

# TE OGH 2004/2/25 9ObA147/03p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden, durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Univ. Doz. Dr. Bydlinski sowie durch die fachkundigen Laienrichter Mag. Michael Zawodsky und Dr. Gabriele Griehsel als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. Wolfgang F\*\*\*\*\*, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei A\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Georg Grießer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unwirksamklärung einer Kündigung, Feststellung (Streitwert zusammen EUR 71.812,87) und Leistung (Streitwert EUR 5.669,21 sA), infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 30. September 2003, GZ 7 Ra 65/03k-34, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 27. Februar 2003, GZ 22 Cga 241/01y-22, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichtes mit der Maßgabe wiederhergestellt wird, dass das Feststellungsbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei in der Zeit vom 1. 5. 2002 bis 30. 6. 2002 monatlich EUR 5.669,29 brutto zuzüglich Sonderzahlungen zu bezahlen (Punkt 3 des Urteilsspruchs) nicht zurückgewiesen, sondern abgewiesen wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei EUR 3.616,92 an Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war seit 1. 3. 1988 bei der beklagten Partei als Angestellter beschäftigt; aufgrund der Vereinbarung über die Anrechnung von Vordienstzeiten betrug die Kündigungsfrist vier Monate. Im Zusammenhang mit einem bei der beklagten Partei beabsichtigten Personalabbau wurde auch eine Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Kläger erwogen, der unter jenen Personen war, die das Alter für eine vorzeitige Alterspension bereits erreicht hatten. Da der Kläger mit einer einvernehmlichen Vertragsauflösung nicht einverstanden war, wurde ihm eine Kündigung seines Dienstverhältnisses in Aussicht gestellt. Der am 10. 10. 2001 von der beabsichtigten Kündigung zum 31. 3. 2002 verständigte Betriebsrat stimmte in seiner Sitzung vom 15. 10. 2001 der Kündigung zu. Da die beklagte Partei am 25. 10. 2001 die beabsichtigte Auflösung von insgesamt 500 Angestelltdienstverhältnissen beim AMS angezeigt hatte, wurde am 26. 11. 2001 ein eingeschriebener Brief an den Kläger abgesandt, in dem die Kündigung zum 31. 3. 2002 ausgesprochen wurde. Die Briefsendung wurde nach einem erfolglosen Zustellversuch am 27. 11. 2001 unter Hinterlassung einer Verständigung von der Hinterlegung bei seinem Wohnsitzpostamt zur Abholung bereit

gehalten. An diesem Tag war der Kläger nach seinem Dienst nicht nach Hause gekommen, sondern hatte sich nach der Arbeit in den schon am 2. 11. 2001 bei der beklagten Partei beantragten Urlaub in die Steiermark begeben. Von diesem kam er am 29. 11. 2001 abends nach Hause, trat am 30. 11. um 6.30 Uhr eine Dienstreise nach Deutschland an und kehrte von dieser erst am 1. 12. abends an seinen Wohnsitz zurück, wo er die Verständigung von der Hinterlegung vorfand. Am nächsten Werktag (3. 12. 2001) behob der Kläger das Kündigungsschreiben beim Postamt.

Der Kläger erhob nun das im Folgenden näher darzustellende Klagebegehren und vertrat die Auffassung, der Kündigungstermin 31. 3. 2002 sei verfehlt, da ihm die Kündigungserklärung erst am 3. 12. 2001 wirksam zugestellt worden sei; seine Abwesenheit im davor liegenden Zeitraum wegen Urlaubs bzw einer Geschäftsreise sei der beklagten Partei auch bekannt gewesen. Der Betriebsrat sei nicht zeitgerecht verständigt worden; er habe der Kündigung zwar zugestimmt, jedoch nur zum 31. 3. 2002, nicht aber zu einem anderen Termin. Die Kündigung sei auch deshalb unwirksam, weil sie innerhalb der 30-tägigen Sperrfrist nach dem AMFG erfolgt sei. Der erforderliche enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Verständigung des Betriebsrats und dem Kündigungsausspruch sei nicht gegeben.

