

Mit Beilage

wirtschaftsrechtliche
blätter:wbl

Heft 2 Februar 2014
136. Jahrgang

Juristische Blätter

Aufsätze

- Prof. Dr. Dr. mult. h. c. Bernd Rüthers:
Verfassung und Methoden 69
- RA Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. HSG, LL.M.:
**Sperrrecht, Vertrauens- und Rechtsschutz
im betrieblichen Vorverfahren und Ermessens-
kontrolle bei Betriebsratsentscheidungen** 80

Aus den Vereinen / Ankündigungen

- Seminar für Bankrecht 2014 – Ankündigung 100
- Veranstaltungsreihe „Aktuelle Probleme des Wirt-
schaftsprivatrechts“ – Ankündigung 100
- Tagung „Interessenabwägung und Abwägungsent-
scheidungen“ – Ankündigung 100

Rechtsprechung

Verfassungsgerichtshof

- Aufhebung des § 31a Abs 1 letzter Satz Eisen-
bahngesetz 1957 über die Vermutung der Richtig-
keit von Privatgutachten wegen Verstoßes gegen
das Rechtsstaatsprinzip und mangels Erforder-
lichkeit der Abweichung vom Grundsatz der
freien Beweiswürdigung
(VfGH 02.10.2013, G 118/2012) 101

Ordentliche Gerichte – Zivilsachen

- Herabfallen von Gesteinsbrocken von einer Fels-
wand ohne gefährliche Nutzungsart oder mensch-
liche Vorhandlung: weder nachbarrechtliche An-
sprüche noch Haftung aus Ingerenzprinzip
(OGH 29.08.2013, 8 Ob 79/13w) 107
- Einlagerung von Sachen Dritter nach Ersatzvor-
nahme eines behördlich angeordneten Abbruchs:
klagbare Abholungsverpflichtung des Eigentümers
(OGH 23.10.2013, 2 Ob 179/12f) 109
- Doppelveräußerung einer Liegenschaft: Eigen-
tumsübertragung vom Zweitkäufer direkt an den
Erstkäufer qua Schadenersatz
(OGH 19.09.2013, 1 Ob 140/13i) 113

- Interview eines Richters im Ruhestand, das sich auf
richterliche Tätigkeit bezieht, kein Handeln als
Organ in Vollziehung der Gesetze
(OGH 21.11.2013, 1 Ob 186/13d) 116

- Haftung des Werkunternehmers für Gewässerver-
unreinigungen nach Fertigstellung und Übergabe
des Werks an den Anlagenbetreiber
(OGH 29.08.2013, 1 Ob 127/13b) 118

- Teilabweisung auch bei konfessorischen Dienst-
barkeitsklagen zulässig
(OGH 09.07.2013, 4 Ob 93/13z) 121

Strafsachen

- Eigenberührung als dem Beischlaf gleichzusetzen-
de geschlechtliche Handlung
(OGH 29.08.2013, 13 Os 54/13k) 125

- Wirksamkeit eines schriftlich abgegebenen
Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten
(OGH 05.09.2013, 12 Os 97/13a) 126

- Überprüfbarkeit strafgerichtlicher Diversionsent-
scheidungen im Rechtsmittelverfahren
(OGH 10.10.2012, 12 Os 84/12p –
a. Univ.-Prof. Dr. Hannes Schütz) 127

Verwaltungsgerichtshof

- Akteneinsicht für Parteien eines anhängigen oder
abgeschlossenen Verfahrens auch ohne Zweckangabe
(VwGH [verstärkter Senat] 22.10.2013, 2012/10/0002) 130

Korrespondenz

- Die „in der Lehre geteilte“ Rechtsauffassung des
OGH (o. Univ.-Prof. Dr. Kurt Schmoller) 135

Literatur

Impressum 136

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier – TCF

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

RA Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. HSG, LL.M., Wien

Sperrrecht, Vertrauens- und Rechtsschutz im betrieblichen Vorverfahren und Ermessenskontrolle bei Betriebsratsentscheidungen*)

Zugleich eine Besprechung von OGH 25.06.2013, 9 ObA 38/13y

Der OGH hat in einer auch in der Tagespresse beachteten Entscheidung die Kündigungsanfechtung eines Arbeitnehmers nicht zugelassen, der argumentiert hatte, die Zustimmung zur Kündigung sei unwirksam, weil sich der Betriebsrat am Kläger, einem ehemaligen Personalchef, habe „rächen“ wollen. Der folgende Beitrag setzt sich sehr kritisch mit der Entscheidung des OGH auseinander und zeigt auf, dass das Höchstgericht die Revision nicht nur hätte zulassen, sondern ihr auch hätte stattgeben müssen, weil bei der Orientierung an den Feststellungen der Unterinstanzen der Betriebsrat bei Erteilung der Zustimmung nicht bloß krass ermessensfehlerhaft handelte, sondern rechtsmissbräuchlich. Der Verfasser lehnt die hM ab, wonach Ermessensentscheidungen von Belegschaftsvertretungsorganen der gerichtlichen Kontrolle überhaupt entzogen seien und legt dar, dass bei sittenwidriger bzw rechtsmissbräuchlicher Zustimmung zur Kündigung durch den Betriebsrat der Arbeitgeber (wenn er von den Inhaltsmängeln nichts weiß) nur darauf vertrauen kann, dass der Betriebsrat eine „Stellungnahme“ iS des § 105 Abs 1 ArbVG abgegeben hat, nicht aber darauf, dass diese Stellungnahme auch die Wirkungen einer die Kündigungsanfechtung ausschließenden Zustimmung („Sperrrecht“) hat.

Deskriptoren: Anfechtung von Betriebsratsbeschlüssen, Belegschaftsinteresse, betriebliches Vorverfahren, Betriebsrat, Business Judgment Rule, Ermessensentscheidung, Ermessenskontrolle bei Betriebsratsentscheidungen, Kollusion von Arbeitgeber und Betriebsrat, Kündigung wegen Sozialwidrigkeit, Kündigungsschutz, Nichtigkeit von Betriebsratsbeschlüssen, Rechtsmissbrauch, Sittenwidrigkeit, Sperrrecht, Vertrauens- und Rechtsschutz, Willensbildung des Betriebsrates. §§ 38, 39, 42 Abs 1 Z 4, §§ 67, 68, 69, 105 Abs 6 ArbVG; §§ 879, 1295 ABGB.

Übersicht:

- A. Der Anlassfall
 - I. Die Entscheidung des OGH vom 25.06.2013, 9 ObA 38/13y
 - II. Die Entscheidungen der Unterinstanzen
- B. Bindung des Betriebsrates an das Gesetz und Ermessenskontrolle
 - I. Die hA zum freien Mandat des Betriebsrates
 - II. Das Belegschaftsinteresse als generelle Handlungsmaxime
 - III. Ermessensentscheidung und Ermessenskontrolle
 - 1. Wesen von Belegschaftsvertretungsorgan-Entscheidungen
 - 2. „Business Judgment Rule“ als geeigneter Maßstab für die Ermessenskontrolle
- C. Das betriebliche Vorverfahren im Besonderen
 - I. Problemfelder
 - II. Vertrauensschutz
 - 1. Kollusion von Arbeitgeber und Betriebsrat
 - 2. Schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers auf die Willensbildung des Betriebsrates
 - 3. Kein Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei sittenwidriger, rechtsmissbräuchlicher oder sonst unwirksamer Ausübung des Sperrrechtes
- D. Zur Entscheidung im Anlassfall

*) Der Beitrag ist Robert Rebhahn, dem Freund und hochrespektierten Kollegen, zum 60. Geburtstag gewidmet.

A. Der Anlassfall

I. Die Entscheidung des OGH vom 25.06.2013, 9 ObA 38/13y

Mit einer – auch in der Tagespresse beachteten und mit gewissem Befremden aufgenommenen¹⁾ – Entscheidung des OGH vom 25.06.2013²⁾ wies das Höchstgericht die außerordentliche Revision eines früheren Personalchefs eines Unternehmens gegen die Entscheidung des OLG Linz³⁾ zurück. Der Kläger hatte begehrt, die Kündigung, der der Betriebsrat nach den Feststellungen aus „Rache“ am Kläger und weil er diesem unbedingt die Anfechtung versperren wollte, die Zustimmung erteilt hatte, wegen Sozialwidrigkeit aufgrund nichtiger Zustimmung für rechtsunwirksam zu erklären und in eventu sie wegen Sittenwidrigkeit als nichtig festzustellen. Der OGH verwies darauf, dass die Rechtswirksamkeit des Zustimmungsb-

¹⁾ Vgl Gekündigter wehrlos gegen Betriebsrat, Presse-Rechtspanorama vom 28.07.2013 <diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1435328/Gekundigter-wehrlos-gegen-Betriebsrat> (19.11.2013).

²⁾ OGH 9 ObA 38/13y = ARD 6342/4/2013 = RdW 2013, 560.

³⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a.

schluss eines Betriebsrates zwar an Kollusion zwischen Betriebsrat und Dienstgeber scheitern könne,⁴⁾ eine solche hier aber nicht vorliege.⁵⁾ Im Übrigen, so das Höchstgericht, sei es stRsp, dass „ein außenstehender Dritter – insbesondere auch der Betriebsinhaber – die Erklärungen des Betriebsobmanns⁶⁾ jedenfalls dann als rechtswirksame Stellungnahme des Betriebsratskollegiums ansehen kann, wenn ihm die dabei allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung des Betriebskollegiums⁷⁾ nicht bekannt war und auch nicht auffallen musste (RIS-Justiz RS0051485)“.

Der Arbeitgeber, so der OGH, sei „weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des Betriebsrats anzustellen, wenn ihm nicht bekannt war oder hätte sein müssen, dass die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt war (RIS-Justiz RS0051490)“.

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte Einblicke in eine rechtsmissbräuchliche Willensbildung des Betriebsrates gehabt hätte oder hätte haben müssen, lägen nicht vor, so der OGH, „zumal mit der Feststellung, dass sich die Betriebsratsmitglieder mit der Zustimmung zur Kündigung ‚rächen‘ wollten, nach dem Gesamtzusammenhang nur die Reaktion des Betriebsrats auf den Umstand beschrieben wurde, dass verschiedene Äußerungen und Handlungen des Klägers in einem Zeitraum von fünf Jahren zu Unzufriedenheit in der Belegschaft geführt hatten“.

Und besonders bemerkenswert ist der folgende Satz: „Dass mit der Zustimmung die Anfechtbarkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit verhindert werden sollte, unterstreicht im vorliegenden Zusammenhang, dass sich der Betriebsrat der gesetzlichen Folgen der Zustimmung zur Kündigung nach § 105 Abs 6 ArbVG bewusst war.“

Danach sei aber auch die vom Kläger begehrte Prüfung der Zustimmungserklärung des Betriebsrates dahin, ob hier eine adäquate Interessenabwägung zugrunde läge, ausgeschlossen: „Auch sie liefe nämlich auf die richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinaus.“⁸⁾

⁴⁾ Der OGH verwies dabei auf seine Entscheidung vom 11.10.2007, 8 ObA 58/07y = DRdA 2008, 171 = infas 2008, 60.

⁵⁾ Dies dürfte zumindest im Revisionsverfahren tatsächlich nicht mehr strittig gewesen sein.

⁶⁾ Dieser Begriff findet sich tatsächlich so in der OGH-Entscheidung. Dass in diesem Wort der Wortteil „rats“ fehlt, kann auch in einem Höchstgerichtsurteil einmal vorkommen; schon erstaunlicher ist, dass sich der OGH noch der alten Formulierung „Betriebsratsobmann“ bedient, obwohl diese bekanntlich schon mit der ArbVG-Novelle 1986 (!) geschlechtsneutral in „Betriebsratsvorsitzende/r“ geändert worden war. Dies ist freilich das Geringste, was man an der Entscheidung bemängeln kann (dazu weiter im Text).

⁷⁾ Gemeint offensichtlich: „Betriebsratskollegiums“.

⁸⁾ Der OGH berief sich dabei auf „RIS-Justiz RS0051052; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch,

II. Die Entscheidungen der Unterinstanzen

Es ist nicht alltäglich, dass man sich als Rezent einer Höchstgerichtsentscheidung auch die Entscheidungen der Unterinstanzen besorgt, denn es geht ja bei der Besprechung in einer Fachzeitschrift um Rechtsfragen und nicht darum, wie die Sachverhaltsfeststellungen zustande gekommen sind. Auch für das Revisionsverfahren relevant ist freilich die Frage, ob der OGH auf der Basis der tatsächlich getroffenen Sachverhaltsfeststellungen der Unterinstanzen geurteilt hat. Davon sollte man im Regelfall ausgehen können; die vorliegende, sehr knappe Zurückweisungsentscheidung erweckt freilich mit dem sehr ungewöhnlichen Hinweis darauf, der Betriebsrat hätte seine – bekanntlich die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit versperrende – Zustimmung zur Kündigung „aus Rache“ erklärt, doch gewisse Neugier betreffend das im Verfahren tatsächlich Hervorgekommene. Auch der lapidare Satz des OGH, der Umstand, dass der Betriebsrat dem Kläger die Anfechtung habe abschneiden wollen, zeige nur, dass er sich der rechtlichen Folgen seiner Zustimmung bewusst gewesen wäre (!), hat jedenfalls bei mir den Eindruck erweckt, dass hier die Entscheidungen der Unterinstanzen etwas mehr Licht ins Dunkel bringen könnten.

Diese Einschätzung hat sich als richtig erwiesen und eine Heranziehung der im Verfahren getroffenen, freilich schon von der ersten Instanz selbst und umso mehr von den Folgeinstanzen bis zum OGH nicht ganz ernstgenommenen Feststellungen zeigt, dass *der OGH hier in mehrfacher Hinsicht ein Fehlurteil gefällt hat.*

Das LG Wels als Arbeits- und Sozialgericht traf in seinem Urteil vom 29.10.2012⁹⁾ unter anderem folgende Feststellungen:

„Der Kläger war zunächst von 1. Dezember 2004 bis zum 31. August 2009 Director Human Resources bei der beklagten Partei, anschließend als Director Strategische Initiativen & Kommunikation der ‚Powertrain Division‘ eingesetzt und vom 28. November 2011 bis Februar 2012 (also bis zu seiner Kündigung) wieder interimistisch als Director Human Resources für einen Standort der beklagten Partei.

Während der Tätigkeit als ‚Personalchef‘ hatte der Kläger zahlreiche Auseinandersetzungen mit Mitgliedern des Betriebsrates, wobei auch diverse persönliche Angriffe und Anschuldigungen vom Betriebsrat gegen den Kläger getätigt wurden.“¹⁰⁾

Das Erstgericht verweist dabei unter anderem auf ein Rundschreiben des Betriebsrates, in dem dieser ein Foto mit einer Pistole (!) veröffentlicht

ArbVG § 68 Rz 13 mwN; Weiss, aaO 571“, wobei sich das Zitat betreffend Weiss, der davor im Text noch nicht zitiert worden war, offensichtlich auf dessen Aufsatz bezieht: „Der praktische Fall – Probleme bei der Stellungnahme zur Kündigung“, DRdA 2011, 569.

⁹⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w.

¹⁰⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 4.

und in Bezug auf den Kläger ausgeführt hatte: „Wer nicht hören will, muss fühlen.“¹¹⁾

Persönliche Anschuldigungen oder Angriffe des Klägers gegen den Betriebsrat stellte das Erstgericht hingegen nicht fest.

Zwar ergaben die erstgerichtlichen Feststellungen klar, dass eine (vom Kläger zunächst auch behauptete) Kollusion iS eines treuwidrigen Zusammenwirkens zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht stattgefunden hatte, doch sprach das Erstgericht aus, dass von sämtlichen Zeugen (gemeint: anwesenden und abstimmenden Betriebsratsmitgliedern) bestätigt wurde, „dass sie vor der Abstimmung bzw Erteilung einer Zustimmung weder über die Gründe für die Kündigung des Klägers noch über seine soziale Situation informiert worden sind“. Und weiter heißt es im erstgerichtlichen Urteil:¹²⁾ „Naturgemäß kann daher auch keine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Klägers an der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses und jenen der Beklagten an dessen Beendigung stattgefunden haben, was allerdings eigentlich die Aufgabe des Betriebsrates wäre.“¹³⁾

Die Betriebsratsmitglieder, die über die Kündigung abstimmten und ihr letztlich (einhellig) zustimmten, hatten sich daher gemäß den Sachverhaltsfeststellungen vor der Abstimmung nicht darüber informiert, dass der Kläger offene Kreditverbindlichkeiten für sein Haus hatte und für zwei Kinder sorgepflichtig war, von denen eines an Zuckerkrankheit litt!

