

# TE OGH 1988/10/12 9ObA206/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.10.1988

## 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 Dr.Gamerith und Dr.Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Werner Jeitschko und Helga Kaindl als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Christine T\*\*\*, Angestellte, Wien 21., Arnoldgasse 1/4/14, vertreten durch Dr.Georg Grießer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*-C\*\*\*-B\*\*\*, Wien 1., Graben 21, vertreten durch Dr.Manfred Macher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unwirksamerklärung einer Kündigung (Streitwert 100.000 S), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 4.Mai 1988, GZ 32 Ra 20/88-23, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 9.Oktober 1987, GZ 23 Cga 1061/87-19, 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 4.243,80 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 385,80 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die am 9.September 1937 geborene Klägerin war vom 15.Mai 1979 bis 30.Juni 1987 bei der Beklagten teilzeitbeschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung seitens des Arbeitgebers; der Betriebsrat stimmte der Kündigung nicht ausdrücklich zu. Die Klägerin war zunächst zur Einschulung in der Filiale Taborstraße, sodann vom Jahre 1979 bis Ende 1985 in der Filiale Lassallestraße, von Jänner bis Juli 1986 in der Filiale Wollzeile, sodann bis November 1986 in der Filiale Praterstraße, im November/Dezember 1986 in der Filiale Atzgersdorf und im Jänner und Februar 1987 in der Zentrale der Beklagten am Graben beschäftigt. Sie bezog ein Gehalt von monatlich 8.123 S brutto, 16 mal jährlich sowie 12 mal jährlich eine Haushaltszulage von 290 S brutto und den Familienbeitrag von 643 S brutto.

Nach der mit Betriebsvereinbarung begründeten Beurteilungsordnung sind alle voll- und teilzeitbeschäftigten Mitarbeiter der Beklagten in unbefristeten Dienstverhältnissen vom Leiter der Abteilung bzw. dem nächsthöheren Vorgesetzten jährlich zu beurteilen; der Beurteilungszeitraum soll mindestens sechs und höchstens achtzehn Monate umfassen. Auf Wunsch können die Beurteilungen jedoch auch unabhängig von diesen Fristen erfolgen. In jeder Beurteilung hat eine Einstufung nach den Kriterien "Stärke", "den Erwartungen entsprechend", "Schwäche" und "deutlich unter den Erwartungen" zu erfolgen. Eine positive Beurteilung liegt vor, wenn in nicht mehr als zwei Punkten eine Einstufung mit "Schwäche" und in keinem Punkt eine Einstufung mit "deutlich unter den Erwartungen" erfolgt. Wird er in mehr als einem Punkt mit "Schwäche" oder in zumindest einem Bereich mit "deutlich unter den

Erwartungen" beurteilt, kann jeder unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer binnen 14 Tagen nach Kenntnis von der Beurteilung Berufung erheben. Über die Berufungen entscheidet eine von Leiter des Personalwesens einzuberufende Kommission, die aus dem Leiter des Personalwesens als Vorsitzenden, einem vom Vorsitzenden bestimmten Leiter eines Bereiches oder Abteilungskreises - mit Ausnahme des Bereiches oder Kreises, dem der berufende Arbeitnehmer angehört -, der Betriebsratsobmann und ein weiterer vom Betriebsrat bestimmter Mitarbeiter angehört. Die Berufungskommission faßt - nach Befragung des beurteilenden Vorgesetzten, des berufenden Arbeitnehmers und allenfalls zur Auskunftserteilung herangezogener weiterer Mitarbeiter - ihre Beschlüsse in geheimer Abstimmung mit Stimmenmehrheit. Sie kann die Beurteilung bestätigen oder eine bessere Beurteilung zuerkennen. Kommt keine Stimmenmehrheit zustande, wird die angefochtene Beurteilung wirkungslos und der Mitarbeiter ist zu versetzen. Die Klägerin begehrt, die von der Beklagten am 26. März 1987 zum 30. Juni 1987 ausgesprochene Kündigung für unwirksam zu erklären. Sie habe den Dienst immer ordnungsgemäß versehen, die geringste Zahl von Krankenständen aufgewiesen, keine Fehler gemacht und einen an Hand des Mankogeldes feststellbaren entsprechenden Umsatz erzielt. Zuerst sei sie 6 Jahre lang nicht und dann in sieben Monaten viermal beurteilt worden; diese Beurteilungen hätten immer andere Tätigkeiten zum Gegenstand gehabt, und die Beurteilungszeiträume seien zu kurz gewesen. Sie sei ab Anfang 1986 wiederholt versetzt und ihr Tätigkeitsbereich dadurch oft geändert worden. Sie habe in Anbetracht ihres Alters unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozeß zu gewärtigen. Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klägerin sei im Jahre 1979 als gerade noch für die vorgesehene Tätigkeit geeignet beurteilt worden. Danach sei es wiederholt zu Beanstandungen durch die Vorgesetzten der Klägerin gekommen. In vier Beurteilungen seien die unzureichenden Arbeitsergebnisse der Klägerin dargelegt worden. Die Klägerin habe von der ihr offenstehenden Möglichkeit, gegen diese Beurteilungen zu berufen, keinen Gebrauch gemacht. Die Klägerin habe erklärt, daß sie sich nur bis zur Pension "durchwursteln" wolle.

