

SAMMLUNG ARBEITSRECHTLICHER ENTSCHEIDUNGEN

Herausgegeben und redigiert von Dr. Dieter Weiß, Richter des Oberlandesgerichts Linz.

3. Teillieferung 2019

Ausgegeben im Mai 2020

88. Jahrgang

MANZSCHE VERLAGS- UND UNIVERSITÄTSBUCHHANDLUNG, WIEN

13.600

- I. Auch eine Benachteiligung, die an Schwangerschaft oder Mutterschaft anknüpft, stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Dabei ist die Diskriminierung unabhängig vom Verschulden festzustellen. Ausschlaggebend ist die objektive Wirkung einer Maßnahme, nicht hingegen eine irgendwie geartete Benachteiligungsabsicht. Dem AG wird damit eine „Erfolgspflicht“ auferlegt.
- II. Der Schadenersatzanspruch nach § 12 Abs 7 GIBG erfordert kein schuldhaftes Verhalten der diskriminierenden Person.
- III. Anhaltspunkte für die Festlegung der Höhe einer Entschädigung nach § 12 Abs 7 GIBG bieten die in § 12 Abs 1 und 5 GIBG für die Fälle einer Einstellungs- oder Beförderungsdiskriminierung und einer Belästigung vorgesehenen Beträge.

(U des OLG Wien 8. 7. 2019, 9 Ra 6/19x, womit das U des ASG Wien 22. 11. 2018, 3 Cga 29/18g, abgeändert wurde.)

13.601

- I. Die vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses muss unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Zögern erklärt werden. Die dogmatische Rechtfertigung für diesen Grundsatz liegt primär in der jeder vorzeitigen Auflösung wesensimmanenten Unzumutbarkeit der auch bloß kurzfristigen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.
- II. Der AG darf mit der Ausübung seines Entlassungsrechts nicht wider Treu und Glauben so lange warten, dass der Angestellte aus diesem Zögern auf einen Verzicht des AG auf die Geltendmachung der Entlassungsgründe schließen muss; der AN, dem ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, soll darüber hinaus nicht ungebührlich lan-

ge über sein weiteres dienstrechtliches Schicksal im Unklaren gelassen werden.

- III. Nicht aus jeder Verzögerung kann auf den Verzicht des AG auf die Ausübung des Entlassungsrechts geschlossen werden. Es ist daher Sache des AN, einen derartigen Verzicht des AG auf das Entlassungsrecht zumindest implicit zu behaupten.
- IV. Ist der Sachverhalt zweifelhaft, ist der AG verpflichtet, die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen und zumutbaren Erhebungen ohne Verzögerung durchzuführen.
- V. Vorläufige Maßnahmen, etwa die bis zur Klärung der tatsächlichen oder rechtlichen Lage vorgenommene Suspendierung eines AN, können die Annahme eines Verzichts des AG auf die Ausübung des Entlassungsrechts verhindern. Allerdings schließt eine Suspendierung des AN vom Dienst nicht in jedem Fall eine Verwirkung des Entlassungsrechts aus.
- VI. Auch bei einer Verfristung ist von einer ungerechtfertigten Entlassung auszugehen, sodass die Möglichkeit der Anfechtung der Entlassung nach § 106 ArbVG eröffnet ist.
- VII. Die in der Person des AN gelegenen Gründe, die der AG zur Rechtfertigung der Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG geltend machen kann, müssen nicht so gravierend sein, dass sie die Weiterbeschäftigung des AN über den Kündigungstermin hinaus unzumutbar machen oder gar das Gewicht eines Entlassungsgrundes erreichen; sie müssen aber die betrieblichen Interessen soweit nachteilig berühren, dass sie bei objektiver Betrachtungsweise einen verständigen BI zur Kündigung veranlassen würden und die Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt adäquate Maßnahme erscheinen lassen. Auch in diesem Zusammenhang gilt allerdings der arbeitsrechtliche Unverzüglichkeitsgrundsatz.

(U des OGH 23. 7. 2019, 9 ObA 20/19k, mit dem der ao Rev gegen das U des OLG Linz 17. 12. 2018, 11 Ra 51/18a, Folge gegeben wurde, womit das U des LG Salzburg 19. 6. 2018, 20 Cga 86/17z, bestätigt worden war.)

Entscheidungsgründe des Obersten Gerichtshofs:

Der Kl war seit 2007 bei der Bekl als Distributionsleiter der Zustellbasis S mit einem monatlichen Entgelt von 3.491,49 EUR brutto, 14x jährlich, angestellt. Er wurde am 27. 7. 2016 wegen entlassungswürdiger Vorkommnisse in seiner Zustellbasis dienstfreigestellt und mit Schreiben vom 4. 7. 2017 entlassen. Im Revisionsverfahren ist das Vorliegen von Entlassungsgründen nicht mehr strittig.

Der Kl begehrte, die Entlassung für rechtsunwirksam zu erklären. [. . .]

