

# TE OGH 1991/5/8 90bA78/91

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.05.1991

## 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.Jelinek sowie die fachkundigen Laienrichter Mag.Robert Renner und Franz Kulf als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei L\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt \*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wegen Feststellung des aufrechten Weiterbestehens des Dienstverhältnisses (Streitwert S 15.000), in eventu wegen Kündigungsanfechtung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 11.Dezember 1990, GZ 5 Ra 167/90-19, womit das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch als Arbeits- und Sozialgericht vom 12.Juni 1990, GZ 34 Cga 148/89-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 2.718 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (davon S 453 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war seit 1.1.1980 bei der beklagten Sozialversicherungsanstalt im Bereich der Landesstelle \*\*\*\*\* als Reinigungskraft beschäftigt. Ihr letzter monatlicher Bruttolohn betrug rund S 12.000. Mit Schreiben vom 23.11.1989, das der Klägerin am 27.11.1989 ausgehändigt wurde, kündigte die beklagte Partei das Dienstverhältnis zum 31.12.1989 auf.

Die Klägerin begehrt primär die Feststellung, daß die Kündigung gemäß 105 Abs 2 ArbVG rechtsunwirksam sei und das Dienstverhältnis über den 31.12.1989 hinaus weiterbestehe; hilfsweise begehrt sie den Ausspruch, daß die Kündigung sozialwidrig und damit rechtsunwirksam sei und das Dienstverhältnis über den 31.12.1989 hinaus weiterbestehe.

Zwischen der Verständigung des Betriebsrates und dem Aussprechen der Kündigung sei die 5-Tage-Frist des 105 Abs 1 ArbVG nicht eingehalten worden. Die Kündigung sei darüber hinaus nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Streitparteien auch sozialwidrig. Sie habe für zwei m.j. Kinder (2 1/2 und 19 Jahre) zu sorgen. Wegen der Betreuungspflicht gegenüber dem 2 1/2-jährigen Kind müsse sie in der Gestaltung der Arbeitszeit flexibel sein. Dies sei ihr bei der beklagten Partei möglich gewesen, nicht jedoch im gleichen Ausmaß bei neuen Dienstverhältnissen. Eine Reduzierung des Ausmaßes ihrer Tätigkeit, wie es die beklagte Partei verlange, sei ihr deshalb nicht zumutbar, weil sie mit dem dann verbleibenden Entgelt ihre Lebensbedürfnisse nicht mehr abdecken könnte. Darüber hinaus wolle die beklagte

Partei durch die Kündigung vermeiden, daß die Klägerin den Status der Unkündbarkeit erlange.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wandte ein, daß das Kündigungsschreiben aus betriebsinternen Gründen bereits am 23.11.1989 verfaßt, der Beklagten aber erst nach Vorliegen der Stellungnahme des Betriebsrates am 27.11.1989 persönlich überreicht worden sei. Der Klägerin sei es ohne Schwierigkeiten möglich, auf dem Arbeitsmarkt eine gleichartige Tätigkeit zu finden. Die Weiterbeschäftigung der Klägerin sei betriebswirtschaftlich nicht mehr möglich gewesen, da sie für eine volle Arbeitsleistung entlohnt worden sei, pro Woche jedoch höchstens 20 Stunden gearbeitet habe.

Das Erstgericht wies das Haupt- und das Eventualbegehren ab und traf folgende Feststellungen:

Auf der Arbeitsverhältnis der Klägerin findet die Dienstordnung C für die Arbeiter bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs Anwendung. Ursprünglich wurde die Klägerin mit einem Nettolohn von ca S 5.000 monatlich eingestellt. Dies entsprach einer Arbeitsleistung von täglich 6 Stunden. Tatsächlich arbeitete die Klägerin jedoch lediglich 3 bis 4 Stunden täglich bzw ca 20 Wochenstunden.

