

# TE OGH 1991/7/10 9ObS8/91

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.07.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Gamerith und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Alfred Mayer und Otto Schmitz als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\*Rechtsanwalt\*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei ARBEITSAMT SALZBURG, \*\*\*\*\* vertreten durch die Finanzprokurator in Wien, wegen 33.938,43 S, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 15. November 1990, GZ 12 Rs 113/90-10, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 22. Februar 1990, GZ 19 Cgs 190/89-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war seit 2. Jänner 1967 bei der \*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* I\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH als Angestellter beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde anlässlich des Ausgleichsverfahrens des Arbeitgebers von diesem zum 30. Juni 1987 gekündigt. Im Ausgleichsverfahren wurde ein Abfertigungsanspruch von 9 Monatsgehältern anerkannt. Mit Bescheid vom 14. August 1987 sprach die beklagte Partei dem Kläger aus diesem Titel Insolvenzausfallgeld in der Höhe von 329.165,-- S zu. Mit 1. Juli 1987 schloß der Kläger mit der \*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* I\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH neuerlich einen Dienstvertrag, in dem für den Abfertigungsanspruch die Anrechnung einer Vordienstzeit von 2 Jahren vereinbart wurde. Dieser Vereinbarung hat der damalige Ausgleichsverwalter nicht zugestimmt. Am 13. Juni 1989 wurde der Konkurs über das Vermögen der \*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* I\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH eröffnet. Daraufhin erklärte der Kläger am 4. Juli 1989 den vorzeitigen Austritt gemäß § 25 KO. Der Kläger war Mitglied des Betriebsrates; eine Kündigung seines Arbeitsverhältnisses hätte erst zum 10. Jänner 1992 erfolgen können.

Der Kläger begehrte unter anderem auch 98.444,43 S an Insolvenzausfallgeld aus dem Titel der Abfertigung. Mit Bescheiden vom 17. November 1989 erkannte die beklagte Partei dem Kläger aus diesem Titel einen Betrag von 64.506,-- S an Insolvenzausfallgeld zu und lehnte die Zuerkennung eines weiteren Betrages von 33.938,43 S aus diesem Titel ab.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Klage mit dem Begehren auf Zuerkennung des letztgenannten Betrages. Unter Berücksichtigung der getroffenen Anrechnungsvereinbarung und des Umstandes, daß das Arbeitsverhältnis erst zum 10. Jänner 1992 hätte aufgelöst werden können, gebühre dem Kläger eine Abfertigung von 3 Monatsgehältern in der

Höhe von 98.444,43 S.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Bei unmittelbarer Aufeinanderfolge von Arbeitsverhältnissen beim selben Arbeitgeber sei die Vordienstzeit bei der Bemessung der Abfertigung anzurechnen. Von Gesetzes wegen gebühre dem Kläger für die gesamte bei der beklagten Partei zurückgelegte Dienstzeit eine Abfertigung von 12 Monatsgehältern. Die bereits bei Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses gezahlte Abfertigung von 329.165,-- S sei auf den nunmehrigen Abfertigungsbetrag von 393.671,06 S anzurechnen. Den Differenzbetrag von 64.506,06 S habe die beklagte Partei dem Kläger zuerkannt. Die Anrechnungsvereinbarung sei im Zuge eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens abgeschlossen und nicht vom Ausgleichsverwalter genehmigt worden. Diese Vereinbarung sei überdies als anfechtbare unentgeltliche Verfügung anzusehen. Schließlich beruhe der Abfertigungsanspruch auf einer nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens abgeschlossenen Einzelvereinbarung; ein derartiger Anspruch sei nach dem IESG ausgeschlossen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß dem Kläger aus den beiden lückenlos aneinander anschließenden Arbeitsverhältnissen ein Abfindungsanspruch von 12 Monatsgehältern zustehe. Die Vereinbarung über die Anrechnung von Vordienstzeiten sei ohne Zustimmung des Ausgleichsverwalters getroffen worden; sie sei überdies eine anfechtbare unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 8 AO.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es vertrat die Rechtsauffassung, aus der Vereinbarung über die Anrechnung der Vordienstzeiten sei ein Parteiwille, dem Kläger eine im Vergleich zu einem durchlaufenden Dienstverhältnis höhere Abfertigung zu garantieren, nicht zu erschließen. Dem Kläger gebühre daher die Abfertigung für die gesamte Dienstzeit abzüglich des bereits erhaltenen Betrages.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne des Klagebegehrens abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist - im Ergebnis - nicht berechtigt.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ist dem Kläger allerdings darin beizupflichten, daß die bereits abgefertigten Zeiten und die hierfür gezahlte Abfertigung auch dann, wenn das neue Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber unmittelbar anschließt, für Entstehen und Höhe eines allfälligen weiteren Abfertigungsanspruches nicht zu berücksichtigen sind. Art. VII Abs 3 ArbAbfG bestimmt, daß Dienstzeiten im Sinne des § 23 Abs 1

