

# TE OGH 2019/3/28 9ObA135/18w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.03.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn und Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Wolfgang Höfle (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Peter Schleinbach (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei V\*\*\*\*\*, vertreten durch Puttinger Vogl Rechtsanwälte GmbH in Ried im Innkreis, gegen die beklagte Partei T\*\*\*\*\*, vertreten durch Maxwald – Bauer – Kerschbaummayr, Rechtsanwälte in Linz, wegen 2.840,80 EUR brutto sA, Feststellung (Streitwert 3.700 EUR) und Ausstellung eines Dienstzeugnisses (Streitwert 1.200 EUR), über die Revision der klagenden Partei (Revisionsinteresse: 6.540,80 EUR) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. September 2018, GZ 12 Ra 56/18v-10, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Ried im Innkreis als Arbeits- und Sozialgericht vom 28. Mai 2018, GZ 3 Cga 15/18s-6, nicht Folge gegeben wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 626,52 EUR (darin enthalten 104,42 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war von 15. 9. bis 21. 10. 2017 beim Beklagten als Lehrling im Lehrberuf Gastronomiefachfrau beschäftigt. Auf das Lehrverhältnis war der Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe anwendbar.

Am 21. 10. 2017 übermittelte der Beklagte der damals im Krankenstand befindlichen Klägerin folgende WhatsApp-Nachricht: „Ich habe mit meinem Steuerberater gesprochen und wir beenden das Lehrverhältnis mit heutigen Tag in der Probezeit.“ Mit Schreiben vom 29. 11. 2017 forderte der Anwalt der Klägerin den Beklagten auf, die Entgeltansprüche der Klägerin abzurechnen. In diesem Schreiben wies er darauf hin, dass eine Nachricht über WhatsApp dem gesetzlichen Schriftformgebot nicht entspreche, die Klägerin sich aber entschlossen habe, von ihrem Wahlrecht dahingehend Gebrauch zu machen, dass von der Rechtswirksamkeit einerseits, allerdings von der Rechtswidrigkeit der Beendigungserklärung andererseits ausgegangen werde und die aus der rechtswidrigen Beendigungserklärung anfallenden Schadenersatzansprüche geltend gemacht würden.

Die Klägerin begehrt mit der vorliegenden Klage die Zahlung von 2.840,80 EUR an Sonderzahlungen und Kündigungsentschädigung für den Zeitraum 22. 10. 2017 bis 21. 1. 2018, die Feststellung des Anspruchs auf Kündigungsentschädigung unter Anrechnung des künftigen Verdienstes für den Zeitraum 22. 1. 2018 bis 14. 12. 2021 (Ende der Weiterverwendungszeit) sowie die Ausstellung eines Dienstzeugnisses. Der Beklagte habe das Lehrverhältnis

mit einer WhatsApp-Nachricht beendet. Die Klägerin habe von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht, die der Schriftform widersprechende Auflöserklärung gegen sich gelten lassen und mache nunmehr die sich daraus ergebenden Ansprüche geltend.

Der Beklagte bestreitet und bringt vor, er habe die fehlende Schriftform nach dem entsprechenden Hinweis des Klagevertreters nachgeholt. Die Klägerin sei im Übrigen selbst von der Wirksamkeit der Auflösung zum 21. 10. 2017, sohin innerhalb der Probezeit, ausgegangen und habe diese akzeptiert.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Klägerin habe bei ordnungsgemäßer Auflösung des Lehrverhältnisses innerhalb der Probezeit keine Ansprüche. Sonderzahlungen gebührten erst nach mindestens zweimonatiger ununterbrochener Beschäftigung. Das zwischenzeitig ausgehändigte Dienstzeugnis entspreche den gesetzlichen Anforderungen.

Der gegen die Abweisung des Zahlungs- und des Feststellungsbegehrens gerichteten Berufung der Klägerin gab das Berufungsgericht nicht Folge. In den Bereichen des besonderen Bestandschutzes wie etwa des BAG habe der Arbeitnehmer ein Wahlrecht, die Unwirksamkeit einer Auflöserklärung geltend zu machen und auf der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu beharren oder sich dieser zu unterwerfen und die aus der vorzeitigen Beendigung resultierenden Ansprüche geltend zu machen. Die Klägerin habe sich dazu entschieden, die Rechtsfolgen der Rechtsunwirksamkeit der formwidrigen Auflöserklärung nicht geltend zu machen. Nach § 1162b ABGB sei ein Arbeitnehmer im Fall einer rechtswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses finanziell so zu stellen, als wäre das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß aufgelöst worden. Damit könne die Klägerin aber nur bei einer (weiteren) Rechtswidrigkeit Ansprüche aus dieser Bestimmung ableiten. Eine solche liege jedoch nicht vor, weil ein Lehrverhältnis innerhalb der ersten drei Monate jederzeit einseitig aufgelöst werden könne.