Die beklagte Partei wandte dagegen im Wesentlichen ein, die Kündigung sei ordnungsgemäß zum 31. 3. 2002 ausgesprochen worden. Der Betriebsrat habe der Kündigung zugestimmt.

Ausgehend von dem eingangs dieser Entscheidung dargestellten Sachverhalt erkannte das Erstgericht über die erhobenen Klagebegehren wie folgt:

"1) Das Klagebegehren, die von der beklagten Partei mit Schreiben vom 26. 11. 2001 ausgesprochene Kündigung des Dienstverhältnisses zur klagenden Partei werde für rechtsunwirksam erklärt, wird abgewiesen.

2) Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger EUR 5.669,21 brutto samt 8,75 % Zinsen seit 1. 5. 2002 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

Die Eventualbegehren,

2a) es werde festgestellt, dass das Dienstverhältnis des Klägers zur beklagten Partei ungekündigt aufrecht sei, sowie

2b) es werde festgestellt, dass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei in der Zeit von 1. 7. 2002 bis 28. 2. 2003 monatlich EUR 5.669,21 brutto zuzüglich Sonderzahlungen seit 1. 4. 2002 unter Berücksichtigung kollektivvertraglicher Erhöhungen zu bezahlen,

werden abgewiesen.

3) Das Eventualbegehren, es werde festgestellt, dass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei in der Zeit von 1. 5. 2002 bis 30. 6. 2002 monatlich EUR 5.669,21 brutto zuzüglich Sonderzahlungen seit 1. 4. 2002 unter Berücksichtigung kollektivvertraglicher Erhöhungen zu bezahlen,

wird zurückgewiesen."

Grundsätzlich gelte ein Schriftstück mit Beginn der Abholmöglichkeit beim Hinterlegungspostamt als zugegangen, wobei jedoch Ausnahmen im Einzelfall zu berücksichtigen seien, etwa dann, wenn der Arbeitgeber wisse oder wissen müsse, dass eine umgehende Behebung nicht möglich sein würde, was hier aufgrund des Urlaubs und der Dienstreise des Klägers der Fall gewesen sei. Es gehe daher zu Lasten der beklagten Partei, dass der Kläger das Schriftstück erst am 3. 12. 2001 habe beheben können. Eine (gemeint offenbar: auch fristwidrige) Kündigung beende grundsätzlich das Dienstverhältnis; es stehe jedoch Schadenersatz bis zum richtigen Beendigungstermin (hier 30. 6. 2002) zu. Eine Kündigungsanfechtung nach § 105 ArbVG komme nicht in Betracht, weil der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung zugestimmt habe. Dass die Kündigung nun nicht "zum beabsichtigten Beendigungszeitpunkt 31. 3. 2002 wirkt", ändere nichts an dem grundsätzlichen Einverständnis des Betriebsrats zur Kündigung. Eine Einschränkung der Wirkung der Zustimmung lediglich zum Kündigungstermin erscheine übertrieben formalistisch, zumal der beabsichtigte Kündigungstermin nur wegen der Ortsabwesenheit des Klägers nicht eingehalten werden können. Die Kündigung sei auch unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 45a AMFG erfolgt; die beabsichtigten Kündigungen seien ordnungsgemäß angezeigt, die Kündigung des Klägers innerhalb der angeführten Frist ausgesprochen worden. Der verfehlt Kündigungsausspruch führe zu einem Schadenersatzanspruch des Klägers bis zum richtigen Ende der Kündigungsfrist am 30. 6. 2002. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger grundsätzlich Anspruch auf Kündigungsentschädigung samt anteiliger Sonderzahlung bzw Schadenersatz in derselben Höhe. Dem

