jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2000/10/18 9ObA193/00y

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.10.2000

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Peter Scherz und MR Mag. Dorit Tschögele als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Partei Gerhard B*****, Angestellter, *****, vertreten durch Dr. Georg Grießer und Dr. Roland Gerlach, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei E***** Versicherungs-Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Dr. Bernhard Hainz ua, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses, in eventu, Anfechtung einer Kündigung (29 Cga 82/98k) und Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses, in eventu, Anfechtung einer Entlassung (29 Cga 94/98b), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. März 2000, GZ 10 Ra 301/99d-34, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 1. Juni 1999, GZ 29 Cga 82/98k-27, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden teils bestätigt, teils dahin abgeändert, dass sie insgesamt zu lauten haben:

1) Im Verfahren 29 Cga 82/98k:

Das Klagehauptbegehren auf Feststellung, dass das Dienstverhältnis der klagende Partei zur beklagten Partei über den 15. 6. 1998 hinaus weiterhin im aufrechten Zustand besteht, wird abgewiesen.

Hingegen wird dem Eventualbegehren stattgegeben und die mit Schreiben vom 3. 4. 1998 ausgesprochene, dem Kläger am 12. 4. 1998 zugegangene Kündigung des Dienstverhältnisses für rechtsunwirksam erklärt.

2) Im Verfahren 29 Cga 94/98z:

Das Klagehauptbegehren auf Feststellung, dass das Dienstverhältnis der klagenden Partei über den 5. 5. 1998 hinaus weiterhin im aufrechten Zustand besteht, wird abgewiesen.

Hingegen wird dem Eventualbegehren stattgegeben und die mit Schreiben vom 4. 5. 1998 ausgesprochene, dem Kläger am 5. 5. 1998 zugegangene Entlassung für rechtsunwirksam erklärt.

3) Die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz haben die Parteien jeweils selbst zu tragen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 13.725,- bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 2.287,50 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist seit 1. 5. 1995 als Maklerbetreuer bei der Beklagten angestellt. Mit Schreiben vom 3. 4. 1998, zur Post gegeben am 10. 4. 1998 und zugegangen am 12. 4. 1998, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 15. 6. 1998 auf. Während des Laufs der Kündigungsfrist wurde der Kläger mit Schreiben vom 4. 5. 1998, zugegangen am 5. 5. 1998, entlassen.

Mit seiner noch vor dem Ausspruch der Entlassung zu 29 Cga 82/98k des Erstgerichtes eingebrachten Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis über den 15. 6. 1998 hinaus aufrecht fortbestehe. Eventualiter begehrt er, die ihm am 12. 4. 1998 zugegangene Kündigung für unwirksam zu erklären. Die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil sie von der Beklagten vor Ablauf der dem Betriebsrat nach der Verständigung von der Kündigungsabsicht offenstehenden 5-tägigen Frist des § 105 Abs 1 ArbVG ausgesprochen worden sei. Im übrigen sei auf das Arbeitsverhältnis der Kollektivvertrag für Angestellte im Innendienst der Versicherungsunternehmen (KVI) anwendbar. Aufgrund der Vordienstzeiten des Klägers gehöre er zum Kreis der definitiven Mitarbeiter, die gemäß § 33 ff KVI nur wegen bestimmter, hier nicht verwirklichter Kündigungsgründe gekündigt werden könnten. Auch deshalb sei die Kündigung unwirksam. Hilfsweise werde die Kündigung angefochten, und zwar einerseits deshalb, weil sie wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ausgesprochen worden sei, andererseits deshalb, weil sie sozialwidrig sei. Die Kündigung sei erfolgt, weil sich der Kläger gegen Verschlechterungen seines Arbeitsvertrages gewendet habe. Sozial ungerechtfertigt sei sie, weil der Kläger mit lange andauernder Arbeitslosigkeit rechnen müsse und er seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß erbracht habe.Mit seiner noch vor dem Ausspruch der Entlassung zu 29 Cga 82/98k des Erstgerichtes eingebrachten Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis über den 15. 6. 1998 hinaus aufrecht fortbestehe. Eventualiter begehrt er, die ihm am 12. 4. 1998 zugegangene Kündigung für unwirksam zu erklären. Die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil sie von der Beklagten vor Ablauf der dem Betriebsrat nach der Verständigung von der Kündigungsabsicht offenstehenden 5-tägigen Frist des Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG ausgesprochen worden sei. Im übrigen sei auf das Arbeitsverhältnis der Kollektivvertrag für Angestellte im Innendienst der Versicherungsunternehmen (KVI) anwendbar. Aufgrund der Vordienstzeiten des Klägers gehöre er zum Kreis der definitiven Mitarbeiter, die gemäß Paragraph 33, ff KVI nur wegen bestimmter, hier nicht verwirklichter Kündigungsgründe gekündigt werden könnten. Auch deshalb sei die Kündigung unwirksam. Hilfsweise werde die Kündigung angefochten, und zwar einerseits deshalb, weil sie wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ausgesprochen worden sei, andererseits deshalb, weil sie sozialwidrig sei. Die Kündigung sei erfolgt, weil sich der Kläger gegen Verschlechterungen seines Arbeitsvertrages gewendet habe. Sozial ungerechtfertigt sei sie, weil der Kläger mit lange andauernder Arbeitslosigkeit rechnen müsse und er seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß erbracht habe.

Die Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Sie verwies auf die mittlerweile ausgesprochene Entlassung, die das Arbeitsverhältnis beendet habe, sodass die Frage der Rechtzeitigkeit und der Wirksamkeit der Kündigung dahingestellt bleiben könne. Die Entlassung sei erfolgt, weil der Beklagten nunmehr bekannt geworden sei, dass der Kläger in beträchtlichem Umfang Krankenstände vorgetäuscht habe, um während seiner Abwesenheit als Sportmasseur fungieren bzw. entsprechende Kurse besuchen zu können. Selbst wenn dieses Verhalten keine bewusste Täuschung der Klägerin wäre, wäre der Entlassungsgrund verwirklicht, weil die schwere Tätigkeit als Sportmasseur geeignet gewesen sei, den Genesungsverlauf einer tatsächlich bestandenen Krankheit zu verlängern. Ein Disziplinarverfahren habe der Entlassung nicht vorangehen müssen, weil das Arbeitsverhältnis nicht dem KVI, sondern dem Kollektivvertrag für Angestellte im Außendienst der Versicherungsunternehmen (KVA) unterliege, der derartiges nicht vorschreibe. Der Kläger gehöre als Mitarbeiter der "Maklerfiliale" zum Bereich "Verkauf II" und übe eine Tätigkeit aus, die als "Aquisition eines Aquisiteurs", nämlich des Maklers, bezeichnet werden könne. Er übe daher eine verkaufsorganisatorische Tätigkeit aus, sodass auf ihn der KVA Anwendung zu finden habe. Selbst bei einer Anwendung des KVI sei der Kläger nicht definitiv gestellt und damit nicht kündigungs- und entlassungsgeschützt, weil seine Vordienstzeiten wegen einer mehrjährigen Unterbrechung der Innendienstzeiten für die Berechnung der Dauer des Provisoriums nicht zu berücksichtigen seien. Außerdem wäre die Entlassung selbst im Falle der Definitivstellung des Klägers auch ohne Durchführung eines Dizisplinarverfahrens wirksam, weil die entsprechenden Regelungen des KVI als unzulässige Beschränkung des Entlassungsrechtes des Arbeitgebers nichtig seien. Überdies verlange der KVI ein der Entlassung vorgeschaltetes Disziplinarverfahren nur für "strafweise", nicht aber für "schlichte" Entlassungen. Da

somit die Entlassung in jedem Fall wirksam sei, sei das Begehren auf Feststellung des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses jedenfalls abzuweisen. Im übrigen sei auch die Kündigung aus personenbezogenen Gründen notwendig gewesen, weil der Kläger infolge seiner häufigen Abwesenheiten im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Sportmasseur seine Aufgaben bei der Beklagten vernachlässigt habe. Aufgrund der häufigen Abwesenheiten des Klägers sei es immer wieder zu Beschwerden von Maklern gekommen, dass man sich bei einer Nachlässigkeit wie der des Klägers nicht wundern dürfe, dass sich Versicherungsmakler an andere Unternehmen wenden würden. Da der Kläger trotz wiederholter Ermahnungen sein Verhalten nicht geändert habe, habe sein Arbeitsverhältnis gekündigt werden müssen.

