A. Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Bei den folgenden Entscheidungen habe ich aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Vereinfachung nur den von mir als wesentlich erachteten Sachverhalt wiedergegeben. Dabei ging es mir darum, den Kern hervorzuheben und anzumerken, welche Änderungen bei geändertem Vorbringen der Parteien allenfalls zu einem anderen (positiven) Sachausgang hätten führen können.

Maßgebend für die Auswahl waren methodische Überlegungen. Falls Zweifel an den Ergebnissen und an meiner Verkürzung des Sachverhaltes bestehen, ersuche ich die jeweils angeführten Fundstellen nachzuschlagen.

1. Unwirksame Konkurrenzklausel (nach 22.4.1975, 4 Ob 10/75¹)

Ein Angestellter eines Unternehmens der Datenverarbeitung möchte wegen eines günstigen Angebotes eines Konkurrenzunternehmens kündigen, weil ihm dort ein beruflicher Aufstieg und ein besseres Einkommen ermöglicht werden. Man will ihn jedoch im Unternehmen behalten und sichert ihm einen innerbetrieblichen Aufstieg nach einer teuren Spezialausbildung im Ausland zu. Daraufhin zieht er seine Kündigung zurück, ebenso seine verbindliche Zusage seines Dienstantrittes bei dem Konkurrenzunternehmen. Eine Woche vor der Reise ins Ausland erhält er einen Dienstvertrag zur Unterschrift, der ua eine Konkurrenzklausel mit einer Konventionalstrafe (10-faches Monatsbruttogehalt) enthält. Der Angestellte sträubt sich gegen diese Klausel, von der vorher nicht die Rede war; es wird ihm aber gesagt, er müsse unterschreiben, dies sei bei einer so teuren Schulung üblich, die er andernfalls nicht erhalten werde. Angestellter unterschreibt. Ca 2 Jahre später kündigt der Angestellte und tritt bei einem (anderen) Konkurrenzunternehmen ein neues Dienstverhältnis an. Der Arbeitgeber klagt die Konventionalstrafe aus der Konkurrenzklausel ein.

Anmerkungen: Systembildendes Merkmal des Arbeitsrechts ist das **arbeitsrechtliche Schutzprinzip**, wonach der typischerweise aufgrund seiner Abhängigkeit unterlegene Arbeitnehmer gegenüber dem bei der Gestaltung der Vertragsbedingungen überlegenen Arbeitgeber geschützt werden soll. Zur Durchsetzung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips stehen dem Gesetzgeber grundsätzlich drei Regelungstechniken zur Verfügung:

1. – Inhaltliche Bestimmung des Arbeitsvertrages, zB Urlaub, Arbeitszeit, Entgeltfortzahlung, Leiharbeit (AÜG), Ersatz von Ausbildungskosten uva.

¹ Arb 9.385 = EvBl 1976/9, 18 = DRdA 1975, 214 (zust W. Schwarz).

2. – Gewährleistung bestimmter „**Mindeststandards**“² an arbeitsrechtlichen Berechtigungen zugunsten des Arbeitnehmers durch „relativ zwingende Normen“, dh eine Abänderung ist nur zugunsten des Arbeitnehmers zulässig (zB § 40 AngG; § 3 Abs 1 ArbVG);

3. – Förderung des Zusammenschlusses der Arbeitnehmer auf Ebene des Betriebes (Betriebsrat, Arbeitnehmer-Mitbestimmung), der Kollektivvertrags- und Sozialpartner (Abschluss von Generalkollektivverträgen, Verbandsrecht; Einflussnahme auf die Gesetzgebung durch Kammerorganisationen und freiwillige Zusammenschlüsse; beachte die Wichtigkeit des Koalitionsrechtes [Koalitionsfreiheit als Unterfall der Vertrags- bzw Versammlungsfreiheit – vgl Art 11 MRK] sowie die normative Wirkung des Kollektivvertrages, der Betriebsvereinbarung ua!).

Im vorliegenden Fall hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch das Abgehen von der mündlichen Zusage (Spezialausbildung ohne Konkurrenzklause) und der Art und Weise, wie die Vereinbarung (Konkurrenzklause mit Konventionalstrafe) knapp vor der Abreise – unter der Drohung, andernfalls werde der Arbeitnehmer die Schulung nicht erhalten – zustande kam, in eine Zwangslage gebracht, wodurch die Vereinbarung teilnichtig war.

Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes kann sich nicht nur aus seinem Inhalt, sondern auch aus dem Gesamtcharakter der Vereinbarung – im Sinne einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck – ergeben, weshalb es insbesondere auch auf alle Umstände ankommt, unter denen das Rechtsgeschäft geschlossen wurde. RIS-Justiz RS0022884.

Zunächst erfolgt die **Abschlusskontrolle** (Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung), sodann die **Inhaltskontrolle** (allfälliger Verstoß gegen [relativ] zwingende Normen).

Eine unter Druck zustande gekommene Konkurrenzklause ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 879 Abs 1 ABGB nichtig. RIS-Justiz RS0029792.

Auch für Konkurrenzklauseln gelten – unabhängig von den Kriterien des § 36 AngG – die entsprechenden Bestimmungen des ABGB über das Zustandekommen einer verbindlichen Vereinbarung (§§ 859 ff, 861 ff, 863, 869 ff, 878, 879 ABGB). RIS-Justiz RS0029820.

Ergebnis: Das Klagebegehren des Arbeitgebers wurde abgewiesen, ohne dass die zweifelhaften Details (zB Höhe der Konventionalstrafe gemäß § 36 AngG und Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechtes) geprüft werden mussten.

2. Zeitliche Dimension des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips (nach 27.11.1984, 4 Ob 34/84³)

Ein Angestellter war bis 1966 bei einem Unternehmen und danach bei einem anderen beschäftigt. Bei seinem (früheren) Arbeitgeber hatte er eine Dienstfindung gemacht, die von jenem

² Zu **Standards** siehe JBI 1993, 524 = EvBl 1993/125, 525 = SZ 65/149 mwN (zu § 5 PHG); *Larenz*, Methodenlehre⁶, 464 und 484; „zeitgemäßer Standard“ (einer Badegelegenheit) gem § 15a Abs 1 Z 1 MRG.

³ Arb 10.428 = ZAS 1986/12, 89 = SZ 57/188 = RdW 1985, 254 = GRURInt 1986, 62 = ÖBl 1985, 36.

in Anspruch genommen und zum Patent angemeldet wurde. Der Arbeitgeber verwertet diese Erfindung mit gutem Erfolg seit 1965. Der Angestellte hat für 1965 eine Pauschalvergütung erhalten und vereinbarte mit seinem (früheren) Arbeitgeber am 17.6.1969 eine Vergütung für die Jahre 1966 bis 1978. Der Arbeitnehmer klagt seinen (früheren) Arbeitgeber auf Rechnungslegung und Zahlung eines bestimmten Hundertsatzes des in bestimmter Weise zu errechnenden wirtschaftlichen Erfolges der weiteren Verwendung dieser Erfindung (ab 1979). Er bringt dazu vor, die nutzungsabhängige Vergütung für die Inanspruchnahme der Dienstleistung sei nach dem PatG für die gesamte Patentdauer zu leisten; dieser Anspruch des Arbeitnehmers könne durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden (§ 17 PatG).

Hinweis: § 17 PatG lautet:

Die Rechte, die dem Dienstnehmer aufgrund der Bestimmungen der §§ 6 bis 16 zustehen, können durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden.

Anmerkungen: Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip beginnt schon mit der Aufnahme von Verhandlungen zwischen dem (künftigen) Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer (vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten) und nicht erst mit der Arbeitsaufnahme. Ebenso endet es nicht mit dem letzten Arbeitstag, sondern wirkt noch so lange nach, als der Arbeitgeber Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag hat (zB Ausstellung eines Dienstzeugnisses, Zahlung von Abfertigung, Pensionsleistungen).

Eine Beschränkung der Befugnis des Arbeitnehmers, nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis über den fortbestehenden Vergütungsanspruch (§ 8 PatG) frei zu verfügen und ihn insbesondere durch Vereinbarung mit seinem ehemaligen Arbeitgeber nach seinem Gutdünken zu regeln, kann aber auch aus § 16 PatG (Vergütungsanspruch für Dienstleistung wird durch die Auflösung des Dienstverhältnisses nicht berührt) nicht abgeleitet werden. RIS-Justiz RS0071019.

Die besondere Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers endet aber grundsätzlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem damit regelmäßig verbundenen Wegfallen eines möglichen wirtschaftlichen Drucks. Eine Erstreckung der zwingenden Wirkung einzelner Schutzbestimmungen über diesen Zeitpunkt hinaus kann deshalb in der Regel nur dort angenommen werden, wo sie der Gesetzgeber zur Hintanhaltung unerwünschter Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich angeordnet hat. RIS-Justiz RS0071032.

Irgendwelche Umstände, weshalb die Drucksituation noch fast drei Jahre nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses fortwirken sollte, hat der Arbeitnehmer nicht geltend gemacht. Der Begriff „Dienstnehmer iSd § 17 PatG“ umfasst nicht ehemalige Dienstnehmer außerhalb einer möglichen Drucksituation.

Ergebnis: Die Vergütungsvereinbarung war rechtswirksam, dh sie verstieß nicht gegen § 17 PatG. Das Klagebegehren wurde abgewiesen.

3. Inhaltliche Prüfung einer (generellen) Weisung (nach 27.2.1991, 9 ObA 31/91⁴)

⁴ JBl 1991, 668 = DRdA 1991, 385 = ARD 4267/42/91 = SZ 64/20.

Der Arbeitgeber ist ein unpolitischer, gemeinnütziger Verein (für Sachwalterschaft) zur Betreuung psychisch kranker Personen, für die vom Gericht ein Sachwalter bestellt worden ist; er bildet Sachwalter aus und stellt diese den Gerichten dauernd zur Betreuung und Vertretung psychisch Kranker oder geistig Behinderter zur Verfügung. Die Mittel des Vereines werden durch Spenden, Mitgliedsbeiträge, letztwillige Verfügungen usw überwiegend durch Subventionen aufgebracht. Die Mitarbeiter sind hauptberuflich oder ehrenamtlich tätig. Bis zum Inkrafttreten des SachwalterG (BGBl 1983/136) wurden im Pflugschaftsverfahren keine Barauslagen begehrt, danach vereinzelt, wenn der Kurand über Vermögen verfügte. Mit Schreiben vom 20.1.1987 führte der Arbeitgeber **Richtlinien betreffend Anträge auf** (sozial verträgliche) **Belohnung und Barauslagenersatz** (im Rahmen des Pflugschaftsverfahrens) ein. Der Betriebsrat begehrt die Feststellung, dass der Arbeitgeber nicht berechtigt sei, von den angestellten Sachwaltern die gerichtliche Geltendmachung des Barauslagenersatzes und der Belohnung zu verlangen. Diese Vorgangsweise widerspreche dem Verständnis der Sachwalterschaft als Vertretung der Interessen der Betroffenen und belaste zudem die für die Erfüllung der Aufgaben notwendige Vertrauensbeziehung zwischen Sachwalter und Klienten in unzumutbarem Ausmaß.

Anmerkungen: Der Betriebsrat ist gemäß § 54 Abs 1 ASGG zur Feststellungsklage legitimiert (unter der weiteren Voraussetzung, dass mindestens drei Arbeitnehmer hievon betroffen sind, was nicht zweifelhaft ist). Die (inhaltliche) Berechtigung der Weisung ist gemäß §§ 266 f ABGB gesetzmäßig. Ob der Arbeitgeber karitativ oder (einigermaßen) kostendeckend (richtig: den Subventionsbedarf nicht allzu hoch werden lassen will) tätig sein will, steht in der Gestaltungsbefugnis des Arbeitgebers, die vom Arbeitnehmer nicht nach seinen Vorstellungen durchkreuzt werden kann.

Dem Arbeitnehmer steht es nicht zu, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, wenn sie lediglich den Vorstellungen des Arbeitnehmers über die optimale Gestaltung seiner Arbeitstätigkeit und den damit verfolgten Zielen nicht entspricht. RIS-Justiz RS0021487.

Selbst wenn man dem Arbeitnehmer die Ablehnung einer angewiesenen Arbeit auch aus Gewissensgründen zubilligt, muss es sich dabei um unabweisbare, die ganze Persönlichkeit ergreifende Gebote, nicht aber nur um subjektive Auffassungen über die politische Ordnung und soziale Gerechtigkeit handeln. RIS-Justiz RS0021490.

Ergebnis: Die Feststellungsklage des Betriebsrates wurde abgewiesen.

4. Prüfung eines Anstellungsvertrages (Teilnichtigkeit) (nach 15.1.1985, 4 Ob 150/84⁵)

Ein seit Anfang Juni 1982 beschäftigter Angestellter hatte einen Dienstvertrag, der ua folgende Bestimmung enthielt:

„Der Anstellungsvertrag gilt für unbefristete Zeit. Er verlängert sich automatisch um 6 Monate, wenn er nicht von einer Seite mit einer Frist von mindestens 3 Monaten mittels eingeschriebenen Briefes gekündigt wird. Die ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses wurden als Probezeit vereinbart. In

⁵ RdW 1985, 349 = Arb 10405.

dieser Probezeit ist eine Kündigung mit einer Frist von 4 Wochen, jeweils zum Letzten des Kalendermonats, vereinbart. Die automatische Verlängerung und Kündigungsfrist gelten auch für die erste und jede weitere Verlängerungsperiode."

Arbeitgeber kündigte den Angestellten mit Schreiben vom 28.6.1982 zum 31.7.1982.

Anmerkungen: Dieses Beispiel zeigt besonders deutlich, welche nachteiligen Folgen durch die unbesehene Übernahme von Mustervereinbarungen (eines deutschen Musters für Probezeitvereinbarungen) eintreten können.

Haben die Parteien nicht die für ein Probearbeitsverhältnis wesensmäßige jederzeitige Auflösbarkeit, sondern eine Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart, steht diese Vereinbarung mit dem sich aus dem § 19 Abs 2 AngG ergebenden Wesen eines Probearbeitsverhältnisses, nämlich mit dessen jederzeitiger sofortiger Lösbarkeit, im Widerspruch, sodass ein rechtswirksames Arbeitsverhältnis auf Probe nicht zustande gekommen ist. RIS-Justiz RS0028198.

Das Probearbeitsverhältnis kann gemäß § 19 Abs 2 AngG höchstens für die Dauer eines Monats vereinbart werden. Vereinbarungen über diesen Zeitraum hinausgehend sind (teil)nichtig. Ebenso verstößt die Vereinbarung einer vierwöchigen Kündigungsfrist gegen § 20 Abs 2 AngG. Lediglich die Vereinbarung einer Kündigungsfrist zum Letzten eines Kalendermonats (§ 20 Abs 3 AngG) ist rechtswirksam.

Ergebnis: Der eine Kündigungsentschädigung bis 31.12.1982 (Quartalsende) einklagende Angestellte erhält diese bis zum 30.8.1982 (Kündigungsfrist von sechs Wochen bis zum nächsten Monatsletzten).

5. Verzicht auf (höheres) Überstundenentgelt (nach 29.4.1980, 4 Ob 51/80⁶)

Mit dem Kläger (Arbeitnehmer) wurde ein Monatsgehalt von S 15.000,- brutto vereinbart. Anlässlich der Eröffnung einer Filiale wurden zahlreiche Überstunden geleistet, die auf der Basis eines Monatsgehaltes von (nur) S 12.000,- entlohnt werden. Als der Kläger die Abrechnung erhält, macht er deren Unrichtigkeit geltend und fordert ein restliches (Überstunden-)Entgelt von ca S 6.000,-. Es erfolgt eine Besprechung mit dem Personalleiter, der den Kläger auf die Vereinbarung, das Überstundenentgelt werde auf der Basis von S 12.000,- berechnet, verweist; Kläger erklärt sich damit einverstanden.

Wenige Tage danach am 5.6.1978 schreibt der Kläger:

„Mit Schreiben vom 27.5.1978 habe ich mein restliches Überstundenentgelt angesprochen und hiezu eine Nachfrist bis 3.6.1978 gesetzt. Vom Personalleiter ... wurde mir am 30.5.1978 mitgeteilt, dass mir das restliche Entgelt nicht bezahlt werde. Ich erkläre gem § 26 Z 2 AngG aus diesem Grund meinen vorzeitigen Austritt aus dem Arbeitsverhältnis."

Hinweis: Angestellter kann gem § 26 Z 2 AngG wegen „ungebührlicher" Schmälerung seines Entgelts seinen vorzeitigen Austritt erklären. Unabdingbare Voraussetzung des Rechtes auf vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Entlassung, Austritt) ist die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung.

⁶ Arb 9870.

Anmerkungen: Für Überstunden gebührt ein Zuschlag von 50% des „Normallohnes“ (§ 10 AZG). Die Berechnung von Überstunden von der Grundlage eines geringeren Entgelts ausgehend ist gesetzeswidrig; der Verzicht des Arbeitnehmers auf den Differenzbetrag ist daher rechtsunwirksam.

Der an sich rechtsunwirksame Verzicht hat jedoch die Wirkung, dass der Arbeitnehmer zum Ausdruck bringt, ihm sei die Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar. (Überdies ist zu erwägen, dass ein allfälliger Austritt verspätet wäre, wenn der Personalleiter schon am 30.5. mitteilte, dass die Entgeltdifferenz nicht bezahlt werde; es ist kein Grund ersichtlich, warum mit dem Austritt bis 5.6. zugewartet wurde.)

Der Austritt des Arbeitnehmers ist unberechtigt; hingegen ist die Forderung der Differenz des Überstundenentgelts berechtigt.

Der Arbeitgeber hätte vertraglich vereinbaren können, dass während der Eröffnungsphase ein geringeres Entgelt (für die ersten paar Monate) zu gelten habe (sofern nicht der kollektivvertragliche Anspruch unterschritten würde); nach der Eröffnungsphase werde dann ein höheres Entgelt geleistet.

Ergebnis: Wird das Überstundenentgelt auf der Grundlage eines niedrigeren als des mit dem Arbeitnehmer vereinbarten Bruttomonatsgehalts ausbezahlt, wird das dem Arbeitnehmer zukommende Überstundenentgelt geschmälert. Ein Verzicht des Arbeitnehmers auf den Differenzbetrag ist während des aufrechten Arbeitsverhältnisses unwirksam. Wenn auch die Verzichtserklärung und das Einverständnis mit der vom Arbeitgeber vorgenommenen Berechnung des Überstundenentgeltes unwirksam sind, muss die Erklärung des Arbeitnehmers dahin gehend verstanden werden, dass er eine weitere Beschäftigung als nicht unzumutbar ansieht und daher nicht zum Anlass einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nimmt. RIS-Justiz RS0028768.

Nicht jede Vertragsverletzung berechtigt zum sofortigen Austritt. Wesentlich ist die Vertragsverletzung nur, wenn dem Angestellten unter solchen Umständen die weitere Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. In anderen Fällen kann er sich gegen die Vertragsverletzung wehren, etwa eine Feststellungsklage einbringen, er kann aber nicht das Dienstverhältnis vorzeitig lösen. RIS-Justiz RS0030641.

6. Mehrleistung aufgrund einer Dienstanweisung (nach 10.1.1984, 4 Ob 164/83⁷)

Der Kläger ist angestellter Zahntechniker in einem Zahnambulatorium der beklagten Gebietskrankenkasse. Diese gibt, ohne Beziehung oder Zustimmung des Betriebsrates, eine Dienstanweisung heraus, wonach die Tagespflichtleistung der Zahntechniker von 1,8 Arbeitseinheiten auf 2,4 erhöht wird, wobei auf den Fortschritt in „Material und Technik“ verwiesen wird. Einige Zahntechniker überschritten diese Tagespflichtleistung, der sehr sorgfältig arbeitende Kläger unterschritt sie. Er begehrt die Feststellung, dass diese Dienstanweisung unwirksam sei.

Hinweis: Siehe § 6 Abs 1 AngG (ebenso § 1153 ABGB)!

Anmerkungen: Der Kläger mit einem (festen) Monatsgehalt soll aufgrund einer (generellen) Weisung ein Drittel mehr an Arbeitsleistung erbringen. Die Menge der Arbeitsleistung (sowie auch die Höhe des Entgelts) ergibt sich aus einer Vereinbarung, aus dem Ortsgebrauch oder aus der individuellen „Angemessenheit“ (§ 6 Abs 1 AngG). Eine Vereinbarung liegt nicht vor; ein Ortsgebrauch (im Sinne einer Betriebsübung) lässt sich nicht feststellen. Es kommt also letztlich auf die individuelle Arbeitsleistung an. Diese bestimmt sich nach der

⁷ SZ 57/1 = JBl 1984, 625 = DRdA 1985/19, 389 (Csebrenyak).

(variablen) Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers, sie ist einmal höher, ein anderes Mal geringer. Ebenso variiert die Genauigkeit. Alle diese Faktoren werden vom Lebensalter, der Gesundheit, der Tagesverfassung, von sonstigen Sorgen uam abhängen.

Wenn auch der Betriebsrat zugestimmt hätte, wäre das Ergebnis nicht anders. Er hat nämlich keine Befugnis, zum Nachteil der Arbeitnehmer in Einzelarbeitsverträge einzugreifen (eine „Freie Betriebsvereinbarung“ kann sich nur zugunsten der Arbeitnehmer auswirken. Es gibt zwar eine Vereinbarung zugunsten Dritter, nicht aber zulasten Dritter).

Die Dienstanweisung ist insoweit rechtswidrig, als sie nicht den individuellen Leistungsmaßstab berücksichtigt. Einzelne Arbeitnehmer werden durch sie überfordert, andere unterfordert und bei einigen mag sie der individuellen Leistungsfähigkeit entsprechen.

Eine einseitige Leistungsfestsetzung (bei einem gleichbleibenden Monatsgehalt) ist rechtsunwirksam. Der Arbeitgeber kann nur aufgrund einer Vereinbarung auf den Arbeitserfolg einwirken. Sonst bieten sich nur Leistungsprämien an. Eine Akkordentlohnung verbietet sich möglicherweise bei dieser Arbeit.

Ergebnis: Dem Arbeitgeber steht es nicht zu, einseitig einen konkreten Arbeitserfolg ohne Bedachtnahme auf das individuelle Leistungsvermögen der Arbeitnehmer generell zu verlangen: RdW 1984, 178 = JBl 1984, 625 = SZ 57/1 = DRdA 1985/19, 389 (*Csebrenyak*). RIS-Justiz RS0021422.

Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber grundsätzlich kein vom Leistungsvermögen unabhängiges, bestimmtes Minimum an Arbeit. Die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers und die betrieblichen Gegebenheiten können sich während des Arbeitsverhältnisses verbessern oder verschlechtern und sich damit sowohl auf den Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung als auch auf den Arbeitserfolg erheblich auswirken. RIS-Justiz RS0021433.

Während für den Arbeitsvertrag die Verfügung des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers innerhalb eines bestimmten Zeitraumes und ohne dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers durch einen bestimmten Arbeitserfolg charakterisiert wäre, wesentlich ist, kommt es bei dem davon zu unterscheidenden Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung als eine in sich geschlossene Einheit an. Entscheidend ist, ob nach dem Parteiwillen die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft erreicht und entlohnt werden soll oder ob die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges Ziel des Vertrages und Grund der Entgeltzahlung ist. RIS-Justiz RS0021494.

Da der Arbeitnehmer seine Dienste „in Person“ zu leisten hat, muss der Maßstab für den Umfang seiner Arbeitspflicht individuell, dh auf die Person des einzelnen Arbeitnehmers bezogen werden. RIS-Justiz RS0021464.

Der Arbeitnehmer schuldet eine auf Zeit abgestellte Arbeitsleistung, nicht aber einen bestimmten Erfolg seiner Arbeitsleistung. Der Umfang seiner Leistungspflicht bestimmt sich nicht nach einem vorgegebenen quantitativen „Soll“. Die Zeit und nicht die Menge ist das Maß der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung. Der vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geschuldete Zeitlohn steht daher mit der Arbeitszeit und nicht dem Quantum der konkreten Arbeitsverrichtungen in einem synallagmatischen Zusammenhang. RIS-Justiz RS0021299.

Der Betriebsrat kann einer einseitigen Dienstanweisung des Arbeitgebers, die vertragsändernden Charakter hat, nicht zustimmen, da er dann in die Vertragsautonomie der Parteien des Arbeitsvertrages eingreifen und den Vertragswillen des einzelnen Arbeitnehmers (Konsens) ersetzen würde. Dies schließt die Annahme, in der Dienstanweisung sei eine dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterliegende

Maßnahme im Sinne der §§ 96 Abs 1 Z 3 oder 4, 100 ArbVG enthalten, von vornherein aus. RIS-Justiz RS0021512.

Die vom Arbeitgeber geschuldete Arbeitsleistung wird nicht ausschließlich durch das Zeitmaß bestimmt. Der Arbeitnehmer ist vielmehr verpflichtet, seine geistigen und körperlichen Fähigkeiten aufzubieten und hat die Arbeit so zu leisten, wie er sie ohne Schädigung seiner Gesundheit auf die Dauer nach seinem individuellen Leistungsvermögen unter Bedachtnahme auf die betrieblichen Gegebenheiten (Ortsgebrauch) erbringen kann. RIS-Justiz RS0021425.

Das Klagebegehren, es werde festgestellt, dass der Kläger nicht verpflichtet sei, eine Tagespflichtleistung von 2,4 Einheiten zu erbringen, ist erfolgreich.

7. Mindestfordernisse eines Arbeitsvertrages (nach 14.6.1977, 4 Ob 82/77⁸)

A sucht für sein Unternehmen durch Inserat einen leitenden Angestellten (Personalchef). B meldet sich und es finden Besprechungen über die vorgesehenen Aufgaben statt. Am Abend bietet A an, B sofort mit Bruttomonatsgehalt von S 20.000,- anzustellen. B ist damit einverstanden. Von Probezeit oder „Test“ war dabei nicht die Rede. A stellt B der Belegschaft als Direktor für ... vor, bei einem Presseempfang als (designierten) Prokuristen.

B arbeitet einige Tage. Als A erfährt, B habe den ihm vorgelegten Dienstzettel (mit Probemonat) nicht unterschrieben, erklärt er, er habe für B keine dienstliche Verwendung, er werde ihn in 14 Tagen wieder anrufen.

A bietet B eine Entschädigung für die paar Tage der Arbeitsleistung an, B lehnt dies ab.

Anmerkung: Durch die Willensübereinstimmung betreffend die vorgesehenen Aufgaben und die Höhe des Bruttomonatsgehalt ist der Arbeitsvertrag (als Konsensualvertrag) auf unbestimmte Dauer zustande gekommen. Ein (ausdrücklicher) Formvorbehalt wurde nicht vereinbart.

Wenn ein Dienstzettel vom Arbeitnehmer unterschrieben werden soll, handelt es sich nicht um einen Dienstzettel (einseitige, dh deklarative Aufzeichnung der wesentlichen Punkte des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber), sondern – zumindest nach der Vorstellung des Arbeitgebers – um einen Arbeitsvertrag. Dieser enthält die Offerte zu einer Verschlechterungsvereinbarung (gegenüber dem schon mündlich und formfrei zustande gekommenen Vertrag soll jetzt ein Probemonat gelten); deren Ablehnung berechtigt den Arbeitgeber nicht zur (vorzeitigen) Auflösung des Arbeitsverhältnisses. B hat Anspruch auf Kündigungsentschädigung (mindestens 6 Wochen zum nächsten Quartal) und muss sich nicht mit einer Teilleistung abfertigen lassen (§ 1415 1. Satz ABGB).

Die Erklärung, keine dienstliche Verwendung für B zu haben, ist keineswegs eine Auflösung im Probemonat, ein solcher wurde nicht vereinbart; sie ist vielmehr als Entlassung (sofortige Beendigung) zu deuten. Die Ablehnung einer Verschlechterungsvereinbarung ist kein Grund für eine berechtigte Entlassung.

Ergebnis: A muss Kündigungsentschädigung (mindestens 6 Wochen, höchstens 3 Monate Entgelt bezahlen). Es ist zwischen Kündigungsentschädigung für den Zeitraum bis zum nächsten Kündigungstermin ab der Entlassungserklärung und dem Entgeltanspruch für die paar Arbeitstage bis zur Entlassung zu unterscheiden.

Überdies kann B eine (anteilige) Urlaubersatzleistung und ein Dienstzeugnis verlangen.

⁸ DRdA 1977, 310 = ARD 3013/6/78.

8. Inhalt der Arbeitspflicht (nach 25.1.1989, 9 ObA 296/88⁹)

Ein Tankwart war seit 1.5.1976 bei einer Bedienungstankstelle beschäftigt, bei der neben Autozubehör auch Grillkohle und Speiseeis verkauft wurde. Anfang 1987 wurde die Tankstelle umgebaut und der Verkaufsraum vergrößert. Der Arbeitgeber beabsichtigte, neue Artikel, wie Getränke und Süßwaren, ins Sortiment der als SB-Tankstelle neu zu eröffnenden Tankstelle aufzunehmen. Arbeitnehmer weigerte sich, diese neuen Artikel zu verkaufen und blieb auch bei einer Unterredung mit seinem Arbeitgeber am 20.3.87 unter Berufung auf eine Rechtsauskunft der AK dabei.

Arbeitgeber nahm dem Arbeitnehmer die Schlüssel der Tankstelle ab und sagte ihm, er brauche am nächsten Tag nicht mehr zur Arbeit erscheinen.

Mit dem als „Kündigung“ bezeichneten Schreiben vom 20.3.1987, das dem Arbeitnehmer am 23.3.1987 zukam, wurde ihm mitgeteilt, dass er per 20.3.1987 fristlos entlassen ist.

Anmerkung: Es dürfte eher selten mit einem Tankwart ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen werden; wenn dies erfolgte, dann aber regelmäßig nicht mit einer genauen Umschreibung der Arbeitsverpflichtungen, sondern nur mit Verwendungsbezeichnung (Tankwart). Es sind daher die „angemessenen Dienste“ zu leisten (§ 1153 ABGB; § 6 Abs 1 AngG).

Durch die allgemein übliche Umrüstung der Tankstellen von Bedienungstankstellen zu SB-Tankstellen sind die „angemessenen Dienste“ zu leisten. Der klagende Arbeitnehmer hat nicht vorgebracht, weshalb die in der SB-Tankstelle zu leistenden Dienste unzumutbar sein sollen. (Es wäre zB eine erhebliche Einbuße an Trinkgeldern bei einer Bedienungstankstelle als solcher Grund vorstellbar. Oder der Umstand, dass der Tankwart keine Verantwortung für Warenverderb von Lebensmitteln bzw keine Mankohaftung zu übernehmen bereit ist).

Der Begriff „**angemessene Dienste**“ ist im Sinne der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der allgemeinen Üblichkeit auszulegen, dh es ist ua zu berücksichtigen, dass durch die GRNov 1988 eine generelle Ausweitung der gewerblichen Befugnisse für Tankstelleninhaber erfolgte. Wenn der Kläger nichts Konkretes vorbringt, weshalb ihm die Tätigkeit bei einer SB-Tankstelle unzumutbar sein sollte, ist von der Zumutbarkeit der Tätigkeit auszugehen. (Von einem am Verfahren erster Instanz Beteiligten habe ich erfahren, dass der Tankwart die durch den Umbau verloren gegangene Möglichkeit während der Arbeitspausen fernzusehen als unzumutbare Einbuße empfand. Auf ein solches „Recht zum Fernsehen“ während der Arbeit kann sich ein Arbeitnehmer nicht berufen. Der Tankwart leistet auch in den Pausen zwischen den Tankvorgängen während des Wartens auf neue Kunden Vollarbeit und nicht nur Arbeitsbereitschaft.)

Die in Aussicht gestellte Verweigerung der Dienste zum Zeitpunkt der Neueröffnung der SB-Tankstelle nach dem Umbau ist beharrlich iSd § 82 lit f GewO (für Angestellte ebenso § 27 Z 4 AngG), zumal sich der Arbeitnehmer auf eine ihm erteilte Rechtsauskunft der Arbeiterkammer berief. Ob die Auskunft der AK richtig oder unrichtig war, kann auf sich beruhen; jedenfalls vertraute der Tankwart auf deren Richtigkeit und wäre daher auch nicht bereit, sich vom Gegenteil überzeugen zu lassen.

Für den Arbeitgeber ist es nicht zumutbar, auf eine allfällige Änderung der Willensbildung des Tankwarts zu hoffen; er muss vielmehr für die reibungslose Eröffnung der umgebauten Tankstelle sorgen.

⁹ Wbl 1989, 248 = RdW 1990, 55.

Die Abnahme der Schlüssel verbunden mit der Erklärung, er müsse am nächsten Tag nicht mehr zur Arbeit erscheinen, ist mE bereits als (formlose, schlüssige) Entlassung zu deuten. Somit ist das fälschlich als Kündigung bezeichnete Entlassungsschreiben deklarativ zu verstehen. Damit ist die „rückwirkende“ Erklärung der fristlosen Entlassung zutreffend.

Sollten die Vorgänge am 20.3.87 hingegen lediglich als Dienstfreistellung gedeutet werden, hat das Schreiben vom selben Tag, das dem Tankwart am 23.3.1987 zukam, konstitutive Wirkung. Allerdings kann eine Entlassung nicht rückwirkend erfolgen; diesfalls wird das Arbeitsverhältnis (erst) mit Zugang des Entlassungsschreibens beendet. Die Mitteilung, er sei „per 20.3.97“ entlassen, stellte dann nur eine unbeachtliche Fehlbezeichnung dar.

Der geringe Unterschied von drei Tagen (Wochenende) kann für Ansprüche, die sich nach der Dauer der Dienstzeit bestimmen, von Bedeutung sein.

Der vom OGH gebrauchte Hinweis, der Tankwart habe schon bis zu seiner Entlassung Grillkohle und Speiseeis neben den sonst zu verkaufenden Artikeln (Straßenkarten, Kfz-Lanmpen uva) verkauft, greift mE zu kurz. Maßgeblich erachte ich den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit. Ob nun der Tankwart zB statt eines Liters Motoröls einen Fruchtsaft verkauft ist wohl nicht unzumutbar.

Ergebnis: Durch Erweiterung des in einer Tankstelle verkauften Warensortiments im Rahmen des nunmehr Verkehrsüblichen (um Dosengetränke und verpackte Süßigkeiten) und ohne Änderung der Art der Tätigkeit des schon bisher mit dem Verkauf von Kraftfahrzeug-Zubehör befassten Tankwartes und ihres Schwergewichtes (Verkauf von Treibstoffen und Kraftfahrzeug-Zubehör sowie diverse damit zusammenhängende Dienstleistungen) wird der Rahmen der von dem als Tankwart beschäftigten Arbeitnehmer vertraglich übernommenen Pflichten nicht überschritten. Beharrt der Arbeitnehmer trotz Ermahnung durch den Arbeitgeber bei seiner Weigerung, eine für die nächste Zukunft geplante, in seinen Aufgabenbereich fallende Arbeit zu verrichten, dann muss der Arbeitgeber nicht zuwarten, ob der Arbeitnehmer diese ernstlich erklärte Absicht auch verwirklicht. RIS-Justiz RS0021432 (= RdW 1990, 56 = wbl 1989, 248).