Berücksichtige man die Aussagen verschiedener Zeugen, so ergäbe sich – so das Erstgericht weiter – „zwangsläufig, dass Motiv für die Zustimmung zur Kündigung die Tätigkeit des Klägers als Leiter des Personalbüros in den Jahren 2004 bis 2009 war¹⁴⁾ und ihm die Mitglieder des Betriebsrates durch die Zustimmung zur Kündigung die Möglichkeit einer Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit nehmen wollten und sich dadurch für einzelne Maßnahmen, die er während dieser Tätigkeit gesetzt hat, und sein Verhalten während dieser Zeit rächen wollten. Von diesem Rachemotiv ist

insbesondere auch deswegen auszugehen, da von den Zeugen teilweise sogar bestätigt worden ist, dass aus der bereits vor der Sitzung vorbereiteten Stellungnahme Beilage ./I. sogar ein kleiner Teil, der positiv von der Arbeit des Klägers gesprochen hat, herausgestrichen worden ist“.¹⁵⁾

Endgültig bemerkenswert macht den Fall aber wohl folgende Ausführung des Erstgerichtes im Rahmen der Beweiswürdigung: „Bei der Einvernahme jener Zeugen, die bei der Sitzung des Angestelltenbetriebsrates am 26.6.2012 anwesend waren, entstand zwar der Eindruck, dass sich diese Zeugen entgegen ihrer¹⁶⁾ Beteuerungen nicht nur bereits vor der Streitverhandlung vom 29.10.2010¹⁷⁾, sondern auch während dieser Streitverhandlung vor dem Gerichtssaal hinsichtlich ihrer Aussagen abgesprochen haben. Sämtliche Aussagen waren insbesondere hinsichtlich des angegebenen Motives für die erteilte Zustimmung, weiteren Schaden vom Unternehmen abwenden zu wollen, derart ähnlich und nahezu wortident, wobei von keinem dieser Zeugen näher begründet werden konnte, worin dieser Schaden gelegen sein sollte, da der Kläger ja nicht mehr als Director Human Resources tätig war, sodass beim erkennenden Senat der Eindruck entstanden ist, dass dieses angebliche Motiv vom Betriebsratsvorsitzenden vorgegeben worden ist.“¹⁸⁾

Zusammengefasst gesagt, stellte das Erstgericht daher fest, dass

- der Betriebsrat schon längere Zeit vor der Kündigung den Kläger beschimpfte und in einer Weise bedrohte, die den Arbeitgeber mE zum Einschreiten in Richtung Kündigung oder gar Entlassung hätte veranlassen können;
- der Betriebsrat der Kündigung des Klägers deshalb zustimmte, weil er diesem die Anfechtung unter anderem wegen Sozialwidrigkeit verwehren wollte;
- sich der Betriebsrat mit dieser Zustimmungsentcheidung für bestimmte (freilich nirgendwo im Verfahren festgestellte!) Verhaltensweisen des Klägers als Personalchef „rächen“ und ihm die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit unmöglich machen wollte;
- sich der Betriebsrat vor seiner Zustimmungsentcheidung in keiner Weise über die soziale Situation des betroffenen Arbeitnehmers (Anfechtungsklägers) informierte und daher zB nicht darüber in Kenntnis war, dass dieser Kreditrückzahlungen für ein Haus zu leisten hatte und für zwei Kinder (davon eines zuckerkrank) sorgepflichtig war;
- sich zwar sämtliche Betriebsratsmitglieder im Gerichtsverfahren darauf beriefen, dass man mit der Zustimmung „weiteren Schaden vom Unternehmen haben abwenden wollen“, jedoch keiner der befragten Zeugen dies näher spezifi-

¹¹⁾ Darin liegt zweifellos ein Verhalten, das – wenn man es nicht ausnahmsweise als „milieubedingte Unmutsäußerung“ qualifiziert – auch bei einem Betriebsratsmitglied den Arbeitgeber zur Kündigung oder gar Entlassung veranlassen könnte, denn darin ließe sich eine gefährliche Drohung iS des § 107 StGB erblicken, die bei Annahme der Deliktsqualifikation nach § 107 Abs 2 StGB auch den Entlassungstatbestand des § 122 Z 2 ArbVG erfüllen würde. Abgesehen davon käme in Anbetracht der offenbar auch begangenen erheblichen Ehrverletzungen der Entlassungstatbestand des § 122 Z 5 ArbVG in Betracht.

¹²⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 7.

¹³⁾ Dass diese Aussage so nicht zutrifft, weil der Betriebsrat primär die Interessen der Belegschaft zu vertreten hat und es daher primär um die Abwägung von deren Interessen mit denen des betroffenen Arbeitnehmers gehen muss, wird unten noch zu erörtern sein.

¹⁴⁾ Anmerkung des Verfassers: Die Kündigung selbst wurde Mitte 2012 ausgesprochen.

¹⁵⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w.

¹⁶⁾ Gemeint: ihren.

¹⁷⁾ Gemeint wohl: 29.10.2012.

¹⁸⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 6 f.

zieren konnte, sondern das Gericht den Eindruck gewann, die Aussagen seien alle abgesprochen und vom Betriebsratsvorsitzenden vorgegeben worden.¹⁹⁾

Rechtlich meinte das Erstgericht, dass nach dem festgestellten Sachverhalt der Betriebsrat „der beabsichtigten Kündigung zwar aus unsachlichen Motiven zugestimmt und auch die erforderliche Interessenabwägung nicht vorgenommen“ hätte und eine Sittenwidrigkeit des Zustimmungsbeschlusses des Betriebsrates sich auch aus dem dem Beschluss zugrunde liegenden Motiv ergeben könne, der Kläger jedoch daraus nichts zu gewinnen vermöge, weil „die Möglichkeit der Geltendmachung sitten- oder rechtswidriger Motive im Kündigungsanfechtungsverfahren zu einer unzulässigen gerichtlichen Nachprüfung der im Betriebsratskollegium stattgefundenen demokratischen Willensbildung führen würde und daher ausscheidet“.²⁰⁾

Sodann kommt ein in diesem Zusammenhang wesentlicher Satz, bei dem das Erstgericht ebenfalls eine Passage von Weiss²¹⁾ wörtlich übernimmt: „Weil der Ausschluss der Anfechtbarkeit der Kündigung infolge einer ausdrücklichen Zustimmung gesetzliche Folge derselben ist, reicht es für die Annahme der Schädigungsabsicht nicht aus, wenn dies – ohne weitere Hintergedanken – der Grund für die Zustimmung war.“²²⁾

Der folgende Satz ist ebenfalls zitierwürdig:²³⁾ „Da die Beklagte als verfahrensbeteiligte Partei im Kündigungsanfechtungsverfahren an dieser *Schädigungsabsicht des Betriebsrates*²⁴⁾ nicht mitgewirkt hat und auch auf die Willensbildung des Betriebsrates keinerlei Einfluss genommen hat, ist in Folge dieses Beschlusses unabhängig von einer allfälligen Schadenersatzpflicht der missbräuchlich handelnden Betriebsratsmitglieder (*Floretta*, Das Sperrrecht des Betriebsrates im Lichte der jüngsten VfGH-Erkenntnisse, wbl 1987, 79 mwN) dem Kläger die Kündigungsanfechtung dennoch verwehrt.“

Das LG Wels war daher offenbar (wenn auch ein wenig verklausuliert) der Auffassung, dass der der Kündigung zustimmende Betriebsrat nicht nur „unsachlich“, sondern sehr wohl *in Schädigungsabsicht handelte*, was den Zustimmungsbeschluss sittenwidrig und damit unwirksam machen

könnte, dem Kläger die Berufung darauf aber deshalb verwehrt sei, weil der Arbeitgeber von dieser Sittenwidrigkeit (im Verfahren ziemlich unstrittig) nichts wusste bzw wissen musste.²⁵⁾

Das OLG Linz als Berufungsgericht wies die gegen das Ersturteil des LG Wels gerichtete Berufung des Klägers als unberechtigt ab und ließ die Revision nicht zu, „weil die Frage, ob eine Sittenwidrigkeit vorliegt, eine Frage des Einzelfalls ist“.²⁶⁾

Interessant sind zunächst die Ausführungen des OLG Linz zur Tatsachen- und Beweisrüge des Klägers, in der dieser begehrt, die Feststellung zu treffen, dass der Betriebsrat der beklagten Partei bei der Zustimmung zur Kündigung des Klägers mit Schädigungsabsicht gehandelt habe, weil sich der Betriebsrat an dem Kläger rächen und ihm so die Möglichkeit habe nehmen wollen, sich gegen die Kündigung zu wehren, was für den Kläger auch mit finanziellen Nachteilen verbunden sei.

Das Berufungsgericht erwiderte darauf, das Erstgericht habe ohnehin festgestellt, dass sich der Betriebsrat für verschiedene Äußerungen, die der Kläger als Personalchef getätigt hätte,²⁷⁾ habe „rächen“ und verhindern wollen, dass der Kläger die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten könne. „Eine konkrete Absicht einzelner, mehrerer oder aller Mitglieder des Betriebsrates, dem Kläger durch die Zustimmung zur Kündigung einen finanziellen oder sonstigen ‚Schaden‘ – mit Ausnahme des Ausschlusses von der Möglichkeit, die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten zu können – zufügen zu wollen, geht weder aus den Aussagen der von Erstgericht einvernommenen Betriebsratsmitglieder noch aus der Urkundenbeilage \.I. hervor und ist auch dem vom Erstgericht verwendeten Begriff, ‚sich rächen‘ (zu) wollen, nicht notwendig inhärent.“²⁸⁾

Eine Absicht der (Mehrheit der) Betriebsratsmitglieder, dem Kläger durch die Zustimmung zu seiner Kündigung finanzielle Nachteile zuzufügen, sei daher vom Erstgericht zu Recht nicht festgestellt worden.²⁹⁾

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob das Vorliegen einer „Schädigungsabsicht“ Sache der gerichtlichen Feststellungen ist oder nicht mehr der rechtlichen Beurteilung angehört; interessant ist jedenfalls, dass das Erstgericht – wie dargetan –

¹⁹⁾ Auf der Grundlage dieses Sachverhaltes bzw Eindruckes eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts der falschen Beweisausgabe vor Gericht (§ 288 StGB) zu richten, kam dem Gericht aber offenbar aus nicht bekannten Gründen nicht in den Sinn.

²⁰⁾ Das LG Wels beruft sich bei dieser mE unzutreffenden – und in ihrer Tragweite dem Erstgericht wahrscheinlich gar nicht bewussten – Aussage auf Weiss (DRdA 2011, 569), geht dabei aber über die – auch sonst überaus problematischen und nicht überzeugenden – Thesen dieses Autors noch hinaus.

²¹⁾ DRdA 2011, 572.

²²⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 8.

²³⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 8 f.

²⁴⁾ Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁵⁾ Dass nach den getroffenen Feststellungen der Betriebsrat tatsächlich in sittenwidriger Schädigungsabsicht handelte, ist hier mE geradezu evident (und schon deshalb die Entscheidung des OGH falsch); nicht richtig ist aber, wie noch darzulegen sein wird, dass der Arbeitgeber bei einer sittenwidrigen bzw in Schädigungsabsicht erfolgten Zustimmung zur Kündigung darauf vertrauen darf, dass die Zustimmungserklärung auch die Wirkung einer die Anfechtung ausschließenden Zustimmung hat.

²⁶⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a.

²⁷⁾ Nota bene: Keine dieser „Äußerungen“ wurde im Verfahren in irgendeiner Weise festgestellt!

²⁸⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 7.

²⁹⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 7.

dem zustimmenden Betriebsrat sehr wohl Schädigungsabsicht vorgehalten hatte, das Berufungsgericht aber aus demselben (von ihm übernommenen) Sachverhalt eine solche nicht ableitete. Wie unten zu zeigen sein wird, ist diese Ansicht des OLG Linz nicht haltbar und der Fall in Wahrheit geradezu ein *Paradebeispiel rechtsmissbräuchlicher und sittenwidriger Schädigung*.

Interessant sind die Rechtsausführungen des OLG Linz einerseits in ihrer Widersprüchlichkeit, andererseits aber auch deshalb, weil es zwar im Ergebnis die Rechtsauffassung des Erstgerichtes teilte, aber mit einer anderen Begründung. Während das Erstgericht von Schädigungsabsicht des Betriebsrates ausgegangen, aber der Meinung gewesen war, selbst im Falle sittenwidriger Schädigung bei der Zustimmung zur Kündigung könne sich der Arbeitgeber auf deren Wirksamkeit verlassen, wenn ihm die Sittenwidrigkeit bzw Schädigungsabsicht nicht bekannt war oder sein musste,³⁰⁾ vertrat das OLG Linz die Ansicht, dass bei einer in sittenwidriger Schädigungsabsicht erklärten Zustimmung zur Kündigung die Zustimmung auch bei fehlender Schlechtgläubigkeit des Arbeitgebers unwirksam und daher als nicht erklärt zu werten sei, dass aber im konkreten Fall von Schädigungsabsicht nicht gesprochen werden könnte. Das kommt in den folgenden Rechtsausführungen des OLG Linz zum Ausdruck:

Nach hRsp könne der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden durch einen ordnungsgemäßen Beschluss des Betriebsrates gedeckt sei. Nicht erforderlich wäre, dass der Arbeitgeber selbst Nachforschungen über die interne Willensbildung im Betriebsrat anstelle, und es wären ihm darüber hinaus solche Nachforschungen auch nicht erlaubt.³¹⁾ Für das weitere Prozedere genüge es noch nicht, dass der Arbeitgeber darauf habe vertrauen dürfen, dass innerhalb der einwöchigen Frist des § 105 Abs 1 ArbVG eine Aussage des Betriebsratsvorsitzenden vorliege, die auch beschlussmäßig gedeckt sei. Es müsse vielmehr darüber hinaus feststehen, so das OLG Linz, dass eine „wirksame“ Erklärung vorliege, die den Anforderungen an die „Stellungnahme“ iS des § 105 Abs 1 und 2 ArbVG genüge. Eine unwirksame Stellungnahme könne dann vorliegen, wenn die Stellungnahme gemäß § 879 ABGB sittenwidrig sei. Liege zwar eine sittenwidrige Kollusion nicht vor, sei aber die Zustimmung zur Kündigung sittenwidrig, ohne dass dem Arbeitgeber dies bekannt wäre oder bekannt sein müsste, so müsse differenziert werden: Der Arbeitgeber könne bezüglich der Rechtzeitigkeit des Kündigungsausspruches auf das Vorliegen der Stellungnahme vertrauen und die Kündigung bleibe weiterhin wirksam. Inhaltlich sei die Stellungnahme dann aber

als „nicht erfolgt“ anzusehen.³²⁾ Der Arbeitnehmer könne die Kündigung gleichartig wie bei Stillschweigen des Betriebsrates anfechten.³³⁾

Aufgrund des dem Betriebsrat eingeräumten, fast unbeschränkten Ermessens komme eine Gesetzwidrigkeit von Betriebsratsbeschlüssen kaum in Betracht; eine Sittenwidrigkeit könne sich insbesondere wegen des dem Betriebsratsbeschluss zugrunde liegenden Motivs ergeben. Und weiter heißt es in der Begründung: „Abgesehen davon, dass aufgrund des dem Betriebsrat eingeräumten Ermessens ein breites Feld von Kriterien für alle Entscheidungen offen steht, würde die (generelle) Möglichkeit der Geltendmachung sitten- oder rechtswidriger Motive zu einer – nach hA unzulässigen – gerichtlichen Nachprüfung der im Betriebsratskollegium stattgefundenen demokratischen Willensbildung führen und scheidet daher grundsätzlich aus (Weiss, *Probleme bei der Stellungnahme zur Kündigung*, DRdA 2011, 572; vgl Neumayr in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 13).“

Die offenkundige Widersprüchlichkeit dieser Begründung – einerseits die Möglichkeit sittenwidriger Zustimmung mit der Konsequenz der Unwirksamkeit dieser Erklärung (zumindest in punkto Zustimmungswirkung) zu bejahen, andererseits die Motiverforschung unter diffusem, kritiklos aus der Literatur übernommenem Hinweis auf die angebliche „Unzulässigkeit der Überprüfung der demokratischen Willensbildung des Betriebsrates“ doch wieder abzuschneiden, schien dem OLG Linz nicht bewusst zu sein.

Freilich zog das Berufungsgericht sodann eine „Grenze für den Ausschluss staatlicher Kontrolle“. Diese, so das OLG Linz, bestehe dort, „wo die Ausübung der Mitwirkungsbefugnisse offenbar den Zweck verfolgt, den anderen zu schädigen. Ein in Schädigungsabsicht gefasster Beschluss auf Zustimmung zur Kündigung wäre sittenwidrig iSd § 879 ABGB und damit nichtig.“³⁴⁾ Sodann wird der oben schon zitierte Satz von Weiss wiederholt, dass es für die Annahme einer Schädigungsabsicht nicht ausreiche, wenn der Ausschluss der Anfechtbarkeit der Kündigung in Folge einer ausdrücklichen Zustimmung „ohne weitere Hintergedanken“ der Grund für die Zustimmung gewesen sei, weil es sich beim Ausschluss der Anfechtbarkeit um die gesetzliche Folge der Zustimmung handle.³⁵⁾

Von einer gegen die guten Sitten verstößenden missbräuchlichen Rechtsausübung könne, so das OLG Linz weiter, nicht erst dann gesprochen werden, wenn demjenigen, der sein Recht ausübe, je-

³⁰⁾ Diese Sichtweise ist unzutreffend, und darauf wird noch genauer eingegangen werden.