Das Erstgericht wies die Klage ab und stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die Klägerin absolvierte nach der Hauptschule die Handelsschule und war danach zwei Jahre bei den Wiener Stadtwerken als Stenotypistin tätig. Von 1956 bis 1960 war sie beim Österreichischen Apothekerverband am Schalter, in der Buchhaltung und im Schriftverkehr und dann bis 1964 bei Banken beschäftigt, wo sie in der Kreditabteilung und am Schalter, nicht aber an der Kassa arbeitete. Dann pausierte die Klägerin nach der Geburt ihres ersten Kindes. Im Jahre 1979 wurde sie nach Absolvierung einer Aufnahmeprüfung von der Beklagten als Teilzeitbeschäftigte mit einer monatlichen Dienstverpflichtung von 10 Arbeitstagen angestellt. Der Sohn der Klägerin ist 23 Jahre alt, studiert Pharmazie und wohnt im Haushalt der Eltern. Der Gatte der Klägerin ist Leiter Österreichischen Apothekerbank, verdient monatlich 52.773 S brutto, und zwar "mehr als vierzehnmals jährlich". Die Klägerin hat keine besonderen Zahlungsverpflichtungen. Bis Dezember 1982 (richtig 1. Jänner 1982) hatte sie insgesamt 157 Versicherungsmonate in der Pensionsversicherung erworben.

Nach ihrer Aufnahme bei der Beklagten wurde die Klägerin vier Tage eingeschult und an der Kassa ausgebildet; mittlerweile hat die Beklagte die Einschulung der Teilzeitbeschäftigten intensiviert. Bei der Beklagten erhalten die Kassiere ein Mankogeld, dessen Höhe sich nach der Zahl, dem Wert und der Schwierigkeit der Transaktionen richtet. Für die Normbelastung betrug der tägliche Fehlgeldbetrag 1984 61 S, 1985 63 S, 1986 65 S und 1987 67 S. Die Klägerin erhielt im Jahre 1985 für 76 Hauptkassatage insgesamt 4.636 S und im Jahre 1986 für 77 Hauptkassatage 4.211 S Kassierfehlgeld. Von 1983 bis 1986 wies die von der Klägerin geführte Kassa nur einmal im Jahre 1984 eine unaufklärbare Differenz zwischen Ist- und Sollbestand auf. Nur die Hälfte der Kassiere hat während eines Jahres keine Kassadifferenz, 100 bis 120 Kassiere haben mehr als eine derartige Differenz. Zum Aufgabenbereich des Kassiers gehören auch Informations- und Verkaufstätigkeiten, etwa der Verkauf von Prämiensparverträgen, Reiseversicherungen udgl. In der Informationszone sind darüber hinaus auch noch Scheck- und Bankomatkarten auszugeben, Verlustprotokolle aufzunehmen, Daueraufträge entgegenzunehmen und die Kunden - beispielsweise über Steuervorschriften - zu informieren. Für längere Beratungen über Kreditfinanzierungen werden andere Berater herangezogen. In den Formularen für die Beurteilungen sind als Kriterien Initiative, Belastbarkeit, Bereitschaft zur Zusammenarbeit, Fachwissen, Arbeitsdurchführung, Arbeitstempo, Verantwortungsbereitschaft und Kommunikationsfähigkeit angeführt, die mit den Qualifikationen von "Stärke" bis "deutlich unter den Erwartungen" zu beurteilen sind. Weiters ist ein Resümee über die Leistungen vorgesehen. Die erste Beurteilung der Klägerin erfolgte im Jahr 1979. Mit "Schwäche" wurde sie nur im Bereich "Arbeitstempo", im übrigen als "den Erwartungen entsprechend" und in den Bereichen "Bereitschaft zur Zusammenarbeit" und "Arbeitsdurchführung" sogar mit "Stärke"

qualifiziert. Im Resümee wurde festgehalten, daß die Klägerin bei der Arbeitsdurchführung sehr genau sei, ihr Arbeitstempo aber noch zu steigern wäre. Weiters wurde bemerkt, daß es sich bei dem nötigen Fachwissen um eine Holschuld handle, die bei dem jeweiligen Ausbildungsbeauftragten zu erlangen sei.