Die ordentliche Revision wurde vom Berufungsgericht zugelassen, weil zur Frage der Rechtsfolgen der Ausübung des Wahlrechts eines Lehrlings bei mangels Schriftform ungültiger Auflösung in der Probezeit eine Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof erforderlich erscheine.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen dahingehend abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben wird. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass eine per WhatsApp erklärte Auflösung des Lehrverhältnisses gegen das Schriftformgebot des § 15 Abs 2 BAG verstößt. Dies wird im Revisionsverfahren von keiner der Parteien in Zweifel gezogen und muss daher nicht weiter geprüft werden (vgl dazu aber etwa auch 9 ObA 110/15i). Auf die Ausführungen der Klägerin in der Revision zur grundsätzlichen Rechtsunwirksamkeit der Kündigungs-erklärung muss daher auch nicht weiter eingegangen werden.

2. Wurde die Auflösung des Lehrverhältnisses nicht wirksam schriftlich erklärt, kommt es grundsätzlich zu keiner Beendigung des Lehrverhältnisses. Der Lehrling kann aber in diesem Fall zwischen der Fortsetzung des Lehrverhältnisses einerseits und dem Akzeptieren der Auflösung des Lehrverhältnisses unter gleichzeitiger Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen dessen unberechtigter Auflösung wählen (9 ObA 297/99f; 9 ObA 53/03i; vgl auch RIS-JustizRS0113482, RS0028238). Die Klägerin hat von diesem Wahlrecht Gebrauch gemacht und ausdrücklich erklärt, die Beendigung zu akzeptieren und Schadenersatz geltend zu machen.

3. Nach § 1162b ABGB behält ein Dienstnehmer bei einer ungerechtfertigten Entlassung oder einem berechtigten vorzeitigen Austritt, unbeschadet weitergehenden Schadenersatzes, seine vertragsgemäßen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Vertragszeit und durch ordnungsgemäße Kündigung hätte verstreichen müssen. Dieser Anspruch besteht für die ersten drei Monate ungekürzt, beim darüber hinausgehenden Zeitraum unter Anrechnung dessen, was der Dienstnehmer infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Ob und in welchem Umfang der Dienstnehmer Anspruch auf „Kündigungsschädigung“ hat, hängt daher davon ab, inwieweit ihm bei ordnungsgemäßer Beendigung des Dienstverhältnisses vertragsmäßige Ansprüche auf das Entgelt zugestanden wären.

4. Im konkreten Fall wurde das Lehrverhältnis vom Beklagten während der Probezeit beendet. Die Probezeit soll dem Lehrberechtigten die Möglichkeit geben, den Lehrling als Person und in seinem Verhalten kennen zu lernen und ihn auf seine Eignung für den Lehrberuf zu prüfen, bevor das Lehrverhältnis nur noch aus ganz bestimmten Gründen aufgelöst werden kann (AB 216 BlgNR 21. GP 1 f zur BAG-Novelle BGBl I 2000/83). Nach § 15 Abs 1 BAG können während der ersten drei Monate sowohl der Lehrberechtigte als auch der Lehrling das Lehrverhältnis jederzeit einseitig auflösen. Auf einen Grund für die Auflösung kommt es dabei nicht an. Das bedeutet aber auch, dass ein Dienstnehmer aus der in der Probezeit herbeigeführten Lösung des Dienstverhältnisses wegen der Auflösung des Dienstverhältnisses, mag nun die Auflösung aus einem wichtigen Grund oder grundlos geschehen sein, keine Ansprüche ableiten kann (RIS-Justiz RS0028461).

5. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass der Lehrling, wenn er sich entschließt, die formwidrige Beendigungserklärung gegen sich gelten zu lassen, allein aus der Formwidrigkeit keine Schadenersatzansprüche ableiten kann. Die Klägerin argumentiert dagegen, dass im Fall der Auflösung eines Lehrverhältnisses diese Auflösung während der Probezeit zwar keines Grundes bedarf, aber nur schriftlich erfolgen könne. Da letzteres rechtswidrig nicht geschehen sei, habe sie Ansprüche bis zum Ende der Behaltezeit.