Leistungsbegehren auf Zahlung für den Monat April 2002 sei demnach zu entsprechen gewesen; für die Monate Mai und Juni 2002 sei lediglich ein Feststellungsbegehren gestellt worden, das infolge Fälligkeit der Entgelte für diese Monate bei Schluss der mündlichen Verhandlung jedoch nicht zulässig und damit zurückzuweisen gewesen sei. Für den Zeitraum von Juli 2002 bis Februar 2003 bestünden keine Ansprüche des Klägers. Grundsätzlich gelte ein Schriftstück mit Beginn der Abholmöglichkeit beim Hinterlegungspostamt als zugegangen, wobei jedoch Ausnahmen im Einzelfall zu berücksichtigen seien, etwa dann, wenn der Arbeitgeber wisse oder wissen müsse, dass eine umgehende Behebung nicht möglich sein würde, was hier aufgrund des Urlaubs und der Dienstreise des Klägers der Fall gewesen sei. Es gehe daher zu Lasten der beklagten Partei, dass der Kläger das Schriftstück erst am 3. 12. 2001 habe beheben können. Eine (gemeint offenbar: auch fristwidrige) Kündigung beende grundsätzlich das Dienstverhältnis; es stehe jedoch Schadenersatz bis zum richtigen Beendigungstermin (hier 30. 6. 2002) zu. Eine Kündigungsanfechtung nach Paragraph 105, ArbVG komme nicht in Betracht, weil der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung zugestimmt habe. Dass die Kündigung nun nicht "zum beabsichtigten Beendigungszeitpunkt 31. 3. 2002 wirkt", ändere nichts an dem grundsätzlichen Einverständnis des Betriebsrats zur Kündigung. Eine Einschränkung der Wirkung der Zustimmung lediglich zum Kündigungstermin erscheine übertrieben formalistisch, zumal der beabsichtigte Kündigungstermin nur wegen der Ortsabwesenheit des Klägers nicht eingehalten werden können. Die Kündigung sei auch unter Einhaltung der Voraussetzungen des Paragraph 45 a, AMFG erfolgt; die beabsichtigten Kündigungen seien ordnungsgemäß angezeigt, die Kündigung des Klägers innerhalb der angeführten Frist ausgesprochen worden. Der verfehlte Kündigungsausspruch führe zu einem Schadenersatzanspruch des Klägers bis zum richtigen Ende der Kündigungsfrist am 30. 6. 2002. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger grundsätzlich Anspruch auf Kündigungsentschädigung samt anteiliger Sonderzahlung bzw Schadenersatz in derselben Höhe. Dem Leistungsbegehren auf Zahlung für den Monat April 2002 sei demnach zu entsprechen gewesen; für die Monate Mai und Juni 2002 sei lediglich ein Feststellungsbegehren gestellt worden, das infolge Fälligkeit der Entgelte für diese Monate bei Schluss der mündlichen Verhandlung jedoch nicht zulässig und damit zurückzuweisen gewesen sei. Für den Zeitraum von Juli 2002 bis Februar 2003 bestünden keine Ansprüche des Klägers.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung in ihrem Punkt 2. dahin ab, dass das - den April 2001 betreffende - Begehren auf Zahlung von EUR 5.669,21 samt 8,75 % Zinsen seit 1. 5. 2002 abgewiesen wurde; die ordentliche Revision wurde für nicht zulässig erklärt. Müsse ein Dienstnehmer mit dem Ausspruch einer Kündigung rechnen, habe er seinen Dienstgeber darüber zu informieren, dass er in dem für den Zugang der Kündigungserklärung erheblichen Zeitraum nicht im Betrieb bzw unter einer anderen Anschrift erreichbar wäre. Tue er dies nicht, habe er sich wider Treu und Glauben dem sicher möglichen Zugang der Kündigungserklärung entzogen. Wenn im vorliegenden Fall der beklagten Partei auch bekannt war, dass der Arbeitnehmer kurzfristig auf Urlaub fahren werde, sei "von ihm zu verlangen und in der gegebenen Konstellation zu berücksichtigen, zumal die Hinterlegung bereits am 27. 11. 2001 erfolgt ist, zumal er auch offenkundig von seiner Ehegattin vom Einlangen der Postsendung (Nichtausfolgung an sie) wissen musste, wobei die Abreise am 27. 11. 2001 abends (bis zur Postschließung wäre wohl auch noch eine Behebung möglich gewesen!) nach W\*\*\*\*\* durchgeführt worden ist, dem Rechnung zu tragen und nicht offenkundig das Zugehen des Schreibens verhindern zu wollen." Da das in der Zeit der Abwesenheit zugesandte Kündigungsschreiben daher als zugegangen anzusehen sei, sei das auf Zahlung eines Monatsentgelts gerichtete Leistungsbegehren in Abänderung der angefochtenen Entscheidung abzuweisen, weil eine fristgerecht zugegangene Kündigung an den Kläger, der treuwidrig deren Zugang zu verhindern getrachtet habe, vorliege. Die dem Betriebsrat am 10. 10. 2001 notifizierte Kündigungsabsicht stehe jedenfalls im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der zum nächst möglichen Termin ausgesprochenen Auflösungserklärung. Dem Dienstgeber könne es nicht verwehrt werden, das innerbetriebliche Vorverfahren der Anzeige beim AMS vorzulagern, wobei jedenfalls der nächstmögliche Termin gewahrt geblieben sei. Die Revision sei nicht zulässig, weil eine Einzelfallkonstellation im Sachverhaltsbereich vorliege und das Berufungsgericht von der höchstgerichtlichen Judikatur nicht abgewichen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision des Klägers ist zulässig und teilweise berechtigt.