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte – soweit für die Frage der Verfristung wesentlich – fest:

Die 22 Rayone des Kl wurden von 23. 6. 2016 bis 4. 7. 2016 in der Weise kontrolliert, dass jeder Zusteller in Begleitung von einem Kontrolleur seine Zustelltour absolvierte. Den Kontrolloren wurde vorab die Gangordnung für den jeweiligen Rayon mit dem Auftrag ausgefolgt, die Abweichungen der Post-Adress-Basis-Datenbank (PABD) vom Ist-Zustand festzuhalten. Die Bekl stellte nach dieser ersten Begehung in einzelnen Rayonen des Kl Abweichungen bei der Zahl der in der PABD aufscheinenden Abgabestellen/Werbeverzicht von den in der Realität vorhandenen in einem Ausmaß fest, das indiskutabel, nicht erklärbar und österreichweit noch nicht vorgekommen war. . . . Die Zusteller der Gruppe des Kl wurden nach Vorliegen der Erhebungsergebnisse mit den Abweichungen konfrontiert. . . . Die Bekl hat zwei Zusteller aus der Gruppe des Kl entlassen. Ein weiterer Zusteller wurde versetzt. Zwei Distributionsleiter wurden diszipliniert. . . . Ab 20. 7. 2016 wurde * G in der Zustellbasis als interimistische Basenkoordinatorin eingesetzt. Sie war ausschließlich dafür zuständig, die Richtigkeit der Tischbeschriftungen und Gangfolgen in der Zustellbasis zu prüfen bzw herzustellen und den Datenbestand der Erhebungsergebnisse zu aktualisieren. Sie war bis 15. 10. 2016 in der Zustellbasis tätig. . . .

Am 27. 7. 2016 stellte Mag. S den Kl aufgrund der bei den Kontrollen festgestellten Abweichungen bei den Abgabestellen und den Werbeverzichtserklärungen in den Rayonen des Kl von den Daten in der PABD, der Vorwürfe der Zusteller gegen den Kl und der fehlenden Schulungsdokumentation vom Dienst frei. Er nannte dem Kl als Grund für die Dienstfreistellung die „Vorkommnisse in S“. Der Kl musste dann Schlüssel, Chip und Handy abgeben und wurde gebeten, seine Privatnummer zu hinterlegen. Der Kl wurde wegen der streitgegenständlichen Vorfälle und nicht infolge eines „Bedarfsmangels“ (Umstellung der Hierarchie mit dem Wegfall der Funktionen DL [Distributionsleiter], DM und Basenkoordinator – Teamwork 2018) vom Dienst freigestellt. . . .

Nach der Dienstfreistellung gab es zwischen dem Kl und der Bekl keinen Kontakt mehr.

Mit E-Mail vom 13. 4. 2017 begehrte er die anteilige Auszahlung der jährlichen Distributionsleiter- und einer Vertretungsprämie (1.400,- EUR brutto + 542,- EUR).

Mit E-Mail vom 3. 5. 2017 forderte die Bekl den Kl auf, sich am 5. 5. 2017 zu einer Niederschrift in der Zustellbasis einzufinden. Der Kl nahm diesen Termin aus gesundheitlichen Gründen nicht wahr.

Mit E-Mail vom 30. 5. 2017, gerichtet an den Vorstand der Bekl * P und deren Prokuristen * N, übte der Kl Kritik am Vorgehen seiner Vorgesetzten, an deren Personalführung, an seiner Dienstfreistellung und dem Ergebnis der im Sommer 2016 durchgeführten Kontrollen.

Mit Schreiben vom 1. 6. 2017 forderte die Rechtsvertreterin des Kl die Bekl neuerlich zur Zahlung der Prämien und einer Unternehmensbeteiligung, gesamt 2.795,- EUR brutto, auf.

Mit Schreiben der Bekl vom 4. 7. 2017 wurde der Kl entlassen.

Der Personalausschuss erhob gegen die Entlassung des Kl Widerspruch, weil er sie für verfristet und sozialwidrig hielt und die Auffassung bestand, dass der Grund für die Dienstfreistellung ein Bedarfsmangel gewesen sei. Er selbst führte keine Entlassungs- oder Kündigungsanfechtung für den Kl durch.

Das Erstgericht stellte auch die näheren Lebens- und Einkommensverhältnisse des Kl fest, aus denen hervorgeht, dass die Phase der Arbeitslosigkeit für Arbeitssuchende ohne die für den Kl geltenden Randbedingungen mit drei bis sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses anzusetzen ist, die Umstände des Kl aber zu einer Verlängerung der Arbeitsplatzsuche von jedenfalls über zwölf Monaten führen und auch Langzeit- oder Dauerarbeitslosigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Im Fall einer Vermittlung müsste der Kl mit keiner Einkommenseinbuße rechnen und bedürfte auch keiner Umschulungsmaßnahmen.

In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht eine Verfristung der Entlassung. [. .]

Das Berufungsgericht teilte diese Beurteilung und gab der Berufung des Kl keine Folge.