9. Wirksame Befristung? (nach 3.4.1973, 4 Ob 26/73¹⁰)

Mit einem Verkäufer wird ein mit 2 Monaten befristetes Arbeitsverhältnis zur Probe abgeschlossen. Arbeitgeber ist mit der Verkaufsleistung nicht zufrieden; über Ersuchen des Angestellten, ihm noch eine Chance zu geben, wird ein weiteres, mit 1 Monat befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart, der Angestellte „solle sich bewähren“. Im 1. Monat kam der Verkäufer nach dem erzielten Umsatz unter 16–18 Verkäufern auf den 6. Rang, im 2. Monat auf den 5. Am Ende des dritten Monats sagt der Arbeitgeber, der Dienstnehmer brauche nicht mehr zu kommen.

Anmerkung: Zunächst ist zwischen der **Befristung zur Probe** (Höchstdauer ein Monat, beiderseits jederzeit lösbar) und **Befristung auf Probe** (Befristung in Verbindung mit der Absichtserklärung, unter bestimmten Voraussetzungen das Arbeitsverhältnis danach auf unbestimmte Zeit verlängern zu wollen) zu unterscheiden.

Eine wiederholte Befristung (auch schon die zweite) ist nur dann wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist; andernfalls ist schon die zweite Befristung rechtsunwirksam (sog **Kettendienstverhältnis**). Im Ranking nach dem Verkaufserfolg erzielte der Angestellte beachtliche Verkaufserfolge und war auf dem Weg zu

¹⁰ ZAS 1974/8, 57 (mit Besprechungsaufsatz *Miklau*).

einem „Spitzenverkäufer“. Dh eine weitere „Bewährung“ war nicht sozial gerechtfertigt. Das zunächst befristete Arbeitsverhältnis ging am Ende des zweiten Monats in eines auf unbestimmte Dauer über, das nur mehr durch ordnungsgemäße Kündigung beendet werden konnte.

Wenn nun der Arbeitgeber – mit welchen Worten auch immer – am Ende des dritten Monats erkläre, der Angestellte brauche nicht mehr zu kommen, so handelt es sich um eine Entlassung, die aber mangels Entlassungsgrund nicht berechtigt ist.

§ 10a Abs 2 MSchG enthält eine (beispielsweise) Aufzählung von Befristungsrechtfertigungsgründen (wegen des besonderen Schutzzweckes für schwangere Arbeitnehmerinnen schon für die erste Befristung). „Im Interesse“ der Dienstnehmerin bedeutet mehr als die bloße Zustimmung zur Befristung; aus in der Sphäre der Dienstnehmerin gelegenen Gründen kann eine Befristung sachlich gerechtfertigt sein.

Ergebnis: Angestellter hat Anspruch auf Kündigungsentschädigung im Ausmaß von mindestens sechs Wochen, höchstens (knapp) drei Monate. Auf die Kündigungsentschädigung ist ein anderweitiger Verdienst erst ab Beginn des vierten Monats anzurechnen. (Bis dahin kann ein geschickter Arbeitnehmer uU „Doppelverdiener“ sein.)

Der Abschluss von Kettenverträgen ist immer dann wie ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu behandeln, wenn nicht besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe sie gerechtfertigt erscheinen lassen.

Den Arbeitgeber trifft die Beweislast für die wirtschaftliche oder soziale Rechtfertigung der wiederholten Befristung.

Die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverhältnisse ist mit einer für den Arbeitnehmer nachteiligen Unsicherheit für seine weitere berufliche Zukunft verbunden und birgt in hohem Maß die Gefahr der Umgehung zwingender Rechtsnormen. Wenn gesetzliche Bestimmungen mehrere befristete Arbeitsverhältnisse in Aufeinanderfolge zulassen, ist eine auf den Normzweck Bedacht nehmende Interpretation vorzunehmen; es ist daher zu prüfen, ob im konkreten Fall die Vereinbarung mehrerer, sich unmittelbar aneinanderreihender Arbeitsverhältnisse zulässig ist. Je öfter die Aneinanderreihung erfolgt, desto strenger sind die inhaltlichen Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe. Auch die Dauer der Befristung und die Art der Arbeitsleistung sind in die Überlegungen einzubeziehen. Der Umstand, dass zwischen zwei befristeten Arbeitsverträgen ein zeitlicher Abstand liegt, schließt die Beurteilung der aneinandergereihten Verträge als einheitliches Arbeitsverhältnis nicht aus, wenn sich der Sache nach der zweite Vertrag (oder die folgenden Verträge) als Fortsetzung des (der) vorangegangenen erweisen. RIS-Justiz RS0021824.

10. Beharrliche Weigerung zur Mehrarbeit? (nach 22.2.1983, 4 Ob 17/83?¹¹)

Ein Arbeiter, Montagetischler eines Möbelhandelsunternehmens, mit dem vereinbart war, dass er im Bedarfsfall Überstunden zu leisten habe, kommt am 9.6.1981 von einer Fahrt, Abholen eines Arbeitskollegen von einer Montage, um ca 18 Uhr in den Betrieb zurück. Durch einen heftigen Wolkenbruch war Wasser in das Möbellager eingedrungen, in einer großen Wasserlacke standen verpackte Möbel, das Wasser lief an den Verpackungen herunter. Der Verkaufsleiter des Arbeitgebers ordnete an, dass die Möbel weggerückt und Wasserkübel unter die undichten Stellen des Daches gestellt werden. Der um 18 Uhr eintreffende Arbeiter wird zur Mitarbeit aufgefordert, er lehnt dies unter Hinweis darauf, dass es 18 Uhr (Arbeitsschluss) sei, ab. Der Verkaufsleiter entlässt ihn.

¹¹ Arb 10222.

Ungeklärt ist, ob der Arbeiter vorbrachte, er müsse sein Kind abholen. Arbeitgeber brauchte damals alle verfügbaren Arbeiter, jedoch nur für ca 15–20 Minuten.

Anmerkung: Arbeitnehmer (Montagetischler) hat sich zur Überstundenarbeit verpflichtet, kann diese aber bei Vorliegen von berücksichtigungswürdigen Interessen (§ 6 Abs 2 AZG) ablehnen. Dies bedeutet, dass die Interessen weniger gewichtig sind als der „wichtige persönliche Grund“ (§ 8 Abs 3 AngG; § 1154b Abs 5 ABGB), weshalb die Arbeit in der Normalarbeitszeit mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung unterbleiben kann. Es kommt daher ua auf die Länge der „Vorankündigungsfrist“ an. Ist diese praktisch null (wie im vorliegenden Beispiel), dann genügt schon ein verhältnismäßig leicht zu gewichtender Grund, um die Leistung von Überstunden ablehnen zu können.

Bei betrieblichem Notstand, der bei Eindringen von Wasser in das Möbellager vorliegt, besteht auch ohne grundsätzliche Verpflichtung zur Leistung von Überstunden eine solche aus der den Arbeitnehmer treffenden Treuepflicht.

Die Berechtigung einer Entlassung wegen Arbeitsverweigerung (Pflichtenvernachlässigung) setzt voraus, dass diese **beharrlich** erfolgte (§ 82 lit f GewO; § 27 Z 4 AngG). Dies ist eine besonders hartnäckige Willensbildung, die sich durch Wiederholung ausdrückt, oder in der Missachtung einer Entlassungsdrohung; es kann auch eine Weigerung so dezidiert erfolgt sein, dass eine Ermahnung/Verwarnung als eine bloße Formalität unterbleiben kann. Nichts davon liegt im Sachverhalt vor. Der Verkaufsleiter hätte den Arbeitnehmer nochmals unter Hinweis auf eine Entlassungsdrohung zur Überstundenarbeit auffordern müssen, was aber nicht geschah. Die Entlassung erfolgte daher übereilt und damit unberechtigt.

Ungeklärt blieb, ob der Arbeitnehmer vorbrachte, er müsse sein Kind abholen. Bejahendenfalls müsste eine **Interessenabwägung** zwischen Arbeitgeberinteresse (Möbel vor Wasserschäden zu bewahren) und Arbeitnehmerinteresse (Kind abholen) erfolgen. Für diese Interessenabwägung wären noch zahlreiche Verfahrensergänzungen erforderlich; sie kann nur aufgrund eines dem **Beweglichen System** nachgebildeten Verfahrens erfolgen. Das Arbeitnehmerinteresse ist gewichtiger, wenn sein Kind noch klein ist und damit nicht unbegleitet den Heimweg antreten konnte. Das Arbeitgeberinteresse, wenn eine andere Betreuungsperson (Mutter, Großmutter ua) kurzfristig hätte einspringen können. Auch die Beschaffenheit des Heimweges ist von Bedeutung (gefahrenreiche Straße oder ungefährlicher Wiesenweg), ebenso die Möglichkeit, das Kind etwas später abholen zu können. Diese Umstände sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie der klagende Arbeiter im Prozess vorbringt (**Dispositionsgrundsatz**). Umgekehrt benötigte der Arbeitgeber alle verfügbaren Arbeitnehmer für eine relativ kurze Zeitspanne von 15 bis 20 Minuten. Ob dann der Ausfall eines von mehreren Arbeitern den Schaden in einem relevanten Ausmaß vergrößert hätte, müsste noch zur Gewichtung des Arbeitgeberinteresses gesondert gewichtet werden.

Ergebnis: Entlassung erfolgte übereilt (Ermahnung wurde unterlassen) und daher unberechtigt; Arbeitnehmer hat Anspruch auf Kündigungsentschädigung. Kein anspruchsminderndes Mitverschulden des Arbeitnehmers an der Entlassung.

Wenn sich die Entlassung als ungerechtfertigt erweist, muss der Arbeitnehmer, um die Annahme eines Mitverschuldens zu rechtfertigen, ein schuldhaftes Verhalten eingenommen haben, das im Zusammenwirken mit einem ebenfalls schuldhaften Verhalten des Arbeitgebers, das aber nicht bloß in der Abgabe der Entlassungserklärung bestehen darf, für die Entlassung ursächlich war. Dieses schuldhafte Verhalten des Arbeitnehmers darf seinerseits nicht bloß in einem die Voraussetzungen eines Entlassungstatbestandes nicht oder nicht ganz erfüllenden Verhalten bestehen. RIS-Justiz RS0028239.

Vor dem Ausspruch der Entlassung muss der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber oder von dessen Vertreter in der Regel ermahnt oder wiederholt zur Erfüllung seiner Pflichten aufgefordert worden sein. Dazu ist weder der Gebrauch bestimmter Worte noch die Androhung der Entlassung erforderlich. Es genügt, wenn der Arbeitnehmer auf die Vernachlässigung seiner Pflichten hingewiesen und in einer dem Ernst der Lage angepassten Weise zur Einhaltung seiner Pflichten aufgefordert worden ist. Dies gilt insbesondere auch für die Arbeitsverweigerung. RIS-Justiz RS0060643.

Eine Ermahnung kann nur dann unterbleiben, wenn die Weigerung derart eindeutig und endgültig ist, dass eine Ermahnung als bloße Formalität sinnlos erscheinen müsste. Entscheidend ist nur, dass der Arbeitnehmer den durch seine Arbeitsverweigerung hervorgerufenen Ernst der Situation erkennen kann. RIS-Justiz RS0060669.

Beharrliche Pflichtverletzung iSd § 82 lit f GewO 1859, aufrechterhalten durch § 376 Z 47 GewO 1973, bedeutet die Nichtbefolgung einer durch den Gegenstand der Arbeitsleistung die Besonderheit des Betriebes gerechtfertigten Anordnung des Dienstgebers. RIS-Justiz RS0104135.

Unter „**beharrlich**“ ist die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des in der Dienstverweigerung zum Ausdruck gelangenden, auf die Verweigerung der Dienste beziehungsweise der Befolgung der Anordnung gerichteten Willens zu verstehen. Daher muss sich die Weigerung entweder wiederholt ereignet haben oder von derart schwerwiegender Art sein, dass auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Angestellten mit Grund geschlossen werden kann. Nur im ersten Fall bedarf es einer vorangegangenen Ermahnung oder einer wiederholten Aufforderung zur Dienstleistung beziehungsweise Befolgung der Anordnung. RIS-Justiz RS0029746.

11. Limitierter Ersatz von Reisespesen (nach 16.9.1986, 14 Ob 122/86¹²)

Einem angestellten Provisionsvertreter werden laut Dienstvertrag Reisespesen nur bis zum Höchstausmaß von 9% seines Nettoumsatzes ersetzt. Angestellter begehrt Entgelt Differenz mit der Behauptung, sein restliches Entgelt (Provision, kein Fixum) unterschreite das kollektivvertragliche Mindestentgelt.

Anmerkung: Aufwandersatz zur Geschäftsbesorgung ist zu ersetzen, wenn er in objektiver ex-ante-Betrachtung notwendig oder nützlich ist (vgl § 331 ABGB); Luxusauswendungen (§ 332 ABGB) sind nicht zu ersetzen. Aufwandersatz ist eine Zuwendung mit dem Zweck, die wirtschaftliche Belastung des Empfängers zu mindern, die diesem durch die Erbringung seiner Leistung erwächst. Sie befriedigt ein bloß unselbständiges Interesse, das ohne Dienstleistung nicht bestünde. Anspruch auf Aufwandersatz gründet sich auf §§ 1151 Abs 2 und 1014 ABGB.

Abgesehen von „betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen“ (vgl § 95 ArbVG) ist im Arbeitsverhältnis alles, was nicht Aufwandersatz ist, Entgelt!

Übersteigen die notwendigen und nützlichen Aufwendungen das vereinbarte Limit, so vermindern sie das Entgelt (Provisionseinkommen). Wird somit das kollektivvertragliche Entgelt unterschritten, so besteht

¹² Wbl 1987, 1010 = RdW 1987, 132.

Anspruch auf die Differenz (dh kollektivvertragliches Entgelt darf auch nicht durch unzureichenden Spesenersatz unterschritten werden).

Die Unterscheidung von Entgelt und Aufwendersatz ist für Versetzungsschutz iSd § 101 ArbVG von Bedeutung; weiters ist Entgelt einschließlich ersparten Aufwendersatz in die Abfertigungsberechnungsgrundlage einzubeziehen.

Ergebnis: Der Zweck der Festsetzung kollektivvertraglicher Mindestlöhne besteht darin, dem Arbeitnehmer dessen Existenz zu sichern. Dieses Mindestentgelt muss ihm daher zur Gänze zu seiner freien Verfügung verbleiben. Müsste der Arbeitnehmer von diesem Mindestentgelt Spesen (ganz oder zum Teil) bezahlen, die mit seiner Berufsausübung verbunden sind (etwa Reisekosten), dann würde das Mindestentgelt eine unzulässige Kürzung erfahren; abweichende Einzelverträge wären infolge Verstoßes gegen den zwingenden Charakter der Kollektivvertragsbestimmungen über Mindestlöhne rechtsunwirksam. RIS-Justiz RS0021340.

12. Überpauschalierte Außendienstzulage (nach 18.12.1979, Ob 19/79¹³)

Ein Angestellter erhielt für eine Tätigkeit eine Außendienstzulage von S Zusage einer organisatorischen Änderung wurde ihm dieser Arbeitsteil, für den die Außendienstzulage gewährt worden war, entzogen, womit auch die Außendienstzulage entfiel.

Der Betriebsrat hat dieser Versetzung nicht zugestimmt.

Anmerkung: Beim Spesenersatz kommt es auf die individuellen Verbrauchsgewohnheiten an. Ist der Angestellte sparsam, so bildet der ersparte Anteil des (pauschalierten) Spesenersatzes Entgelt.

Hat der Betriebsrat nicht der entgeltverschlechternden Versetzung (im Voraus) zugestimmt, ist sie rechtsunwirksam. Der Angestellte erhält weiterhin Entgelt im Ausmaß des ersparten Anteils an der Außendienstzulage. Dieses ist bei einer Abfertigungsberechnung zu berücksichtigen.

Zweckmäßig ist die Kombination eines Leistungsbegehrens mit einem Feststellungsbegehren für die künftig fällig werdenden Leistungen.

Ergebnis: Eine verschlechternde dauernde Versetzung – sei es eine bloß direktionale oder vertragsändernde – bedarf ausnahmslos der Zustimmung des Betriebsrates, ohne dass es auf die hierfür maßgebenden Gründe ankäme. Auch wenn die Versetzung also im Einzelfall durch noch so wichtige Gründe gerechtfertigt, ja vielleicht sogar unumgänglich geworden sein sollte, muss die zwingende Bestimmung des § 101 ArbVG eingehalten werden; die Prüfung der zur Versetzung führenden Umstände bleibt immer den Verhandlungen mit dem Betriebsrat – bzw der Verhandlung vor dem Einigungsamt (nunmehr: Arbeits- und Sozialgericht) – vorbehalten. RIS-Justiz RS0021211.

Soweit eine Außendienstzulage über einen bloßen Spesenersatz hinausgeht, also Entgeltcharakter hat, bedarf ein Wechsel des Arbeitsplatzes, mit dem der Verlust einer solchen Zulage verbunden ist, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates. RIS-Justiz RS0021381.

Versetzung iSd § 101 ArbVG umfasst nicht nur einen Wechsel des Arbeitsortes, sondern auch eine wesentliche Änderung des dem Arbeitnehmer zugewiesenen Tätigkeitsbereiches. RIS-Justiz RS0025205.

13. Entgeltanspruch eines Lehrlings (nach 25.8.1984, 4 Ob 67/83¹⁴)

¹³ Arb 9838 = DRdA 1980/20, 390 (Cermak).

Mit Bescheid der Lehrlingsstelle der Kammer der Gewerblichen Wirtschaft wurde die Eintragung eines Lehrvertrages verweigert, weil dem Lehrberechtigten schon zuvor die Gewerbeausübung untersagt worden war. Dem Lehrling hingegen wurde die vom Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bis zur Rechtskraft des Bescheides zurückgelegte Zeit zur Gänze auf die im Lehrberuf (Tischler) festgesetzte Lehrzeit angerechnet. Der Lehrling begehrt den Differenzbetrag zwischen Lehrlingsentschädigung und dem Kollektivvertragslohn eines jugendlichen Hilfsarbeiters, er sei nicht im Lehrberuf ausgebildet, sondern überwiegend als Hilfsarbeiter verwendet worden.

Anmerkung: Der Entgeltanspruch bestimmt sich nach der überwiegenden Verwendung als Lehrling bzw bei geringer Ausbildungsintensität nach dem Entgelt eines jugendlichen Hilfsarbeiters.

Bestimmungsfaktoren des Entgelts:

Arbeitsvertrag (Ist-Lohn, Überstundenpauschale, Teilzeit)

Kollektivvertrag (Tätigkeitsmerkmale, Arbeiter – Angestellter, Berufsjahre – Senioritätsprinzip – Einstufung!)

gesetzliche Verweisungen (zB § 10 AÜG; § 10 AZG; Lohnausfallprinzip)

Betriebsübung

Gleichbehandlung (Diskriminierungsverbot)

Versetzungsschutz (§ 101 ArbVG)

Benachteiligungsverbot (§ 115 Abs 3 ArbVG)

„Angemessenheit" (§ 1152 ABGB)

Ergebnis: Bei Bemessung der Lehrlingsentschädigung ist nicht nur der Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses, sondern darüber hinaus auch der Umstand zu berücksichtigen, dass der Lehrling gerade am Beginn seiner Lehrzeit erst allmählich nützlich und erfolgreich eingesetzt und tätig werden kann. RIS-Justiz RS0052819.

Die rechtskräftige ausgesprochene Verweigerung der Eintragung des Lehrvertrages bewirkt gemäß § 879 Abs 1 ABGB dessen Nichtigkeit und beendet damit das Lehrverhältnis gemäß § 14 Abs 2 lit c BAG rückwirkend. RIS-Justiz RS0016844.

§ 20 Abs 5 BAG hat lediglich den Zweck, den Lehrling nach Möglichkeit vor einem Zeitverlust zu schützen, wenn er im berechtigten Vertrauen auf das rechtsgültige Bestehen des Lehrvertrages in ein nichtiges Lehrverhältnis Zeit investiert hat; eine diesbezügliche Anrechnung bewirkt aber keine nachträgliche Sanierung des gesetzwidrigen Lehrverhältnisses und verleiht insbesondere auch dem angerechneten Zeitraum keinesfalls die rechtliche Qualität einer „Lehrzeit". RIS-Justiz RS0052670.

Bei Nichtigkeit des Lehrvertrags bemisst sich der Kondiktionsanspruch des Lehrlings für die erbrachten Dienstleistungen dann nach der Lehrlingsentschädigung, wenn er wirklich als Lehrling verwendet und demgemäß nur zu solchen Tätigkeiten herangezogen wurde, wie sie dem Berufsbild im jeweils in Betracht

¹⁴ JBI 1985, 690 = ZAS 1985/18, 151 (*Bydlinski*) = Arb 10.374 = SZ 57/144 = DRdA 1987/5, 119 (*Spielbüchler*) = RdW 1985, 317.

kommenden Lehrjahr entsprechen. Wurde er hingegen zumindest überwiegend zu reiner Hilfsarbeitertätigkeit herangezogen, so hat er Anspruch auf den ortsüblichen, zumindest aber auf den kollektivvertraglichen Lohn eines (jugendlichen) Hilfsarbeiters. RIS-Justiz RS0016339.

Bei Nichtigkeit der Entgeltvereinbarung sind die kollektivvertraglichen Entgelte und Aufwandersätze, sind aber überkollektivvertragliche Entgelte oder Aufwandersätze ortsüblich, so diese höheren Beträge der Festsetzung des angemessenen Entgelts zugrunde zu legen. RIS-Justiz RS0021663.

14. Gewährung einer Staubzulage für einen Lagerarbeiter (nach 18.2.1986, 4 Ob 1/86¹⁵)

Ein seit 10.3.1975 beschäftigter Lagerarbeiter erhielt bis Oktober 1982 für jeweils 7 Stunden an jedem Arbeitstag (von 8 Stunden) die in seinem Kollektivvertrag (für Arbeiter der EVU) für Arbeiten mit bes Staubentwicklung vorgesehene Erschwerniszulage (sog „Staubzulage“) im Ausmaß von (derzeit) 5,10 ATS/Stunde (entspricht 0,37 €). Seither wird ihm diese Zulage nur für die tatsächlich geleisteten zulagenpflichtigen Arbeiten (mit erhöhter Staubbelastung) gewährt. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde diese Staubzulage immer „pauschaliert“; dem Arbeiter wurde nicht gesagt, er dürfe diese Zulage nur für Arbeitsstunden mit besonderer Staubentwicklung verzeichnen.

Anmerkung: Ausgehend von dem Umstand, dass der Lagerarbeiter vielfach nicht sieben Stunden täglich Staubarbeit verrichtete, entsteht eine Betriebsübung der Pauschalierung im Ausmaß von sieben Stunden je Tag, auch wenn er weniger oder keine Staubarbeiten verrichtete.

Als Klagebegehren ist nicht nur ein Leistungsbegehren (Differenz zwischen bezahlter Staubzulage und der höheren Pauschalierung), sondern auch ein Feststellungsbegehren für künftige Staubarbeiten – wertgesichert nach den Erhöhungen des Kollektivvertrages („derzeit“) – geltend zu machen.

Arbeitgeber kann Staubzulage nicht einseitig reduzieren (auf das tatsächliche Ausmaß der geleisteten Staubzulage); er kann aber den Arbeitnehmer vermehrt zu Staubarbeit bis zum Ausmaß von sieben Stunden täglich heranziehen.

Ergebnis: Anspruch auf erhöhte Pauschalierung ist berechtigt.

Der Arbeitgeber „erspart“ sich die Erfassung der konkreten Stunden mit erhöhter Staubbelastung. Für die steuerrechtliche Begünstigung der „SEG-Zulage“ hingegen ist es erforderlich, die Stunden mit erhöhter Staubbelastung im Einzelnen aufzuzeichnen.

15. Konkurrenzklausel eines Servicemechanikers (nach 14.12.1976, 4 Ob 111/76¹⁶)

Ein angestellter Servicetechniker für Büromaschinen kündigt und tritt bei Konkurrenzunternehmen als Verkäufer ein. Er wird von seinem früheren Arbeitgeber auf Zahlung der Konventionalstrafe (sechs Bruttomonatsgehälter) aus einem vereinbarten Konkurrenzverbot geklagt; er wendet ein, als Verkäufer und nicht als Servicetechniker tätig zu sein.

¹⁵ Arb 10.493; dazu *Adamovic*, Überkollektivvertragliche Zulagengewährung und Betriebsübung, RdW 1986, 245.

¹⁶ ZAS 1878/15, 100 (*Böhm*).

Anmerkung: Gem § 36 Abs 1 Z 3 AngG darf die Beschränkung durch die Konkurrenzklausel „nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten“ enthalten.

Es ist eine Interessenabwägung im Sinne des Beweglichen Systems zur Konkretisierung des unbestimmten Gesetzesbegriffes „unbillige Erschwerung des Fortkommens“ vorzunehmen.

Der Berufswechsel vom Servicetechniker zum Verkäufer entzieht der Konkurrenzklausel nicht den Boden. Jener kennt das Produkt vielleicht sogar besser als ein Verkäufer und kennt die Kunden, denen er sodann die Produkte des Konkurrenzunternehmens anbieten kann. Er kennt nicht die Vertriebsmodalitäten des früheren Arbeitgebers (Rabattgewährungen, Provisionsstaffel ua); dies ist aber für einen erfolgreichen Verkäufer ein geringfügiges Manko.

Die Konventionalstrafe, die dem zwingenden richterlichen Mäßigungsrecht (vgl § 2 DHG) unterliegt, hängt auch vom Tätigkeitsgebiet des Servicetechnikers zum nachmaligen Verkäufer ab. Nicht zuletzt ist bei Bemessung der Konventionalstrafe die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, zB ist das höhere Entgelt als Verkäufer bei mehreren Sorgepflichten ein Anreiz zum Berufs- und Arbeitgeberwechsel.

Ergebnis: Die Konventionalstrafe wurde halbiert.

Die konkrete Möglichkeit eines „Umsteigens“ in eine andere Sparte des erlernten und schon bisher ausgeübten Berufes (hier Feinmechaniker mit Spezialkenntnissen auf dem Gebiet des Reprogrammes mit Möglichkeit einer Stelle als Büromaschinenmechaniker und Nähmaschinenmechaniker) schließt eine unbillige Erschwerung iSd § 36 AngG aus. RIS-Justiz RS0029976.

Ein schuldhaftes Verhalten des Dienstgebers (unseriöse Verkaufspraktiken) muss, um zur Verwirkung der Konkurrenzklausel zu führen, zwar nicht unter allen Umständen einen Austrittsgrund iSd § 26 AngG bilden, aber doch immerhin so gravierend sein, dass es das Arbeitsverhältnis zerrüttet und aus diesem Grund zur Kündigung durch den Dienstnehmer führt. RIS-Justiz RS0029902.

Durch die mit einer Konkurrenzklausel verbundene Erwerbsbeschränkung darf der Angestellte nicht gezwungen werden, seine Kenntnisse und Berufserfahrungen brachliegen zu lassen, einen allenfalls erlernten Spezialberuf aufzugeben und damit zwangsläufig in eine berufsfremde Sparte mit geringerem Einkommen überzuwechseln. RIS-Justiz RS0029956.

Die Möglichkeit eines zeitweiligen Absinkens des Verdienstes gibt für sich allein dem Angestellten noch nicht das Recht, sich einfach über eine vereinbarte Konkurrenzklausel hinwegzusetzen. RIS-Justiz RS0029768.

16. Vergleich über terminwidrige Kündigung (nach 21.10.1969, 4 Ob133/77¹⁷)

Eine angestellte Kassiererin wurde zum 31.10. gekündigt. Als die Gewerkschaft für sie intervenierte und dem Arbeitgeber schrieb, die Kündigung sei terminwidrig, hielt ihr der Buchhalter im Auftrag des Arbeitgebers ein Kassenmanko von ca S 17.000,- vor und drohte mit Strafanzeige, wenn sie nicht eine Erklärung unterfertige, mit einem restlichen Entgelt von S 8.000,- einverstanden zu sein.

¹⁷ Arb 9644.

Die Angestellte klagt nachträglich die restliche Kündigungsentschädigung ein; Arbeitgeber wendet ein, sie habe durch ihre Erklärung auf weitere Ansprüche verzichtet.

Anmerkung: Die Verknüpfung eines erlaubten Übels (Strafanzeige) mit einem unerlaubten Zweck (Verminderung der Kündigungsentschädigung) macht die Drohung rechtswidrig. Zufolge der Abhängigkeit des Arbeitnehmers ist dieser besonders empfindlich gegenüber „ungerechter und begründeter Furcht“ (§ 870 ABGB), daher sind schon subtile Drohungen, die gegenüber einem Nicht-Arbeitnehmer nicht rechtswidrig sind, gegenüber einem Arbeitnehmer verpönt. Zufolge rechtswidriger Drohung ist der Anspruch auf restliche Kündigungsentschädigung berechtigt.

Ergebnis: Rechtswidrige Drohung, wenn an sich erlaubte Mittel zur Herbeiführung eines Erfolges dienen, auf den der Drohende keinen Anspruch hat, oder wenn Mittel und Zweck für sich betrachtet zwar nicht rechtswidrig sind, aber das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes nicht angemessen ist, was nach Treu und Glauben bzw nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden zu werten ist. RIS-Justiz RS0014863.

Die Drohung mit einem Übel, durch dessen an sich erlaubte Zufügung der Drohende seine Interessen wahrt, schließt die Rechtswidrigkeit der Drohung nicht aus, wenn diese als Mittel zur Herbeiführung eines Erfolges dient, auf den der Drohende keinen Anspruch hatte, oder wenn Mittel und Zweck für sich betrachtet zwar nicht rechtswidrig sind, aber das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes nicht angemessen ist, also bei einer Inadäquanz von Mittel und Zweck. RIS-Justiz RS0014878.

Eine Drohung mit einem Übel, durch dessen an sich erlaubte Zufügung der Drohende seine Interessen wahrt, ist keine ungerechte. Eine Widerrechtlichkeit der Drohung ist aber dann gegeben, wenn durch die Zufügung eines an sich erlaubten Mittels nicht die eigenen Interessen gewahrt werden, sondern in Wahrheit bloß mit einem Übel gedroht wird, um den anderen Teil in seinen Interessen zu verletzen. RIS-Justiz RS0014873.

17. Verspätetes Urlaubsgeld als Austrittsgrund? (nach 8.2.1983, 4 Ob 12/83¹⁸)

Ebenso wie allen anderen Arbeitnehmern des Arbeitgebers wurde einem Angestellten das Urlaubsentgelt – unabhängig von der Dauer des jeweiligen Urlaubes – nie bei Urlaubsantritt, sondern immer erst nachträglich am Ende des Monats zusammen mit dem Arbeitslohn ausbezahlt. Gegen diese Vorgangsweise hatten sich weder Betriebsrat noch der Angestellte oder andere gewandt. Um dem Geschäftsführer zu beweisen, dass „auch er sich an die Gesetze halten müsse“, ersucht der Angestellte mit Schreiben vom 9.10.1981 um Auszahlung des Urlaubsentgeltes vor Beginn seines für den 19. bis 23.10.1981 vereinbarten Urlaubes.

Der Geschäftsführer gibt dieses Schreiben an die Lohnverrechnerin weiter; dieser gegenüber stellt der Angestellte das Schreiben „nur als Formsache“ hin.

Mit Schreiben vom 22.10.1981 erklärt er seinen vorzeitigen Austritt, weil ihm das Urlaubsentgelt „entgegen den Bestimmungen des Urlaubsrechtes und seinem ausdrücklichen Ersuchen vom 9.10.1981“ bisher nicht ausbezahlt worden sei.

Anmerkung: Die Betriebsübung ist zwar gesetzwidrig (§ 6 Abs 6 UrlG), bringt aber zum Ausdruck, dass diese Vorgangsweise nicht als unzumutbar, wie sie als Voraussetzung eines vorzeitigen Austritts sein müsste, empfunden wird. Richtigerweise bedarf dann das Begehren auf gesetzmäßige Vorgangsweise – Zahlung

¹⁸ Arb 10.218 = JBl 1984, 213.

vor Urlaubsantritt – einer deutlichen Nachfristsetzung unter Androhung des vorzeitigen Austritts. Wenn der Angestellte seine Drohung unter Nachfristsetzung „nur als Formsache“ bezeichnet, entzieht er seiner Fälligkeit den Boden und die Bedeutung, er werde anderenfalls seinen Austritt erklären. Der dann erfolgte Austritt ist unberechtigt, das Klagebegehren auf Kündigungsentschädigung ist als unberechtigt abzuweisen.

Ergebnis: Keine Verwirkung des Austrittsrechtes eines Dienstnehmers, der einmal auf eine Verzögerung oder Unpünktlichkeit in der Auszahlung der Bezüge, sei es aus Entgegenkommen oder unter dem Druck der wirtschaftlichen Verhältnisse oder aus anderen Motiven, nicht mit dem sofortigen Austritt reagiert. Er kann aber diesen Umstand nicht zum Anlass eines plötzlichen Austritts nehmen, dh ohne vorherige Ankündigung und damit für den Arbeitgeber nicht erkennbar eine weitere Zusammenarbeit ablehnen. Das jahrelange Dulden der gesetzwidrigen Vorgänge bei der Auszahlung des Urlaubsentgeltes kann nur dahin verstanden werden, dass der Arbeitnehmer dies nicht zum Anlass einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nehmen werde. (Hier: § 82a lit d GewO 1859). RIS-Justiz RS0028967.

18. Verspätete Krankmeldung – Entlassungsgrund? (nach 16.3.1982, 4 Ob 2/82¹⁹)

Am Montag, dem 2.7., sollte ein Arbeiter nach seinem Urlaub wieder seinen Dienst antreten; er verspürte Ohrenbeschwerden und suchte seinen praktischen Arzt auf, der ihn wegen einer Mittelohrentzündung krankschrieb und an einen Facharzt verwies. Der Arbeiter verständigte nicht sofort seinen Arbeitgeber, sondern suchte am nächsten Tag diesen Facharzt auf. Da der Arbeiter am 2.7. nicht zum Dienst erschienen war und auch seine im selben Betrieb beschäftigte Ehefrau über seinen Verbleib nicht Auskunft geben konnte, sprach der Arbeitgeber sogleich schriftlich die Entlassung aus; das Entlassungsschreiben wurde dem Arbeiter noch am selben Tag (durch seine Ehefrau) übermittelt.