Sie beruft sich dazu auf die Entscheidung 9 ObA 96/07v, in der ebenfalls zu beurteilen war, ob ein Lehrverhältnis rechtswirksam während der Probezeit beendet wurde. Allerdings war dort die Frage, ob für eine Beendigung während der Probezeit überhaupt eine Kündigungsschädigung zusteht, von der Revision nicht aufgegriffen worden. Auch aus einer Glosse von K. Mayr zu dieser Entscheidung (DRdA 2009/47) lässt sich keine andere Rechtsauffassung ableiten, da darin nur allgemein zur Anrechenbarkeit eines anderen Verdienstes auf die Kündigungsschädigung Stellung genommen wurde.

Dagegen verwies etwa Jabornegg in einer Besprechung der Entscheidung 8 ObA 297/99f (DRdA 2001/24) darauf, dass ohne den Bestandschutz des BAG nach § 1162b ABGB der Anspruch auf „Kündigungsschädigung“ stets nur dann bestehe, wenn die Entlassung effektiv ungerechtfertigt gewesen sei. Daraus folge, dass keinesfalls schon allein wegen Nichteinhaltung der nach BAG erforderlichen Schriftform die „Schadenersatzlösung“ gewählt werden könne, weil andernfalls der besonders Bestandgeschützte einen Anspruch wählen könnte, den ein nicht besonders bestandgeschützter Arbeitnehmer von vornherein keinesfalls hätte. Es gehe also nicht an, dem besonders bestandgeschützten Arbeitnehmer auch dann eine Kündigungsschädigung zuzusprechen, wenn dieser einen (an sich rechtzeitig geltend gemachten) Entlassungsgrund effektiv gesetzt habe. In der Entscheidung selbst war der Oberste Gerichtshof allerdings davon ausgegangen, dass der Lehrling die Aufrechterhaltung des Lehrverhältnisses geltend gemacht hatte und erst danach (berechtigt) ausgetreten war. Er hatte damit zunächst eine Fortsetzung des formunwirksam beendeten Vertragsverhältnisses gewählt und nicht die Schadenersatzlösung.

Die Ausführungen von Strohmayer zum Berufsausbildungsgesetz (in Aust/Gittenberger/Knallnigg-Prainsack/Strohmayer, BAG2 [2017] § 15 Rz 50) enthalten eine Wiedergabe verschiedener Entscheidungen und Lehrmeinungen, legen sich jedoch nicht für oder gegen die Berechtigung eines Schadenersatzanspruchs in einer vergleichbaren Konstellation fest.

Berger/Fida/Gruber, BAG, verweisen darauf, dass kein Anspruch des Lehrlings auf Kündigungsschädigung entstehen könne, wenn das Lehrverhältnis von einer der beiden Lehrvertragsparteien während der Probezeit ohne triftigen Grund aufgelöst werde (§ 15 BAG Erl 15). Weiters führen sie aus, dass fraglich sei, ob das Modell der Wahlmöglichkeit zwischen Unwirksamkeitslösung und Schadenersatzlösung auch in jenen Fällen zur Anwendung gelange, in denen zwar ein Entlassungsgrund vorliege und dieser auch vom Lehrberechtigten zum Anlass für eine Entlassung genommen werde, die Entlassung allerdings nicht schriftlich ausgesprochen werde. Weder die Rechtsprechung noch die Rechtslehre hätten bisher dazu Stellung genommen. Bei einem wertenden Vergleich seien keine wesentlichen Einwände gegen die Anwendung der Konzeption der Wahltheorie auch auf diesen Fall der Unwirksamkeit der Lehrvertragsauflösung zu erblicken (§ 15 BAG Erl 52). Zum Umfang eines allfälligen Schadenersatzanspruchs wird allerdings nicht Stellung genommen.

Rauch (Formvorschriften bei der Auflösung eines Lehrverhältnisses, ASoK 2007, 336) bejaht das Wahlrecht des

Lehrlings zwischen Fortführung des Lehrverhältnisses und Schadenersatz unter Anerkennung der Beendigung. Zur hier zu beurteilenden Konstellation lässt sich seinen Ausführungen jedoch nichts Konkretes entnehmen. Preiss/Spitzl (Neumayr/Reissner, ZellKomm3 § 15 BAG Rz 4) referieren nur die Entscheidung 8 ObA 297/99f. Graf-Schimek (ASoK 2014, 297) bejaht ebenfalls bei Formmängeln das Wahlrecht des Lehrlings zwischen der Fortsetzung des Lehrverhältnisses und der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, ohne zur Bemessung dieser Schadenersatzansprüche bei einer Beendigung während der Probezeit Stellung zu nehmen.