Mit seiner mittlerweile zu 29 Cga 94/98z eingebrachten Klage begehrt der Kläger die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über den 5. 5. 1998 (Entlassungzeitpunkt) hinaus. Eventualiter begehrt er, die Entlassung für rechtsunwirksam zu erklären. Er bestritt das Vorliegen eines Entlassungsgrundes und machte abermals geltend, dass das vom KVI der Entlassung vorgeschaltete Disziplinarverfahren unterblieben sei. Die Entlassung sei daher unwirksam. Hilfsweise werde sie angefochten, weil sie wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von vom Arbeitgeber in Frage gestellten Ansprüchen erfolgt und überdies sozialwidrig sei.

Die Beklagte verwies dazu - nachdem die beiden Verfahren vom Erstgericht zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden wurden - auf ihr im Verfahren 29 Cga 82/98k erstattetes Vorbringen.

Das Erstgericht wies sämtliche Klagebegehren ab. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Der zum Zeitpunkt der Kündigung 40jährige Kläger war seit 1974 bei diversen Versicherungsunternehmen als Angestellter tätig, und zwar hauptsächlich im Innendienst, zeitweise auch im Außendienst. Er bewohnt mit seiner berufstätigen Lebensgefährtin und einem gemeinsamen Kind eine Genossenschaftswohnung. Für zwei weitere, nicht in seinem Haushalt lebende Kinder hat er monatliche Unterhaltsbeträge von insgesamt S 4.800,- zu zahlen. Seine durchschnittlichen monatlichen Fixkosten (Wohnungs- und PKW-Kredit, Miete, Lebensversicherung) betragen S 21.613,-.

Seit 1. 5. 1995 war der Kläger bei der Beklagten als Angestellter "im Außendienst" (Dienstvertrag) in der Funktion eines Gruppenleiters der organisatorisch dem Verkauf zugeordneten "Maklerfiliale I" tätig. Er bezog ein monatliches Fixgehalt von S 6.000,- brutto, anfänglich überdies befristete Aufbau- bzw. Überbrückungszahlungen, sowie eine Superprovision für die von der Gruppe vermittelten Verträge und ein Spesenpauschale von S 2.500,-. Seine Tätigkeit bestand in der Betreuung von zugeordneten Maklern und definierten Partnern der Beklagten in der Landesdirektion "mit dem Auftrag, mit diesen Verbindungen strategiekonform die Geschäftsaufbringung für alle von den Gesellschaften des Konzerns und deren Kooperationspartnern betriebenen Geschäftszweige zu gewährleisten". Neben der möglichst prompten Erstellung von Offerten gehörten auch die Unterstützung beim Aufbau von Partnerverbindungen, die Herstellung von Erstkontakten und die Erhebung des Zusammenarbeitsbedarfs, ferner regelmäßige Besuche der Makler und Partner, zu seinen von der Beklagten definierten Pflichten. Den überwiegenden Teil dieser Tätigkeiten erbrachte er aber nicht außer Haus, sondern im Büro.

Im Zuge einer 1997 erfolgten Organisationsänderung wurde die Funktion des Klägers in "Mitarbeiter Makler/Partnerservice" umbenannt. Es wurden aus je zwei Betreuern bestehende Teams gebildet, von denen der eine vorwiegend "Backoffice-" und der andere "Frontofficearbeit" inklusive der Partnerkontakte außer Haus erbringen sollte. Die Gruppenleiterfunktion entfiel; die Maklerbetreuer waren nur mehr dem Leiter des Makler-/Partnerservice direkt unterstellt. Die Makler und sonstigen Partner wurden nicht mehr den einzelnen Betreuern, sondern jeweils einem Zweierteam zugeordnet.

Die organisatorische Änderung ging auch mit einer Umstellung des Provisionssystems für die Maklerbetreuung einher. Mit der Begründung, die vorhandenen Prämiendaten würden für eine Festsetzung des Promillesatzes für die Prämienbeteiligung zunächst nicht genügen, sodass erst ab 1. 1. 1998 aufgrund einer Zusatzvereinbarung wieder individuell berechnete Prämien zur Auszahlung gelangen könnten, zahlte die Beklagte für 1997 sämtlichen Maklerbetreuern anstelle der bisherigen Superprovision eine pauschalierte Prämienvergütung, die beim Kläger S 385.000,- brutto betrug und mit monatlich S 28.900,-

brutto akontiert wurde. Insgesamt betrug das Bruttoeinkommen des Klägers im Jahr 1997 daher S 575.979,-. 1996 hatte der Kläger aufgrund des bis dahin geltenden Provisionssystems und der befristeten Überbrückungszulagen ein höheres Einkommen erzielt. Er war daher - so wie die übrigen Maklerbetreuer - mit dieser Änderung nicht

einverstanden. Es gab Diskussionen im Kollegenkreis darüber und eine gewisse Verunsicherung über die weitere Entwicklung der Entlohnung. Der Kläger hat sich gegenüber Vorgesetzten nicht ausdrücklich über die Entlohnung beschwert und hat auch keine konkreten Forderungen erhoben; es ist nicht feststellbar, dass er sich bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber im Vergleich zu seinen Kollegen hervorgetan hätte. Auch ein vom Kläger und mehreren Kollegen an einen Vorgesetzten gerichtetes Schreiben, in dem der Wegfall von Befugnissen zur Rabattgewährung beanstandet wurde, war ebenso wenig Grund für die Kündigung, wie die Geltendmachung irgendwelcher konkreter, vom Arbeitgeber in Frage gestellter arbeitsrechtlicher Ansprüche.

Der Kläger war in der Zeit vom 27. 12. 1996 bis 24. 3. 1998 insgesamt 48 Werktage im Krankenstand. Die Krankenstände waren jeweils durch Kreuzschmerzen aufgrund einer degenerativen Wirbelsäulenerkrankung (Knorpelschaden) bedingt.

In der Zeit von 18. 2. bis 27. 5. 1997 besuchte der Kläger an drei Tagen pro Wochen einen Sportmassage-Abendkurs und in der Zeit von 18. 10. 1997 bis 24. 5. 1998 einmal monatlich einen Wochenendlehrgang. Es ist nicht feststellbar, dass der Kläger einen Kurstermin während eines seiner Krankenstände besucht hat.