Die schriftliche Krankenstandsbestätigung langte am 3. oder 4.7. im Betrieb ein. Es war im Betrieb üblich, den Arbeitgeber im Falle einer Arbeitsverhinderung sogleich – allenfalls telefonisch – zu verständigen.

Anmerkung: Den erkrankten Arbeitnehmer trifft eine **Mitteilungspflicht** und über Verlangen des Arbeitgebers eine **Nachweispflicht**. Eine allfällige Verspätung der Mitteilung bewirkt ein Ruhen des Entgeltanspruchs (gem § 4 Abs 4 EFZG; § 8 Abs 8 AngG), stellt aber keinen Entlassungsgrund dar.

Grob unrichtig ist es, die verspätete oder unterlassene Mitteilung vom Krankenstand (oder einem sonstigen Hinderungsgrund) als eine Austrittserklärung des Arbeitnehmers auszulegen. Es liegt hier regelmäßig nur ein Ruhensgrund vor; eine weitere Mitteilungsabsicht des Arbeitnehmers, er wolle von sich aus das Arbeitsverhältnis sofort beenden, fehlt. Diese irrixe Praxis – Schreiben an den Kläger, wenn er sich nicht binnen drei Tagen melde, werde sein vorzeitiger Austritt angenommen – führt vielfach zu unberechtigten Entlassungen. Zweckmäßig ist die Abmeldung von der Sozialversicherung unter der Angabe, der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ruhe; bei nachträglicher Mitteilung und/oder Nachweis kann Arbeitnehmer rückwirkend wieder zur SV angemeldet werden und das zunächst ruhend gestellte Entgelt nachgezahlt werden.

Ergebnis: Gibt der Arbeitnehmer die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung nicht unverzüglich bekannt und legt er auf Verlangen hierüber keine ärztliche Bestätigung vor, zieht die Verletzung dieser

¹⁹ Arb 10.097.

Verpflichtung im Regelfall nur den Verlust des Entgeltanspruchs für die Dauer der Säumnis nach sich. RIS-Justiz RS0028836.

Das Fernbleiben vom Dienst ist gerechtfertigt, wenn der Dienstnehmer tatsächlich krank und arbeitsunfähig ist, wenn auch die Krankmeldung verspätet vorgenommen wird. Eine verspätete Krankmeldung kann allerdings dann zum Anlass einer Entlassung genommen werden, wenn der Dienstnehmer wusste, dass dem Dienstgeber dadurch ein wesentlicher Schaden erwachsen werde und ihm die rechtzeitige Meldung leicht möglich gewesen wäre. RIS-Justiz RS0029527.

20. Unterlassen der Arbeit wegen Vorsprache bei Versicherung (nach 23.3.1976, 4 Ob 15/76²⁰)

Ein Angestellter war verpflichtet, für eine Dienstfreistellung vorher die Genehmigung seines Arbeitgebers einzuholen. Eines Tages ruft er nach Arbeitsbeginn an, er müsse wegen eines Verkehrsunfalles bei seiner Versicherung vorsprechen, und kommt erst 2 ½ Stunden später zur Arbeit.

Es musste ihm bekannt sein, dass es wegen einer urlaubsbedingten Abwesenheit eines Mitarbeiters zu Arbeitsstockungen und Verzögerungen (im Ersatzteillager einer Kfz-Werkstatt) kommen werde.

Der Angestellte hatte schon früher wiederholt das Stempeln der Zeitkarte unterlassen und verbotenerweise Eintragungen vorgenommen, statt Verhinderungsgründe seinem Vorgesetzten zu melden.

Angestellter wird entlassen.

Anmerkung: Angestellter hätte Arbeitgeber vorher um Genehmigung einer Dienstfreistellung ersuchen müssen, zumal Terminvorschlag von Versicherung variabel ist. Versicherung ist ein Dienstleistungsunternehmen und keine Behörde, die hoheitlich Termine vergibt. Die Vorsprache betrifft nicht einen akuten Unfall, sondern eine Information zu einer Versicherungsangelegenheit.

Zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Jener möchte einen möglichst störungsfreien Fortgang der Arbeit, trotz der urlaubsbedingten Abwesenheit eines Mitarbeiters (Ersatzteilverwalter); dieser einen verschiebbaren Termin bei seiner Versicherung wahrnehmen.

In einer (relativ kleineren) Kfz-Werkstätte sind die Auswirkungen des unvorhergesehenen Fernbleibens des Angestellten deutlich spürbar und führen zu Arbeitsstockungen und Verzögerungen.

Ein verzögerter Antritt der Arbeit um 2 ½ Stunden reicht mE allein schon für eine Entlassung (§ 27 Z 4 AngG) aus (Unterlassen der Dienstleistung während einer den Umständen nach erheblichen Zeit).

Arbeitgeber hat sich zusätzlich auf einen weiteren Entlassungsgrund (§ 27 Z 1 AngG), nämlich Vertrauensunwürdigkeit, berufen (wiederholte Verstöße gegen die Erfassung der Arbeitszeit). Dies zeigt eine Neigung des Angestellten, dienstliche Interessen hintanzustellen.

Durch das Zusammenfallen der Entlassungsgründe ist die Entlassung jedenfalls gerechtfertigt.

Bei den Nachteilen für den Arbeitgeber bei Unterbleiben der Dienstleistung kommt es nicht nur auf die Dauer des Unterlassens an, sondern „den Umständen nach“ auf die sonstigen Nachteile für den Arbeitgeber. Ein

²⁰ Arb 9463.

eintägiges Unterbleiben der Arbeit ist jedenfalls erheblich (außer es wäre ungewöhnlicherweise keine Arbeit vorhanden und die Arbeitnehmer würden mit alibi-artigen Arbeiten beschäftigt); eine Abwesenheit eines Anästhesisten von wenigen Minuten für ein privates Telefonat, wonach es zu einem Narkosezwischenfall mit Todesfolge für den Patienten kommt, rechtfertigt wegen der außergewöhnlich schweren Folgen die Entlassung.

Ergebnis: Behinderung des Arbeitgebers an der Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeit durch wiederholtes Unterlassen des Stempelns der Zeitkarten, verbotene, eigenhändige Eintragungen auf diesen trotz Abmahnung, mangels vorheriger Genehmigung schuldhaft, erhebliche Arbeitszeitversäumnisse sind im Wesentlichen gleichartige, auf derselben Neigung und denselben Eigenschaften beruhende Handlungen und Unterlassungen, die alle dem Entlassungstatbestand des § 27 Z 4 AngG zu unterstellen sind und die vermöge ihres inneren Zusammenhanges nach den Regeln des Arbeitslebens eine Einheit bilden. RIS-Justiz RS0029486.

Erheblich ist ein Versäumnis, wenn es nach der Dauer der versäumten Arbeitszeit, nach Maßgabe der Dringlichkeit der zu verrichtenden Arbeit oder aufgrund des Ausmaßes des infolge des Versäumnisses nicht erzielten Arbeitserfolges oder der sonstigen dadurch eingetretenen betrieblichen Nachteile besondere Bedeutung besitzt. Entscheidend ist daher, dass die Dienstleistung in einer den Umständen nach erheblichen Zeit unterlassen wird. RIS-Justiz RS0029495.

Unterlassung „einer den Umständen nach erheblichen Zeit der Dienstleistung,, ist jedes mit dieser Verpflichtung zur Einhaltung der vertraglichen, kollektivvertraglichen oder gesetzlichen Arbeitszeit unvereinbare schuldhaft Verhalten eines Arbeitnehmers. RIS-Justiz RS0029572.

Pflichtwidrig ist die Versäumung der Arbeitszeit auch dann, wenn für eine, an sich berechnigte Unterlassung der Dienstleistung die erforderliche Genehmigung des Arbeitgebers nicht eingeholt wurde. Eine vorausgehende Ermahnung ist nicht notwendig. RIS-Justiz RS0029596.

Die Berücksichtigung aller erheblichen Umstände des konkreten Einzelfalles kann mE methodisch überzeugend nur mit dem **Beweglichen System**²¹ erfolgen.

21. Arbeitspflicht während des Urlaubs (nach 6.9.1983, 4 Ob 89/83²²)

Eine Angestellte hatte in Kaufhäusern, auf Messen oder Märkten verschiedene Artikel zu verkaufen. Am 24.9. fragte sie ihren Arbeitgeber, wann sie einmal frei habe; er sagte ihr, sie könne nach der Linzer Messe (vom Samstag, dem 26.9. bis Sonntag, dem 4.10.) bis zum darauffolgenden Freitag frei haben.

Für den Markt in Oberwart am Mittwoch, dem 7.10., hatte Arbeitgeber eine Studentin (als Aushilfe) vorgesehen; als sich dann herausstellte, dass diese Studentin den Oberwarter Markt nicht besuchen konnte, teilte der Arbeitgeber die Angestellte hierfür ein und forderte sie am 6.10. auf, am nächsten Tag nach Oberwart zu fahren. Als sich die Angestellte weigert, entließ sie der Arbeitgeber.

Anmerkung: Eine Urlaubsvereinbarung kann auch mit wenigen Worten, ja auch schlüssig, zustande kommen.

Ob die Treuepflicht den Erholungszweck überwiegt, hängt einerseits von der betrieblichen Notwendigkeit, andererseits davon ab, wo und wie der Arbeitnehmer seinen Urlaub verbringt.

²¹ *Bydlinski* in Rummel ABGB³ § 6 Rz 13; *Krejci* aaO § 879 Rz 14.

²² DRdA 1985/9, 197 (*Runggaldier*).

Arbeitgeber hätte mit einem finanziellen Anreiz die Angestellte möglicherweise dazu bewegen können, ihren Urlaub zu unterbrechen. Eine Entlassung ist jedenfalls unberechtigt, weil ihr Fernbleiben durch die Urlaubsvereinbarung gerechtfertigt ist.

Arbeitgeber könnte sich unter Umständen auf einen betrieblichen Umstand berufen. Derartige Gründe wurden nicht behauptet (und sind auch eher unwahrscheinlich).

Ergebnis: Haben die Parteien eine verbindliche Vereinbarung über die Zeit (Antritt und Ende) des Urlaubs getroffen, dann war diese Abrede grundsätzlich für beide Teile verbindlich. Der Arbeitgeber kann von dieser Vereinbarung einseitig nur aus besonders schwerwiegenden Gründen zurücktreten, die zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile für das Unternehmen eine dienstliche Inanspruchnahme gerade dieses Arbeitnehmers nach den Umständen des Falles unumgänglich notwendig gemacht hätten. RIS-Justiz RS0077424.

War der Arbeitnehmer berechtigt, die Befolgung der Weisung unter Hinweis auf den vereinbarten Erholungsurlaub abzulehnen, dann kann ihm eine beharrliche Weigerung, sich den durch den Gegenstand der Dienstleistung gerechtfertigten Anordnungen des Arbeitgebers zu fügen, nicht vorgeworfen werden. RIS-Justiz RS0029728.

22. Manko von Valuten (nach 21.9.1971, 4 Ob 67/71²³)

In einer Bankfiliale traten in der Valutenkasse wiederholt Fehler auf, nämlich Fehlbeträge, aber auch Überschüsse. Anlässlich des Fehlens eines geringfügigen Valutenbetrages werden die Angestellten trotz ihres Protestes einer (nach Geschlechtern getrennten) Leibesvisitation unterzogen, die ergebnislos verläuft. Der Filialleiter erklärt, sämtliche Angestellte würden so lange versetzt werden, bis der „Täter“ entdeckt sei.

Ein Angestellter bezeichnet in Gegenwart der anderen diese Vorgangsweise als „hirnverbrannt“, verbunden mit einer entsprechenden Geste (alter „Autofahrergruß“ – Vogelzeigen), und wird entlassen.

Anmerkung: Leibesvisitation durch Arbeitgeber ist regelmäßig unzulässig. Sie kann nur von der Sicherheitsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen werden.

Bei einem derartigen Übergriff des Arbeitgebers ist eine **Retorsionsbeleidigung** nicht schuldhaft. Entlassung unberechtigt.

Ergebnis: Keine Berechtigung des Dienstgebers zur Vornahme einer Leibesvisitation, wenn eine solche nicht im Dienstvertrag oder Kollektivvertrag vorgesehen ist. RIS-Justiz RS0021442.

Erhebliche Ehrverletzungen verlieren den Charakter eines Entlassungsgrundes nach § 27 Z 6 AngG, wenn die Umstände des Falles die Beleidigung als noch entschuldbar erscheinen lassen. RIS-Justiz RS0029653.

23. Beschädigung des Privat-Pkw auf Dienstfahrt (31.5.1883, 4 Ob 35/82²⁴)

Ein Angestellter erleidet im Außendienst, für den ein Pkw notwendige Voraussetzung ist, auf einer aufgetragenen Dienstfahrt („*ex causa mandati*“; im Gegensatz zu „*ex occasione mandati*“) einen

²³ Arb 8901.

²⁴ EvBl 1983/154, 572 = JBl 1984, 391 = Arb 10.268 = ZAS 1985/1, 14 (dazu *Schrank*, Betriebsrisiko und betriebliche Wertordnung, ZAS 1985, 8) = DRdA 1984/1 S 32 (hiezü *Jabornegg*) = SZ 56/86.

Verkehrsunfall, bei dem sein Privat-Pkw beschädigt wird. Als Auslagenersatz erhält er das amtliche Km-Geld vergütet.

Anmerkung: Wenn Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gehörige Gegenstände für betriebliche Zwecke nutzt, dann trifft ihn auch die „**Risikohaftung**“. Arbeitnehmer muss nicht ihm gehörige Sachen zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellen.

Voraussetzung der Risikohaftung ist, dass sie sich im betrieblichen Bereich des Arbeitgebers – hier Verwendung eines Pkw für dienstlichen Auftrag – ereignet. Nicht ausreichend ist die Verwendung des Pkw, weil dies dem Arbeitnehmer angenehmer ist als die Benützung eines öffentlichen Verkehrsmittels (mit Spesenersatz des Arbeitgebers).

Das Mitverschulden des Arbeitnehmers ist nach dem DHG zu beurteilen (Arbeitnehmer muss sich einen Abstrich der Reparaturkosten in der Höhe gefallen lassen, wie er ihn bei Verwendung eines Dienst-Pkw hätte leisten müssen).

Betriebsmittel hat grundsätzlich der Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen (außer es wäre vereinbart, dass sie der Arbeitnehmer ihm entgeltlich überlässt).

Zur Abwehr solcher Schäden muss Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Dienst-Pkw zur Verfügung stellen.

Im amtlichen Km-Geld ist keine anteilige Komponente für eine Kaskoversicherung enthalten.

Ergebnis: § 1014 ABGB normiert auch eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung des Gewaltgebers für allen mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden. RIS-Justiz RS0019610.

Wenn die Auftraggeberin (AG) für den Unfallschaden des Auftragnehmers (AN) gerade deshalb nach § 1014 ABGB zweiter Halbsatz, ABGB einzustehen hat, weil dieser sein Fahrzeug in ihrem Betätigungsbereich einsetzen musste und dabei schon nach der Art dieser Tätigkeit der ständigen Gefahr einer Beschädigung seines Eigentums ausgesetzt war, dann muss sie ihn für das ihm übertragene Unfallrisiko nach den gleichen Grundsätzen entlasten, wie sie bei Beschädigung eines dem AN von ihr zur Verfügung gestellten (Dienstfahrzeuges) Fahrzeuges zur Anwendung kämen. Die Grundsätze des DHG (§ 2 Abs 1) kommen zur Anwendung. RIS-Justiz RS0019543.

Dass der „Bevollmächtigungsvertrag“ nach §§ 1002 ff ABGB nur die „Besorgung von Geschäften“ und damit eine im Abschluss von Rechtsgeschäften oder in sonstigen Rechtshandlungen bestehende Dienste rein tatsächlicher Art nicht umfassende Tätigkeit zum Gegenstand hat, bedeutet nicht, dass § 1014 ABGB nur auf solche Arbeitsverhältnisse angewendet werden könnte, bei denen dem Arbeitnehmer auch eine „Geschäftsbesorgung“ iSd § 1002 ABGB übertragen worden ist. RIS-Justiz RS0019637.

§ 1014 ABGB verpflichtet den Gewaltgeber zum Schadenersatz, soweit es um die typischen Gefahren des aufgetragenen Geschäftes – also um eine Art „Betriebsgefahr“ – geht; er umfasst nur den „*ex causa mandati*“, nicht aber auch den „*ex occasione mandati*“ entstandenen Schaden. Auch der Arbeitgeber hat also dem Arbeitnehmer aus diesem Rechtsgrund nur die mit der konkreten Arbeitsleistung typischerweise verbundenen, also „arbeitsadäquaten“ Sachschäden zu ersetzen, welche das spezifische Risiko der Tätigkeit des Arbeitnehmers verwirklichen, nicht aber auch andere Nachteile, die der Arbeitnehmer nur zufällig („gelegentlich“ seiner Arbeitsverrichtung) erleidet. RIS-Justiz RS0019747.

Historischer Ausgangspunkt und Kernbereich der sogenannten „**Fürsorgepflicht**“ des Arbeitgebers war der Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, wie er seither vor allem in den Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzgesetzes BGBl 1972/234 und der dazu erlassenen Verordnung konkretisiert worden ist, aber

etwa auch der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Unglücksfall oder zur regelmäßigen Gewährung eines Erholungsurlaubes zugrunde liegt. RIS-Justiz RS0021660.

Diese dem öffentlichen Recht angehörende Regelung begründet (oder doch zumindest „konkretisiert“) zugleich auch arbeitsvertragsrechtliche Schutzpflichten des Arbeitgebers. RIS-Justiz RS0050626.

Das in § 1014 ABGB zum Ausdruck kommende allgemeine Prinzip der „Risikohaftung bei Tätigkeit in fremdem Interesse“ lässt eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Arbeitsverträge schlechthin durchaus sachgerecht erscheinen. RIS-Justiz RS0019522.

Für eine Ausdehnung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf vermögensrechtliche Interessen des Arbeitnehmers ist in Österreich vor allem *Strasser* eingetreten, welcher den demonstrativen Charakter der in § 1157 ABGB enthaltenen Aufzählung der Schutzobjekte nachgewiesen und aus den Grundsätzen von Treu und Glauben, der Billigkeit und der Verkehrssitte sowie aus dem sozialen Charakter des Arbeitsverhältnisses eine allgemeine Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Obsorge auch für eingebrachtes Arbeitnehmereigentum abgeleitet hat. RIS-Justiz RS0021649.

Im bloßen Abschluss einer Vereinbarung, nach welcher der Arbeitnehmer das Risiko einer zufälligen Beschädigung seines – im Interesse des Arbeitgebers verwendeten – Kraftfahrzeuges selbst zu tragen hat, kann keinesfalls eine vorsätzliche Schädigung des Arbeitnehmers gesehen werden, wie sie Voraussetzung einer Anwendung des § 1295 Abs 2 ABGB wäre. RIS-Justiz RS0026694.

Die Schäden, die ein Arbeitnehmer bei Ausführung einer ihm vom Arbeitgeber aufgetragenen „gefahrengeneigten“ Tätigkeit, wie es insbesondere das Lenken eines Kraftfahrzeuges im öffentlichen Verkehr ist, erleidet, sind „mit der Erfüllung (des Arbeitsauftrages) verbunden“ und daher „arbeitsadäquat“. Sie sind dem Arbeitnehmer in analoger Anwendung des § 1014, zweiter Halbsatz (2. Fall) ABGB auch dann zu ersetzen, wenn dem Arbeitgeber daran kein Verschulden angelastet werden kann. Geht es dabei um den Ersatz des Schadens, den der Arbeitnehmer auf einer Dienstreise mit seinem eigenen Kraftfahrzeug erlitten hat, dann bedarf es darüber hinaus noch der Beantwortung der weiteren Frage, ob diese Benützung des eigenen Fahrzeuges dem persönlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers oder aber dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzurechnen ist. Es kommt vor allem darauf an, ob der Arbeitgeber ohne den Einsatz des Kraftfahrzeuges des Arbeitnehmers ein eigenes Fahrzeug einsetzen und so das damit verbundene Unfallrisiko selbst hätte tragen müssen. RIS-Justiz RS0019589.

Ergänzung (nach 24.2.1987, 14 Ob A 7/87²⁵):

Ein Mitglied des Betriebsrates wird auf der Fahrt zu einer Betriebsratssitzung mit seinem Pkw in einen Verkehrsunfall verwickelt.

Anmerkung: Maßgeblich sind die Größe des Betriebes und die der Aufgaben des Betriebsrates (ua Betreuung von Arbeitnehmern außerhalb des Stammsitzes, bevorstehende Übersiedlung des Unternehmens).

Ergebnis: Auch wenn die Beistellung eines Personenkraftwagens aus dem Begriff der „sonstigen Sacherfordernisse“ des § 72 ArbVG nicht von vorneherein ausgeschlossen erscheint, kann eine Beistellung eines Dienstfahrzeuges nur entsprechend der Leistungsfähigkeit des Betriebs und der Bedürfnisse des Betriebsrates verlangt werden. Es sind hierbei nach allgemeiner Verkehrsauffassung vernünftige Dispositionen vorzusetzen.

²⁵ Wbl 1987, 165 = RdW 1987, 236 = ZASB 1987, 21 = infas 1987 A 109 = Arb 10610 = ZAS 1988, 175 (hiezue *Kerschner*) = SZ 60/32. Zum Anspruch des BR auf Beistellung einer Schreibkraft, eines Laptops und eines Mobiltelefons: 20.8.2008, 9 ObA 89/07i = ARD 5907/2/2008.

Bei einem Verein, der 130 Arbeitnehmer beschäftigt und sich der Betreuung Behinderter an 18 Betriebsstätten in Oberösterreich widmet, liegen diese Voraussetzungen nicht vor. RIS-Justiz RS0019570.

Reisen, die durch die Betriebsratsstätigkeit anfallen, sind zur Erfüllung der Aufgaben der gesetzlichen Interessenvertretung erforderlich; die Reisekosten sind vom Betriebsratsfonds nur insoweit zu ersetzen, als der Arbeitgeber nicht gemäß § 72 ArbVG ohnehin zur Beistellung eines Kraftfahrzeuges verpflichtet ist. RIS-Justiz RS0051090.

Fehlt es an einer Verpflichtung, ein Dienstfahrzeug (gemäß § 72 ArbVG) beizustellen, so kann der am eigenen Personenkraftwagen bei Erfüllung der Aufgaben der Interessenvertretung (Betriebsratsmitglied) eingetretene Schaden vom Betriebsinhaber auch nicht gemäß § 1014 ABGB verlangt werden. RIS-Justiz RS0019510.

24. Haftung des Direktors für unterlassene Entlassung (nach 21.2.1978, 4 Ob 11/78)

Ein angestellter Hoteldirektor wird entlassen, nachdem am Vortag bei einer Kontrolle des Hotels in der Kasse der Hotelbar ein Fehlbetrag von ca S 42.000,- festgestellt worden war. Der Barkeeper, ein jugoslawischer Staatsbürger, hatte sich aus dieser Kasse eigenmächtig Vorschüsse entnommen. Der Hoteldirektor hatte 2–3 Monate vorher ein Manko von S 70.000,- bis 80.000,- entdeckt; der Barkeeper hatte nämlich nicht sämtliche Einnahmen an die Buchhalterin abgeführt, sondern zum Teil nur schriftliche Schuldanerkenntnisse in die Kasse gelegt. Der Hoteldirektor hatte danach die Buchhalterin entlassen, nicht aber den Barkeeper, um diesem – gemeinsam mit seiner auch im Hotel beschäftigten Ehefrau – Gelegenheit zur Rückzahlung zu geben. Bis zur Entlassung des Hoteldirektors hatte der Barkeeper seine Schulden annähernd halbiert.

Vor der Entlassung erklärte sich der Hoteldirektor zur Erstattung des Fehlbetrages bereit und zahlte auch.

Die übrigen Vorwürfe – mangelhafte Führung des Hotels, Warenverderb ua – wurden im Prozess nicht erwiesen.

Anmerkung: Einerseits ist die Stellung des Hoteldirektors zu beurteilen, ob er verpflichtet war, jedes – auch geringfügige – Vorkommnis einer Zentrale zu melden, oder ob er eine weitgehend selbständige Befugnis zur Führung des Hotels hatte.

Unter den gegebenen Umständen war die Belassung des Barkeepers sogar zur Schadensminderung zweckmäßig (geringe Aussicht auf Erfolg einer Klage und Vollstreckung im [ehemaligen] Jugoslawien; Mithaftung der im selben Hotel beschäftigten Ehefrau des Barkeepers).

Entlassung des Hoteldirektors nicht berechtigt, zumal er den Schaden beglichen hat.

Entlassung der (österreichischen) Buchhalterin ist gerechtfertigt; sie hätte keinesfalls ein solches Manko nicht bemerken dürfen. Sie haftet deliktisch ohne Begünstigung nach DHG.

Ergebnis: Keine **Vertrauensunwürdigkeit** eines Hoteldirektors, der einen Barkeeper, der sich aus der Kasse Vorschüsse genommen hat, nicht entlässt, sondern mit ihm eine Rückzahlungsvereinbarung trifft und den Vorfall der Geschäftsleitung nicht meldet. RIS-Justiz RS0029479.

Fällt die inkriminierte Handlung oder Unterlassung eines leitenden Angestellten in den Grenzbereich seiner Zuständigkeit und hätte nur deren Überschreitung, nicht aber das ihr zugrunde liegende Verhalten an sich, eine Vertrauensverwirkung zur Folge, dann wird in jenen Fällen, in denen der Angestellte nicht einer

ausdrücklichen Weisung zuwider auf eigene Verantwortung gehandelt hat, hinsichtlich des Ausmaßes der als Folge dieser Handlung eintretenden Vertrauenserschütterung regelmäßig kein strenger Maßstab anzulegen sein. RIS-Justiz RS0029412.

Das Vertrauen kann bei wiederholten Verfehlungen auch schrittweise verloren gehen. Es kann bei einer nur einmaligen Verfehlung insbesondere dann erhalten bleiben, wenn der Angestellte längere Zeit hindurch das ihm von seinem Arbeitgeber entgegengebrachte Vertrauen stets gerechtfertigt hat. RIS-Justiz RS0029538.

25. Unfall eines Rettungsfahrers (nach 4.7.1978, 4 Ob 30/78²⁶)

Angestellter (Einkommen ca S 9.000,- mtl, sorgepflichtig für Frau mit geringem Einkommen aus Heimarbeit, 2 Kinder, vermögenslos) ist nebenberuflich als Rettungsfahrer tätig (Stundenlohn S 25,-); er ist geübter Fahrer, hat aber keinen bes Kurs für Rettungsfahrer besucht.

Am 22.2.1975 soll er dringend einen Verletzten ins Spital bringen. Er fährt zum Unfallort mit Blaulicht und Folgetonhorn in eine Doppelkurve (gestattete Höchstgeschwindigkeit 40 kmh) mit einer Geschwindigkeit von 70 bis 80 kmh (di im Bereich der Kurvengrenzgeschwindigkeit) und gerät ins Schleudern. Rettungswagen stürzt um, Schaden rund S 20.000,-.

Anmerkung: Ereignet sich ein Unfall auf einer Einsatzfahrt eines Rettungsfahrzeuges iSd § 26 StVO und damit in einer Verkehrssituation, für welche des Gesetz ein höheres als das sonst im Straßenverkehr zulässige Risiko toleriert (RIS-Justiz RS0075068), so liegt in der Wahl einer hohen, im technisch möglichen Grenzbereich liegenden Fahrgeschwindigkeit, um den Transport des Verletzten in die Klinik ohne jeden Zeitverlust vornehmen zu können, lediglich leichte Fahrlässigkeit.

Dem Arbeitnehmer ist lediglich ein geringfügiger Schätzfehler hinsichtlich der technisch möglichen Kurvengrenzgeschwindigkeit anzulasten, dh bei leichter Fahrlässigkeit ist das richterliche Mäßigungsrecht bis zum vollständigen Erlass anzuwenden.

Als auffallende Sorglosigkeit kann nur ein Versehen gewertet werden, das sich über alltäglich vorkommende Fahrlässigkeitshandlungen erheblich und ungewöhnlich heraushebt, wobei der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich voraussehbar ist. Der Verstoß gegen das normale Handeln muss auffallend sein (RIS-Justiz RS0030477). Auffallende Sorglosigkeit (= grobe Fahrlässigkeit) ist dem Beklagten nicht anzulasten.

Kernstück des **Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes** ist die Regelung des richterlichen **Mäßigungsrechts** in einer dem Beweglichen System entsprechenden Methode.

§ 2. (1) Hat ein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistung dem Dienstgeber durch ein Versehen einen Schaden zugefügt, so kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz mäßigen oder, sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, auch ganz erlassen.

²⁶ DRdA 1978, 362.

(2) Bei der Entscheidung über die Ersatzpflicht im Sinn des Abs 1 hat das Gericht vor allem auf das Ausmaß des Verschuldens des Dienstnehmers und außerdem insbesondere auf folgende Umstände Bedacht zu nehmen:

1. auf das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung,
2. inwieweit bei der Bemessung des Entgelts ein mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenes Wagnis berücksichtigt worden ist,
3. auf den Grad der Ausbildung des Dienstnehmers,
4. auf die Bedingungen, unter denen die Dienstleistung zu erbringen war und
5. ob mit der vom Dienstnehmer erbrachten Dienstleistung erfahrungsgemäß die nur schwer vermeidbare Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens verbunden ist.

(3) Für eine entschuldbare Fehlleistung haftet der Dienstnehmer nicht.

Für eine weiter gehende Mäßigung, die auch die Zahlung von Raten ermöglicht, sofern sie nicht bis zum vollständigen Erlass führt, sprechen zahlreiche Mäßigungskriterien:

Die **Mäßigungskriterien** sind in § 2 Abs 2 DHG nur beispielsweise aufgezählt. Es ist daher auch zu berücksichtigen: das relativ geringe Einkommen und die Sorgepflichten, die Vermögenslosigkeit, die eher geringe Entlohnung (das Einkommen aus dem Hauptberuf ist ungefähr doppelt so hoch als der Stundenlohn). Es ist dem Arbeitgeber vorweg als anspruchsminderndes Mitverschulden anzulasten, dass er den Arbeitnehmer nicht einen Kurs für Rettungsfahrer (für das eher grenzwertige Fahren) besuchen ließ. Zusätzlich ist das Lenken eines Kraftfahrzeuges geradezu das Musterbeispiel einer „gefahrengeneigten Tätigkeit“ (so die Kurzformel für § 2 Abs 2 Z 5 DHG).

Faustregel: Bei einem minderen Grad des Versehens orientiert sich die Rechtsprechung an einem Ersatz von 1/3, bei auffallender Sorglosigkeit an 2/3 des Schadens (die weiteren Mäßigungskriterien bewirken sodann eine Auf- bzw Abrundung).

Ablaufdiagramm bei DHG-Fällen:

Anwendungsbereich (persönlich [Abgrenzung zu AHG, OrgHG] – sachlich [„bei Erbringung der Dienstleistung“] – zeitlich [bei leichter Fahrlässigkeit 6 Monate])

Mitverschulden des Arbeitgebers

Mäßigungsrecht („0/3 – 1/3 – 2/3“) nach Verschuldensgrad

Auf- bzw Abschläge für weitere Mäßigungskriterien

Ergebnis: Der Dienstnehmer wurde zum Ersatz der Hälfte des Schadens verpflichtet. Dieses überraschende Ergebnis ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass der Dienstgeber (zu Unrecht) dem Lenker

grobe Fahrlässigkeit zum Vorwurf machte (Beispiel noch vor der DHG-Novelle 1983: Mäßigung auch bei grober Fahrlässigkeit, jedoch nicht bis zum vollständigen Erlass) und der Teilrechtskraft (Berufungsgericht teilte den Schaden 50 : 50). Hätte der Dienstnehmer sich auch mit Revision an den OGH gewandt, darf mit einiger Wahrscheinlichkeit vermutet werden, dass die Ersatzpflicht weiter gehend gemäßigt worden wäre.

Wenn der Lohn deutlich unter dem eines vergleichbaren Dienstnehmers nach einem einschlägigen Kollektivvertrag bleibt, dann ist eine Mäßigung bis unter einem Drittel bis zum vollständigen Erlass mE angemessen.

26. Einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses (nach 26.11.1985, 4 Ob 138/84²⁷)

Ein Angestellter, der sich bei einer Beförderung übergangen sah, wollte ein neues Arbeitsverhältnis (bei einem anderen Unternehmen) eingehen. Da er wusste, bei einer Selbstkündigung keine Abfertigung zu bekommen, ersuchte er den Betriebsratsvorsitzenden, sich für ihn beim Arbeitgeber zu verwenden, wodurch ihm wenigstens ein Teil der Abfertigung gesichert werden sollte. Der Personalchef meinte zunächst, der Angestellte solle kündigen. Allen Beteiligten war klar, dass diesfalls kein Abfertigungsanspruch bestünde. Um nicht durch die Auszahlung der halben „freiwilligen Abfertigung“ bei Arbeitnehmer-Kündigung ein Präjudiz zu schaffen, schlug der Personalchef vor, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als einvernehmliche Auflösung zu bezeichnen. Damit und mit der ihm angebotenen halben Abfertigung war der Angestellte einverstanden. Es wurde in der Vereinbarung bewusst nicht festgehalten, dass die Auflösung über Wunsch des Angestellten erfolgte, weil dieser sonst in den ersten 4 Wochen nach Ende des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitslosenunterstützung bekommen hätte. Angestellter erhielt halbe Abfertigung ausbezahlt; er klagte die Differenz auf die volle Abfertigung ein.

Anmerkung: Gem § 23 AngG gebührt bei einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine (volle) Abfertigung. Hier sollte es aber ein Scheingeschäft zu einer Arbeitnehmerkündigung sein, bei der keine Abfertigung gebührt. Eine halbe Abfertigung ist für den Angestellten günstiger als keine. Der Arbeitgeber konnte nicht den Beweis erbringen, dass die Initiative zur Auflösung vom Arbeitnehmer ausging. Er musste daher auch die zweite Hälfte der Abfertigung bezahlen.

Es wurde das Arbeitsmarktservice über die „wahre“ Auflösungsform getäuscht, um dem Angestellten den früheren Bezug des Arbeitslosengelds zu ermöglichen (Betrug gemäß § 146 StGB). Die Großzügigkeit (Kulanz) des Arbeitgebers wurde missbraucht. Er wollte das Entstehen einer Betriebsübung, bei Arbeitnehmerkündigung gebühre eine halbe Abfertigung, verhindern. Deshalb wurde der ursprüngliche Wunsch des Arbeitnehmers, er wolle das Arbeitsverhältnis kündigen, nicht ausreichend dokumentiert. Aus diesem Grund ist dem Arbeitgeber der ihm obliegende Beweis, der Arbeitnehmer sei zur Auflösung initiativ geworden, nicht gelungen.