³¹⁾ Das OLG Linz beruft sich hierbei auf *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hg), ArbVG (26. Lfg 2012) § 105 Rz 152.

³²⁾ Mit dieser Differenzierung trifft das OLG Linz genau den Punkt (siehe dazu unten C.II.3.), ohne daraus aber die für den Fall richtigen Konsequenzen zu ziehen.

³³⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 9; das Berufungsgericht stützt sich hierbei auf *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 105 Rz 154 und *Floretta*, Das „Sperrrecht“ des Betriebsrates im Lichte der jüngsten VfGH-Erkenntnisse, wbl 1987, 77.

³⁴⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 9 unter Verweis auf Weiss, DRdA 2011, 572 f.

³⁵⁾ Vgl Weiss, DRdA 2011, 573.

des andere Interesse abgesprochen werden müsse als eben das Interesse, dem anderen Schaden zuzufügen. Vielmehr liege nach neuerer Rsp Rechtsmissbrauch bereits dann vor, wenn unlautere Motive der Rechtsausübung augenscheinlich im Vordergrund stünden und daher andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund träten, bzw wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen Teils ein krasses Missverhältnis bestehe.³⁶⁾

Nach dieser an sich korrekten Darlegung des Standes von Lehre und (jüngerer) Rsp zur missbräuchlichen und sittenwidrigen Rechtsausübung hätte man in Anbetracht der Feststellungen, die kein einziges konkretes und vom Betriebsrat ins Treffen geführtes und im Interesse der Belegschaft gelegenes Motiv beinhalteten, sondern sogar deutlich machen, dass der Betriebsrat nicht einmal bereit war, sich über die Interessenlage des Klägers überhaupt zu informieren, erwarten können, dass das OLG Linz diese Kriterien nun auf den vorliegenden Fall anwenden würde.

Diese Erwartung wird jedoch enttäuscht, denn erstaunt liest man in der weiteren Begründung, dass dennoch die Zustimmung des Betriebsrates nicht rechtsmissbräuchlich gewesen sei, weil Sittenwidrigkeit der Zustimmung des Betriebsrates, so das OLG Linz, „nur dann in Betracht (kommt), wenn der Zustimmungsbeschluss – gemessen an den der Gesamtheit der Arbeitnehmerschaft gegenüber bestehenden Interessenwahrungspflichten – gänzlich unsachlich ist, etwa *allein*³⁷⁾ in zu missbilligenden persönlichen Motiven oder in einem diesen Interessen widerstrebenden Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber begründet ist. Dies ergibt sich im Umkehrschluss etwa aus der Entscheidung 9 ObA 126/95, in der der OGH betonte, die Geschäftsleitung habe keinen Einfluss auf die Entscheidung des Betriebsrates genommen. Der Zustimmungsbeschluss des Betriebsrates sei aus sachlichen Gründen und nicht wegen einer allfälligen persönlichen Abneigung gegen den Arbeitnehmer ergangen (11 Ra 5/02p OLG Linz)“.³⁸⁾

Im vorliegenden Fall, so das OLG Linz, sei die Zustimmung zur Kündigung „nicht etwa aus zu missbilligenden persönlichen Motiven, sondern [deshalb erfolgt], weil die einzelnen Betriebsrats-

mitglieder mit der Tätigkeit des Klägers als Director Human Resources in den Jahren 2004 bis 2009 unzufrieden waren, und sich durch die Zustimmung für verschiedene Maßnahmen, die er in dieser Funktion gesetzt hatte, und für verschiedene Äußerungen, die er getätigt hatte, ‚rächen‘ und verhindern wollten, dass er die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann“.³⁹⁾

Halte man sich vor Augen, dass leitende Angestellte, die wesentlichen Einfluss auf die Führung des Betriebes hätten, worunter vor allem solche zu verstehen wären, die durch ihre Position an der Seite des Arbeitgebers und durch Ausübung der Arbeitgeberfunktionen in einen Interessengegensatz zu anderen Arbeitnehmern geraten könnten, vom Geltungsbereich der Betriebsverfassung und damit vom allgemeinen Kündigungsschutz überhaupt ausgenommen seien, könne „der durch eine Unzufriedenheit mit einer Tätigkeit und verschiedenen Äußerungen des Klägers als Personalchef motivierte Zustimmungsbeschluss des Betriebsrats – gemessen an den der Gesamtheit der Arbeitnehmerschaft gegenüber bestehenden Interessenwahrungspflichten des Betriebsrats – nicht als gänzlich unsachlich erachtet werden“.⁴⁰⁾

Auch das Ziel der Betriebsräte, zu verhindern, dass der Kläger die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten könne, mache die Zustimmung zur Kündigung nicht sittenwidrig.

B. Bindung des Betriebsrates an das Gesetz und Ermessenskontrolle

I. Die hA zum freien Mandat des Betriebsrates

Sowohl in der OGH-Entscheidung als auch in den Entscheidungen der Unterinstanzen findet sich insgesamt mehrfach der Satz, dass „eine richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung“ nicht zulässig sei.⁴¹⁾ Als Belegstellen werden Arbeiten von *Weiss*⁴²⁾ und *Neumayr*⁴³⁾ genannt.

³⁹⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 10: Auch hier sei wieder in Erinnerung gerufen, dass die gerichtlichen Feststellungen keinerlei konkrete Maßnahmen, Handlungen oder Äußerungen des Klägers zum Gegenstand hatten, die vom Betriebsrat als Grund für die Zustimmung hätten ins Treffen geführt werden können. Dieses angebliche (und nach der Beweiswürdigung des Erstgerichtes auf vom Betriebsratsvorsitzenden vorgegebene, falsche Aussagen zurückzuführende) Motiv konnte und durfte daher bei der rechtlichen Beurteilung nicht verwendet werden!

⁴⁰⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 10; auch hier nochmals der Verweis, dass die gerichtlichen Feststellungen keinerlei Aufschluss darüber geben, welche Äußerungen oder Handlungsweisen des Klägers als Personalchef (nota bene: Jahre vor der Kündigung!) zur „Unzufriedenheit“ des Betriebsrates mit dem Kläger geführt hätten.

⁴¹⁾ OGH 25.06.2013, 9 Ob A/13y; OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 9; LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 8.

⁴²⁾ *Weiss*, DRdA 2011, 572.

⁴³⁾ *Neumayr* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG (13. Lfg 2006) § 68 Rz 13.

³⁶⁾ Das OLG Linz zitiert hier RIS-Justiz RS0026271 (T24).

³⁷⁾ Hervorhebung durch den Verfasser. Einen Absatz davor hatte das Berufungsgericht – wie zitiert – noch den Stand der neueren Rsp des OGH korrekt wiedergegeben, wonach sittenwidrige bzw in Schädigungsabsicht verfolgte Motive nur deutlich im Vordergrund stehen müssten, um Rechtsmissbrauch annehmen zu können.

³⁸⁾ Diese wörtlich zitierte Passage, nämlich insbesondere deren zweiter und dritter Satz ergeben auch nach mehrmaligem Lesen keinen wirklichen Sinn und lassen vor allem keinen Zusammenhang zum zu beurteilenden Sachverhalt erkennen, weil das Thema der Kollusion zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat hier ja tatsächlich (wenn es auch der Kläger noch ursprünglich vorgebracht hatte) keine relevante Rolle mehr spielte.

Mit dieser angeblichen Unzulässigkeit der gerichtlichen Überprüfung der Willensbildung im Betriebsratskollegium begründen die Gerichte im vorliegenden Fall die Unzulässigkeit der Erforschung der Motive des Betriebsrates für die erklärte Zustimmung zur Kündigung und der OGH gleich dazu die Unzulässigkeit der Überprüfung der Zustimmungserklärung dahingehend, ob ihr „eine adäquate Interessenabwägung zugrunde lag“.

Keines der drei Gerichte begründet die Ansicht näher, warum (Ermessens-)Entscheidungen des Betriebsrates gerichtlicher Überprüfung entzogen sein sollen. Man muss daher weiter zurückgehen.

Der von den Gerichten zitierte Weiss⁴⁴⁾ meint, „eine solche gerichtliche Überprüfung widerspräche den Strukturprinzipien der Interessenvertretung“ und beruft sich dabei auf diverse Quellen.⁴⁵⁾ Darüber hinaus präzisiert Weiss seine Sichtweise und meint, eine richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung sei „jedenfalls in jenen Bereichen, in denen es um die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens oder um die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe geht“, unzulässig. Damit beruft sich Weiss erkennbar auf die Entscheidung des OGH vom 27.09.1989,⁴⁶⁾ wo der OGH genau dies aussprach, eine wirkliche Begründung aber vermissen ließ.⁴⁷⁾

Darauf bezieht sich auch Neumayr⁴⁸⁾, der ergänzt, diese Einschränkung ergäbe sich schon daraus, „dass eine demokratische Willensbildung nur eingeschränkt gerichtlich nachprüfbar sein kann, weshalb eine gerichtliche Nachkontrolle grundsätzlich auf den Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot einzuschränken ist (§ 1295 Abs 2 ABGB [...]“.⁴⁹⁾

Spielbüchler⁵⁰⁾ ist jener Autor, der am grundsätzlichen und wohl ausführlichsten die These vom freien, richterlicher Überprüfung entbundenen Mandat mit einer auf vorsätzliche sittenwidrige Schädigung iS des § 1295 Abs 2 ABGB begrenzten zivilrechtlichen Haftung vertritt und verteidigt.

Spielbüchler⁵¹⁾, der sich vor 30 Jahren in einem nach wie vor überaus lesenswerten Beitrag veranlasst sah, „vor Fehlentwicklungen in Lehre und Praxis zu warnen“, meinte, jede Kontrolle der In-

teressenvertretung, die über eine Kontrolle der Grenzen ihrer Mitwirkungsmöglichkeiten hinausginge, bedeute letztlich eine Disziplinierung der Interessenverfolgung durch eigenständige Bewertung dieser Interessen und die Ersetzung „angeblicher“ durch „wahre“ Interessen. Dies schlage der Autonomie jeder Interessenvertretung ins Gesicht.

Unter Berufung auf Strasser⁵²⁾ sieht Spielbüchler das Verhältnis der Arbeitnehmer zur Arbeitnehmerschaft allein durch die Vorschriften des Betriebsverfassungsrechts bestimmt. Die einzelnen Arbeitnehmer könnten eine Verletzung der Interessenvertretungspflicht der Arbeitnehmerschaft nur durch die Abberufung der Betriebsratsmitglieder geltend machen. Die Arbeitnehmerschaft sei nicht in der Lage, die Besorgung der Interessenvertretung durch den Betriebsrat einzuklagen, und sie könne auch den einzelnen Arbeitnehmern daraus nicht haftbar werden.⁵³⁾

Natürlich träfen, so Spielbüchler⁵⁴⁾, den Betriebsrat und seine Mitglieder Pflichten. Die Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer sei nicht in sein Belieben gestellt, sondern dem pflichtgemäßen Ermessen anheim gegeben. Mangels Möglichkeit einer bindenden Willensäußerung der Arbeitnehmerschaft sei zwar das Ermessen nicht an den subjektiven Willen der Arbeitnehmer gebunden, es sei aber doch „an den objektiven Interessen zu orientieren“. Es gäbe „also Grenzen, deren Überschreiten das Handeln des Betriebsrates und seiner Mitglieder an sich⁵⁵⁾ pflichtwidrig macht“. Diese Pflichtwidrigkeit, so Spielbüchler, beträfe aber das Verhältnis Betriebsrat – Arbeitnehmerschaft und sei anders als über die Möglichkeit der Enthebung des Betriebsrates durch eine Zweidrittel-Mehrheit der Betriebsversammlung bzw Gruppenversammlung schon aus praktischen Gründen nicht zu ahnden. Denn weder sei die Arbeitnehmerschaft zur Geltendmachung von Haftungen oder Ansprüchen gegenüber dem Betriebsrat organisiert, noch sei sie überhaupt Vermögensträger und damit schädigungsfähiges Rechtssubjekt. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen scheidet folglich ebenso aus wie überhaupt ein Rechtsstreit zwischen Arbeitnehmerschaft und Betriebsrat. Das betriebsverfassungsrechtliche Instrumentarium sei eben insoweit ganz bewusst beschränkt.⁵⁶⁾

Nach einem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers gegen den mitwirkenden Betriebsrat gäbe es in diesem System keinen Bedarf, weil die individuelle Rechtsposition gegenüber der Arbeitnehmerschaft nicht weiter abgesteckt sei als gegenüber dem Arbeitgeber, und weil die Mitwirkung des Betriebsrates dem Arbeitgeber in diesem Be-

⁴⁴⁾ DRdA 2011, 571; so auch Rebhahn, Entscheidungsanmerkung, ZAS 1991, 14.

⁴⁵⁾ Vgl die Nachweise bei Weiss, DRdA 2011, 571 Fn 22.

⁴⁶⁾ OGH 9 ObA 262/89 = SZ 62/158 = Arb 10.821 = ZAS 1991, 14 (Rebhahn); ebenso RIS-Justiz RS0051052.

⁴⁷⁾ Vgl OGH 27.09.1989, 9 ObA 262/89; RIS-Justiz RS0051052.

⁴⁸⁾ Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 68 Rz 13.

⁴⁹⁾ Eine Begründung findet man auch hier nicht; vielmehr beruft sich Neumayr auf Rebhahn (ZAS 1991, 18) und Spielbüchler, Wider die Zählung der Räte, in FS Strasser (1983) 613 (631 f).

⁵⁰⁾ In FS Strasser 623 ff.

⁵¹⁾ In FS Strasser 618.

⁵²⁾ Strasser in Floretta/Strasser (Hg), ArbVG-HandKomm (1988) 241.

⁵³⁾ Spielbüchler in FS Strasser 618 f.

⁵⁴⁾ In FS Strasser 623.

⁵⁵⁾ Hervorhebung durch den Verfasser. Spielbüchler beruft sich dabei auf Strasser in Floretta/Strasser, ArbVG-HandKomm 241.

⁵⁶⁾ Spielbüchler in FS Strasser 623 f.

reich auch keine zusätzlichen Möglichkeiten einräume, sondern nur bestehende beschränke.⁵⁷⁾

Zwar sei die Beobachtung, dass der einzelne Arbeitnehmer „damit bloß noch einem zweiten Gewalthaber ausgeliefert wird, der neben den Arbeitgeber tritt“,⁵⁸⁾ berechtigt, doch müsse vom gesetzgeberischen Ziel her gesehen die Entscheidung für die alleinige Maßgeblichkeit der Gesamtinteressen der Arbeitnehmerschaft als ganz folgerichtig betrachtet werden. Es bestünde kein Anlass, sie als Träger von Pflichten einzurichten. Halte man die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers durch die Mitwirkung des Betriebsrates nicht für zureichend gewahrt, so müsse man seine Stellung gegenüber dem Arbeitgeber stärken. Die Einräumung von Rechten gegenüber dem Betriebsrat oder der Arbeitnehmerschaft sei dafür nicht nötig.⁵⁹⁾

Der repräsentative Charakter des Betriebsrates ermögliche es, diesem innerhalb des gesetzlichen Rahmens die freie⁶⁰⁾ Entscheidung zu überlassen. Wenn aber der Betriebsrat schon der Arbeitnehmerschaft gegenüber rechtlich frei sei, so müssten Bindungen gegenüber einzelnen Arbeitnehmern und dem Betriebsinhaber erst recht ausgeschlossen sein. Denn es würde einen unerträglichen Wertungswiderspruch bedeuten, wenn der Betriebsrat zwar gegenüber der ihn tragenden Arbeitnehmerschaft frei und nur politisch verantwortlich, Dritten gegenüber aber in irgendeiner Weise rechtlich gebunden sein sollte.⁶¹⁾

Hinzu komme, so *Spielbüchler*,⁶²⁾ als grundsätzlicher Gesichtspunkt, dass jede Interessenvertretung einen „eindeutigen Bezugspunkt“ voraussetze. Der Betriebsrat könne in Wahrheit nicht gleichzeitig gegenläufige Interessen vertreten. Wohl sei er häufig gezwungen, zwischen unterschiedlichen Gruppen und Interessen auszugleichen. Das Gesamtinteresse der Belegschaft werde sich aus vielen verschiedenen Teilinteressen ergeben und auch das überwiegende Interesse der Belegschaft werde mit vielleicht widersprüchlichen oder auch gegenläufigen Einzelinteressen in Beziehung gesetzt werden müssen. Aber diese Abwägung sei nur ein Schritt im Prozess der Willensbildung des Betriebsrates, diene also nur der Feststellung, was das Interesse der Arbeitnehmerschaft als solches sei. Das Ziel der Tätigkeit des Betriebsrates sei „nicht ein Interessenausgleich, sondern die Interessenvertretung nach außen hin im Verhältnis zum sozialen Gegenspieler“. Diese Interessenvertretung „würde aber durch die gleichzeitige Maßgeblichkeit gegenläufiger Interessen und ein mit Rechtsfolgen geknüpft Gebot, einen internen Ausgleich herzustellen, ganz entscheidend geschwächt“, was auch dann gelte, wenn der Vorrang kollektiver Interessen vor den Individualinteressen klargestellt wäre. Denn auch

in diesem Falle komme man um eine Bewertung nicht herum.⁶³⁾

II. Das Belegschaftsinteresse als generelle Handlungsmaxime

Dass sich der Betriebsrat bei seinem Handeln am Interesse der Arbeitnehmerschaft des Betriebes (Belegschaft) zu orientieren hat, ist seit jeher weitestgehend unstrittig, wenngleich der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, im zweiten Teil des ArbVG die Interessenvertretungsaufgabe im Allgemeinen etwas näher zu definieren.⁶⁴⁾

Zumindest früher noch nicht ganz unumstritten war hingegen, wessen Interessen der Betriebsrat insbesondere beim Kündigungs- und Entlassungs- bzw. Versetzungsschutz, also in jenen Angelegenheiten zu vertreten hat, die das individuelle Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers oder bestimmter Arbeitnehmer betreffen. Die vereinzelt Stimmen, die hier Individualrechte des Arbeitnehmers betreffen und mit der konkreten Ausgestaltung des Kündigungs- und Entlassungsschutzes Art 6 EMRK verletzt sahen,⁶⁵⁾ sind mit den Erkenntnissen des VfGH vom 05.12.1984⁶⁶⁾ und vom 23.02.1985⁶⁷⁾ verstummt.

