

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

05.11.1997

**Geschäftszahl**

9ObA142/97s

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer und Dr.Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Herbert Vesely und Gerhard Gotschy als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Chitranjan N\*\*\*\*\*, Angestellter, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Charlotte Böhm ua, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei O\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Peter Knirsch und Dr.Johannes Gschaider, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unwirksamerklärung einer Kündigung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 15.Jänner 1997, GZ 7 Ra 358/96k-21, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 19.Juni 1996, GZ 3 Cga 96/95y-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

**Beschluß**

gefaßt:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Arbeitsrechtssache wird an das Prozeßgericht erster Instanz zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Urteilsfällung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text**

**Begründung:**

Der am 2.1.1944 geborene Kläger war seit 17.6.1991 bei der Beklagten als Operator beschäftigt. Das Dienstverhältnis wurde mit Schreiben vom 10.4.1995, überreicht am 12.4.1995, zum 15.6.1995 gekündigt. Der von der Kündigungsabsicht verständigte Betriebsrat hat hiezu keine Stellungnahme abgegeben.

Vor seiner Tätigkeit für die Beklagte war der Kläger vom 1.8.1982 bis zum 30.9.1983, vom 4.4.1985 bis zum 31.12.1988 und vom 11.12.1989 bis zum 15.6.1991 bei verschiedenen Dienstgebern in der EDV, im Rahmen der letzten beiden Dienstverhältnisse als Operator, tätig. Bei der Beklagten hatte er Anfragen der Beschäftigten über die EDV zu beantworten, Rechenergebnisse zusammenzufassen und Listen darüber zu erstellen. Auftauchende Schwierigkeiten, die ihre Ursachen im Programm selbst hatten, fielen nicht in seine Zuständigkeit, wurden aber von ihm - soweit er dazu imstande war - gelöst.

Für diesen Tätigkeitsbereich waren bei der Beklagten neben dem Kläger zwei weitere Operatoren beschäftigt, nämlich der seit 1984 bei der Beklagten tätige Mircea I\*\*\*\*\* und der am 1.8.1994 eingestellte Seifu W\*\*\*\*\*. I\*\*\*\*\* ist Magister der Atomphysik und hat ein Kurzstudium für Informatik absolviert. Er war 10 Jahre als

Gymnasiallehrer und vier Jahre als Universitätsassistent tätig. Er ist verheiratet, seine Kinder sind selbsterhaltungsfähig, seine Gattin verdient ca S 35.000,- brutto. Seifu W\*\*\*\*\* hatte vor seiner Tätigkeit bei der Beklagten zwölf Jahre als Operator gearbeitet. Er ist verheiratet, seine Gattin verdient ca S 10.000,- netto und ist schwanger. Er hat eine 13-jährige Tochter. W\*\*\*\*\* und I\*\*\*\*\* sind nach wie vor bei der Beklagten tätig. Es kam vor, daß der Kläger während seiner Schicht mit Problemen nicht fertig wurde und die noch offenen Probleme in der Schicht I\*\*\*\*\*s gelöst werden mußten.

Die Beklagte kaufte um ungefähr 10,5 Mio S eine neue EDV-Anlage an, die wesentlich schneller als die alte Anlage arbeitet. Daraus ergab sich eine wesentliche Verkürzung der notwendigen Arbeitszeiten. An der alten Anlage wurde von 6.00 Uhr früh bis 3.00 oder 4.00 Uhr früh gearbeitet, an der neuen Anlage nur mehr von 6.00 bis 23.00 Uhr. An der alten Anlage wurde in Dreischicht-Betrieb gearbeitet, an der neuen Anlage nur mehr in zwei Schichten. Beträchtliche Überstundenleistungen der Operatoren waren nur in der Zeit der Umstellung von der alten auf die neue Anlage notwendig. Vor seiner Kündigung war der Kläger noch mit der Übertragung der Daten aus dem alten System in das neue System und mit der Inbetriebnahme des neuen Systems beschäftigt.

Die Entscheidung über die Kündigung des Klägers erfolgte nach fachlichen Kriterien. Der Leiter der Abteilung holte Auskünfte der Programmierer und der Anwender über die Problemlösungen durch die Operatoren ein und erhielt die einhelligen Stellungnahmen, daß die beiden anderen Operatoren bei den Problemlösungen sicherer agierten als der Kläger.

Nach dem Abgang des Klägers wurden bei der Beklagten ein Jungverkäufer (Aufnahmebedingung: Alter zwischen 20 und 23 Jahren), ein Lackierer (Aufnahmebedingung: absolvierte Lehre), ein Lagerarbeiter und ein Autowäscher eingestellt.

Der Kläger hat aufgrund seines Alters von 52 Jahren mit längeren Zeiten der Arbeitslosigkeit zu rechnen. Es ist für ihn schwierig, das von ihm zuletzt bezogene Entgelt von S 22.189,- brutto zu erlangen. Er hat eine halbjährliche Folgeprämie für eine Lebensversicherung von S 8.901,- zu bezahlen. Das Dienstverhältnis seiner Gattin wurde von deren Dienstgeber mit Wirkung vom 1.11.1994 aufgekündigt.

Der Kläger ficht seine Kündigung als sozialwidrig an. Es werde ihm nicht gelingen, binnen angemessener Frist einen nur annähernd adäquaten Arbeitsplatz zu finden, weshalb seine Familie in absehbarer Zeit kein Erwerbseinkommen haben werde. Er habe aber beträchtlichen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Die Kündigung sei nicht betriebsbedingt. Gemeinsam mit Mircea I\*\*\*\*\* habe er den erst im August 1994 eingetretenen W\*\*\*\*\* eingeschult. Die Beklagte habe bereits geplant, den Kläger durch eine jüngere und billigere Arbeitskraft zu ersetzen. I\*\*\*\*\* und W\*\*\*\*\* wären von einer Kündigung weniger hart getroffen, als der Kläger. Die Beklagte habe ihm keinen Ersatzarbeitsplatz, zu dessen Annahme er bereit gewesen wäre, angeboten.

Die Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Die Kündigung des Klägers sei durch betriebliche Erfordernisse begründet. Die Beklagte habe als notwendige Rationalisierungsmaßnahme die neue EDV-Anlage angekauft, die nur noch eine Bedienung durch zwei Operatoren erfordere. Die Kündigung des Klägers sei daher notwendig gewesen, er sei nicht durch einen anderen Mitarbeiter ersetzt worden. Aufgrund seiner spezifischen Tätigkeit habe dem Kläger auch kein Ersatzarbeitsplatz angeboten werden können. Der Kündigungsausspruch sei auch nicht sozial ungerechtfertigt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß die Kündigung wegen betrieblicher Erfordernisse notwendig gewesen sei. Die wesentlich höhere Effizienz der neuen EDV-Anlage mache den Dreischicht-Betrieb überflüssig, sodaß ein Operator eingespart habe werden können. Die Auswahl der Person des gekündigten Operators sei nach zutreffenden fachlichen Kriterien erfolgt.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß die Kündigung wesentliche Interessen des Klägers beeinträchtige. Sie sei aber durch die Betriebsverhältnisse gerechtfertigt, weil die Beklagte nachgewiesen habe, daß gerade für den Kläger kein Bedarf mehr gegeben sei. Daß ihm die Beklagte keinen der vier nachbesetzten Posten angeboten habe, ändere an diesem Ergebnis nichts, weil der Betriebsinhaber hinsichtlich der wirtschaftlichen Führung des Betriebes uneingeschränkte Freiheit habe. Der Arbeitgeber könne zwar nicht Arbeitnehmer kündigen und dafür neue einstellen; dies treffe aber nur jene Arbeitsbereiche, in denen der Kläger zuletzt tätig gewesen sei. Für die Stelle eines Lackierers und eines Jungverkäufers komme der Kläger von vornherein nicht in Betracht. Seine Bereitschaft, als Autowäscher oder Staplerfahrer tätig zu sein, habe er nicht behauptet. Im übrigen wäre die Beklagte erst dann verpflichtet gewesen, dem Kläger diese Stellen anzubieten, wenn er ihr gegenüber unmißverständlich seinen Willen kundgetan hätte, jegliche Arbeit anzunehmen. Daß der Kläger - wie er in der Berufung meine - in der Exportabteilung arbeiten hätte können, stehe nicht fest.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne einer Stattgebung der Klage abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist im Sinne des darin enthaltenen Aufhebungsantrages berechtigt.

### Rechtliche Beurteilung

Nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG kann die Kündigung angefochten werden, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist und der gekündigte Arbeitnehmer bereits 6 Monate im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, beschäftigt ist. "Sozial ungerechtfertigt" ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, daß die Kündigung durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren (lit a) oder - wie hier von der Beklagten behauptet - durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen (lit b), begründet ist.

Bei der Prüfung der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, muß vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen geprüft werden, ob durch sie wesentliche Interessen des betroffenen Arbeitnehmers beeinträchtigt werden. Für diese Umstände ist der anfechtende Kläger behauptungs- und beweispflichtig (DRdA 1989/24 [Floretta]; SZ 63/119; SZ 65/43; RIS-Justiz RS0051640).

Ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt und damit der Grundtatbestand der Kündigungsanfechtung gegeben, ist das Vorliegen eines der genannten Ausnahmetatbestände (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a und b) zu prüfen. Wenn der Grundtatbestand gegeben ist und auch ein Ausnahmetatbestand vorliegt, treten die Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers notwendigerweise in eine Wechselwirkung. Es hat daher eine Abwägung der wechselseitigen Interessen stattzufinden:

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 [Floretta]; SZ 63/119; RIS-Justiz RS0051970, RS0051994, RS0052004; Schwarz aaO 224 f, 232 f). Der vom Kläger angestrebte weitere Schritt, der "Sozialvergleich" (§ 105 Abs 3 Z 2 Satz 3), der dazu führen kann, daß ein anderer Arbeitnehmer gekündigt wird als jener, der die Anfechtung eingebracht hat, kommt hingegen hier nicht in Betracht, weil er nur dann angestrengt werden kann, wenn - was hier nicht der Fall war - der Betriebsrat der Kündigungsabsicht widersprochen hat (§ 105 Abs 4 ArbVG; Schwarz aaO 225).

Eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers (und damit die mangelnde soziale Rechtfertigung der Kündigung) ist gegeben, 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 eine soziale Notlage oder Existenzgefährdung eintreten müßte (DRdA 1994, 332 [Eypeltauer]; RIS-Justiz RS0051727). Eine solche Beeinträchtigung der Interessen des Klägers hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die finanzielle Situation des Klägers und die ihm drohende Arbeitslosigkeit bejaht, was von der Beklagten nur mehr mit dem Einwand bekämpft wird, daß die Gattin des Klägers nach wie vor beschäftigt sei. Dieser Einwand ist aber schon deshalb nicht berechtigt, weil nach den für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen des Berufungsgerichtes das Dienstverhältnis der Gattin des Klägers mit Wirksamkeit vom 1.11.1994 aufgekündigt wurde.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen kann aber noch nicht abschließend beurteilt werden, ob der von der Beklagten behauptete und von ihr nachzuweisende Ausnahmetatbestand des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG vorliegt. Daß Rationalisierungsmaßnahmen als "betriebliche Erfordernisse" anzusehen sind, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen können, ist richtig. Ebenso trifft es zu, daß Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der betrieblichen Rationalisierungsmaßnahmen nicht zu überprüfen sind und dem wirtschaftlichen Ermessen des Betriebsinhabers vorbehalten bleiben (DRdA 1988/10 [Floretta]; DRdA 1989/24 [Floretta]). Hinsichtlich der wirtschaftlichen Führung des Betriebes hat der Betriebsinhaber uneingeschränkte Freiheit, es trifft ihn durch § 105 ArbVG keine wirtschaftliche, insbesondere produktionstechnische Gestaltungspflicht. Wohl aber trifft ihn eine Gestaltungspflicht, soweit dies soziale Gesichtspunkte der Arbeitnehmer verlangen. So hat der Betriebsinhaber trotz seiner Rationalisierungsmaßnahmen alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherigen Arbeitnehmer weiter zu

beschäftigen. Er kann daher nicht Arbeitnehmer kündigen und dafür neue einstellen; dafür müßte ein triftiger Anlaß gegeben sein. Auch bei Einführung neuer Maschinen und neuer Arbeitsmethoden im Zuge der Rationalisierung hat der Arbeitgeber vorerst die schon im Betrieb befindlichen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, wenn sie nach der Einarbeitungszeit zumindest eine Durchschnittsleistung erbringen. Bei Kündigungen muß die weitere Verwendungsmöglichkeit der betroffenen Arbeitnehmer auf den Gesamtbetrieb hin überprüft werden. Kann der betroffene Arbeitnehmer in einer anderen Abteilung in Verwendung genommen werden, ist die Kündigung nicht betriebsbedingt. Bei Prüfung dieser Frage ist ein strenger Maßstab anzulegen; ganz besonders bei älteren und im Betrieb lange beschäftigten Arbeitnehmern (DRdA 1988/10 [Floretta]; DRdA 1989/23 [Floretta]; RIS-Justiz RS0052008).

Den Feststellungen der Vorinstanzen ist aber nicht zu entnehmen, ob die Beklagte ihrer in diesem Sinne zu verstehenden sozialen Gestaltungspflicht nachgekommen ist. Vor allem fehlen jegliche Feststellungen darüber, ob der Beklagten eine Weiterbeschäftigung des Klägers - gegebenenfalls in einer anderen Abteilung - zumutbar gewesen wäre. Das Fehlen konkreter Behauptungen des Klägers ändert daran nichts, weil es Sache der für die behaupteten "betrieblichen Erfordernisse" beweispflichtigen Beklagten ist, alle Umstände zu behaupten und zu beweisen, die für die Annahme dieses Ausnahmetatbestandes wesentlich sind. Insofern erweisen sich daher Verfahren und Feststellungen als ergänzungsbedürftig. Es wird erforderlich sein, die Beklagte aufzufordern, ihr Vorbringen durch zweckdienliche Behauptungen zu ergänzen.

Schon jetzt kann allerdings gesagt werden, daß die Beklagte ihre soziale Gestaltungspflicht nicht dadurch verletzt hat, daß sie dem Kläger die von seiner bisherigen Tätigkeit stark abweichenden Posten eines Lagerarbeiters, eines Staplerfahrers und eines Autowäschers nicht angeboten hat. Da es sich dabei um angesichts der bisherigen Tätigkeit des Klägers ungewöhnliche Möglichkeiten der Weiterverwendung handelt, hätte er selbst initiativ werden und der Beklagten seine Bereitschaft mitteilen müssen, auch zu derartigen Tätigkeiten bereit zu sein (DRdA 1989/23 [Floretta]).

Letzteres gilt allerdings nicht für den von der Beklagten nach der Kündigung des Klägers besetzten Verkäuferposten. Daß es sich dabei um den Posten eines "Jungverkäufers" handelte, ist nicht von Bedeutung, weil es der Beklagten im Rahmen ihrer sozialen Gestaltungspflicht durchaus zuzumuten ist, von ihrem Vorhaben, einen jungen Arbeitnehmer anzustellen, Abstand zu nehmen und den freien Posten mit dem Kläger zu besetzen, sofern dessen persönliche Voraussetzungen (zB Sprachkenntnisse) die nach dem Vorbringen der Beklagten ohnedies geplante Einschulung sinnvoll und vertretbar erscheinen lassen. Dazu fehlen aber ebenso Behauptungen und Feststellungen, wie zur Frage, ob der mit der Anstellung des Jungverkäufers gedeckte Bedarf zum Zeitpunkt der Kündigung des Klägers bereits absehbar war.

Darüber hinaus fehlen Feststellungen zur Behauptung des Klägers, die Beklagte habe den Operator Seifu W\*\*\*\*\* nur aufgenommen, um auf diese Weise den (älteren) Kläger zu ersetzen, zumal W\*\*\*\*\* zu einem Zeitpunkt aufgenommen worden sei, in dem die neue EDV-Anlage bereits vorhanden gewesen sei. Mit diesem Einwand haben sich die Vorinstanzen nicht auseinandergesetzt. Träfe er zu und könnte die Beklagte für eine derartige Vorgangsweise keine triftigen Gründe darlegen, wäre die Kündigung im Sinne der oben dargestellten Rechtslage nicht als durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt anzusehen.

Verfahren und Feststellungen werden daher im aufgezeigten Sinn zu ergänzen sein. Sollte auch nach den so gewonnenen Feststellungen der Ausnahmetatbestand des "betrieblichen Erfordernisses" zu bejahen sein, wird überdies die oben dargestellte Abwägung zwischen den betrieblichen Interessen und jenen des Arbeitnehmers vorzunehmen und auf dieser Grundlage über das Klagebegehren zu entscheiden sein.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO iVm § 58 Abs 1 ASGG.