In der Filiale Lassallestraße bestanden zunächst 3 Kassen. Die Klägerin war in der dritten Kassa tätig. Im Zuge von Umbauarbeiten wurde die dritte Kassa aufgelassen. An der ersten Kassa, an der Johann E\*\*\* arbeitete, werden an normalen Tagen ca 400, an der zweiten Kassa ca 250 Transaktionen abgewickelt. Die Valutengeschäfte werden vorwiegend an der ersten Kassa, Standardfälle auch an der zweiten Kassa abgewickelt. Bei der Klägerin traten nicht häufiger als bei anderen Arbeitnehmern Differenzen zwischen Soll- und Istbestand der Kassa auf. Stundenweise hatten die an der zweiten Kassa tätigen Teilzeitbeschäftigten auch in anderen Bereichen auszuhelfen. Die Klägerin hatte mit Johann E\*\*\* ein erträgliches Einvernehmen. Sie fragte in Ausnahmefällen, wenn neue Codes eingesetzt wurden, und er erhob dagegen keine Einwände. Johann E\*\*\* erklärte allerdings dem Filialleiter Heinz H\*\*\*, daß ohne die dritte Kassa mit der Klägerin in der zweiten Kassa der Arbeitsanfall nicht zu bewältigen sei. Im Jahre 1985 wurde Frau K\*\*\* als Teilzeitbeschäftigte in der Filiale Lassallestraße eingesetzt; sie sollte schließlich in die Filiale Wollzeile kommen. Als sie nach der Einschulung bessere Arbeitsleistungen als die Klägerin erzielte, betrieb Hans H\*\*\* die Versetzung der Klägerin. Die Klägerin wurde dem Leiter der Filiale Wollzeile, Günter B\*\*\*, als erfahrene Kassierin angepriesen. An ihrem vorletzten Arbeitstag im Jahre 1985 wurde der Klägerin mitgeteilt, daß sie ab 1. Jänner 1986 in die Filiale Wollzeile versetzt wird. Die Klägerin war darüber enttäuscht. Die Arbeit der Klägerin in der Filiale Lassallestraße wird nunmehr von der 30-jährigen Angestellten Brigitte A\*\*\* verrichtet, die im Jahre 1986 für 96 Arbeitstage 8.350 S an Kassafehlgeld bezog und fallweise auch den ersten Kassier vertritt. Die Filiale Wollzeile weist zwei Kassen auf. Die erste Kassa ist ständig in Betrieb, die zweite Kassa nur im Bedarfsfall. Die Klägerin wurde in der Informationszone, bei längeren Warteschlangen aber auch an der zweiten Kassa eingesetzt. Im Februar und Mai hatte sie als Urlaubsvertreterin auch noch die erste Kassa zu betreuen. Die Klägerin hatte bei schwierigen Transaktionen, insbesondere bei Devisenüberweisungen, mit denen sie in der Filiale Lassallestraße nichts zu tun gehabt hatte, Probleme und mußte den ersten Kassier in Anspruch nehmen. Auf die Rüge des Filialleiters, daß die Klägerin zu langsam arbeite, antwortete sie, daß es eben nicht schneller gehe und sich das nicht ändern lasse. Außerdem klagte die Klägerin über mangelnde Einschulung. Gegenüber ihren Kolleginnen äußerte die Klägerin öfters aus einer gewissen Frustration heraus, sie wolle sich nur noch bis zur Frühpension "durchwursteln" und werde "es sich schon richten". Günter B\*\*\* berichtete dem Bereichsleiter, daß er mit der Klägerin nicht zufrieden sei. Die Klägerin wurde daraufhin in die Filiale Praterstraße versetzt. Günter B\*\*\* beurteilte die Initiative der Klägerin mit "Schwäche", Belastbarkeit und Arbeitstempo mit "deutlich unter den Erwartungen" und die übrigen Kriterien mit "den Erwartungen entsprechend". Abschließend vermerkte er, daß die Klägerin ihre Belastbarkeit und ihr Arbeitstempo noch wesentlich steigern müsse und mehr Interesse für das Erlernen zusätzlicher Tätigkeiten zeigen solle. Als sich die Klägerin an die Betriebsratsvorsitzende Helga K\*\*\* wandte, war die Frist zur Berufung gegen die Beurteilung bereits versäumt. Helga K\*\*\* klärte die Klägerin darüber auf, daß eine zweite negative Beurteilung zur Kündigung der Klägerin führen könne. Weiters erklärte sie der Klägerin den Gang des Berufungsverfahrens. Der Betriebsrat erhebt keine Einwände, wenn Arbeitnehmer, die negativ beurteilt werden, an einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden. In der Filiale Praterstraße war die Klägerin drei Einsätze (a 10 Arbeitstage) beschäftigt. Schon davor ersuchte Helga K\*\*\* über Betreiben der Klägerin den Filialleiter, der Klägerin eine Hilfe für die dort an der zweiten Kassa vermehrt anfallenden Hartgeldmanipulationen beizugeben. Der erste Einsatz der Klägerin erfolgte an der dritten Kassa und verlief ohne Zwischenfälle. Als die Klägerin beim Einsatz an der zweiten Kassa zahlreiche Hartgeldmanipulationen vorzunehmen hatte, sagte sie ihrem Vorgesetzten, daß sie aus gesundheitlichen Gründen damit Probleme habe. Sie wurde jedoch dort belassen, weil sie kein ärztliches Zeugnis vorlegte. Während dieses Einsatzes wurden sechsmal Abstimmungen der Kassa erforderlich. Bei der Klägerin bildeten sich während dieses Einsatzes an der zweiten Kassa wie bei den anderen Kassieren Warteschlangen, die sich jedoch langsamer als bei diesen auflösten. Wegen ihrer körperlichen Schwierigkeiten wurde die Klägerin beim dritten Einsatz in der Informationszone verwendet. Dort war an sich kein zusätzlicher Arbeitnehmer erforderlich; darüber hinaus wies die Klägerin auch die für den Einsatz erforderlichen Fachkenntnisse nicht auf. Eine Einschulung der Klägerin für diesen Bereich erfolgte nur anhand der laufenden Geschäfte. Anlässlich der Versetzung beurteilte der Filialleiter die Klägerin in den Bereichen "Initiative und Fachwissen" mit "Schwäche" und bezüglich der Kriterien "Belastbarkeit und Arbeitstempo" mit "deutlich unter den Erwartungen", im übrigen als "den Erwartungen entsprechend". Abschließend hielt er fest, daß die zweite Kassa für die Klägerin wegen des großen Hartgeldanfalles zu anstrengend sei. Die Belastbarkeit und das Arbeitstempo der Klägerin seien nach seinen Beobachtungen nicht

