



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof.Dr. Dehn und Dr. Weixelbraun-Mohr sowie die fachkundigen Laienrichter KR Mag. Paul Kunsky und Horst Nurschinger als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei V*****, vertreten durch Dr. Maximilian Hofmaninger, Rechtsanwalt in Vöcklabruck, gegen die beklagte Partei N*****, vertreten durch Hübel & Payer Rechtsanwälte OG in Salzburg, wegen 9.720,27 EUR brutto sA, über die Revisionen der klagenden Partei (Revisionsinteresse 736,10 EUR brutto sA) sowie der beklagten Partei (Revisionsinteresse 2.343,32 EUR brutto sA) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 25. August 2016, GZ 11 Ra 53/16t-21, mit dem das Urteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 28. April 2016, GZ 17 Cga 50/15h-17, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass sie – einschließlich des unbekämpft in Rechtskraft erwachsenen Teils – lautet:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 6.018,92 EUR brutto samt 9,08 % Zinsen aus 1.600 EUR von 1. bis 31. Jänner 2015, aus 2.580,65 EUR von 1. bis 28. Februar 2015 und aus 6.018,92 EUR seit 1. März 2015 binnen 14 Tagen zu zahlen.

Das Mehrbegehren von weiteren 3.701,35 EUR

brutto sA wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.209,18 EUR (darin 146,16 EUR USt und 332,20 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Revision der beklagten Partei wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.456,41 EUR (darin 152,07 EUR USt und 544 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 754,42 EUR (darin 125,74 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin war ab 1. September 2014 im Fitnessstudio des Rechtsvorgängers der Beklagten als Fitness-Trainerin mit einem Bruttogehalt von 1.600 EUR (bei vereinbarten 40 Wochenstunden) beschäftigt. Das Unternehmen des Rechtsvorgängers der Beklagten befand sich spätestens seit Mitte des Jahres 2014 in finanziellen Schwierigkeiten; ab Dezember 2014 wurden die laufenden Gehälter der Mitarbeiter nicht mehr bezahlt. Im Dienstvertrag war eine Lösungsmöglichkeit des Dienstgebers zum 15. sowie zum Monatsletzten vereinbart.

Der Übergang des Dienstverhältnisses der Klägerin vom Rechtsvorgänger der Beklagten auf die Beklagte ist im Revisionsverfahren nicht mehr strittig.

Am 19. Jänner 2015 erhielt die Klägerin ein Schreiben, in dem ihre Kündigung (zum 24. Februar 2015) ausgesprochen wurde. Sie befand sich gerade im

Krankenstand und hatte zu diesem Zeitpunkt noch 16 nicht abgegoltene Überstunden. Ab dem Folgetag (20. Jänner 2015) kam die Klägerin nicht mehr zur Arbeit. Am 30. Jänner 2015 wurden Fitnessgeräte des Unternehmens zwangsversteigert. Die Beklagte bestellte neue Fitnessgeräte, die ab dem 12. Februar 2015 geliefert wurden. Die Klägerin forderte in einem – an den Rechtsvorgänger der Beklagten gerichteten und adressierten – Schreiben vom 13. Februar 2015 die Zahlung ihrer noch offenen Gehälter für Dezember 2014 und Jänner 2015 und erklärte, dass sie andernfalls vorzeitig austreten werde. Von diesem Schreiben erlangten aber weder die Beklagte noch deren Rechtsvorgänger Kenntnis. Am 16. Februar 2015 meldete die Beklagte am bisherigen Standort des Rechtsvorgängers den Betrieb eines Fitnessstudios an. Mit Schreiben vom 26. Februar 2015 erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten ihren Austritt unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 13. Februar 2015 und die (nach wie vor) nicht bezahlten Entgeltrückstände. In der Zeit zwischen 5. und 28. Februar 2015 war das Fitnessstudio für Kunden geschlossen.