Die Klägerin ist seit 22.11.1989 geschieden und sorgepflichtig für zwei Kinder im Alter von 3 und 19 Jahren. Der 19-jährige Sohn steht in einem Lehrverhältnis und bezieht eine Lehrlingsentschädigung von sfr 560. Die Klägerin bewohnt ein Einfamilienhaus, das ihr und ihrem Sohn je zur Hälfte gehört; sie hat für die Betriebskosten zur Hälfte aufzukommen. Ersparnisse hat sie keine. Der geschiedene Gatte wohnt noch im selben Haus mit der Klägerin und übernahm, wenn diese bei der beklagten Partei arbeitete, abwechselnd mit dem älteren Sohn die Aufsicht über das 3-jährige Kind.

Die Klägerin hatte bei der beklagten Partei grundsätzlich die Möglichkeit, um 16.00 Uhr mit den Reinigungsarbeiten zu beginnen. Sie konnte aber, wenn es die familiären Verhältnisse erforderten, auch später mit der Arbeit beginnen. Bis zur Geburt ihres jüngsten Kindes begann sie regelmäßig um 16.00 Uhr, später variierte sie die Beginnzeit zwischen 17.30 Uhr und 18.30 Uhr.

Bei der Errechnung des zuletzt ausbezahlten Lohnes von S 12.000 brutto monatlich wurde eine Arbeitsleistung von 40 Wochenstunden zugrunde gelegt.

Als dem neuen Leiter der Geschäftsstelle \*\*\*\*\* bei der beklagten Partei die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Arbeitsleistung und den bezahlten Arbeitsstunden der Klägerin und einer weiteren Kollegin auffiel, ordnete er an, daß sie Aufzeichnungen über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden führen müßten. Bei einer Besprechung am 3.11.1989 stellte der neue Direktor der beklagten Partei fest, daß die beiden Raumpflegerinnen in der Woche im Durchschnitt nur 20 bis 25 Arbeitsstunden leisteten, während ihr Lohn auf der Grundlage von 40 Arbeitsstunden errechnet werde. Er schlug daher vor, den Lohn in Form einer Änderungskündigung auf 25 Arbeitsstunden zu reduzieren oder eine Bedienerin zu kündigen und die zweite mit 40 Wochenstunden anzustellen. Eine Einigung auf eine dieser Varianten kam mit der Klägerin nicht zustande.

Hierauf bereitete die beklagte Partei die Kündigung der Klägerin und der zweiten Reinigungskraft vor. Hiefür war die Zentrale der beklagten Partei \*\*\*\*\* zuständig. Von dort aus wurde der Betriebsrat von der beabsichtigten Änderungskündigung mit Schreiben vom 10.11.1989 verständigt, das dem Obmann des Betriebsrates am 20.11.1989 zugekommen ist. Die bedingten Kündigungen (siehe Beilage A: "Die Sozialversicherungsanstalt \*\*\*\*\* kündigt Ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 29 Abs 1 DO.C per 31.12.1989 unter der Bedingung, daß Sie sich mit der Festsetzung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 25 Stunden nicht einverstanden erklären") wurden mit Datum vom 23.11.1989 vom Generaldirektor und vom Obmann der Anstalt \*\*\*\*\* unterzeichnet und sodann durch den Leiter der Personalabteilung der beklagten Partei an den Direktor der Landesstelle \*\*\*\*\* gesandt. Ob ein Begleitschreiben mitgesandt wurde, das den Auftrag enthielt, vor der Ausfolgung der Kündigung das Einvernehmen mit der Personalabteilung herzustellen, konnte nicht festgestellt werden. Da der Direktor der Landesstelle \*\*\*\*\* verreisen mußte, gab er einem Angestellten die Anweisung, die Kündigung am Montag, dem 27.11., oder Dienstag, dem 28.11.1989, der Klägerin zu übergeben.