steigerbar. Für eine Tätigkeit der Klägerin in der Informationszone sei mehr persönliches Engagement für die Weiterbildung notwendig; die Klägerin solle sich für eine Teilzeitschulung im Jahre 1987 nachnennen lassen. Auch gegen diese Beurteilung erhob die Klägerin keine Berufung.

In der Filiale Atzgersdorf war die Klägerin nur vier Tage. In dieser kleineren Filiale gab es nur eine Kassa. Die Betreuung dieser Kassa ist schwieriger als in größeren Filialen, weil dort auch die Tätigkeit eines ersten Kassiers sowie Nebenarbeiten zu verrichten sind. Die Klägerin war um den Ultimo drei Tage lang an dieser Kassa beschäftigt. Dabei kam es zu Verzögerungen und Warteschlangen, weil die Klägerin den falschen Code eingab oder die Filialleiterin um den richtigen Code fragen mußte. Nach drei Tagen berichtete die Filialleiterin dem Bereichsleiter, daß ihr mit der Zuteilung der Klägerin nicht geholfen sei. Die Filialleiterin stufte "Belastbarkeit und Arbeitstempo" der Klägerin als "deutlich unter den Erwartungen" und "Fachwissen" im Bereich "Schwäche" ein. Zusammenfassend hielt sie fest, daß "Arbeitstempo und Belastbarkeit" der Klägerin nicht den in der Filiale gestellten Ansprüchen gerecht würden; die Klägerin müsse versuchen, ihre Schwächen durch entsprechende Schulungen zu beseitigen. Auch gegen diese Beurteilung erhob die Klägerin keine Berufung. Der Bereichsleiter Wolfgang R\*\*\* erklärte daraufhin der Klägerin, daß er ihr noch eine Chance geben werde. Als ihn die Klägerin um Einschulungsmöglichkeiten ansprach, teilte er ihr mit, daß dies wegen der schlechten Beurteilung für die Klägerin nicht in Frage komme. Bei der Beklagten wird mehr Wert auf Anlernung am Arbeitsplatz als auf Einschulungskurse gelegt. Danach arbeitete die Klägerin in der Filiale Stadtlau an 10 Tagen in der Informationszone. Sodann wurde die Klägerin in die Zentrale am Graben versetzt, wo sie vom 12.Jänner bis 23.Jänner Wilhelm W\*\*\*, vom 2.Februar bis 6.Februar Herrn P\*\*\* und vom 9.Februar bis 13. Februar 1987 Christine T\*\*\* zugeteilt war. Außer bei Herrn P\*\*\* wurde sie in der Informationszone eingesetzt. Dort gab es Schwierigkeiten, weil die Klägerin infolge ihres Augenleidens den Kopf ganz nahe an die Karteikästen mit den Kontoauszügen halten und länger suchen mußte. Außerdem mußte sie manchmal Kontonummern nachfragen. Ferner hatte sie Schwierigkeiten bei komplizierten Daueraufträgen sowie bei Devisenaufträgen. Im Rahmen ihres Einsatzes bei Herrn P\*\*\* hatte sie gewisse Daten bis 10 Uhr 30 mit EDV Gerät einzugeben. Dies gelang ihr einmal nicht, so daß eine Kollegin einspringen mußte. Von diesen drei Vorgesetzten wurde die Klägerin übereinstimmend in den Bereichen "Initiative, Belastbarkeit und Fachwissen" mit "Schwäche" und im Bereich "Arbeitstempo" mit "deutlich unter den Erwartungen" beurteilt. Dabei gingen die Vorgesetzten davon aus, daß sie von der