6. Bereits Kuderna („Einige Probleme des besonderen Kündigungsschutzes“, DRdA 1990, 1) differenzierte überzeugend zwischen der Frage, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sei, und der Frage nach der Rechtswirksamkeit der Beendigungserklärung:

„Eine gerechtfertigte Entlassung löst das Arbeitsverhältnis auf, wenn sie rechtswirksam ausgesprochen wurde. Eine rechtsunwirksame Beendigungserklärung löst daher das Arbeitsverhältnis, auch wenn sie gerechtfertigt ist, nicht auf. Für die Rechtswirksamkeit ist die Einhaltung jener Bestimmungen erforderlich, die für den Fall ihrer Nichtbeachtung die Rechtsunwirksamkeit (ausdrücklich oder schlüssig, vor allem wenn der Normzweck anders nicht erreicht werden kann) vorsehen. ... Durch eine ungerechtfertigte Entlassung wird das Arbeitsverhältnis eines unter besonderem Kündigungs- oder Entlassungsschutz stehenden Arbeitnehmers nicht aufgelöst.“

Richtig ist daher davon auszugehen, dass eine wegen Verstoßes gegen Formvorschriften rechtsunwirksame Beendigungserklärung das Vertragsverhältnis grundsätzlich nicht auflöst. Macht aber der Arbeitnehmer von seinem Wahlrecht Gebrauch, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dennoch anzuerkennen, wird die relative Nichtigkeit der Kündigung, die sich aus der Verletzung der Formvorschriften ergibt, saniert (9 ObA 97/05p). Es kommt zu einer rechtswirksamen Beendigung mit Lösungswirkung zu dem sich aus der Beendigungserklärung ergebenden Zeitpunkt. Damit kann der Dienstnehmer aber Schadenersatzansprüche nicht aus der (geheilten) Rechtsunwirksamkeit der Beendigungserklärung, sondern nur noch aus deren allfälliger Unbegründetheit bzw. Fristwidrigkeit ableiten.

Die Klägerin hat sich wie schon ausgeführt ausdrücklich entschlossen, die Rechtsunwirksamkeit der Beendigungserklärung nicht geltend zu machen; sie kann daher Ansprüche nur daraus ableiten, dass die Beendigung nicht gerechtfertigt war. Während der Probezeit kann das Lehrverhältnis aber, wie ebenfalls schon ausgeführt, ohne Angabe von Gründen jederzeit einseitig aufgelöst werden (§ 15 Abs 1 BAG). Die „Unbegründetheit“ kann daher in einem solchen Fall nicht zu Schadenersatzansprüchen führen.

7. Entgegen der Ansicht in der Revision ist der vorliegende Fall auch nicht mit dem eines begünstigten Behinderten vergleichbar, der die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ohne Zustimmung des Behindertenausschusses akzeptiert. In solchen Fällen wird der Kündigungsentschädigung aufgrund einer stark ausgeprägten Ähnlichkeit zu einem auf Lebenszeit oder für länger als fünf Jahre abgeschlossenen Arbeitsverhältnis eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zu Grunde gelegt (vgl. RIS-Justiz RS0052572). Bei Bemessung des Schadenersatzanspruchs wird diesfalls daher von einer (analog) herangezogenen Kündigungsfrist, nicht von einer jederzeitigen Beendbarkeit des Arbeitsverhältnisses ausgegangen. Während der Probezeit kann dagegen auch das Arbeitsverhältnis mit einem Behinderten nach § 8 Abs 1 Satz 2 BEinstG jederzeit aufgelöst werden, ohne dass ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung zusteht.

8. Zusammengefasst bedeutet das: Entschließt sich ein Lehrling, eine formwidrige Kündigung gegen sich gelten zu lassen, kann er allein aus der Formwidrigkeit keine Ansprüche ableiten, sondern nur aus der Unbegründetheit der Auflösungserklärung. Da während der Probezeit die Auflösung keines Grundes bedarf, besteht in einem solchen Fall kein Schadenersatzanspruch gegen den Lehrberechtigten.

Der Revision war daher insgesamt nicht Folge zu geben.

9. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Textnummer**

E124874

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

ECLI:AT:OGH0002:2019:009OBA00135.18W.0328.000

#### **Im RIS seit**

08.05.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

19.03.2021

**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)