Zutreffend verweist der Revisionswerber nämlich darauf, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung des Zeitpunkts des Zugangs der Kündigungserklärung - ohne entsprechendes Tatsachenvorbringen der beklagten Partei und ohne Beweiswiederholung - einen anderen als den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt zugrunde gelegt hat.

Nach ganz herrschender Auffassung (vgl. nur Koziol/Welser 112, 102 mwN) ist eine Willenserklärung dem

Erklärungsempfänger dann als zugegangen anzusehen, wenn er sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann. Diese Möglichkeit hatte der Kläger nicht, war er doch beim erstmaligen Zustellversuch an der Zustelladresse nicht anwesend und kehrte er an seinen Wohnort - was der beklagten Partei zweifellos bekannt war, nachdem er die dem Urlaub nachfolgende Dienstreise als deren Mitarbeiter angetreten hatte - erst am 1. 12. 2002 abends zurück, sodass er die beim Postamt hinterlegte Sendung nicht vor dem 3. 12. 2002 beheben konnte. Die Spekulationen des Berufungsgerichtes über eine Verständigung des Klägers von der Hinterlegung durch seine Ehegattin sowie die Möglichkeit einer Behebung noch am 27. 11. 2001 sind durch die unbekämpften Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes nicht gedeckt und gehen auch über das Prozessvorbringen der beklagten Partei hinaus. Hat die beklagte Partei in Kenntnis der bevorstehenden Ortsabwesenheit des Klägers davon Abstand genommen, die Kündigung früher auszusprechen oder ihm das Kündigungsschreiben an seinem Dienstort (am 26. oder am 27. 11. 2001) persönlich auszuhändigen, so nahm sie das Risiko in Kauf, dass ihm die Kündigungserklärung im November 2001 nicht mehr zugehen könnte. Dieses hat sich in der Folge auch verwirklicht. Hat die beklagte Partei nun den Zeitpunkt der Absendung der Kündigungserklärung so gewählt, dass ein rechtzeitiger Zugang nur unter günstigsten Bedingungen (Zustellversuch am nächsten Tag, Rückkehr des Adressaten an seinen Wohnsitz vor Schalterschluss beim Postamt) möglich gewesen wäre, kann dem Kläger nicht der Vorwurf einer Zugangsvereitelung gemacht werden, wenn er seinen Tagesablauf an diesem Tag nicht auf die - keinesfalls mit Sicherheit zu erwartende - Zustellung ausgerichtet, sondern sich unmittelbar nach seinem Dienst an den Urlaubsort begeben hat. Nach ganz herrschender Auffassung (vergleiche nur Koziol/Welser I 12, 102 mwN) ist eine Willenserklärung dem Erklärungsempfänger dann als zugegangen anzusehen, wenn er sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann. Diese Möglichkeit hatte der Kläger nicht, war er doch beim erstmaligen Zustellversuch an der Zustelladresse nicht anwesend und kehrte er an seinen Wohnort - was der beklagten Partei zweifellos bekannt war, nachdem er die dem Urlaub nachfolgende Dienstreise als deren Mitarbeiter angetreten hatte - erst am 1. 12. 2002 abends zurück, sodass er die beim Postamt hinterlegte Sendung nicht vor dem 3. 12. 