Klägerin als langjähriger Mitarbeiterin der Beklagten ein wesentlich höheres Fachwissen und mehr Aktivität und Ideen im Verkauf erwartet hätten. Auch das Arbeitstempo sei nicht entsprechend, so daß ein weiterer Einsatz der Klägerin im Filialbereich als nicht zielführend angesehen werde. Dem Einwand der Klägerin, sie sei nicht richtig eingeschult worden, hielten die Vorgesetzten entgegen, daß die Klägerin von sich aus hätte trachten müssen, die notwendigen Informationen zu erlangen. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, die Klägerin habe dadurch, daß sie mehrere negative Beurteilungen nicht mit Berufung an die aufgrund der die Beurteilung regelnden Betriebsvereinbarung vorgesehene, paritätisch besetzte Berufungskommission angefochten habe, auf ihr Anfechtungsrecht gemäß § 105 Abs. 3 Z 2 lit. a ArbVG schlüssig verzichtet. Nehme man keinen Verzicht an, dann sei zunächst im Hinblick auf die gerichtsbekannte schlechte Arbeitsmarktlage im Bereich der Büroberufe bei älteren Arbeitslosen zwischen 40 und 50 Jahren davon auszugehen, daß die Klägerin mit einer längerdauernden Arbeitslosigkeit rechnen müsse; ungeachtet des hohen Einkommens ihres Gatten würden daher wesentliche Interessen der Klägerin beeinträchtigt, so daß zu prüfen sei, ob die Kündigung durch Gründe in der Person der Klägerin, die die betrieblichen Interessen der Beklagten nachteilig berührten, begründet sei. Die Leistung der Klägerin an den Kassen liege im Durchschnitt. Daß diese Leistung in der Filiale Lassallestraße nicht mehr ausgereicht habe, ergebe sich daraus, daß die Klägerin von der 30-jährigen, offenbar besonders effektiven Brigitte A\*\*\* ersetzt worden sei, die eine Leistung von 130 % des Durchschnittssatzes erbringe. Ausschlaggebend für die Versetzung sei die Auflassung der dritten Kassa und damit die Notwendigkeit gewesen, für die zweite Kassa jemanden mit überdurchschnittlicher Leistungsfähigkeit einzusetzen. Es sei der Beklagten kein Vorwurf zu machen, wenn sie die Klägerin unter diesen Umständen in eine andere Filiale versetzt habe. Wenn die Klägerin in der Folge insgesamt vier negative Beurteilungen erhalten habe, die sie offenbar für unzutreffend gehalten habe, wäre sie aufgrund der sie treffenden Anzeige- und Treuepflichten verpflichtet gewesen, diese Fehleinschätzungen durch Berufung zu bekämpfen. Auch wenn die Berufungsentscheidungen der gerichtlichen Nachprüfung unterlegen wären, hätte die Klägerin der Beklagten dadurch eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, eine allfällige Fehleinschätzung der Klägerin durch ihre Vorgesetzten zu erkennen. Insbesondere in Großbetrieben wie dem der Beklagten seien die für die Personalentscheidungen Verantwortlichen überwiegend auf Informationen der unmittelbar Vorgesetzten der betroffenen Arbeitnehmer - denen das auch bekannt sein müsse - angewiesen; hier ergebe sich im besonderen Maße