Die **Klägerin** beehrte von der Beklagten 9.720,27 EUR sA (laufendes Entgelt für 1. Dezember 2014 bis 26. Februar 2015, anteilige Sonderzahlungen für denselben Zeitraum, Kündigungsentschädigung für 27. Februar 2015 bis 15. April 2015, Urlaubersatzleistung für 15,5 Arbeitstage, Überstundenabgeltung für 16 Überstunden und Beitrag gemäß § 6 Abs 3 BMSVG). Die Kündigung sei in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Betriebsübergang erfolgt und daher unwirksam. Zum Zeitpunkt des berechtigten Austritts der Klägerin (26. Februar 2015) hätte die Beklagte das Dienstverhältnis erst zum 15. April 2015 auflösen können; für diesen Zeitraum stehe der Klägerin daher

Kündigungsentschädigung zu. Außerdem habe die Klägerin Überstunden geleistet und Anspruch auf Urlaubersatzleistung.

Die **Beklagte** wendete – soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung – ein, die Kündigung der Klägerin sei aufgrund der finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens erforderlich gewesen und daher wirksam. Die Klägerin sei ab dem 20. Jänner 2015 nicht mehr im Betrieb erschienen und ihrer Arbeit nicht nachgekommen. Es sei von einem unberechtigten vorzeitigen Austritt der Klägerin auszugehen und das Klagebegehren nicht berechtigt.

Das **Erstgericht** gab der Klage im Umfang von 2.939,50 EUR brutto sA statt (Gehalt für Dezember 2014, Gehalt für 1. bis 19. Jänner 2014 sowie anteilige Sonderzahlungen für diesen Zeitraum, Überstundenabgeltung und anteiliger Beitrag gemäß § 6 Abs 3 BMSVG); das Mehrbegehren von 6.780,77 EUR brutto sA wies es ab. Die Kündigung der Klägerin sei wegen der finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens und nicht aus Anlass des Betriebsübergangs ausgesprochen worden; sie sei daher – wenngleich erst zum 15. März 2015 – wirksam. Für das Nichterscheinen der Klägerin zur Arbeit ab dem 20. Jänner 2015 habe es keinen hinreichenden Grund gegeben; ihr Verhalten sei zwar kein (schlüssiger) vorzeitiger Austritt, allerdings habe die Klägerin für die Zeit, in der sie ihre Arbeitsleistung unterlassen habe, keinen Entgeltanspruch. Der Austritt der Klägerin sei unberechtigt, weil sie trotz wiederholter Entgeltrückstände das Arbeitsverhältnis fortgesetzt und ihrer Arbeitgeberin keine Nachfrist gesetzt habe.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Klägerin gegen diese Entscheidung teilweise Folge und

verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 5.282,82 EUR brutto sA (zusätzlich zu den bereits zuerkannten Beträgen auch Kündigungsentschädigung für die Zeit von 25. Februar 2015 bis 15. März 2015, Urlaubersatzleistung für 13,42 Arbeitstage und anteilige Beiträge gemäß § 6 Abs 3 BMSVG). Das Mehrbegehren von 4.437,45 EUR brutto sA wies es ab. Ein Grund für das Unterbleiben der Arbeitsleistung habe nicht bestanden. Die Klägerin habe nicht vorgebracht, dass sie wegen Entgeltrückständen nicht gearbeitet hätte; sie habe sich auch nicht arbeitsbereit erklärt, weshalb ein Anspruch auf Gehalt und Sonderzahlungen für die Zeit von 20. Jänner 2015 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (durch die – zwar fristwidrig, aber wirksam – zum 24. Februar 2015 erklärte Arbeitgeber-Kündigung) ausscheide. Danach habe jedoch kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden, weshalb es auf eine Arbeitsbereitschaft der Klägerin nicht (mehr) ankomme und ihr daher die Kündigungsentschädigung zustehe, ebenso wie die Urlaubersatzleistung, die keinen Entgeltanspruch im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetze.

Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht zu, weil Rechtsprechung zu den Fragen fehle, ob bei Entfall des Entgeltanspruchs im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mangels Arbeitsbereitschaft ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung im Sinne des § 29 AngG bzw auf Urlaubersatzleistung im Sinne des § 10 UrlG bestehe.

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Revisionen beider Parteien.

Die Klägerin beantragt in ihrer **Revision**, in der sie Aktenwidrigkeit und unrichtige rechtliche Beurteilung

geltend macht, die Abänderung der Entscheidung dahin, dass ihr noch weiteres Gehalt für den Zeitraum 13. bis 24. Februar 2015 sowie aliquote Sonderzahlungen dafür und ein anteiliger Beitrag gemäß § 6 Abs 3 BMSVG (insgesamt weitere 736,10 EUR brutto sA) zugesprochen werden mögen.

Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen, hilfsweise, ihr keine Folge zu geben.

Die Beklagte wendet sich in ihrer **Revision** gegen die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts und beantragt, die Entscheidung dahin abzuändern, dass das Klagebegehren im Umfang von (weiteren) 2.343,32 EUR brutto sA abgewiesen (und damit das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt) werde.

Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision der Klägerin ist zulässig und berechtigt.

Die Revision der Beklagten ist unzulässig.

I. Zur Revision der Klägerin:

1. Nach den Feststellungen des Erstgerichts hat sich die Klägerin mit ihrem – an den Rechtsvorgänger der Beklagten (also ihren früheren Arbeitgeber) adressierten – Schreiben vom 13. Februar 2015 (in dem sie zur Zahlung des noch nicht beglichenen Lohns für Dezember 2014 und für Jänner 2015 aufforderte) arbeitsbereit erklärt; von diesem Schreiben erlangten jedoch die Beklagte (ebenso wie der frühere Arbeitgeber, dessen Adresse inzwischen geändert war) keine Kenntnis. Das Berufungsgericht hat die Feststellung, dass die Klägerin mit diesem Schreiben (auch) ihre Arbeitsbereitschaft erklärt habe, mit dem Hinweis auf fehlendes Vorbringen der Klägerin dazu nicht übernommen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin, die dies in ihrer Revision beanstandet, liegt darin jedoch keine Aktenwidrigkeit.

Nach ständiger Rechtsprechung wird eine Rechtssache rechtlich unrichtig beurteilt, wenn der Entscheidung unzulässige überschießende Feststellungen zugrunde gelegt werden (RIS-Justiz RS0040318 [T2]; RS0036933 [T10, T11, T12]; RS0037972 [T11]; RS0112213 [T1, T4]). Gleiches gilt auch im umgekehrten Fall, wenn Feststellungen als „überschießend“ qualifiziert und daher nicht berücksichtigt werden, obwohl sie sich im Rahmen des geltend gemachten Klagsgrundes oder der erhobenen Einwendungen halten (4 Ob 25/16d). Bei der Beurteilung, ob es sich um eine unzulässige überschießende Feststellung handelt, ist nicht darauf abzustellen, ob sich der vom Erstgericht getroffene Sachverhalt wörtlich mit den Parteienbehauptungen deckt, sondern es ist zu prüfen, ob sich die Feststellungen im Rahmen des geltend gemachten Klagsgrundes oder der erhobenen Einwendungen halten (RIS-Justiz RS0040318).

Im vorliegenden Fall ist – wie sogleich näher ausgeführt wird – die Frage, ob die Klägerin in ihrem Schreiben an ihren früheren Arbeitgeber vom 13. Februar 2015 (auch) ihre Arbeitsbereitschaft erklärte, für die rechtliche Beurteilung der von ihr geltend gemachten Forderungen allerdings nicht relevant. Weitere Erörterungen zu diesem Punkt der Revision (zur lediglich behaupteten Aktenwidrigkeit) sind daher entbehrlich.