Ergebnis: Bei einverständlicher Auflösung des Dienstverhältnisses gebührt dem Angestellten unter den Voraussetzungen des § 23 Abs 1 AngG eine Abfertigung.

²⁷ RdW 1986, 52 = JBl 1986, 602 = DRdA 1988/12, 241 (*Migsch*) = ZAS 1986/17, 123 (*Bydlinski*).

Den Arbeitgeber trifft die Beweislast, dass die einverständliche Auflösung geschlossen wurde, um ein anderes, wirklich gewolltes Rechtsgeschäft – hier die einseitige Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer – zu verschleiern. RIS-Justiz RS0028442.

27. Ergänzungsbedürftige Kündigung (nach 19.1.1982, 4 Ob 138/81²⁸)

Arbeitgeber kündigt einem Angestellten mit Schreiben vom 30.6.1980, ohne Kündigungsfrist oder -termin zu nennen. Da er viel unterwegs ist, konnte Angestellter mit ihm erst am 14.9.1980 über das Ende des Arbeitsverhältnisses sprechen. Vorher hatte sich der Angestellte „bei einer Kammer“ erkundigt und dabei erfahren, dass die Kündigungsfrist 6 Wochen betrage. Er nahm daher an, dass das Arbeitsverhältnis am 11.8.1980 ende. Am 4.7.1980 arbeitete er letztmalig, war danach bis 20.7.1980 im Krankenstand und verbrauchte sodann bis 11.8.1980 seinen Resturlaub. Am 14.9.1980 übergab Arbeitgeber dem Angestellten eine Arbeitsbescheinigung (zur Geltendmachung des Arbeitslosengeldes – § 46 AIVG), in der in irriger Annahme einer 4-wöchigen Kündigungsfrist der 31.7.80 als Endzeitpunkt eingetragen war. Als Auflösungsart hatte Arbeitgeber die Worte „Kündigung durch den Arbeitgeber“ und „in beiderseitigem Einvernehmen“ unterstrichen. Er erblickte darin keinen Widerspruch, weil er die Lösungsmöglichkeiten nicht kannte und ausdrücken wollte, dass es (noch) keine Differenzen gebe. Dem Angestellten sind diese Unterstreichungen nicht aufgefallen.

Da auf der Arbeitsbescheinigung der Stempel des Arbeitgebers fehlte, begab sich der Angestellte über Aufforderung des Arbeitsamtes am 29.9.1980 nochmals zum Arbeitgeber und beanstandete dabei das als Endzeitpunkt eingetragene Datum 31.7.1980; dabei erwähnte er seine Information über die 6-wöchige Kündigungsfrist. Arbeitgeber erkundigte sich telefonisch in Gegenwart des Angestellten bei seiner Kammer und besserte das Datum, als er die Auskunft über die 6-wöchige Kündigungsfrist bestätigt erhielt, auf den 11.8.1980 aus.

Zu einer einvernehmlichen Auflösung ist es nicht gekommen, auch nicht zu einer rückwirkenden einvernehmlichen Auflösung zum 11.8.1980.

Angestellter erhielt Endabrechnung zum 11.8.1980; er fordert das restliche Entgelt bis zum 30.9.1980.

Anmerkung: Für die Kündigung ist die Angabe von Termin und Frist entbehrlich, aber jedoch zweckmäßig, um Unklarheiten zu vermeiden. Die Kündigung wirkt zum nächsten möglichen Termin unter Wahrung der gebotenen Frist (im vorliegenden Fall zum 30.9.80 – unter der Voraussetzung, die Länge des Arbeitsverhältnisses ist nicht länger als fünf Jahre, wodurch die Kündigungsfrist drei Monate übersteigt).

Kündigung und vorzeitige Auflösung (Entlassung, Austritt) sind formfrei, es sind die Umstände der jeweiligen Erklärung für die Auslegung heranzuziehen.

Die nachfolgenden Erklärungen bewirken keine einvernehmliche Auflösung oder Verlegung des Kündigungstermins. Es sind lediglich (irrige) Wissenserklärungen, die nicht zur einvernehmlichen Auflösung führen.

²⁸ DRdA 1983/13, 263 (Apathy).

Irrt der Arbeitnehmer über den Termin einer Kündigung und kommt nicht mehr zur Arbeit, so ist er nicht „arbeitsbereit“ und verliert daher einen Entgeltanspruch gemäß § 1155 Abs 1 ABGB.

Ergebnis: Gehen Arbeitnehmer und Arbeitgeber von einer irrigen Rechtsansicht über den durch die Kündigung ausgelösten Endzeitpunkt des Arbeitsverhältnisses aus, liegt hierin keine Vereinbarung über einen vom Gesetz abweichenden Kündigungstermin. RIS-Justiz RS0028171. (Dieser Rechtssatz wird wiederholt in RIS-Justiz RS0031247.)

In einer Kündigung muss weder der Kündigungstermin noch die Kündigungsfrist angeführt werden (so schon Arb 9259, 6264). RIS-Justiz RS0028453.

Wenn ein Arbeitnehmer seiner unzutreffenden Rechtsansicht zufolge der Meinung ist, das Arbeitsverhältnis sei mit einem bestimmten Tag durch die Kündigung beendet, und aufgrund dieser irrigen Annahme nach diesem Tag nicht mehr zum Dienst erscheint, liegt hierin nicht eine auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete schlüssige Willenserklärung des Arbeitnehmers: Das Arbeitsverhältnis bleibt daher ungeachtet des Umstandes, dass der Arbeitnehmer nicht mehr zur Arbeit erscheint, weiterhin – wenn auch in dem durch die Kündigung herbeigeführten Auflösungsstadium – aufrecht. RIS-Justiz RS0028143.

Für den Entgeltanspruch des Dienstnehmers nach § 1155 ABGB ist allein entscheidend, ob er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die aufseiten des Dienstgebers lagen, daran verhindert worden ist. RIS-Justiz RS0021428.

Die zeitwidrige Kündigung löst das Arbeitsverhältnis zum verfehlten Kündigungstermin auf. Es treten die Rechtsfolgen des § 29 AngG ein. RIS-Justiz RS0028223.

28. Zugang der schriftlichen Kündigung (nach 12.1.1971, 4 Ob 102/70²⁹)

Arbeiterin wird mit eingeschriebenem Brief vom 9.3. (Montag) gekündigt, der ihr am 10.3., (Dienstag) nicht zugestellt werden kann. Zuzufolge des Verständigungsschreibens behebt sie am Mittwoch, dem 11.3., das Kündigungsschreiben. Am Mittwoch, dem 18.3., verständigt sie ihren Arbeitgeber von ihrer Schwangerschaft.

Anmerkung: Der Kündigungsschutz gem § 10 MSchG setzt unverzügliche Verständigung von der Schwangerschaft voraus oder spätestens am 5. Arbeitstag nach (Ausspruch) der Zustellung.

Nach der Empfangstheorie ist bei einer schriftlichen Erklärung der Zugang dann erfolgt, wenn sie so in seinen Machtbereich gelangt, dass der Empfänger sich bei normalem Lauf der Dinge Kenntnis vom Schriftstück verschaffen kann.

Die stillschweigende Voraussetzung ist, dass die Arbeitnehmerin in einem Betrieb mit einer Fünf-Tage-Woche beschäftigt ist (bei einem Betrieb mit Sechs-Tage-Woche zB Handelsbetrieb wäre die Mitteilung verspätet).

Die Arbeitnehmerin hätte den eingeschriebenen Brief nicht früher von der Post beheben können.

Die Kündigung ist zufolge fristgerechter Mitteilung der Schwangerschaft unwirksam; das Arbeitsverhältnis besteht weiter fort. Wenn der Arbeitgeber aber auf der Wirksamkeit der Kündigung beharrt, hat er der Arbeitnehmerin das Entgelt gemäß § 1155 Abs 1 ABGB weiterhin zu zahlen.

Ergebnis: Eine mit eingeschriebenem Brief ausgesprochene Kündigung, die wegen zufälliger Abwesenheit des Adressaten beim Postamt hinterlegt worden ist, ist der Dienstnehmerin dann iSd § 10 Abs 2

²⁹ Arb 8835 = ZAS 1972/3, 20 (Rummel) = JBl 1971, 485 = EvBl 1971/235, 434 SZ 44/1.

MuttSchG „zugestellt“, wenn der Brief der Empfängerin oder einer zum Empfang legitimierten Person tatsächlich zugekommen ist. Allenfalls muss aber auch geprüft werden, ob ein Hinauszögern der Abholung des hinterlegten Poststückes nicht als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten aufzufassen wäre und dazu führte, dass der Zugang der Sendung in einem früheren Zeitpunkt als dem des tatsächlichen Zugangs fingiert werden müsste. RIS-Justiz RS0070784.

Ein mit eingeschriebenem Brief übersendetes Kündigungsschreiben gilt nicht schon mit der nach dem vergeblichen Zustellversuch erfolgten Hinterlegung beim Postamt, sondern erst in dem Zeitpunkt als dem Adressaten zugegangen, in welchem die Sendung diesem oder einer zum Empfang legitimierten Person – ohne sorgloses Hinauszögern der Abholung des hinterlegten Poststückes – tatsächlich zugekommen ist. RIS-Justiz RS0014078.

Unterscheide:	
§ 1155 ABGB	§ 29 AngG
Erfüllungsanspruch aus aufrehtem Arbeits-Verhältnis	Schadenersatzanspruch aus rechtswidrig beendetem Arbeitsverhältnis
Einrechnung des anderweitig Verdienten sogleich	erst ab Beginn des 4. Monats
Arbeitnehmer muss leistungsbereit sein	keine Arbeitsbereitschaft
Fälligkeit unverändert (Zinsenlauf!)	Betrag für 3 Monate wird mit Ende des Arbeitsverhältnisses fällig (Zinsen schon früher!)
allgemeine Verjährungsfrist (§ 228 ZPO – für künftige Forderung)	Fallfrist 6 Monate

29. Terminwidrige Kündigung (nach 21.10.1969, 4 Ob 63/69³⁰)

Ein Angestellter, seit 15.4.1966 beschäftigt, wird Mitte November 1968 zum 31.12.1968 (unter Einhaltung einer 6-wöchigen Frist – die Kündigungsfrist beträgt nach zwei Jahren aber zwei Monate) gekündigt. Dem Arbeitgeber fällt sein Fehler am 30.12.1968 auf und er fordert den Angestellten, der seine Frage, ob er schon einen neuen Arbeitsplatz gefunden habe, verneint, auf, bis zum richtigen Endtermin weiterzuarbeiten.

Angestellter lehnt dies ab.

Anmerkung: Rechtswidrige Kündigung wirkt zum angegebenen (irrigen) Termin und löst Schadenersatzansprüche aus. Es hätte unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist Ende Oktober zum 31.12. oder Ende Jänner (des Folgejahres) zum 31.3. ... gekündigt werden müssen.

Einseitige Berichtigung der Kündigung ist ausgeschlossen. Angestellter hat Anspruch auf Kündigungsentschädigung bis zum 31.3. des Folgejahres.

Wäre ein Kündigungstermin iSd § 20 Abs 3 AngG vereinbart worden, würde die Kündigungsentschädigung statt des Entgelts für drei Monate nur für (rund) 14 Tage zu zahlen sein.

³⁰ Arb 8669 = EvBl 1970/82, 182 = JBl 1970, 536 (krit *Spielbüchler*) = SZ 42/155 = ZAS 1971/1, 13 (*Mayer-Maly*) = DRdA 1970, 228 (*Dirschmied*).

Ergebnis: Auch eine mit einer kürzeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist ausgesprochene Kündigung beendet das Dienstverhältnis; § 29 AngG ist in diesem Fall analog anzuwenden. RIS-Justiz RS0028175.

Der Irrtum des Dienstgebers über die Dauer der Beschäftigung eines Dienstnehmers in seinem Betrieb – weshalb er die Kündigung mit einer kürzeren als der gesetzlichen Frist ausspricht – ist ein unbeachtlicher Motivirrtum; daher keine Anfechtung der Kündigungserklärung. RIS-Justiz RS0028180.

Die dem anderen Teil erklärte und diesem zugekommene Kündigung kann einseitig nicht mehr widerrufen werden. Ebenso wenig kann der Dienstgeber, der irrtümlich mit einer zu kurzen Frist gekündigt hat, nach der Erkenntnis seines Irrtums erklären, die Kündigung gelte für den nächsten zulässigen Termin, und bis dahin dauere auch das Dienstverhältnis fort. RIS-Justiz RS0028298.

Auch die mit kürzerer als der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsfrist ausgesprochene Kündigung beendet das Dienstverhältnis mit Ablauf der kürzeren Frist, wenn nicht besondere Umstände eine andere Deutung erheischen. RIS-Justiz RS0028682.

30. Arbeitgeberkündigung – Auswirkungen auf Konkurrenzklausel (nach 28.10.1985, 4 Ob 134/85³¹)

Ein Außendienstmitarbeiter war vom 1.7.1979 bis 31.8.1983 angestellt. Sein Dienstvertrag enthielt eine Konkurrenzklausel, er dürfe 1 Jahr nach Vertragsauflösung nicht in die Dienste eines Konkurrenzunternehmens treten; Konventionalstrafe S 40.000,-.

Arbeitgeber kündigt den Angestellten zum 31.8.1983, dieser habe „Aufträge fingiert“.

Angestellter begann am 1.9.1983 ein Dienstverhältnis bei einem Konkurrenzunternehmen.

Anmerkung: Durch den Beisatz bei der Kündigung, der Angestellte habe Aufträge fingiert, wird auf einen Entlassungsgrund verwiesen. Der Arbeitgeber kann sich mit der „gelinderen“ Reaktion (Kündigung statt Entlassung) begnügen, verliert aber durch den Hinweis auf den Entlassungsgrund nicht seine Ansprüche aus der Konkurrenzklausel.

Der Angestellte kann jedoch einwenden, dass er mit seiner neuen Tätigkeit den Wirkungskreis des ehemaligen Arbeitgebers nicht beeinträchtigt.

Ergebnis: Das Wirksambleiben der Konkurrenzklausel nach § 37 Abs 1 und 2 AngG setzt nicht in allen Fällen ein schuldbares Verhalten vom Gewicht eines Entlassungsgrundes (Austrittsgrundes) voraus; in den minder schweren Fällen, in denen der Angestellte iSd § 37 Abs 2 AngG immerhin durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass zur Lösung des Dienstverhältnisses gibt, steht dem Dienstgeber nur die Möglichkeit der Kündigung offen. Will sich der Dienstgeber in diesen Fällen die durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte gegen den Angestellten wahren, muss er aber die Kündigung in einer für den Angestellten erkennbaren Weise auf dessen schuldbares Verhalten stützen. Zwischen den Vertragspartnern muss klar sein, dass es sich nicht um eine „gewöhnliche“ Kündigung handelt, zu der es der Angabe von Gründen nicht bedarf, sondern dass sich der Dienstgeber auf ein schuldbares Verhalten des Angestellten beruft und damit die vereinbarte Konkurrenzklausel aufrechterhalten will. RIS-Justiz RS0029877.

Will der Dienstgeber die Konkurrenzklausel bei arbeitgeberseitiger Kündigung aufrechterhalten, muss aus dem Inhalt der Lösungserklärung (oder aus sonstigen Umständen bei der Lösung des Dienstverhältnisses)

³¹ RdW 1986, 21 = Arb 10.478 = DRdA 1988/3, 39 (Harrer) = EvBl 1986/48, 179 = SZ 58/155.

dem Angestellten klar erkennbar sein, dass ein wichtiger Lösungsgrund in Anspruch genommen wird. Diesbezügliche Unklarheiten gehen zulasten des Dienstgebers, weil es bei der Kündigung ja die Regel ist, dass sie ohne Angabe von Gründen ausgesprochen wird. Eine nachträgliche Geltendmachung solcher Gründe ist jedenfalls dann, wenn der Angestellte bereits Dispositionen für die Annahme einer anderen Stelle getroffen hat (vgl. § 871 Abs 1 dritter Fall ABGB), unstatthaft, weil spätestens in diesem Zeitpunkt Klarheit darüber weggefallen oder wegen Kündigung aus (behauptetem) schuldhaftem Verhalten (möglicherweise) wirksam geblieben ist. Nur dann kann er bei Bewerbungen um einen anderen Posten entsprechend disponieren. RIS-Justiz RS0029892.

Während in § 37 Abs 1 AngG vom vorzeitigen Austritt und von der Kündigung durch den Angestellten die Rede ist, spricht § 37 Abs 2 AngG nur von der „Lösung“ des Dienstverhältnisses schlechthin. Damit sind sowohl die vorzeitige Entlassung (§ 27 AngG) als auch die Kündigung (§ 20 AngG) durch den Dienstgeber gemeint. RIS-Justiz RS0029927.

Ein schuldhaftes Verhalten des Angestellten muss nicht geradezu die Schwere eines Entlassungsgrundes haben, wohl aber so beträchtlich sein, dass es das Arbeitsverhältnis zerrüttet und aus diesem Grund den Dienstgeber zur Kündigung veranlasst. RIS-Justiz RS0029930.

Mit dem Ausspruch einer Kündigung verzichtet der Dienstgeber schlüssig und unwiderruflich, aus dem Sachverhalt einen Entlassungsgrund abzuleiten. Ob die Kündigung vonseiten des Dienstgebers als Akt des Wohlwollens gedacht war, kann dahingestellt bleiben, weil das Motiv, ob nämlich Rechtsunkenntnis oder tatsächlich Wohlwollen hierfür ausschlaggebend war, rechtlich ohne Bedeutung ist. RIS-Justiz RS0028276.

31. Teilkündigung (nach 29.9.1981, 4 Ob 168/80³²)

Ein Angestellter einer Versicherung wurde nach einigen Jahren dieser Tätigkeit mit der Verwaltung des Gebäudes, in dem die Landesdirektion untergebracht ist, betraut. Dafür erhielt er eine Pauschalvergütung von 10 % der Mietzinseinnahmen.

Nach mehreren Jahren versucht die Versicherungsgesellschaft, die Höhe dieser Pauschalvergütung zu reduzieren, weil durch die Möglichkeit einer freien Mietzinsvereinbarung dieses Pauschale überproportional angestiegen war. Der Angestellte ist mit einer solchen Neuregelung des Entgelts für die Hausverwaltung nicht einverstanden. Daraufhin erfolgt eine Kündigung der Hausverwaltungsvereinbarung.

Angestellter wendet sich gegen die von ihm als unzulässig erachtete Teilkündigung.

Anmerkung: Eine Zusatzvereinbarung kann als unselbständiger Teil des Anstellungsvertrages oder als rechtlich selbständiger Teil getroffen werden. Im ersten Fall wäre es eine unzulässige Teilkündigung, im zweiten eine zulässige Kündigung eines selbständigen Vertrages. Klagebegehren des Angestellten auf Nachzahlung des Entgelts aus der unwirksam gekündigten Pauschalvereinbarung wird abgewiesen.

Ergebnis: Der Vertrag, mit dem eine Hausverwaltung übertragen wird, ist nicht als Werkvertrag, sondern als ein Bevollmächtigungsvertrag zu beurteilen, mag die Tätigkeit des Verwalters auch gewisse Verrichtungen erfordern und daher vielleicht Elemente eines Werkvertrages aufweisen. RIS-Justiz RS0019697.

Wird eine bestimmte Arbeitsleistung, die gegenüber den Vertragsverpflichtungen des Arbeitnehmers eine gewisse Eigenständigkeit aufweist und demgemäß auch gesondert entlohnt wird, im Rahmen eines

³² Arb 10.038 = ZAS 1982/29, 217 (Mayer-Maly) = DRdA 1983/14, 266 (Jabornegg).

bestehenden Arbeitsverhältnisses zusätzlich vereinbart, kommen die gegen die Zulässigkeit der Teilkündigung ins Treffen geführten Erwägungen, wonach bei Fehlen einer entsprechenden Parteienabrede dem einen Teil kein Arbeitsverhältnis aufgezwungen werden könne, das er nie gewollt und vereinbart habe, nicht zum Tragen; zufolge ihrer Eigenständigkeit kann vielmehr eine solche Zusatzvereinbarung auch ein eigenes wirtschaftliches und rechtliches Schicksal haben und deshalb regelmäßig auch für sich allein aufgekündigt werden.

32. Verschlechterungsvereinbarung (nach 18.10.1983, 4 Ob 105/82³³)

Einem angestellten Bauleiter, 48 Jahre alt, wird das gehäufte negative Ergebnis diverser Baustellen angelastet. Er wird dann als Sicherheitsingenieur eingesetzt. Einige Zeit danach wird ihm eine Gehaltskürzung im Hinblick auf seinen neuen Tätigkeitsbereich vorgeschlagen. Der Personalchef stellt ihn vor die Wahl, entweder eine Gehaltskürzung von 31,28 % (!) hinzunehmen oder seine Kündigung zu gewärtigen.

Angestellter unterschreibt im April 1978 diese Gehaltskürzungsvereinbarung, weil er für den Fall der Kündigung fürchtete, länger arbeitslos zu sein. Anlässlich eines Ausgleichsverfahrens wird der Angestellte zum 30.9.1979 gekündigt.

Der Angestellte fordert die Gehalts- und Abfertigungsdifferenz, die Gehaltskürzungsvereinbarung sei unter „wirtschaftlichem Druck“ erfolgt.

Anmerkung: Die Vorfrage der möglicherweise rechtswidrigen Versetzung auf einen schlechter entlohten Arbeitsplatz wurde nicht erörtert. Ob dieser verschlechternden Versetzung (vom Bauleiter zum Sicherheitsingenieur) der Betriebsrat zugestimmt hat, oder der Kläger es verabsäumt hat dies vorzubringen, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor.

Die unausgesprochene Voraussetzung ist, dass der Kläger deutlich überkollektivvertraglich entlohnt wurde und auch das reduzierte Entgelt nicht das kollektivvertragliche unterschreitet.

Das auf die Entgeltdifferenz gerichtete Klagebegehren wurde abgewiesen.

Ergebnis: Kann das gesamte Arbeitsverhältnis und damit die Grundlage für den Erwerb der Gegenleistung des Arbeitnehmers pro futuro jederzeit einvernehmlich beseitigt werden, dann muss es umso mehr dem Einvernehmen der Vertragspartner überlassen bleiben, den Inhalt des Arbeitsvertrages – innerhalb der Grenzen des zwingenden Rechtes – für die Zukunft zu ändern, dh auch für den Arbeitnehmer ungünstiger zu gestalten. RIS-Justiz RS0034017.

Wird für den Fall der Ablehnung eines Verschlechterungsvorschlages die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt, kann dies – anders als etwa die Verweigerung der Auszahlung fälliger Bezüge oder ähnlicher Maßnahmen – den Vorwurf rechtswidriger Druckausübung nicht rechtfertigen, weil mit einer solchen Kündigung nur vom gesetzlichen Recht Gebrauch gemacht wird, das auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsverhältnis jederzeit unter Einhaltung einer bestimmten Frist, aber ohne Angabe von Gründen, aufzulösen (in diesem Sinne auch schon Arb 6912; Arb 9774 = SozM I A e 1153 = ZAS 1980, 57). RIS-Justiz RS0014839.

Steht der AN bei einer „Verschlechterungsvereinbarung“ insofern unter dem (allgemeinen) „Druck“ der ungünstigen Lage auf dem Arbeitsmarkt (hier: in der Bauwirtschaft), als er für den Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einer möglicherweise länger währenden Arbeitslosigkeit rechnen muss, macht dies die

³³ EvBl 1984/48, 189 = DRdA 1984/17, 353 (*Eypeltauer*) = SZ 56/149 = Arb 10.303.

Vereinbarung ebenso wenig anfechtbar, wie einem vom AG unter sonst gleichen Verhältnissen von vornherein nur zu den kollektivvertraglichen Entgeltsätzen abgeschlossenen Arbeitsvertrag der Einwand der Ausübung widerrechtlichen Zwanges iSd § 870 ABGB entgegengehalten werden könnte. RIS-Justiz RS0014848.

Die Rechtswirksamkeit von Änderungen des Arbeitsvertrages zum Nachteil des Arbeitnehmers ist Folge der das österreichische Privatrecht grundsätzlich beherrschenden Vertragsfreiheit, welche auch im Bereich des Arbeitsrechtes durch kein allgemeines „**Verschlechterungsverbot**“ beschränkt ist. RIS-Justiz RS0034043.

Aus der – allein für den Verzicht auf bereits erworbene Ansprüche entwickelten – „**Drucktheorie**“ kann die Unzulässigkeit einer Vereinbarung, mit welcher der Arbeitnehmer für die Zukunft auf einen Teil seiner überkollektivvertraglichen Entlohnung ganz oder teilweise „verzichtet“, nicht abgeleitet werden. RIS-Justiz RS0034072.

Bei Beurteilung der Rechtswirksamkeit eines vom Dienstnehmer während des Bestehens des Dienstverhältnisses ausgesprochenen Verzichts auf zwingende gesetzliche oder kollektivvertragliche Ansprüche kommt es entscheidend darauf an, ob der Dienstnehmer dabei noch unter wirtschaftlichem Druck seines Dienstgebers gehandelt hat; ist dieser Druck – wenn auch noch vor der formellen Beendigung des Dienstverhältnisses – weggefallen, dann steht der Gültigkeit des Verzichts nichts im Wege (Arb 5456; Arb 8222 = ZAS 1967, 17; 4 Ob 94/73, 4 Ob 101/73 = Arb 9188 ua). Eine ausdrücklich erklärte, die Rechtsstellung für die Zukunft teilweise verschlechternde einvernehmliche Vertragsänderung ist zulässig. RIS-Justiz RS0029981.

Der Verzicht auf Entgeltansprüche aus dem Dienstverhältnis ist, sofern der kollektivvertragliche Mindestlohn nicht gekürzt wird, nicht unzulässig; dieser Verzicht kann auch stillschweigend durch das Verhalten des Dienstnehmers abgegeben werden. RIS-Justiz RS0014465.

33. Entlassung eines Sparkassenangestellten (nach 13.1.1976, 4 Ob 71/75³⁴)

Die Kündigungsfrist eines Angestellten endet zufolge Arbeitgeberkündigung (nach mehr als zehnjähriger Beschäftigungsdauer) am 31.3. .. (Sonntag); letzter Arbeitstag ist der 29.3. Am 27.3. macht er gegenüber einem leitenden Angestellten über einen Vorgesetzten beleidigende Äußerungen (unberechtigter Vorwurf der Bestechlichkeit, Bezeichnung als „Flasche“).

Bei der für den 28.3. anberaumten Vorstandssitzung wird die Entlassung des Angestellten beschlossen, sofern er sich nicht entschuldigt. Der Angestellte lehnt dies ab und wird am Vormittag des 29.3. entlassen.

Angestellter bringt in seiner Klage vor, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an dem allein noch verbleibenden Nachmittag des letzten Arbeitstages wäre (noch) zumutbar gewesen; überdies sei die Entlassung verspätet.

Anmerkung: Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist jedem Entlassungsgrund immanent. Diese Unzumutbarkeit ist abstrakt zu prüfen und nicht von der Länge der im Einzelfall einzuhaltenden Kündigungsfrist abhängig. (Andernfalls könnte sich der Arbeitnehmer, je mehr sich das Arbeitsverhältnis seinem Ende zuneigt, umso mehr sanktionslos erlauben..)

Für die Abgrenzung der Ordnungswidrigkeit gegenüber dem Entlassungsgrund ist die Unzumutbarkeit des Verstreichenslassens der Kündigungsfrist maßgebend.

³⁴ Arb 9.431 = EvBl 1976/128, 241 = ZAS 1978/7, 50 (Winkler).

Die Entlassung ist nicht verspätet, weil dem Angestellten die Möglichkeit einer Entschuldigung geboten wurde. Die Einberufung einer Vorstandssitzung von einem Tag auf den anderen ist nicht verspätet, sondern geradezu „rekordverdächtig“.

Der Arbeitgeber kann dem Zeitdruck, die nicht unzweifelhafte Entlassung unverzüglich erklären zu müssen, durch eine **Suspendierung** entgehen; dh der Arbeitnehmer wird unter Hinweis auf eine mögliche, demnächst auszusprechende Entlassung unter Fortzahlung des Entgelts dienstfrei gestellt. Dadurch gewinnt der Arbeitgeber Zeit, den Entlassungsgrund auf seine Stichhaltigkeit zu prüfen und sich rechtliche Informationen einzuholen, ohne Gefahr zu laufen, das Entlassungsrecht könne verwirkt werden.

Klagebegehren (Abfertigung, Dienstzeugnis, ev Urlaubersatzleistung) wird hinsichtlich der entlassungsabhängigen Ansprüche abgewiesen.

Ergebnis: Die weitere Vertragsdauer ist für die Beurteilung der Berechtigung einer Entlassung unerheblich. RIS-Justiz RS0028947.

Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ist kein zu den einzelnen Entlassungstatbeständen des Gesetzes hinzutretendes, sondern vielmehr ein diesen Tatbeständen begrifflich immanentes Merkmal. RIS-Justiz RS0028990.

Die Entlassung eines Dienstnehmers ist grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn sein gesamtes Verhalten nach den gewöhnlichen Anschauungen der beteiligten Kreise – also nicht nach dem subjektiven Empfinden des Dienstgebers, sondern nach objektiven Grundsätzen – die Interessen des Dienstgebers so schwer beeinträchtigt, dass ihm nach der Lage des Falles eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum nächsten Kündigungstermin (bzw bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer oder für den Rest der schon im Lauf befindlichen Kündigungsfrist) nicht zugemutet werden kann (Arb 8733 = JBl 1970, 438; Arb 9015 = SozM IA/d, 1049; Arb 9091; 4 Ob 37/74, 4 Ob 38/74 ua; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht 35, 36 f). RIS-Justiz RS0029107.

Keine Verspätung der Entlassungserklärung, wenn die Verzögerung dem Arbeitnehmer nur Gelegenheit geben soll, den bereits verwirklichten Entlassungsgrund (durch eine nachträgliche Entschuldigung) zu beseitigen. RIS-Justiz RS0029386.

Es kommt allein darauf an, ob das Verhalten des Arbeitnehmers eine so schwerwiegende Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers bedeutet, dass diesem jede weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – gleichgültig wie lange es nach dem Vertrag oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch gedauert hätte – nicht mehr zugemutet werden kann und ihm daher das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung zugestanden werden muss. RIS-Justiz RS0028999.

Der Grundsatz, dass ein Arbeitsverhältnis nur dann sofort aufgelöst werden kann, wenn die Interessen des Vertragspartners so schwer verletzt werden, dass eine weitere Zusammenarbeit auch nicht für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zugemutet werden kann, ist dort von Bedeutung, wo Zweifel darüber bestehen, ob ein **wichtiger Grund** in jenen Fällen vorliegt, in denen das Gesetz nicht näher ausführt, was unter einem „wichtigen“ Grund zu verstehen ist (zB § 1162 ABGB), oder in denen der Auflösungsstatbestand so unbestimmt und so weit gefasst ist, dass er erst gegenüber geringfügigeren Ordnungswidrigkeiten und Interessenverletzungen abgegrenzt werden muss (zB § 27 Z 4 und 6 AngG „den Umständen nach erhebliche Zeit“ oder „erhebliche Ehrverletzung“). RIS-Justiz RS0028609.

Gründe für die vorzeitige Lösung eines Dienstverhältnisses sind bei sonstiger Verwirkung des Entlassungsrechtes unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, geltend zu machen. Der Dienstgeber darf

mit der Ausübung seines Entlassungsrechtes nicht wider Treu und Glauben so lange warten, dass der Angestellte aus diesem Zögern auf einen Verzicht des Dienstgebers auf die Geltendmachung der Entlassungsgründe schließen muss; der Dienstnehmer, dem ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, soll darüber hinaus nicht ungebührlich lange über sein weiteres dienstrechtliches Schicksal im Unklaren gelassen werden (SZ 24/280; Arb 8047 uva). Der Grundsatz der Unverzüglichkeit beruht auf dem Gedanken, dass ein Arbeitgeber, der eine Verfehlung seines Arbeitnehmers nicht sofort mit der Entlassung beantwortet, dessen Weiterbeschäftigung nicht als unzumutbar ansieht und auf die Ausübung des Entlassungsrechtes im konkreten Fall verzichtet. (T15) RIS-Justiz RS0031799.

Gibt der Dienstgeber dem Angestellten Gelegenheit, den Entlassungsgrund durch eine Entschuldigung zu beseitigen, macht der Angestellte jedoch davon keinen Gebrauch, so wird durch diese Verzögerung der Entlassungsgrund jedenfalls nicht verwirkt. RIS-Justiz RS0029367.

Auch eine einmalige empfindliche Beleidigung kann einen Entlassungsgrund oder Austrittsgrund darstellen. RIS-Justiz RS0028819.

Der Grundsatz, dass Entlassungsgründe unverzüglich geltend zu machen sind, darf nicht überspannt werden. Die Entlassungserklärung ist rechtzeitig, wenn der Dienstnehmer, nachdem der Personalchef vom Entlassungsgrund Kenntnis erhalten hatte, unverzüglich **suspendiert** und rund drei Wochen später entlassen wurde. RIS-Justiz RS0031587.

Ob eine Entlassung rechtzeitig oder verspätet vorgenommen wurde, lässt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles richtig beurteilen. Die Unterlassung der sofortigen Geltendmachung eines Entlassungsgrundes führt dann nicht zur Verwirkung des Entlassungsrechtes, wenn das Zögern in der Sachlage begründet war (drei Tage). RIS-Justiz RS0031571.

Durch die Unterlassung der sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses geht das Entlassungsrecht dann nicht verloren, wenn das Zögern in der Sachlage begründet war, so zB wenn die Entlassung eines Angestellten wegen Treueverletzungen, die er als öffentlicher Verwalter begangen hat, bis zur Beendigung der Übergabe der Geschäfte an den neuen öffentlichen Verwalter hinausgeschoben wurde. RIS-Justiz RS0029208.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung als erhebliche Ehrverletzung und damit als Entlassungsgrund zu qualifizieren ist, kommt es darauf an, ob die Äußerung objektiv geeignet ist, ehrverletzend zu wirken und in concreto auch diese Wirkung gehabt hat. RIS-Justiz RS0029845.

34. Selbstkündigung oder Entlassung (nach 13.7.1976, 4 Ob 59, 60/76³⁵)

Eine Versicherungsgesellschaft erfährt, dass ein Außendienstangestellter S 89.000,- Prämien veruntreut hat. Sie schlägt ihm vor, er solle selbst kündigen und den offenen Betrag am nächsten Tag ersetzen. Damit ist der Angestellte einverstanden.

Am nächsten Tag zahlt der Angestellte nicht und widerruft seine Kündigung, er sei am Vortag infolge Medikamenteneinnahme nicht Herr seines Willens gewesen. Trotz Vorhaltungen bleibt er dabei und wird entlassen. Überdies erstattet der Arbeitgeber Strafanzeige.