In der Tat ist heute allgemein anerkannt, dass der Betriebsrat auch dann, wenn er über die Zustimmung oder Ablehnung einer einzelnen Mitarbeiter betreffenden Versetzung, die Zustimmung zur oder den Widerspruch gegen eine Kündigung oder Entlassung zu entscheiden hat, das Interesse der Belegschaft vertreten muss und nicht (primär) das des betroffenen Arbeitnehmers.⁶⁸⁾

Daraus lässt sich grundsätzlich ableiten, dass bei Kollision des Belegschaftsinteresses mit dem des von einer Kündigung, Versetzung oder Entlassung individuell betroffenen Arbeitnehmers das Belegschaftsinteresse Vorrang genießt. Das kann sich deutlich zB dann zeigen, wenn ein Arbeitnehmer einer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne verschlechternden Versetzung zustimmt und diese sogar aktiv anstrebt, der Betriebsrat aber, um kein aus seiner Sicht für die Belegschaft nachteiliges Präjudiz zu schaffen, die Zustimmung verweigert.⁶⁹⁾ Dieser vom Gesetz vorgegebenen Interes-

⁵⁷⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 630 f.

⁵⁸⁾ Vgl. *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG (6. Lfg 2004) §§ 38, 39 Rz 14; *Spielbüchler* in FS Strasser 623 ff, 629; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*² (2011) § 38 ArbVG Rz 1.

⁵⁹⁾ Zum ArbVG vor allem *Schrank*, *Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung* (1982) 92 ff; vgl zu den gleichlautenden Stimmen zum BRG 1947 und zur heute weitgehend einhellig vertretenen Gegenposition die Nachweise bei *Floretta*, wbl 1987, 77 f.

⁶⁰⁾ VfGH 05.12.1984, B 370/83 = VfSlg 10.297.

⁶¹⁾ VfGH 23.02.1985, B 17/84 = DRdA 1985, 283.

⁶²⁾ Vgl. OGH 4 Ob 79/85 = DRdA 1986, 63 = RdW 1985, 381; *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller* (Hg), ArbVG III⁴ (2009) § 101 Erl 7; *Schrank* in *Tomandl* (Hg), ArbVG-Kommentar (11. Lfg 2013) § 101 Rz 52 mwN.

⁶³⁾ Vgl. zB *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG (31. Lfg 2013) § 101 Rz 56 mwN; für Deutschland

⁵⁷⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 629.

⁵⁸⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 628.

⁵⁹⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 629.

⁶⁰⁾ Hervorhebung im Original.

⁶¹⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 630.

⁶²⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 630.

senausrichtung gemäß handelt der Betriebsrat auch dann, wenn er zB der Kündigung eines von weiten Teilen der Belegschaft als unverträglich oder intrigant abgelehnten Arbeitnehmers zustimmt und diesem damit die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit versperrt, selbst wenn die sozialen Interessen des Arbeitnehmers durch die Kündigung sehr stark betroffen sind.⁷⁰⁾ Ja es bedeutet auch keineswegs per se eine Pflichtwidrigkeit des Betriebsrates, wenn er sich zB die Zustimmung zu Kündigungen oder das Unterbleiben eines ausdrücklichen Widerspruches gegen Kündigungen durch Zugeständnisse gegenüber der Belegschaft (zB die Einwilligung in eine vom Betriebsrat angestrebte Betriebsvereinbarung oder die Verbesserung einer betrieblichen Wohlfahrtseinrichtung) „abkaufen“ lässt.

Gewiss ist richtig, dass das „Belegschaftsinteresse“ selbst aus unterschiedlichen, einander teilweise auch widersprechenden Teilinteressen zusammengesetzt ist und das überwiegende Interesse der Belegschaft mit uU gegenläufigen Einzelinteressen in Beziehung zu setzen ist und das betroffene Belegschaftsvertretungsorgan letztlich das herauszufiltern hat, was es als Interesse der von ihm vertretenen (Teil-)Belegschaft ausmacht.⁷¹⁾

Daraus den Schluss zu ziehen, dass die Interessenvertretungsaufgabe des Betriebsrates nicht in ein „mit Rechtsfolgen verknüpft Gebot“ gekleidet werden kann, einen internen Ausgleich herzustellen,⁷²⁾ ist mE aber verfehlt.

Warum dadurch außerdem, wie *Spielbüchler*⁷³⁾ meint, die „Interessenvertretung [...] entscheidend geschwächt“ würde und die gerichtliche Überprüfung „vermeintliche“ durch „wahre“ Interessen ersetzen würde, entzieht sich rationaler Betrachtung. Damit würde sich *jede* gerichtliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen jedes Organs ad absurdum führen.

Es ist schon richtig, dass Interessenvertretung „einen eindeutigen Bezugspunkt voraussetzt“.⁷⁴⁾ Nicht ersichtlich ist aber, warum das aus zugegebenermaßen unterschiedlichen und vielleicht zueinander gegenläufigen Teilinteressen zusammengesetzte „Belegschaftsinteresse“ einen weniger tauglichen „Bezugspunkt“ abgeben soll als zB das vom Vorstand/der Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft zu beachtende Unternehmensinteresse oder „Unternehmenswohl“ (iS des § 70 Abs 1 AktG). Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, beim Unternehmensinteresse bzw Unternehmenswohl bestünde letztlich doch weitgehender Konsens, dass es um die Sicherung nachhaltiger Rentabilität gehe.⁷⁵⁾ Dies mag man in der

Tat bei auf Gewinn gerichteten Unternehmen als deren langfristiges „Oberziel“ ausmachen;⁷⁶⁾ dieses „Oberziel“ kann man aber mutatis mutandis mit dem „Belegschaftsoberziel“ der langfristigen Sicherung menschenwürdiger Arbeitsplätze vergleichen. Dass zur Erreichung des Ober-Ziels nachhaltiger Gewinnerzielung aber ebenso wie zur Erreichung des Ziels der langfristigen Sicherung der Arbeitsplätze im Betrieb/Unternehmen unzählige Entscheidungen getroffen werden müssen, bei denen gegenläufige Interessen und Wertungen abzuwägen sind, kann man nicht ernsthaft bestreiten und sich auch unschwer anhand zahlloser Beispiele vorstellen. Genauso wie der Vorstand einer AG auf seinem Weg zur Erreichung nachhaltiger Rentabilitätsmaximierung uU die Entscheidung treffen muss, zu Lasten des Ergebnisses vorübergehend den Umsatz auszuweiten, um in einen bestimmten Markt eindringen zu können, kann der Betriebsrat vor dem Problem stehen, zur langfristigen Sicherung des Erhalts zumindest des Großteils der Arbeitsplätze im Unternehmen bei einer Betriebsschließung einem eher bescheiden dotierten Sozialplan zuzustimmen.

Die Vielschichtigkeit, ja Janusköpfigkeit des „Belegschaftsinteresses“ rechtfertigt es also keineswegs, die Interessenvertretungsaufgabe rechtlicher Kontrolle (und damit letztlich auch nachprüfender gerichtlicher Kontrolle; dazu unten B.III.) zu unterziehen. Selbstverständlich hat der Betriebsrat und haben alle Belegschaftsorgane und deren einzelne Mitglieder daher mit der Sorgfalt eines ordentlichen Interessenvertreters vorzugehen.⁷⁷⁾ Wenn demgegenüber *Resch*⁷⁸⁾ meint, der Vorschlag von *F. Bydlinski*, einen „besonderen Haftungsmaßstab“ des Betriebsratsmitgliedes als „ordentlicher Interessenvertreter“ zu definieren, habe sich „nicht durchgesetzt“, so muss zumindest die Frage erlaubt sein, worauf sich dieser Befund gründet und woran er eigentlich festzumachen ist.⁷⁹⁾

Denn es geht bei der Interessenvertretung des Betriebsrates – wie beim Vorstand oder der Ge-

ganz ähnlich für die von § 99 BetrVG erfassten Personalmaßnahmen zB *Fitting*, BetrVG²⁴ (2008) § 99 Rz 3 mwN.

⁷⁰⁾ Vgl *Löschmigg*, Arbeitsrecht¹¹ (2011) 778 f.

⁷¹⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 630.

⁷²⁾ So *Spielbüchler* in FS Strasser 631.

⁷³⁾ *Spielbüchler* aaO.

⁷⁴⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 630.

⁷⁵⁾ Vgl dazu *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss (Hg), AktG² (2012) § 70 Rz 11; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer (Hg), Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/322.

⁷⁶⁾ Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser (Hg), AktG II⁵ (2010) § 70 Rz 23 f; *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBI 1990, 477; *Herzer/Strobl/Taufner* in Hausmaninger/Gratzl/Justich (Hg), AktG-HB (2012) 233; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 11; zur deutschen Rechtslage vgl zB *Hüffer*, AktG¹⁰ (2012) § 76 Rz 15; *Weber* in Hölterers (Hg), AktG (2011) § 76 Rz 19.

⁷⁷⁾ So schon *F. Bydlinski*, Dogmatische Fortschritte im österreichischen Betriebsverfassungsrecht, JBI 1962, 579; aber auch *Strasser* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14, der von der „das Organ treffenden Pflicht spricht, bei der Ausübung der Ermessensbefugnisse die Interessenvertretungsaufgabe zu beachten und wie ein ordentlicher Interessenvertreter zu handeln“.

⁷⁸⁾ *Resch* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG (19. Lfg 2007) § 115 Rz 48.

⁷⁹⁾ Aus den Ausführungen von *Resch* (in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 115 Rz 44 ff, 49 ff) kann man außerdem ableiten, dass er selbst offenbar auch diesen Sorgfaltsmaßstab zu vertreten scheint.

schäftsführung – um die *fremdnützige Interessenwahrnehmung*, und es bedürfte schon ganz klarer und unzweideutiger Hinweise im Gesetz, dass ausgerechnet die Organe der Arbeitnehmerschaft gleichsam im rechtsfreien Raum agieren und keinerlei Sorgfaltsanforderungen unterliegen oder dass die von ihnen einzuhaltende Sorgfalt sich gerichtlicher Überprüfung entziehe.

*Spielbüchler*⁸⁰⁾ hat mE nicht Recht, wenn er *Mayer-Maly*⁸¹⁾ und *F. Bydlinski*⁸²⁾ vorhält, es ginge nicht um die Gründe für einen behaupteten Ausschluss einer sonst bestehenden Haftung, sondern um die Frage, ob verletzbare Pflichten überhaupt angenommen werden könnten,⁸³⁾ und diese Einsicht „kehre die Beweislast um“. Es ist eben umgekehrt: Im Rahmen des Privatrechts gibt es fremdnützige Interessenwahrung ohne Verantwortlichkeit und letztlich Haftung grundsätzlich nicht; die Behauptung, beim Betriebsrat und den anderen Organen der Arbeitnehmerschaft verhalte es sich anders, ist beweisbedürftig und entlarvt letztlich die Beteuerung, es handle sich dessen ungeachtet beim Betriebsverfassungsrecht um Privatrecht, und der Betriebsrat sei einem politischen Mandatar⁸⁴⁾ nicht gleichzusetzen (wenn auch „stark angenähert“),⁸⁵⁾ als bloßes Lippenbekenntnis.

III. Ermessensentscheidung und Ermessenskontrolle

Der Betriebsrat und alle anderen Organe der Arbeitnehmerschaft sind also an das „Belegschaftsinteresse“ gebunden.⁸⁶⁾ Dessen Vielschichtigkeit und Zusammensetzung aus möglicherweise gegenläufigen Interessen bildet keinen ausreichenden Grund, um die Organe der Arbeitnehmerschaft nicht *rechtlich* auf das Belegschaftsinteresse zu *verpflichten*.⁸⁷⁾ Vielmehr sind sie zu dessen Wahrung gesetzlich verhalten und müssen dabei die

Sorgfalt eines ordentlichen Interessenvertreters aufbringen.⁸⁸⁾ ME ist dieser Maßstab in ähnlicher Weise „beschränkt objektiviert“ wie der eines Geschäftsleiters (Vorstandsmitgliedes/Geschäftsführers): Dies bedeutet, dass das Amt mit jener Sorgfalt auszuführen ist, die ein einfaches Betriebsratsmitglied, ein/e Betriebsratsvorsitzende/r, ein/e Zentralbetriebsratsvorsitzende/r bei der Interessenvertretung in einem Unternehmen/Betrieb der betroffenen Art benötigt. Natürlich darf man dabei keinen zu strengen Maßstab aufstellen, weil berücksichtigt werden muss, dass die Organe der Arbeitnehmerschaft durchwegs berechtigt sind, den Rat ihrer Interessenvertretungen, insbesondere der zuständigen Gewerkschaft oder der Arbeiterkammer, einzuholen,⁸⁹⁾ und den Organen der Arbeitnehmerschaft richtigerweise in stärkerem Ausmaß zuzubilligen ist, auf den Rat solcher sachkundiger Dritter (Arbeitnehmerinteressenvertretungen) zu vertrauen, als dies beim Vorstand oder bei einer Geschäftsführung, zB einer Kapitalgesellschaft, geboten erscheint.

⁸⁰⁾ So schon zutreffend *F. Bydlinski*, JBl 1962, 579; wohl auch *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 48, der zwar meint, *F. Bydlinski*s Vorschlag habe sich „nicht durchgesetzt“, selbst aber der Sache nach keinen anderen Ansatz vertritt und überzeugend der hA beipflichtet, dass für Organe der Arbeitnehmerschaft auch nicht der Haftungsmaßstab des DHG gilt (ebenso zB *Mayer-Maly*, DRdA 1961, 263; *Marhold*, Mandatsausübung und Haftpflichtrecht, ZAS 1980, 6; *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel* [Hg], Arbeitsrecht I⁶ [2011] 81 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ 696; vgl auch OGH 8 ObA 22/02x = DRdA 2003, 447 [*Preiss*]); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14 spricht ebenfalls von einer „das Organ treffende(n) Pflicht, bei der Ausübung der Ermessensbefugnisse die Interessenvertretungsaufgabe zu beachten und wie ein ordentlicher Interessenvertreter zu handeln“, möchte bemerkenswerterweise diese Pflicht aber „nur gegenüber dem einzelnen Belegschaftsmitglied“ annehmen (statt mE richtig gegenüber der Belegschaft) und schneidet die sich dann konsequenterweise aufdrängende Schadenersatzpflicht gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer bei Pflichtverletzung des Belegschaftsorgans mit Verweis auf § 42 Abs 1 Z 4 ArbVG ab. Die Darstellung bei *Resch* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 48) vermengt freilich die Frage, ob die Mitglieder der Organe der Arbeitnehmerschaft nach dem allgemeinen Haftungsmaßstab des Bürgerlichen Rechts oder eingeschränkt nach DHG haften, mit der davon streng zu trennenden Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine schadenersatzrechtliche Haftung gegenüber einzelnen Arbeitnehmern in Betracht kommt. Mangels besonderer Pflichtenbindung der Belegschaftsorgane gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer und wegen der Ausrichtung auf das Belegschaftsinteresse wird mE eine Haftung der Organe der Arbeitnehmerschaft bzw ihrer Mitglieder gegenüber einzelnen Arbeitnehmern tatsächlich nur in jenen Fallkonstellationen in Betracht kommen, in denen auch außerhalb einer Sonderverbindung gehaftet wird, nämlich insbesondere bei sittenwidriger Schädigung nach § 1295 Abs 2 ABGB, Rechtsmissbrauch oder bei Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB), was insbesondere bei strafbarem Verhalten von Betriebsratsmitgliedern denkbar ist.

⁸⁹⁾ Vgl dazu § 39 Abs 4 ArbVG.

⁸⁰⁾ In FS *Strasser* 624 Fn 45.