Die überdurchschnittlich häufigen Krankenstände des Klägers und der Eindruck, dass er auch während seiner Arbeitszeit zuwenig im Unternehmen präsent wäre, veranlassten den Leiter der Maklerfiliale, am 26. 3. 1998 ein Gespräch mit dem Kläger zu führen. Dem Kläger wurde vorgehalten, dass seine häufigen Absenzen insbesondere auch die Zusammenarbeit im Team belasten würden, weil der Teamkollege alle dringenden Arbeiten während der Abwesenheit miterledigen müsse. Auch sei es nicht in Ordnung, dass der Kläger regelmäßig erst gegen 9.00 Uhr erscheine, weil dadurch die Beantwortung von dringlichen Anfragen verzögert werde. Das Gespräch blieb aber ohne konkretes Ergebnis. Der Kläger erklärte, es stehe nicht geschrieben, dass er vor 9.00 Uhr erscheinen müsse, und traf auch an den folgenden Tagen erst um 9.00 Uhr im Büro ein. Eine fixe Dienstzeit ist den Maklerbetreuern nicht vorgeschrieben; er wird allerdings "erwartet", dass die Teams ihren Arbeitseinsatz so abstimmen, dass in der Zeit von 7.30 bis 16.00 Uhr das Telefon besetzt ist. Der Teampartner des Klägers kam gewöhnlich um ca 8.30 Uhr zur Arbeit und blieb am Nachmittag etwas länger als der Kläger. Wenn der Kläger nicht vor 8.30 Uhr kam, blieb das Telefon bis zu diesem Zeitpunkt unbesetzt; es kam deshalb zu - wenngleich konkret nicht feststellbaren - Beschwerden von Maklern.

Der Kläger erklärte gegenüber Kollegen, er fühle sich unterbezahlt, sodass das Unternehmen von ihm auch keine volle Arbeitsleistung erwarten könne. Er habe einen Hausarzt, der ihm bei Krankenständen entgegenkomme. Auch seinem Vorgesetzten gegenüber ließ er Unzufriedenheit über die Entlohnung erkennen.

Diese Umstände führten beim Leiter der Maklerfiliale zur Überlegung, dass die Krankenstände des Klägers mangels gegenteiliger Anhaltspunkte voraussichtlich auch in Zukunft nicht vermindert auftreten werden. Er legte daher dem Leiter der Abteilung Verkauf die Kündigung des Klägers mit einem Aktenvermerk nahe, der folgenden Wortlaut hat:

"1. In einem Vieraugengespräch am 26. 3. 1998 wurde Herr Bauer von mir angewiesen, seine tägliche Arbeit einzuhalten und nicht erst um 9.00 Uhr zu beginnen, da telefonische Makleranfragen seine Anwesenheit notwendig machen. Diese Anweisung wurde provokant ignoriert und durch weiteres Erscheinen um 9.00 Uhr quittiert. Darüber hinaus stellte er die Frage, wo denn geschrieben steht, dass er vor 9.00 Uhr schon da sein müsse.

2. Die häufig auftretenden Fehlzeiten durch Krankenstände sind für die bei MPS notwendige Zweierteamarbeit nicht mehr tragbar, die fehlende Arbeitskapazität kann im Team nur durch größeren Aufwand ausgeglichen werden und ist auf Dauer nicht mehr zumutbar.

3. Seine ständigen Äußerungen im Haus über seine schlechte Bezahlung gegenüber Kollegen belasten das Betriebsklima, bringen Unruhe und sind einer gedeihlichen Teamarbeit hinderlich."

Von der daraufhin vom Verkaufsleiter mit Einverständnis des Landesdirektors beschlossenen Kündigung des Klägers wurde der Betriebsrat am 3. 4. 1998 verständigt. Dieser beschloss, keine Stellungnahme dazu abzugeben und teilte diese Entscheidung förmlich der Personalabteilung am 9. 4. 1998 mit. Am 10. 4. 1998 wurde das Kündigungsschreiben an den Kläger zur Post gegeben.

Im Bereich des Außendienstes gilt bei der Beklagten wegen des Umstandes, dass den Mitarbeitern keine fixe Arbeitszeit vorgegeben ist, die 6-Tage-Woche. Es wird aber nie überprüft, ob die Außendienstmitarbeiter tatsächlich an Samstagen irgendeine Arbeitsleistung erbringen. Der Kläger selbst hat jeweils nur von Montag bis Freitag gearbeitet;

auch sonst ist im Betriebsgebäude der Beklagten an Samstagen niemand im Büro tätig. Für den Innendienst gilt generell die 5-Tage-Woche. Im Betriebsrat sind sowohl Innendienst- als auch Außendienstmitarbeiter vertreten.

Während der Kündigungsfrist kam der Beklagten die Information zu, der Kläger habe während seiner Krankenstände einen Massagekurs besucht. Diese Information - nicht aber andere Umstände, wie etwa das bereits anhängige Kündigungsanfechtungsverfahren - führten zum Beschluss, den Kläger zu entlassen.

Der Kläger hat bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz keinen neuen Arbeitsplatz erlangt. Bei intensiver Suche wäre die Erlangung eines vergleichbaren Arbeitsplatzes als Maklerbetreuer innerhalb von ungefähr 6 Monaten möglich gewesen. Das Alter des Klägers stellt noch keinen Nachteil bei der Arbeitsplatzsuche dar; erschwerend wirkt allerdings der Umstand, dass er entlassen wurde. Ohne diesen - gegenüber einem neuen Arbeitgeber erklärungsbedürftigen - Mangel wäre die Postensuchzeit mit 3-4 Monaten einzugrenzen. Als Anfangsgehalt könnte der Kläger ein Bruttofixum von S 20.000,- bis S 25.000,- monatlich zuzüglich Sonderzahlungen erzielen, dazu noch variable erfolgsabhängige Provisionsanteile. Die Versicherungsanstalten gewähren bis zum Aufbau eines entsprechenden Kundenstammes in der Regel Überbrückungszahlungen. Innerhalb von zwei bis drei Jahren wäre für den Kläger ein Gesamteinkommen im Bereich von S 400.000,- bis S 500.000,- brutto jährlich erzielbar.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen vertrat das Erstgericht folgende Rechtsauffassung:

Auf das Arbeitsverhältnis des Kläger sei der KVA anzuwenden. Die Aufgabe des Maklerbetreuers werde im Dienstvertrag in branchenüblicher Weise als "Außendienst" bezeichnet und sei dem Bereich "Verkauf" zugeordnet. Dem entspreche auch die Aufgabe des Klägers, die mit der Beklagten in Geschäftsbeziehung tretenden Makler zu unterstützen und solche - wenn auch nicht als Schwerpunkt seiner Arbeit - anzuwerben. Die im KVI normierten Einschränkungen des Kündigungs- und Entlassungsrechtes des Arbeitgebers seien daher auf den Kläger nicht anzuwenden. Das auf Feststellung der Unwirksamkeit der Entlassung und der Kündigung gerichtete Begehren, sei daher - soweit es auf den KVI gestützt werde - abzuweisen.

Der Beklagten sei der Beweis, dass der Kläger einen Entlassungsgrund verwirklicht habe, nicht gelungen, sodass er gemäß § 106 ArbVG berechtigt sei, die Entlassung anzufechten.Der Beklagten sei der Beweis, dass der Kläger einen Entlassungsgrund verwirklicht habe, nicht gelungen, sodass er gemäß Paragraph 106, ArbVG berechtigt sei, die Entlassung anzufechten.

Dass die Entlassung oder die Kündigung allein oder auch nur maßgeblich wegen der Geltendmachung von vom Dienstgeber in Frage gestellten Ansprüchen erfolgt wäre, sei aus den Feststellungen nicht abzuleiten, sodass er mit seiner auf § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG gestützten Kündigungs- und Entlassungsanfechtung nicht durchdringen könne.Dass die Entlassung oder die Kündigung allein oder auch nur maßgeblich wegen der Geltendmachung von vom Dienstgeber in Frage gestellten Ansprüchen erfolgt wäre, sei aus den Feststellungen nicht abzuleiten, sodass er mit seiner auf Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer eins, Litera i, ArbVG gestützten Kündigungs- und Entlassungsanfechtung nicht durchdringen könne.