2002 beheben konnte. Die Spekulationen des Berufungsgerichtes über eine Verständigung des Klägers von der Hinterlegung durch seine Ehegattin sowie die Möglichkeit einer Behebung noch am 27. 11. 2001 sind durch die unbekämpften Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes nicht gedeckt und gehen auch über das Prozessvorbringen der beklagten Partei hinaus. Hat die beklagte Partei in Kenntnis der bevorstehenden Ortsabwesenheit des Klägers davon Abstand genommen, die Kündigung früher auszusprechen oder ihm das Kündigungsschreiben an seinem Dienstort (am 26. oder am 27. 11. 2001) persönlich auszuhändigen, so nahm sie das Risiko in Kauf, dass ihm die Kündigungserklärung im November 2001 nicht mehr zugehen könnte. Dieses hat sich in der Folge auch verwirklicht. Hat die beklagte Partei nun den Zeitpunkt der Absendung der Kündigungserklärung so gewählt, dass ein rechtzeitiger Zugang nur unter günstigsten Bedingungen (Zustellversuch am nächsten Tag, Rückkehr des Adressaten an seinen Wohnsitz vor Schalterschluss beim Postamt) möglich gewesen wäre, kann dem Kläger nicht der Vorwurf einer Zugangsvereitelung gemacht werden, wenn er seinen Tagesablauf an diesem Tag nicht auf die - keinesfalls mit Sicherheit zu erwartende - Zustellung ausgerichtet, sondern sich unmittelbar nach seinem Dienst an den Urlaubsort begeben hat.

Da die Kündigungserklärung dem Kläger somit erst innerhalb der Kündigungsfrist zugegangen ist, liegt eine sogenannte fristwidrige Kündigung vor, die nach ganz herrschender Auffassung (s dazu nur Löschnigg, Arbeitsrecht 10, 463 ff) zwar dennoch das Dienstverhältnis zum genannten Kündigungstermin zur Beendigung bringt, jedoch eine Schadenersatzpflicht des Dienstgebers auslöst. Die für den Monat April 2002 vom Kläger begehrte Zahlung hat das Erstgericht daher zutreffend (als Kündigungsentschädigung) zuerkannt; Leistungen für die Monate Mai und Juni 2002 hat der Kläger nicht begehrt. An der angestrebten Feststellung der Zahlungspflicht der beklagten Partei für diesen Zeitraum fehlt es - worauf schon das Erstgericht zu Recht hingewiesen hat - am Feststellungsinteresse, das jedenfalls noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz durch das Fälligwerden der Kündigungsentschädigung (einschließlich Sonderzahlungen) weggefallen war; das weitergehende (berechtigte) Feststellungsinteresse hat seinen Niederschlag in dem zu Punkt 2a erledigten Begehren gefunden. Entgegen der Ansicht des Erstgerichtes führt das Fehlen des Feststellungsinteresses nach herrschender Judikatur (Nachweise bei Rechberger in Rechberger 2, § 228 ZPO Rz 3) nicht zur Zurückweisung, sondern vielmehr zur Abweisung des Begehrens. Die schon vom Berufungsgericht verneinte Mangelhaftigkeit des Verfahrens wegen einer behaupteten Überraschungsentscheidung des Erstgerichtes kann in der Revision nicht neuerlich geltend gemacht werden (Nachweise bei Kodek in Rechberger 2 § 503 ZPO Rz 3). Da die Kündigungserklärung dem Kläger somit erst innerhalb der Kündigungsfrist zugegangen ist, liegt eine sogenannte