Im Zuge der Erhebungen stellt sich später heraus, dass der Angestellte noch einen weiteren Prämienbetrag von S 22.000,- veruntreut hat.

³⁵ Arb 9492.

Der Angestellte wendet gegen die Entlassung ein, wegen der Veruntreuung von S 89.000,- hätte er zwar entlassen werden können; der Arbeitgeber habe sich aber mit einer Arbeitnehmerkündigung zufriedengegeben, wodurch das Entlassungsrecht erloschen sei.

Anmerkung: Für die Selbstkündigung ist Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt. Fehlt diese (infolge eines behaupteten hypoglykämischen Zustands), so ist die Kündigung und der Vergleich (mit Verpflichtung zur Schadensgutmachung) vom Vortag hinfällig. Durch den Vergleich vom Vortag hat der Arbeitgeber wegen dieses Entlassungsvorwurfs auf sein Entlassungsrecht verzichtet. Die Nichteinhaltung dieser Vereinbarung wurde nicht zur Bedingung des Verzichts gemacht; sie ist kein Entlassungsgrund. Die dann ausgesprochene Entlassung ist unberechtigt. Dem Arbeitgeber kam aber ein weiterer Entlassungsgrund zu Hilfe, von dem er im Entlassungszeitpunkt nichts wusste, der aber objektiv vorhanden war. Der Einwand, die weitere Veruntreuung sei im Vergleich zu der vorausgehenden nicht so bedeutend, dass sie eine Entlassung rechtfertige, ist unberechtigt (es ist das Gesamtverhalten des Angestellten zu beurteilen, wozu auch der nicht eingehaltene Vergleich und die Rückzahlungsverpflichtung gehört)..

Ergebnis: Der Grundsatz der unverzüglichen Erklärung gilt nur für die Entlassungserklärung, nicht aber für die Angabe der Entlassungsgründe. RIS-Justiz RS0029225.

In der Kündigung liegt ein konkludenter Verzicht (§ 863 ABGB) auf die Ausübung des Entlassungsrechtes bezüglich des – der Kündigung vorausgegangenen – Verhaltens. Ein solches vom Arbeitgeber mit der Kündigung beantwortetes Verhalten kann zur Beurteilung des zeitlich nachfolgenden, die Entlassung auslösenden Verhaltens des Arbeitnehmers nicht mehr herangezogen werden. RIS-Justiz RS0029226.

Die für die Entlassung maßgebenden Gründe müssen nicht schon in der Entlassungserklärung angeführt werden. Es genügt, wenn sie im Zeitpunkt der Entlassung objektiv vorhanden waren, mögen sie auch dem Dienstgeber noch nicht bekannt gewesen sein (sog „**Nachschieben von Entlassungsgründen**“). RIS-Justiz RS0021606.

Die Entlassungsgründe müssen nicht schon in dem Entlassungsschreiben (Entlassungserklärung) namentlich angeführt sein. Der Dienstgeber kann in der Folge noch weitere Entlassungsgründe heranziehen, selbst wenn er sie erst nach der Entlassung erfahren hat. RIS-Justiz RS0029144.

35. Rechtzeitigkeit der Entlassung (nach 22.3.1977, 4 Ob 20/77³⁶)

Ein angestellter Handelsvertreter verliert infolge Alkoholisierung seinen Führerschein, er fährt aber ohne Führerschein noch weiter mit dem Firmenwagen. Die Behörde verständigt hievon den Arbeitgeber am 4.8. Der für Personalmaßnahmen (zur Entlassung) zuständige Geschäftsführer ist vom 4.8. bis 24.8. auf Urlaub, sodass er nicht erreicht werden kann. Der Prokurist des Unternehmens verfügt, dass der Angestellte entweder Urlaub nehmen oder mit einem anderen Angestellten mitfahren müsse, er werde die weiteren Veranlassungen noch erfahren.

Der zuständige Geschäftsführer erfährt anlässlich eines Telefonates am 18.8. erstmalig von der Angelegenheit und beauftragt den Prokuristen mit der Entlassung, die am 19.8. erfolgt.

³⁶ Arb 9564.

Der Angestellte macht die Verspätung der Entlassung geltend, es hätte der für Personalmaßnahmen zuständige Geschäftsführer für eine Vertretung während seines Urlaubes sorgen müssen.

Anmerkung: Der Grund zur vorzeitigen Auflösung (Entlassung oder Austritt) muss unverzüglich geltend gemacht werden (sog „Aufgriffsobliegenheit“), andernfalls tritt Verzicht (bzw Verwirkung? – *Apathy* in Anm zu 4 Ob 98/81 und 4 Ob 58/82 = DRdA 1984/10, 233) des Entlassungs(Austritts)rechtes ein (ausgenommen Dauersachverhalt, vgl Arb 10.636). Dies folgt aus dem Wesen des wichtigen Grundes, der eine sofortige Gestaltung der Rechtslage erfordert, sodass durch Zuwarten (stillschweigend) zu erkennen gegeben wird, dass der Vorfall nicht als so wichtig erachtet wird.

Stillschweigend wird vorausgesetzt, dass das Telefonat am 18.8. das erste seit dem Urlaubsantritt ist; weiters dass dem Angestellten bekannt war, dass Personalangelegenheiten nicht dem Prokuristen obliegen – *Schramm*, Der arbeitsrechtliche Unverzüglichkeitsgrundsatz (1995).

Angemessene Überlegungsfrist – je nach Beschaffenheit des (Entlassungs-)Grundes (vgl Arb 9.856, 11.283; *ecolex* 1991, 194; DRdA 1992/22, 217 [*Chr Klein*] = RdW 1992, 154), Abwarten des Ausgangs eines Straf- bzw Disziplinarverfahrens; bei Beurteilung der Rechtzeitigkeit kommt es insbesondere auf die (volle) Kenntnis des Sachverhaltes an. Allenfalls ist die besondere Organisationsform des Arbeitgebers zu berücksichtigen (zB Schwierigkeit der Einberufung einer ao Vorstandssitzung; Schwerfälligkeit eines Kollegialorgans). Bei einem vorerst undurchsichtigen Sachverhalt muss rasche Aufklärung versucht werden; bei rechtlichen Schwierigkeiten auch Einholung einer Rechtsauskunft.

Die Annahme eines (stillschweigenden) Verzichtes auf die Geltendmachung des Entlassungsrechtes setzt die tatsächliche Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber voraus, daher tritt kein Verzicht bei Suspendierung (zur Prüfung des Verdachtes) ein. Kündigung in Kenntnis des Entlassungs(Austritts)grundes bedeutet regelmäßig Verzicht (Arb 10.981 = ZAS 1992/24, 194) auf diesen, sofern nicht etwa der Arbeitnehmer (oder allenfalls auch der Arbeitgeber) erklärte, einen Austritts(oder Entlassungs)grund geltend zu machen (man kann sich auch mit einer geringeren Sanktion begnügen). Kurzfristige Weiterarbeit zur Schadensbegrenzung (Heimfahrt mit Lkw) bedeutet noch keinen Verzicht (ARD 4320/16/91 = RdW 1992, 121).

Durch das Verstreichen eines längeren Zeitraumes (auch ohne Kenntnis des Arbeitgebers vom Entlassungsgrund) tritt Verwirkung ein, weil Entlassungsgrund inzwischen so viel an Bedeutung verloren hat, dass Weiterbeschäftigung für Arbeitgeber nicht mehr unzumutbar ist und der Arbeitnehmer nicht mehr mit der Entlassung zu rechnen braucht (SozM IAd 1263; ind 1.718; Arb 10.805). Das Zuwarten, um dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Beseitigung des Entlassungsgrundes zu geben (Entschuldigung, Schadensgutmachung, vgl DRdA 1988/22, 456), ist unschädlich (darf nicht „überspannt“ werden: Arb 9.564; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Entlassung berechtigt; das Klagebegehren (Kündigungsschädigung) wird abgewiesen.

Ergebnis: Vorläufige Maßnahmen, etwa die bis zur Klärung der tatsächlichen oder rechtlichen Lage vorgenommene Suspendierung eines Arbeitnehmers, können die Annahme eines Verzichtes des Arbeitgebers auf die Ausübung des Entlassungsrechtes verhindern. RIS-Justiz RS0028987.

Der Grundsatz der Unverzüglichkeit ist ua nach den Erfordernissen des Wirtschaftslebens und den Betriebsverhältnissen, insbesondere der Organisationsform des Unternehmens zu beurteilen, ohne dass es dabei hinsichtlich der Kenntniserlangung vom Entlassungsgrund und der rechtzeitigen Vornahme der Entlassung zu

einer Begünstigung von Unternehmen mit komplizierter Organisationsform kommen darf. RIS-Justiz RS0031789.

Der Grundsatz, dass Entlassungsgründe unverzüglich geltend zu machen sind, darf nicht überspannt werden. Die Entlassungserklärung ist rechtzeitig, wenn der Dienstnehmer, nachdem der Personalchef vom Entlassungsgrund Kenntnis erhalten hatte, unverzüglich suspendiert und rund drei Wochen später entlassen wurde. RIS-Justiz RS0031587.

36. Austritt wegen verspäteter Nachzahlung der KV-Erhöhung (nach 13.5.1986, 4 Ob 60/85³⁷)

Kaufmännischer Angestellter, seit 26.11.79 beschäftigt, erklärte mit Schreiben vom 14.2.1984 seinen vorzeitigen Austritt, weil eine mit 1.1.1984 wirksam gewordene kollektivvertragliche Gehaltserhöhung von 3,5 % ihm nicht bis zum Ablauf der von ihm mit 10.2.1984 gesetzten Nachfrist ausbezahlt worden war. Die die Lohnverrechnung durchführende Steuerberatungskanzlei des Arbeitgebers hat diesem Anfang Jänner mitgeteilt, dass infolge Arbeitsüberlastung diese Erhöhung noch nicht im Jänner berücksichtigt werden könne.

Der Arbeitgeber teilte den Arbeitnehmern mit, dass die Gehaltszahlung für Jänner nur eine Akontozahlung sei, die Nachzahlung sollte „am gescheitesten“ gemeinsam mit dem Febergehalt erfolgen, um eine zweimalige Anweisung zu vermeiden.

Der Monatsbezug des Angestellten betrug ATS 16.534,- brutto, der Erhöhungsbetrag ATS 559,- brutto bzw ATS 199,11 netto.

Anmerkung: Die Erhöhung des Kollektivvertrages ist nach dem im KV bestimmten Wirkungszeitpunkt durchzuführen; uU auch rückwirkend. Das Entgelt wird gemäß § 15 AngG zum Monatsende fällig (die Fälligkeit des Hälftebetrages zum Fünfzehnten kommt in der Praxis so gut wie nie vor). Der Erhöhungsbetrag wird Ende Jänner fällig.

Der Austritt ist, wegen des geringfügigen Betrages und der vom Arbeitgeber ausdrücklich genannten Leistungsbereitschaft, die Nachzahlung Ende Feber zu leisten, nicht berechtigt, obwohl der Angestellte eine Nachfrist gesetzt hat. Das Zuwarten mit dem Erhöhungsbetrag ist zwar rechtswidrig (§ 40 iVm § 15 AngG), macht aber die Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar.

Angestellter hat in der Berufung noch vorgebracht, der Arbeitgeber habe andere Zahlungen auch verspätet geleistet. Bei qualifizierter Vertretung in erster Instanz scheidet dieses Vorbringen am Neuerungsverbot (Ausnahme § 63 ASGG).

Ergebnis: Nicht jede, sondern nur eine wesentliche Vertragsverletzung berechtigt zum Austritt; wesentlich ist aber eine Vertragsverletzung nur dann, wenn dem Angestellten die weitere Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. RIS-Justiz RS0029312.

Ein einmaliger Verzug bei Zahlung des Gehaltes berechtigt nicht zum Austritt. RIS-Justiz RS0028799.

37. Beweislast für Krankschreibung (nach 14.3.1978, 4 Ob 162/77³⁸)

³⁷ RdW 1986, 217 = JBl 1987, 63 = ind 1.666 = DRdA 1986, 435 = infas 1986 A132.

³⁸ Arb. 9.672 = EvBl 1978/145, 467 = SZ 51/28.

Ein Angestellter meldet sich am 13.1. telefonisch krank, sucht aber erst am 23.1. seinen Hausarzt auf, um sich krankschreiben zu lassen. Als er am 26.1. seinen Dienst wieder antreten will, wird er von seinem Vorgesetzten, der inzwischen sowohl beim Hausarzt als auch bei der Krankenkasse nachgefragt und erfahren hatte, dass der Angestellte nicht krankgeschrieben war, zunächst suspendiert und sodann mit Schreiben vom 3.2. entlassen.

Ob der Angestellte zwischen 13.1. und 23.1. wegen Krankheit arbeitsunfähig war, konnte durch das Beweisverfahren nicht geklärt werden.

Anmerkung: Der Arbeitgeber ist grundsätzlich beweisbelastet für den Entlassungsgrund (der ist im vorliegenden Fall unstrittig, nämlich das Fernbleiben ohne **rechtmäßigen Hinderungsgrund**). Den Hinderungsgrund (§ 27 Z 4 AngG; § 82 lit f GewO „unbefugt“) muss hingegen der Arbeitnehmer beweisen.

Der Beweis einer Krankheit wird vornehmlich durch die Bestätigung des Arztes erbracht, während andere Beweismittel (zB Aussage von nahen Angehörigen) typischerweise einen nur geringeren Beweiswert haben. Krankenstandsbestätigung durch Arzt kann nur für einen Tag rückwirkend erfolgen, nicht aber für zehn Tage.

In Sozialrechtssachen trifft den Kläger die materielle Beweislast (Prozessausgang zum Nachteil desjenigen, der beweisbelastet ist), nicht aber die formelle Beweislast (betreffend die Beweisanbote – vgl § 87 Abs 1 ASGG). In Arbeitsrechtssachen gibt es keine Abweichung von den allgemeinen Beweislastregeln.

Die (allgemeine) **Beweislastregel** lautet, jede Prozesspartei hat die für ihren Prozesstandpunkt wesentlichen Voraussetzungen zu beweisen; also der Kläger die anspruchsbegründenden, der Beklagte die anspruchvernichtenden, -einschränkenden und -aufhebenden.

Entlassung ist berechtigt (und – zufolge der Suspendierung – auch rechtzeitig); Klagebegehren (ausgenommen die entlassungsunabhängigen Ansprüche: Dienstzeugnis, rückständiges Entgelt bis zum Entlassungstag bzw hier bis zum Beginn des Fernbleibens) wird abgewiesen.

Ergebnis: Der Arbeitgeber ist nach § 27 Z 4 erster Fall AngG zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Nichteinhaltens der durch Gesetz, KollV oder Einzelarbeitsvertrag festgesetzten Arbeitszeit berechtigt, also wegen einer Verletzung der vom Angestellten durch den Abschluss des Arbeitsvertrages übernommenen Pflicht zur Arbeitsleistung. RIS-Justiz RS0029605.

Die Beweislast für einen Rechtfertigungsgrund, der das Entlassungsrecht des Arbeitgebers wegen des ansonsten pflichtwidrigen Fernbleibens des Angestellten von der Arbeit aufhebt, trifft den Angestellten. RIS-Justiz RS0029534.

Ein rechtmäßiger, die Entlassung nach § 27 Z 4 AngG ausschließender Hinderungsgrund kann in der Regel auch dann angenommen werden, wenn dem Dienstnehmer mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles aus besonderen Gründen eine vertragsgemäße Arbeitsleistung billigerweise nicht zugemutet werden kann. Dabei kommen nicht nur Dienstverhinderungen durch Krankheit, Unglücksfall, Arbeitsunfall oder dergleichen in Betracht; auch andere wichtige, die Person des Dienstnehmers betreffende Gründe, wie überhaupt jede unvorhersehbare Kollision von Vertragspflichten mit einer höherwertigen Pflicht, können das ansonsten pflichtwidrige Unterlassen der Dienstleistung im Einzelfall rechtfertigen. RIS-Justiz RS0029398.

Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen. RIS-Justiz RS0037797.

Das Risiko der Entlassung trägt immer der Dienstgeber, denn er hat im Streitfall nachzuweisen, dass ein gesetzlich zulässiger Entlassungsgrund vorlag. Die Beweislast für einen Rechtfertigungsgrund, der das

Entlassungsrecht des Arbeitgebers wegen des ansonsten pflichtwidrigen Fernbleibens des Angestellten von der Arbeit aufhebt, trifft den Angestellten. RIS-Justiz RS0028971.

38. Weigerung eines Versicherungsvertreters, einen Fortbildungskurs zu besuchen (nach 18.4.11978, 4 Ob 24/78³⁹)

Ein seit 1.6.1968 als Versicherungsvertreter (im Außendienst) tätiger Angestellter wird am 7.10.1976 entlassen. Er hatte sich geweigert, einen Fortbildungskurs seines Arbeitgebers zu besuchen. Er habe Schwierigkeiten, seine Kinder in die Schule und in den Kindergarten zu befördern. Arbeitgeber bot ihm an, diesen Transport durch einen anderen Angestellten durchführen zu lassen.

Angestellter lehnte auch dies ab und wurde entlassen.

Angestellter macht geltend, er sei nicht zum Kursbesuch verpflichtet, weiters erleide er während des Kursbesuches einen Provisionsausfall.

Anmerkung: Versicherungsvertreter ist schon nach der Art der Dienstleistung verpflichtet, regelmäßig Fortbildungskurse (neue Versicherungsprodukte, Verkaufstechnik ua) zu besuchen. Daher ist es nicht vertragswidrig, dass er in dieser Zeit keine Versicherungsabschlüsse tätigen kann.

Entlassung ist berechtigt; das führt bei Versicherungsangestellten im Außendienst auch zum Verlust der Folgeprovision.

Ergebnis: Weigerung eines Versicherungsvertreters, einen Fortbildungskurs zu besuchen, als Entlassungsgrund. RIS-Justiz RS0029918.

Eine bloße Ankündigung der Nichtbefolgung einer Weisung erfüllt mangels Vorliegens des Merkmals der Beharrlichkeit nicht die Voraussetzungen des Entlassungstatbestandes nach § 27 Z 4 AngG. RIS-Justiz RS0029846.

Eine Anordnung des Dienstgebers, deren Nichtbefolgung einen Entlassungsgrund angibt, muss sich innerhalb der durch den Arbeitsvertrag und den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten gezogenen Grenzen halten und sich auf die nähere Bestimmung der konkreten Arbeitspflicht oder auf das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb erstrecken. RIS-Justiz RS0029849.

Keine Ersatzpflicht der Versicherungsgesellschaft für entgangene Provisionen bei Veranstaltung von kurzfristigen Fortbildungskursen für Vertreter im Rahmen der Fürsorgepflicht. RIS-Justiz RS0029132.

Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft, Fortbildungskurse für ihre Vertreter zu organisieren und Verpflichtung dieser Vertreter, die Kurse auch zu besuchen. RIS-Justiz RS0029884.

Der Entlassungsgrund nach dem ersten Fall des § 27 Z 4 AngG setzt nach herrschender Auffassung nicht nur eine erhebliche und pflichtwidrige, sondern auch eine schuldhaft, also entweder vorsätzliche oder doch zumindest fahrlässige Arbeitsversäumnis voraus (4 Ob 96/72; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht 69). Davon kann aber dann keine Rede sein, wenn ein Dienstnehmer nach dem Verhalten seines Dienstgebers im konkreten Fall ohne sein Verschulden annehmen kann, die Unterlassung seiner Dienstleistung sei deshalb gerechtfertigt, weil der Dienstgeber eine Arbeitsleistung derzeit von ihm nicht verlange (so ausdrücklich 4 Ob 25/73). RIS-Justiz RS0029518.

³⁹ Arb 9691 = ZAS 1979/17, 142 (*Schön*).

Von einer beharrlichen Weigerung kann nur dann gesprochen werden, wenn der Angestellte trotz wiederholter Aufforderung es geflissentlich verabsäumt, einer sich für ihn aus dem Dienstvertrag ergebenden Verpflichtung oder einer speziellen gerechtfertigten Anordnung des Dienstgebers nachzukommen. Dass die Aufforderung oder Mahnung vom Dienstgeber mit dem Hinweis verbunden würde, dass der Angestellte im Falle der Unfügsamkeit Entlassung zu gewärtigen habe, ist nicht erforderlich (betrifft wiederholte Unpünktlichkeit trotz Mahnung). RIS-Justiz RS0029813.

39. Protestversammlung (nach 17.1.1990, 9 ObA 347/89⁴⁰)

Ein Arbeitgeber (Großunternehmen) beabsichtigte, einen Teil seiner Fertigung von A nach B zu verlegen; die für diese Entscheidung anberaumte Aufsichtsratssitzung fand am 23.3.1988 statt. Da durch diese Verlegung eine erhebliche Zahl von Arbeitsplätzen gefährdet war und einige Aussprachen mit dem Vorstand ergebnislos verlaufen waren, beschloss der Betriebsrat am 22.3.1988 gleichzeitig mit der Aufsichtsratssitzung eine Protestversammlung abzuhalten. Am 23.3.1988 fuhr ein Großteil der Arbeitnehmer des Teilwerkes A mit Autobussen zur Zentrale, wo von 8.30 bis 9 Uhr eine Protestversammlung stattfand. Bei dieser Versammlung gab es außer der Protestaktion keine Tagesordnung.

In der Gehaltsabrechnung für April 1988 wurde den Teilnehmern dieser Versammlung, auch den Mitgliedern des Betriebsrates, das anteilige Entgelt für 2 Stunden als „unbezahlter Urlaub“ abgezogen.

Eine Regelung für Entgeltzahlung für Betriebsversammlungen oder sonstige Versammlungen der Arbeitnehmer durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung besteht nicht.

Anmerkung: Die Betriebsversammlung wurde nicht ordnungsgemäß einberufen; es gab auch keine Tagesordnung über einen Gegenstand, der durch Betriebsvereinbarung hätte geregelt werden können (der Betriebsrat hätte zB die Vertrauensfrage bei sonstigem Rücktritt stellen können).

In der Berufung brachte der klagende Betriebsrat vor, es wäre ein wichtiger persönlicher Grund vorgelegen. Bei qualifizierter Vertretung in erster Instanz scheidet dies am Neuerungsverbot (ausgenommen § 63 ASGG). Ein wichtiger persönlicher Grund ist in der „Suchzeit“ gegeben. Der drohende Arbeitsplatzverlust bzw ein Erschwernis bei dem Arbeitsweg ist mE kein wichtiger persönlicher Grund.

Für das einzelne Betriebsratsmitglied hingegen gehört es zu seinen Aufgaben, solche Aktionen zu organisieren. Für ihn bestünde ein Anspruch auf Weiterzahlung des Entgelts (vgl § 116 ArbVG). Das erstmalige Geltendmachen dieses Entgeltfortzahlungsanspruches in der Berufungsinstanz scheidet am Neuerungsverbot.

Kein Entgeltanspruch für zwei Stunden Arbeitsausfall; die betreffenden Arbeitnehmer waren nicht leistungsbereit iSd § 1155 Abs 1 ABGB.

Ergebnis: Streikende Arbeitnehmer haben mangels Leistungsbereitschaft grundsätzlich keinen Entgeltanspruch. RIS-Justiz RS0050967.

Nur die zu einer Betriebsversammlung teilnehmenden Mitglieder des Betriebsrates haben gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 116 ArbVG einen Entgeltfortzahlungsanspruch und gegenüber dem Betriebsratsfonds

⁴⁰ ARD 414616/90 = RdW 1990, 321 = EvBl 1990/94, 467 = Arb 10.837 = ZAS 1994/1, 20 (Aigner).

nach § 115 Abs 1 ArbVG Anspruch auf Ersatz der Fahrtkosten und sonstigen Barauslagen. RIS-Justiz RS0050958.

Ein Entgeltanspruch entsteht umso weniger aus der Teilnahme an einer Protestaktion, die gar keine Betriebsversammlung iSd §§ 40 ff ArbVG ist, sondern ein Kurzstreik. RIS-Justiz RS0050966

Dem Arbeitnehmer entsteht aus der Teilnahme an einer Betriebsversammlung kein Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für diesen Zeitraum. RIS-Justiz RS0050954.

40. Versetzung (nach 25.3.1980, 4 Ob 4/80⁴¹ und 4.3.1986, 14 Ob 7/86⁴²)

1. Ein bei einem Transportunternehmen tätiger **Lkw-Fahrer** kann nicht mehr für Überlandfahrten eingesetzt werden, weil der Überlandzug nicht mehr einsatzbereit ist und ein neuer vom Unternehmen nicht mehr angeschafft wurde. Der Fahrer wird daher auf einem kleineren Lkw für innerstädtische Zustellfahrten eingesetzt.

Bei Auslandsfahrten hatte der Fahrer Zulagen, Diäten usw, bei Verwendung im Inland gebührten solche nicht. Der Arbeitgeber hatte die vorherige Zustimmung des Betriebsrates nicht eingeholt.

Anmerkung: Nach der „**Zwei-Ebenen-Theorie**“ sind voneinander unabhängig die rechtlichen Voraussetzungen nach dem Arbeitsvertrag (Versetzung kann vertragskonform oder vertragsändernd sein) und nach der Arbeitsverfassung (dauernde dh länger als 13 Wochen verschlechternde Versetzung bedarf der vorausgehenden Zustimmung des Betriebsrates; unabhängig von der Zustimmung des Arbeitnehmers) zu prüfen.

Wenn der Lkw-Fahrer als solcher (und nicht als Lenker für Überlandfahrten) eingestellt worden ist, so ist er nach seinem Vertrag in gleicher Weise verpflichtet, als Überlandfahrer und für innerstädtische Zustellfahrten tätig zu werden.

Wenn der Spesenersatz eine Überpauschalierung ist, handelt es sich um eine entgeltverschlechternde Versetzung. Diese bedarf, wenn sie für voraussichtlich länger als 13 Wochen dauert, der Zustimmung des Betriebsrats. Wenn sich dieser weigert zuzustimmen, kann der Arbeitgeber (Betriebsinhaber) den Betriebsrat auf Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht klagen.

Ohne Zustimmung des Betriebsrates besteht Anspruch auf Weiterzahlung des Entgeltanteiles der Spesen für die Dauer der Verwendung des Lkw-Fahrers für innerstädtische Zustellfahrten.

Ergebnis: Die dauernde Einreihung eines Dienstnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz mit Verschlechterung der Lohnbedingungen oder sonstigen Arbeitsbedingungen bedarf auch dann der Zustimmung des Betriebsrates, wenn diese Einreihung auf Verlangen des betreffenden Dienstnehmers oder mit dessen Einwilligung geschieht. RIS-Justiz RS0018095.

2. In einem Spital wurde eine Angestellte, die als **Kanzleileiterin** in einer Abteilung tätig war, wobei sie eine verantwortliche und abwechslungsreiche Tätigkeit nach Art einer Arztsekretärin hatte, in eine Kanzlei (Schreibstube) versetzt, wobei sie ausschließlich Schreibarbeiten nach Tonbanddiktat verrichtete.

⁴¹ ARD 3235/13/80.

⁴² Arb 10.500 = RdW 1986, 219 = DRdA 1986, 436.

Der Betriebsrat hat dieser, von der Angestellten wegen des Abstieges im „innerbetrieblichen Sozialgefüge“ als verschlechternd empfundenen Versetzung nicht zugestimmt.

Anmerkung: Diese Versetzung bedeutet bei gleichbleibendem Entgelt eine Verschlechterung der sonstigen Arbeitsbedingungen.

Angestellte kann klagen, es werde festgestellt, dass sie nicht verpflichtet sei, ausschließlich Schreibarbeiten nach Tonbanddiktat zu verrichten. Das ist nur mit einem geringen Risiko verbunden. Sie kann sich auch weigern, auf dem neuen Arbeitsplatz zu arbeiten. Sie riskiert damit eine Entlassung, die allerdings unberechtigt wäre.

Ergebnis: Eine bloße Einschränkung des Tätigkeitsbereiches erfüllt die Voraussetzungen einer Versetzung iSd § 101 ArbVG nicht. RIS-Justiz RS0051227.

Verschlechterung ist jede Änderung zum Nachteil des Arbeitnehmers. In diesem Zusammenhang kommen materielle, aber auch immaterielle Nachteile in Betracht. Maßgebend ist ein Vergleich der Situation des Arbeitnehmers vor der Versetzung mit der Lage, die infolge der Versetzung eintreten würde (hier: eingetreten ist). Entgelt ist im weitesten Sinn zu verstehen. Unter den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ist auch die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, dessen Beschaffenheit, Sicherheit oder Gefahr, die Schwere (Erschwerung) der Arbeitsleistung, die Länge der Anreise, die Vertrautheit des Arbeitnehmers mit den Arbeitsbedingungen, insbesondere mit seinen Untergebenen oder mit den Kunden zu verstehen. Ist mit einer Versetzung sowohl eine Verschlechterung als auch eine Besserstellung des betroffenen Arbeitnehmers verbunden, sind diese gegensätzlichen Folgen gegeneinander abzuwägen. RIS-Justiz RS0051209.

Versetzung iSd § 101 ArbVG umfasst nicht nur einen Wechsel des Arbeitsortes, sondern auch eine wesentliche Änderung des dem Arbeitnehmer zugewiesenen Tätigkeitsbereiches. RIS-Justiz RS0025205.

Verschlechterung der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ bei gleichbleibendem Lohn ist anzunehmen, wenn bei Ausübung der neuen Tätigkeit die Sicherheit des Dienstnehmers in höherem Maß gefährdet ist als früher oder wenn diese Tätigkeit größere Anforderungen an die psychische oder physische Kraft des Arbeitnehmers stellt, aber auch dann, wenn die Versetzung mit einer Minderung seines Ansehens verbunden ist, also gewissermaßen einer „Degradierung“ des Arbeitnehmers gleichkommt. RIS-Justiz RS0051123.

41. Betriebsbedingte Kündigung; Sozialwidrigkeit (nach 15.3.1989, 9 ObA 279, 280/88⁴³)

In einem Großbetrieb (Planung, Herstellung und Vertrieb von kunststoffverarbeitenden Maschinen, überwiegend für den Export) werden 2 Arbeitnehmer mittleren Alters gekündigt. Arbeitgeber macht Rationalisierungsnotwendigkeit wegen massiver Exportrückgänge geltend.

Betriebsrat ficht die Kündigung wegen mangelnder sozialer Rechtfertigung an.

Anmerkung: Diese Entscheidung war die erste Kündigungsanfechtung nach dem Inkrafttreten des ASGG, womit eine Änderung der Zuständigkeit vom VwGH zum OGH (früher Einigungsamt, danach Arbeits- und Sozialgericht) als letzte Instanz eintrat. Der VwGH hat die Wortfolge „es sei denn“ in § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG als negative Bedingung der Kündigungsanfechtung ausgelegt. Der OGH hat demgegenüber eine Interessenabwägung zwischen betrieblichen Interessen und der Gründe, die die Kündigung sozial ungerechtfertigt machen, vorgenommen.

⁴³ RdW 1989, 199 = DRdA 1989/24, 389 (Floretta) = wbl 1989, 217 = Arb 10.771 = infas 1989/A 39.

Die Vielzahl der Rechtssätze erklärt sich dadurch, dass der OGH in dieser Entscheidung umfassende Richtlinien für die Gerichte gegeben hat (und die Rechtsprechung des VwGH nicht fortgeschrieben werden sollte).

Die Vorinstanzen haben die Kündigung durch betriebliche Gründe als (jedenfalls) gerechtfertigt beurteilt; der OGH hob diese Entscheidung auf und trug dem Erstgericht eine Ergänzung des Beweisverfahrens im Sinne einer vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers (am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) und dem Auflösungsinteresse des Arbeitgebers auf.

Ergebnis: Macht der Anfechtende keine Vergleichspersonen namhaft und erstattet er kein entsprechendes Vorbringen, hat ein **Sozialvergleich** zu unterbleiben. RIS-Justiz RS0051897..

Die Gerichte sind nicht dazu berufen, die Zweckmäßigkeit oder objektive Richtigkeit der vom Betriebsinhaber getroffenen Maßnahmen im Rahmen des Verfahrens über eine Kündigungsanfechtung zu überprüfen oder dem Betriebsinhaber gar wirtschaftliche Maßnahmen vorzuschreiben, weil es sich bei den festgestellten Rationalisierungsmaßnahmen um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens handelt. RIS-Justiz RS0051649.

Bei den Ausnahmetatbeständen der Z 2 lit a und b des § 105 Abs 3 ArbVG handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die einer Konkretisierung durch Abstufung fähig und bedürftig sind. Eine starre und lediglich wortorientierte, begriffslogische Betrachtungsweise würde dem gleichberechtigten Mitentscheidungsrecht der Belegschaft nach § 105 ArbVG den Anwendungsbereich nehmen, wenn ohnehin ausschließlich (allenfalls geringe) betriebliche Interessen bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung entscheidend wären. Sie stünde auch mit der auf eine Verstärkung des Kündigungsschutzes gerichteten Absicht des Gesetzgebers in Widerspruch. RIS-Justiz RS0051933.

Ob insbesondere bestimmte wirtschaftliche Umstände als betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen und damit die Sozialwidrigkeit der Kündigung ausschließen, anzusehen sind, ist durch Vornahme einer Abwägung der beeinträchtigten wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers mit den Interessen des Betriebes zu untersuchen. RIS-Justiz RS0051994.

Kündigt der Betriebsinhaber eine Mehrzahl von Arbeitnehmern, ist das Vorliegen der betrieblichen Erfordernisse für jeden einzelnen Arbeitnehmer zu prüfen. Der Betriebsinhaber hat hier auch die sozialen Interessen seiner Arbeitnehmer zu berücksichtigen und muss trotz der Rationalisierungsmaßnahmen alle ihm zumutbaren Möglichkeiten ausschöpfen, um sie weiter zu beschäftigen. Er darf insbesondere Arbeitnehmer nicht in der Absicht kündigen (verpönte „Austauschkündigung“), sie durch neue zu ersetzen (DRdA 1988/10 (Floretta)). RIS-Justiz RS0051989.

Kann der gekündigte (ältere) Arbeitnehmer statt eines neu eingestellten Arbeitnehmers oder in einer anderen Abteilung weiterhin verwendet werden, ist die Kündigung nicht betriebsbedingt. RIS-Justiz RS0051983.

Bei Lösung der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, muss vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen oder Tatbestandsmerkmalen geprüft werden, ob durch sie wesentliche Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beeinträchtigt werden. RIS-Justiz RS0051640.

Auch wenn wirtschaftliche Gründe die quotenmäßige Kündigung von Arbeitnehmern erforderlich machen, um die Personalkosten zu senken, darf die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer nicht in einer sich jeder Nachprüfbarkeit entziehenden Weise willkürlich und ohne jede Berücksichtigung der Beeinträchtigung ihrer wesentlichen Interessen erfolgen (9 ObA 39/89). RIS-Justiz RS0051966.