Allerdings beeinträchtige die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wesentliche Interessen des Klägers iS des§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, weil er neben der voraussichtlichen Dauer der Arbeitslosigkeit auf einem neuen Arbeitsplatz auch eine merkbare Einkommenseinbuße im Bereich von 13 - 30 % brutto jährlich hinnehmen müsse.Allerdings beeinträchtige die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wesentliche Interessen des Klägers iS des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG, weil er neben der voraussichtlichen Dauer der Arbeitslosigkeit auf einem neuen Arbeitsplatz auch eine merkbare Einkommenseinbuße im Bereich von 13 - 30 % brutto jährlich hinnehmen müsse.

Die Beklagte habe aber nachgewiesen, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Umstände begründet sei, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen seien und die betrieblichen Interessen nachteilig berührten. Sie habe überdurchschnittlich lange Krankenstände und Unmutsäußerungen des Klägers bewiesen, wobei das Grundleiden des Klägers mangels anderer Anhaltspunkte nur als chronisch einzuschätzen sei. Die Argumentation der Beklagten, es sei ein Fortsetzung der Krankenstände im vergleichbaren Ausmaß zu befürchten, sei daher berechtigt. Diese Fehlzeiten wirkten sich nicht nur wegen der Entgeltfortzahlung ohne Gegenleistung, sondern auch wegen der häufigen Doppelbelastung des Teamkollegen des Klägers nachteilig auf den Betrieb aus. Die daher vorzunehmende Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers falle hier zu Gunsten der Beklagten aus.

Durch die wirksame Entlassung sei das Arbeitsverhältnis mit 5. 5. 1998 jedenfalls beendet. Ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der vorangegangenen Kündigung bestehe zum Schluss der Verhandlung nicht mehr. Auf das Klagevorbringen, die Äußerungsfrist des Betriebsrates sei unzulässig verkürzt worden, sei deshalb wegen Unerheblichkeit nicht mehr einzugehen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es billigte die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, dass auf das Arbeitsverhältnis des Klägers der KVA anzuwenden sei. Dafür sei nicht die organisatorische Zuordnung, wohl aber die Tätigkeit des Klägers entscheidend, der im weitesten Sinn die Aufgabe gehabt habe, durch Gespräche mit - teilweise außer Haus besuchten - Maklern und Partnern und durch Aufbau neuer Partnerverbindungen unterstützend beim Verkauf von Versicherungen mitzuwirken. Die vom ihm geltend gemachten Einschränkungen des Kündigungs- und Entlassungsrechts des Arbeitgebers durch den KVI seien daher nicht anzuwenden.

Im Zusammenhang mit der Anfechtung der Entlasssung als sozialwidrig sei dem Erstgericht beizupflichten, dass durch die Entlassung des Klägers dessen Interessen wesentlich beeinträchtigt worden seien. Ebenso sei die Rechtsauffassung des Erstgerichts zu teilen, dass die Beklagte persönliche Umstände nachgewiesen habe, die sie zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigten. Die Äußerungen des Klägers gegenüber Kollegen, dass er sich unterbezahlt fühle, dass das Unternehmen von ihm deshalb auch keine volle Arbeitsleistung erwarten können und dass er einen Hausarzt habe, der ihm bei Krankenständen entgegenkomme, seien geeignet, sich auf die Arbeitsmoral bei der Beklagten negativ auszuwirken, sodass Beispielswirkungen zu befürchten gewesen seien. Die damit gebotene Interessenabwägung falle zu Gunsten der Beklagten aus, sodass die Entlassungsanfechtung erfolglos bleiben müsse.

Da der Kläger keinen Entlassungsgrund gesetzt habe, habe der Kläger Anspruch auf die Beträge, die ihm aufgrund einer ordnungsgemäßen Kündigung zustehen würden. Er habe aber kein rechtliches Interesse mehr an der Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis allenfalls mangels Nichteinhaltung des in § 105 ArbVG vorgesehenen Vorverfahrens weiter aufrecht bzw dass die Kündigung rechtsunwirksam sei. Der Einwand des Klägers, davon hänge ab, ob er eine Kündigungsentschädigung bis 15. 6. 1998 oder bis 15. 7. 1998 erhalte, sei unberechtigt, weil das rechtliche Interesse schon dann fehle, wenn der Kläger bereits eine Leistungsklage erheben könne, deren Erfolg die Feststellung des Rechtsverhältnisses gänzlich erübrige. Da hier der Kläger die von ihm behaupteten Ansprüche mit Leistungsklage geltend machen könne, fehle ihm für sein Feststellungsbegehren das rechtliche Interesse. Auf die Frage der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung, die das Arbeitsverhältnis erst nach dem Entlassungszeitpunkt beendet hätte, sei daher nicht mehr einzugehen.Da der Kläger keinen Entlassungsgrund gesetzt habe, habe der Kläger Anspruch auf die Beträge, die ihm aufgrund einer ordnungsgemäßen Kündigung zustehen würden. Er habe aber kein rechtliches Interesse mehr an der Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis allenfalls mangels Nichteinhaltung des in Paragraph 105, ArbVG vorgesehenen Vorverfahrens weiter aufrecht bzw dass die Kündigung rechtsunwirksam sei. Der Einwand des Klägers, davon hänge ab, ob er eine Kündigungsentschädigung bis 15. 6. 1998 oder bis 15. 7. 1998 erhalte, sei unberechtigt, weil das rechtliche Interesse schon dann fehle, wenn der Kläger bereits eine Leistungsklage erheben könne, deren Erfolg die Feststellung des Rechtsverhältnisses gänzlich erübrige. Da hier der Kläger die von ihm behaupteten Ansprüche mit Leistungsklage geltend machen könne, fehle ihm für sein Feststellungsbegehren das rechtliche Interesse. Auf die Frage der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung, die das Arbeitsverhältnis erst nach dem Entlassungszeitpunkt beendet hätte, sei daher nicht mehr einzugehen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens mit dem Antrag, die Berufungsentscheidung im Sinne der Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern oder sie aufzuheben und die Sache an die zweite Instanz zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt.

1) Zum Verfahren 29 Cga 94/98z (Entlassung)

Das in diesem Verfahren vom Kläger gestellte Hauptbegehren auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über den Zeitpunkt der Entlassung hinaus stützt sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung infolge Nichteinhaltung des im KVI normierten Verfahrens. Damit ist zunächst zu prüfen, ob der KVI oder - wie die

Vorinstanzen meinen - der KVA, der vergleichbare Kündigungs- und Entlassungsschutzbestimmungen nicht enthält, auf das Arbeitsverhältnis des Klägers anwendbar ist.

Nach seinem § 1 Abs 1 lit c gilt der KVA (idF vom 23. 5. 1991) "persönlich für hauptberufliche Angestellte, die akquisitorisch oder verkaufsorganisatorisch im Werbeaußendienst tätig sind".Nach seinem Paragraph eins, Absatz eins, Litera c, gilt der KVA in der Fassung vom 23. 5. 1991) "persönlich für hauptberufliche Angestellte, die akquisitorisch oder verkaufsorganisatorisch im Werbeaußendienst tätig sind".