fristwidrige Kündigung vor, die nach ganz herrschender Auffassung (s dazu nur Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup>, 463 ff) zwar dennoch das Dienstverhältnis zum genannten Kündigungstermin zur Beendigung bringt, jedoch eine Schadenersatzpflicht des Dienstgebers auslöst. Die für den Monat April 2002 vom Kläger begehrte Zahlung hat das Erstgericht daher zutreffend (als Kündigungsentschädigung) zuerkannt; Leistungen für die Monate Mai und Juni 2002 hat der Kläger nicht begehrt. An der angestrebten Feststellung der Zahlungspflicht der beklagten Partei für diesen Zeitraum fehlt es - worauf schon das Erstgericht zu Recht hingewiesen hat - am Feststellungsinteresse, das jedenfalls noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz durch das Fälligwerden der Kündigungsentschädigung (einschließlich Sonderzahlungen) weggefallen war; das weitergehende (berechtigte) Feststellungsinteresse hat seinen Niederschlag in dem zu Punkt 2a erledigten Begehren gefunden. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts führt das Fehlen des Feststellungsinteresses nach herrschender Judikatur (Nachweise bei Rechberger in Rechberger<sup>2</sup>, Paragraph 228, ZPO Rz 3) nicht zur Zurückweisung, sondern vielmehr zur Abweisung des Begehrens. Die schon vom Berufungsgericht verneinte Mangelhaftigkeit des Verfahrens wegen einer behaupteten Überraschungsentscheidung des Erstgerichts kann in der Revision nicht neuerlich geltend gemacht werden (Nachweise bei Kodek in Rechberger<sup>2</sup> Paragraph 503, ZPO Rz 3).

Wurde das Dienstverhältnis im dargelegten Sinn ungeachtet der fristwidrigen Kündigung am 31. 3. 2002 aufgelöst, stellt sich die vom Kläger aufgeworfene Frage nach einer ausreichenden (zeitlichen und sachlichen) Nähe der Kündigungserklärung zur Zustimmung des Betriebsrats nicht. Dieser hat nämlich der beabsichtigten Kündigung des Klägers zum 31. 3. 2002 am 15. 10. 2001 zugestimmt. Tatsächlich wurde das Dienstverhältnis mit der am 26. 11. 2001 abgesandten Kündigungserklärung zu dem in Aussicht genommenen Termin beendet; eine frühere Beendigung wäre angesichts der viermonatigen Kündigungsfrist und der Voraussetzung einer Kündigung zum Quartalsende auch gar nicht möglich gewesen. Der Umstand, dass die beklagte Partei den Kläger angesichts der fristwidrigen Kündigung schadenersatzrechtlich so zu stellen hat, als wäre das Dienstverhältnis erst zum nächstfolgenden Kündigungstermin aufgelöst worden, kann nicht dazu führen, dass eine ausreichende Verständigung des Betriebsrats von der beabsichtigten Kündigung im Sinne des § 105 Abs 1 ArbVG zu verneinen wäre. Ebenso ist es unerheblich, ob allenfalls zwischen der Zustimmung des Betriebsrats und dem Ausspruch der Kündigung Änderungen in den betrieblichen Verhältnissen im Gespräch gewesen sind. Da das Dienstverhältnis zu eben jenem Zeitpunkt beendet wurde, zu dem der Betriebsrat seine Zustimmung erteilt hat, ist auch nicht zu erkennen, inwieweit aus der Bestimmung des § 45a AMFG für den Prozessstandpunkt des Klägers etwas zu gewinnen sein sollte.