⁸¹⁾ *Mayer-Maly*, Buchbesprechung, DRdA 1961, 262 (263).

⁸²⁾ *F. Bydlinski*, JBl 1962, 579.

⁸³⁾ Diese Frage ist gleichwohl eine wesentliche (dazu unten).

⁸⁴⁾ Vgl demgegenüber *Schneller* in *Cerny* ea, ArbVG III³ § 115 Anm 3, der nach wie vor unter Berufung auf die schon damals unrichtige Ansicht des OGH (04.06.1952, 2 Ob 216/52 = Arb 5793) das Betriebsratsmandat als öffentlich-rechtliches Amt versteht, was unhaltbar ist (vgl *G. Schima*, Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung und ASGG, JBl 1989, 341 (348 ff) zum privatrechtlichen Charakter des Betriebsverfassungsrechts).

⁸⁵⁾ *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-HandKomm 241; ebenso *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14; dem zustimmend *Spielbüchler* in FS *Strasser* 618.

⁸⁶⁾ Selbstverständlich kommt es auf die jeweils vom betroffenen Organ vertretene Arbeitnehmerschaft (also zB eines Betriebes, nur der Angestellten eines Betriebes, eines ganzen Unternehmens oder gar einer Unternehmensgruppe) an.

⁸⁷⁾ So ähnlich wohl auch *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 48.

Dennoch hat jedes Mitglied eines Belegschaftsorgans gewisse unabdingbare Grundkenntnisse zu verantworten, deren Ausmaß und Beschaffenheit zweifellos von der Art des Unternehmens abhängt: Der Betriebsratsvorsitzende eines großen Industrieunternehmens mit vollkontinuierlichem Schichtbetrieb darf nicht keine Ahnung vom Arbeitszeitrecht haben wie auch der/die Zentralbetriebsratsvorsitzende eines Kreditinstitutes – und zwar selbst ohne Aufsichtsratsmitgliedschaft (die damit typischerweise verbunden ist) – zumindest über die Kerngeschäftsbereiche der Bank näher Bescheid wissen muss.

Niemand ist gezwungen, sich als Kandidat für ein Belegschaftsorgan aufstellen zu lassen, und die Vorstellung, dafür müsse man bloß Durchschlagskraft und ein besonders unerschrockenes Auftreten gegenüber dem Arbeitgeber mitbringen, findet nicht nur im Gesetz keine Stütze, sondern ist darüber hinaus naiv, weil Durchschlagskraft der Vertretung der Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Arbeitgeber ohne Sachkenntnis auf Arbeitnehmerseite nicht einmal mittelfristig zu erzielen ist.

In dieser Sichtweise liegt – um mit *Spielbüchler* zu sprechen – keine „Zähmung der Räte“, sondern dahinter steckt bloß die Erkenntnis, dass auch die Organe der Arbeitnehmerschaft bei ihrer Amtsausübung an das Gesetz gebunden sind und eine aufgrund eines ständig dichter werdenden Netzes an Vorschriften immer komplexer werdende Interessenvertretungsaufgabe naturgemäß höhere und nicht geringere Anforderungen an die fachliche Kompetenz, aber auch persönliche Integrität und Charakterstärke von Arbeitnehmervertretern stellt. Bei aller Berücksichtigung der inhaltlich unterschiedlichen Aufgaben von Unternehmensführung und Belegschaftsvertretung wäre es – um es plakativ zu formulieren – nicht einsichtig, den Zentralbetriebsrat eines Großunternehmens bei der Amtsführung und Entscheidungsfindung anderen *prozeduralen* Regeln zu unterziehen als den Vorstand des Unternehmens. Wenngleich es nur ein Hilfsargument ist, weil dem Gesetz schon ursprünglich keine zivilrechtliche Kontrollfreiheit der Belegschaftsorgane entnommen werden kann, müssen hier auch gewandelte gesellschaftliche Anschauungen berücksichtigt werden. Bei Entscheidungen von beträchtlicher Tragweite besteht heute die Erwartungshaltung, dass sie ausreichend begründet werden und nachvollziehbar sind. Vor 30 Jahren, als *Spielbüchler* seinen Beitrag schrieb,⁹⁰⁾ mag dies noch etwas anders gewesen sein. Ähnliches gilt für Interessenkonflikte und ungerechtfertigte Vorteilszuwendungen: was vor 20 oder 30 Jahren vielleicht auch schon nicht erlaubt war,⁹¹⁾ ist heute auch zunehmend gesell-

schaftlich geächtet. Ein Konzept, das Entscheidungen von kollegial zusammengesetzten Belegschaftsorganen pauschal der gerichtlichen Überprüfung entzieht,⁹²⁾ erweckt geradezu den Eindruck der Rechtsstaatsferne und ist weder im ArbVG unanfechtbar verankert, noch können dafür zwingende teleologische Gründe oder die „Struktur der Interessenvertretung“ ins Treffen geführt werden. Es sei an dieser Stelle nur daran erinnert, dass das – zugegeben von signifikant größerer Machtfülle von Belegschaftsvertretungsorganen geprägte – deutsche Betriebsverfassungsrecht sogar dem Arbeitgeber die Möglichkeit einräumt, im Falle „grober Verletzung der gesetzlichen Pflichten“ des Betriebsrates oder einzelner Mitglieder vor Gericht den Ausschluss eines Mitgliedes aus dem Betriebsrat oder sogar dessen Auflösung zu beantragen.⁹³⁾

1. Wesen von Belegschaftsvertretungsorgan-Entscheidungen

Der Gesetzgeber determiniert das Verhalten der Organe der Arbeitnehmerschaft in unterschiedlicher Intensität. Zu unterscheiden ist grundsätzlich zwischen „Pflichtbefugnissen“, also solchen, deren Ausübung dem Belegschaftsorgan zur Pflicht gemacht wird, und solchen, deren Ausübung bzw Nicht-Ausübung oder Art der Ausübung in das Ermessen des betroffenen Organs gestellt ist.⁹⁴⁾

So ist zwar zB das Allgemeine Überwachungsrecht nach § 89 ArbVG als Recht des Betriebsrates formuliert, doch steht es nicht in seinem Belieben, ob er die in der genannten Bestimmung erwähnten Befugnisse ausübt, was zumindest in § 89 Z 2 und

oder an die ungenierte Anstellung und Protegierung von Angehörigen und Freunden. Betreffend Betriebsräte haben vor allem in Deutschland spektakuläre Vorfälle und Strafverfahren, die teilweise mit unbedingten Haftstrafen gegen Belegschaftsvertreter endeten (zB VW, Magirus Deutz) den Blick geschärft.

⁹²⁾ Eine solche Freiheit von richterlicher Überprüfung ist entgegen dem OGH (9 Oba 262/89 = ZAS 1991, 14 f) und *Rebhahn* (ZAS 1991, 18 f; dem folgend *Weiss*, DRdA 2011, 571) eben auch dann nicht geboten, wenn es um die „Ausübung pflichtgemäßen Ermessens“ oder um die „Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe“ geht. Wer sonst, wenn nicht letztlich ein Gericht soll denn beurteilen, ob das Ermessen „pflichtgemäß“ ausgeübt wurde?

⁹³⁾ § 23 Abs 1 BetrVG: vgl dazu zB *Fitting*, BetrVG²⁴ (2008) § 23 Rz 15 ff und 19 ff mit Beispielen für grobe Pflichtverletzungen; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG⁶ (2010) § 23 Rz 7 mit teilweise sehr interessanten Beispielen aus der Rsp (zB nach Rsp des LAG Niedersachsen in einer Entscheidung vom 25.10.2004, die Anündigung einer „härteren Gangart“ durch einen Betriebsratsvorsitzenden nach einer arbeitsvertraglichen Abmahnung durch den Arbeitgeber aufgrund einer Kundenbeschwerde).

⁹⁴⁾ Vgl dazu *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14 mwN; *Strasser*, Gedanken zum Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1961, 189; *Strasser*, Hauptprobleme des österreichischen Betriebsverfassungsrechts, DRdA 1962, 307; VwGH 83/11/0144 = DRdA 1987, 68 = ÖJZ 1987/34A = RdW 1987, 134.

⁹⁰⁾ *Spielbüchler* in FS Strasser 613 ff.

⁹¹⁾ Das gilt im Übrigen für das Management in mindestens gleichem Maße: Man denke nur an die teilweise überaus wertvollen Weihnachtsgeschenke, die Vorstandsmitglieder von Banken und sonstigen Großunternehmen von ihren wichtigsten Kunden früher bekamen

Z 3 ArbVG durch die Verwendung des Wortes „hat“ hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.⁹⁵⁾ Ob der Betriebsrat gegen eine beabsichtigte Kündigung ausdrücklichen oder schlichten Widerspruch einlegt oder der Kündigung gar zustimmt („Sperrrecht“), ob er einer – vielleicht sogar vom Arbeitnehmer gewollten (siehe oben!) – Versetzung iS des § 101 ArbVG die Genehmigung erteilt, oder wie weitreichende Forderungen bei Betriebsänderung im Zusammenhang mit dem angestrebten Abschluss eines Sozialplans (§ 97 Abs 1 Z 4 iVm § 109 Abs 3 ArbVG) der Betriebsrat erhebt, ist in sein verantwortliches Ermessen gestellt. Manchmal kann es sogar schwierig sein, die Zuordnung zu Pflicht- oder Ermessensbefugnissen vorzunehmen. So „entsendet“ zwar der (Zentral-)Betriebsrat gemäß § 110 ArbVG Vertreter in den Aufsichtsrat von AG und sonstigen Körperschaften, doch wird ein entsendendes Organ schon nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden dürfen (ja sogar müssen!), dass es die gesetzliche Zahl an Vertretern nicht ausschöpft (oder im Extremfall überhaupt niemanden entsendet), wenn und weil das Belegschaftsorgan nicht über eine ausreichende Zahl fachlich qualifizierter und der strengen Aufsichtsratsverantwortung⁹⁶⁾ gewachsener Vertreter verfügt.

Im gegebenen Zusammenhang interessieren vor allem die Ermessensentscheidungen der Organe der Arbeitnehmerschaft.

2. „Business Judgment Rule“ als geeigneter Maßstab für die Ermessenskontrolle

Selbst ein so freies Ermessen wie das, das den Organen der Arbeitnehmerschaft bei ihrer Verpflichtung auf das „Belegschaftsinteresse“ eingeräumt ist, bedeutet nicht schrankenloses Ermessen. Soweit dürfte Konsens bestehen. So schreibt *Strasser*⁹⁷⁾ ganz zutreffend, „dass das Ermessen, eine Befugnis auszuüben oder nicht, oder sie in einer bestimmten Art auszuüben, kein unbegrenztes ist“. Vielmehr wirke die Pflichtaufgabe „Interessenvertretung“ auch für die Ermessensausübung prägend und gestaltend.⁹⁸⁾

Auch weitgehend konsensfähig dürfte sein, dass der Betriebsrat, der das ihm eingeräumte Ermessen bei der Ausübung einer Befugnis missbraucht, einerseits gegenüber der Belegschaft seine Organpflichten verletzt und andererseits bewirkt, dass die Belegschaft auf diese Weise gegenüber dem

oder den einzelnen betroffenen Arbeitnehmer/n die Interessenvertretungspflicht verletzt.⁹⁹⁾

Die Meinungen teilen sich sodann aber bei der Beantwortung der Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen der einzelne Arbeitnehmer bei Ermessensmissbrauch das Belegschaftsorgan verantwortlich machen kann: Gilt hier allgemeines Zivilrecht, oder kann man aus § 42 Abs 1 Z 4 ArbVG den Schluss ziehen, dass die Arbeitnehmerschaft nur durch Enthebung und Neuwahl eines anderen Belegschaftsorgans die Konsequenzen ziehen kann?¹⁰⁰⁾

Hier muss aber innegehalten und zweierlei bedacht werden: Einerseits sind an dieser Stelle sehr wohl *Spielbüchlers*¹⁰¹⁾ mahrende Worte in Erinnerung zu rufen, man möge zuerst klären, ob verletzliche Pflichten im Verhältnis Betriebsrat – Belegschaftsorgan – einzelner Arbeitnehmer überhaupt angenommen werden könnten. Wenn nämlich – was aus dem Gesetz abgeleitet werden kann – (siehe oben) – der Betriebsrat der Belegschaft als Ganzes verpflichtet ist und *deren* Interesse zu wahren hat, dann besteht die Sonderverbindung eben nur zwischen dem Organ der Arbeitnehmerschaft und dieser – nicht unähnlich der Beziehung zwischen einem Vorstand und der von ihm geleiteten Gesellschaft. Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers (im Verhältnis zur Belegschaft vergleichbar der eines Aktionärs) gegen das Belegschaftsvertretungsorgan (genauer: gegen dessen Mitglieder) setzen dann ein Verhalten des Organs und seiner Mitglieder voraus, das auch außerhalb einer Sonderverbindung haftbar macht: eben sittenwidrige Schädigung (§ 1295 Abs 2 ABGB), Rechtsmissbrauch oder Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB), die insbesondere bei strafgesetzwidrigem Verhalten von Belegschaftsorganen in Betracht kommt.

Zweitens geht es an dieser Stelle der Untersuchung primär nicht um Schadenersatzrechtliche Verantwortung, sondern zunächst um die Klärung der *Rechtmäßigkeit* oder *Rechtswidrigkeit* des Verhaltens eines Belegschaftsorgans. Wann kann man davon sprechen, dass der Betriebsrat sein Ermessen nicht in rechtmäßiger Weise ausübt?

ME können dafür mutatis mutandis die Grundsätze der sogenannten „Business Judgment Rule“ fruchtbar gemacht werden.

Die Business Judgment Rule stammt ursprünglich aus dem US-amerikanischen Richterrecht und dient letztlich als eine Art Haftungsprivileg für die Vertretungsorgane einer Gesellschaft, das es Ihnen ermöglicht, Schadenersatzansprüche (die in den USA weniger von der Gesellschaft selbst als von Aktionären im Rahmen von sogenannten „derivative lawsuits“ erhoben werden) mit der Begründung abzuwehren, dass die Ent-

⁹⁵⁾ Vgl *Reissner* in *ZellKomm*² (2011) § 89 ArbVG Rz 4; *Mosler* in *Tomandl*, ArbVG § 89 Rz 2 mwN.

⁹⁶⁾ Nach ganz hM haften Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wie Kapitalvertreter und können sich insbesondere nicht auf die Mäßigungen des DHG berufen: vgl zB *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 110 ArbVG Rz 24 mwN.

⁹⁷⁾ *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14.

⁹⁸⁾ *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14 unter Verweis auf VwGH 83/11/0144 = DRdA 1987, 68 = ÖJZ 1987/34A = RdW 1987, 134.

⁹⁹⁾ So *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14.

¹⁰⁰⁾ In letzterem Sinne *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 14.

¹⁰¹⁾ In FS *Strasser* 624 Fn 45.

scheidungen im Rahmen des unternehmerischen Ermessens gelegen seien.¹⁰²⁾

Hinter den das US-amerikanische Richterrecht zur Geschäftsleiterhaftung prägenden Grundsatzentscheidungen¹⁰³⁾ steht vor allem der Gedanke, dass es den Gerichten nicht zustehe und Richter sowohl fachlich als auch wegen fehlender Marktauslesemechanismen ungeeignet seien, unternehmerische Entscheidungen eines Geschäftsleiters zu überprüfen („no second guessing“).¹⁰⁴⁾

Damit die Vorteile der Business Judgment Rule in Anspruch genommen werden können, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt werden. Es muss sich um eine

- unternehmerische Entscheidung („Business Judgment“) handeln,
- die auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage („Informed Judgment“) getroffen wurde,
- bei der der Entscheidungsträger keinem Interessenkonflikt unterliegt („Disinterested Judgment“) und
- außerdem muss der handelnde Director von der vernünftigen Annahme geleitet sein, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln („Rational Belief“).¹⁰⁵⁾

Gesetzlich kodifiziert wurde die Business Judgment Rule zB in § 93 Abs 1 dAktG im Jahr 2005 – freilich unter sinnentstellender Aufgabe der das US-Recht prägenden und director-freundlichen

¹⁰²⁾ Vgl zB *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht² (2006) Rz 846 ff, 452 ff; *von Heim*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008) 479, 481; *Hammerl*, Business Judgment Rule v. Duty of Care. Zur Entwicklung der Organverantwortung im amerikanischen Recht, GesRZ 1990, 77; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hg), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369 (371 ff mwN); *G. Schima*, Unternehmerisches Ermessen und die Business Judgment Rule, in *Konecny* (Hg), Tagungsband Insolvenz-Forum 2011 (2012) 131 (133 ff).

¹⁰³⁾ Als eigentliche Geburtsstunde der Business Judgment Rule wird manchmal die Entscheidung des Federal Supreme Court in der Sache *United Copper Securities Co v. Amalgamated Copper Co* aus dem Jahr 1917 angesehen (261, 2634, 37 S. Ct. at 510–Justice Brandeis); die Anfänge reichen aber viel weiter zurück, und zwar bis in das englische Recht vor über 250 Jahren mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1742 in der Sache *Charitable Corp v. Sutton* bzw der ersten US-amerikanischen Vorläufer-Entscheidung für die Business Judgment Rule aus 1829 im Fall *Percy v. Millaudon* (vgl *Block/Barton/Radin*, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors I/15 [1998] 9 ff).