3. Satz AngG und des § 22 Abs 1 3. Satz GutsAngG für die Abfertigung nicht zu berücksichtigen sind, wenn der Angestellte für diese Zeiten bereits eine Abfertigung erhalten hat. Es besteht kein sachlicher Grund, diese gesetzliche Regelung nicht auch auf andere ähnliche Fälle analog anzuwenden (siehe Migsch, Abfertigung für Arbeiter und Angestellte, Rz 174). Migsch aaO Rz 425 ist allerdings auch darin beizupflichten, daß die Konsumationsklausel nur auf jene Zeiten zu beziehen ist, die für die seinerzeitige Abfertigung auch rechtlich notwendig waren, sodaß durch die anlässlich der Beendigung des ersten Arbeitsverhältnisses gezahlte Abfertigung von 9 Monatsgehältern insgesamt 20 Dienstjahre (aus diesem Arbeitsverhältnis) konsumiert sind und nur ein Rest von rund 6 Monaten verbleibt.

Daraus ergibt sich aber, daß lediglich eine Anrechnung von Vordienstzeiten im Ausmaß von 6 Monaten anlässlich der Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses sachlich gerechtfertigt gewesen wäre. Die Anrechnung weiterer, durch die gezahlte Abfertigung konsumierter Vordienstzeiten war, wenn schon kein gemäß § 8 Abs 1 AO jedenfalls unwirksames Rechtsgeschäft, zumindest ein ungewöhnliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 8 Abs 2 AO. Da der Kläger über das Ausgleichsverfahren informiert war und die Ungewöhnlichkeit einer Vereinbarung über die Anrechnung von zwei Jahren Vordienstzeiten unmittelbar nach Abfertigung von 20 Dienstjahren bei einer Gesamtdienstzeit von 20 1/2 Jahren auf der Hand lag, war diese Vereinbarung gemäß § 8 Abs 3 AO unwirksam, soweit sie mehr als den Zeitraum vom 2. Jänner 1987 bis 30. Juni 1987 umfaßte.

Ginge man nun unter Berücksichtigung des Kündigungsschutzes des Klägers als Betriebsratsmitglied vom 10. Jänner 1992 als dem frühestmöglichen Termin für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aus, dann hätte der Kläger - nach Zurücklegung von 5 Dienstjahren - Anspruch auf Abfertigung im Ausmaß von 3 Monatsentgelten, sodaß das Klagebegehren berechtigt wäre. Hingegen wäre ohne Berücksichtigung des besonderen Kündigungsschutzes bei Zugrundelegung einer 4monatigen Kündigungsfrist (siehe Martinek-Schwarz,

Angestelltengesetz<sup>6</sup>, 397 und 450) das Arbeitsverhältnis durch den Masseverwalter gemäß § 25 Abs 1 KO am 4. Juli 1989 zum 4. November 1989 durch Kündigung auflösbar gewesen, sodaß dem Kläger mangels Zurücklegung einer Dienstzeit von wenigstens 3 Jahren im neuen Arbeitsverhältnis auch nicht der - den bereits zuerkannten Abfertigungsanspruch von 64.506,06 S geringfügig übersteigende - Abfertigungsanspruch von 2 Monatsgehältern zugestanden wäre.

Der Oberste Gerichtshof hatte sich in den Entscheidungen vom 5. Februar 1985, Arb 10.407 = DRdA 1987, 305 (Migsch) = ZAS 1986, 127 (Spielbüchler) und vom 9. Juli 1985, Arb 10.473 = JBl 1986, 267 mit der Frage zu befassen, ob der besondere Kündigungsschutz bei Bemessung der Abfertigung bzw der Kündigungsentschädigung gemäß § 25 Abs 1 KO ausgetretener Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen ist. Unter Anwendung des aus dem § 29 AngG und § 1162 ABGB abzuleitenden allgemeinen Grundsatzes, daß der vorzeitig ausgetretene Arbeitnehmer so zu stellen ist, als wäre sein Arbeitsverhältnis durch ordnungsgemäße Kündigung des Arbeitgebers zum nächstmöglichen Termin beendet worden, wurde in beiden Fällen bei Bemessung der geltend gemachten Ansprüche die gesamte (fiktive) Dauer des besonderen Kündigungsschutzes nach § 120 ArbVG einschließlich der dreimonatigen "Abkühlungsfrist" nach Ende der Funktionsperiode berücksichtigt.