Der Betriebsrat der beklagten Partei widersprach der Kündigung der Klägerin mit Schreiben vom 24.11.1989 ausdrücklich. Dieses Schreiben langte am 27.11.1989 noch während der Dienstzeit der beklagten Partei \*\*\*\*\* ein. Am selben Tag übergab ein Angestellter der beklagten Partei der Klägerin und ihrer Kollegin das Kündigungsschreiben. Der

Betriebsrat erhielt dieses Kündigungsschreiben am 28.11.1989. Im Zeitpunkt der Übergabe des Kündigungsschreibens an die Klägerin war die beklagte Partei bereits im Besitz des der Kündigungsabsicht widersprechenden Schreibens des Betriebsrates vom 24.11.1989.

Seit Beginn des Jahres 1990 hat das Arbeitsamt F\*\*\*\*\* keine Arbeitsplätze für Reinigungskräfte vermittelt, die der bisherigen Arbeitszeiteinteilung der Klägerin entsprechen. Der Klägerin ist es möglich, innerhalb von 3 bis 4 Monaten im Raum F\*\*\*\*\* eine Arbeitsstelle zu finden, bei welcher sie, abgesehen von den derzeitigen finanziellen Bedingungen (Zahlung von 40 Wochenstunden für geleistete 20 bis 25 Wochenstunden), dieselben Rahmenbedingungen wie bei der beklagten Partei haben wird. Sie wird also zu denselben Zeiten beginnen und ebenfalls ca 20 bis 25 Wochenstunden arbeiten können.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteigt.

Beide Vorinstanzen waren der Ansicht, daß die beklagte Partei zwischen der Verständigung des Betriebsrates von der Kündigungsabsicht und dem Aussprechen der Kündigung die Frist von 5 Arbeitstagen (§ 105 Abs 1 ArbVG) eingehalten habe. Das Kündigungsschreiben sei mit seinem Verfassen am 23.11.1989 noch nicht aus dem Herrschaftsbereich der beklagten Partei getreten. Für den Fall, daß der Betriebsrat eine Beratung über die Kündigung verlangt hätte und diese auch (für die Klägerin) erfolgreich gewesen wäre, hätte das Schriftstück bis zur tatsächlichen Übergabe an die Klägerin im Herrschaftsbereich der beklagten Partei angehalten und zurückgehalten werden können. Der Wille der beklagten Partei, die Kündigung in Wirksamkeit zu setzen, sei erst nach Ablauf der 5-Tage-Frist erklärt worden.

Schließlich sei die Kündigung auch nicht sozialwidrig. Durch die Kündigung würden zwar wesentliche Interessen der Klägerin beeinträchtigt, da es ihr auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nicht möglich sein werde, mit der gleichen Arbeitsleistung auch nur annähernd den von der beklagten Partei gezahlten Lohn zu erlangen. Mit Ausnahme des Entgeltes könne die Klägerin jedoch in absehbarer Zeit eine gleichwertige Stellung erhalten. Die Sozialwidrigkeit der Kündigung könne somit nicht darin liegen, daß die Klägerin ein Kleinkind persönlich zu betreuen und Sorgepflichten für zwei mj. Kinder habe. Einer Weiterbeschäftigung der Klägerin stünden betriebliche Erfordernisse entgegen, welche die Interessen der Klägerin überwiegen. Die beklagte Partei müsse ihre Aufgaben bei sparsamer und zweckmäßiger Gebahrung wahrnehmen. Gegen diese Grundsätze verstoße die Weiterbeschäftigung der Klägerin zu den gleichen Bedingungen wie bisher, erhalte sie doch für eine Arbeitsleistung von 20 bis 25 Wochenstunden 40 bezahlt. Der Vorteil, den die Klägerin durch die Kündigung verliere und auf einem anderen Arbeitsplatz nicht mehr erreichen könne, decke sich mit dem Nachteil, der der beklagten Partei durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses entstünde. Das Interesse der beklagten Partei gehe vor, da sie für den Vorteil, den sie bisher der Klägerin gewährt habe, von dieser keine entsprechende Gegenleistung erhalten habe.