¹⁰⁴⁾ *G. Schima* in *Konecny*, Tagungsband Insolvenz-Forum 2011, 134; vgl zu den tragenden Gründen für die Business Judgment Rule *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht² Rz 846 ff.

¹⁰⁵⁾ Vgl *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen 379 ff; *G. Schima* in *Konecny*, Tagungsband Insolvenz-Forum 2011, 134.

Beweislastverteilung¹⁰⁶⁾ – sowie in Liechtenstein mit Art 182 Abs 2 S 2 Personen- und Gesellschaftsrecht.¹⁰⁷⁾

Gewiss ist die hinter der Business Judgment Rule nach US-amerikanischem Vorbild stehende Ratio nicht unbesehen auf das Handeln von Organen der Arbeitnehmerschaft übertragbar. Näher besehen, sind aber die maßgebenden Kriterien für deren Anwendung mE generell dafür tauglich, das Handlungsermessen bei fremdnütziger Interessenwahrung im Privatrecht zu determinieren. Man muss nur den Begriff „unternehmerische Entscheidung“ durch „Ermessensentscheidung orientiert am Belegschaftsinteresse“ ersetzen. Wesentlich ist, dass Entscheidungen betroffen sein müssen, die nicht durch weitestgehend keinen Spielraum lassende Rechtsnormen (Gesetze im formellen oder materiellen Sinn) geregelt sind.¹⁰⁸⁾

Die drei Kriterien „Handeln auf angemessener Informationsgrundlage“, „kein Bestehen eines Interessenkonfliktes“ und „berechtigte oder zumindest vertretbare Annahme, im Interesse dessen zu handeln, dessen Interessen das Organ zu vertreten

¹⁰⁶⁾ Vgl dazu die Kritik von *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen 393 ff, 402 ff, 412 ff.

¹⁰⁷⁾ Vgl dazu *U. Torggler*, Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 56; *Hess* in *Schauer* (Hg), Kurzkommentar zum Liechtensteinischen Stiftungsrecht Art 552 § 25 Rz 4.

¹⁰⁸⁾ Diese Abgrenzung zwischen unternehmerischen und gesetzlich determinierten Entscheidungen ist bedeutsam (vgl *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen 395 f; *Hopt/M. Roth* in *Hopt/Wiedemann* (Hg), GroßKomm AktG⁴ [2012] Nachtrag § 93 Rz 23). Vgl die Meinungsverschiedenheit im Liechtensteinischen Privatstiftungsrecht zur Frage, ob die Business Judgment Rule nach Art 182 Abs 2 S 2 PGR auch für Entscheidungen des Stiftungsvorstandes betreffend die Auswahl von Begünstigten zur Anwendung kommt (verneinend *Melzer*, Österreichisches Privatstiftungsrecht und neues Liechtensteinisches Stiftungsrecht im Vergleich [2010] 134 f und *K. Müller/Melzer*, Die Business Judgment Rule im Liechtensteinischen Stiftungsrecht und ein Ausblick ins Österreichische Stiftungsrecht, in *FS Delle Karth* [2013] 669 [674 ff]; aM *Gasser*, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011, 69). Der Vorzug zu geben ist klar der Auffassung von *Gasser*, weil es sich bei der Begünstigtenauswahl geradezu um eine „klassisch-unternehmerische“ Entscheidung eines Stiftungsvorstandes handelt und außerdem das Argument von *Melzer*, diese habe kein „unternehmerisches Risikopotenzial“, gar nicht zutrifft, wenn man an die mit dieser Entscheidung verbundenen möglichen Eingriffe in Rechte Dritter denkt. In Wahrheit ist die Frage aber fast müßig, weil kaum zweifelhaft sein kann, dass die die Business Judgment Rule prägenden Kriterien (Handeln auf angemessener Informationsgrundlage, kein Interessenkonflikt und begründete Annahme, im Interesse des Verbandes zu handeln, dessen Interessen das Organ zu vertreten hat) für die Ermittlung, ob das Ermessen gesetzlich und damit rechtmäßig ausgeübt wurde, auch dann tauglich sind, wenn es sich nicht um eine im engeren Sinn unternehmerische Entscheidung handelt bzw wenn diese kein „unternehmerisches Risikopotenzial“ aufweist.

hat“, passen auch für Entscheidungen von Organen der Arbeitnehmervertretung bestens. Auch für Betriebsräte und sonstige Belegschaftsorgane muss klar sein, dass sie ihre – wenngleich einem sehr weiten Ermessen unterliegenden – Beschlüsse auf der Grundlage angemessener Informationen fällen müssen, was keineswegs gleichbedeutend mit der Verwertung aller denkbaren und irgendwie erlangbaren Informationen ist.¹⁰⁹⁾ Und auch für Betriebsräte sollte klar sein, dass Entscheidungen nicht so getroffen werden dürfen, dass anderen Interessen als dem nach dem Gesetz zu vertretenden Belegschaftsinteresse der Vorzug gegeben wird. Selbstverständlich ist es rechtswidrig, wenn ein Betriebsrat zB der Überwachung von Arbeitsstätten mittels Videokameras iS des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG deshalb zustimmt, weil der Auftrag zur Installation der Kameras an ein dem Bruder des Betriebsratsvorsitzenden gehöriges Unternehmen erteilt wird. Dass im Gesetz entsprechende Regelungen fehlen, bedeutet natürlich nicht, dass befangene und von einem Interessenkonflikt betroffene Betriebsratsmitglieder sich nicht auch der Mitwirkung an einer Entscheidung enthalten müssen.¹¹⁰⁾ Dass ein Betriebsrat die „Freistellungskriterien“ für die Anwendung der „Business Judgment Rule“ nicht für sich in Anspruch nehmen kann, muss freilich derjenige beweisen, der ein fehlerhaftes Verhalten des Belegschaftsorgans behauptet und darauf Rechte stützt. Die Beweislastverteilung gleicht daher der Business Judgment Rule US-amerikanischer Prägung.

Gerade die erwähnten Kriterien für die Anwendung der „Business Judgment Rule“ zeigen so deutlich, dass *im Anlassfall der der Kündigung des früheren Personalchefs zustimmende Betriebsrat klar rechtswidrig gehandelt hat*: Nach den gerichtlichen Feststellungen hat sich der Betriebsrat überhaupt nicht über die soziale Betroffenheit des Arbeitnehmers von der Kündigung (also zB nicht von der Tatsache, dass dieser für zwei Kinder – davon eines zuckerkrank – sorgpflichtig war und Kreditrückzahlungen für ein Haus zu tätigen waren) informiert, was ungeachtet des Umstandes keine dem Gesetz entsprechende Interessenvertretung bedeutet, dass das Belegschaftsinteresse bei der Entscheidung des Betriebsrates im Vordergrund zu stehen hat. Denn wenn dieses nicht schon von vornherein klar dafür spricht, dass der Kündigung zuzustimmen ist (was nach den gerichtlichen Feststellungen eben *nicht* der Fall war, weil ja kei-

nes der vernommenen Betriebsratsmitglieder laut dem Erstgericht angeben konnte, worin die angebliche Abwendung von Schaden für das Unternehmen durch die Ausübung des Sperrrechts bestanden haben soll und für welche – zudem Jahre zurückliegende – „Maßnahmen“ des Klägers als früherer Personalchef sich der Betriebsrat eigentlich „rächen“ wollte!), muss der Betriebsrat sehr wohl die soziale Situation des Arbeitnehmers einer näheren Betrachtung unterziehen, weil bei entsprechend gravierender sozialer Betroffenheit des Arbeitnehmers ohne ein der Anfechtung widerstrebendes Belegschaftsinteresse mE der Kündigung eindeutig nicht zugestimmt werden darf. Die Fällung einer Ermessensentscheidung ohne jede angemessene Informationsgrundlage ist (siehe oben) auch bei einem Betriebsrat eindeutig rechtswidrig; erfolgt sie gar unter bewusster Ausblendung jener Informationen, die demjenigen, in dessen Rechtsposition eingegriffen werden soll, zum Vorteil reichen könnten, um den Eingriff „ungestörter“ durchzuführen, weil es dem Betriebsrat gerade auf den Eingriff (Verhinderung der Anfechtung) ankommt, dann ist eindeutig die Grenze zum *Rechtsmissbrauch* überschritten.

Darüber hinaus bietet der festgestellte Sachverhalt auch einige Anhaltspunkte für das Bestehen von *Interessenkonflikten* im Betriebsrat: So war der gekündigte Mitarbeiter schon seit Jahren diversen Beschimpfungen und sogar Drohungen (Rundschreiben mit Abbildung einer Pistole und dem Slogan „Wer nicht hören will, muss fühlen“) ausgesetzt, sodass möglicherweise einzelne Mitglieder des Betriebsrates (vielleicht nur der Vorsitzende) sich nach den für Kollegialorgane geltenden allgemeinen Grundsätzen an der Abstimmung wegen der persönlichen Animositäten gar nicht hätten beteiligen dürfen.

Schließlich zeigt der Anlassfall auch schön, dass es den handelnden Betriebsratsmitgliedern an dem Kriterium des berechtigterweise Annehmen-Dürfens fehlte, im besten Interesse der Belegschaft zu handeln. Denn laut dem Erstgericht hatten sich die an der Abstimmung teilnehmenden Betriebsratsmitglieder offensichtlich vorher und sogar noch vor dem Gerichtssaal (!) abgesprochen, weil ihre Aussagen inhaltlich praktisch gleichlautend (und nach dem Eindruck des Senats vom Betriebsratsvorsitzenden vorgegeben) waren und kein einziger der Zeugen näher darlegen konnte, worin sich das angebliche Bemühen des Betriebsrates manifestierte, durch die Ausübung des Sperrrechts „Schaden vom Unternehmen abwenden“ zu wollen.

Der vorliegende Fall ist daher geradezu ein Paradebeispiel einer krass den gesetzlichen Vorgaben widersprechenden, ja rechtsmissbräuchlichen Ermessensausübung und damit ex definitione einer rechtswidrigen Vorgangsweise des Betriebsrates (womit über die Frage des Bestehens eines Schadenersatzanspruches noch nicht unbedingt etwas gesagt ist, weil dieser ja den Eintritt eines Vermögensschadens voraussetzt).

¹⁰⁹⁾ Über die Sitzungen des Betriebsrates ist gemäß § 14 Abs 10 BRGO ein Protokoll zu führen, wobei es dem Organ an sich frei steht, ob nur die Beschlüsse protokolliert oder ein Resümee- oder gar Wortprotokoll geführt wird (vgl. Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 67 Rz 27). Anzuraten ist dem Betriebsrat, zumindest bei heikleren Entscheidungen nicht nur deren Ergebnis, das heißt den Beschlussinhalt, sondern auch etwas von der dazu führenden Diskussion und der die Entscheidung tragenden Informationsgrundlage zu protokollieren.

¹¹⁰⁾ Vgl. dazu Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 68 Rz 2 und 13 f.

C. Das betriebliche Vorverfahren im Besonderen

I. Problemfelder

Mängel bei der Willensbildung des Betriebsrates – seien es solche formeller Natur bei der Beschlussfassung oder inhaltliche Mängel aufgrund fragwürdiger Motivlage – werden in Lehre und Praxis fast immer im Zusammenhang mit dem betrieblichen Vorverfahren diskutiert. Dies ist nicht weiter überraschend. Zwar kann der Abschluss (oder Nicht-Abschluss) von Betriebsvereinbarungen viel tiefer in die Rechtsstellung der Arbeitnehmer eingreifen als ein einzelner Widerspruch gegen oder eine Zustimmung zur Kündigung eines Mitarbeiters, doch dürften Entscheidungen von Belegschaftsorganen betreffend den Abschluss von Betriebsvereinbarungen doch deutlich reiflicher überlegt, besser vorbereitet und gründlicher abgewogen werden, wohingegen in betrieblichen Vorverfahren per se Zeitdruck herrscht, hat doch der Betriebsrat nur eine Woche Zeit zur Stellungnahme. Da kann es schon einmal vorkommen, dass ein Vorsitzender das Kollegialorgan nicht zu einer Sitzung einberuft (Umlaufbeschlüsse waren bei Organen der Arbeitnehmervertretung bis zur ArbVG-Novelle 2010 nicht zulässig)¹¹¹⁾ oder bei einer vermeintlich klaren Entscheidungslage ein einzelnes Mitglied gar nicht verständigt. Ebenso ist es denkbar, dass im Falle von schon im Vorfeld vom Betriebsrat abgelehnten Kündigungen bei der Mitteilung von der konkreten Kündigungsabsicht der davon verständigte Vorsitzende seinen Widerspruch spontan gegenüber dem Arbeitgeber äußert, weil er/sie weiß, dass das Organ ohnehin geschlossen hinter ihm steht. Der Arbeitgeber wiederum könnte an einer sofortigen Reaktion des Betriebsrates auf die beabsichtigte Kündigung zB insofern ein Interesse haben, als dann die Kündigung (wenngleich vielleicht nur vermeintlich; siehe im Text) sofort ausgesprochen werden kann, uU ein früherer Kündigungsstermin zur Verfügung steht und der Betriebsrat möglicherweise keine Gelegenheit mehr hat, noch vor Ausspruch der Kündigung den Arbeitnehmer zur Einbringung eines Antrages auf Zuerkennung des Status als begünstigter Behinderter zu animieren, wie dies in der Praxis nicht ganz selten vorkommt.¹¹²⁾

¹¹¹⁾ Vgl. *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 68 Anm E 2; seit der Novelle 2010 gilt aber § 68 Abs 4 ArbVG, wonach Umlaufbeschlüsse, aber auch andere Formen der Beschlussfassung (zB telefonisch oder durch E-Mail) dann zulässig sind, wenn kein Mitglied dem widerspricht.

¹¹²⁾ Dies bedeutet für Arbeitgeber zwar nicht selten in Anbetracht der sehr großzügigen Zuerkennungspraxis und des fehlenden Rechtsschutzes für Arbeitgeber im Zuerkennungsverfahren mangels Parteistellung (abgesegnet durch den VfGH, vgl B 639/87 = VfSlg 11.934) ein beträchtliches Ärgernis; die von manchen Arbeitgebern in der Praxis gestellte Frage, ob denn der Betriebsrat dies überhaupt dürfe, ist de lege lata dennoch klar zu bejahen.

II. Vertrauensschutz

Im Folgenden sollen kurz ein paar gängige Konstellationen im Rahmen des betrieblichen Vorverfahrens erörtert werden, bei denen sich die Frage stellt, ob und bejahendenfalls, welche Seite, auf eine entweder aus inhaltlichen Gründen oder wegen Verstoßes gegen Verfahrensregeln mangelhafte Willensbildung des Betriebsrates oder sonstigen Belegschaftsorgans vertrauen kann.

1. Kollusion von Arbeitgeber und Betriebsrat

Auch im Anlassfall wies der OGH¹¹³⁾ darauf hin, dass die Rechtswirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses des Betriebsrates in Bezug auf eine beabsichtigte Kündigung am Vorliegen von Kollusion zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber scheitern könne.¹¹⁴⁾ Dass eine solche im Anlassfall nicht vorlag, kann nach den Sachverhaltsfeststellungen keinem Zweifel unterliegen und hat der OGH daher zu Recht verneint.

Freilich stellt sich die Frage, ob dem Rechtsinstitut der Kollusion hier überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt und eine Unwirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses des Betriebsrates tatsächlich auf Kollusion gestützt werden kann. Wendet man die allgemeine Rechtsgeschäftslehre an – und dafür, dies hier nicht zu tun, gibt es keine ersichtlichen Gründe –, dann bedeutet Kollusion den Missbrauch der einem Machthaber eingeräumten Vertretungsmacht in einer Art und Weise, dass dem Vertragspartner der Missbrauch entweder positiv bekannt war¹¹⁵⁾ oder nach einer neueren (wenngleich nicht ganz unumstrittenen Auffassung) nur aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war.¹¹⁶⁾

Vorweg ist klarzustellen, dass es in diesem Zusammenhang immer nur um die mögliche Unwirksamkeit der Zustimmungserklärung des Betriebsrates geht, nicht hingegen um die Unwirksamkeit der vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung. Dass deren Unwirksamkeit nicht davon abhängen kann, ob der Betriebsrat bei seiner Zustimmungserklärung „bösgläubig“ war, ist klar. Diese Frage bestimmt sich vielmehr danach, ob die Kündigung inhaltlich in einer zur Nichtigkeit führenden Weise mangelhaft ist, weil sie zB gegen ein Gesetz verstößt¹¹⁷⁾ oder aus sittenwidrigen Motiven erklärt wird.¹¹⁸⁾

Darüber hinaus ist aber generell fraglich, ob Kollusion im zivilrechtlichen Sinne in der be-

¹¹³⁾ OGH 9 ObA 38/13y = ARD 6342/4/2013 = RdW 2013, 560.

¹¹⁴⁾ Vgl dazu OGH 11.10.2007, 8 ObA 58/07y.