Wurde das Dienstverhältnis im dargelegten Sinn ungeachtet der fristwidrigen Kündigung am 31. 3. 2002 aufgelöst, stellt sich die vom Kläger aufgeworfene Frage nach einer ausreichenden (zeitlichen und sachlichen) Nähe der Kündigungserklärung zur Zustimmung des Betriebsrats nicht. Dieser hat nämlich der beabsichtigten Kündigung des Klägers zum 31. 3. 2002 am 15. 10. 2001 zugestimmt. Tatsächlich wurde das Dienstverhältnis mit der am 26. 11. 2001 abgesandten Kündigungserklärung zu dem in Aussicht genommenen Termin beendet; eine frühere Beendigung wäre angesichts der viermonatigen Kündigungsfrist und der Voraussetzung einer Kündigung zum Quartalsende auch gar nicht möglich gewesen. Der Umstand, dass die beklagte Partei den Kläger angesichts der fristwidrigen Kündigung schadenersatzrechtlich so zu stellen hat, als wäre das Dienstverhältnis erst zum nächstfolgenden Kündigungstermin aufgelöst worden, kann nicht dazu führen, dass eine ausreichende Verständigung des Betriebsrats von der beabsichtigten Kündigung im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG zu verneinen wäre. Ebenso ist es unerheblich, ob allenfalls zwischen der Zustimmung des Betriebsrats und dem Ausspruch der Kündigung Änderungen in den betrieblichen Verhältnissen im Gespräch gewesen sind. Da das Dienstverhältnis zu eben jenem Zeitpunkt beendet wurde, zu dem der Betriebsrat seine Zustimmung erteilt hat, ist auch nicht zu erkennen, inwieweit aus der Bestimmung des Paragraph 45 a, AMFG für den Prozessstandpunkt des Klägers etwas zu gewinnen sein sollte.

In der Hauptsache ist daher die Entscheidung des Erstgerichts - mit der aus dem Spruch ersichtlichen Maßgabe - einschließlich der Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz wieder herzustellen.

Da sich die Berufungen beider Streitteile letztlich als erfolglos erwiesen haben, haben sie jeweils Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Berufungsbeantwortungen, wobei sich eine Differenz zugunsten der beklagten Partei von EUR 1.921,32 (darin EUR 320,22 USt) ergibt.

Im Revisionsverfahren war der Kläger lediglich im Umfang von EUR 5.669,21 erfolgreich. Er hat daher gemäß § 43 Abs 1 ZPO Anspruch auf den Ersatz von 7,3 % der entrichteten Pauschalgebühr, also von EUR 155. Der beklagten Partei sind hingegen gemäß den §§ 50 Abs 1, 43 Abs 2 ZPO die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung auf der

Bemessungsgrundlage des Streitwerts der abgewehrten Begehren (EUR 71.812,87) zu ersetzen.Im Revisionsverfahren war der Kläger lediglich im Umfang von EUR 5.669,21 erfolgreich. Er hat daher gemäß Paragraph 43, Absatz eins, ZPO Anspruch auf den Ersatz von 7,3 % der entrichteten Pauschalgebühr, also von EUR 155. Der beklagten Partei sind hingegen gemäß den Paragraphen 50, Absatz eins,, 43 Absatz 2, ZPO die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung auf der Bemessungsgrundlage des Streitwerts der abgewehrten Begehren (EUR 71.812,87) zu ersetzen.

Insgesamt ergibt sich die im Spruch dieser Entscheidung ausgewiesene Kostendifferenz zugunsten der beklagten Partei.

**Textnummer**

E72538

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:009OBA00147.03P.0225.000

**Im RIS seit**

26.03.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

04.01.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

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