Diese beiden in kurzem Zeitabstand ergangenen Entscheidungen wurden in der Folge vom Großteil der Lehre mit teils beachtenswerten Argumenten kritisiert, insbesondere von Tomandl,

Die Kündigungsentschädigung besonders kündigungsgeschützter Arbeitnehmer, ZAS 1986, 109 ff; von Spielbüchler aaO 128 ff und Migsch aaO 307 ff sowie von Mayer-Maly, Probleme aus der neueren Rechtsprechung zum besonderen Kündigungsschutz DRdA 1989, 353 ff (360 ff).

Hiebei wies vor allem Tomandl aaO, 112 f und 116 f, daraufhin, daß der ungleich höhere Anspruch auf Kündigungsentschädigung für Arbeitnehmer, die den besonderen Kündigungsschutz genießen, nur bei ausreichender sachlicher Begründung nicht gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verstoße. Das von Berger (in ÖJZ 1985, 22 f) gebrauchte Argument, kündigungsgeschützte Arbeitnehmer hätten es wesentlich schwerer als andere Arbeitnehmer, einen neuen Arbeitsplatz zu erlangen, treffe nur auf schwangere Frauen bis zur Entbindung und auf Behinderte zu. Es sei daher zu prüfen, ob der Zweck der verschiedenen Schutzbestimmungen die Berücksichtigung der Kündigungsschutzperiode geboten erscheinen lasse. Der Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder nach dem ArbVG beruhe nicht darauf, daß diese Arbeitnehmer in der Verwertung ihrer Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt behindert seien; er diene vielmehr ausschließlich dazu, ihnen die Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Aktivitäten im Sinne des Gesetzes zu ermöglichen und Diskriminierungen durch den Arbeitgeber wegen dieser Tätigkeit auszuschließen. Dem ArbVG lasse sich hingegen nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber den Funktionären der Belegschaft in irgendeiner Weise eine (entgeltmäßige) Vorzugsstellung gegenüber den anderen Belegschaftsmitgliedern einräumen möchte. Das ArbVG wolle die Betriebsratsmitglieder nicht für ihre Tätigkeit im Dienste der Kollegen belohnen; der Schutz sei ihnen vielmehr ausschließlich im Interesse der Belegschaft verliehen. Es spreche nichts dafür, einem derartigen Arbeitnehmer, wenn er auf den Bestandschutz keinen Wert mehr lege und auf diese Weise seine Funktion im Stich lasse, für die freiwillige Aufgabe seiner Position einen Vermögensvorteil in Aussicht zu stellen. Mit einer derartigen finanziellen Prämie würde die Rechtsordnung den Verzicht auf die Geltendmachung des Kündigungsschutzes geradezu fördern und damit Anreize schaffen, die ihrem erklärten Ziel genau entgegenwirkten. Spielbüchler aaO 133 folgert offenbar gleichfalls aus dem Zweck des Bestandschutzes nach den §§ 120 ff ArbVG, daß schlechterdings kein legitimes Interesse denkbar sei, Betriebsratsmitgliedern im Konkursfall den Austritt zu anderen Bedingungen zu ermöglichen als anderen Arbeitnehmern. Der Konkurs stehe jenseits jeden "Verdacht, eine Veranstaltung zur Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern zu sein"; die Insolvenz durch erhöhte Ersatzansprüche von Betriebsratsmitgliedern verhindern zu wollen, wäre daher ein "absurdes Unterfangen". Migsch aaO 311 folgert aus dem Zweck des Schutzes nach § 120 ArbVG, jeden Angriff auf die Mandatsträger möglichst teuer zu machen; dadurch solle nach Tunlichkeit unterbunden werden, daß bei einem Austritt nach § 25 KO der Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle, weil die Insolvenz die Belegschaft insgesamt treffe und nicht als individuell gegen den Funktionsträger gerichteter Angriff zu werten sei. Betriebsratsmitglieder, die mit Hilfe des § 25 KO - subjektiv gesehen - "ihre Haut retten wollten", sollten deshalb nicht anders behandelt werden als gewöhnliche Arbeitnehmer, mit denen sie ja in diesem Fall "im gleichen Boot säßen". Auch Mayer-Maly aaO 364 folgt - allerdings nicht nur bezüglich der Betriebsratsmitglieder - der an den verschiedenen Zwecken der Schutzgesetze orientierten Argumentation Tomandls.