2. In ihrer Rechtsrüge weist die Revisionswerberin zutreffend darauf hin, dass nach dem Sachverhalt eine Arbeitsleistung der Klägerin als Fitness-Trainerin im – unstrittig in der Zeit zwischen 4. und 28. Februar 2015 für Kunden geschlossenen – Fitnessstudio

objektiv nicht möglich war. Fest steht außerdem, dass die Klägerin im Februar 2015 ihr Gehalt für Dezember 2014 und Jänner 2015 noch nicht erhalten hatte (diese Forderungen waren auch noch Teil des Klagebegehrens und der Gehaltsanspruch für Dezember 2014 wurde – insoweit bereits teilrechtskräftig – vom Erstgericht zuerkannt), was sowohl ihrem früheren Arbeitgeber als auch der Beklagten bekannt war. Bereits aus diesem Grund war ein – von den Vorinstanzen als Grund für die Abweisung eines Teils der geltend gemachten Forderungen herangezogener – zusätzlicher „Rechtfertigungsgrund“ der Klägerin für das Unterbleiben ihrer Arbeitsleistung in diesem Fall nicht erforderlich.

Ein Arbeitnehmer ist nach der Rechtsprechung berechtigt, seine Arbeitsleistung solange zurückzuhalten, bis der Arbeitgeber einen bereits fällig gewordenen Lohnrückstand gezahlt hat (RIS-Justiz RS0020176; 9 ObA 39/11t mwN). Es genügt, dass der Arbeitnehmer einen derartigen die Arbeitsverweigerung rechtfertigenden Grund im Prozess nachweist, ohne dass es darauf ankommt, ob er diesen Grund im Zeitpunkt der Ablehnung der Arbeit vorgebracht hat (8 ObA 68/99d).

Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass § 1155 ABGB auch auf den Fall der Zurückbehaltung der Arbeitsleistung wegen Verzugs mit der Entgeltzahlung anzuwenden ist: Die Formulierung „zur Leistung bereit war“ in § 1155 Abs 1 ABGB stellt nur auf die grundsätzliche Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers ab, wenn und solange der Arbeitgeber seine Lohnzahlungspflicht erfüllt; in diesem Sinn ist daher § 1155 ABGB teleologisch einschränkend auszulegen (9 ObA 39/11t).

Die Klägerin, deren im Februar 2015 offene

Gehaltsansprüche (für bereits zwei Monate) auch die Beklagte nicht in Zweifel zieht, hat(te) daher einen Entgeltfortzahlungsanspruch, der nicht davon abhängt, ob sie sich (gegenüber ihrem früheren Arbeitgeber oder gegenüber der Beklagten) auf diesen Zahlungsrückstand berufen oder ihre Arbeitsbereitschaft erklärt hat. Die vom Berufungsgericht aufgeworfenen Fragen der Auswirkungen einer fehlenden Arbeitsbereitschaft auf die Ansprüche auf Kündigungsentschädigung oder Urlaubersatzleistung stellen sich damit im Anlassfall nicht.

Die von der Klägerin in ihrer Revision noch begehrten Entgeltansprüche (laufendes Gehalt samt anteilige Sonderzahlungen für 13. bis 24. Februar 2015 sowie Beitrag gemäß § 6 Abs 3 BMSVG) sind daher berechtigt. Ihrer Revision war im beantragten Umfang Folge zu geben. Die rechnerische Richtigkeit der geforderten Beträge haben die Parteien im gesamten Verfahren nicht in Zweifel gezogen.