Die Klägerin bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes mit Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß der Klage stattgegeben werde. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

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

Die Revision ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Klägerin hält an der Meinung fest, daß die Kündigung gemäß § 105 Abs 2 Satz 2 ArbVG rechtsunwirksam sei, weil sie schon mit der statutenmäßigen Unterfertigung des Kündigungsschreibens in der Zentrale der beklagten Partei \*\*\*\*\* am 23.11.1989 "ausgesprochen" worden sei. Die Organe der Landesstelle seien nach der Übermittlung der Kündigung an diese nur als Boten tätig gewesen. Die die 5-Tage-Frist des § 105 Abs 2 ArbVG sei daher nicht gewahrt.

Diese Ausführungen sind verfehlt. Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung darf die Kündigung erst nach Ablauf der 5-Tage-Frist des § 105 Abs 1 ArbVG "ausgesprochen" werden; eine diesem Grundsatz widersprechende Kündigung ist auch dann rechtsunwirksam, wenn sie dem betroffenen Arbeitnehmer erst nach Ablauf der 5-Tage-Frist zugeht (Floretta-Strasser, Handkomm ArbVG 670; dieselben, Kurzkomm ArbVG2 267 FN 19;

Floretta-Spielbühler-Strasser, Arbeitsrecht3 I 276;

Weissenberg-Cerny, ArbVG8 465; Mayr in Wirtschaftsverlag Komm ArbVG 246; Arb 6.042; SZ 53/171; Arb 9.998; 10.002).

"Ausgesprochen" ist die Kündigung - selbst wenn nach internen Verwaltungsvorschriften des Kündigenden für diesen Rechtsakt Schriftlichkeit erforderlich ist - nicht schon dann, wenn die Kündigungserklärung vom Kündigenden zu Papier gebracht ist, sondern erst dann, wenn sie der Kündigende aus seinem Herrschaftsbereich entläßt, also etwa zur Post gibt (Arb 9.998;

Floretta-Spielbüchler-Strasser aaO) oder sie einem Boten mit dem Auftrag übergibt, das Schreiben zu überbringen, oder wenn er das Schreiben dem Gekündigten selbst ausfolgt. Die an der Vorbereitung des Aussprechens der Kündigung entscheidend mitwirkenden Organe der Landesstelle waren jedoch keine Boten. Von den Organen der Landesstelle hätte das Kündigungsschreiben, falls mit dem Betriebsrat darüber Beratungen zu führen gewesen wären, noch immer zurückgehalten und eine Weisung der Zentrale \*\*\*\*\* eingeholt werden können. Tatsächlich wurde das Kündigungsschreiben auch nicht zur Post oder einem Boten übergeben, sondern bis 27.11.1989 zurückgehalten. Im übrigen ist die Landesstelle ein Betrieb iS des § 34 ArbVG (mit einem eigenen Betriebsrat), sodaß die Absendung der Kündigung durch den Betriebsinhaber (§ 105 Abs 2 ArbVG) der für die Beurteilung der Wahrung der Frist maßgebliche Zeitpunkt ist. Die Frist des § 105 Abs 1 ArbVG wurde daher auf jeden Fall gewahrt, so daß die Kündigung aus dem geltend gemachten Grund des § 105 Abs 2 ArbVG nicht rechtsunwirksam ist.

Die Klägerin behauptet zwar in der Revision erstmalig, unkündbar zu sein; hiebei handelt es sich aber um eine unzulässige Neuerung (in der Klage wurde sogar das Gegenteil vorgebracht), die ganz offensichtlich auf einem Irrtum des Klagevertreters beruht; diese Ausführungen betreffen offenkundig ihre Arbeitskollegin, die einen Parallelprozeß führt und dort vom selben Rechtsanwalt vertreten wird.