Kuderna setzte sich schließlich in der Abhandlung "Einige Probleme des besonderen Kündigungsschutzes" DRdA 1990, 1 ff (15 ff), mit dieser Kritik auseinander. Im Gegensatz zu anderen besonderen Kündigungsschutz genießenden Arbeitnehmergruppen fallen der für Betriebsratsmitglieder maßgebliche Schutzzweck und das geschützte Gut - die Sicherstellung der ihnen vom Gesetzgeber im Interesse des Betriebes und der Belegschaft übertragenen Aufgaben - mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses weg. Ein Betriebsratsmitglied, das zwischen der Möglichkeit des vorzeitigen Austrittes oder der Hinnahme einer rechtsunwirksamen Entlassung bzw Kündigung und der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wählen könne, müsse sich vor Augen halten, daß es im Hinblick auf das ihm von seinen Arbeitskollegen übertragene Betriebsratsmandat Verpflichtungen gegenüber der Belegschaft und dem Betrieb auf sich genommen habe, mit denen es unvereinbar sei, das Mandat vorschnell und ohne objektiv zwingende Gründe aufzugeben und sich für finanzielle Vorteile zu entscheiden. Entscheide es sich trotzdem für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, müsse ihm klar sein, daß mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowohl das Mandat als auch der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz sofort erlöschen. Führe aber das Betriebsratsmitglied durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Erlöschen des Mandats und des Bestandschutzes selbst herbei, gebiete es der (weggefallene) Schutzzweck nicht, das Betriebsratsmitglied durch erhöhte Schadenersatzansprüche abzusichern.

Der am Zweck des besonderen Bestandschutzes orientierten Kritik kann sich auch der Oberste Gerichtshof nicht verschließen, zumal er sich in den beiden zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgenden Vorentscheidungen nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die bei Berücksichtigung des besonderen Bestandschutzes erhebliche finanzielle Besserstellung der Betriebsratsmitglieder gegenüber der übrigen Belegschaft im Fall eines Austritts nach § 25 Abs 1 KO mit dem Schutzzweck des § 120 ArbVG sachlich zu rechtfertigen ist. Da es den Betriebsratsmitgliedern durch diesen Schutz nur ermöglicht werden soll, die Interessen der Belegschaft gut zu vertreten, ohne (individuelle) Diskriminierungen durch den Arbeitgeber wegen dieser Tätigkeit befürchten zu müssen, ist die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses und daher auch der zu schützenden Funktion aus Anlaß eines die ganze Belegschaft gleichermaßen treffenden Ereignisses, wie einer Insolvenz, nicht vom Schutzzweck der §§ 120 ff ArbVG erfaßt, sodaß aus diesem Gesichtspunkt eine finanzielle Besserstellung gemäß § 25 KO austretender Betriebsratsmitglieder nicht gerechtfertigt erscheint.

Da der besondere Kündigungsschutz im vorliegenden Fall daher nicht zu berücksichtigen ist, kann dem vom Kläger geltend gemachten Abfertigungsanspruch nur eine - nicht

abgefertigte - Dienstzeit vom 2. Jänner 1987 bis 4. November 1989 zugrundegelegt werden, sodaß dem Kläger mangels Zurücklegung der im § 23 Abs 1 AngG genannten Dienstzeit von mindestens 3 Jahren überhaupt keine Abfertigung mehr gebührt.

Die Entscheidung der Vorinstanzen erweist sich daher als im Ergebnis richtig, sodaß der Revision ein Erfolg zu versagen war.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 lit a ASGG. Zu einem Kostenzuspruch nach Billigkeit bestand kein Anlaß, weil Umstände im Sinne des § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG weder behauptet noch bescheinigt wurden.

#### **Anmerkung**

E27161

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

ECLI:AT:OGH0002:1991:009OBS00008.91.0710.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19910710\_OGH0002\_009OBS00008\_9100000\_000

**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)