Liegen bei der in der wirtschaftlichen Lage begründeten Kündigung betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers entgegenstehen, vor und überwiegen die wesentlichen Interessen des Gekündigten die betrieblichen Nachteile, ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt. Überwiegen dagegen die betrieblichen Interessen die wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes, ist die Kündigung sozial gerechtfertigt. RIS-Justiz RS0052004.

Bei der Beurteilung des Anfechtungsgrundes des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist auf den Zeitpunkt der durch die angefochtene Kündigung herbeigeführten Beendigung des Arbeitsverhältnisses (**Konkretisierungszeitpunkt**) abzustellen. RIS-Justiz RS0051772.

Aus dem Begriff „Erfordernisse“ ist abzuleiten, dass es sich um Gründe handeln muss, die eine Kündigung notwendig machen. Die Notwendigkeit der Kündigung kommt aber in dem Mangel eines Bedarfes gerade für den betreffenden Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung aus diesen wirtschaftlichen, betriebsbezogenen Gründen zum Ausdruck. RIS-Justiz RS0051899.

Die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit dieses Kündigungsgrundes (Abs 3 Z 2 lit b) hat durch Vornahme einer Abwägung der tatbestandsmäßig bereits feststehenden beeinträchtigten Interessen des Arbeitnehmers mit den Interessen des Betriebes zu erfolgen. Soweit im hohen Maße Überstunden anfallen, ist zu untersuchen, ob ihre Verrichtung im Einzelfall den Arbeitnehmerschutzvorschriften entspricht und ob sie zumindest zum Teil vermeidbar sind. RIS-Justiz RS0051970.

Die Kündigungsgründe des § 105 Abs 3 Z 2 lit a und b ArbVG schließen als negatives Anfechtungstatbestandsmerkmal die Annahme einer ansonsten, nämlich wegen Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers, sozial ungerechtfertigten Kündigung aus. Sie setzen aber das Vorliegen einer durch die Kündigung bewirkten Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers voraus (ansonsten wäre ja die Kündigung von vornherein nicht sozialwidrig) und berechtigen den Betriebsinhaber, ungeachtet dieser sozialen Auswirkungen zur Kündigung. Die Verwirklichung eines Ausnahmetatbestandes hebt sohin die Sozialwidrigkeit der Kündigung auf. RIS-Justiz RS0051929.

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. RIS-Justiz RS0051753.

Als Faustregel gilt, dass der Arbeitnehmer eine Einkommensminderung von etwa 10% hinnehmen muss, ohne dass dies schon sozialwidrig wäre; ebenso eine dreimonatige Arbeitslosigkeit.

Bei der Untersuchung, ob durch die Kündigung eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen eintritt, ist 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; darüber hinaus sind aber auch die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers einzubeziehen, 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. RIS-Justiz RS0051703.

Der Anfechtende muss beweisen, dass die Kündigung wesentliche Interessen des Gekündigten beeinträchtigt. Im Rahmen der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals ist auch das Einkommen des Ehegatten zu berücksichtigen und die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu verneinen, wenn in Anbetracht des hohen Einkommens des Ehegatten durch den Wegfall des erheblich niedrigeren Einkommens des Gekündigten eine fühlbar ins Gewicht fallende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Gekündigten nicht zu besorgen ist. RIS-Justiz RS0051845.

Bei Kündigungen muss die weitere Verwendungsmöglichkeit der betroffenen Arbeitnehmer auf den Gesamtbetrieb hin überprüft werden. Kann der betroffene Arbeitnehmer in einer anderen Abteilung verwendet werden, ist die Kündigung nicht betriebsbedingt; handelt es sich aber um eine eher ungewöhnliche Möglichkeit der Weiterverwendung im Betrieb, muss der Arbeitnehmer selbst initiativ werden und sich um diese Stelle nach Bekanntwerden der betriebsinternen Ausschreibung bewerben. RIS-Justiz RS0051923.

Ist die Betriebsbedingtheit einer Kündigung erwiesen, ist eine Prüfung der Frage, ob wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden, nicht vorzunehmen; das Gleiche gilt bei Vorliegen von in der Person des Arbeitnehmers gelegenen, die betrieblichen Interessen nachteilig berührenden Umständen. RIS-Justiz RS0051762.

Eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers ist bereits gegeben, wenn durch die Kündigung eine bloß finanzielle Schlechterstellung verursacht wird; es muss die Kündigung nicht mehr die Existenzgrundlage durch dauernde Arbeitslosigkeit gefährden. Schon der Verlust eines wesentlichen Vorteils aus dem Arbeitsverhältnis rechtfertigt aufseiten des Arbeitnehmers den Schutz nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, und zwar auch dann, wenn der Lebensunterhalt des Gekündigten anderwärts ausreichend gesichert ist. VwGH vom 28.06.1977, 2300/75; Arb 9599 = ZAS 1978/25, 188 (*Floretta*).. RIS-Justiz RS0051727.

Die Kündigung ist nur dann in den Betriebsverhältnissen gerechtfertigt, wenn im gesamten Betrieb gerade für den betroffenen Arbeitnehmer kein Bedarf mehr gegeben ist und schließlich dem Arbeitgeber auch durch keine andere soziale Maßnahme die Erhaltung des Arbeitsplatzes zuzumuten ist. RIS-Justiz RS0051942.

Als betriebliche Verhältnisse kommen wirtschaftliche, technische und organisatorische Belange in Betracht; auch die Ertragslage des Unternehmens ist wesentlich mit zu berücksichtigen. RIS-Justiz RS0051812.

Bei der Beurteilung, ob die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse begründet ist, ist von dem Sachverhalt auszugehen, der im Zeitpunkt der Anfechtung der Kündigung gegeben ist. RIS-Justiz RS0051960.

42. Kündigung wegen Bemühung, einen Betriebsrat zu wählen (Motivkündigung) (nach 14.11.1986, 8 ObA 2308/96m⁴⁴)

In einem Betrieb mit ca 50 Mitarbeitern kam es infolge von Sparmaßnahmen zu (personellen) Umstrukturierungen, die zu Unzufriedenheit der Mitarbeiter führten. Nach Einholung von rechtlichen Informationen über die Errichtung eines Betriebsrates überreichte A am Montag, dem 19.9.1994, den Geschäftsführern ca 30 Unterstützungserklärungen für eine Betriebsversammlung, die am Dienstag, dem 20. dM stattfand. Seitens der Geschäftsführung wurde die Errichtung eines BR nicht gewünscht, einige Mitarbeiter meinten, es würde dadurch das Betriebsklima verschlechtert. Deshalb unterblieb die

⁴⁴ SZ 69/156 = DRdA 1997/39, 323 (*Ritzberger-Moser*) wbl 1997, 209 = Arb 11.568.

Wahl eines Wahlvorstandes. Am Mittwoch, dem 21.9.1994, wurde A zum 31.12.94 gekündigt und sogleich dienstfrei gestellt. Es konnte nicht festgestellt werden, dass die Geschäftsführung vor Übergabe der Unterschriftenliste mit den Unterstützungserklärungen beabsichtigte, A zu kündigen. Am 28.9.94 gibt A eine Klage zu (gerichtlichem) Protokoll.

Anmerkung: Es handelt sich offensichtlich um eine **Motivkündigung** (§ 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG). Wegen der knappen Anfechtungsfrist von einer Woche ist Eile geboten.

Das Klagebegehren ist auf Rechtsgestaltung gerichtet. („Die am ... ausgesprochene Kündigung des Klägers ist rechtsunwirksam.“)

Der Kläger wandte sich zeitgerecht an das Gericht; seine Klage wurde durch einen Rechtspraktikanten zu Protokoll genommen. Er hat zum naheliegenden Einwand der beklagten Partei, die Kündigung sei verhaltensbedingt, nur ganz allgemein vorgebracht, der Kläger habe sonst keinen Kündigungsgrund gesetzt.

Wegen der kurzen Anfechtungsfrist von einer Woche ist das Nachschieben von Anfechtungsgründen ausgeschlossen. Hier aber lag insoweit eine Ausnahme vor, als die protokollierte Wendung, der Kläger habe keinen Kündigungsgrund gesetzt, auf eine unzureichende Protokollierung zurückzuführen ist. Da Gerichtsfehler nicht zulasten der betroffenen Partei gehen dürfen, wurde dem Kläger, der inzwischen durch einen qualifizierten Vertreter vertreten war, die ansonsten unzulässige Geltendmachung von Anfechtungsgründen in einem vorbereitenden Schriftsatz ermöglicht.

Für das verpönte Motiv ist der Kläger „bescheinigungsbelastet“. Durch den zeitlichen Zusammenhang – Kündigung des Klägers einen Tag nach der Betriebsversammlung – ist das verpönte Motiv schon so bescheinigt, dass sonstige (verhaltensbedingte) Gründe bei der Abwägung schwer vorstellbar sind. Innere Vorgänge der Willensbildung sind regelmäßig nicht oder nur schwer beweisbar; daher ist bei Motivkündigungen nur eine Bescheinigung des Motivs und des vom beklagten Arbeitgeber geltend gemachten Kündigungsgrundes vorgeschrieben (§ 105 Abs 5 ArbVG).

Dem Klagebegehren wurde stattgegeben; dh das Arbeitsverhältnis ist ungeachtet der Motivkündigung weiterhin aufrecht. Das Begehren auf Nachzahlung gründet sich auf § 1155 Abs 1 ABGB. Dieser Zeitraum ist bei einem bis zum OGH geführten Prozess lang. Der Kläger muss sich anrechnen lassen, was er durch ein anderes Arbeitsverhältnis verdient hat. Nur ein Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis ist anzurechnen, nicht aber die Arbeitslosenunterstützung (Schutzzweck des ALVG ist der einkommenslose Arbeitnehmer, nicht aber die „Verbilligung“ einer verpönten Kündigung). Diese ist bei Entgeltnachzahlung an das AMS zurückzuzahlen.

Der vorliegende Fall eignet sich – geradezu beispielhaft – für die vorläufige Vollstreckbarkeit des ersten Urteils erster Instanz (§ 61 Abs 1 Z 1 ASGG).

Ergebnis: Das **Nachschieben von Anfechtungsgründen** nach Ablauf der Anfechtungsfrist ist unzulässig und eine Klagsänderung durch Geltendmachung eines neuen Anfechtungsgrundes ausgeschlossen. Es ist aber in dem Rahmen, in dem eine erweiterte Anleitung und Belehrung durch das Gericht zu erfolgen hat, eine Konkretisierung der fristgebundenen Anfechtungsgründe zulässig, wenn diese von dem allgemeinen Anfechtungsvorbringen umfasst sind. Hier: Der Kläger brachte in der Protokollarklage vor, „er habe seine Dienstpflichten stets ordnungsgemäß erfüllt und betrachte daher die ausgesprochene Kündigung als nicht gerechtfertigt“. Durch dieses Vorbringen sind sowohl die Anfechtungsgründe nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG als auch jene nach Z 2 leg cit umfasst. RIS-Justiz RS0106300.

Für die Anfechtung von Kündigungen genügt es, dass das verpönte Motiv für die Kündigung wesentlich ist; es ist nicht notwendig, dass das Motiv ausschließlicher Beweggrund ist. RIS-Justiz RS0051661.

Macht der Arbeitnehmer glaubhaft, dass die Benachteiligung auf das verpönte Motiv zurückzuführen ist, dann ist eine unzulässige Benachteiligung anzunehmen, sofern nicht der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass ein anderes Motiv mit höherer Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend war. RIS-Justiz RS0052037.

Wohl lassen die §§ 84, 474 Abs 2 und 495 ZPO idF der ZVN 1983 auch eine Verbesserung einer Berufungsschrift zu, in der vorgeschriebenes Vorbringen fehlt. Inhaltliche Mängel eines Schriftsatzes im Sinne sachlich unrichtiger oder un schlüssiger Ausführungen sind jedoch auch nach dem neuen Recht nicht verbesserungsfähig. Der weiter gehenden Ansicht von *Konecny* (Zur Erweiterung der Verbesserungsvorschriften, JBl 1984, 13), der auch Unschlüssigkeiten für verbesserbar hält, kann nicht gefolgt werden. Durch die ZVN 1983 wurde die Möglichkeit der Verbesserung von fristgebundenen Schriftsätzen auch für Inhaltsmängel erheblich erweitert, sofern die Formvorschriften nicht absichtlich und missbräuchlich verletzt wurden. (T10) RIS-Justiz RS0036173.

43. Kündigung eines Heizungstechnikers (nach 22.12.1994, 8 ObA 335/94⁴⁵)

Ein etwas über 40 Jahre alter Techniker, beschäftigt mit der Konstruktion von Holzgefeuerten Öfen, in einem Betrieb in einem relativ abgelegenen Gebiet, wird wegen der Umstellung der Produktion auf Gas- und Ölöfen gekündigt. Er ist – laut AG – unterdurchschnittlich verwendbar; es gab schon früher Probleme mit seiner Urlaubseinteilung. Er ist Witwer und sorgepflichtig für 3 Söhne zwischen 11 und 18 Jahren. AG stellt einen neuen Techniker mit beruflicher Erfahrung für Gas- und Ölbrenner ein.

Anmerkung: Ein Vierzigjähriger findet auf dem Arbeitsmarkt nur mehr erschwert einen neuen Arbeitsplatz, der – voraussichtlich – ein längeres Pendeln erforderlich macht. Arbeitgeber muss vorbringen, dass Kläger unterdurchschnittlich verwendbar ist und dies konkretisieren bzw vorbringen, inwiefern die Brennertechnik bei holzbetriebenen Brennern verschieden ist zu der von ölbetriebenen (ob eine kurze Umschulung ausreichend ist oder nicht). Behauptete Schwierigkeiten bei der Urlaubseinteilung sind in der besonderen Situation des Klägers als alleinerziehender Vater von drei Söhnen – Bindung an Schulferien – begründet.

Klagebegehren: Die am ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam oder ... wird für rechtsunwirksam erklärt.

Ergebnis: Kündigung ist unwirksam.

Die von der beklagten Partei geltend gemachten betrieblichen Gründe, infolge Umstellung der Konstruktion von Holz- auf Gas- und Ölöfen sei der Arbeitsplatz des Klägers als Konstrukteur für Holzöfen weggefallen, lassen die Feststellungen außer Acht, dass nach einer „gewissen Anlaufzeit“ ein Konstrukteur von Holzöfen auch für Gas- und Ölöfen eingesetzt werden könne (ON 18, AS 99). Im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht (siehe insbesondere SZ 63/119 = Arb 10.874 = WBl 1991, 27 mit zustimmendem Aufsatz von *Floretta* WBl 1991, 14; uva) und angesichts der erheblichen sozialen Interessenbeeinträchtigung des Klägers, der zufolge seines Alters von über 40 Jahren erhöhte Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche hat und dessen Mobilität auf dem Arbeitsmarkt nach dem Tod seiner Frau als Alleinerzieher von drei heranwachsenden Söhnen im Alter von 11 bis 18 Jahren eingeschränkt ist, hätte die beklagte Partei dem Kläger die Umstellung auf eine andere Brennerkonstruktion bzw das Einarbeiten in ein nur relativ neues Arbeitsgebiet ermöglichen müssen;

⁴⁵ ARD 4653/19/95 = RdW 1995, 272 = Arb 11.346.

wenn sie stattdessen einen „Spezialisten“ einstellt, für den lediglich die Einarbeitungsphase entfällt, kann sie sich nicht auf den Wegfall des Arbeitsplatzes berufen. Ihr „Recht auf Einstellung eines Spezialisten“ wird insoweit eingeschränkt, als ein vom Arbeitgeber herbeigeführter Personalüberhang keinen betrieblichen Kündigungsrechtfertigungsgrund darstellt. Die dem Kläger unterlaufenen, nicht schwerwiegenden Konstruktionsfehler (dass es sich dabei um Fehler gehandelt habe, die einem Konstrukteur üblicherweise nicht unterlaufen, wurde nicht festgestellt) rechtfertigen die Kündigung ebenso wenig wie die Vorbehalte des Klägers gegenüber einer Mitarbeit bei der Erzeugung von Spielautomaten, zumal es in diesem Tätigkeitsbereich nicht so viel Arbeit gegeben hätte, dass der Kläger hätte weiterbeschäftigt werden können (AS 102). Die vorübergehenden Einarbeitungsschwierigkeiten bei der Umstellung im Arbeitsgebiet des Klägers und die ihm unterlaufenen, nicht schwerwiegenden Fehler rechtfertigen auch keineswegs einen Schluss auf eine „unterdurchschnittliche Verwendbarkeit“. Das von der Rechtsmittelwerberin angeführte Zitat (E 279 zu § 105 ArbVG in *Dittrich-Tades ArbR*) ist durch die Rechtsprechung (insbesondere Arb 10.771 = WBl 1989, 217 = RdW 1989, 199 = DRdA 1989/24, 389 = ind 1860 infas 1989/A 39 ua) insoweit überholt, als in Abkehr von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine isolierte Berücksichtigung der Kündigungsrechtfertigungsgründe nicht mehr erfolgt (vgl. *Tomandl*, Die sozialwidrige Kündigung).

Eine fehlende Zusammenarbeitsbereitschaft (wie sie ua im Falle der Entscheidung vom 8.9.1993, 9 ObA 146/93 = DRdA 1994/29, 332 = WBl 1994, 162 = *ecolx* 1993, 846 erwähnt wird) wurde nicht annähernd festgestellt. Die Meinungsverschiedenheiten beim Urlaubsantritt des Klägers im Sommer 1992 können eine vier Monate später erfolgte Kündigung nicht mehr rechtfertigen, zumal nicht festgestellt wurde, dass der Kläger habituell geneigt war, betriebliche Erfordernisse bei seiner Urlaubsplanung zu vernachlässigen. Vielmehr kommt seinen persönlichen Interessen als Alleinerzieher von drei minderjährigen schulpflichtigen Kindern typischerweise erhöhtes Gewicht zu.

B. Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen

44. Versagung des Krankengeldes (nach 18.1.1994, 10 Ob 259/93)

Der am 27.8.1964 geborene Kläger konsumiert seit dem 16. Lebensjahr regelmäßig Suchtgifte aller Art. Seit mindestens zehn Jahren besteht eine körperliche und psychische Abhängigkeit im Sinne einer Polytoxikomanie einschließlich des Morphin- und Kokaintyps in einem weit fortgeschrittenen Stadium. Am späten Nachmittag oder frühen Abend des 18.7.1990 schnupfte er mit Freunden vier oder fünf Prisen Kokain. Gegen 22.15 Uhr fuhr er mit dem Zug nach Innsbruck, wo er gegen 1.30 Uhr ankam. Für den direkten Weg zu seiner Wohnung brauchte er etwa 30 Minuten. Nach Betreten seines im 4. Stock gelegenen Zimmers versuchte er, das Fenster zu schließen. Dies gelang ihm nicht, weil er den Rollladen nicht hochziehen konnte. Da er sehr müde war, legte er sich dann sofort auf das zugeschlagene Bett, ohne Kleidung und Schuhe abzulegen. Er wollte sich nur kurz ausruhen und dann das Zimmer aufräumen, schlief jedoch ein. Später stürzte er aus dem Fenster auf die Straße, wo er um 3.05 Uhr schwer verletzt gefunden wurde. Durch den Sturz erlitt er lebensgefährliche Verletzungen und war lang bewusstlos. Infolge dieser Verletzungen war er vom 19.7.1990 bis 31.8.1991

arbeitsunfähig. Bis 14.1.1991 bezog er vom beklagten Träger der Krankenversicherung Kranken- bzw Taggeld. Die Ursache des Sturzes aus dem Fenster war mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ein sog Kokaindelir. Dieses entwickelt sich innerhalb von 24 Stunden nach dem Konsum von Kokain. Es ist durch taktile und olfaktorische Halluzinationen, Affektlabilität, gewalttätiges und aggressives Verhalten gekennzeichnet, das oft die Fixierung des Betroffenen erfordert. Differentialdiagnostisch käme auch eine kokaininduzierte wahnhafte Störung infrage. Bei einer solchen kommt es zu Verzerrungen des Körperbildes, Fehlwahrnehmungen, aggressiven oder gewalttätigen Handlungen, Halluzinationen und Unruhezuständen. Eine Kokainintoxikation zum Unfallszeitpunkt ist mit großer Wahrscheinlichkeit auszuschließen, weil der Kläger das Kokain mehrere Stunden vorher genommen hatte und bis dahin von anderen Intoxikationserscheinungen frei war. Er befand sich im Unfallszeitpunkt in einem Zustand, der relativ plötzlich im Rahmen eines beginnenden Entzuges auftritt. Die als Folgen des Drogenkonsums auftretenden Komplikationen können sich auch bei sehr erfahrenen Drogenkonsumenten einstellen. Es handelt sich um schwer kalkulierbare Zwischenfälle, mit denen aber jederzeit gerechnet werden muss.

Anmerkung: Im Allgemeinen sind Leistungen der Sozialversicherung ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Versicherten bei Herbeiführung des Versicherungsfalles zu gewähren (Grundsatz der Finalität). Nur ausnahmsweise führt das Verschulden des Versicherten zu einer **Verwirkung des Geldanspruches**, während der Anspruch auf Sachleistungen (Krankenbehandlung) gewahrt bleibt (§ 88 ASVG).

Das Mitverschulden des Versicherten wirkt sich nur gegenüber dem haftpflichtigen Dritten aus, nicht aber gegenüber der Krankenkasse (bzw Unfallversicherungsanstalt); bei einer Legalzession (zB § 332 ASVG) geht in der gekürzten Quote der Anspruch der Sozialversicherung einem allfälligen Anspruch des Verletzten vor (sog **Quotenvorrecht**).

In der Unfallversicherung hingegen gilt der Grundsatz der Kausalität (Theorie der wesentlichen Bedingung); eine Leistung wird unter der Voraussetzung gewährt, dass die wesentliche Bedingung aus dem Kreis der gesetzlich geschützten Tätigkeiten herrührt.

Ebenso führt eine erhebliche Alkoholisierung zur Verwirkung des Leistungsanspruchs, wenn die Arbeitsunfähigkeit sich als unmittelbare Folge von Trunkenheit erweist.

Ergebnis: Klagebegehren auf Krankengeld wurde abgewiesen (abgesehen vom Anspruch der bedürftigen Angehörigen (§ 142 Abs 2 ASVG)).

Der Gesetzgeber sieht die Verwirkung des Anspruches auf Krankengeld vor, wenn das zum Entstehen eines Leistungsanspruches führende Verhalten als Missbrauch der Sozialversicherung oder als ein von der Gemeinschaft nicht zu prästierendes Verhalten angesehen wird. In einem solchen Fall entsteht trotz Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale überhaupt kein Leistungsanspruch des sonst Leistungsberechtigten. RIS-Justiz RS0083965.

45. Heimfahrt nach überlanger Gemeinschaftsveranstaltung (nach 12.3.1996, 10 Ob 246/95⁴⁶)

⁴⁶ SSV-NF 10/25 = ecolex 1996, 700 = ARD 4761/34/1996 = SZ 69/64.

Der Kläger ist als Amtstierarzt bei der Bezirkshauptmannschaft *****beschäftigt. Er ist auch Mitglied der Personalvertretung. Am 17.12.1992 wurde in der Bezirkshauptmannschaft eine Vorweihnachtsfeier veranstaltet. Die Organisation dieser Feier wurde von der Personalvertretung durchgeführt. Die Weihnachtsfeier gliederte sich in einen offiziellen und einen inoffiziellen Teil. Der offizielle Teil begann um 16.00 Uhr; an diesem Teil der Feier nahmen etwa 100 Bedienstete teil. Es wurden Reden gehalten, es wurde der Ereignisse im abgelaufenen Jahr gedacht und es wurden neu eingetretene Mitarbeiter begrüßt. Der offizielle Teil schloss um etwa 18.00 Uhr, der „inoffizielle“ Teil begann unmittelbar daran anschließend mit einem Buffet, das ebenfalls in den Räumlichkeiten der Bezirkshauptmannschaft stattfand. Die Mitarbeiter hatten dabei die Möglichkeit, neben privaten Gesprächen und Kontakten auch dienstliche Kontakte zu pflegen. Der Bezirkshauptmann verließ die Feier gegen Mitternacht, ebenso zahlreiche andere Mitarbeiter. Die letzten Teilnehmer, der sog „harte Kern“, bestehend aus etwa 10 bis 20 Personen, unter denen sich auch der Kläger befand, verblieben bis etwa 2.00 Uhr früh. Die Gläser oder das Geschirr haben die letzten Teilnehmer der Feier nicht weggeräumt. Auf der Heimfahrt um etwa 2.20 Uhr wurde der Kläger als Lenker seines Pkw bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt. Im Zeitpunkt der Untersuchung wies er einen Blutalkoholwert von 1,44 Promille auf. Der Lenker des gegnerischen Fahrzeuges sowie dessen Beifahrer wurden durch den Unfall getötet. Nach der Anzeige des Gendarmeriepostenkommandos T***** war das dem Kläger entgegenkommende Fahrzeug aus ungeklärter Ursache ins Schleudern und auf die linke Fahrbahnhälfte geraten. Die Staatsanwaltschaft legte diese Anzeige zurück, weil sie keine genügenden Gründe fand, die gerichtliche Verfolgung des Klägers zu verlangen.

Mit Bescheid der beklagten Partei vom 25.4.1994 wurde der Vorfall vom 18.12.1992 nicht als Dienstunfall anerkannt und ausgesprochen, dass Leistungen gemäß §§ 88 ff B-KUVG nicht gewährt würden.

Anmerkung: Eine **Gemeinschaftsveranstaltung** steht unter dem Schutz der Unfallversicherung, wenn sie der Pflege der Gemeinschaft dient, grundsätzlich allen Betriebsangehörigen offensteht, solange die Autorität des Arbeitgebers bzw seines Stellvertreters gegeben ist. Dies gilt auch für Betriebssportveranstaltungen, sofern nicht der wettkampfmäßige Gesichtspunkt im Vordergrund steht.

Alkoholisierung (von 1,44 ‰) löst den Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit, wenn ein Versicherter derart betrunken ist, dass er zu keiner Arbeit mehr fähig ist oder wenn der Alkoholgenuss die rechtlich allein wesentliche Ursache des Unfalls bildet.

Klagebegehren (gerichtet auf Versehrtenrente im gesetzlichen Ausmaß; Feststellung, dass die namentlich angeführten Verletzungen die Folge eines Arbeitsunfalls sind) abgewiesen.

Ergebnis: Nach § 90 Abs 1 B-KUVG (entspricht § 175 Abs 1 ASVG) sind Dienstunfälle Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit dem die Versicherung begründenden Dienstverhältnis oder mit der die Versicherung begründenden Funktion ereignen. Trägt eine Weihnachtsfeier wie im vorliegenden Fall den Charakter einer **betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltung**, dann steht sie grundsätzlich auch unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. Mit der Beendigung der Betriebsveranstaltung endet grundsätzlich auch der Unfallversicherungsschutz. Eine betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung endet ganz allgemein, wenn sie nicht mehr von der Autorität des Dienstgebers oder

der von ihm beauftragten Person getragen ist. Das Ende der Gemeinschaftsveranstaltung tritt aber nicht schon stets dann ein, wenn der Dienstgeber oder sein Vertreter selbst die Veranstaltung verlässt; sie können auch andere Personen mit der Weiterführung der Betriebsfeier beauftragen. Um Zweifel zu vermeiden, ist es allerdings zweckmäßig, wenn der Dienstgeber, sein Vertreter oder ein Beauftragter das Zusammensein für beendet erklärt, sofern sich dies nicht eindeutig aus den Umständen ergibt. In solchen Fällen ist auch der anschließende Heimweg versichert (vgl. *Brackmann*, Handbuch der SV), 72. Nachtrag 482 s; *Lauterbach*, Unfallversicherung³ 220/1; *Podzun*, Unfallsachbearbeiter 102, 11; deutsches BVerwG JZ 1989, 501). Die vom Berufungsgericht in Anschluss an die Entscheidung SSV 24/89 vertretene Auffassung, dass nur eine verhältnismäßig kurzwährende betriebliche Feier unfallversicherungsgeschützt sei, kann in dieser Allgemeinheit nicht geteilt werden. Entscheidend darf auch nicht sein, ob im Verhältnis zur Gesamtzahl der Teilnehmer noch ein ins Gewicht fallender Teil der Betriebsangehörigen anwesend ist: wie lange dieses Kriterium gegeben ist, kann nämlich vom einzelnen Betriebsangehörigen schwer festgestellt werden (*Brackmann* aaO 482 s I). Der Oberste Gerichtshof tritt der Auffassung bei, dass die betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung im Regelfall ihren dienstlichen Charakter behält, bis ihre Beendigung ausdrücklich erklärt wird oder sich aus anderen Umständen ergibt. Bleiben einige Belegschaftsmitglieder nach Schluss der Betriebsveranstaltung von sich aus noch längere Zeit zusammen, so steht dieses Zusammensein in der Regel nicht mehr unter Unfallversicherungsschutz. Das spätere Verweilen dient dann nur noch privater Geselligkeit (*Podzun* aaO und *Lauterbach* aaO unter Hinweis auf Judikatur des BSG). Kürzeres Verbleiben im Anschluss an die beendete Gemeinschaftsveranstaltung wird den Zusammenhang in der Regel nicht lösen, während mehrstündiges Nachfeiern den Zusammenhang meist aufheben wird (*Podzun* aaO).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, dann kommt dem Umstand, dass der Bezirkshauptmann die Feier um Mitternacht verlassen hatte, für sich allein ebenso wenig entscheidende Bedeutung zu wie der weiteren Tatsache, dass sich um 2.00 Uhr früh nur mehr 20 Personen (der Kläger selbst sprach allerdings von nur 10 Personen) am Ort der Feier aufhielten. Da nach den Feststellungen die Feier von niemandem ausdrücklich für beendet erklärt wurde, kommt es darauf an, ob sich das Ende dieser Feier aus anderen Umständen mit der erforderlichen Eindeutigkeit ergab. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Gemeinschaftsveranstaltung trotz ihrer langen Dauer als noch von der Autorität des Dienstgebers bzw der von ihm beauftragten Person getragen angesehen werden konnte.

Diese Frage ist im vorliegenden Fall allein schon wegen der überaus langen Dauer des Verweilens des Klägers auf der Feier zu verneinen. Der offizielle Teil der Weihnachtsfeier begann nach den Feststellungen um 16.00 Uhr und endete um ca 18.00 Uhr, dauerte also rund 2 Stunden. Der daran anschließende „inoffizielle“ Teil der Weihnachtsfeier (nach Beendigung des offiziellen Teiles) verlor zunächst nicht den Charakter einer betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltung, weil es von niemandem zu erwarten ist, sogleich den Heimweg anzutreten und etwa wie im vorliegenden Fall auf die Annehmlichkeiten eines Buffets und eines gemütlichen Ausklingens der Feier zu verzichten. Das Verbleiben im Anschluss an die offiziell beendete Weihnachtsfeier löste daher den betrieblichen Zusammenhang zunächst nicht, wobei dem Senat eine Dauer des „inoffiziellen“ Teiles der Weihnachtsfeier von etwa 2 Stunden jedenfalls als unbedenklich erscheint. Es ist dies ein Zeitraum, in dem sich die Dienstnehmer unter Umständen als noch zur Teilnahme an der Feier verpflichtet betrachten dürfen. Wird das Zusammensein jedoch über einen erheblich längeren Zeitraum ausgedehnt, also etwa bis nach Mitternacht oder wie hier bis 2.00 Uhr, dann dient das spätere Verweilen nur noch der privaten Geselligkeit und verliert den dienstlichen Zusammenhang. Schon im Hinblick darauf, dass nach den Arbeitszeitbestimmungen

grundsätzlich die Tagesarbeitszeit 8 Stunden nicht überschreiten darf, kann niemand ernstlich annehmen, dass er aus dienstlichen Rücksichten an einer Feier teilzunehmen hat, die insgesamt 10 Stunden dauert. Die Personen, die die Feier bis 2.00 Uhr früh ausdehnten („**harter Kern**“), standen daher nicht mehr unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung 10 ObS 146/95 verwiesen, wonach der Aufenthalt des dortigen Klägers in einer Hotelbar bis 2.00 Uhr früh im Anschluss an eine betriebliche Veranstaltung ebenfalls nicht mehr dem versicherten Bereich zugerechnet wurde (vgl auch SSV-NF 3/61).

An dieser Beurteilung ändert die Tatsache nichts, dass der Kläger Mitglied der Personalvertretung war. Nach § 91 Abs 1 Z 1 B-KUVG sind den Dienstunfällen Unfälle gleichgestellt, die sich ereignen bei der Betätigung als Mitglied einer gesetzlichen Vertretung des Personals, ferner als in derselben Dienststätte Beschäftigter bei der Mitwirkung an der Besorgung von Aufgaben einer gesetzlichen Vertretung im Auftrag oder über Ersuchen eines Mitgliedes dieser Vertretung oder bei der Teilnahme an einer von einer gesetzlichen Vertretung des Personals einberufenen Versammlung. Die zitierte Bestimmung dehnt den Versicherungsschutz für Personen, die als Dienstnehmer unfallversichert sind, auf Tätigkeiten aus, die sie außerberuflich, aber doch in mittelbarem Zusammenhang mit ihrer versicherungspflichtigen Beschäftigung als Mitglied einer gesetzlichen Vertretung des Personals oder sonst in Angelegenheiten der Personalvertretung ausüben (vgl 10 ObS 114/95 zur vergleichbaren Bestimmung des § 176 Abs 1 Z 1 ASVG). Im vorliegenden Fall besteht nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, dass sich der Kläger als Mitglied der Personalvertretung bis 2.00 Uhr früh zur Teilnahme an der Weihnachtsfeier verpflichtet fühlen musste. Dass möglicherweise während des ganzen Verlaufes der Feier auch dienstliche Belange besprochen wurden, ändert an dieser Beurteilung nichts, weil im Vordergrund der Feier eindeutig private Geselligkeit und nicht die Ausübung von Aufgaben der Personalvertretung stand. Aus dem Bisherigen folgt, dass auch die Heimfahrt von dieser Veranstaltung (§ 90 Abs 2 Z 1 B-KUVG) nicht unter Versicherungsschutz stand (SSV-NF 3/61).

Auch bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen gilt der Grundsatz, dass der Versicherungsschutz entfällt, wenn ein Versicherter derart betrunken ist, dass er zu keiner Arbeit mehr fähig ist oder wenn der Alkoholenuss die rechtlich allein wesentliche Ursache des Unfalls bildet (*Lauterbach* aaO; SSV-NF 3/65, 4/49 ua). Ob dies beim Kläger der Fall war, braucht als Folge der dargelegten Erwägungen nicht mehr erörtert zu werden, weshalb es auch nicht schadet, dass die Vorinstanzen keine Feststellungen über den Unfallhergang getroffen haben.

46. Geminderte Arbeitsfähigkeit – Krankenstandsprognose (nach 4.4.2000, 10 Ob 262/99⁴⁷)

Ein Versicherter kann nur mehr leichte Arbeiten, überwiegend im Sitzen verrichten. Er hat keinen Lehrberuf überwiegend ausgeübt; er wurde auch nicht in einem solchen Ausmaß für eine einem Lehrberuf vergleichbare Tätigkeit angelernt. Nach seinem Leistungskalkül sind leidensbedingte Krankenstände im Ausmaß von vier bis sechs Wochen zu erwarten.

Anmerkung: Bei den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsunfähigkeit (§ 255 Abs 1 ASVG: Invalidität; § 273 ASVG: Berufsunfähigkeit) kommt es neben dem von medizinischen Sachverständigen zu ermittelnden **Leistungskalkül** auf das Vorhandensein der allgemeinen (auch sekundären)

⁴⁷ ARD 5183/13/2001.

Anspruchsvoraussetzung an (diese stehen überwiegend außer Streit; andernfalls würde die beklagte Partei schon im Bescheid auf das Nichtvorhandensein derselben hinweisen).

Die wichtigste Voraussetzung ist die der **Verweisbarkeit**: unqualifizierte Arbeiter sind auf den gesamten Arbeitsmarkt verweisbar; qualifizierte (gelernte Arbeiter sind solche, bei denen der Versicherte einen Lehrabschluss hat bzw die einem solchen gleichzuhalten sind; Angestellte) nur im Rahmen ihres Berufsfeldes. Bei einigen Berufen sind die Leistungsanforderungen notorisch (iSd § 269 ZPO); andernfalls ist ein Gutachten eines **Sachverständigen für Berufskunde** einzuholen. Dieser hat aufgrund des die medizinischen Gutachten **zusammenfassenden Gutachtens** (dieses soll regelmäßig der ärztliche Sachverständige erstellen, dessen Gutachten die am weitestgehenden Einschränkungen aufweist).

Das Leistungskalkül muss sich auf den **Stichtag** (der dem Leistungsantrag folgende Monatserste – § 223 ASVG) beziehen; kommt es während des Verfahrens erster Instanz zur sog „**Stichtagsverlegung**“. Bei dieser sind nicht nur die medizinischen Voraussetzungen erneut zu prüfen, sondern auch das Vorliegen der sekundären Anspruchsvoraussetzungen (sog Wartezeit – § 236 ASVG). In diesem Fall ist das Klagebegehren bis zum zweiten Stichtag (ab dem ersten Stichtag) abzuweisen; ab diesem Zeitpunkt hingegen zuzusprechen. Damit wird streng genommen der Grundsatz der sukzessiven Kompetenz verletzt; es handelt sich aber um eine gemäß § 86 ASGG zulässige Klagsänderung, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ohne Zustimmung des beklagten Versicherungsträgers zulässig ist. Zu einer Stichtagsverlagerung kommt es auch, wenn während des Verfahrens der Versicherte eine Altersgrenze für einen weiteren Versicherungsfall vollendet, zB das 57. Lebensjahr vollendet (§ 255 Abs 4 ASVG). Bei diesem Versicherungsfall ist das Verweisungsfeld auf die Tätigkeit eingeschränkt, die in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate ausgeübt wurde.

Ergebnis: Die Beurteilung, ob Invalidität iSd § 255 ASVG vorliegt, ist eine Rechtsfrage (*Teschner/Widlar*, ASVG 1303; SSV-NF 10/14). Es entspricht – wie auch der Revisionswerber einräumt – der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senates, dass in Zukunft trotz zumutbarer Krankenbehandlung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende leidensbedingte Krankenstände von jährlich sieben Wochen und darüber einen Versicherten vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausschließen (SSV-NF 6/70, 6/82, 6/104, 8/25, 10/14, 12/52 ua; s auch Übersicht der Rechtsprechung in RIS-Justiz RS0084429, RS0084855; der Kritik *Mazals*, Die Judikatur des Obersten Gerichtshofes in Pensionsversicherungssachen 1987–1992, in: *Tomandl*, Der Oberste Gerichtshof als Sozialversicherungshöchstgericht, 68 f, der – allerdings noch gegenüber der Judikatur, die einen Ausschluss vom allgemeinen Arbeitsmarkt erst ab acht Wochen voraussichtlicher Krankenstände annahm – einen Wechsel in der zeitlichen Perspektive der Betrachtung und eine stärkere Bedachtnahme auf die Nachfrage nach Arbeitskräften forderte, ist der Senat nicht gefolgt). Dabei sind die durch andere Ursachen wie Erkältungen udgl hervorgerufenen Krankenstände nicht zu berücksichtigen (SSV-NF 6/70, 6/82, 6/104).

Der Revisionswerber missversteht offenbar die diesbezügliche Judikatur des Revisionsgerichtes. Bei der Frage, ob durch eine bestimmte Dauer von zu erwartenden Krankenständen ein Ausschluss vom Arbeitsmarkt anzunehmen sei, wird ausschließlich auf die leidensbedingt zu erwartenden Krankenstände abgestellt. Die Tatsache, dass daneben noch, wie bei jedem Arbeitnehmer, durch andere Gründe bedingte Krankenstände auftreten können und sich dadurch die krankheitsbedingte Abwesenheit vom Arbeitsplatz verlängert, ist bei diesem Ergebnis bereits berücksichtigt (SSV-NF 3/152, 6/3). Entscheidend sind also nur die leidensbedingten Krankenstände, nicht die durch andere Ursachen wie Erkältungen hervorgerufenen. Dass aber beim Kläger die leidensbedingten Krankenstände ein Ausmaß von sieben Wochen oder darüber erreichen

könnten, steht hier gerade nicht fest. Vielmehr stellte das Erstgericht fest, dass beim Kläger, wenn sich seine Berufstätigkeit im Rahmen seines Leistungskalküls bewegt, lediglich Krankenstände im Ausmaß zwischen vier und sechs Wochen pro Jahr zu prognostizieren seien. Aus der vom Revisionswerber neu eingeführten Kategorie „arbeitsbedingter“ Krankenstände, womit er Krankenstände meint, die durch die Arbeitstätigkeit verursacht werden, ist für seinen Standpunkt nichts zu gewinnen. Seine damit im Zusammenhang stehenden Überlegungen sind über das medizinische Leistungskalkül zu lösen, das darauf abstellt, welche Verrichtungen der Versicherte noch aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen ausüben kann (RIS-Justiz RS0084399, RS0084413). Hier ist damit festzuhalten, dass beim Kläger leidensbedingte Krankenstände, die über sonstige, aus anderen Gründen resultierende Krankenstände hinausgehen und ein Ausmaß erreichen, das bereits einen Ausschluss vom allgemeinen Arbeitsmarkt bewirken würden, von den Tatsacheninstanzen nicht festgestellt wurden.

Zu Unrecht bestreitet der Revisionswerber schließlich seine Verweisbarkeit nach § 255 Abs 3 ASVG auf dem gesamten Arbeitsmarkt. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes kann der Kläger aufgrund seines medizinischen Leistungskalküls beispielsweise noch die Tätigkeit eines Portiers verrichten. Bei allgemein gängigen Verweisungsberufen bedarf es keiner detaillierten Erhebung über die Anzahl der auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorhandenen Arbeitsplätze. Wie der Senat wiederholt (auch erst jüngst) ausgesprochen hat, ist es offenkundig und daher nicht zweifelhaft, dass wesentlich mehr als hundert Arbeitsplätze für Portiere auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen (SSV-NF 8/28; 10 ObS 234/98d, 10 ObS 25/99w, 10 ObS 80/99h ua). Der Einwand des Revisionswerbers, es sei nicht auf die Existenz, sondern auf die freie Verfügbarkeit bzw das Freiwerden von Arbeitsplätzen abzustellen, schlägt nicht durch. Sollte es dem Kläger nicht gelingen, auf dem Arbeitsmarkt einen konkreten freien Posten zu erlangen, wäre er arbeitslos, aber noch nicht invalid (SSV-NF 4/140, 6/150, 7/68 ua). Aus seinen durch die Wirtschafts- und Sozialstatistischen Taschenbücher der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte belegten Überlegungen, dass die Zahl – offener – Stellen für Arbeitslose ohne abgeschlossene Schule im Abnehmen begriffen ist, ist daher für die Beurteilung der Invalidität nichts zu gewinnen. Damit sind aber beim Kläger zusammenfassend die Voraussetzungen für die Gewährung einer Invaliditätspension nach § 255 Abs 3 ASVG nicht gegeben.

47. Geminderte Arbeitsfähigkeit – Anmarschweg (nach 2.5.2000, 10 ObS 102/00y⁴⁸)

Der Versicherte kann zufolge seiner Gehbehinderung öffentliche Verkehrsmittel noch benützen. Er kann zwischen seiner Wohnung und einem öffentlichen Verkehrsmittel zumindest 500 m mit zwei Pausen von jeweils 5 Minuten und ebenso für den Weg von der Haltestelle eines öffentlichen Verkehrsmittels zum Arbeitsplatz zurücklegen.

Anmerkung: Die abstrakt zu prüfende Erreichbarkeit eines Arbeitsplatzes setzt voraus, dass die Gehleistung von zweimal 500 m (zwischen Wohnort und Haltestelle eines öffentlichen Verkehrsmittels und von der Aussteigestelle zum Arbeitsplatz) zurückgelegt werden kann und dass der Versicherte die mehr oder weniger hohen Stufen zum Verkehrsmittel bewältigen kann. (Durch die verbesserte Bequemlichkeit beim Einsteigen wird damit die Erreichbarkeit des Arbeitsplatzes erleichtert.)

Ergebnis: Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist ein Versicherter wegen einer **Gehbehinderung** so lange nicht vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausgeschlossen, als er ohne wesentliche Einschränkung ein öffentliches Verkehrsmittel benützen und vorher sowie nachher ohne unzumutbare Pausen

⁴⁸ ARD 5182/46/2001.

und mit angemessener Geschwindigkeit eine Wegstrecke von jeweils zumindest 500 m zu Fuß zurücklegen kann (SSV-NF 12/133 mwN ua). Nach den Feststellungen kann der Kläger ohne Einschränkung ein öffentliches Verkehrsmittel benützen. Er kann auch einen Anmarschweg von 500 m zu Fuß zurücklegen, wobei er allerdings aufgrund von Durchblutungsstörungen an beiden Beinen zwei Pausen von jeweils 5 Minuten einhalten muss.

Die rechtliche Beurteilung der Vorinstanzen, dass diese Verlängerung der zur Bewältigung eines Anmarschweges von 500 m erforderlichen Zeit auf insgesamt etwa 20 Minuten den Kläger noch nicht vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausschließt, ist zutreffend und steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SSV-NF 12/133; 6/109 ua). Unter diesen Umständen wurden die Bedingungen, unter denen der Versicherte die Wege zwischen der Wohnung und der Arbeitsstätte bzw der Haltestelle eines öffentlichen Verkehrsmittels zurücklegen kann, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass die Wege zur oder von der Arbeitsstätte häufig durch das Warten auf Massenverkehrsmittel unterbrochen werden und diese Pausen oft länger dauern als die vom Versicherten einzuhaltenden Pausen, nicht als unzumutbar angesehen werden. Diese Erwägungen können auch im vorliegenden Fall angestellt werden und führen zum Ergebnis, dass an den Kläger keine höheren Anforderungen gestellt werden als an den überwiegenden Teil aller anderen Berufstätigen (SSV-NF 12/133 mwN ua).

Die Ausführungen in der Revision bieten keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden Senates zur Beurteilung der Frage der Anforderungen beim Weg zur und von der Arbeit eines Invaliditätspensionswerbers abzugehen. Es ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass beim Kläger weiter gehende individuelle gesundheitliche Einschränkungen bei der Zurücklegung des Anmarschweges nicht vorliegen, sodass schon deshalb ein Ausschluss des Klägers vom allgemeinen Arbeitsmarkt auch nicht aufgrund der in der Revision angeführten weiteren Elemente des Anmarschweges (Sitzmöglichkeiten, Witterungsverhältnisse usw) vorliegt.

Ist aber der Kläger nicht wegen der Unmöglichkeit, den Arbeitsplatz zu erreichen, vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausgeschlossen, dann bestehen gegen seine nach den Feststellungen gegebene Verweisbarkeit auf leichte, überwiegend im Sitzen zu verrichtende Hilfsarbeitertätigkeiten keine Bedenken. Soweit der Kläger dazu vorbringt, diese Tätigkeiten wären ihm nur unter Einhaltung zusätzlicher Pausen oder sonstiger Dienstfreistellungszeiten möglich, entfernt er sich vom festgestellten Sachverhalt. Der Kläger ist daher nicht invalide iSd § 255 Abs 3 ASVG.

48. Geminderte Arbeitsfähigkeit – Teilzeitbeschäftigung (nach 21.12.1993, 10 ObS 56/93⁴⁹)

Die am 1.11.1957 geborene Klägerin erlernte keinen Beruf und war im Wesentlichen als Zimmermädchen, Serviererin und Hilfsarbeiterin beschäftigt. Infolge von körperlichen Beschwerden in neurologischer und orthopädischer Hinsicht ist die Klägerin nur mehr in der Lage, leichte Arbeiten in wechselnder Körperhaltung zu verrichten. Ein Haltungswechsel soll nach jeweils 20 bis 30 Minuten durchgeführt werden können. Ebenso lange kann die neu eingenommene Arbeitshaltung andauern. Nach Möglichkeit sollte es sich bei der auszuübenden Tätigkeit um eine Arbeit handeln, die sowohl stehende, gehende und sitzende Arbeitsanteile beinhaltet, wobei eine überwiegend gehende Tätigkeit

⁴⁹ SSV-NF 7/126 = SZ 66/184 = JBl 1994, 425 = ZAS 1995/24, 199 (*Pfeil*) = DRdA 1994/50, 516 (*Windisch-Graetz*).

am günstigsten ist. Die Arbeiten können im Freien und in geschlossenen Räumen durchgeführt werden, wobei die Arbeitsanteile in geschlossenen Räumen überwiegen sollten. Das Heben und Tragen von Lasten, häufiges Bücken und Arbeiten mit vorgebeugter Position müssen vermieden werden. Einschränkungen vonseiten des Anmarschweges bestehen in relevantem Ausmaß nicht. Der Klägerin ist allerdings nur mehr eine tägliche Arbeitszeit von 6 Stunden zumutbar.

Anmerkung: Erste Entscheidung zur Frage des Arbeitsausmaßes bzw auf den quantitativen Aspekt der Verweisungstätigkeit. Bis dahin wurde die geminderte Arbeitsfähigkeit ausschließlich nach qualitativen Gesichtspunkten in der Rechtsprechung behandelt.

Ergebnis: Die Rechtsfrage, ob und inwieweit ein ganztags beschäftigt gewesener Versicherter, dessen Invalidität nach § 255 Abs 3 ASVG zu beurteilen ist, auf eine Teilzeitbeschäftigung verwiesen werden kann, wurde vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht entschieden. In der Entscheidung SZ 62/104 = SSV-NF 3/73 ging es um die Prüfung der Berufsunfähigkeit gemäß § 273 Abs 3 ASVG, also die eines Versicherten, der das 55. Lebensjahr vollendet hatte. War ein Versicherter in den letzten 15 Jahren vor Antragstellung überwiegend nur halbtätig beschäftigt, so ist bei Prüfung der Berufsunfähigkeit gemäß § 273 Abs 3 ASVG nach dieser Entscheidung darauf abzustellen, ob er noch in der Lage ist, wenigstens die Hälfte des üblichen Entgeltes eines gesunden Halbtagsbeschäftigten für eine solche Tätigkeit zu erzielen. In der Entscheidung SZ 64/174 = EvBl 1992/68 = SSV-NF 5/136 sprach der Oberste Gerichtshof in Fortführung dieses Grundsatzes aus, dass ein Versicherter jedenfalls dann auf Teilzeitarbeit, die ihm die Erzielung der Lohnhälfte ermöglichen, verwiesen werden kann, wenn er bisher nur eine Teilzeitbeschäftigung ausgeübt hat. In diesem Fall ging es um die Beurteilung der Berufsunfähigkeit nach § 273 Abs 1 ASVG. Diese Entscheidung ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen (*Weißensteiner*, DRdA 1992, 484).

Das Oberlandesgericht Wien als bis zum Inkrafttreten des ASGG letzte Instanz in Leistungsstreitsachen hielt grundsätzlich die Verweisung auf Halbtagsbeschäftigungen für unzulässig, und zwar auch solcher Versicherter, die eine Halbtagsbeschäftigung ausgeübt hatten. Es war der Meinung, bei der Prüfung, ob ein Versicherter in der Lage sei, seinen oder einen verwandten Beruf weiterhin auszuüben, müsse von der in Österreich gesetzlich vorgesehenen Normalarbeitszeit von 40 Stunden ausgegangen werden. Der von der Regel abweichende Abschluss eines Dienstvertrages als Teilzeitbeschäftigung könne nicht berücksichtigt werden, weil es sich um eine Besonderheit des Einzelfalls handle, die bei der objektiven Prüfung außer Betracht zu bleiben habe (vgl SSV 19/83, 26/66 ua). Dagegen hat bereits *Schrammel* (Zur Problematik der Verweisung in der PV und UV, ZAS 1984, 83 ff besonders 86) eingewendet, dass die Behauptung, Teilzeitbeschäftigung sei die Ausnahme und nicht die Regel und keine allgemein übliche Form der Arbeitsleistung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, heute – in einer Zeit, in der rund 260.000 Arbeitnehmer in Teilzeitbeschäftigungen tätig seien, in der „Teilzeitbörsen“ in Mode kämen und in der auch die Arbeitsämter Teilzeitkräfte vermittelten – etwas an der Realität vorbeigehe. Die Zurückhaltung des Oberlandesgerichtes Wien, Versicherte auf Teilzeitbeschäftigungen zu verweisen, erkläre sich offenbar daraus, dass es nach wie vor Schwierigkeiten bereite, zuverlässige Feststellungen über das Vorhandensein von Teilzeitarbeitsplätzen zu treffen, vor allem dann, wenn der gesuchte Teilzeitarbeitsplatz eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen müsse, um dem geminderten Leistungsvermögen des Versicherten zu genügen. Anfragen an die Arbeitsmarktverwaltung könnten zwar ein Bild über den Teilzeitarbeitsmarkt vermitteln, verursachten aber in jedem Fall einen erheblichen Aufwand. Bei Vollzeittätigkeiten habe es die Judikatur demgegenüber etwas leichter, da sie sich mit einer abstrakten Prüfung der vorhandenen Tätigkeiten begnügen könne. Es dürfe angenommen werden, dass es Vollzeittätigkeiten

jedenfalls dann in ausreichender Zahl auf dem Arbeitsmarkt gebe, wenn sie eine kollektivvertragliche Einstufung erfahren haben; die Kollektivvertragsparteien würden ja solche Tätigkeiten typischerweise nur bei einer entsprechenden Nachfrage in die Kollektivverträge aufnehmen. Bei Teilzeittätigkeiten versage diese Beweisführung, weil die Kollektivvertragsparteien prinzipiell nur Vollzeittätigkeiten in ihrem Blickfeld hätten. Der Umstand, dass die Kollektivvertragsparteien noch zu keiner speziellen Übereinkunft über Teilzeittätigkeiten gefunden haben und die daraus letztlich resultierenden Schwierigkeiten im Beweisverfahren sollten (nach *Schrammel*) aber nicht zum Anlass genommen werden, der Teilzeitbeschäftigung generell die Existenz abzuspochen, wenn sie unabhängig von der konjunkturellen Situation tatsächlich gepflogen werde. Eine Verweisung auf Teilzeitbeschäftigung dürfe daher nur dann unterbleiben, wenn die Teilzeitarbeit in einer bestimmten Branche noch nicht heimisch geworden sei, oder wenn der Versicherte mit einer Teilzeitbeschäftigung die allenfalls vorgesehene „Lohnhälfte“ nicht erreiche (ebenso *Schrammel*, Geminderte Arbeitsfähigkeit, DRdA 1988, 265; vgl SZ 64/174).

Auch in der Bundesrepublik Deutschland wird bei freilich nur bedingt vergleichbarer Rechtslage die Auffassung vertreten, dass eine Verweisung auf Teilzeitarbeit möglich ist. Für die Beurteilung, ob ein Versicherter, der aufgrund seines Gesundheitszustandes nur noch Teilzeitarbeit verrichten kann, berufsunfähig oder erwerbsunfähig ist, ist es nach der Rechtsprechung des BSG erheblich, dass für die in Betracht kommenden Erwerbstätigkeiten Arbeitsplätze vorhanden sind, die der Versicherte mit seinen Kräften und Fähigkeiten noch ausfüllen kann; der Versicherte darf auf Tätigkeiten für Teilzeitarbeit nicht verwiesen werden, wenn ihm für diese Tätigkeiten der Arbeitsmarkt praktisch verschlossen ist (vgl BSG E 43, 75; 44, 39; 47, 57; vgl SZ 64/174).

Gegen die bisherige Judikatur des Obersten Gerichtshofs wurde eingewendet, dass bei Prüfung der geminderten Arbeitsfähigkeit (von unter 55-jährigen Versicherten) niemals der konkrete bisherige Arbeitsplatz entscheidend sei und dass die konkrete Arbeitszeiteinteilung bzw eine eventuelle Teilzeitbeschäftigung ohne Bedeutung bei Prüfung der Verweisbarkeit sein müsse. Es sei nicht einzusehen, warum beispielsweise ein Versicherter, der auf seinem konkreten Arbeitsplatz gezwungen war, Überstunden zu leisten, dies aus medizinischen Gründen nicht mehr imstande sei, auf Tätigkeiten eines Versicherten mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten verwiesen werden könne, während im umgekehrten Fall – wenn er bisher teilzeitbeschäftigt war – diese konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit von Bedeutung sein solle. Die Frage, ob es einen ausreichenden Teilzeitarbeitsmarkt gebe, stelle sich somit überhaupt nicht. Bei Prüfung der Invalidität eines Versicherten nach § 255 Abs 3 ASVG sei entscheidend, ob der Versicherte die sog **Lohnhälfte** einer körperlich und geistig gesunden Person erreichen könne. Nach der ständigen Judikatur sei als Vergleichsmaßstab nicht das bisherige Einkommen des Versicherten heranzuziehen, sondern nur zu prüfen, welches Einkommen der Versicherte durch die konkret in Betracht kommende Verweisungstätigkeit zu erzielen in der Lage sei und welches Einkommen ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch diese Tätigkeit zu erzielen pflege. Vergleichsmaßstab müsse auch in diesem Fall der körperlich und geistig gesunde Versicherte und seine volle Arbeitsfähigkeit sein (*Weißensteiner* aaO 485). Diese Ausführungen sind zwar im Wesentlichen zutreffend, sprechen aber nicht gegen die Verweisung auf Teilzeitarbeitsplätze.

Im konkreten Fall ist von § 255 Abs 3 ASVG auszugehen: War der Versicherte nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig, gilt er als invalid, wenn er infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine

solche Tätigkeit zu erzielen pflegt. Da in den meisten Sparten Kollektivverträge Mindestlöhne festlegen, die auch gesundheitlich beeinträchtigten Dienstnehmern bezahlt werden müssen, kommt es in der Regel auf die Prüfung der Einkommenserwartungen überhaupt nicht an: Die Lohnhälfte wäre ja nur dann unerreichbar, wenn die Gehälter in dieser Branche durchschnittlich das Doppelte des kollektivvertraglichen Mindestgehaltes übersteigen würden, was so gut wie nie der Fall ist (SSV-NF 1/54 ua; *Tomandl*, Grundriß⁴ 54). Daraus wurde der Schluss gezogen, dass der Hinweis des Gesetzes auf die wahrscheinlichen Verdienstmöglichkeiten praktisch wenig bedeutsam sei (*Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht² 85). Dies gilt allerdings nur dann, wenn ein Versicherter in der Lage ist, eine Verweisungstätigkeit ohne jede Einschränkung inhaltlicher oder zeitlicher Art auszuüben; dann ist davon auszugehen, dass er in der Lage ist, ein Einkommen in der Höhe des kollektivvertraglichen Lohnes zu erzielen (so SSV-NF 1/54). Weder aus dem Gesetz noch aus dem von der Judikatur des Obersten Gerichtshofs herausgearbeiteten Grundsätzen kann allerdings abgeleitet werden, dass ein vollzeitig beschäftigter Versicherter im Rahmen des § 255 Abs 3 ASVG nicht auf Teilzeittätigkeiten verwiesen werden kann, obwohl er noch imstande ist, durch eine auf dem Arbeitsmarkt bewertete und ihm zumutbare Tätigkeit wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine vollzeitig ausgeübte Tätigkeit zu erzielen pflegt. Gerade in einem solchen Fall stellt sich sinnvollerweise die Frage nach der Lohnhälfte, wenn nämlich der Versicherte nicht mehr in der Lage ist, die gesetzlich vorgesehene normale Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche oder 8 Stunden pro Tag zu erbringen. Sind dem Versicherten aufgrund seines Leistungskalküls wie hier nur mehr 6 Arbeitsstunden pro Tag zumutbar, so kann daraus nicht geschlossen werden, dass eine Tätigkeit in diesem Umfang auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr bewertet wird; vielmehr ist hier erst zu prüfen, ob eine solchermaßen zeitlich eingeschränkte Tätigkeit in einem dem Versicherten zumutbaren Beruf auf dem Arbeitsmarkt noch gefragt wird und wenn ja, ob dadurch zumindest die Hälfte des Einkommens eines gesunden Vollzeitbeschäftigten erzielt werden kann. Der durch § 255 Abs 3 ASVG anzulegende Maßstab deutet geradezu darauf hin, dass es nicht auf das zeitliche Ausmaß der noch möglichen Berufstätigkeit ankommt, sondern vielmehr darauf, ob die Einkünfte aus dem Einsatz der noch verbliebenen Arbeitskraft weniger als die Hälfte des Einkommens eines vollbelastbaren Erwerbstätigen betragen (ähnlich *Gitter*, Sozialrecht³ 168; vgl auch OLG Linz SVSlg 38.082 = ZAS 1993, JudBlg 12). An der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit der Vereinbarung einer kürzeren Arbeitszeit als der normalen ist (wenn sie der Kollektivvertrag nicht ausschließt) nicht zu zweifeln (*Dungl*, Handbuch d. öst. ArbR⁵ 165, 170; s auch *Tomandl* in ZAS 1966, 72; *Migsch* in DRdA 1974, 248).

Dabei darf die zunehmende Bedeutung der Teilzeitarbeit auf dem österreichischen Arbeitsmarkt nicht übersehen werden. Betrachtet man die Teilzeitbeschäftigung der letzten 10 Jahre, so kann man, abgesehen von einem Rückgang im Jahr 1985, einen stetigen Anstieg der Zahl der Teilzeitbeschäftigten feststellen. So wuchs die Zahl der Teilzeitbeschäftigten insgesamt von 193.300 im Jahr 1982 auf 292.500 im Jahr 1992, was einem Anstieg von gut 50% entspricht. Besonders die Zahl der teilzeitbeschäftigten Frauen erhöhte sich, bis auf die Jahre 1984 und 1985, kontinuierlich von 176.700 im Jahr 1982 auf 259.700 im Jahr 1992; dies ergibt eine Erhöhung um 47%. Entsprechend entwickelte sich auch die Teilzeitquote: Von 15,9% im Jahr 1982 stieg sie auf 19% im Jahr 1992. Dabei ist die Teilzeitquote bei verheirateten Frauen und Frauen zwischen 40 und 49 Jahren am stärksten gestiegen (siehe „Teilzeitbeschäftigung“, Ergebnisse des Mikrozensus 1991/92, Statistische Nachrichten 1993, 725 ff besonders 727). Dabei spielt sicherlich eine gewisse Rolle, dass sich die Teilzeitbeschäftigung als eine mögliche Lösung der Problematik der Mehrfachbelastung der Frauen anbietet (vgl *Dyk*, Teilzeitbeschäftigung: Chancen und Probleme, in FS Grete Rehor [1980], 58).

Das Berufungsgericht hat daher zu Recht Feststellungen über die Einkommensverhältnisse bei Teilzeittätigkeit im Verhältnis zur Ganztagsarbeit in den infrage kommenden Verweisungstätigkeiten gefordert. Dem Berufungsgericht ist aber auch darin beizupflichten, dass Feststellungen getroffen werden müssen, wie viele Teilzeitstellen in den infrage kommenden Verweisungstätigkeiten in Österreich existieren. Nach der ständigen Rechtsprechung sind nämlich grundsätzlich die Verhältnisse des gesamten Arbeitsmarktes entscheidend (SSV-NF 1/20 uva; zuletzt SSV-NF 7/37). Das deutsche Bundessozialgericht schränkt die Verweisbarkeit in seiner neueren Rechtsprechung allerdings dahin gehend ein, dass der Versicherte in der Regel nur auf Teilzeitarbeitsplätze verwiesen werden darf, die er täglich von seiner Wohnung aus erreichen kann (BSGE 43, 75; *Niesel* im Kasseler Kommentar SozVersR § 1246 RVO 11, Rz 43). Das BSG hat darauf verwiesen, dass einem Versicherten, der nur noch halbschichtig bis untermittelschichtig arbeiten kann, angesichts der bloßen Möglichkeit, nur einen Teillohn verdienen zu können, ein Umzug in der Regel nicht zuzumuten sei; die mit einem Wechsel des Wohnortes verbundenen Erschwernisse und Nachteile infolge der Aufgabe seiner persönlichen Bindungen für ihn seien zu schwerwiegend. Ähnlich lägen die Verhältnisse aber auch bei dem Versicherten, der durch Wochenendpendeln die Möglichkeit hätte, einen Teilzeitarbeitsplatz auszufüllen. Es könne infolgedessen auch bei einem solchen Versicherten in der Regel nur auf den regionalen Arbeitsmarkt ankommen, den der Versicherte durch tägliches Pendeln von seiner Wohnung aus erreichen könne.

Diese Auffassung wird vom Obersten Gerichtshof in einer solchen Allgemeinheit nicht geteilt. Das Verweisungsfeld und die Anforderungen, die mit der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit auch bezüglich der Erreichung des Arbeitsplatzes verbunden sind, müssen in der Regel an den Verhältnissen des gesamten Arbeitsmarktes gemessen werden. Nur auf diese Weise ist nämlich eine gleiche Beurteilung in allen Fällen sichergestellt. Die Lage des Wohnortes im Einzelfall bildet ein persönliches Moment, das bei der Prüfung der Frage, ob Invalidität besteht, außer Betracht zu bleiben hat, da es andernfalls einem Versicherten möglich wäre, durch die Wahl seines Wohnortes die Voraussetzungen für die Gewährung einer Pensionsleistung zu beeinflussen. Ist ein Versicherter imstande, die unter den üblichen Bedingungen erforderlichen Anmarschwege zurückzulegen, so liegt unabhängig von der Lage seines Wohnortes in diesem konkreten Fall ein Ausschluss vom Arbeitsmarkt aus diesem Grund nicht vor, mögen auch die gesundheitsbedingten Einschränkungen seiner Leistungsfähigkeit einer täglichen Zurücklegung des Weges zwischen Arbeitsplatz und diesem Wohnort entgegenstehen. In diesem Fall ist grundsätzlich vom Versicherten zu verlangen, dass er – sofern nicht medizinische Gründe dem entgegenstehen – durch entsprechende Wahl seines Wohnortes, allenfalls Wochenpendeln, die Bedingungen für die Erreichung des Arbeitsplatzes herstellt, die für Arbeitnehmer im Allgemeinen gegeben sind (SSV-NF 1/20, 3/142, 5/38, 7/18 ua). Diese Grundsätze gelten in der Regel auch für die Verweisung auf Teilzeitarbeitsplätze. Ob aber mit Rücksicht auf den durch die mögliche Teilzeitbeschäftigung erzielbaren geringeren Lohn eine Wohnsitzverlegung oder ein Wochenpendeln auch zumutbar sind, kann nur nach den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles entschieden werden.

49. Geminderte Arbeitsfähigkeit – Analphabetismus (nach 11.6.1996, 10 ObS 2144/96h⁵⁰)

Mangelnde Kenntnisse der deutschen Sprache und Analphabetismus schließen nicht vom allgemeinen Arbeitsmarkt aus. Sie waren schließlich kein Hindernis, in der österreichischen

⁵⁰ SSV-NF 10/59.

Sozialversicherung Versicherungsmonate zu erwerben. Die Verweisbarkeit ist abstrakt, dh ohne Bedachtnahme auf unzureichende Sprachkenntnisse und Kenntnisse des Schreibens und Lesens, zu prüfen.

Türkischer Bauhilfsarbeiter ist auch auf Tätigkeit als Tagportier verweisbar.

Anmerkung: Dies muss so sein, denn andernfalls würden einheimische Versicherte benachteiligt werden.

Ergebnis: Keine Invalidität liegt daher vor, wenn nicht der Gesundheitszustand des Versicherten kausal für die verminderte Arbeitsfähigkeit ist, sondern dafür andere Gründe maßgebend sind, zB der Entzug des Führerscheins bei einem Berufskraftfahrer, aber auch bei Nichterteilung der für die Beschäftigung von Ausländern erforderlichen behördlichen Genehmigungen. (Hier: Seit Kindheit bestehender Analphabetismus hinsichtlich der Muttersprache (Türkisch) und in der Folge auch hinsichtlich Deutsch.) RIS-Justiz RS0084895.

Der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit hat zur Voraussetzung, dass eine zuvor bestandene Arbeitsfähigkeit, die zumindest die Hälfte der einer körperlich und geistig gesunden Versicherten erreicht haben muss, durch nachfolgende Entwicklungen beeinträchtigt wurde. RIS-Justiz RS0084829.

Beherrscht ein Versicherter zwar eine andere Sprache und Schrift, nicht aber die **deutsche Sprache und die Lateinschrift**, so ist für die Beurteilung seiner Invalidität nicht entscheidend, ob er fähig ist, die deutsche Sprache und die Lateinschrift zu erlernen. RIS-Justiz RS0085034.

Niemand darf sich darauf berufen, dass er nur eine andere Sprache als die deutsche Sprache beherrscht (jedenfalls insoweit er keiner sprachlichen Minderheit iSd Art 8 B-VG angehört). RIS-Justiz RS0085050.