In seiner dagegen gerichteten ao Revision beantragt der Kl die Abänderung des Berufungsurteils iS einer Klagsstattgabe; hilfweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Bekl beantragt in der ihr freigestellten Berufungsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr keine Folge zugeben.

Die Revision ist zulässig und berechtigt, weil die Frage der Verfristung einer Neu Beurteilung bedarf.

1. Die vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses muss unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Zögern erklärt werden. Die dogmatische Rechtfertigung für diesen Grundsatz liegt primär in der jeder vorzeitigen Auflösung wesensimmanenten Unzumutbarkeit der auch bloß kurzfristigen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (Pfeil in ZellKomm³ § 25 AngG Rz 31 mwN).

Auch die Rsp verlangt, dass Gründe für die vorzeitige Lösung eines Dienstverhältnisses bei sonstiger Verwirkung des Entlassungsrechts unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, geltend zu machen sind. Der DG darf mit der Ausübung seines Entlassungsrechts nicht wider Treu und Glauben so lange warten, dass der Angestellte aus diesem Zögern auf einen Verzicht des DG auf die Geltendmachung der Entlassungsgründe schließen muss; der DN, dem ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, soll darüber hinaus nicht ungebührlich lange über sein weiteres dienstrechtliches Schicksal im Unklaren gelassen werden (RIS-Justiz RS0031799). Der Grundsatz, dass die Entlassung unverzüglich auszusprechen ist, beruht auf dem Gedanken, dass ein AG, der eine Verfehlung seines AN nicht sofort mit der Entlassung beantwortet, dessen Weiterbe-

schäftigung nicht als unzumutbar ansieht und auf die Ausübung des Entlassungsrechts im konkreten Fall verzichtet. Andererseits kann nicht aus jeder Verzögerung auf den Verzicht des AG auf die Ausübung des Entlassungsrechts geschlossen werden. Es ist daher Sache des AN, einen derartigen Verzicht des AG auf das Entlassungsrecht zumindest implicit zu behaupten (RIS-Justiz RS0029249).

Bei der Prüfung der Rechtzeitigkeit einer Entlassung ist folglich zu untersuchen, ob in dem Zuwarten mit der Entlassung ein Verzicht auf die Geltendmachung des Entlassungsgrundes zu erblicken ist oder ob dieses Zuwarten in Umständen begründet ist, welche die Annahme eines solchen Verzichts nicht rechtfertigen. Es muss daher die Ursache des zwischen der Kenntnis vom Entlassungsgrund und dem Ausspruch der Entlassung liegenden Zuwaitens des AG im Einzelfall geklärt werden (RIS-Justiz RS0029267).

Ist der Sachverhalt zweifelhaft, ist der DG überdies verpflichtet, die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen und zumutbaren Erhebungen ohne Verzögerung durchzuführen (RIS-Justiz RS0029345; RS0029348).

2. Vorläufige Maßnahmen, etwa die bis zur Klärung der tatsächlichen oder rechtlichen Lage vorgenommene Suspendierung eines AN, können die Annahme eines Verzichts des AG auf die Ausübung des Entlassungsrechts verhindern (RIS-Justiz RS0028987). Allerdings muss die Dienstfreistellung zur Klärung der tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für einen Entlassungsausspruch erfolgen und für den DN als vorläufige Maßnahme zur Vorbereitung einer Entlassung erkennbar sein; nur wenn dem DN erkennbar ist, dass sein Verhalten die schwerwiegende Folge der Entlassung nach sich ziehen kann und nur noch Abklärungen der Sach- und Rechtslage erforderlich sind, kann aus dem Zeitablauf allein nicht auf einen Verzicht auf die Ausübung des Entlassungsrechts geschlossen werden (9 ObA 185/00 x). Eine Suspendierung des DN vom Dienst schließt daher nicht in jedem Fall eine Verwirkung des Entlassungsrechts aus (vgl auch RIS-Justiz RS0031587 [T 2]). Sie bedeutet insbesondere nicht, dass der DG in jedem Fall über die Dauer der Erhebungen hinaus bis zu einem beliebigen Zeitpunkt die Entlassungsgründe „vorrätig“ halten und mit dem Ausspruch der Entlassung zuwarten könnte. Denn wurde der Sachverhalt ermittelt und werden keine weiteren Abklärungen mehr vorgenommen, ohne dass der DG den Fortbestand des Dienstverhältnisses – hier bei vollen Bezügen – in Frage stellt, so kann sich bei einem suspendierten DN mit zunehmendem Zeitverlauf der Eindruck verfestigen, dass die Suspendierung nicht mehr als vorläufige Maßnahme zur Vorbereitung einer Entlassung dient, sondern aus anderen Erwägungen als aus jenen erfolgt, die Anlass der Suspendierung waren. Anders als die Bekl meint, spricht der zunehmende Zeitverlauf hier daher nicht gegen, sondern – im Gegenteil – zunächst für einen Fortsetzungswillen des DG, wenn er Entlassungsgründe wie die vorliegenden auch bei