¹¹⁵⁾ Vgl OGH 3 Ob 117/03g = NZ 2004/25.

¹¹⁶⁾ So OGH 10.07.2008, 8 Ob 84/08y; vgl RIS-Justiz RS0061579.

¹¹⁷⁾ ZB gegen das – im AVRAG freilich nicht explizit aus der RL umgesetzte – Verbot von betriebsübergangsbedingten Kündigungen.

¹¹⁸⁾ Vgl zur sittenwidrigen Kündigung RIS-Justiz RS0016680; ausführlich *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 105 Rz 78 ff mwN.

schriebenen Konstellation einer Arbeitgeberkündigung und der danach erklärten Zustimmung zu dieser Kündigung durch den Betriebsrat überhaupt denkbar ist. Ein treuwidriges „Zusammenspielen“ von Arbeitgeber und Betriebsrat ist hier nur in dem wohl kaum vorkommenden Ausnahmefall vorstellbar, dass der Arbeitgeber schon vor der Kündigung dem Betriebsrat mitteilt, er würde den betroffenen Arbeitnehmer nur dann kündigen, wenn ihm der Betriebsrat zusichere, dieser Kündigung danach zuzustimmen. Selbst eine solche Fallgestaltung deutet indes per se noch keineswegs auf Sittenwidrigkeit/Treuwidrigkeit hin, weil der Arbeitgeber ja gute Gründe haben kann, eine Kündigung (der keineswegs sittenwidrige Motive zugrunde liegen müssen) nur dann auszusprechen, wenn er davon ausgehen kann, kein auf Sozialwidrigkeit gestütztes, uU langwieriges Anfechtungsverfahren führen zu müssen. Sollte aber tatsächlich der Fall vorliegen, dass der Arbeitgeber aus sittenwidrigen Gründen kündigt (weil zB ein Arbeitnehmer einer bestimmten politischen Partei angehört) und der Betriebsrat genau wegen dieses sittenwidrigen Motivs (die Betriebsratsmitglieder stehen einer anderen Partei nahe) der Kündigung zustimmt, dann ist die Kündigung des Arbeitgebers nicht wegen der sittenwidrigen Zustimmung unwirksam, sondern weil die Kündigung selbst – und auch, wenn man die Zustimmung des Betriebsrates ausblendet – eindeutig sittenwidrig und damit unwirksam ist.

Richtigerweise sind daher die aufgezeigten Fallgestaltungen gar nicht unter dem Blickwinkel der „Kollusion“ iS missbräuchlicher Vertretungsmacht mit Einverständnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Geschäftspartners zu behandeln, weil es sich bei der Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung und der Kündigung ja nicht um zwei synallagmatisch miteinander verknüpfte Willenserklärungen handelt.

2. Schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers auf die Willensbildung des Betriebsrates

Der Betriebsrat formt seinen Willen durch Beschlüsse, wobei dieser nach früherer Rechtslage in Sitzungen zustande zu kommen hatte, weil das Gesetz bis 2010 keinen Umlaufbeschluss kannte.¹¹⁹⁾ Der in Form eines Beschlusses gefasste Wille des Betriebsrates wird durch den Vorsitzen-

den artikuliert. Dieser ist aber nicht Stellvertreter, sondern nur Erklärungsbote¹²⁰⁾ – ähnlich dem Vorsitzenden eines Aufsichtsrates im Verhältnis zum Aufsichtsrat.¹²¹⁾

Teilt der Vorsitzende den Willen des Betriebsrates mit, obwohl dieser entweder gar keinen Beschluss gefasst hat (zB die Mitglieder gar nicht zusammentraten, was sie seit der ArbVG-Novelle 2010 freilich nur mehr müssen, wenn zumindest ein Mitglied auf dieser Form der Willensbildung besteht, das heißt anderen Verfahren widerspricht) oder einen mit sonstigen Mängeln verfahrensrechtlicher oder inhaltlicher Natur behafteten und damit in aller Regel unwirksamen (dazu im Folgenden) Beschluss gefasst hat, entspricht es ganz hA, dass ein gutgläubiger Dritter, der auf die Erklärung vertraut hat, auf die Richtigkeit der Kundgabe auch vertrauen darf, wenn ihm nicht die Unrichtigkeit bekannt ist oder er sie aus den Umständen hätte erkennen müssen.¹²²⁾ Nicht vertrauen darf der Arbeitgeber zB bei Ausspruch einer Kündigung auf die Willensäußerung des Vorsitzenden im Falle erkennbarer Unterlassung einer Sitzung bei einem mehrgliedrigen Betriebsrat,¹²³⁾ so wenn der Betriebsratsvorsitzende spontan unter Anwesenden antwortet und der Kündigung widerspricht oder erklärt, keine Äußerung abzugeben.¹²⁴⁾

Ob schon leichte oder erst grobe Fahrlässigkeit dem Arbeitgeber schadet, ist nicht ganz unstrittig. In Anbetracht des Umstandes, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet und auch gar nicht berechtigt ist, Nachforschungen über die interne Willensbildung des Betriebsrates anzustellen, sprechen die besseren Gründe dafür, nur bei grober Fahrlässigkeit den Vertrauensschutz zu versagen.¹²⁵⁾

In jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber bei der Abgabe seiner Willenserklärung (im gegebenen Zusammenhang: der Kündigung gegenüber einem

¹²⁰⁾ Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 67 Rz 5.

¹²¹⁾ Vgl zur Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden und dessen mangelnder Vertretungskompetenz ohne eigenen Aufsichtsratsbeschluss Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 92 Rz 36; Saxinger/Helml, Der Aufsichtsratsvorsitz, in Kalss/Kunz (Hg), AR-Handbuch (2010) Rz 20/54 mwN; G. Schima, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz, AR-Handbuch Rz 12/63; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 95–97 Rz 68, 70; so auch explizit OGH 9 ObA 50/07d = DRdA 2009, 497 (Jabornegg).

¹²²⁾ Vgl VwGH 86/01/0101 = Arb 10.577 = DRdA 1987, 145 ff = ARD 3860/11/97; OGH 9 ObA 208/90 = ARD 4209/2/90; 9 ObA 300/97a = ARD 4949/23/98 = RdW 1998, 692; RIS-Justiz RS0051469; RS0051485; RS0051490; Jabornegg, ZAS 1980, 110; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 67 Rz 5.

¹²³⁾ Vgl Jabornegg, ZAS 1980, 110.

¹²⁴⁾ Vgl OGH 4 Ob 68/81 = DRdA 1982, 129; 9 ObA 12/01g = ARD 5290/13/2002 = DRdA 2002, 41 (Pfeil) = RdW 2001, 558.

¹²⁵⁾ In diesem Sinn Jabornegg, ZAS 1980, 108, 110; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 67 Rz 5 mwN.

¹¹⁹⁾ Arg § 68 Abs 1 ArbVG: „anwesend“; Floretta in Floretta/Strasser, ArbVG-HandKomm 380; Mosler, Ein mangelhafter Betriebsratsbeschluss und eine problematische Kündigung, DRdA 2005, 79; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 67 Rz 4; OGH 9 ObA 208/90 = ARD 4209/2/90; 9 ObA 12/01g = DRdA 2002, 41 ff (Pfeil) = ARD 592/13/2002 = RdW 2001, 558; aM VwGH 207/77 = ZAS 1980, 106 mit ablehnender Anmerkung Jabornegg, der die Einholung von Erklärungen sämtlicher Betriebsratsmitglieder durch den Betriebsinhaber als ausreichenden Ersatz für einen in einer Sitzung zustande gekommenen Betriebsratsbeschluss qualifiziert. Vgl jetzt aber § 68 Abs 4 ArbVG (dazu oben C.I.)

Arbeitnehmer) auf die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden bzw den mangelhaften (oder gar nicht gefassten) Beschluss vertraut und vertrauen darf, ist es richtig und konsequent, den Arbeitgeber nicht mit den nachteiligen Folgen der mangelhaften Willensbildung des Betriebsrates zu belasten. Dies folgt nicht zuletzt aus einer Interessenabwägung: In den angesprochenen Fällen, in denen der Arbeitgeber eigentlich „zu früh“ kündigt, weil er von einer gültigen Stellungnahme ausgeht und daher nicht die einwöchige Frist abwartet, sind die Interessen des von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers durch den dem Arbeitgeber zuteil werdenden Vertrauensschutz nicht (nachteilig) berührt. Das gilt freilich nur, wenn der Vertrauensschutz des Arbeitgebers sich darauf beschränkt, dass trotz der Mängel eine „Stellungnahme“ des Betriebsrates iS des § 105 Abs 1 ArbVG vorliegt, die den Arbeitgeber (bei Gutgläubigkeit) nicht dem Risiko aussetzt, wegen verfrühter Kündigung unwirksam zu kündigen. Ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Stellungnahme darüber hinaus einen bestimmten *Inhalt* hat, gibt es mE jedoch nicht: Das bedeutet, dass der vom Betriebsrat (zB aufgrund mangelhafter Willensbildung) erklärte ausdrückliche Widerspruch nicht als ausdrücklicher, sondern als schlichter Widerspruch zu behandeln ist, sodass die (wirksame) Kündigung zwar angefochten, nicht aber auch einem Sozialvergleich unterzogen werden kann. Der schlichte Widerspruch, der nach richtiger Ansicht auch ausdrücklich durch Mitteilung, keine Erklärung abgeben zu wollen, eingelegt werden kann,¹²⁶⁾ bleibt als schlichter Widerspruch bestehen.

Der Kündigung des Arbeitgebers die Wirksamkeit zu versagen, wäre in den hier behandelten Fällen eine inadäquate Rechtsfolge. Andererseits gibt es kein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers darauf, dass ein (zB mangels Einberufung einer Sitzung, sofern nicht alle Mitglieder mit schriftlicher oder fernmündlicher Abstimmung einverstanden sind oder mangels Einladung sämtlicher Mitglieder unwirksamer) Beschluss betreffend einen ausdrücklichen Widerspruch des Betriebsrates gegen eine beabsichtigte Kündigung trotz Beschlussunwirksamkeit die Wirkungen eines ausdrücklichen Widerspruches behält. Hat man das vor Augen, ergibt sich auch die richtige Lösung für jene Fälle, in denen der Betriebsrat sein Sperrrecht inhaltlich rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig oder aufgrund eines unwirksamen Beschlusses oder Nicht-Beschlusses ausübt.

3. Kein Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei sittenwidriger, rechtsmissbräuchlicher oder sonst unwirksamer Ausübung des Sperrrechtes

Auf die Ausübung des „Sperrrechtes“, das heißt die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung, sind die gerade skizzierten Grundsätze umso mehr anzuwenden, wonach

¹²⁶⁾ Vgl RIS-Justiz RS0109390.

zwischen dem Schutz des Vertrauens auf das Vorliegen einer Stellungnahme an sich und dem Vertrauen auf deren Inhalt zu unterscheiden ist, was das OLG Linz als Berufungsgericht¹²⁷⁾ noch ganz richtig erkannte. Das nicht problematisiert zu haben, ist einer der Kardinalfehler in der Entscheidung des OGH im Anlassfall.¹²⁸⁾ Das Höchstgericht gibt hier (auf Seite 3 des Zurückweisungsbeschlusses) die oben schon erörterte hM zum Vertrauensschutz Dritter auf eine rechtswirksame Stellungnahme wieder, ohne sich jedoch die Frage zu stellen, wer hier eigentlich worauf vertraut, und wessen Vertrauen worauf schutzwürdig ist.

Der Arbeitgeber vertraut (von dem oben erwähnten Ausnahmefall der bedingungsmaßigen Verknüpfung der Kündigung mit der Ausübung des Sperrrechtes) bei Ausspruch der Kündigung nicht darauf, dass der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hat. Das rechtsgeschäftliche Vertrauen des Arbeitgebers kann sich nur darauf beziehen, dass die vom Vorsitzenden als Zustimmungserklärung gestaltete Reaktion eine wirksame „Stellungnahme“ iS des § 105 Abs 1 ArbVG ist, dass daher der Arbeitgeber, wenn er unmittelbar nach dieser Stellungnahme die Kündigung ausspricht, keine Unwirksamkeit wegen verfrühten Kündigungsausspruches riskiert.

Es gibt jedoch kein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers darauf, dass eine vom Betriebsrat abgegebene Erklärung trotz inhaltlicher Mängel, zB sittenwidriger Motive, Rechtsmissbrauches oder auch im Falle des Nicht-Zustandekommens eines Beschlusses aus verfahrensrechtlichen Gründen, tatsächlich die *Wirkung einer Zustimmung* zur Kündigung hat.¹²⁹⁾

Denn ein Schutz des Vertrauens des Arbeitgebers darauf, dass eine aus sittenwidrigen Motiven erklärte Zustimmung zur Kündigung oder eine Zustimmung, die (wie im Anlassfall; dazu noch unten) in sittenwidriger Schädigungsabsicht erklärt wurde, nicht nur als Stellungnahme wirksam ist, sondern auch die Wirkungen einer „Zustimmung“ auslöst, würde zu dem grob unbilligen Ergebnis führen, dass allein der Arbeitnehmer mit den nachteiligen Wirkungen des Sperrrechtes selbst bei dessen sittenwidriger und rechtsmissbräuchlicher Ausübung belastet wäre, der Arbeitgeber hingegen von einer an sich unwirksamen Stellungnahme des Betriebsrates gleich zweifach profitieren würde: einmal, weil die Kündigung wirksam und wegen des Vertrauens auf die interne Willensbildung nicht als verfrüht oder unwirksam angesehen wird, und ein zweites Mal, dadurch, dass der Arbeitnehmer die Kündigung nicht einmal anfechten kann.

¹²⁷⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 8 f.

¹²⁸⁾ OGH 9 ObA 38/13y = ARD 6342/4/2013 = RdW 2013, 560.

¹²⁹⁾ So auch *Floretta*, wbl 1987, 80 und davor schon *Firlei*, Motivkündigungen von Arbeitnehmern und kollektivrechtliche Konstruktion des allgemeinen Kündigungsschutzes, in FS Rabofsky (1976) 139 (156 ff); VfGH 05.12.1984, B 370/83.

Da der Arbeitgeber sein *Vertrauen* auf die *Wirksamkeit* der Kündigung ex definitione nicht darauf gründen kann, dass die Stellungnahme des Betriebsrates auch als Zustimmung wirksam ist, können die sonst von Lehre und Rsp angewendeten Grundsätze zum Schutz des Vertrauens des Arbeitgebers auf die Ordnungsgemäßheit der Willensbildung des Betriebsrates hier nicht zur Anwendung gelangen. Vor allem aber wäre ein solches Vertrauen nicht schutzwürdig, weil der Schutz allein auf Kosten des Arbeitnehmers ginge, ohne dass dies durch aner kennenswerte Interessen des Arbeitgebers geboten wäre. Deshalb ist die einzig sachgerechte Lösung in diesen Fällen, dass es bei jenen Folgen bleibt, die bei unwirksamen Willenserklärungen eintreten: Die Erklärung wird als nicht abgegeben behandelt; die Zustimmung wird zum schlichten Widerspruch.

Diese Grundsätze gelten aus den gerade angeführten Gründen auch bei auf Zustimmung zur Kündigung gerichteten Betriebsratsbeschlüssen, die aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht wirksam sind. Bei Beantwortung der Frage, wann das der Fall ist, muss bedacht werden, dass das ArbVG keine Vorschriften für die (fristgebundene) Anfechtung von Betriebsratsbeschlüssen bei Vorliegen bestimmter Mängel kennt. Dies führt nach den allgemein für die Willensbildung von Kollegialorganen (zB in Körperschaften) geltenden Grundsätzen¹³⁰⁾ dazu, dass alle Mängel – außer solche, die unerheblich sind – zur Unwirksamkeit des Beschlusses führen,¹³¹⁾ wobei auch ohne eine vom Gesetz vorgeschriebene befristete Anfechtungsmöglichkeit durch Nichtaufgreifen des Mangels während einer bestimmten Zeit freilich das Feststellungsinteresse wegfallen kann. Der Umstand, dass der OGH¹³²⁾ jedem Betriebsratsmitglied das Recht zuerkennt, mittels Feststellungsklage die Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses zu begehren, ändert daran nichts. Auf die Unwirksamkeit des Beschlusses (zB weil nicht alle Teilnehmer eingeladen wurden oder über einen nicht angekündigten Tagesordnungspunkt trotz Fehlens einzelner Mitglieder Beschluss gefasst wurde)¹³³⁾ kann sich entgegen der offenbar herrschenden, aber nicht näher begründeten Meinung auch jeder sonstige Dritte berufen.¹³⁴⁾

¹³⁰⁾ Vgl eingehend zu Aufsichtsratsbeschlüssen in einer AG, wo das Gesetz (außer im Rahmen des § 75 Abs 4 AktG) auch keine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht, *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 88 ff mwN.

¹³¹⁾ Vgl *Kallab* in *ZellKomm*² (2011) § 67 ArbVG Rz 7; *Mosler*, DRdA 2005, 74 der unter anderem Mängel eines Betriebsratsbeschlusses im Zusammenhang mit einer Kündigung behandelt.