In einem darauf bezogenen, ordnungsgemäß kundgemachten und hinterlegten Zusatzprotokoll der Kollektivvertragspartner vom 23. 5. 1991, das die Vorinstanzen zutreffend als authentische Interpretation des KVA gewertet haben (vgl dazu 9 ObA 136/92), wird dazu ausgeführt:In einem darauf bezogenen, ordnungsgemäß kundgemachten und hinterlegten Zusatzprotokoll der Kollektivvertragspartner vom 23. 5. 1991, das die Vorinstanzen zutreffend als authentische Interpretation des KVA gewertet haben vergleiche dazu 9 ObA 136/92), wird dazu ausgeführt:

"Unter verkaufsorganisatorischen Aufgaben sind alle überwiegenden Tätigkeiten der Verkaufsleitung und direkten Verkaufsunterstützung des Werbeaußendienstes zu verstehen, die einen wesentlichen Teil der Entlohnung des Angestellten bewirken.

Nicht unter verkaufsorganisatorische Tätigkeiten fallen:

Ausbildungs- und Schulungsleiter, Werbeabteilungen, Innenorgane, Geschäftsstellenkräfte, Autoanmelder ohne Eigenaquisition (überwiegend), Marktforscher sowie Fach- und Schadensabteilung."

Nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages und auch nach der organisatorischen Zuordnung der Abteilung des Klägers durch die Beklagte ist sein Arbeitsplatz dem Außendienst zuzuordnen. Schon die Vorinstanzen haben aber richtig erkannt, dass dem nur Indizwirkung zukommen kann und dass in erster Linie - wie auch in der Revisionsbeantwortung reklamiert wird - die Tätigkeit des Klägers der Beurteilung zugrunde zu legen ist.

Dabei ist dem Kläger zwar zuzubilligen, dass er selbst keinen Kontakt mit Kunden hat; dies ändert aber nichts daran, dass seine Tätigkeit - letztlich die verkaufsorientierte Betreuung der Makler, also der Personen, die diesen unmittelbaren Kundenkontakt haben - der Verkaufsunterstützung des Werbeaußendienstes zuzurechnen ist. Dabei ist nicht so sehr entscheidend, dass der Kläger tatsächlich zumindest einen Teil seiner Arbeit außer Haus zu verrichten und Maklerbesuche vorzunehmen hat. Entscheidend ist vielmehr, dass die gesamte Tätigkeit des Klägers - Maklerbetreuung mit dem Ziel der Geschäftsaufbringung, prompte Herstellung von Offerten, Unterstützung beim Aufbau neuer Partnerverbindungen, Herstellung von Erstkontakten und Erhebung des Zusammenarbeitsbedarfs, regelmäßige Besuche der Makler und Partner - unmittelbar unter den im Zusatzprotokoll der Kollektivvertragspartner verwendeten Begriff der direkten Verkaufsunterstützung zu subsumieren ist. Dass - wie das Berufungsgericht hervorhebt - die Entlohnung des Klägers wesentlich vom Erfolg der Verkaufstätigkeit der ihm zugewiesenen Maklergruppe abhing - die etwas anders gelagerte Regelung für 1997 war nach den Feststellungen nur eine vorübergehende, knüpfte aber ebenfalls an die durch die Prämie ersetzte Superprovision an - ist zwar für sich allein nicht entscheidend, steht aber mit der Zuordnung des Klägers zum Werbeaußendienst durchaus im Einklang. Demgegenüber ist es nicht möglich, die Tätigkeit des Klägers unter eines der im Zusatzprotokoll angeführten Negativbeispiele zu subsumieren, die allesamt die beim Maklerbetreuer vorhandene direkte und unmittelbare Ausrichtung auf den Verkauf vermissen lassen.

Auch der Hinweis auf § 2 Abs 2 KVA, die der Revisionswerber als Anordnung des Vorranges des KVI bei einer "vermischten" Tätigkeit interpretiert, ändert an diesem Ergebnis nichts, weil der Umstand, dass der Kläger sowohl im Büro als auch außer Haus tätig zu sein hatte, seine in jeder Hinsicht der direkten Verkaufsunterstützung zuzuordnende Tätigkeit nicht zu einer auch nur teilweise dem KVI zu unterstellenden "Mischtätigkeit" macht.Auch der Hinweis auf Paragraph 2, Absatz 2, KVA, die der Revisionswerber als Anordnung des Vorranges des KVI bei einer "vermischten" Tätigkeit interpretiert, ändert an diesem Ergebnis nichts, weil der Umstand, dass der Kläger sowohl im Büro als auch außer Haus tätig zu sein hatte, seine in jeder Hinsicht der direkten Verkaufsunterstützung zuzuordnende Tätigkeit nicht zu einer auch nur teilweise dem KVI zu unterstellenden "Mischtätigkeit" macht.

Dass sich der Kläger, dessen Arbeitsverhältnis lange nach dem Inkrafttreten der in Rede stehenden Fassung des KVI begründet wurde, nicht auf die im genannten Zusatzprotokoll enthaltenen Übergangsbestimmungen berufen kann, haben bereits die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt. Dies wird vom Kläger nicht mehr in Frage gestellt.

Die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, auf das Arbeitsverhältnis des Klägers sei nicht der KVI sondern der KVA anzuwenden, ist daher zutreffend.

Da der KVA eine den vom Kläger ins Treffen geführten Bestimmungen des KVI über den Entlassungsschutz vergleichbare Regelung nicht enthält, entbehrt daher sein Vorbringen, die Entlassung sei (kollektivvertraglich) unwirksam, einer rechtfertigenden Grundlage.

Die (erstmals) in der Revision angestellten Überlegungen über eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 105, 106 ArbVG, die es erforderlich mache, die Normen über das einer Kündigung vorzuschaltende betriebliche Vorverfahren auch auf Entlassungen anzuwenden, sind nicht restlos klar. Soweit der Revisionswerber damit zum Ausdruck bringen will, dass - entgegen dem Wortlaut des Gesetzes - auch einer Entlassung das betriebliche Vorverfahren nach § 105 Abs 1 und 2 ArbVG voranzugehen habe, widrigenfalls die Entlassung in analoger Anwendung des § 105 Abs 2 ArbVG unwirksam wäre, ist ihm nicht zu folgen. Der Gefahr einer Umgehung des Kündigungsschutzes des § 105 ArbVG durch unbegründete Entlassungen hat der Gesetzgeber wirksam durch § 106 ArbVG vorgebeugt, der für den Fall der mangelnden Berechtigung der Entlassung und des Vorliegens von Anfechtungsgründen iS des § 105 Abs 3 ArbVG die Anfechtung der Entlassung ermöglicht. Die in diesem Fall anders geregelte Einbeziehung des Betriebsrates - der Betriebsinhaber hat den Betriebsrat von der Entlasssung zu verständigen und innerhalb von drei Arbeitstagen auf Verlangen des Betriebsrates die Entlassung mit diesem zu beraten - ist in der Rechtsnatur der Entlassung begründet, die mit der Behauptung eines die Weiterbeschäftigung unzumutbar machenden Grundes verbunden ist. Von einer unsachlichen und daher verfassungswidrigen Ungleichbehandlung kann nicht die Rede sein.Die (erstmals) in der Revision angestellten Überlegungen über eine verfassungskonforme Auslegung der Paragraphen 105,, 106 ArbVG, die es erforderlich mache, die Normen über das einer Kündigung vorzuschaltende betriebliche Vorverfahren auch auf Entlassungen anzuwenden, sind nicht restlos klar. Soweit der Revisionswerber damit zum Ausdruck bringen will, dass - entgegen dem Wortlaut des Gesetzes - auch einer Entlassung das betriebliche Vorverfahren nach Paragraph 105, Absatz eins und 2 ArbVG voranzugehen habe, widrigenfalls die Entlassung in analoger Anwendung des Paragraph 105, Absatz 2, ArbVG unwirksam wäre, ist ihm nicht zu folgen. Der Gefahr einer Umgehung des Kündigungsschutzes des Paragraph 105, ArbVG durch unbegründete Entlassungen hat der Gesetzgeber wirksam durch Paragraph 106, ArbVG vorgebeugt, der für den Fall der mangelnden Berechtigung der Entlassung und des Vorliegens von Anfechtungsgründen iS des Paragraph 105, Absatz 3, ArbVG die Anfechtung der Entlassung ermöglicht. Die in diesem Fall anders geregelte Einbeziehung des Betriebsrates - der Betriebsinhaber hat den Betriebsrat von der Entlasssung zu verständigen und innerhalb von drei Arbeitstagen auf Verlangen des Betriebsrates die Entlassung mit diesem zu beraten - ist in der Rechtsnatur der Entlassung begründet, die mit der Behauptung eines die Weiterbeschäftigung unzumutbar machenden Grundes verbunden ist. Von einer unsachlichen und daher verfassungswidrigen Ungleichbehandlung kann nicht die Rede sein.