II. Zur Revision der Beklagten:

1. Die Revisionswerberin wendet sich (nur) gegen die vom Berufungsgericht der Klägerin zuerkannten Entgeltansprüche (Kündigungsentschädigung für 25. Februar 2015 bis 15. März 2015, Urlaubersatzleistung sowie anteilige Beiträge gemäß § 6 Abs 3 BMSVG) mit dem Argument, es stehe fest, dass die Klägerin ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund keine Arbeitsleistung erbracht habe. Damit geht sie allerdings nicht vom festgestellten Sachverhalt aus, weil – wie bei Behandlung der Revision der Klägerin ausgeführt – die offenen Gehaltsansprüche für mehr als eineinhalb Monate ein Zurückbehalten der Arbeitsleistung rechtfertigten (und darüber hinaus eine Tätigkeit der Klägerin als Fitness-Trainerin während der Zeit, in der das Studio für Kunden geschlossen war, gar nicht in Betracht gekommen

wäre). Ansprüche der Klägerin für die Zeit zwischen 20. Jänner und 24. Februar 2015 sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens.

Soweit das Berufungsgericht die Ansprüche der Klägerin für berechtigt erkannt hat, begegnet die Entscheidung daher keinen Bedenken.

2. Die Frage einer Kündigungsentschädigung für Zeiträume, in denen kein Entgeltanspruch besteht (oder bestanden hätte), stellt sich – wie ebenfalls bereits dargelegt – im vorliegenden Fall nicht, weil die von der Klägerin erhobenen Forderungen keine solchen Zeiten eines fehlenden Entgelt-(fortzahlungs-)anspruchs betreffen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts steht daher in ihrem stattgebenden Teil – entgegen der Rechtsansicht der Beklagten – mit der von der Revisionswerberin zitierten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht im Widerspruch.

3. Die Revision der Beklagten geht schließlich davon aus, dass die Klägerin „aufgrund der fehlenden Nachfristsetzung“ unberechtigt vorzeitig ausgetreten sei. Nach der Rechtsprechung wird allerdings durch eine – wie hier (zum 24. Februar 2015) – zeitwidrig ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis grundsätzlich zum verfehlten Termin beendet (RIS-Justiz RS0028223 [T9]). Erörterungen über einen hier erst zwei Tage nach dem Kündigungstermin von der Klägerin erklärten Austritt (und die Frage der Berechtigung dazu) erübrigen sich daher.

4. Eine Rechtsfrage von der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität zeigt die Revision der Beklagten damit insgesamt nicht auf. Das Rechtsmittel war daher zurückzuweisen (§ 510 Abs 3 ZPO).

III. Kostenentscheidung

Die Entscheidung über die Kosten des

erstinstanzlichen Verfahrens gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO. Die Klägerin ist mit ihrer auf insgesamt 9.720,27 EUR sA gerichteten Klage insgesamt mit 6.018,92 EUR sA erfolgreich gewesen, was einem Prozentsatz von rund 60 % entspricht. Sie hat daher im erstinstanzlichen Verfahren Anspruch auf 20 % ihrer Verfahrenskosten (daher 876,98 EUR einschließlich 146,16 EUR USt) und auf 60 % ihrer Barauslagen (442,20 EUR), während sie der Beklagten 40 % der von dieser getragenen Barauslagen (110 EUR) zu ersetzen hat (die daher vom Kostenersatzanspruch in Abzug zu bringen waren).

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beruht auf den §§ 43 Abs 2, 50 ZPO. Die Klägerin war im Berufungsverfahren, dem ein Berufungsinteresse von 6.780,77 EUR zugrunde lag, letztlich mit rund 90 % ihres Begehrens erfolgreich und hat daher Anspruch auf die gesamten Kosten ihrer Berufung (1.456,41 EUR einschließlich 152,07 EUR USt). Im Revisionsverfahren gründet sich die Kostenentscheidung auf §§ 41, 50 ZPO. Die Klägerin hat mit ihrem Rechtsmittel vollständig obsiegt und war als Gegnerin der Beklagten zur Gänze erfolgreich, weshalb ihr die Kosten ihrer Revision (335,64 EUR einschließlich 55,94 EUR USt) sowie die ihrer Revisionsbeantwortung (418,78 EUR einschließlich 69,80 EUR USt) zu ersetzen sind.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. März 2017
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: