstatbeständen** gewebt hat, um Arbeitnehmer vor ungerechtfertigten Kündigungen zu bewahren. Neben den gesetzlichen Beschränkungen durch den allgemeinen und individuellen Bestandsschutz, bilden auch die **guten Sitten** iSd § 879 ABGB eine **Grenze für die Kündigungsfreiheit** von Arbeitgeberkündigungen und erfüllen damit auch eine Schutzfunktion hinsichtlich verpönter Beendigungsmotive. Ziel der vorliegenden Arbeit war es, jene Fälle sittenwidriger Kündigungen herauszuarbeiten, in denen sich der betroffene Arbeitnehmer, mangels eines gesetzlich normierten Anfechtungstatbestandes, letztlich nur auf die Generalklausel des ABGB stützen kann. **Folgende Anwendungsfälle** stellen Lücken im Kündigungsschutzrecht dar, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel iSd § 879 ABGB zu schließen sind.

1.1. Welche Anwendungsfälle einer sittenwidriger Kündigungen sind neben dem allgemeinen Motivkündigungsschutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit a bis lit j ArbVG denkbar?

1. Entsprechend der Schutzintention des Gesetzgebers, die (positive) Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK und Art 12 StGG auf einfachgesetzlicher Ebene zu gewährleisten, ist **„gewerkschaftliche Betätigung iwS“** in einem **funktionalen Sinn** zu verstehen. Von der Reichweite des Motivkündigungsschutzes gem **§ 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG** sind daher sowohl tatsächliche gewerkschaftliche Aktivitäten, als auch vom Arbeitgeber nur vermutete Aktivitäten des Arbeitnehmers erfasst, die ihrem Inhalt und Erscheinungsbild nach **funktional** als „gewerkschaftliches Handeln iwS“ aufzufassen sind. Unterliegt der betroffene Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des II. Teils des ArbVG, kann er eine derart motivierte Kündigungserklärung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a u lit b ArbVG anfechten.
2. Sowohl aus der wörtlichen Interpretation, als auch aus der historischen Betrachtung des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG ergibt sich, dass eine **rein politische Tätigkeit**, ohne jeglichen Bezug zu einer Gewerkschaft,

nicht von dessen Schutzbereich erfasst ist. Damit kann die Anfechtung einer derart motivierten Kündigung nicht auf den Tatbestand des § 105 Abs 3 lit a bzw lit b ArbVG gestützt werden. Vielmehr muss der Arbeitnehmer, auch wenn er dem Geltungsbereich des II. Teils des ArbVG unterliegt, die **Nichtigkeit** der Auflösungserklärung iSd **§ 879 ABGB** geltend machen.

3. Für Arbeitnehmer **außerhalb** des betriebsverfassungsrechtlichen Teils des **ArbVG**, kommt das verfassungsrechtlich verankerte Grundrecht auf Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK iVm Art 12 StGG im Wege einer **mittelbaren Wirkung** der **Grundrechte** zum Tragen. Trotz ihrer Konzeption als Abwehrrechte gegen den Staat, entfaltet die **„Kernwirkung" der Grundrechte** durch verfassungskonforme Auslegung von Generalklauseln auch im **Verhältnis zwischen Privaten** mittelbar ihre Wirkung. Demnach kann jener betroffene Arbeitnehmer die **Nichtigkeit** einer **Kündigungserklärung** wegen Ausübung der Koalitionsfreiheit auf die Rechtsgrundlage des **§ 879 ABGB** stützen.
4. Gleiches gilt bei **irrtümlicher Annahme** des Arbeitgebers, der betroffene Arbeitnehmer sei gewerkschaftlich tätig. Aufgrund des funktionalen Verständnisses gewerkschaftlicher Betätigung, ist außerhalb des Anwendungsbereichs des II. Teils des ArbVG eine solche Kündigungserklärung als grundrechtswidrig und damit als **sittenwidrig** iSd der Generalklausel des ABGB zu qualifizieren.
5. Die Ausübung der **negativen Koalitionsfreiheit**, dh der Nichtbeitritt des Arbeitnehmers zu einer Gewerkschaft bzw der Austritt aus einer solchen, ist hingegen auch **vom äußerst möglichen Wortsinn** des § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG **nicht mehr umfasst**, da hier wörtlich nur vom „Beitritt" gesprochen wird. Art 11 EMRK normiert das **Recht** jedes Menschen zur Bildung von Gewerkschaften (Beitritt zu Gewerkschaften), nicht aber eine Verpflichtung. Es darf jedoch weder die Ausübung, noch die Nichtausübung eines Grundrechts Beweggrund einer Arbeitgeberkündigung sein. Für die, dem betriebsverfassungsrechtlichen Teil des ArbVG unterliegenden, Arbeitnehmer ist von einer **planwidrigen Lücke** auszugehen, die durch **Analogie** zu schließen ist. Kommt es zu einer Kündigung wegen des Austritts des Arbeitnehmers aus einer Gewerkschaft, so stellt dies ein ebenso verwerfliches Motiv dar, wie eine Kündigung wegen des Beitritts.

Aufgrund der Ähnlichkeit der Sachverhalte ist daher § 105 Abs 3 Z 1 lit a ArbVG analog anzuwenden.

6. Die Geltendmachung der soeben genannten Grundrechtswidrigkeit für Arbeitnehmer **außerhalb** des Betriebsverfassungsrechts ist iZm der Ausübung negativer Koalitionsfreiheit wiederum auf der **Rechtsgrundlage** des **§ 879 ABGB** möglich, da hier das ArbVG nicht zur Anwendung kommt und auch eine analoge Anwendung ausscheidet.
7. Die Frage des „**Streikrechts**“ ist wie folgt zu beantworten: Das Recht auf Streik ist dem Recht auf Koalitionsfreiheit inhärent. Somit ist die Teilnahme an einer gewerkschaftlich organisierten kollektiven Maßnahme als Ausfluss dieses Grundrechts gem Art 11 EMRK zu betrachten. Daraus folgt, dass die bislang vorherrschende Trennungstheorie nicht weiter aufrecht erhalten werden kann. Erfolgt die individual-rechtliche Arbeitgeberkündigung aufgrund der Ausübung des Streikrechts, so kann diese, innerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG, gem § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG angefochten werden.
8. Die Theorie der **mittelbaren Wirkung** von Grundrechten bewirkt, dass die **„Kernwirkung“ dieser Rechte** nicht nur für das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat Bedeutung erlangen, sondern auch im **Verhältnis zwischen Privaten** durch die verfassungskonforme Auslegung von Generalklauseln mittelbar ihre Wirkung entfalten. Demnach kann der betroffene Arbeitnehmer außerhalb des ArbVG die **Nichtigkeit** einer **Kündigungserklärung** wegen der Teilnahme an einer Streikhandlung auf die Rechtsgrundlage des **§ 879 ABGB** stützen.
9. Für die Frage nach dem Kündigungsschutz wegen der **Einberufung einer Betriebsversammlung** sind insgesamt vier Fälle zu unterscheiden. **(a)** Im Rahmen des § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG als lex specialis zu § 37 Abs 1 ArbVG (Benachteiligungsverbot) sind Arbeitnehmer innerhalb des Betriebsverfassungsrechts hinreichend gegen Kündigungen wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung geschützt. Unabhängig von den formellen Erfordernissen oder einer tatsächlichen Berechtigung iSd § 45 Abs 2 ArbVG, sind sowohl Vorbereitungshandlungen, die reine Absichtsäußerung oder die tatsächliche Einberufung vom Schutz umfasst. **(b)** Erfolgt die Einberufung durch eine **Person**, die die

Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG **nicht erfüllt**, so kommt weder der allgemeine Kündigungsschutz iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG, noch das Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot gem § 37 ArbVG zum Tragen. Aus dem zuvor angesprochenen funktionalen Verständnis des § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b ArbVG, sind solche Aktivitäten jedoch materiell-rechtlich als gewerkschaftliche Handlungen iwS anzusehen. In diesem Sinne ist die **Einberufung von Belegschaftsorganen** als **koalitionspolitische Maßnahme** und damit als Ausübung der Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK bzw Art 12 StGG zu betrachten. Eine nachfolgende Arbeitgeberkündigung verletzt damit das Grundrecht der Koalitionsfreiheit. Mangels des Geltungsbereichs des ArbVG, ist die Nichtigkeit einer solchen Auflösungserklärung iSd § 879 ABGB geltend zu machen. **(c) Außerhalb** des Anwendungsbereichs des II. Teils des **ArbVG** ist der Rückgriff auf § 879 ABGB in dann zu bejahen, wenn der betroffene Arbeitnehmer **vormals** in einem betriebsratspflichtigen Betrieb tätig war, dort **Handlungen** als BR zur Einberufung von Betriebsversammlungen gesetzt hat und nun in einem Kleinstbetrieb tätig ist. Spricht der neue Arbeitgeber aus Gründen der **Vergeltung** oder um bei zukünftiger Erweiterung seines Betriebes ähnliche Aktivitäten des Arbeitnehmers zu verhindern (**Präventivmaßnahme**) die Kündigung aus, so ist das Motiv als sittenwidrig zu beurteilen. In diesem Fall steht dem gekündigten Arbeitnehmer der Rückgriff auf **§ 879 ABGB** offen. **(d)** Kommt es in einem betriebsratspflichtigen Betrieb zu einem **Absinken der Arbeitnehmerzahl** (unter fünf Arbeitnehmer), so unterliegt dieser Betrieb damit nicht mehr dem Geltungsbereich des ArbVG. In Anlehnung an die Rsp des OGH und des VwGH sowie eines Teils der Lehre ist jedoch von einem Weiterbestehen des BR und des speziellen Kündigungs- und Entlassungsschutzes für BR-Mitglieder auszugehen. Die taxative Aufzählung vorzeitiger Beendigungsgründe der Tätigkeitsdauer des BR in § 62 ArbVG, umfasst nicht das Absinken der Arbeitnehmerzahl. Auch der Gesetzgeber hat diesen Fall des § 50 Abs 2 ArbVG nicht als Beendigungsart normiert. Daher bleibt für die Möglichkeit einer **sittenwidrigen Kündigung iSd** § 879 ABGB **kein Raum**.

10. Die Bestimmung des § 105 Abs 3 Z 1 lit d ArbVG bietet Schutz vor Kündigungen wegen der **Funktionsausübung bei der Vorbereitung** einer **BR-Wahl** (Mitglied von Wahlvorstand, Wahlkommission oder als Wahlzeuge)**.** Die aktive Tätigkeit als Mitglied eines solchen Gremiums ist durch lit d leg cit hinreichend abgesichert. Übt der Arbeitnehmer diese Funktion jedoch nicht aus, so kann er die Anfechtung einer Kündigung nicht auf lit d leg cit stützen. Wird die Untätigkeit jedoch durch die Androhung einer Kündigung seitens des Arbeitsgebers bedingt bzw versucht der Arbeitnehmer die BR-Bildung trotz solcher Druckausübung doch noch herbeizuführen, so ist mit *Trost* davon auszugehen, dass es sich bei einer Kündigung wegen dieser Aktivitäten im Vorfeld der BR-Bildung um einen Anwendungsfall einer sittenwidrigen Kündigungserklärung iSd § 879 ABGB handelt.
11. **Außerhalb des ArbVG** ist eine Kündigung aufgrund **früherer Aktivitäten** als Mitglied eines dieser Gremien in einem ehemals betriebsratspflichtigen Betrieb, mangels einer gesetzlichen Verbotsnorm (§ 37 ArbVG) als **Vergeltungsakt** einzustufen. Damit ist von der Nichtigkeit der Arbeitgeberkündigung auszugehen, welche unter Berufung die **Generalklausel** des ABGB geltend zu machen ist.
12. Der Anfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG **(Bewerbung um die Mitgliedschaft zum BR)** ist als „engmaschiger“ Kündigungsschutz für alle Aktivitäten in Hinblick auf ein BR-Mandat anzusehen. Die zeitliche Vorverlegung des Sonderkündigungsschutzes für Wahlwerber, weitet die Fälle des Motivkündigungsschutzes gem § 105 ArbVG im Vorfeld der BR-Bildung stark aus und lässt keinen Raum für die Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel.
13. § 105 Abs 3 Z 1 lit e ArbVG zeitigt darüber hinaus eine **unbegrenzte zeitliche Wirkung**. Erfolgt die Arbeitgeberkündigung aufgrund einer früheren Tätigkeit als BR (im selben Betrieb), so ist diese ebenfalls **gem lit e leg cit anfechtbar.**
14. Ebenso ist von einer zeitlich unbegrenzten Wirkung auszugehen, wenn der Betrieb aufgrund des Absinkens der Mitarbeiter-Anzahl unter fünf Arbeitnehmer nicht mehr dem Anwendungsbereich des ArbVG unterliegt. In diesem Fall kann die Anfechtung der Kündigung nicht mehr auf den

Tatbestand des lit e leg cit gestützt werden; deshalb ist die Sittenwidrigkeit einer derart motivierte Kündigung iSd Generalklausel des **§ 879 ABGB** zu bejahen.

15. Unterliegt der Betrieb nicht dem Geltungsbereich des ArbVG (**Kleinstbetrieb**) und wird das Arbeitsverhältnis aufgrund einer früheren Tätigkeit des Arbeitnehmers als BR in **anderen Betrieb** beendet, so liegt der Auflösungserklärung ebenfalls ein sittenwidriges Motiv zugrunde. Diese Konstellation ist denkbar, soweit der Betriebsinhaber eine bevorstehende Expansion bzw Erweiterung des Betriebes (und damit auch der Mitarbeiteranzahl) plant und in Kenntnis einer früheren BR-Tätigkeit des Arbeitnehmers etwaigen zukünftigen Aktivitäten vorbeugen möchte. Von der zeitlichen Ausweitung der Kündigungsanfechtung gem lit e leg cit ist hier nicht auszugehen.
16. Mit der Bestimmung des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit f ArbVG** hat der Gesetzgeber nicht nur einen personell, sondern ebenso zeitlich weitreichenden Tatbestand geschaffen. Mangels Einschränkung sind alle Arbeitnehmer erfasst, die als betriebliche oder überbetriebliche Beisitzer zu Mitgliedern einer solchen Schlichtungsstelle bestellt werden. Der Schutz beginnt nicht erst mit der tatsächlichen Tätigkeit, sondern bereits in der **Zeit zwischen der Namhaftmachung und dem Verfahrensbeginn**. Auch eine frühere Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle ist von lit f leg cit erfasst.
17. Vom Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1lit f ArbVG sind jedoch ausschließlich Tätigkeiten als Mitglied der Schlichtungsstelle umfasst. Keinen Schutz bietet lit f leg cit gegen Kündigungen aufgrund von Zeugenaussagen oder sonstigen Unterstützungshandlungen (Erteilung fachlicher Auskünfte, Beibringung von Unterlagen oder Beweismitteln). Unabhängig davon, ob es sich bei der Arbeitgeberkündigung um einen Akt der Vergeltung oder um eine Präventivmaßnahme handelt, ist ein sittenwidriger Beweggrund anzunehmen und die Nichtigkeit der Kündigung mit Hilfe der **Generalklausel des ABGB** geltend zu machen. Dies gilt sowohl für Arbeitnehmer **innerhalb als auch außerhalb des Anwendungsbereichs des ArbVG.**
18. Für Personen, die eine Tätigkeit als **Sicherheitsvertrauensperson,** Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner ausüben, ist mit den

Motivtatbeständen des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit g ArbVG** und **§ 9 Abs 2 AVRAG** ist ein lückenloser Bestandsschutz gegeben. Ein Rückgriff auf § 879 ABGB ist nicht erforderlich, da der Sondertatbestand des § 9 Abs 2 AVRAG **auch außerhalb** des II. Teils des **ArbVG** eine ausreichende Absicherung gegen derart motivierte Kündigungen darstellt.

19. Während **§ 105 Abs 3 Z 1 lit h ArbVG** in BR-pflichtigen Betrieben ausreichend Schutz vor Beendigungen wegen der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst bietet, ist die Prüfung der Sittenwidrigkeit für Arbeitnehmer außerhalb des ArbVG von größerer Bedeutung. In der Intention des Arbeitgebers, den besonderen Kündigungsschutz iSd **§ 12 Abs 1 APSG** für den betroffenen Arbeitnehmer nicht entstehen zu lassen, eine **Umgehungsabsicht** und damit ein verwerflicher, sittenwidriger Beweggrund.
20. Darüber hinaus ist ein missbilligtes **Kündigungsmotiv** iSd § 879 ABGB zu bejahen, wenn der betroffene Arbeitnehmer **vorab ankündigt**, er wolle lieber **Zivildienst** leisten und aufgrund dessen die Kündigung ausgesprochen wird.
21. Auch die **nachträgliche** „Kündigungssanktion“ aufgrund der Entscheidung des Arbeitnehmers Zivildienst anstatt Wehrdienst zu leisten ist als Verstoß gegen die guten Sitten zu betrachten. In beiden Fällen liegt eine Verletzung eines verfassungsrechtlich normierten Grundrechts vor, die im Wege der mittelbaren Drittwirkung via der Generalklausel des § 879 ABGB zur Nichtigkeit der Kündigung führt.
22. In Anlehnung an die weite Auslegung des § 105 Abs 3 z 1 lit i ArbVG (Kündigung wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche) durch Literatur und Rsp, bleibt für einen Anwendungsfall eines Sittenverstoßes innerhalb der Grenzen des II. Teils des ArbVG kein Raum.
23. Arbeitnehmer, die dem **betriebsverfassungsrechtlichen Teils des ArbVG nicht unterliegen**, genießen den in Pkt 22 dargelegten Schutz nicht, eine Anfechtung von Vergeltungskündigungen kann hier nicht auf lit i leg cit gestützt werden. Um die Rechtsdurchsetzung eines Anspruches (sei er auch letztlich unbegründet) ebenso ohne Furcht vor „Sanktionskündigungen“ zu ermöglichen, ist die Nichtigkeit einer

derartigen Kündigung auf die Rechtsgrundlage des § 879 ABGB zu stützen.

24. Kein Raum für einen Anwendungsfall der sittenwidrigen Auflösungserklärung bleibt neben den gesetzlichen Bestimmungen des **§ 105 Abs 3 Z 1 lit j ArbVG**. Zunächst bietet der Sonderkündigungsschutz gem § 205 ArbVG für Arbeitnehmer, die als Sprecher iSd § 177 ArbVG namhaft gemacht wurden und keine BR-Mitglieder sind, eine umfangreiche Absicherung gegen Kündigungen. Durch lit j leg cit wird auch für die **Zeit vor und nach Ausübung dieser Funktion** der Bestandsschutz lückenlos ergänzt. Für einen Sittenverstoß bleibt damit kein Raum.

1.2. Welche Anwendungsfälle sittenwidriger Kündigung sind neben dem individuellen Motivkündigungsschutz iSd GlBG denkbar?

1. Aufgrund der klar begrenzbaren Tatbestandsdefinitionen in den Bestimmungen des BEinstG, des AVRAG, sowie fast allen Diskriminierungstatbeständen des GlBG, eröffnen sich keine **Regelungslücken**, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel gem **§ 879 ABGB zu schließen** sind.
2. Für den Diskriminierungstatbestand der Weltanschauung iSd § 17 GlBG fehlt eine entsprechende Legaldefinition. Der Tatbestand des § 17 GlBG ist mE weit auszulegen und umfasst **auch eine punktuelle, politische Gesinnung.**
3. Es muss zwischen drei Erscheinungsformen politischer Gesinnung unterschieden werden. Dabei ist neben dem **Grad an Bestimmtheit und Ernsthaftigkeit** auch die **Dauerhaftigkeit** einer Gesinnung von Bedeutung.

   (a) Eine ernsthafte und dauerhafte politische Überzeugung zeigt sich durch die **Zugehörigkeit** einer Person zu einer politischen **Partei** bzw durch eine **dauerhafte politisch-orientierte Tätigkeit** (zB Gewerkschaftsaktivität). Selbst wenn der Arbeitnehmer, ohne Parteimitglied zu sein, seine politische Meinung ernsthaft, schlüssig und auch dauerhaft zum Ausdruck bringt, ist von Weltanschauung zu

sprechen. Wird eine Arbeitgeberkündigung aufgrund dieser Weltanschauung ausgesprochen, so kann sich der betroffene Arbeitnehmer auf den Anfechtungstatbestand gem § 17 GlBG stützen. **(b)** Weltanschauung zeigt sich darüber hinaus auch durch andere Aktivitäten, wie zB die Teilnahme an einer Veranstaltung gegen Fremdenfeindlichkeit, gegen Gewalt an Frauen („One Billion Rising"). Dies wird durch die Ansicht des **OGH** unterstützt, der unter Weltanschauung, neben politischen, auch **ähnlichen Leitauffassungen** vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen versteht. Auch hier ist die Anfechtung einer Kündigung auf Rechtsgrundlage des § 17 GlBG möglich.

(c) Rein **punktuelle, politische Ansichten** können ebenso ernsthaft, schlüssig und bedeutsam sein. Allerdings ist hier zu unterscheiden, ob es sich um bloße Unmutsäußerung (zB über das politische Tagesgeschehen) oder um **tatsächliche Überzeugungen** handelt. Liegt beispielsweise der Fall einer bloßen Unmutsäußerung aufgrund allgemeiner „Politikverdrossenheit" vor, so ist der Auffassung des OGH zu folgen, dass **bloße kritische Auffassungen nicht unter den Begriff „Weltanschauung"** iSd B-GlBG zu subsumieren sind. Erfolgt die Beendigungserklärung allein wegen einer (einzelnen) politisch-ideologischen Meinungsäußerung, so unterliegt der Arbeitnehmer nicht dem Schutz des GlBG.

4. Kündigungen aufgrund der letztgenannten Fallkonstellation (Unmutsäußerungen iSv Pkt 4 c, die den Tatbestand der Weltanschauung gem § 17 GlBG nicht erfüllen), sind als sittenwidrig iSd § 879 ABGB einzustufen. Der Sittenverstoß ergibt sich hier aus der Verletzung mehrerer verfassungsrechtlich geschützter Grundrechte: **(a)** Gem dem Benachteiligungsverbot iSd Art 14 EMRK, ist der Genuss, der in der EMRK festgelegten Rechte, ohne Benachteiligung zu gewähren. Darüber hinaus schützt Art 14 EMRK explizit **politische und sonstige Anschauungen.**

   (b) Gem Art 9 EMRK, der das Grundrecht der **Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit** schützt, ist in Abs 1 leg cit ausdrücklich auch Weltanschauung als Schutzkriterium definiert. Im Rahmen der genannten Gewissensfreiheit sind auch nicht-religiöse Fragen von grundsätzlicher

Dimension erfasst, worunter auch politisch-ideologische Auffassungen zu verstehen sind. **(c)** Nicht zuletzt sind durch den Schutz des Art 10 EMRK (Recht der freien Meinungsäußerung) nicht nur Tatsachenaussagen, sondern auch Werturteile, und damit die Redefreiheit des Einzelnen schlechthin geschützt. Darunter sind Mitteilungen jeder Art, unabhängig von ihrem Inhalt, ihrem Wert, ihrer Richtigkeit oder Form zu verstehen.

5. Eine **Regelungslücke** im Rahmen des Individualkündigungsschutzes ergibt sich hingegen nur bei **einzelnen Unmutsäußerungen** und singulären Ansichten. Diese Meinungen sind **nicht** als **politische Gesinnung** und damit auch **nicht** als **Weltanschauung** zu sehen. Sie unterliegen daher nicht dem Kündigungsschutz des GlBG. Eine derart motivierte Auflösungserklärung ist als grundrechtswidrig und damit als Sittenverstoß iSd § 879 ABGB zu betrachten.

1.3. In welche Kategorien sind Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung zu unterteilen?

1.3.1. Eingriffe in Persönlichkeitsrechte

1. Mit der Normierung des **§ 16 ABGB** wird der Persönlichkeitsschutz vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt. Insb durch die, dem Arbeitsverhältnis inhärente, **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers kommt dem Persönlichkeitsschutz besondere Bedeutung zu. Soweit Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte eines Arbeitnehmers nicht explizit verboten oder beschränkt sind, wird der Persönlichkeitsschutz unter Berufung auf die Generalklausel des § 879 ABGB verwirklicht. Seine Konkretisierung erfährt § 16 ABGB dabei im Wege der **mittelbaren Wirkung von Grundrechten** (dh ihrer Wirkung auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen). Zahlreiche grundrechtswidrige Kündigungsmotive sind unter die Kategorie des Persönlichkeitsschutzes zu subsumieren.
2. So gilt zunächst das Grundrecht **Koalitionsfreiheit** iSd Art 12 StGG und Art 11 EMRK unabhängig von der Anwendung betriebsverfassungs-rechtlicher Normen. Unterliegt ein Arbeitnehmer nicht dem

Geltungsbereich des **II. Teils des ArbVG** und besteht daher keine Anfechtungsmöglichkeit gegen Arbeitgeberkündigungen iSd § 105 ArbVG, so stellt eine Kündigung wegen des **Beitritts**, der **Mitgliedschaft** oder der **Tätigkeit** in und zu Gewerkschaften, eine Verletzung des Grundrechts auf **Vereins- und Versammlungsfreiheit iSd Art 11 EMRK** dar. Dies begründet sich unter anderem durch das funktionale und damit grundsätzlich weite Verständnis von gewerkschaftlicher Betätigung. Ob der Arbeitnehmer nun tatsächlich eine gewerkschaftliche Tätigkeit iwS ausübt oder ob der Arbeitgeber nur irrtümlich von dieser Annahme ausgeht, ist für die rechtliche Beurteilung der Kündigung irrelevant. Die Verletzung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit liegt in jedem Fall vor.

3. Ebenso stellt eine Kündigung wegen der Wahrnehmung der **negativen Koalitionsfreiheit** eine Grundrechtsverletzung und damit einen Sittenverstoß wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten dar. Für Arbeitnehmer **innerhalb** des Anwendungsbereichs des ArbVG ist diesbezüglich von einer planwidrigen **Lücke** auszugehen, die in **analoger Anwendung** iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit a und lit b leg cit zu schließen ist. Für Arbeitnehmer **außerhalb** des ArbVG ist die Geltendmachung der Grundrechtswidrigkeit auf die Rechtsgrundlage des **§ 879 ABGB** zu stützen, da hier das ArbVG nicht zur Anwendung kommt und auch eine Analogie ausscheidet.
4. Liegt das Motiv für die Kündigungserklärung in der Teilnahme des Arbeitnehmers an einer Streikhandlung, so stellt dies ebenfalls eine Grundrechtsverletzung dar. Dem Recht auf Koalitionsfreiheit iSd Art 11 EMRK iVm Art 12 StGG ist das **Recht auf Streikteilnahme** inhärent. Nimmt der Arbeitnehmer an einem gewerkschaftlich-organisierten und auch rechtmäßigen Streik teil, so setzt er damit nicht nur eine **koalitionspolitische Handlung**, sondern übt damit ein **Recht** auf Koalitionsfreiheit aus. Aus der mittelbaren Wirkung von Grundrechten via § 879 ABGB folgt, dass eine individualrechtliche Arbeitgeberkündigung dieses Grundrecht verletzt und die Kündigung deshalb nichtig ist. Insb gilt dies für Arbeitnehmer außerhalb des ArbVG, da für sie der Schutzmechanismus gegen Kündigungen aufgrund koalitionspolitischer Motive nicht besteht.

5. Eine Auflösungserklärung, die aufgrund der Ausübung des Rechts auf Leistung des **Ersatz-(Zivil-)dienstes** anstelle des Wehrdienstes gem **Art 9a Abs 4 B-VG** erfolgt, ist als sittenwidrig zu qualifizieren. Unabhängig vom Geltungsbereich des ArbVG, ergibt sich der Sittenverstoß iSd § 879 ABGB aus der Verletzung eines **verfassungsrechtlich gewährleisteten Wahlrechts,** aus **Gewissensgründen** die Erfüllung des Wehrdienstes zu verweigern. Eine Beendigungserklärung aufgrund dieser individuellen Entscheidung des einzelnen Betroffenen, greift in die **Persönlichkeitssphäre** ein (die auch die Gewissensentscheidung umfasst, den Dienst mit der Waffe zu verweigern) und erlaubt damit die Kategorisierung der Kündigung als Verletzung eines Persönlichkeitsrechts.
6. Als Grundrechtsverstoß sind Beendigungserklärungen dann anzusehen, wenn sie das Recht des Einzelnen auf freie Meinungsäußerung verletzen. Soweit vereinzelte **politische Ansichten** oder **reine Unmutsäußerungen** das Motiv für eine Arbeitgeberkündigung bilden, steht dem betroffenen Arbeitnehmer der Rückgriff auf die **Gute-Sittenklausel iSd § 879 ABGB** offen. Vom Schutz des Art 10 EMRK sind nicht nur Tatsachenaussagen, sondern auch Werturteile, und damit die Redefreiheit des Einzelnen schlechthin erfasst. Dies ergibt sich aufgrund der fehlenden Anwendbarkeit des § 17 GlBG, da reine Unmutsäußerungen den Tatbestand der „Weltanschauung“ iSd § 17 GlBG nicht erfüllen.
7. Weitere Verstöße gegen den Persönlichkeitsschutz ergeben sich generell aus Motiven der Vergeltung und der Druckausübung. Diese Beweggründe stellen krasse Verstöße gegen die Grundwerte der Rechtsordnung dar. Die freie Entscheidungsmöglichkeit des Einzelnen soll in zahlreichen Fällen geschützt werden (zB Heirat, Scheidung, Wechsel des Glaubensbekenntnisses, etc). All das darf nicht zum Motiv für eine Kündigung gemacht werden darf, wozu sich der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen des § 879 ABGB auch nicht rechtswirksam verpflichten könnte. Ebenso wie eine Grundrechtsverletzung als solche gegen die guten Sitten verstoßen kann, „*muss auch die Kündigung aufgrund einer Weigerung des Arbeitnehmers sich eine Grundrechtsverletzung gefallen zu lassen, sittenwidrig sein.“*

8. Handelt es sich um Fälle, die die **Grenzen des Persönlichkeitsschutzes** tangieren, so ist stets die sachliche Rechtfertigung einer Arbeitgebermaßnahme zu prüfen. So stellt eine Kündigung aufgrund eines **Wohnsitzwechsels** oder der Weigerung diesen zu ändern, eine Verletzung des Rechts auf Freizügigkeit der Person dar, soweit ein bestimmter Wohnsitz **nicht** grundlegende **Voraussetzung** für die **Erfüllung der Dienstpflichten** des Arbeitnehmers ist. Ist dies nicht der Fall, so wäre eine Kündigung wegen der Weigerung des Arbeitnehmers seinen Wohnsitz zu wechseln als Verstoß gegen das Grundrecht auf Freizügigkeit der Person und damit als sittenwidrig anzusehen.
9. Auch **Ordnungsmaßnahmen** im Betrieb beschränken die **persönliche Freiheit** des Einzelnen. Dabei ist die sachliche Rechtsfertigung der **Maßnahmen zu beachten.** Wird eine Kündigung wegen des Zuwiderhandelns gegen bestimmte Ordnungsmaßnahmen ausgesprochen, so kann sich der Arbeitnehmer nicht auf die unzulässige Beschränkung seiner Freiheit berufen. Beispielsweise sei hier § 30 ASchG erwähnt, wonach der Arbeitgeber in bestimmten Räumen ein allgemeines **Rauchverbot** verhängen muss. Er kann dem Arbeitnehmer jedoch nicht wirksam das Versprechen abnehmen, überhaupt nie zu rauchen oder bei Zuwiderhandeln die Kündigung auszusprechen. Letzteres würde eine übergebührliche Einschränkung der persönlichen Freiheit des Einzelnen darstellen.
10. Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der sich in seiner Freizeit künstlerisch betätigt (zB als Maler oder Bildhauer) stellt eine Verletzung des Grundrechts auf **Kunstfreiheit iSd Art 17 a StGG** dar, soweit der Kündigungsgrund bspw alleine darin liegt, dass die Werke nach Meinung des Arbeitgebers einen anstößigen Charakter besitzen.
11. Auch die Diskriminierungstatbestände des GlBG fallen in die Fallgruppe des Persönlichkeitsschutzes. Ehemals sittenwidrige Beendigungsmotive sind damit als leges speciales zu § 879 ABGB als individuelle Motivkündigungstatbestände normiert und mit Anfechtbarkeit ausgestattet (Diskriminierungen aufgrund des **Geschlechts**, der **ethnischen Zugehörigkeit**, der **Religion und Weltanschauung**, des **Alters** oder der **sexuellen Orientierung** iSd §§ 12 Abs 7 u § 26 Abs 7 GlBG).

1.3.2. Schutz vor Benachteiligung infolge von Missbrauch der Übermacht

1. Insb im Arbeitsrecht spiegelt sich durch die Verpflichtung des Arbeitsnehmers zur Leistung in persönlicher Abhängigkeit und damit durch die Unterwerfung unter die Fremdbestimmung, die Übermacht des Arbeitgebers wider. Dies begründet an sich weder Gesetz- noch Sittenwidrigkeit. Wird jedoch das eingeräumte Ermessen auf unbillige Weise ausgeübt, so bildet dies eine Fallgruppe der Sittenwidrigkeit. Generell sind alle Fälle von **Vergeltung**, **Prävention**, **Druckausübung** bzw der **Umgehungsabsicht** hier einzuordnen. Hier ist zwischen drei konkreten Fallgruppen zu differenzieren.
2. Außerhalb des Geltungsbereichs des ArbVG sind Kündigungen aufgrund (a) früherer Handlungen als BR zur Einberufung von Betriebsversammlungen in einem (anderen) betriebsratspflichtigen Betrieb, (b) einer ehemaligen Tätigkeit als Mitglied von Wahlvorstand, Wahlkommission oder als Wahlzeuge in einem (anderen) betriebsratspflichtigen Betrieb, (c) einer früheren Tätigkeit als BR in einem (anderen) betriebsratspflichtigen Betrieb, (d) einer sonstigen Unterstützung einer Schlichtungsstelle durch Zeugenaussagen, Fachauskünfte, etc, (e) der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst und (f) der Geltendmachung eines Anspruches zu nennen.
3. Innerhalb des Geltungsbereichs des II. Teils des ArbVG sind darunter (a) Kündigungen zur Druckausübung zu verstehen, die zur Nichtausübung der Funktion als Mitglied von Wahlvorstand bzw Wahlkommission zur Bildung eines BR führt. (b) Ebenso sind Beendigungserklärungen zur Druckausübung oder Vergeltung wegen einer sonstigen Unterstützung einer Schlichtungsstelle (zB durch eine Zeugenaussage oder fachliche Auskünfte, etc) darunter zu subsumieren.
4. Unabhängig vom Geltungsbereich des ArbVG stellt die Verletzung **strafrechtlicher Normen** einen Anwendungsfall der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB dar und fällt in die Kategorie des Missbrauchs von Übermacht. Ein Sittenverstoß ist in folgenden Fällen zu bejahen:

a) Kündigung aufgrund der Weigerung des Arbeitnehmers eine **Straftat zu begehen**, sich daran zu **beteiligen** oder aufgrund der behördlichen **Anzeige** einer Straftat des Arbeitgebers bzw eines Dritten.
b) Kündigung wegen Nachforschungen des Arbeitnehmers aufgrund eines **bloßen Verdachts** einer vermeintlich strafbaren Handlung des Arbeitnehmers (Vorgesetzten oder Kollegen).
c) Kündigung aufgrund der wahrheitsgetreuen **Aussage** vor Verwaltungsbehörden, Straf- oder Arbeitsgerichten (Analogie zum Viktimisierungsverbot des § 13 GlBG).

1.3.3. Rechtsgestaltung zu Lasten Dritter / Schikane

1. Schikanöse Rechtsausübung ist dann anzunehmen, wenn ein an sich zustehendes Recht, ohne eigenes Interesse, allein zum Zweck der Schädigung eines anderen bzw des Vertragspartners ausgeübt wird. Soweit der Arbeitgeber die Kündigung **ausschließlich** oder **zumindest überwiegend** deswegen ausspricht, um den Arbeitnehmer bewusst zu schädigen, liegt ein Verstoß gegen die Gute-Sitten-Klausel vor.
2. Als Rechtsgestaltung zu Lasten eines Dritten ist die Beendigungserklärung aufgrund der bevorstehenden Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst zu betrachten. Handelt der Arbeitgeber in der Absicht den besonderen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nicht entstehen zu lassen (Umgehungsabsicht), so ist ihm diesbezüglich Schädigungsabsicht vorzuwerfen.
3. Ebenso gilt dies für Arbeitgeberkündigungen, die allein aus dem Grund ausgesprochen werden, die Geltendmachung eines Anspruches iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG durch den Arbeitnehmer zu verhindern (Prävention).

1.4. Welche Rechtsfolge zeitigt eine sittenwidrige Kündigung?

1.4.1. Welcher Nichtigkeitsgrad liegt vor?

1. Bei Vorliegen eines Sittenverstoßes gem § 879 ABGB iZm einer Arbeitgeberkündigung zeitigt die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Kündigungserklärung. Durch das Unwerturteil, das dem missbilligten Motiv anhaftet, sind überwiegend bzw vorrangig die **Interessen des gekündigten Arbeitnehmers** betroffen, daher liegt der Grad der **relativen Nichtigkeit** vor.
2. Es besteht somit eine **Aufgriffsobliegenheit** des betroffenen Arbeitnehmers, der die Nichtigkeit mittels **Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses** geltend zu machen hat.

1.4.2. Ist eine analoge Anwendung des § 105 Abs 4 u 5 ArbVG hinsichtlich des Beweismaßes und der einzuhaltenden Fristen möglich?

1. Grundsätzlich hat nach Ansicht der Rsp derjenige, der die Sittenwidrigkeit behauptet, diese im Streitfall auch zu beweisen. Bei Vorliegen eines sittenwidrigen Kündigungsmotivs iSd § 879 ABGB kann dies aus drei Gründen nicht aufrecht erhalten werden: **(a)** Zum einen, weil die rein **innere Motivation** des Arbeitgebers typischerweise **in seiner Sphäre** liegt und nicht nach außen in Erscheinung tritt. Damit ist die Bürde für das missbilligte Motiv den vollen Beweis zu erbringen in der praktischen Anwendung nicht nur **schwierig**, sondern uU sogar unmöglich, insb deswegen, da der **Arbeitgeber** seinen **Beweggrund** in aller Regel **nicht offen legt**. Auch der Ausspruch des **OGH,** dass sich das **Motiv als entscheidungswesentlicher Umstand** in aller Regel einer **exakten und unangreifbaren Feststellung entzieht,** lässt eine solche Tendenz erkennen. Das Höchstgericht lässt in diesem konkreten Urteil die **Beweismaßerleichterung** in Analogie auch **bei** der **Geltendmachung einer Nichtigkeit wegen anderer sittenwidriger Motive** zu. **(b)** Zum anderen liegt der sittenwidrigen Kündigung, ebenso wie den

Motivkündigungstatbeständen, eine von der Rechtsordnung missbilligte „innere“ Motivation zugrunde. IdZ weist die **Literatur** zu Recht auf die **Intention des Gesetzgebers** hin, im Anfechtungsverfahren auf die „Barriere“ des vollen Beweises zu verzichten und die Glaubhaftmachung als Nachweis genügen zu lassen. **(c)** Für eine analoge Anwendung von § 105 Abs 5 ArbVG spricht darüber hinaus der **Schutzzweck des § 879 ABGB.** Die privatautonome Gestaltungsfreiheit des Vertragspartners soll dann begrenzt werden, soweit sie „*mit der Werteordnung einer Rechtsgemeinschaft, die auch **der gesamten Rechtsordnung** zugrunde liegt, in **untragbarem Widerspruch** steht*.“ Damit zielt die die Generalklausel auf die Schwere der Rechtswidrigkeit ab, die unbestritten sowohl bei Motivkündigungstatbeständen, als auch bei Vorliegen eines Sittenverstoßes iSd § 879 ABGB in gleichem Maß gegeben ist. Für den Nachweis des verpönten Motivs muss daher die Beweismaßerleichterung iSd Glaubhaftmachung genügen. Es ist idZ von einer planwidrigen Lücke auszugehen, die im Wege der Rechtsanalogie zu schließen ist.

2. Sinn und Zweck der Anfechtungsfristen in **§§ 105 Abs 4 ArbVG und 15 Abs 1 a und 29 Abs 1 a GlBG** ist primär die Rechtssicherheit und das Bedürfnis nach ehestmöglicher Klarheit der betroffenen Parteien über die Rechtslage. Sie normieren für die Kündigungsanfechtung eine maximale Frist von 14 Tagen ab Zugang der Auflösungserklärung. Es ist nicht erkennbar, weshalb bei sittenwidrigen Kündigungen iSd § 879 ABGB ein anderer Maßstab der Rechtssicherheit gelten soll. Darüber hinaus verfolgt der Arbeitnehmer mit der **Klage auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses** den Zweck das Arbeitsverhältnis weiter zu führen. Es liegt also auch in seinem Interesse raschest möglich Klarheit zu schaffen. Es kann auch umgekehrt dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, 30 Jahre mit einer etwaigen Klage rechnen zu müssen. IdZ ist auf die oberstgerichtliche Rsp zur Aufgriffsobliegenheit bei rechtswidrigen **Kündigungen im Zuge eines Betriebsübergang zu verweisen.**
3. Wie bei Frage der Beweismaßerleichterung, spricht auch hier die **Schwere des Sittenverstoßes** für eine Fristverkürzung zur Aufgriffsobliegenheit. Dies Dabei gilt: Je schwerer der Eingriff für den Einzelnen wiegt, desto rascher hat die Geltendmachung zu erfolgen. Da

sowohl die Kündigungsanfechtungstatbestände als auch die sittenwidrigen Kündigung iSd Generalklausel auf einem verpönten Motiv beruhen, kann man von vergleichbaren, sogar gleichen Sachverhalten sprechen. Der Arbeitnehmer soll in beiden Fällen vor Kündigungen aus einem von der Rechtsordnung missbilligtem Beweggrund geschützt werden. Es ist daher zur Geltendmachung der Nichtigkeit, analog zu den Anfechtungsfristen des ArbVG bzw GlBG, eine maximale **Frist von maximal 14 Tagen** einzuhalten.

4. Der **Beginn** des **Fristenlaufs** ist davon abhängig, wann der betroffene Arbeitnehmer Klarheit über das verpönte Motiv erlangt. Soweit ihm der sittenwidrige Beweggrund zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches bekannt war bzw bekannt sein musste, so beginnt die 14-tägige Frist zur Einbringung der Feststellungsklage mit Ausspruch der Arbeitgeberkündigung. Tritt das sittenwidrige Motiv des Arbeitgebers erst später (nach Ausspruch der Kündigung) zu Tage bzw erlangt der gekündigte Arbeitnehmer erst **nachträglich Kenntnis** über den verpönten **Beweggrund**, so beginnt der **Fristenlauf ab** dem **Bekanntwerden des Sittenverstoßes**.

1.4.3. Welche Folgen zeitigt eine sittenwidrige Kündigung iSd § 879 ABGB für das Prozesskosten?

1. In den Anwendungsfällen von sittenwidrigen Kündigungen gem § 879 ABGB ist von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen und auch bei Klagen auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses die Kostentragungsregelung iSd § 58 Abs 1 ASGG analog anzuwenden.

1.4.4. Schadenersatzrechtliche Ansprüche

1. Wird das Arbeitsverhältnis aus einem sittenwidrigen Beweggrund (jedoch frist- und termingerecht) beendet, kommt der das Schadenersatzrecht sonst beherrschende Ausgleichsgedanke nicht zum Tragen, da der verursachte Schaden nicht in einer Vermögensminderung besteht und daher nicht in Geld messbar ist. Insb bei der Verletzung von

Persönlichkeitsrechten iSd § 16 ABGB liegt vielmehr eine Beeinträchtigung der **Integrität, und Würde** eines Menschen vor und damit ein **ideeller Schaden bzw Gefühlsschaden**. In diesem Fall kann der Sinn schadenersatzrechtlicher Ansprüche nur der **Vorbeugung** bzw **Prävention** fehlerhaften Verhaltens dienen.

2. Für die Lösung ist an die Bestimmungen des § 12 Abs 11 GlBG anzuknüpfen, wonach bei sexueller Belästigung (§ 6 GlBG) oder bei geschlechtsbezogener Diskriminierung (§ 7 GlBG) eine Ersatzpflicht angeordnet wird. Soweit der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht, hat die betroffene Person darüber hinaus Anspruch auf angemessenen Schadenersatz als **Ausgleich** für die erlittene **persönliche Beeinträchtigung** (§ 12 Abs 11 GlBG). Diese Regelung dient in einem nicht unbeachtlichen Ausmaß der Vorbeugung diskriminierender Handlungen.
3. Auch **§ 1328 ABGB** ordnet die Ersatzpflicht für ideelle Schäden an, soweit eine Person durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder **Ausnutzung** eines **Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses** zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht wird. Insofern stellt § 12 Abs 11 GlBG eine lex specialis zu § 1328 ABG dar. Ebenso gebührt der Ersatz eines immateriellen Schadens bei Verletzung der Privatsphäre gem § 1328a ABGB, sowie bei Freiheitsentziehung gem § 1329 ABGB.
4. IZm den Tatbeständen des **GlBG** wirft ***Kletecka*** die Frage nach der Ersatzfähigkeit eines immateriellen Schadens auf. Insb ob jene Diskriminierungsverbote als Statuierung neuer Persönlichkeitsrechte angesehen werden können. Dies hängt seiner Meinung nach auch vom **Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle** ab. Für die Frage nach schadenersatzrechtlichen Konsequenzen bei Vorliegen sittenwidriger Kündigungsmotive lässt sich daraus ableiten, dass gerade bei der Verletzung von Grundrechten die Überschreitung einer solchen Erheblichkeitsschwelle gegeben ist. Dies ergibt sich nicht nur aus einer Verletzung von Grundrechten und damit letztlich der Verletzung der **Menschenwürde iSd § 16 ABGB**, sondern ebenso aus der **Schwere des Unwerturteils**, die einem **Sittenverstoß** anhaftet.

5. Bei sittenwidrigen Kündigungsmotiven (soweit sie in Persönlichkeitsrechte eingreifen) liegt eine der Diskriminierung nach GlBG **gleichgewichtete Beeinträchtigung** der Menschenwürde vor.
6. Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht ist neben einem ersatzfähigen Schaden auch dessen kausale **Verursachung.** Gem der Überprüfungsregel „**conditio sine qua non**“ ist damit auch die Kausalität zu bejahen, da ohne die Beendigungserklärung, die Gefühlsbeeinträchtigung nicht entstanden wäre.
7. Die Ersatzfähigkeit des Schadens hängt weiters vom Vorliegen eines Pflichtenverstoßes iSd § 1295 ABGB, dh von einem rechtswidrigen Verhalten des Schädigers ab. Für Anwendungsfälle sittenwidriger Kündigungen ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus der **Verletzung der guten Sitten** iSd § 879 ABGB, denn Sittenwidrigkeit ist unbestritten Rechtswidrigkeit.
8. Zur Prüfung der subjektiven Vorwerfbarkeit, dh des Verschuldens ist wieder auf § 12 Abs 11 GlBG zu verweisen. In Anlehnung an den Wortlaut des **Art 18 der RL 2006/54/EG** und die Rsp des EuGH tritt nach Ansicht eines Teils der Lehre die Haftung des Schädigers unabhängig von einem Verschulden ein. Aufgrund der ähnlichen starken Gewichtung ist auch bei sittenwidrigen Kündigungserklärungen auf die Prüfung eines Verschuldens des Arbeitgebers zu verzichten.
9. Aus den vorherigen Ausführungen ergibt sich somit eine starke Parallele zwischen den schadenersatzrechtlichen Konsequenzen des § 12 Abs 11 GlBG und den Anwendungsfällen einer sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB. Es ist daher von einer **unbewussten Lücke im Schadenersatzrecht** auszugehen, die mit Hilfe analoger Anwendung iSd GlBG zu schließen ist. Die Lücke eröffnet sich jedoch nur bei Eingriffen in ein Persönlichkeitsrecht sowie in Fällen der schikanösen Rechtsausübung. In anderen Anwendungsfällen (zB Missverhältnis bei der Interessenabwägung) wäre es zu weit gegriffen von der Überschreitung der besagten Erheblichkeitsschwelle und damit von einem ersatzfähigen Gefühlsschaden auszugehen.
10. Ebenso wie bei **§ 12 Abs 7 GlBG,** der ein **Wahlrecht** des betroffenen Arbeitnehmers bei sexueller (geschlechtsbezogener) Diskriminierung

normiert, muss dies auch bei Anwendungsfällen einer sittenwidrigen Kündigung gelten. Macht der gekündigte Arbeitnehmer den Sittenverstoß geltend und wird die Nichtigkeit der Kündigungserklärung festgestellt, so obliegt es dem Betroffenen das Arbeitsverhältnis fortzuführen oder die Kündigung gegen sich gelten zu lassen und einen Schadenersatz zu fordern.

11. Letztlich fordert der hier dargestellte Lösungsansatz, der von einer unbewussten Lücke im Schadenersatzrecht ausgeht, die **normative** Festlegung einer „angemessenen“ Entschädigung, dh einer pauschalierten **Mindestersatzsumme**. Die Höhe des Ersatzanspruches hat sich dabei an der Schwere des Sittenverstoßes und der Tragweite für den betroffenen Arbeitnehmer, dh am Ausmaß der **erlittenen, persönlichen Beeinträchtigung** zu orientieren.

ANHANG

1. LITERATURVERZEICHNIS

1.1. Monographien, Kommentare, Lehr- und Handbücher

Adametz/Basalka/Heinrich/Hinzel/Mayr/Meches, Kommentar zum ArbVG (1947)

Ahrens in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar^{2} (2007)

Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB Praxiskommentar IV/I^{3} (2006)

Armbrüster in Münchner Kommentar I/I^{5} (2006)

Atzmüller, Die Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechts (1985)

Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht12 (2009)

Binder, Kommentar Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz^{2} (2010)

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen^{7} (2011)

Burger, Das Ende des Streikrechts (2011)

Bydlinski, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in *Rack,* Grundrechtsreform (1985)

Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986)

Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988)

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff^{2} (1991)

Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996)

Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986)

Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz, Arbeitsverfassungsrecht III (1994)

Cerny/*Gahleitner*/*Kundtner/Preiss/Schneller,* Arbeitsverfassungsrecht II^{3} (2004)

Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III^{4} (2009)

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1, Das Recht der Schulverhältnisse[2] (1928)

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III[2] (2011)

Fiebig/Gallner/Pfeiffer, Kündigungsschutzgesetz Handkommentar (2000)

Fiebig in *Fiebig/Gallner/Pfeiffer* Kündigungsschutzgesetz Handkommentar (2000)

Firlei, Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung (1976)

Floretta/Strasser, Der Arbeitsverfassungsgesetzentwurf 1972 (1973)

Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I[3] (1988)

Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I[4] (1998)

Floretta/Strasser, Kommentar zum Betriebsrätegesetz[2] (1973)

Floretta/Strasser, Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975)

Floretta/Strasser, ArbVG Kommentar[2] (1988)

Floretta, Rechtsdogmatisches und Rechtspolitisches zur Konstruktion und zum Inhalt des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes im Arbeitsrecht (1971)

Gahleitner in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III[4] (2009)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2012)

Grillberger in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998)

Gschnitzer in *Klang,* Kommentar zum ABGB IV/1[2] (1951)

Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts[2] (1992)

Gschnitzer/Faistenberger, Österreichisches Erbrecht[2] (1983)

Hergenröder in Münchner Kommentar IV[5] (2009)

Hesse in Münchner Kommentar IV[5] (2009)

Hofer, Die sittenwidrige Kündigung (1998)

Högenauer, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht (2002)

Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] (2006)

Hopf/Mayr/Eichinger, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2009)

Hopf/Mayr/Eichinger, GlBG – Novelle 2011 (2011)

Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I[3] (2005)

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I[6] (1959)

Hueck/v. Hoyningen-Huene, Kommentar zum KSchG (1997)

Jabornegg/Resch, Arbeitsrecht[4] (2011)

Kadecka/Kapfer, Kommentar ArbGG (1962) 77

Kalb/Potz/Schinkele, Religionsrecht (2003)

Kallab in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011)

Kiesel, Das Verhältnis der Kündigungsanfechtungsbestimmungen zu § 879 ABGB (2004)

Kietaibl in *Tomandl*, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz (2012)

Klang, Kommentar zum ABGB IV/1[2] (1951)

Kletecka in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I[13] (2006)

Kletecka in *Rebhahn,* Kommentar Gleichbehandlungsgesetz[1] (2005)

Klicka, Beweisprobleme im Arbeitsrecht, in *Tomandl*, Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999)

Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht (2011)

Kolmasch in *Schwimann,* ABGB Taschenkommentar[2] (2013)

Körber-Risak, Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht, in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System-& Praxiskommentar (2011)

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I[13] (2006)

Kramer, Juristische Methodenlehre[3] (2010)

Krejci, Betriebsübergang (1996)

Krejci, in *Rummel,* ABGB Kommentar I[3] (2000)

Linck in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch[14] (2011)

Lindmayr, Handbuch der Arbeitsverfassung [7] (2009)

Löschnigg, Angestelltengesetz II[8] (2007)

Löschnigg in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG Kommentar I (2008)

Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994)

Mader/Janisch in *Schwimann*, ABGB VI[3] (2006)

Majoros, Das Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht, in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System-& Praxiskommentar (18. Lfg 2011)

Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht[2] (2012)

Mayer, Das Bundes-Verfassungsrecht[4] (2007)

Mayer-Maly, Gedanken über das Recht (1985)

Mayer-Maly in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger,* Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986)

Mayer-Maly in Münchner Kommentar zum BGB I[3] (1993)

Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht I (1987)

Mayr in *Adametz/Basalka/Heinrich/Kinzel/Mayr/Meches,* Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1974)

Mayrhofer, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, in *Ehrenzweig*, Privatrecht[3] (1986)

Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System-& Praxiskommentar (18. Lfg 2011)

Mosler in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011)

Münchner Kommentar zum BGB I/1[5] (2006)

Münchner Kommentar zum BGB IV[5] (2009)

Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011)

Oetker in *Staudinger*, BGB Kommentar II (2012)

Öhlinger, Verfassungsrecht[8] (2009)

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht[2] (2008)

Posch in *Schwimann,* ABGB Praxiskommentar I[3] (2006)

Potz/Schinkele, Religionsrecht im Überblick[2] (2007)

Preiss in *Cerny*/*Gahleitner*/*Kundtner/Preiss/Schneller,* ArbVG II[3] (2004)

Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar[2] (2007)

Rebhahn/Kietaibl in *Neumayr/Reis*sner, Zeller Kommentar[2] (2011)

Rebhahn, Kommentar Gleichbehandlungsgesetz[1] (2005)

Rechberger in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III[2] (2011)

Reissner, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht[3] (2008)

Reissner, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht[4] (2011)

Reissner in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011)

Reuss, Die sittenwidrige Kündigung im europäischen Kontext (2002)

Risak, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008)

Rummel, ABGB Kommentar I[3] (2000)

Runggaldier in *Tomandl*, ArbVG Kommentar, Einleitung

Sablatnig, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (2002)

Sack/Fischinger in *Staudinger*, BGB Kommentar II (2012)

Safron, Die sittenwidrige Kündigung (1992)

Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch[14] (2011)

Schneller in *Cerny*/*Gahleitner*/*Kundtner/Preiss/Schneller,* ArbVG II[3] (2004)

Schrammel in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II[7] (2011)

Schrank in *Tomandl,* Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995)

Schrank in *Tomandl*, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz (2012)

Schrank, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung (1982)

Schwarz in *Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz,* Arbeitsverfassungsrecht III (1994)

Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht[11] (2011)

Schwimann, ABGB Praxiskommentar I[4] (2011)

Schwimann, ABGB Praxiskommentar IV[3] (2006)

Schwimann, ABGB Taschenkommentar[2] (2013)

Staudinger, BGB Kommentar II (2012)

Strasser, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964)

Strasser/Jabornegg, Arbeitsverfassungsgesetz[3] (1999)

Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz I (27. Lfg)

Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz II (27. Lfg)

Strasser in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz II (2003)

Strasser, Einleitung in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar Arbeitsverfassungs-gesetz I (2006)

Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB Kommentar I[37] (2009)

Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971)

Tinhofer, Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz, in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System-& Praxiskommentar (2011)

Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II[7] (2011)

Tomandl, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz (2012)

Tomandl, Einige Bemerkungen zu Entstehung und Bedeutung des Arbeitsverfassungsgesetzes 1973, in Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft (1986)

Tomandl, Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999)

Trost in *Löschnigg*, Angestelltengesetz II[8] (2007)

Trost in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar Arbeitsverfassungsgesetz II[2]

Tutschka-Dungl, Handbuch des österreichischen Arbeitsrechtes[3] (1979)

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[7] (1992)

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht[10] (2007)

Welser, Bürgerliches Recht II[13] (2007)

Windisch-Graetz in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011)

Windisch-Graetz in *Rebhahn,* Kommentar Gleichbehandlungsgesetz[1] (2005)

Wolliger in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011)

1.2. Homepages

Juridicum/Studium/Doktorat: http://www.juridicum.at/index.php?id=329

Juridicum/Studium/Doktorat: http://www.juridicum.at/index.php?id=323

Österreichische Nationalbibliothek: www.onb.at

Österreichische Dissertationsdatenbank: http://media.obvsg.at/dissdb

RDB Rechtsdatenbank: https://www.univie.ac.at/ZID/rdb-login

RIS Rechtsinformationssystem: http://www.ris.bka.gv.at/

Beck Online: http://beck-online.beck.de/default.aspx?

AK Österreich Wirtschafts- und Sozialstatistisches Taschenbuch 2012: http://www1.arbeiterkammer.at/taschenbuch/tbi2012/

Statistik Austria: http://www.statistik.at/web_de/services/publikationen/3/index.html Arbeitskräfteerhebung- Ergebnisse des Mikrozensus

Homepage: Bundeskanzleramt/Rubrik Gleichbehandlungskommission: Gutachten-Sammlung der Bundes-Gleichbehandlungskommission - Senat II: http://www.frauen.bka.gv.at/site/5539/default.aspx

http://diestandard.at/1360681567954/In-Wien-wurde-gegen-Gewalt-anwalzert

1.3. Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen in Zeitschriften

Aigner, Wilde Betriebsversammlung und Abwahl eines untätigen Betriebsrates, ZAS-JB 2001, 1

Bydlinski, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173ff

Egger, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302

Eichinger, Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung: auch eine politische Angelegenheit?, RdW 2009/770

Engelbrecht, Funktionsunfähigkeit und Untätigkeit des Betriebsrats, RdW 2001/688

Eypeltauer, Gedanken zum Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z1 lit i ArbVG, DRdA 1988, 435

Firlei, Motivkündigungen von Arbeitnehmern und kollektivrechtliche Konstruktion des allgemeinen Kündigungsschutzes in FS *Rabofsky* (1976)

Floretta, Der Kündigungs- und Entlassungsschutz im österreichischen und deutschen Arbeitsrecht, ÖJZ 1953, 311

Floretta, Die sittenwidrige Kündigung im Arbeitsrecht, JBl 1954, 525 u 558

Floretta, Strukturen und Entwicklungstendenzen des allgemeinen Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht, DRdA 1982, 1

Floretta, Kündigungsschutz und Sperrecht des Betriebsrates, DRdA 1985/14

Floretta, Zur Sittenwidrigkeit von Kündigungen, DRdA 1994/9

Gahleitner, Unwirksame Kündigung bei Betriebsübergang, DRdA 1999/24

Geist, Entscheidungsbesprechung, ZAS 1997, 51

Grießer, Untergang des Betriebsrates im Kleinstbetrieb, RdW 2000, 291

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741

Holzer, Kündigungen bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 375

Kalb, Konfessionelle Privatschule – Lehrerkündigung, DRdA 1996, 36

Kallab, Unrichtige Angaben beim Einstellungsgespräch – Kündigung, DRdA 2002/45

Kietaibl, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006,94

Krejci, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501

Krömer, Das Ende der Trennungstheorie, ZAS 2012, 200

Majoros, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, in *Czech/Salinger,* Diskriminierung –Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011) 87

Mayer, Der „Rechtserzeugungszusammenhang“ und die sog „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBl 1990, 768

Mayer-Maly, Werte im Pluralismus, JBl 1991, 688

Mayr, Kündigung im Betriebsübergang, ecolex 1995, 499

Obereder, Zur Zulässigkeit von wilden Betriebsversammlungen, ecolex 1999, 840

Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, süddeutsche JZ 1946, 105

Rebhahn, Die Rechtslage während eines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzprozesses, DRdA 1988,16

Rebhahn, Neues zum Streikrecht?, JBl 1992, 499

Reissner, § 879 ABGB- Sittenwidrigkeit von Kündigungen; Verhältnis von allgemeinem Kündigungsschutz und Sittenklausel, ZAS 1995/7

Resch, Kündigung des Arbeitnehmers wegen Bestreitens von Arbeitgeberforderungen – ein Fall des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG? , RdW 1992/ 408

Risak, Ältere Arbeitnehmer: Kündigungsschutz ja, Entlassungsschutz nein?, ecolex 2000, 809f

Risak, 3,65 oder 5,5%, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen- Oktoberstreik“ 2011, Juridikum 2012, 23

Risak, Grundrechte auf kollektive Aktionen – Neue Impulse von Seiten der EMRK? In *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2012)

Runggaldier , Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in FS *Doralt* (2004), 511

Schinkele, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen, öärr 2008/2, 179

Schrammel, Betrieb und Unternehmen in der österreichischen Arbeitsverfassung, in FS *Kühne* (1984), 341

Schrank, Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Berichtigung zeitwidriger Kündigungen, in FS *Strasser* (1983) 309 ff

Schrank, Probleme der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang, in *Tomandl* Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995)

Stärker, Wer kann eine Betriebsversammlung einberufen?, ecolex 2000, 305

Strasser, Die sittenwidrige Kündigung und Kündigungsschutz nach § 25 Betriebsrätegesetz, DRdA 1958, 64

Strasser, Der Kündigungsschutz nach § 25 BRG und die sittenwidrige Kündigung, JBl 1958, 173

Strasser, Zur Problematik der sogenannten Änderungskündigung, DRdA 1988, 1

Sturm, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungkommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574

Thüsing, Das Arbeitsrecht der Zukunft, NZA 2004, 11

Tomandl, Die sittenwidrige Kündigung im Lichte der Rechtsprechung des OGH, ÖJZ 1959, 33

Trost, Die rechts- oder sittenwidrige Kündigung (Ein Beitrag zur Interpretation des §105 Abs 3 Z1 ArbVG), DRdA 1987, 1 und 106

Wachter, Zur These von der durch die Kündigung bewirkten Verwandlung eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit in ein solches auf bestimmte Zeit, DRdA 1977, 28

Wachter, Zur Glaubhaftmachung von Kündigungsmotiven gem § 105 Abs 5 ArbVG, ZAS 1984, 69

Wagnest, Kündigungsanfechtungstatbestände außerhalb des ArbVG, in FS *Binder* (2010) 425

Wedl Neues aus der Judikatur des EGMR zu gewerkschaftlichen Grundrechten, DRdA 2009, 458

Wedl, Kein Streik ohne Grundrecht, Juridikum 2010, 63

Wolf, Die subsidiäre Einberufung von Betriebsversammlungen, ecolex 1999, 640

Zimbler, Einige Bemerkungen zum Begriff der guten Sitten, JBl 1928, 389

2. ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

2.1. Judikatur des EGMR und EuGH

EGMR, Urteil vom 12.11.2008, Demir und Baykara gegen Türkei, Beschwerde Nr 34503/97

EGMR, Urteil vom 21.4.2009, Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei, Beschwerde Nr 68959/01

EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker,* Slg 1990, I-3941 Rz 22-24

EuGH 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997, I-2195 Rz 17-19

2.2. Österreichische Judikatur

OGH 29.7.1925, Ob I 658/25, SZ 7/251 **(Hausbesorger-E)**

OGH 10.7.1952, 4 Ob 38/52, Arb 5466 **(Sperrrecht)**

OGH 27.1.1954, 3 Ob 816/53, SZ 27/19 = JBl 1954, 436

OGH 1.7.1958, 4 Ob 70/58, Arb 6901, RdA 1959, 110 (*Floretta*), (**Käserei-E)**

OGH 20.9.1960, 4 Ob 109/60, Arb 7284, JBl 1961, 292 (**Schnittmacher-E)**

OGH 24.7.1962, 4 Ob 88/62, Arb 7593 **(Dienstzeugnis-E)**

OGH 11.5.1965, 4 Ob 62/65, Arb 8088 = EvBl 1965/426

OGH 19.10.1965, 8 Ob 271/65, SZ 38/164

OGH 15.12.1965, 6 Ob 322/65, SZ 38/217

OGH 21.6.1966, 8 Ob 150/66, SZ 39/113

OGH 29.4.1971, 1 Ob 108/71, SZ 44/58 = JBl 1971, 471

OGH 11.5.1971, 8 Ob 256/70, SZ 44/68

OGH 15.10.1974, 4 Ob 60/74, Arb 9259 = JBl 1975,437= ZAS 1975,223 (*Mayer - Maly*) = DRdA 1975,283 (*Fitz*)

OGH 22.4.1975, 4 Ob 10/75, Arb 9385 = EvBl 1976(9 = DRdA 1975, 214 (*Schwarz*)

OGH 28.3.1979, 3 Ob 522/78, SZ 52/52

OGH 25.4.1979, 3 Ob 556, 557/78, SZ 52/67

OGH 25.3.1980, 4 Ob 137/79, Arb 9866 = ZAS 1982,140 (*Schrank*)

OGH 19.1.1982, 4 Ob 1/82, DRdA 1983, 365 (*Kerschner)*

OGH 27.4.1983, 1 Ob 501/83, SZ 56/72

OGH 10.1.1984, 4 Ob 189/82, Arb 10.309 = RdW 1984, 215

OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, RdW 1986,10 = JBl 1986,373

OGH 16.12.1986, 4 Ob 175/85, DRdA 1987, 291 (*Floretta*) = WBl 1987,102 = RdW 1987,267 **(Art 6 MRK Sperrecht BR)**

OGH 17.2.1987, 14 ObA 17/87, Arb 10.624

OGH 4.3.1987, 1 Ob 705/86, SZ 60/35 = RdW 1987, 260

OGH 12.11.1987, 7 Ob 669/87, JBl 1988,250 (*Karollus*)

OGH 14.9.1988, 9 ObA 238/88, SZ 61/198 = RdW 1989, 230 = WBl 1989, 157

OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89, SZ 62/123 = JBl 1989, 784

OGH 6.12.1989, 9 ObA 289/89 ZAS 1990/20 (*Andexlinger*)

OGH 17.1.1990, 9 ObA 347/89, Arb 10.837 = RdW 1990, 321 = ZAS 1994, 20 (*Aigner*)

OGH 26.4.1990, 8 Ob 510/90, SZ 63/72 (absolute Nichtigkeit)

OGH vom 25.4.1990, 9 Ob 67/90, SZ 63/68 (absolute Nichtigkeit)