Soweit sich die Revision gegen die Abweisung des die Entlassung betreffenden Feststellungsbegehrens wendet, war ihr daher ein Erfolg zu versagen.

Hingegen ist das auf Anfechtung (Unwirksamerklärung) der (wirksamen) Entlassung wegen Sozialwidrigkeit gerichtete Eventualbegehren berechtigt:

Wie bereits ausgeführt, kann gemäß § 106 Abs 2 ArbVG die Entlassung bei Gericht angefochten werden, wenn ein Anfechtungsgrund im Sinne des § 105 Abs 3 ArbVG vorliegt und der betreffende Arbeitnehmer keinen Entlassungsgrund gesetzt hat. Demgemäß ist in einem Anfechtungsverfahren nach § 106 ArbVG zunächst zu prüfen, ob ein Entlassungsgrund vorliegt. Wird diese Frage bejaht, kommt es auf die geltend gemachten Anfechtungsgründe überhaupt nicht mehr an. Wird das Vorliegen eines Entlassungsgrundes verneint, hat das Verfahren nach denselben Grundsätzen und mit denselben Beurteilungskriterien stattzufinden wie bei einer Kündigungsanfechtung (Arb 11.340 uva).Wie bereits ausgeführt, kann gemäß Paragraph 106, Absatz 2, ArbVG die Entlassung bei Gericht angefochten werden, wenn ein Anfechtungsgrund im Sinne des Paragraph 105, Absatz 3, ArbVG vorliegt und der betreffende Arbeitnehmer keinen Entlassungsgrund gesetzt hat. Demgemäß ist in einem Anfechtungsverfahren nach Paragraph 106, ArbVG zunächst zu prüfen, ob ein Entlassungsgrund vorliegt. Wird diese Frage bejaht, kommt es auf die geltend

gemachten Anfechtungsgründe überhaupt nicht mehr an. Wird das Vorliegen eines Entlassungsgrundes verneint, hat das Verfahren nach denselben Grundsätzen und mit denselben Beurteilungskriterien stattzufinden wie bei einer Kündigungsanfechtung (Arb 11.340 uva).

Dass die Beklagte den von ihr behaupteten Entlassungsgrund (Vortäuschung von Krankenständen, um der Tätigkeit als Masseur nachgehen zu können) nicht erwiesen hat, ist im Revisionsverfahren nicht mehr strittig. Es ist daher das Vorliegen des behaupteten Anfechtungsgrundes nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zu prüfen.Dass die Beklagte den von ihr behaupteten Entlassungsgrund (Vortäuschung von Krankenständen, um der Tätigkeit als Masseur nachgehen zu können) nicht erwiesen hat, ist im Revisionsverfahren nicht mehr strittig. Es ist daher das Vorliegen des behaupteten Anfechtungsgrundes nach Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG zu prüfen.

Bei der Beurteilung des Anfechtungsgrundes des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist unter Anlegung eines objektiven Maßstabes vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen zu prüfen, ob durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wesentliche Interessen des betroffenen Arbeitnehmers beeinträchtigt werden (SZ 63/119; SZ 65/43; RIS-Justiz RS0051640). Ist dies der Fall (und damit der Grundtatbestand der Anfechtung gegeben), ist das Vorliegen eines der genannten Außnahmetatbestände (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a und b ArbVG) zu prüfen. Wenn der Grundtatbestand gegeben ist und auch ein Ausnahmetatbestand vorliegt, hat eine Abwägung der wechselseitigen Interessen stattzufinden: Überwiegen die betrieblichen Interessen die wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes, ist die Kündigung sozial gerechtfertigt. Überwiegen dagegen die wesentlichen Interessen des Gekündigten die betrieblichen Nachteile, ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt (SZ 63/119; RIS-Justiz RS0051970, RS0051994, RS0052004).Bei der Beurteilung des Anfechtungsgrundes des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG ist unter Anlegung eines objektiven Maßstabes vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen zu prüfen, ob durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wesentliche Interessen des betroffenen Arbeitnehmers beeinträchtigt werden (SZ 63/119; SZ 65/43; RIS-Justiz RS0051640). Ist dies der Fall (und damit der Grundtatbestand der Anfechtung gegeben), ist das Vorliegen eines der genannten Außnahmetatbestände (Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, Litera a und b ArbVG) zu prüfen. Wenn der Grundtatbestand gegeben ist und auch ein Ausnahmetatbestand vorliegt, hat eine Abwägung der wechselseitigen Interessen stattzufinden: Überwiegen die betrieblichen Interessen die wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes, ist die Kündigung sozial gerechtfertigt. Überwiegen dagegen die wesentlichen Interessen des Gekündigten die betrieblichen Nachteile, ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt (SZ 63/119; RIS-Justiz RS0051970, RS0051994, RS0052004).

Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wesentliche Interessen des Klägers beeinträchtigt. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf verwiesen, dass der Kläger nach den Feststellungen erst voraussichtlich nach ca. 2 bis 3 Jahren ein Einkommen erzielen kann, das noch immer 13 - 30 % niedriger ist, als das von ihm bei der Beklagten bezogene. Dazu kommen die festgestellten Zahlungsverpflichtungen und Sorgepflichten des Klägers. Der Grundtatbestand der Anfechtung ist daher gegeben.

Damit ist zu prüfen, ob die Beklagte einen der in § 105 Abs 3 Z 2 lit a und b ArbVG genannten Ausnahmetatbestände behauptet und bewiesen hat.Damit ist zu prüfen, ob die Beklagte einen der in Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, Litera a und b ArbVG genannten Ausnahmetatbestände behauptet und bewiesen hat.

Im Verfahren über die Entlassungsanfechtung hat sich die Beklagte dazu auf den Verweis auf das schon früher im Verfahren über die Kündigung erstattete Vorbringen beschränkt. In diesem zuletzt genannten Verfahren hat die Beklagte die Entlassung damit begründet, dass der Kläger in beträchtlichem Umfang Krankenstände vorgetäuscht habe, um während seiner Abwesenheit als Sportmasseur fungieren bzw. entsprechende Kurse besuchen zu können. Liege keine bewusste Täuschung der Beklagten vor, sei die Entlassung deshalb gerechtfertigt, weil die schwere Tätigkeit als Sportmasseur geeignet gewesen sei, den Genesungsverlauf einer tatsächlich bestandenen Krankheit zu verlängern.

Dieses Vorbringen hat aber die Beklagte - wie bereits ausgeführt - nicht bewiesen. Vielmehr wurde festgestellt, dass die Krankenstände des Beklagten durch seine Wirbelsäulenerkrankung bedingt waren. Dass er während eines Krankenstandes als Sportmasseur tätig gewesen ist, war nicht feststellbar.