¹³²⁾ Vgl OGH 27.09.1989, 9 Oba 262/89.

¹³³⁾ Vgl zu dieser Fallkonstellation OGH 9 Oba 351/89 = Arb 10.848 = ARD 4177/17/90 = DRdA 1991, 140 (*Binder*); *Mosler*, DRdA 2005, 80; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 4, 19.

¹³⁴⁾ Nicht überzeugend zB *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 18, der meint, die (relative) Nichtigkeit könne aber auch außerhalb eines Nichtig-

Es gibt keinen aner kennenswerten Grund, bei Willensmängeln in Zustimmungsbeschlüssen anders zu verfahren. Geschützt ist nur das Vertrauen des Arbeitgebers darauf, dass der Betriebsrat eine „Stellungnahme“ abgegeben hat, nicht aber das Vertrauen, dass dieser auch die Wirkung einer Zustimmung zukommt.

D. Zur Entscheidung im Anlassfall

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass sämtliche drei Instanzen den Anlassfall im Ergebnis nicht richtig entschieden. Während dem LG Wels und dem OLG Linz aber zu attestieren ist, jedes für sich richtige – wenngleich nicht deckungsgleiche, sondern quasi die Teile eines Puzzles für die richtige Lösung bildende – Begründungselemente in ihren Entscheidungen verwendet zu haben, kann Derartiges vom Zurückweisungsbeschluss des OGH nicht gesagt werden.

Das LG Wels hat richtig erkannt, dass nach seinen eigenen Feststellungen sehr wohl Schädigungsabsicht des Betriebsrates vorlag, ging aber unrichtig davon aus, dass die diesbezügliche Erforschung der Motivlage im Verfahren nicht mög-

keitsfeststellungsverfahrens „auch in anderen Verfahren von Anfechtungsberechtigten als Vorfrage releviert werden“. Es wird weder begründet, warum es sich bei Verfahrensmängeln in Betriebsratsbeschlüssen überhaupt um eine relative, nur von Betriebsratsmitgliedern aufzugreifende Nichtigkeit handeln soll, noch wird dargetan, warum anderen Personen als Betriebsratsmitgliedern von vornherein das rechtliche Interesse iS des § 228 ZPO fehlen soll, sich auf die Nichtigkeit zu berufen (vgl auch Rz 4); ähnlich verfehlt *Weiss*, DRdA 2011, 570 f, der unter Berufung auf *Mosler* (in *Tomandl*, ArbVG § 68 Rz 14 Fn 31) sogar explizit meint, Arbeitgeber und Arbeitnehmer könnten aus der Nichtigkeit des Beschlusses des Betriebsrates betreffend eine Stellungnahme zur Kündigung erst dann Rechte ableiten, wenn die Nichtigkeit aufgrund einer Klage eines Betriebsratsmitgliedes rechtskräftig festgestellt sei, und ein solches Feststellungsurteil bilde gegebenenfalls einen Wiederaufnahmegrund im Kündigungsanfechtungsverfahren. Das entbehrt einer tragfähigen Begründung und widerspricht allgemeinen Grundsätzen diametral. Auf die Nichtigkeit eines Beschlusses muss sich jeder berufen können, der daran ein rechtliches Interesse iS des § 228 ZPO hat. Ein solches kann bei einem Arbeitnehmer, der darauf zB die Anfechtbarkeit seiner Kündigung trotz (vermeintlicher) Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung stützt, nicht ernsthaft bezweifelt werden. Genauso kann – um ein Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht zu nehmen – der Vertragspartner einer AG, dem diese gegenüber die Unwirksamkeit des angeblich der Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegenden Rechtsgeschäftes wegen „Kollusion“ mit einem Vorstandsmitglied geltend macht, einwenden, dass der auf § 95 Abs 5 letzter Satz AktG gestützte Beschluss, mit dem der Aufsichtsrat bestimmte Arten von Geschäften über den gesetzlichen Katalog hinaus seiner Zustimmung unterworfen hat, wegen fehlerhafter Einberufung unwirksam ist, der Vorstand daher bei Vertragsabschluss nicht einmal im Innenverhältnis Beschränkungen unterlag. Niemand würde hier wohl auf die Idee kommen, dafür zuerst die Anfechtung des Aufsichtsratsbeschlusses durch ein Aufsichtsratsmitglied zu verlangen.

lich und der Arbeitgeber in seinem Vertrauen (worauf eigentlich?) geschützt sei. Das OLG Linz vertrat dem gegenüber zutreffend, dass es bei sittenwidriger oder in Schädigungsabsicht ausgesprochener Zustimmung keinen Schutz des Vertrauens des Arbeitgebers auf die Wirkung der Erklärung des Betriebsrates als Zustimmung geben könne, verneinte aber (nicht überzeugend), dass auf der Grundlage der vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen Schädigungsabsicht vorläge.

Den OGH schien weder das eine noch das andere zu interessieren, wobei nicht nur das Ergebnis der Entscheidung nicht zu überzeugen vermag, sondern das Höchstgericht auch zu Unrecht das Vorliegen erheblicher Rechtsfragen iS des § 502 Abs 1 ZPO verneinte.

Zumindest zwei erhebliche Rechtsfragen beinhaltete der Fall sehr wohl: Zum einen hatte das OLG Linz trotz zunächst richtiger Wiedergabe des Judikatur-Standes die weitgehend einhellige jüngere OGH-Rsp zum Rechtsmissbrauch ignoriert, als es das Vorliegen eines solchen davon abhängig machte, dass das schädigende Motiv das ausschließliche verfolgte sein müsse (eine Voraussetzung, die nach den gerichtlichen Feststellungen gleichwohl sogar gegeben war!).

Zweitens gab es (und gibt es nach wie vor) keine gesicherte Rsp zu der Frage, ob eine sittenwidrige oder in Schädigungsabsicht erklärte Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung eines Arbeitnehmers im Falle der Gutgläubigkeit des Arbeitgebers nicht nur die Wirkungen einer – den verfrühten Kündigungsausspruch verhindernden – „Stellungnahme“ iS des § 105 Abs 1 ArbVG hat, sondern auch die Wirkungen einer die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit ausschließenden Zustimmung. Der Verfasser kennt zwar nicht die Revisionschrift des Klägers, doch es ist kaum erklärlich, dass dem OGH diese Frage ungeachtet der vom OLG Linz sehr wohl und zu Recht vorgenommenen Differenzierung keinerlei Überlegung wert war, sondern das Höchstgericht jedwede „Motiverforschung“ mit dem kritiklos in Lehre und Rsp weitergereichten, aber nirgendwo schlüssig begründeten Argument abschnitt, die nähere Erforschung der Motivlage des Betriebsrates käme einer unzulässigen „richterlichen Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung“ gleich.

Richtigerweise handelte der Betriebsrat bei seiner Zustimmungserklärung nach den Feststellungen des Erstgerichtes sehr wohl und eindeutig rechtsmissbräuchlich. Denn er wollte sich am Kläger „rächen“ und mit der Zustimmung bezwecken, dass dieser die Kündigung nicht wegen Sozialwidrigkeit anfechten könne,¹³⁵⁾ ohne dafür nach den den OGH bindenden Feststellungen eine einzige nicht in der Versperrung der Anfechtung liegende Erwägung ins Treffen führen zu können und ohne (aufgrund bewusster Nichteinholung der auf die

soziale Betroffenheit des gekündigten Arbeitnehmers bezogenen Informationen) die für rechtmäßiges Betriebsratshandeln gebotene Abwägung der Interessen der Belegschaft mit jenen des Arbeitnehmers auch nur zu versuchen.¹³⁶⁾

Der Betriebsrat wollte daher dem Kläger vorzüglich Schaden zufügen. Dass der Ausschluss einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit geeignet ist, einen Vermögensschaden herbeizuführen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Ansicht des OLG Linz, es hätte der konkreten Absicht des Betriebsrates bedurft, dem Kläger einen über den mit dem Ausschluss einer Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit verbundenen Nachteil hinausgehenden Schaden hinzuzufügen,¹³⁷⁾ ist ebenso verfehlt wie die Verwendung des Satzes von Weiss¹³⁸⁾, es reiche für die Annahme der Schädigungsabsicht nicht aus, wenn der Ausschluss der Kündigungsanfechtung „ohne weitere Hintergedanken“ der Grund für die Zustimmung des Betriebsrates war, weil der Ausschluss der Anfechtbarkeit der Kündigung in Folge einer ausdrücklichen Zustimmung die gesetzliche Folge derselben sei.¹³⁹⁾ Was immer Weiss damit gemeint haben mag, ist es doch so, dass dann, wenn die Zustimmung zur Kündigung nur den Zweck verfolgt, dem Kläger die Anfechtung zu versperren – zumal, wenn zusätzlich als Motiv „Rache“ festgestellt wird und der Betriebsrat mit der bewussten Ausblendung der persönlichen Interessenbeeinträchtigung des gekündigten Arbeitnehmers klar zu erkennen gab, dass er den Kläger auch um den Preis krassesten Ermessenmissbrauches jedenfalls loswerden wollte – die Kriterien für den Rechtsmissbrauch in geradezu lupenreiner Weise erfüllt sind. Welche „weiteren Hintergedanken“ sollen dafür erforderlich sein? Denn dass genau die Rechtsausübung eine Schädigung beim Ausübungsadressaten herbeiführt, entspricht ja gerade dem „Grundmodell“ des Rechtsmissbrauches. Dieser liegt dann nicht vor, wenn (wie dies ja fast immer der Fall ist) der Schädigungszweck zumindest nicht klar im Vordergrund steht.¹⁴⁰⁾ Es würde der neueren Rsp zufolge ausreichen, wenn das Schädigungsmotiv deutlich ausschlaggebend wäre und eine Abwägung ergäbe, dass andere, nicht in Schädigungsabsicht bestehende Motive völlig in den Hintergrund treten.¹⁴¹⁾ Was Weiss und der OGH übersehen, ist der Umstand, dass die Rechtsausübung hier selbst einer Begründung iS einer zumindest nachvollziehbaren und nicht krass ermessensfehlerhaften

¹³⁵⁾ LG Wels 29.10.2012, 16 Cga 110/12w, Urteilsseite 8.

¹³⁶⁾ Wie schon dargetan, verschloss der Betriebsrat vor dieser Interessenabwägung bewusst die Augen, in dem er absichtlich die für die Beurteilung der persönlichen Interessenbeeinträchtigung des Klägers infolge der Kündigung erforderlichen Informationen gar nicht erst einholte.

¹³⁷⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 7.

¹³⁸⁾ DRdA 2011, 569, 572.

¹³⁹⁾ OLG Linz 14.02.2013, 11 Ra 6/13a, Urteilsseite 9.

¹⁴⁰⁾ Vgl aus der jüngeren Rsp OGH 8 Ob 69/12y = bbl 2013/101.

¹⁴¹⁾ Vgl RIS-Justiz RS0026271.

Willensbildung iS der oben angeführten Kriterien bedarf. Eine solche konnte der Betriebsrat eindeutig nicht vorweisen (siehe ausführlich oben); er wollte vielmehr nach den gerichtlichen Feststellungen jedenfalls und unabhängig vom Ausmaß der sozialen Betroffenheit des Klägers diesen loswerden, weil er sich an ihm für – gerichtlich gerade nicht festgestellte – (Jahre zurückliegende) „Maßnahmen“ als Personalchef „rächen“ wollte.

Im vorliegenden Fall sind also andere Motive des Betriebsrates – und das kann gar nicht oft genug betont werden, weil aus dem Studium der ohnehin nur kurzen unterinstanzlichen Entscheidungen klar erkennbar – überhaupt nicht festgestellt! Es ist in den Feststellungen bloß davon die Rede, dass der Betriebsrat sich „für bestimmte Äußerungen und Vorfälle rächen“ habe wollen, ohne dass ein einziger der Zeugen (Betriebsratsmitglieder) im Stande war, über diese nach der im Urteil explizit dokumentierten Auffassung des in erster Instanz erkennenden Senats eingelernte und vom Betriebsratsvorsitzenden vermutlich vorgegebene (!) Floskel hinaus Konkretes zu sagen.

Mit anderen Worten: Die Unterinstanzen haben – für den OGH bindend – kein anderes Motiv des Betriebsrates bei Abgabe seiner Zustimmungserklärung festgestellt, als sich am Kläger zu rächen und diesen zu schädigen.

Dass die Floskel mit der angeblichen Unzulässigkeit der gerichtlichen Überprüfung einer vom Betriebsrat demokratisch gefällten Entscheidung inhaltsleer und unzutreffend ist, wurde oben ausführlich erläutert. Es gibt keinen tragfähigen Grund, im Kollegialorgan Betriebsrat herbeigeführte Entscheidungen gerichtlicher Überprüfung zu entziehen. Dass das Ermessen des Betriebsrates sehr weit gespannt ist, bedeutet für diesen ohnehin weitgehende Freiheit von solcher Überprüfung. Im Übrigen können auch die Vertreter jener Ansicht, die die Verantwortung des Betriebsrates auf Rechtsmissbrauch und sittenwidrige Schädigung beschränkt sehen,¹⁴²⁾ ihre Meinung von der Unüberprüfbarkeit „demokratisch“¹⁴³⁾ gefällter Entscheidungen nicht konsequent durchhalten: Um das Vorliegen von Rechtsmissbrauch und sittenwidriger Schädigung feststellen zu können, muss die Entscheidung des Betriebsrates eben überprüfbar sein. Da man vor dieser Überprüfung nicht weiß, ob die Entscheidung letztlich sittenwidrig oder rechtsmissbräuchlich war, muss eine Überprüfung logischerweise immer möglich sein. Wie schon oben im Zusammenhang mit den Kriterien der „Business Judgment Rule“ angeführt, hat ohnehin derjenige, der sich auf Ermessensmissbrauch, Sittenwidrigkeit oder rechtsmissbräuchli-

ches Verhalten des Betriebsrates beruft, den Beweis zu führen und zB darzulegen, dass der Betriebsrat ohne angemessene Informationsgrundlage entschied, einzelne Mitglieder befangen oder in einen Interessenkonflikt verstrickt waren etc.

Dieses rechtsmissbräuchliche Vorgehen der Betriebsratsmitglieder führte dazu, dass die Stellungnahme des Betriebsrates als Zustimmung unwirksam war, aber mangels Teilnahme des Arbeitgebers an dem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen zumindest die Wirkungen einer „Stellungnahme“ iS des § 105 Abs 1 ArbVG hatte, sodass der Arbeitgeber jedenfalls nicht verfrüht kündigte. Aus den knappen, ja geradezu formelhaften Ausführungen des OGH kann man nicht einmal erkennen, ob er wirklich der (unzutreffenden) Ansicht ist, bei sittenwidriger oder rechtsmissbräuchlicher Zustimmung zur Kündigung könne sich der gutgläubige Arbeitgeber auch darauf verlassen, dass eine wirksame Zustimmung und nicht bloß eine „Stellungnahme“ vorläge.

Dass das Vertrauen des Arbeitnehmers darauf, nicht sittenwidrigen oder rechtsmissbräuchlichen Zustimmungen seiner eigenen Arbeitnehmervertretung ausgesetzt zu sein, Schutz verdient, hingegen nicht das Vertrauen des Arbeitgebers, trotz einer sittenwidrigen/rechtsmissbräuchlichen Zustimmung des Betriebsrates mit keinem Risiko einer Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit belastet zu werden, wurde oben schon dargelegt.

Das Betrübliche an dieser Entscheidung des OGH ist mE nicht nur das nicht passende Ergebnis im konkreten Einzelfall, sondern der weit schwerer wiegende Umstand, dass *das Höchstgericht hier sehr mutlos eine Gelegenheit versäumt hat, über die Grenzen sorgfältiger und interessengerechter Mandatsausübung von Betriebsräten mahnende und wichtige Worte zu verlieren.* Das hätte das Höchstgericht mE auch auf der Grundlage seiner nicht zutreffenden Sichtweise tun sollen, es läge kein Rechtsmissbrauch vor, denn zumindest die gravierende Ermessensüberschreitung des Betriebsrates war schon aufgrund der nicht eingeholten Informationen zur sozialen Betroffenheit des Gekündigten evident. Ein derart krasser Fall wie der vorliegende, in dem es gelungen war, den Beweis für die Rechtsmissbräuchlichkeit des Verhaltens des Betriebsrates zu führen, wird vielleicht erst in zehn oder 20 Jahren wieder vor das Höchstgericht kommen. Das „Gleichgültigkeits-Signal“, das der OGH ausgesendet hat, ist gleichsam der – nicht niedrig zu veranschlagende – „Kollateralschaden“ des Judikats. Der gesetzlichen Betriebsverfassung wurde damit kein guter Dienst erwiesen.

Korrespondenz: RA Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. HSG, LL.M., Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG, Porzellangasse 4, 1090 Wien, Österreich; E-Mail: georg.schima@ksw.at.

¹⁴²⁾ So insbesondere *Spielbüchler* in FS Strasser 623 f.

¹⁴³⁾ Wie denn sonst, möchte man an dieser Stelle fragen!