OGH 27.6.1990, 9 ObA 141/90, infas 1991/ A11 = WBl 1994, 55 = Arb 10.872 = ARD 4206/14/90 **(Sippenhaftungs-E)**

OGH 13.2.1991, 9 ObA 1/91, RdW 1991,211 = WBl 1991,261 = ZAS 1992/3 S 32 (*Andexlinger*)

OGH 30.4.1992, 8 Ob 558/91, SZ 65/71 = JBl 1992, 798

OGH 21.10.1992, 9 ObA 229/92

OGH 13.1.1993, 9 ObA 320/92, Arb 11.067 = DRdA 1993, 381 (*Andexlinger*)

OGH 14.4.1993, 9 ObA 73/93, WBl 1993,294 = SozArb 1994 H2,13 = RdW 1993, 341

OGH 8.7.1993, 9 ObA 114/93, Arb 11.092 = DRdA 1994, 70 = WBl 1993, 398 = SZ 66/83 **(Diäten-E)**

OGH 8.7.1993, 9 ObA 168/93

OGH 11.8.1993, 9 ObA 200/93 **(EDV-Organisator),** Arb 11.107 = ARD 4526/11/94= DRdA 1994/9 (*Floretta*) = ZAS 1995/7 (*Reissner*) = WBl 1994, 55 = RdW 1994, 86 = ecolex 1993, 844

OGH 22.12.1993, 9 ObA 223/93, ecolex 1994, 339 = RdA 1994,409 (*Anzenberger*) = SZ 66/186

OGH 16.3.1994, 9 ObA 27/94, ARD 4558/54/98 **(Messdiensttechniker-E)**

OGH 16.3.1994, 9 ObA 26/94, ARD 4558/54/98

OGH 25.5.1994, 9 ObA 76/94, RdW 1994, 359 (**Geschäftsführer-E)**

OGH 14.9.1994, 9 ObA 142/94, Arb 11.248

OGH 28.10.1994, 9 ObA 198/94, Arb 11.304

OGH 16.3.1995, 8 ObA 320/94, Arb 11.360 = DRdA 1996/5, 47 (*Eypeltauer*)

OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95, SZ 68/64

OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95, SZ 68/76 = Arb 11.381 = DRdA 1996, 36 (*Kalb*) **(Lehrer-E)**

OGH 13.9.1995, 9 ObA 90/95

OGH 18.1.1996, 8 ObS 5/96, infas 1996 A 86 = RdW 1997, 151 = wbl 1996, 282

OGH 22.10.1997, 9 ObA 151/97i, Arb 11.662 = SZ 70/219

OGH 22.10.1997, 9 ObA 274/97b, RdA 1998/39

OGH 22.12.1997, 8 ObA 262/97f, DRdA 1998, 359 = infas 1998/ A79 (**Integrationsfähigkeits-E**)

OGH 26.2.1998, 8 Ob 62/98w, RdA 1999, 75 = ARD 4991/7/98

OGH 10.6.1998, 9 ObA 55/98y, DRdA 1999, 209 (*Gahleitner*)

OGH 27.4.1999, 4 Ob 79/99t, SZ 72/78

OGH 30.6.1999, 9 ObA 160/99s, DRdA 2000, 311 (*Binder*) = ZAS 2000, 118 (*Gahleitner*) (Betriebsübergang)

OGH 25.11.1999, 8 ObA 298/99b, SZ 72/198

OGH 5.4.2000, 9 ObA 80/00f, Arb 12.011 = JBl 2000, 738

OGH 17.5.2000, 6 Ob 1/00s, ecolex 2000/313 (795) (*Rabl*)

OGH 25.5.2000,1 Ob 318/99t, SZ 73/86

OGH 24.1.2001, 9 Ob 13/01d **(Prokurist-E)**

OGH 11.10.2001, 8 ObA 190/01a (Aufgriffsobliegenheit bei Betriebsübergang)

OGH 15.11.2001, 8 ObA 123/01y, ARD 5290/10/2002 = DRdA 2002/45 (*Kallab*) (**Vorstrafen-E)**

OGH 13.3.2002, 9 ObA 9/02t, DRdA 2003/12, 150 (*Trost*)

OGH 22.5.2002, 9 ObA 102/02v (Betriebsübergang)

OGH 19.9.2002, 8 ObA 25/02p, ASoK 2003, 278 = RdW 2003/ 173 = DRdA 2003, 177 (**Krankenstand-E1**)

OGH 24.4.2003, 6 Ob 39/03h, SZ 2003/43

OGH 21.5.2003, 9 ObA 262/02y, (**Krankenstand-E2**)

OGH 24.6.2004, 8 ObA 59/04s, ARD 5577/5/05

OGH 31.8.2005, 9 ObA 125/05f

OGH 7.6.2006, 9 ObA 90/05h

OGH 18.10.2006, 9 ObA 100/06f (**Tänzer-E**)

OGH 1.2.2007, 9 ObA 16/06b, SZ 2007/15

OGH 10.4.2008, 9 ObA 180/07x, ZAS 2008, 150 = ARD 5914/4/2008 = ecolex 2008/319 (847)

OGH 20.8.2008, 9 ObA 29/08t

OGH 28.1.2009, 1 Ob 145/08t, ecolex 2009, 580 = RdW 2009, 519

OGH 24.2.2009, 9 ObA 122/07t, Arb 12.797 = RdW 2009/461 (493) = ecolex 2009, 428, ua (**Asylrechtsfall**)

OGH 30.9.2009, 9 ObA 91/08k

OGH 29.9.2010, 9 ObA 2/10z, ARD 6127/2/2011 = Arb 12.920

OGH 4.11.2010, 8 ObA 72/10m, ASoK Spezial 2012, 58= ARD 6143/6/2011 = DRdA 2011,282 = Arb 12.929

OGH 22.12.2010, 9 ObA 112/10a, ARD 6145/8/2011 = ecolex 2011/145 (*Eypeltauer*) (**Krankenstand-E3)**

OGH 22.12.2010, 9 ObA 27/10a, infas 2011/ A25= ecolex 2011, 353

OGH 22.12.2010, 9 ObA 30/10t, infas 2011/ A26 = DRdA 2011, 461 = RdW 2011, 352 = ZAS 2011, 318 (*Reiner*)

OGH 30.1.2012, 9 ObA 137/11d

OGH 30.4.2012, 9 ObA 45/12a (**Außendienstmitarbeiter-E**)

OGH 27.11.2012, 8 ObA 37/12t

OGH 27.11.2012, 8 ObA 63/12s

VfGH 7.10.1957, B 84/57, VfSlg 3226/1957

VfGH 5.12.1984, B 370/83, VfSlg 10.297 = DRdA 1985/14 (*Floretta*)

VfGH 23.2.1985, B 517/84-11, VfSlg 10.344 = DRdA 1985/14 (*Floretta*)

VfGH 19.6.1993, G 233/92, VfSlg 13.455 = DRdA 1993, 500 (Kostentragung)

VwGH 25.2.1949, GZ 0866/48 VwSlg 702A

VwGH 19.10.1950, GZ 2444 u 2445/49 VwSlg 1697A

VwGH 25.1.1951, GZ 626/49 VwSlg 1895A

VwGH 7.6.1956, Zl 2931/54 VwSlg 4087 = Arb 6458

VwGH 23.3.1961, Zl 1532/59 Arb 7356

VwGH 28.6.1977, Zl 2300/75, Arb 9599 = ZAS 1978/25, (*Floretta*)

VwGH 11.3.1981, Zl 01/0512/80 Arb 9954 = ZAS 1982, 151 (*Müller*)

VwGH 6.10.1982, Zl 82/01/0153, 0154, Arb 10.151

VwGH 15.6.1983, 82/01/0190, Arb 10.319 = RdA 1985/5 (117)

VwGH 24.4.1987, 86/01/0282

OLG Wien 27.6.1991, 31 Ra 43/91, ARD 4293/3/91

OLG Wien 18.9.1996, 7 Ra 307/96k

LG Klagenfurt 15.12.1954, 2 Cg 48/54, Arb 6115

ASG Wien 27.7.1987, 23 Cga 1156/87, Arb 10.650

ASG Wien 22.1.2001, 24 Cga 158/98z, ARD 5280/12/2002

EA Linz 12.6.1922, Reg I 206/22, Arb 3220

EA Wien, 13.12.1947, Reg III 10/47, Arb 4923

EA Amstetten 4.2.1955, Re 13/54, Arb 6165

EA Klagenfurt, 8.4.1957 , Re 5/57, Arb 6638

EA Wien 4.12.1962, SozM II B, 651

EA Wien 10.6.1964, Re 171/64, Arb 7949

EA Graz 28.11.1966, Re 17/66, Arb 8397

EA Salzburg 5.9.1977, Re 5/77, Arb 9622 = ZAS 1978, 41

EA Wien 11.6.1979, V Re 101/79, Arb 9790 = ZAS 1979, 201

EA Wien 23.6.1981 Re II 191/81, Arb 9990 = ZAS 1981, 161

EA Innsbruck 12.2.1982, Re 14/81, Arb 10.076

EA Wien 10.5.1982 Re 42/81 Arb 10.084

EA Innsbruck 17.11.1983 Re 38/83, Arb 10.281 = ZAS 1984, 81 = RdW 1984, 85

2.3. Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission – Senat II

10. Gutachten von November 2006

11. Gutachten von Jänner 2007

18. Gutachten von August 2008

20. Gutachten von Februar 2010

22. Gutachten von September 2010

24. Gutachten von September 2011

30. Gutachten von August 2012

31. Gutachten aus August 2012

2.4. Deutsche Judikatur

BVerfG AP KSchG 1969 § 23 Nr 17

BAG 12.10.1954, 2 AZR 36/53, BAGE 1, 110, AP Nr 5 zu § 3 KSchG

BAG 23.11.1961, 2 AZR 301/61, DB 1962, 243

BAG 14.5.1964 AP Nr 5 zu § 242 BGB

BAG 8.6.1972, AP Nr 1 zu § 1 KSchG 1969

BAG 19.7.1973, AP Nr 32 zu § 138 BGB

BAG 9.9.1982, EzA § 611 BGB, AN-Begriff Nr. 1

BAG 2.4.1987, 2 AZR 227/86, BAGE 55, 190, 196

BAG 16.2.1989, EzA § 138 BGB Nr 23 (HIV-Fall), AP Nr 46 zu § 138 BGB = NZA 89,962

BAG 10.10.1990, AP Nr 47 zu § 138 BGB

BAG 24.10.1996, 2 AZR 309/75, BAGE 28, 176, 183f mwN

BAG 21.2.2001, 2 AZR 15/00

BAG 22.5.2003, AP Nr 18 zu § 1 KSchG 1969

BAG 16.9.2004, AP Nr 142 zu § 102 BetrVG 1972

BAG 14.12.2004, AP Nr 62 zu § 138 BGB = NZA 2005, 637

LAG Schleswig-Holstein 22.6.2011, NZA-RR 2004, 356

ArbG Göttingen DB 1961, 1296

3. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

§	Paragraph
§§	Paragraphen
%	Prozent
aA/AA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Arbeitgeber
AGG	(dt) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AN	Arbeitnehmer
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
Ao/ao	außerordentlich (-er/-e)
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des dt Bundesarbeitsgerichts BAG/Loseblatt-Sammlung)
APSG	Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz
AR	Arbeitsrecht
ArbG	(dt) Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz 1964
Arb (Slg)	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ArbVGNov	Arbeitsverfassungsgesetznovelle
ARD	ARD-Betriebsdienst
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGAnpG	Arbeits- und Sozialgerichts-Anpassungsgesetz
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei

ASRÄG	Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz
ATS	Österreichische Schilling
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	Berufsausbildungsgesetz
BAG	(dt) Bundesarbeitsgericht
BBiG	(dt) Berufsbildungsgesetz
BBVG	Bahn-Betriebsverfassungsgesetz
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BG	Bezirksgericht
BGB	(dt) Bürgerliches Gesetzbuch
B-GBK	Bundes-Gleichbehandlungskommission
B-GlBG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage (n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BR	Betriebsrat/Betriebsräte
BRG	Betriebsrätegesetz
BRGO	Betriebsrats-Geschäftsordnung
bspw	beispielsweise
BV	Betriebsvereinbarung
BVerfG	(dt) Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe
dh/Dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
DRGBl	Deutsches Reichsgesetzblatt
dt	deutsche (-s, -r)
dKSchG	(dt) Kündigungsschutzgesetz
E	Entscheidung

EA	Einigungsamt
EBR	Europäischer Betriebsrat
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaften
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erl	Erläuterung (en)
ESC	Europäische Sozialcharta
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	folgende
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
frz	französisch (-er)
FS	Festschrift
G	Gesetz
GAW	Gleichbehandlungsanwaltschaft
GBK	Gleichbehandlungskommission
GAngG	Gutsangestelltengesetz
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	(dt) Grundgesetz
GlBG	Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMG	Gebrauchsmustergesetz
GP	Gesetzgebungsperiode

GRC	Europäische Grundrechtecharta
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende(r, n) Ansicht
HbG	Hausbesorgergesetz
HBO	Hausbesorgerordnung
hL	herrschende(r, n) Lehre
hM	herrschende (r, n) Meinung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinn
ImmZ	Österreichische Immobilienzeitung
Infas	Information aus dem Arbeits- & Sozialrecht
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iRd	im Rahmen des (-r)
iSd	im Sinne des (-r)
iSe	im Sinne eines (-r)
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JZ	(süddeutsche) Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KoalG	Koalitionsgesetz 1870
Komm	Kommentar
KSchG	Konsumentenschutzgesetz

KV	Kollektivvertrag
LAG	(dt) Landesarbeitsgericht
LAO	Landarbeitsordnung
leg cit	legis citatae
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
LGBl	Landesgesetzblatt
lit	litera
lt	laut
mE/ME	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
mind	mindestens
Mio	Million (en)
MRG	Mietrechtsgesetz
MRK	Menschenrechtskonvention
MSchG	Mutterschutzgesetz
MuSchG	(dt) Mutterschutzgesetz
mwN	mit wichtigen Nachweisen
NDP	Nationaldemokratische Partei
Nov	Novelle
Nr	Nummer
NSchG	Nachtschwerarbeitsgesetz
NVG	Nahversorgungsgesetz
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
öarr	Österreichisches Archiv für Recht und Religion
OFG	Opferfürsorgegesetz
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht

ONB	Österreichische Nationalbibliothek
oö	oberösterreichische (-r,-n)
Öst. AR	Österreichisches Arbeitsrecht
Pkt	Punkt
RAG	(dt) Reichsarbeitsgericht
RdA	Österreichisches Recht der Arbeit
RDB	Rechtsdatenbank
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RN	Randnummer
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
s	siehe
S	Seite
SchSpG	Schauspielergesetz
sE/SE	seines Erachtens
SeemG	(dt) Seemannsgesetz
Slg	Sammlung
sog	sogenannte/-r/-s
StGB	Strafgesetzbuch
StGBl	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
TAG	Theaterarbeitsgesetz
TN	Teilnovelle

u	und
ua	und andere / unter anderem
uÄ	und Ähnliche (-s)
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VBG	Vertragsbedienstetengesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
Vgl/vgl	Vergleiche
VKG	Väter-Karenzgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- & Sozialrecht
zB/ZB	zum Beispiel
ZellKomm	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

4. ABSTRACT

4.1. Abstract deutsch

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit den möglichen Anwendungsfällen der sittenwidrigen Kündigung iSd § 879 ABGB und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen auseinander. Im Unterschied zu anderen Beendigungsarten, wie der Entlassung oder dem vorzeitigem Austritt, ist die Kündigung im österreichischen Arbeitsrecht durch die Begründungsfreiheit geprägt. Neben den gesetzlichen Bestimmungen des allgemeinen und individuellen Bestandsschutzes, bilden nach Rechtsprechung und herrschender Lehre auch die Guten Sitten eine Grenze der Kündigungsfreiheit. Der historische Abschnitt beleuchtet daher zunächst die Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzes, sowie die Auseinandersetzung zur Normenkonkurrenz. Danach wird der umfassende Begriff der Sittenwidrigkeit einer näheren Betrachtung unterzogen. Auch Anregungen aus dem deutschen Arbeitsrecht werden in einem eigenen Kapitel beleuchtet.

Das Hauptaugenmerk dieser Arbeit liegt in der Frage, welche Anwendungsfälle Lücken im Kündigungsschutzrecht darstellen, die mit Hilfe der Guten-Sitten-Klausel zu schließen sind. Dazu werden die einzelnen Tatbestände des § 105 Abs 3 Z 1 lit a bis j ArbVG, sowie des § 17 GlBG genau betrachtet. Das Untersuchungsergebnis zeigt, dass ein Rückgriff auf die Generalklausel des ABGB vor allem dann in Betracht kommt, soweit sich das missbilligte Kündigungsmotiv ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Grundrecht verletzt. Insbesondere für Arbeitnehmer außerhalb des betriebsverfassungsrechtlichen Teils des ArbVG entfaltet die „Kernwirkung“ der Grundrechte durch verfassungskonforme Auslegung von Generalklauseln auch im Verhältnis zwischen Privaten mittelbar ihre Wirkung. Aber auch Fälle der Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse können die Nichtigkeit der Arbeitgeberkündigung iSd § 879 ABGB nach sich ziehen. Zusammenfassend werden die erarbeiteten Anwendungsfälle werden in einzelne Fallgruppen gegliedert.

Zuletzt widmet sich die vorliegende Arbeit den Rechtsfolgen sittenwidriger Kündigungserklärungen. Anknüpfend an den Grad der relativen Nichtigkeit setzt sich die Dissertation mit der rechtsanalogen Anwendung des § 105 Abs 4 und 5 ArbVG hinsichtlich der Aufgriffsobliegenheit der Nichtigkeit, der dabei einzuhaltenden Fristen sowie der Beweismaßerleichterung auseinander. Den Schluss bildet die Auseinandersetzung mit der Frage schadenersatzrechtlicher Konsequenzen bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten sowie der Menschenwürde durch ein sittenwidriges Kündigungsmotiv.

4.2. Abstract englisch

The present work deals with applications of the immoral termination apart within the meaning of § 879 Austrian Civil Code and the legal consequences linked to it. Unlike other termination types, such as the dismissal or early departure, the cancellation in the Austrian Labour Law is characterized by the creation of freedom. In addition to the statutory provisions of general and individual dismissals protection, even the good manners in accordance with § 879 Austrian Civil Code form a limit of termination freedom. The historical section therefore first exams the development of the general dismissal protection and the debate about the norm competition. After that, the comprehensive concept of moral standards closer consideration is subjected. Also suggestions from the German Labour Law are illuminated in a separate chapter.

The main focus of this work lays in the question which use cases represent gaps in employment protection legislation, to be concluded with the help of good-morals clause. For that purpose the individual facts of § 105 (3) Z 1 Labour constitution Act and § 17 Austrian Equal Treatment Act are subjected to close examination. The research result shows that the recourse to the general clause of the Civil Code will come into consideration, when a disapproved termination motif infringes constitutionally guaranteed fundamental rights. In particular, for workers outside the works constitution part of the Labour Constitution Act, the “core effect” of fundamental rights by constitutional interpretation of general

clauses in the relationship between private, unfolds indirect effect. Even cases of exercise codetermination powers can pull the nullity of the employers notice as defined in § 879 Civil Code by itself. In summary, the developed applications are divided into individual groups of cases.

Last, the present work is devoted to the legal consequences of immoral notices. Building on the degree of relative nullity, the thesis sets with the right analog application of § 105 (4) and (5) apart Labour Constitution Act regarding the apprehension obligation, the nullity of the case deadlines and the onus of proof. The conclusion is the examination of the question of legal action for damages for breach of personal rights and human dignity through an immoral termination motif.

5. CURRICULUM VITAE

Persönliche Informationen

Name: Mag. Martina Ploderer

geboren am: 1.9.1971 in Wien

E-Mail: m.ploderer@gmx.at

Nationalität: Österreich

Bildungsweg:

1982 – 1990 Bundesrealgymnasium mit sportlichem Schwerpunkt, Parhamerplatz

1990 – 1999 Studium der Rechtswissenschaften (Universität Wien)

Schwerpunktsetzung in folgenden Rechtsgebieten:

- Österreichische & europäische Rechtsgeschichte „Städtebünde als Vorformen europäischer Einigung“ Leitung: Prof. Hoke
- Strafrecht & Kriminologie: „Schizophrene Straftäter“Leitung: Prof. Knecht
- Zivilrecht: „Aktuelle Probleme des Zivilrechts", Schwerpunkt: Produkthaftung, Leitung: Prof. Welser
- Europarecht & Recht Int. Organisationen / Studienreise nach New York und Washington (Thema: Internationale Organisationen, Aufenthalt UN Headquarters in New York) Leitung: Prof. Schützmüller

Juristische Tätigkeiten neben dem Studium

- Rechtsanwaltskanzlei Spitzy & Lenzinger

1999 – 2000 Gerichtspraxis als Aufnahmewerberin zur Richteramtsanwärterin:

- Bezirksgericht Donaustadt (Zivil- & Exekutionssachen)
- Landesgericht für Strafsachen
- Landesgericht für Zivilrechtssachen (Familienrecht)

Berufserfahrung

08/ 2001 Allianz Elementar Versicherungs-AG: Underwriting für Unfall-, Haftpflicht- & Rechtsschutzversicherung im Privat- und Gewerbebereich

02/ 2005- Führungskräfteausbildung (im Rahmen der Allianz Potentialprogramms 07/ 2006 für Nachwuchsführungskräfte)

08/ 2005 Teamleiterin Vertrag Sachversicherung Gewerbe- & Privatversicherung

05/ 2008 Ausbildnerin für alle Vertriebseinheiten (HR-Qualifizierung)

08/ 2008 Mitglied des Unterausschusses für den Außendienst im österreichischen Versicherungsverband

08/2008 3-jährige Autorentätigkeit für den Bildungsverein der österreichischen Versicherungswirtschaft (BÖV) für den Bereich Sachversicherung

Sprachkenntnisse

Deutsch: Muttersprache
Englisch: fließend in Wort und Schrift

Zusatzausbildungen

ECDL (European Computer Driving Licence)
Oktober 2000 bis April 2001 (bfi Wien)

Diplomlehrgang „Train the Trainer“ / Modul A BusinesstrainerIn
Dezember 2008 bis Februar 2009 (Jelinek Akademie Wien)

Lehrgang „Mitarbeiter Coaching für Führungskräfte“
Oktober bis Dezember 2010 (Jelinek Akademie Wien)

Doktoratsstudium Rechtswissenschaften
Oktober 2009 bis April 2014