eine aus der Treuepflicht abzuleitende Mitwirkungsverantwortung des Arbeitnehmers. Bereits durch ihre mangelnde Initiative bezüglich ihrer eigenen Beurteilung habe die Klägerin daher ein nach § 105 Abs. 3 Z 2 lit. a ArbVG zu qualifizierendes, die betrieblichen Interessen der Beklagten nachteilig berührendes Verhalten gesetzt. Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichtes, sprach aus, daß der Streitwert 30.000 S übersteige, übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen und vertrat die Rechtsauffassung, die Klägerin sei zur gewünschten Arbeitsleistung nicht fähig gewesen und habe sich an das Arbeitstempo sowie die wissensmäßigen Erfordernisse nicht ausreichend anzupassen vermocht. Daher sei ihre weitere Beschäftigung nicht möglich gewesen. Eine Schulung durch Fortbildungskurse etc setze ein Mindestmaß vorhandenen Wissens und großes Interesse des Arbeitnehmers voraus; derartige Schulungen seien in erster Linie zur Förderung der innerbetrieblichen Karriere des betreffenden Arbeitnehmers bestimmt, so daß vor allem hervorragend qualifizierte Arbeitnehmer zugelassen würden. Da das primäre Interesse des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und nicht auf dessen Ausbildung und Fortbildung gerichtet sei, müsse es dem Arbeitgeber unbenommen bleiben, einen Arbeitnehmer, der über die fachliche Eignung nicht verfüge, zu kündigen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

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

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die behauptete Mangelhaftigkeit liegt nicht vor (§ 510 Abs. 3 ZPO).

Im Ergebnis zu Unrecht wendet sich die Revisionswerberin auch gegen die rechtliche Beurteilung der Vorinstanzen.

Bei Beurteilung des Anfechtungsgrundes des § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG ist primär zu prüfen, ob wesentliche Interessen des gekündigten - seit wenigstens 6 Monaten beschäftigten - Arbeitnehmers beeinträchtigt sind (siehe Kuderna, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG, DRdA 1975, 11; Floretta, Die Interessenabwägung beim allgemeinen Kündigungsschutz, in Strasser-FS 341 und 347). Für diese Umstände ist der Anfechtende behauptungs- und beweispflichtig (siehe Kuderna aaO 19; Tomandl, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum allgemeinen Kündigungsschutz, ZAS 1984, 205). Dem Ausschlußbericht zum ArbVG BlgNR GP XIII 993 ist zwar zu entnehmen, daß durch die Neuregelung der Anfechtungsgründe der Kündigungsschutz gegenüber der bisherigen Rechtslage - der im § 25 Abs. 4 Betriebsrätegesetz gebrauchte Begriff der "sozialen Härte" wurde von der Judikatur in der Regel der sozialen Notlage gleichgesetzt - verstärkt werden sollte; daraus kann aber keineswegs gefolgert werden, daß der Gesetzgeber in Anbetracht des Umstandes, daß nahezu jede Kündigung durch den Arbeitgeber die Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, diesem Tatbestandsmerkmal nur untergeordnete Bedeutung zumessen wollte. Dagegen spricht nicht nur der Wortlaut des Gesetzes selbst, in dem von der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers die Rede ist, sondern - wie Kuderna aaO 10 f darlegt - auch die Gesetzeszweckung (vgl dazu auch Floretta ZAS 1978, 193). Obwohl in der Regierungsvorlage (ähnlich wie im § 1 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes) ein derartiges Tatbestandsmerkmal fehlte, hat sich der Gesetzgeber nicht zu einem gänzlichen Verzicht auf eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit entschlossen, sondern das bisherige Tatbestandsmerkmal der "sozialen Härte" lediglich durch das ähnliche, aber nicht so weitgehende Merkmal der "Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers" ersetzt. Während Floretta (Grundwerte des Rechtsinstitutes Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Weißenberg-FS 1980, 281) zunächst noch einen Wegfall auch dieses abgeschwächten Tatbestandsmerkmals de lege ferenda befürwortete, wobei er der vor allem von Reuter (Grundlagen des Kündigungsschutzes - Tatbestandsaufnahme und Kritik, FS-25 Jahre Bundesarbeitsgericht 406 ff) geäußerten massiven Kritik an der - seiner Ansicht nach die Interessen leistungsfähigerer und eher sozial schutzbedürftiger externer Arbeitsplatzbewerber zugunsten der Interessen der Arbeitsplatzbesitzer vernachlässigenden - deutschen Regelung entgegentrat, räumte er später (Strukturen und Entwicklungstendenzen des allgemeinen Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht, DRdA 1982, 11, sowie Die Interessenabwägung beim allgemeinen Kündigungsschutz, Strasser-FS 1983, 348) ein, daß eine wesentliche weitere Verstärkung des bestehenden materiellrechtlichen Kündigungsschutzes vielleicht wirklich eine "fatale Zementierung des sozialen Besitzstandes" zugunsten der Arbeitsbesitzenden" zur Folge haben könnte. Insbesondere im Hinblick auf die heutige