Die Kündigung der Klägerin ist aber auch nicht sozial ungerechtfertigt iS des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG. Bei der Prüfung dieser Frage muß vorerst ohne Rücksicht auf andere Voraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen geprüft werden, ob durch sie wesentliche Interessen der betroffenen Arbeitnehmerin beeinträchtigt werden (DRdA 1989/24; Arb 10.755). Erst dann ist zu prüfen, ob ein Ausnahmetatbestand iS des § 105 Abs 3 Z 2 lit a oder b ArbVG gegeben ist und daher die Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers notwendigerweise in Kollision treten. 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 (DRdA 1989/24 ua). Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ist (nur) dann erfüllt, wenn die durch die Kündigung bewirkte finanzielle Schlechterstellung ein solches Ausmaß erreicht, daß sie eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat, ohne daß aber eine soziale Notlage oder eine Existenzgefährdung eintreten müßte (Arb 10.577).

Den Vorinstanzen ist darin zu folgen, daß die von der beklagten Partei ausgesprochene Änderungskündigung wesentliche Interessen der Klägerin beeinträchtigt, weil bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen von den der Klägerin bisher gewährten, wenn auch objektiv ungewöhnlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen auszugehen ist. Einer Weiterbeschäftigung der Klägerin zu diesen - objektiv ungewöhnlichen - Lohn- und Arbeitsbedingungen stehen jedoch betriebliche Erfordernisse der beklagten Partei entgegen; die Interessen der beklagten Partei an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu diesen Bedingungen überwiegen die Interessen der Klägerin an der Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes unter unveränderten Bedingungen. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, muß dem beklagten Sozialversicherungsträger im Interesse der Versicherten das Recht zugebilligt werden, seine Verwaltung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit und insbesondere der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer nach Maßgabe der für die Arbeitnehmer der Sozialversicherungsträger geltenden Dienstordnung auszurichten. Vor allem im Interesse der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer kann es die beklagte Partei auf die Dauer nicht hinnehmen, einer einzelnen Arbeitnehmerin für Arbeitsleistungen im Umfang von nur 20 bis 25 Wochenstunden ein Entgelt für 40 Wochenstunden zu zahlen, auch wenn die mit der Beendigung dieses Zustandes erreichten Einsparungsmaßnahmen im Verhältnis zum Verwaltungsaufwand der beklagten Partei gering sind. Entscheidend für die Anerkennung der überwiegenden Interessen der beklagten Partei an der angefochtenen Änderungskündigung ist vor allem die Vermeidung von Beispielfolgen, die von anderen Dienstnehmern aus einer solchen, nicht durch besondere sachliche Gründe zu rechtfertigenden Sonderstellung einzelner Bediensteter abgeleitet werden könnten. Soweit die Klägerin darauf hinweist, daß der von ihr bezogene Lohn in Relation zu ihrer langjährigen Tätigkeit zu sehen sei, übersieht sie, daß dieser Umstand durch Vorrückungen im Rahmen des Lohnschemas zu berücksichtigen ist, eine Vergütung von 40 Wochenstunden bei Leistung von 20 bis 25 Wochenstunden aber nicht rechtfertigt. Da die Kündigung nur auf die

Änderung des bisherigen Arbeitsverhältnisses gerichtet ist, braucht die Frage, ob es der Klägerin auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt möglich sein wird, eine (mit Ausnahme des Entgelts) gleichwertige Stellung in absehbarer Zeit zu erlangen - auch dies wurde im übrigen festgestellt - nicht eingegangen zu werden. Sie kann sich ja den Arbeitsplatz bei der beklagten Partei bei Annahme der zumutbaren Bedingungen der Änderungskündigung erhalten. Das Interesse der beklagten Partei an der Änderungskündigung überwiegt daher das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung ihres Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen besonderen Arbeits- und Lohnbedingungen.

Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E25812

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

ECLI:AT:OGH0002:1991:009OBA00078.91.0508.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19910508\_OGH0002\_009OBA00078\_9100000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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