Im Zusammenhang mit der Entlassung hat die Beklagte sonstige Behauptungen, die einen der Ausnahmegründe des § 105 Abs 3 Z 2 lit a und b ArbVG begründen könnten, nicht aufgestellt. Ihre übrigen Prozessbehauptungen zum

Verhalten des Klägers betrafen seine schon früher erfolgte Kündigung. Selbst wenn man diese Behauptungen auch auf die Entlassung beziehen wollte, wäre damit für den Kläger im Ergebnis nichts zu gewinnen.Im Zusammenhang mit der Entlassung hat die Beklagte sonstige Behauptungen, die einen der Ausnahmegründe des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, Litera a und b ArbVG begründen könnten, nicht aufgestellt. Ihre übrigen Prozessbehauptungen zum Verhalten des Klägers betrafen seine schon früher erfolgte Kündigung. Selbst wenn man diese Behauptungen auch auf die Entlassung beziehen wollte, wäre damit für den Kläger im Ergebnis nichts zu gewinnen.

Auch das zur Kündigung erstattete Vorbringen beschränkt sich auf die Geltendmachung häufiger Abwesenheiten des Klägers, um seiner Tätigkeit als Sportmasseur nachgehen zu können. Der Kläger habe wegen seiner Massagetätigkeit seine Tätigkeit für die Beklagte vernachlässigt. Aufgrund seiner häufigen Abwesenheiten sei es immer wieder zu Beschwerden von Maklern gekommen, dass man sich bei einer Nachlässigkeit wie der des Klägers nicht wundern dürfe, dass sich Makler an andere Versicherungsunternehmen wenden würden. Trotz wiederholter Ermahnung habe der Kläger sein Verhalten nicht geändert.

Auch dieses Vorbringen bezieht sich daher unmissverständlich auf die Krankenstandszeiten des Klägers, die zu einer Vernachlässigung seiner Tätigkeit und zu Maklerbeschwerden geführt hätten. Wenngleich der Beklagten der Beweis nicht geglückt ist, dass diese Krankenstände vorgetäuscht waren und mit einer Tätigkeit des Klägers als Masseur in Zusammenhang standen, ist ihr immerhin zuzubilligen, dass in ihrem wiedergegebenen Vorbringen auch die Behauptung häufiger Krankenstände enthalten ist und dass sie die Tatsache der häufigen krankheitsbedingten Abwesenheit des Klägers auch unter Beweis gestellt hat.

In den Entscheidungen DRdA 1992, 353 und ARD 4564/21/94 erachtete der Oberste Gerichtshof Krankenstände im Ausmaß von "27 % der möglichen Arbeitszeit" (DRdA 1992, 353) bzw. von 126 Tagen in einem Jahr (ARD 4564/21/94), im Zusammenhalt mit der Erwartung weiterer Krankenstände im vergleichbaren Ausmaß, wegen der mangelnden Einsetzbarkeit des derart häufig kranken Arbeitnehmers, die durch Vertretungsregelungen nicht mehr zu bewältigen sei, als personenbezogenen Kündigungsgrund iS § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG. In der Entscheidung ARD 4735/14/96, der ein Fall zugrunde lag, in dem die betroffene Arbeitnehmerin in etwas mehr als 2 1/2 Jahren 101 Krankentage und 43 Arztbesuche in Anspruch genommen hatte, ging der Oberste Gerichtshof zwar ebenfalls von einem personenbezogenen Kündigungsgrund aus, hielt dabei aber ausdrücklich fest, dass es hiefür primär nicht auf die (Anmerkung: hier doch etwas geringeren) Krankenstände oder die Arztbesuche ankomme, sondern auf die negativen Auswirkungen auf das Betriebsklima - die anderen Mitarbeiterinnen wollten die von ihnen als ungerechtfertigt erachteten Absenzen nicht mehr hinnehmen - die die Beendigung des Arbeitsverhältnis rechtfertigten.In den Entscheidungen DRdA 1992, 353 und ARD 4564/21/94 erachtete der Oberste Gerichtshof Krankenstände im Ausmaß von "27 % der möglichen Arbeitszeit" (DRdA 1992, 353) bzw. von 126 Tagen in einem Jahr (ARD 4564/21/94), im Zusammenhalt mit der Erwartung weiterer Krankenstände im vergleichbaren Ausmaß, wegen der mangelnden Einsetzbarkeit des derart häufig kranken Arbeitnehmers, die durch Vertretungsregelungen nicht mehr zu bewältigen sei, als personenbezogenen Kündigungsgrund iS Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, Litera a, ArbVG. In der Entscheidung ARD 4735/14/96, der ein Fall zugrunde lag, in dem die betroffene Arbeitnehmerin in etwas mehr als 2 1/2 Jahren 101 Krankentage und 43 Arztbesuche in Anspruch genommen hatte, ging der Oberste Gerichtshof zwar ebenfalls von einem personenbezogenen Kündigungsgrund aus, hielt dabei aber ausdrücklich fest, dass es hiefür primär nicht auf die (Anmerkung: hier doch etwas geringeren) Krankenstände oder die Arztbesuche ankomme, sondern auf die negativen Auswirkungen auf das Betriebsklima - die anderen Mitarbeiterinnen wollten die von ihnen als ungerechtfertigt erachteten Absenzen nicht mehr hinnehmen - die die Beendigung des Arbeitsverhältnis rechtfertigten.

Im hier zu beurteilenden Fall erreichen die Krankenstände - wenngleich ihr Ausmaß überdurchschnittlich ist - das in den Entscheidungen DRdA 1992, 353 und ARD 4564/21/94 als Kündigungsgrund erachtete Ausmaß bei weitem nicht. Sonstige Umstände, die als Folgewirkungen der Absenzen die Kündigung rechtfertigen könnten, hat die Beklagte weder behauptet noch bewiesen. Die Feststellungen über Maklerbeschwerden betreffen nicht die krankheitsbedingten Abwesenheiten des Klägers, sondern sein Erscheinen erst um 9.00 Uhr früh; darauf hat aber die Beklagte die Kündigung in ihrem Prozessvorbringen nicht gestützt. Für andere Auswirkungen der Krankenstände, etwa für eine dadurch verursachte Störung des Betriebsklimas, fehlt im Vorbringen der Beklagten und auch in den Feststellungen jeder Anhaltspunkt.

Der Oberste Gerichtshof verkennt nicht, dass auch ohne entsprechende Feststellungen und Behauptungen davon

auszugehen ist, dass die überdurchschnittlichen Absenzen des Klägers für den Arbeitgeber belastend sind und den besonderen Einsatz seines Teampartners bzw. Vertreters erforderten. Soweit darin ein personenbezogener Kündigungsgrund iS des § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG liegt, erreicht er für sich allein aber nicht jenes Gewicht, das erforderlich ist, um bei der im Sinne der dargestellten Rechtslage erforderlichen Interessenabwägung die doch erhebliche Interessenbeeinträchtigung des Klägers aufzuwiegen und den Ausschlag zugunsten der Interessen des Arbeitgebers zu geben.Der Oberste Gerichtshof verkennt nicht, dass auch ohne entsprechende Feststellungen und Behauptungen davon auszugehen ist, dass die überdurchschnittlichen Absenzen des Klägers für den Arbeitgeber belastend sind und den besonderen Einsatz seines Teampartners bzw. Vertreters erforderten. Soweit darin ein personenbezogener Kündigungsgrund iS des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, Litera a, ArbVG liegt, erreicht er für sich allein aber nicht jenes Gewicht, das erforderlich ist, um bei der im Sinne der dargestellten Rechtslage erforderlichen Interessenabwägung die doch erhebliche Interessenbeeinträchtigung des Klägers aufzuwiegen und den Ausschlag zugunsten der Interessen des Arbeitgebers zu geben.