Arbeitsmarktsituation erweise sich die Bestimmung im § 105 ArbVG, wonach für eine erfolgreiche Kündigungsanfechtung nicht nur eine "sachliche Ungerechtfertigkeit" vorzuliegen habe, sondern auch eine "Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers", als Regulans, welches die Interessen der betrieblichen Solidaritätsgemeinschaft mit denen der weiteren Solidaritätsgemeinschaft aller Arbeitnehmer relativ ausgewogen ausbalanciere. Dieses Tatbestandsmerkmal biete eine gewisse Möglichkeit für Austauschrückstellungen, während ein lediglich auf die sachliche Rechtfertigung abgestellter Kündigungsschutz - abgesehen von den personen- und verhaltensbedingten Kündigungen - nur Reduzierungskündigungen erlauben würde.

Dem dem Gesetzgeber im Wege einer objektiv-teleologischen Interpretation des Tatbestandsmerkmals "wesentliche Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers" zu unterstellenden Zweck einer Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten des gekündigten Arbeitnehmers im Interesse allenfalls eher sozial schutzbedürftiger Arbeitssuchender würde eine Orientierung ausschließlich an der infolge der Arbeitsmarktsituation zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Erlangung eines anderen, bezüglich Tätigkeit und Bezahlung annähernd gleichwertigen Arbeitsplatzes nicht Rechnung getragen, weil diese Erwägung in gleicher Weise auf die Arbeitssuchenden zutrifft. Über die im Prinzip durch jede Kündigung nach einer gewissen Dauer der Betriebszugehörigkeit bewirkte erhebliche Beeinträchtigung der sozialen Situation in ihren ökonomischen, sozialen und psychischen Aspekten hinaus ist daher eine Berücksichtigung des gesamten Lebensverhältnisses des gekündigten Arbeitnehmers geboten; in diesem Zusammenhang ist vor allem darauf Bedacht zu nehmen, ob - anders als bei der Mehrzahl der Arbeitssuchenden - das durch die Arbeitsleistung erzielte - erzielbare - Einkommen keinen erheblichen Einfluß auf die Lebensführung hat, weil der damit verbundene Aufwand in erster Linie aus anderen Quellen gedeckt ist.

Entgegen der von Bernhard Schwarz (Neuere Judikatur in ausgewählten Kapiteln des Kündigungsrechtes, DRdA 1984, 77) vertretenen Ansicht ist daher nicht allein auf die nach einer Kündigung drohende Arbeitslosigkeit abzustellen. Die von Schwarz aaO für seine Ansicht zitierte Entscheidung des Einigungsamtes Wien, Arb 9910, spricht nicht für, sondern gegen seine Auffassung, weil die Witwenpension der Antragstellerin im Rahmen der Prüfung der Interessenbeeinträchtigung sehr wohl berücksichtigt und die Sozialwidrigkeit der Kündigung nur wegen des erheblichen Absinkens des unter Einbeziehung der Witwenpension ermittelten Gesamteinkommens bei Verlust des Arbeitsentgeltes bejaht wurde. Soweit in der Judikatur hingegen die Auffassung vertreten wurde, die Voraussetzung "Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers" sei auch dann erfüllt, wenn der Lebensunterhalt des Gekündigten anderwärts ausreichend gesichert ist - in dem der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ZAS 1978/25 zugrundeliegenden Fall etwa durch eine neben der unselbständigen Arbeit ausgeübte selbständige Tätigkeit -, setzt sie sich in Widerspruch zu dem bei objektiv-teleologischer Interpretation zu erschließenden Zweck, nämlich der Berücksichtigung der Interessen auch der allenfalls eher sozial bedürftigen Arbeitssuchenden, dieses den Kündigungsschutz zunächst ohne Bedachtnahme auf die sachliche Rechtfertigung der Kündigung einschränkende Tatbestandsmerkmale. Es ist daher Kuderna aaO, 11 darin beizupflichten, daß bei der Untersuchung, ob durch die Kündigung eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen eintritt, nicht nur auf die Möglichkeit der Erlangung eines neuen, einigermaßen gleichwertigen Arbeitsplatzes und in diesem Zusammenhang auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Alter des Arbeitnehmers, den Verlust allfälliger dienstzeitabhängiger Ansprüche sowie der mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Vorteile (wie etwa Dienstwohnung) abzustellen ist, sondern die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers einzubeziehen sind, wie Einkommen, Vermögen, auf Gesetz, Vertrag oder sittlichen Verpflichtungen beruhende Sorgepflichten, das Einkommen des Ehegatten und der anderen erwerbstätigen Familienmitglieder sowie Schulden, soweit deren Entstehungsgrund berücksichtigungswürdig ist. 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 (siehe Kuderna aaO, 12). Der ohne nähere Begründung in der Entscheidung des Einigungsamtes Wien ARD 3460/11/82 vertretenen und von Bernhard Schwarz aaO 78 f übernommenen Auffassung, auf den Umstand, daß die gekündigte Arbeitnehmerin einen Unterhaltsanspruch gegenüber ihrem berufstätigen Ehemann habe, sei nicht Bedacht zu nehmen, kann daher nicht beigegeben werden. Mit der von Schwarz aaO zur Stützung seiner Auffassung ins Treffen geführten Änderung des Familienrechtes durch das Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl. 1975/412, wurde der lediglich einen Unterhaltsanspruch der Frau gegenüber dem Ehemann normierende § 91 ABGB durch § 94 ABGB ersetzt, nach dessen Abs. 1 beide Ehegatten nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft zur Deckung

des ihren Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalts beizutragen haben; dadurch ist die Frau nicht mehr vom Gesetz her vorrangig für die Haushaltsführung bestimmt und hat - wie Schwarz aaO richtig ausführt - Anspruch auf Gleichbehandlung im Berufsleben. Da aber § 94 Abs. 2 ABGB die Haushaltsführung als vollwertigen Beitrag im Sinne des Abs. 1 wertet und einen Unterhaltsanspruch des haushaltsführenden gegen den anderen Ehegatten normiert, bewirkte die Änderung des Familienrechtes im Bereich der Unterhaltspflichten der Ehegatten lediglich, daß auch dem den Haushalt führenden Ehemann, soweit er nicht zur Deckung seines Unterhaltes ausreichende Einkünfte bezieht, ein Unterhaltsanspruch gegen die erwerbstätige Ehefrau zusteht (vgl Lackner "Das neue Unterhaltsrecht der Ehegatten in der Praxis", ÖJZ 1977, 197 f).

Diese Änderung führt aber im Rahmen der Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung nach § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG lediglich dazu, daß nicht nur im Falle der Kündigung einer verheirateten Frau auf das Einkommen des Ehemannes, sondern in gleicher Weise bei Kündigung eines verheirateten Mannes auf das Einkommen seiner Ehefrau Bedacht zu nehmen ist, entgegen der von Schwarz aaO vertretenen Auffassung aber nicht dazu, daß das Einkommen des Ehegatten des Gekündigten überhaupt nicht zu berücksichtigen ist.

Bei Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des gekündigten Arbeitnehmers ist daher auf die gesamte wirtschaftliche Situation der Klägerin und daher auch auf das Einkommen ihres Ehemannes Bedacht zu nehmen. Während der Ehemann der Klägerin als Leiter der Apothekerbank 52.773 S brutto "mehr als vierzehnmal jährlich", verdient, erzielte die Klägerin mit ihrer Halbtagsbeschäftigung als Kassierin einen Monatsbezug von 8.123 S brutto, sechzehnmal jährlich, zuzüglich zwölfmal jährlich zu gewährender Zulagen von 933 S. Auch unter Berücksichtigung der Sorgspflicht des Ehemannes für den 23-jährigen Sohn der Ehegatten bei dieser Einkommensrelation nicht davon ausgegangen werden, daß der Verlust des Einkommens aus der Halbtagsbeschäftigung der Klägerin eine fühlbare, ins Gewicht fallende Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Lage zur Folge haben konnte. In diesem Zusammenhang sei noch bemerkt, daß die Klägerin zusätzlich zu den zum 1. Jänner 1982 festgestellten 157 Versicherungsmonaten - bei denen es sich im wesentlichen um Beitragsmonate handelt - durch ihre Tätigkeit bis 30. Juni 1987 weitere 66 Beitragsmonate erworben hat, so daß sie eine gemäß § 236 Abs. 4 ASVG (auch unter Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen des Art. IV Abs. 4 der 40. ASVG-Novelle) unverfallbare Anwartschaft auf die Alterspension erlangt hat. Auch bei Bedachtnahme auf die infolge der Arbeitsmarktlage im Bereich Büroberufe und das Alter der Klägerin für sie zu erwartende lange Dauer der Arbeitslosigkeit ist daher eine wesentliche Beeinträchtigung der Interessen der Klägerin durch die Kündigung nicht anzunehmen, so daß ihr Anfechtungsbegehren schon aus diesem Grunde unberechtigt ist. Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Argumentation der Revision gegen die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, der Beklagten sei ein Rechtfertigungsgrund nach § 105 Abs. 3 Z 2 lit. a ArbVG zuzubilligen.

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO sowie 58 Abs. 1 Satz 1 ASGG.

#### **Anmerkung**

E15272

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00206.88.1012.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19881012\_OGH0002\_009OBA00206\_8800000\_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)