Dass - wie die Vorinstanzen hervorgehoben haben - andere Verhaltensweisen des Klägers festgestellt wurden, die als Rechtfertigungsgründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber in Betracht kommen, trifft durchaus zu. All diese Feststellungen sind aber nicht durch entsprechende Prozessbehauptungen der Beklagten gedeckt und haben daher als "überschießend" außer Betracht zu bleiben. Zur Rechtfertigung der vom Arbeitnehmer angefochtenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses können nur solche Umstände herangezogen werden, die der Arbeitgeber im Verfahren über die Anfechtung behauptet und bewiesen hat. Nicht vorgebrachte Gründe haben hingegen außer Acht zu bleiben. Die Unmutsäußerungen des Klägers gegenüber Arbeitskollegen, seine im Kollegenkreis getätigten Äußerungen über seine mangelnde Leistungsbereitschaft und einen ihm bei Krankenständen hilfreichen Arzt sowie seine Weigerung, vor 9 Uhr im Büro zu erscheinen - zu letzterem bedürfte es allerdings näherer Behauptungen und Feststellungen über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit - wurden von der Beklagten nicht zur Rechtfertigung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgebracht und haben daher bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben.

Damit erweist sich aber - da aus den angeführten Umständen die Krankenstände des Klägers zur Rechtfertigung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ausreichen - die Entlassungsanfechtung als berechtigt, sodass die Entscheidungen der Vorinstanzen iS der Stattgebung des darauf gerichteten Eventualbegehrens im Verfahren 29 Cga 94/98z abzuändern waren.

2) Zum Verfahren 29 Cga 82/98k (Kündigung):

Auf die dieses Verfahren betreffenden Klagebegehren ist das Berufungsgericht im Hinblick auf die nach seiner Rechtsansicht gegebene (endgültige) Wirksamkeit der Entlassung nicht eingegangen. Da diese Rechtsansicht - wie gezeigt - nicht geteilt wird, bedarf es nunmehr auch der Prüfung der die Kündigung betreffenden Begehren, ohne dass darauf näher eingegangen werden müsste, wie weit selbst im Falle der Wirksamkeit der Entlassung das Unterbleiben der sachlichen Prüfung der Kündigungsanfechtung durch das Berufungsgericht mit deren rechtsgestaltender Natur und den Auswirkungen auf die dem Kläger zustehende Kündigungsentschädigung vereinbar ist.

Soweit das im Verfahren 29 Cga 82/98k erhobene Hauptbegehren auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses trotz Kündigung auf die Kündigungsschutzbestimmungen des KVI gestützt wurde, reicht es aus, auf die oben angestellten Ausführungen über die Unanwendbarkeit dieses Kollektivvertrags zu verweisen.

Diese Begehren wurde aber auch mit der Behauptung begründet, der Arbeitgeber habe die 5-Tage-Frist des§ 105 Abs 1 ArbVG nicht eingehalten.Diese Begehren wurde aber auch mit der Behauptung begründet, der Arbeitgeber habe die 5-Tage-Frist des Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG nicht eingehalten.

Nach § 105 Abs 1 ArbVG hat der Betriebsinhaber vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen, der innerhalb von fünf Arbeitstagen hiezu Stellung nehmen kann. Eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ist nach § 105 Abs 2 Satz 2 ArbVG rechtsunwirksam, es sei denn, dass der Betriebsrat eine Stellungnahme bereits abgegeben hat.Nach Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG hat der Betriebsinhaber vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen, der innerhalb von fünf Arbeitstagen hiezu Stellung nehmen kann. Eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ist nach Paragraph 105, Absatz 2, Satz 2 ArbVG rechtsunwirksam, es sei denn, dass der Betriebsrat eine Stellungnahme bereits abgegeben hat.

Ob zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die 5-Tage-Frist des§ 105 Abs 1 ArbVG schon abgelaufen war, hängt

hier von der nach den Feststellungen nicht abschließend zu beurteilenden Frage ab, ob bei der Fristberechnung nach "Arbeitstagen" (vgl dazu Arb 11.810; ecolex 2000, 376; Floretta/Strasser, Komm zum ArbVG 668) von einer Sechs- oder einer Fünftagewoche im Betrieb der Beklagten auszugehen ist. Im Hinblick auf den letzten Halbsatz des § 105 Abs 2 ArbVG, nach dem die Kündigung jedenfalls dann rechtswirksam ausgesprochen werden kann, wenn der Betriebsrat bereits eine Stellungnahme abgegeben hat, braucht diese Frage aber nicht näher geprüft zu werden.Ob zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die 5-Tage-Frist des Paragraph 105, Absatz eins, ArbVG schon abgelaufen war, hängt hier von der nach den Feststellungen nicht abschließend zu beurteilenden Frage ab, ob bei der Fristberechnung nach "Arbeitstagen" vergleiche dazu Arb 11.810; ecolex 2000, 376; Floretta/Strasser, Komm zum ArbVG 668) von einer Sechs- oder einer Fünftagewoche im Betrieb der Beklagten auszugehen ist. Im Hinblick auf den letzten Halbsatz des Paragraph 105, Absatz 2, ArbVG, nach dem die Kündigung jedenfalls dann rechtswirksam ausgesprochen werden kann, wenn der Betriebsrat bereits eine Stellungnahme abgegeben hat, braucht diese Frage aber nicht näher geprüft zu werden.

Im hier zu beurteilenden Fall wurde die Kündigung nämlich erst ausgesprochen, nachdem der Betriebsrat, der beschlossen hatte, zur ihm mitgeteilten Kündigungsabsicht des Arbeitgebers keine Stellungnahme abzugeben, diese Entscheidung dem Arbeitgeber mitteilte. Nun ist zwar richtig, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs eine Stellungnahme des Betriebsrates, die weder ein ausdrücklicher Widerspruch noch eine ausdrückliche Zustimmung ist, dem Stillschweigen des Betriebsrates gleichzusetzen ist (RIS-Justiz RS0101805; zuletzt RdW 2000, 432). Damit kommt aber nur zum Ausdruck, dass einer solchen Erklärung weder die Wirkung eines ausdrücklichen Widerspruchs noch die einer Zustimmung zukommen kann ("schlichter Widerspruch", Floretta/Strasser, Kommentar zum ArbVG S 667). Dies ändert aber nichts daran, dass für die durch § 105 Abs 2 letzter Halbsatz ArbVG angeordnete Fristverkürzung durch eine Stellungnahme des Betriebsrates der Inhalt einer ausdrücklich abgegeben Stellungnahme irrelevant ist. Erklärt daher der Betriebsrat vor Ablauf der 5-Tage-Frist - wie hier - ausdrücklich, keine Stellungnahme abgeben zu wollen, so gilt dies hinsichtlich des Anfechtungsrechtes wie ein "schlichter Widerspruch". Im Sinne des § 105 Abs 2 letzter Halbsatz ArbVG liegt aber doch eine ausdrückliche Stellungnahme des Betriebrates vor, sodass mit dem Ausspruch der Kündigung nicht weiter zugewartet werden muss (Strasser/Jabornegg, ArbVG3 Rz 21 zu § 105; soweit der Entscheidung 9 ObA 33/98p Gegenteiliges zu entnehmen sein sollte, wird sie nicht aufrechterhalten).Im hier zu beurteilenden Fall wurde die Kündigung nämlich erst ausgesprochen, nachdem der Betriebsrat, der beschlossen hatte, zur ihm mitgeteilten Kündigungsabsicht des Arbeitgebers keine Stellungnahme abzugeben, diese Entscheidung dem Arbeitgeber mitteilte. Nun ist

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at