50. Geminderte Arbeitsfähigkeit – kein Berufsschutz eines Berufsfußballers

(nach 10.11.1998, 10 ObS 123/98⁵¹)

Der am 15. 11. 1965 geborene Kläger absolvierte bereits ab dem 8. Lebensjahr zweimal wöchentlich ein Fußballtraining und eine ganze Reihe von Fußballspielen. Nachdem er zunächst in einer Jugendmannschaft spielte, kam er 1978 zum Sportklub R*****, bei dem er in einer Nachwuchsmannschaft bis 1982 bereits wöchentlich viermal trainierte und jeweils ein Spiel absolvierte. Durch das Training sollten Ballannahme, Ballführung, Kopfballspiel, Schusstechnik, fußballtechnische Fähigkeiten im Allgemeinen, Ausdauer, Zweikampfstärke und Muskelfunktionen verbessert werden. Hinzu kamen weiters Spielanalysen und Trainingslager mit starkem Konditionstraining. Von 1982 bis 1986 spielt der Kläger in der U 21(= unter 21 Jahren)-Mannschaft des Sportklubs R(apid). In dieser Zeit absolvierte er vier bis fünf Trainingseinheiten pro Woche, nahm an Trainingslagern mit der Kampfmannschaft teil und brachte es auch zu Einsätzen in der österreichischen Juniorenmannschaft, österreichischen U 21-Mannschaft und Olympia-Nationalmannschaft.

Parallel zu seiner Tätigkeit als Fußballer absolvierte der Kläger vom 1. 9. 1981 bis 28. 2. 1985 eine Lehre als Elektromechaniker und war anschließend noch bis 10. 7. 1985 in diesem Beruf tätig. Ab diesem Zeitpunkt begann er dann beim Sportklub R***** als Berufsfußballer und wurde als

⁵¹ DRdA 1999/52, 382 (B. Karl) = ZAS 1999/24, 186 (Holzer) = SZ 71/187.

Angestellter zur Sozialversicherung angemeldet. Neben häufigen Trainingseinheiten und Bewerbungsspielen war eine andere berufliche Tätigkeit nicht mehr möglich. Abgesehen vom normalen körperlichen Training wurde auch mentale Stressbewältigung trainiert, regelmäßige medizinische und sportmedizinische Kontrollen durchgeführt, der Umgang mit Medien und Fans gelehrt und auf die Einhaltung eines speziellen Diätplans geachtet. Während seiner Tätigkeit für den Sportklub R***** als Berufsfußballer wurde der Kläger auch in die österreichische Nationalmannschaft einberufen und kam zu insgesamt 32 Einsätzen bei Länderspielen sowie auch zu einer Teilnahme an der Fußballweltmeisterschaft 1990.

Die Tätigkeit als Berufsfußballer erfordert körperliche Fitness, psychische Ausdauer, Geschicklichkeit insbesondere bei der Ballführung, Schusstechnik, besondere körperliche Einsatzbereitschaft, Kraft, Schnelligkeit, Reaktionsfähigkeit, psychische Belastbarkeit, Willenskraft, Durchsetzungsvermögen, Spiel- und Wettkampfverständnis und Teamgeist. Um eine Spitzenstellung im Fußballsport (erste Auswahl, Nationalmannschaft) zu erreichen, muss der Betreffende in der Lage sein, die genannten Fähigkeiten hervorragend im Wettkampf umzusetzen. Hierzu bedarf es eines regelmäßigen jahrelangen Trainings, theoretischer Schulungen insbesondere hinsichtlich Spieltaktik, regelmäßiger medizinischer Kontrollen und einer auf die Erfordernisse des Spitzensports, insbesondere auch im Hinblick auf die Ernährung abgestellten Lebensführung. Im Gegensatz zu anderen, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt bewerteten Berufen ist die Tätigkeit des Berufsfußballers von vornherein mit einem Lebensalter von 27–30 Jahren (bei Tormännern etwas darüber) zeitlich begrenzt und sie wird auch vom Bewusstsein getragen, dass der überwiegende Teil des Berufslebens in zeitlicher Hinsicht außerhalb der aktiven Fußballertätigkeit liegt.

Ab 1. 7. 1995 wurde der Vertrag des Klägers mit dem Sportklub R***** wegen massiver Knieprobleme (mehrfache beidseitige Meniskusoperationen, starke Knorpelschädigung, verstärkte Abnützungerscheinungen) nicht mehr verlängert. Seither ist der Kläger als Sportschuhvertreter im Außendienst beruflich tätig.

Der Kläger ist aus gesundheitlichen Gründen nur mehr in der Lage, leichte und mittelschwere Arbeiten im Sitzen sowie bis zu einem Drittel der Arbeitszeit im Stehen und Gehen zu verrichten. Das gelegentliche Heben von Lasten über 25 kg ist möglich, nicht jedoch das Tragen derartiger Lasten. Ausgeschlossen sind Arbeiten im Knien, Hocken oder Laufen, weiters Arbeiten, die ein maximales Strecken und Beugen der Knie erfordern, sowie Arbeiten an hochexponierten Stellen. Eine weitere Tätigkeit des Klägers als Berufsfußballer ist wegen mehrfacher Kalkülsüberschreitung ausgeschlossen, weil sie neben schwerer körperlicher Belastung mit Extremforderungen an Laufen, Stehen, Gehen, Bücken und Hocken verbunden wäre. Die Tätigkeit des Berufsfußballers ist derart spezialisiert, dass es auf dem Arbeitsmarkt keine auch nur annähernd verwandte Tätigkeit gibt. Der Beruf des Fußballtrainers ist ebenfalls nicht verwandt; er erfordert eine mehrjährige, insbesondere auch sportpädagogische Ausbildung; im Übrigen existiert auch kein ausreichender Arbeitsmarkt.

Anmerkung: Der im Alter von 30 Jahren gestellte Antrag wurde zunächst durch Bescheid abgewiesen; sodann das Klagebegehren abgewiesen. Besonderheit des Profi-Fußballsports ist, dass er nur wenige Jahre ausgeübt werden kann.

Ergebnis: Die Bestimmungen über die Versicherungsfälle der geminderten Arbeitsfähigkeit setzen als Leitbild des bisherigen Berufes eine Tätigkeit voraus, die potentiell zumindest bis zum 57. bzw 60. Lebensjahr, regelmäßig aber bis zum 65. Lebensjahr ausgeübt werden kann. RIS-Justiz RS0111061.

Nach § 14 Abs 1 Z 1 erster Halbsatz und Z 2 ASVG ist der Inhalt der Tätigkeit und nicht die Vereinbarung der Parteien über das Beschäftigungsverhältnis entscheidend. Dies gilt insbesondere auch für die Lösung der Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis des Versicherten durch eines der im § 14 Abs 1 Z 1 und 2 ASVG angeführten Berufsgesetze geregelt ist (unter Ablehnung von VwGHSlg 5966/A). RIS-Justiz RS0083738.

"Vertragsangestellte", die zwar Arbeitertätigkeiten verrichten, auf deren Dienstverhältnis aber nach dem Dienstvertrag das AngG gelten soll, werden bei der Frage der Leistungszugehörigkeit und Leistungszuständigkeit den echten Angestellten gleichgestellt. Bei der Prüfung, ob Berufsunfähigkeit vorliegt, ist jedoch von der tatsächlichen Tätigkeit auszugehen. (Hier: „Heilbademeisterin und Heilmasseurin" nach § 255 Abs 3 ASVG zu beurteilen). RIS-Justiz RS0083723.

Nicht übersehen werden darf aber auch, dass die Versicherten eine **Solidargemeinschaft** bilden. Den Angehörigen dieser Risikogemeinschaft kann nicht zugemutet werden, aus den Erträgen ihrer in der Regel bis zum Erreichen des Regelpensionsalters ausgeübten „normalen" Erwerbstätigkeit die Beiträge aufzubringen, aus denen die Sportinvalidität eines noch jungen ehemaligen Berufsfußballers eine Pensionsleistung nach sich zöge, obwohl er unstrittig noch fähig ist, im „normalen" Erwerbsleben eine Tätigkeit gewinnbringend auszuüben.

Zusammenfassend hat der Kläger als Berufsfußballer – ungeachtet der Frage, ob es sich dabei um eine Angestellten- oder Arbeitertätigkeit handelt – weder Berufsschutz nach § 273 ASVG noch nach § 255 Abs 1 und 2 ASVG, weil die gegenüber anderen Berufen völlig untypisch kurze Zeit der Ausübbarkeit von Anfang an feststand. Der Kläger musste schon bei Beginn seiner Tätigkeit mit einem späteren Berufswechsel rechnen. Derartige Risiken können nicht versichert sein. Das Problem der Verweisung des Klägers auf andere Berufe stellt sich nicht, weil die Arbeitsfähigkeit des Klägers als Berufsfußballer nicht in einem Beruf herabgesunken ist, der zufolge der oben dargestellten Besonderheiten geeignet ist, gemäß den §§ 255 Abs 1 und 2, § 273 ASVG das Verweisungsfeld abzustecken. Ob der Kläger noch gesundheitlich in der Lage ist, seinen ursprünglich erlernten Beruf als Elektromechaniker auszuüben, wird von der Revision zu Recht nicht thematisiert, weil dieser Beruf nicht überwiegend iSd § 255 Abs 2 ASVG ausgeübt wurde. Es liegt am Kläger, ob er in seinen alten Beruf zurückkehrt oder wie er seinen (Wieder-)Eintritt in das „normale" Erwerbsleben gestaltet, wobei aber nach dem festgestellten Leistungskalkül trotz „Sportinvalidität" davon auszugehen ist, dass noch eine ganze Reihe von Berufen offensteht, die ohne Kalkülsüberschreitung ausgeübt werden können.

51. Verminderte Arbeitsfähigkeit – Mischttätigkeit des Versicherten (nach 30.7.1996, 10 ObS 2211/96m⁵²)

Es ist nicht von entscheidender Bedeutung, dass der Kläger, wie die Vorinstanzen ohnehin feststellten, zuletzt auch als Partieführer tätig war, der auch manuelle Arbeiten zu verrichten hatte.

⁵² ARD 4805/39/97.

Auch wenn der Partieführer eine Aufstiegsmöglichkeit im Lehrberuf Maurer ist (Berufslexikon 1, Lehrberufe, Stand Juni 1995, 319) und in der Lohnordnung des Kollektivvertrages für Bauindustrie und Baugewerbe der Partieführer im Straßenbau in der Beschäftigungsgruppe angeleitete Bauarbeiter und der Hauptpartieführer in der Beschäftigungsgruppe Hilfspolier angeführt ist und allenfalls seine Tätigkeit berufsschutzerhaltend wirkt, so darf nicht übersehen werden, dass nach den Feststellungen die Bausaison von etwa Mitte Mai bis etwa Mitte November des Jahres dauerte. Daher hat der Kläger, selbst wenn man von der Feststellung des Erstgerichtes absieht, dass die überwiegende Tätigkeit des Klägers bezogen auf ein Arbeitsjahr Straßenwärterarbeiten umfasste und Maurertätigkeiten in Relation dazu nur in untergeordnetem Umfang anfielen, nur, wie das Berufungsgericht ausführt, im günstigsten Fall in zeitlicher Hinsicht Straßenwärterarbeiten und Maurerarbeiten je zur Hälfte verrichtet. Da die manuellen Maurertätigkeiten sich mit dem Zeitraum decken, in dem der Kläger als Partieführer (was die Maurertätigkeit betrifft) tätig war, so ergibt die Partieführertätigkeit keine Änderung der Relation der die Partieführertätigkeit inkludierenden qualifizierten Maurertätigkeit zur unqualifizierten Tätigkeit als Straßenwärter. Ob der Kläger Partieführer in Bezug auf die sonstigen Straßenmeistertätigkeiten war, ist nicht entscheidend, weil diese Tätigkeit kein Hinweis für eine qualifizierte Berufstätigkeit ist.

Da das Aufstellen von Schneewänden, Leitpflocken und Schneestangen und deren Wartung nicht einmal ansatzweise der Errichtung von Schalungen als Konstruktionen bzw Formen aus Holzbrettern oder aus Holz-, Kunststoff- oder Stahltafeln, in die Beton ausgefüllt wird (Berufslexikon 1, Lehrberufe, Schalungsbauer Stand Juni 1995, 417), gleichzuhalten ist, repräsentieren diese Tätigkeit nicht einmal Teiltätigkeiten eines Lehrberufes.

Soweit der Kläger mit verschiedenen Kraftfahrzeugen fuhr oder Gärtnerarbeiten verrichtete (Baumpflege), handelt es sich allenfalls nur um Teiltätigkeiten von Lehrberufen, die für sich allein keinen Berufsschutz begründeten. Es ist nämlich offenkundig, dass die Kenntnisse und Fähigkeiten des Klägers nur auf Teilgebieten dieser Berufe erworben wurden, die von ausgebildeten Facharbeitern allgemein in viel weiterem Umfang beherrscht werden (SSV-NF 6/69, 7/108).

Das bedeutet, dass der Kläger nur den erlernten Maurerberuf allerdings nicht überwiegend während der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag ausgeübt hat, was seine Behandlung nach § 255 Abs 2 ASVG nicht rechtfertigen konnte.

Eine Mischttätigkeit von Teiltätigkeiten mehrerer Lehrberufe kann die Annahme eines Berufsschutzes begründen. Dabei muss die Summe dieser Teiltätigkeiten ein Maß erreichen, das die Annahme des Vorliegens von einem Lehrberuf vergleichbaren Kenntnissen und Fähigkeiten rechtfertigt (SSV-NF 5/76).

Da die Teiltätigkeiten des Klägers im Maurerberuf allein den Berufsschutz nicht erhielten, stellt sich die Frage, ob seine Kraftfahr- und Baumpflegetätigkeit die Annahme eines Berufsschutzes in Form einer qualifizierten Mischttätigkeit zulassen. Die bloße Kraftfahrttätigkeit, die keine weiteren Kenntnisse und Fähigkeiten als die Erlangung der Lenkerberechtigung voraussetzt, im Zusammenhang

mit der Teiltätigkeit der Baumpflege erreichte jedoch – wie oben dargestellt – kein solches Ausmaß, dass damit über eine Teiltätigkeit des Gärtnerberufes hinausgehende Kenntnisse und Fähigkeiten erworben worden wären. Vom Vorliegen von einem Lehrberuf vergleichbaren Kenntnissen und Fähigkeiten kann daher nicht gesprochen werden.

Anmerkung: Für die Aufrechterhaltung des Berufsschutzes als gelernter bzw. angelernter Arbeiter ist die überwiegende Ausübung dieses qualifizierten Berufs während des „Beobachtungszeitraumes“ von 15 Jahren vor dem Stichtag entscheidend. Für den angelernten Arbeiter ist die Gleichwertigkeit seiner Kenntnisse und Fähigkeit mit einem Lehrberuf maßgeblich. Die kürzeste Lehrzeit für einige wenige Lehrberufe – siehe die Lehrberufsliste (Verordnung gemäß § 7 BAG) mit den jeweiligen Prüfungsordnungen – liegt bei zwei Jahren, sonst bei drei bis vereinzelt auch vier Jahren. Anlernzeiten von weniger als zwei Jahren verhelfen nicht zum Berufsschutz.

Durch die Veränderungen am Arbeitsmarkt ändern sich auch die Anforderungen körperlicher Art in den einzelnen Lehrberufen. Diese Veränderungen machen sich überwiegend als Erleichterungen der Anforderungen an schweres Heben und Tragen und dgl bemerkbar; indirekt wird dadurch die Latte zur Invalidität/Berufsunfähigkeit höher gelegt. Es können sich auch neue Berufsfelder entwickeln, zB als **Baumarkt-Fachberater** für gelernte Bauarbeiter. Sofern von dieser Tätigkeit mehr als 100 Arbeitsplätze in Österreich vorhanden sind, ist die Verweisung von gelernten Maurern auf solche Arbeitsplätze mit deutlich geringeren Anforderungen an die körperliche Leistungsfähigkeit zulässig.

Ergebnis: Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, dem Kläger eine Invaliditätspension im gesetzlichen Ausmaß ab dem Stichtag zu gewähren, wird abgewiesen.

Ein während der letzten fünfzehn Jahre vor dem Stichtag als **Straßenwärter** tätiger Versicherter, der dabei nur im günstigsten Fall in zeitlicher Hinsicht Straßenwärterarbeiten und Maurerarbeiten je zur Hälfte verrichtete, verliert den Berufsschutz als gelernter Maurer. RIS-Justiz RS0106162.

Für jene angelernten Berufe, für die kein entsprechender Lehrberuf vorgesehen ist, soll Berufsschutz gewährt werden, wenn damit gleichartige und gleichwertige qualifizierte Kenntnisse verbunden sind. RIS-Justiz RS0084433.

Voraussetzung für die Qualifikation als angelernter Arbeiter ist es, dass der Versicherte hinsichtlich seiner Fähigkeiten und Kenntnisse den Anforderungen entspricht, die üblicherweise an Absolventen des Lehrberufes gestellt werden. Es reicht jedoch nicht aus, wenn die Kenntnisse und Fähigkeiten nur ein Teilgebiet eines Tätigkeitsbereiches umfassen, der von gelernten Arbeitern ganz allgemein in viel weiterem Umfang beherrscht wird. RIS-Justiz RS0084638.

52. Verminderte Arbeitsfähigkeit – Leistungskalkül (nach 27.9.1994, 10 ObS 226/94⁵³)

Als Mangel rügt die Klägerin, dass die Diagnose des Leidenszustandes am linken Handgelenk nicht festgestellt worden und ungeprüft geblieben sei, ob bei der Klägerin nicht leidensbedingt Krankenstände in einem solchen Ausmaß zu erwarten seien, dass sie dadurch vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sei. Damit werden dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zuzuzählende Feststellungsmängel geltend gemacht.

⁵³ ARD 4660/14/1995 = SSV-NF 8/92.

Die Feststellungsgrundlage ist nur dann mangelhaft, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind und dies Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Ergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren. Entscheidend für die Frage der Verweisbarkeit der Klägerin ist die aufgrund des ärztlichen Leistungskalküls getroffene **Feststellung, in welchem Umfang sie im Hinblick auf die bestehenden Einschränkungen behindert ist bzw welche Tätigkeiten sie ausführen kann**. Die vom Sachverständigen erhobene Diagnose bildet nur die Grundlage für das von ihm zu erstellende Leistungskalkül, das wiederum die Basis für die Feststellungen bildet. Mangels eigener medizinischer Fachkenntnisse könnte das Gericht aus einer festgestellten Diagnose keinerlei Schlussfolgerungen ableiten, zumal je nach dem Schweregrad eines Leidens bei identer Diagnose der Umfang der Einschränkungen bezüglich der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit ganz unterschiedlich sein kann. **Wesentlich ist daher nur die Feststellung des Leistungskalküls**, das die Vorinstanzen jedoch erhoben haben.

Gemäß § 87 Abs 1 ASGG hat das Gericht sämtliche notwendig erscheinenden Beweise von Amts wegen aufzunehmen. Die Verpflichtung zur amtswegigen Beweisaufnahme besteht jedoch nur hinsichtlich von Umständen, für deren Vorliegen sich aus den Ergebnissen des Verfahrens Anhaltspunkte ergeben. Nur dann, wenn sich aus dem Vorbringen der Parteien, aus Beweisergebnissen oder dem Inhalt des Aktes Hinweise auf das Vorliegen bestimmter entscheidungswesentlicher Tatumsstände ergeben, ist das Gericht verpflichtet, diese in seine Überprüfung einzubeziehen.

Die Klägerin stützte ihre Klage darauf, dass sie wegen einer Behinderung am rechten Handgelenk nicht in der Lage sei, einer geregelten Beschäftigung nachzugehen. Die Begutachtung durch die ärztlichen Sachverständigen für interne Medizin und für Psychiatrie ergab völlig altersentsprechende Befunde, der chirurgische Sachverständige diagnostizierte im Wesentlichen nur die von der Klägerin bereits in der Klage geltend gemachte Behinderung an der rechten Hand. Dieser Leidenszustand indiziert in keiner Weise das Auftreten von regelmäßigen leidensbedingten Krankenständen. Auch aus der Vernehmung der Klägerin ergab sich kein Hinweis in diese Richtung. Unter diesen Umständen hatten die Vorinstanzen auch keine Veranlassung, diese Frage zu prüfen.

Ausgehend vom festgestellten Leistungskalkül bestehen keinerlei Bedenken, dass die Klägerin in der Lage ist, die von den Vorinstanzen herangezogenen **Verweisungsberufe** zu verrichten. Für Hilfstätigkeiten in Büros und Tätigkeiten in der Poststelle sind keine qualifizierten Voraussetzungen erforderlich. Es handelt sich um Tätigkeiten, die nach einer einfachen Anlernung in kurzer Zeit verrichtet werden können und keine vorausgehende Ausbildung erfordern. Dass die damit verbundenen Anforderungen weder die körperliche noch die geistige Leistungsfähigkeit der Klägerin überschreiten, steht fest. Soweit die Revisionsausführungen dies infrage stellen, gehen sie nicht von den für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen aus.

Ob die Klägerin tatsächlich in der Lage sein wird, einen Arbeitsplatz in den Verweisungsberufen zu finden, ist nicht entscheidend (SSV-NF 2/5 uva). Ist ein Versicherter in der

Lage, einen Beruf, in dem eine ausreichende Zahl von Arbeitsplätzen zur Verfügung steht (dies kann bei den hier infrage kommenden Verweisungsberufen nicht zweifelhaft sein), auszuüben, gelingt es ihm aber nicht, einen Arbeitsplatz zu erlangen, dann ist er arbeitslos, aber nicht berufsunfähig.

Anmerkung: Die Feststellung einzelner Leidenszustände ist regelmäßig unerheblich; maßgeblich ist das sog Leistungskalkül, dh welche Tätigkeiten der Versicherte noch ausführen kann. Der Verweisungsberuf darf die Leistungsanforderungen nicht übersteigen. Er muss sich überdies im Verweisungsfeld, dh je nach Berufsschutz ist das Verweisungsfeld unterschiedlich weit (bei gelernten/angelerten Tätigkeiten im jeweiligen Berufsfeld; bei unqualifizierten Tätigkeiten ist Verweisungsfeld der gesamte Arbeitsmarkt), halten.

Ergebnis: Abweisung des Klagebegehrens.

In keinem Fall der Verweisung ist zu berücksichtigen, ob der Versicherte im Verweisungsberuf auch tatsächlich einen Dienstposten finden wird, da für den Fall der Arbeitslosigkeit die Leistungszuständigkeit der Arbeitslosenversicherung besteht (gl RS seit 8.9.1987, 10 ObS 50/87 = SSV-NF 1/23; 9.2.1988, 10 ObS 166/87 = SSV-NF 2/14; 12.4.1988, 10 ObS 6/88 = SSV-NF 2/34 uva). RIS-Justiz RS0084833.

53. Verminderte Arbeitsfähigkeit – Verweisungsfeld eines gelernten Maurers (nach 20.10.1998, 10 ObS 309/98h⁵⁴)

Der Kläger ist aufgrund seiner im Einzelnen festgestellten gesundheitlichen Leiden nur mehr in der Lage, leichte und mittelschwere Arbeiten (Trageleistungen bis 15 kg, Hebeleistungen bis 25 kg) zu verrichten. Ausgeschlossen sind ständige Arbeiten in Kälte und Nässe und Arbeiten in mehr als der Hälfte der Tagesarbeitszeit in gebückter Körperhaltung oder tiefer Hocke. Unzumutbar sind weiters Lärmarbeiten ohne Lärmschutz.

Der Kläger hat den **Beruf eines Maurers erlernt** und in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag (1. 3. 1996) ausgeübt. Maurerarbeiten (im engeren Sinn) kann der Kläger nicht mehr verrichten, weil dabei fallweise auch schwere Arbeiten anfallen. Die bei einem Fassader fallweise anfallenden schweren Arbeiten werden diesem vielfach von Helfern abgenommen, wobei allerdings nicht feststeht, ob es mindestens 100 Arbeitsplätze in Österreich gibt, bei denen dies der Fall ist.

Der Kläger könnte noch ohne Kalkülsüberschreitung als **Betonfassonierer** (Betonendfertiger, Nachbehandler) arbeiten. Der Betonfassonierer in der Betonfertigteilerzeugung führt an maschinell gefertigten Betonfertigteilen (Betonschaltkästen, Masten, Stiegen, Rohren etc) Ausbesserungsarbeiten durch, indem er die beschädigten Stellen, gebrochenen Kanten und entmischten Stellen herausfindet und wiederherstellt. Dabei schleift er die beschädigten Stellen ab, schließt bei Bedarf die Poren, verputzt entmischte Stellen und baut abgebrochene Kanten neu auf. Dazu benötigt er insbesondere Schleifpapier, einen zumindest halbgefüllten Wasserkübel, eine Maurerpfanne und Spachtelmasse. Bei gewissen Betonfertigteilen sind auch Montagearbeiten durchzuführen, wobei ein Hantieren mit Schrauben und Metallteilen und dem erforderlichen Werkzeug notwendig ist. Die Tätigkeit des Betonfassonierers erfordert körperlich leichte Arbeiten im Gehen und Stehen. Kurzfristiges Bücken, Knien und Hocken über den ganzen Tag verteilt ist laufend

⁵⁴ SSV-NF 12/139.

erforderlich, wobei jedoch alle paar Minuten Ausgleichsbewegungen möglich sind. Arbeiten überwiegend in gebückter oder gebeugter oder vorgeneigter Körperhaltung werden nicht gefordert. Fallweise kann es aber vorkommen, dass Arbeiten in gebückter und kumuliert in gebeugter/vorgeneigter Körperhaltung zeitlich überwiegen. Bei Montagearbeiten können produkt- und betriebsabhängig fallweise Hebeleistungen bis 35 kg vorkommen. Am allgemeinen Arbeitsmarkt gibt es jedoch zumindest 100 Arbeitsplätze für Betonfassonierer, bei denen Hebeleistungen bis 10 kg und Trageleistungen bis 5 kg nicht überschritten werden. Für schwere Teile stehen Hebehilfen zur Verfügung.

Für die Tätigkeit eines Betonfassonierers werden in der Regel mit wenigen Ausnahmen nur gelernte Maurer oder Maler und Anstreicher herangezogen. Der Betonfassonierer benötigt für seine Tätigkeit vor allem die Kenntnisse und Fertigkeiten eines Maurers, und zwar – zeitlich gesehen – produkt- und betriebsabhängig zu 30 bis 80% die Fertigkeiten für Verputzarbeiten, zu 20 bis 30% Materialkenntnisse (Beton, Mörtel, Kunstharzmörtel, Voranstriche etc) und zu 10% Schleif- und Entgratfertigkeiten. Dazu sind noch erforderlich die Kenntnisse und Fähigkeiten eines Maurers für Ausbesserungsarbeiten, Porenschließen, Oberflächenbehandlung, die zu verwendenden Werkzeuge und die Herstellung von Mörtelmischungen. Insgesamt sind – inhaltlich gesehen – 20 bis maximal 25% der Kenntnisse und Fertigkeiten eines Maurers für die Ausübung einer Tätigkeit eines Betonfassonierers nötig. In der Betonfertigteilerzeugung existieren zumindest 100 Arbeitsplätze eines Betonfassonierers am allgemeinen Arbeitsmarkt.

Bei der Tätigkeit eines **Fachverkäufers in Baumärkten** (Verkaufsberater) werden die Kenntnisse und Fähigkeiten eines Einzelhandelskaufmannes, nicht jedoch die Kenntnisse eines Maurers oder sonstigen Handwerkers verlangt. Zum Erwerb der geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten bedürfte ein Maurer einer mehrjährigen Umschulung. Darüber hinaus werden von Verkaufsberatern beim Heben und Tragen von Baustoffen auch schwere Arbeiten gefordert.

Anmerkung: Die Rechtsprechung befasste sich lange mit der Frage der Verweisbarkeit des gelernten Maurers, der nicht mehr imstande ist, schwere körperliche Arbeiten zu verrichten. Bei den Verweisungsberufen muss es sich um solche handeln, bei denen der Berufsschutz aufrechterhalten bleibt.

Ergebnis: Der Kläger ist **gelernter Maurer** und arbeitete auch im relevanten Beobachtungszeitraum gemäß § 255 Abs 2 ASVG ausschließlich als Maurer. Maurer errichten typischerweise Bauwerke und Bauwerksteile aus verschiedenen Baumaterialien bzw Fertigteilen im Hoch- und Tiefbau und führen auch Reparatur-, Restaurierungs- und Umbauarbeiten an Bauwerken durch (Berufslexikon des Arbeitsmarktservice Österreich, Lehrberufe-Band 1 (1997), 307 f).

Unstrittig ist, dass der Kläger aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, den Maurerberuf im engeren Sinn auszuüben. Fraglich ist, ob er als gelernter Maurer allenfalls auf die Tätigkeit eines **Betonfassonierers in der Betonfertigteilerzeugung** verwiesen werden kann.

Auszugehen ist dabei davon, dass ein Versicherter, der einen Beruf erlernt hat und dessen Invalidität nach § 255 Abs 1 ASVG zu beurteilen ist, nach ständiger Rechtsprechung auch auf Teiltätigkeiten seines Berufes (bzw seiner Berufsgruppe) verwiesen werden darf, wenn er dadurch seinen Berufsschutz nicht verliert. Deshalb muss die Verweisungstätigkeit eine solche in einem erlernten (oder angelemten) Beruf sein (SSV-NF

3/29, 3/119, 3/122, 4/2, 4/140, 6/67, 7/6, 7/62, 9/40 ua). Aus § 255 Abs 1 ASVG ergibt sich nämlich, dass der Vergleich mit einem gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in dem in Betracht kommenden qualifizierten Beruf zu ziehen ist. Es kommt daher bei einem erlernten Beruf nicht auf die bisher ausgeübte Tätigkeit, sondern grundsätzlich auf die Ausbildung und die hiedurch erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten an (SSV-NF 3/29 mwN).

Entscheidend ist für eine zulässige Verweisung, dass sich die Teiltätigkeit, auf die der Versicherte verwiesen werden soll, qualitativ hervorhebt und nicht bloß untergeordnet ist (SSV-NF 4/140, 6/67, 7/6, 7/62, 9/40 ua). Die Teiltätigkeit muss noch als Ausübung des erlernten Berufes angesehen werden können (SSV-NF 9/35 mwN). Demgegenüber vermag also eine Teiltätigkeit, die sich qualitativ nicht hervorhebt und bloß untergeordnet ist, einen vorher bestehenden Berufsschutz nicht aufrechtzuerhalten (SSV-NF 9/40 mwN) und scheidet daher als Verweisungsberuf aus.

Aufgrund der getroffenen, vom Berufungsgericht allerdings noch nicht abschließend geprüften Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes kann das vorstehende Kriterium noch nicht verlässlich beurteilt werden. Es steht zwar fest, dass der Betonfassonierer einen Teil der Kenntnisse und Fähigkeiten eines Maurers zur Berufsausübung benötigt; es steht aber noch nicht fest, ob sich die Tätigkeit des Betonfassonierers im Vergleich zum Maurer qualitativ von Hilfsarbeiten wesentlich hervorhebt und nicht bloß untergeordnet ist. Der Revisionswerber weist insoweit zu Recht, unter Hinweis auf ein von ihm in erster Instanz vorgelegtes Gutachten eines in einem anderen sozialgerichtlichen Verfahren bestellten berufskundlichen Sachverständigen, darauf hin, dass die Dauer der Anlernzeit für Betonfassonierer nicht festgestellt wurde. Bei einer bloßen Anlernzeit von zwei bis drei Monaten könnte im Vergleich zur Lehrzeit des Maurers von drei Jahren wohl nur von einer untergeordneten Teiltätigkeit des Maurerberufes gesprochen werden, die bloß Kenntnisse erfordert, die über einfache Hilfsarbeiten nicht hinausgehen. Eine derartige Teiltätigkeit wäre dann aber nicht geeignet, dem hierauf verwiesenen Maurer den Berufsschutz zu erhalten. Obwohl diese Frage für den Verfahrensausgang entscheidend ist und schon in erster Instanz vom Kläger thematisiert wurde, wurden zur Dauer der Anlernzeit eines Betonfassonierers keine Feststellungen getroffen. Das Argument des Berufungsgerichtes, aus der relativ kurzen Anlernzeit eines Maurers für den Beruf eines Betonfassonierers lasse sich die Verwandtschaft dieser beiden Berufe ableiten, versagt dann, wenn auch der ungelernte Arbeiter bzw ein Arbeiter, der einen anderen Beruf erlernt hat, den Beruf des Betonfassonierers bereits nach einer sehr kurzen Anlernzeit beherrscht. So sprach der Senat etwa auch aus, dass es für das Vorliegen eines angelernten Berufes iSd § 255 Abs 2 ASVG nicht ausreicht, wenn die Kenntnisse und Fähigkeiten nur ein Teilgebiet eines Tätigkeitsbereiches umfassen, der vom gelernten Arbeiter in viel weiterem Umfang beherrscht wird (SSV-NF 1/48, 2/66, 3/55, 3/70, 4/80 ua), und verneinte im Hinblick darauf, dass die Dauer der für die Erlernung eines Berufes notwendigen Lehrzeit im Durchschnitt etwa drei Jahre beträgt, bei Vorliegen beispielsweise einer Anlernzeit von vier bzw sechs Monaten und anderer Umstände, dass in dieser Zeit Kenntnisse und Fähigkeiten erworben werden, die den in einem Lehrberuf vermittelten gleichzuhalten sind (SSV-NF 6/147, 7/49). Wenn auch die Dauer der für eine Tätigkeit notwendigen Anlernung nicht das einzige Kriterium für die Beurteilung der Frage bildet, ob die Tätigkeit als angelernt iSds § 255 Abs 2 ASVG zu qualifizieren ist, kommt ihr doch hierfür maßgebliche Bedeutung zu.

Pauschal wurde festgestellt, dass als Betonfassonierer überwiegend gelernte Maurer zum Einsatz kommen. Andererseits ergibt sich aus den Feststellungen, dass das Einsatzgebiet für Betonfassonierer durchaus unterschiedlich ist. Zum Teil werden sie für Montagearbeiten an Baustellen, teilweise nur mit einfachen Ausbesserungen im Betrieb beschäftigt. Zu klären wäre ergänzend, ob auch für die einfachen

Ausbesserungsarbeiten fast ausschließlich gelernte Maurer eingesetzt werden und was der Grund dafür ist. Wenn tatsächlich eine sehr kurze Anlernzeit genügt, um die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten zu erwerben, wäre es nicht gut verständlich, warum für diese Tätigkeit besonders qualifizierte und damit auch höher entlohnte Arbeitskräfte eingesetzt werden.

Richtig ist, dass der Senat in 10 ObS 160/97w und 10 ObS 251/98d Entscheidungen der Vorinstanzen, in denen die Verweisbarkeit des Maurers auf den Betonfasonierer bejaht wurde, bestätigte, dies jedoch unter ausdrücklichem Hinweis auf die dort getroffenen Feststellungen der Tatsacheninstanzen, an die der Oberste Gerichtshof als Rechtsinstanz gebunden war. In den Vorentscheidungen wurde darauf hingewiesen, dass sich als Folge der freien richterlichen Beweiswürdigung im jeweiligen Einzelfall aufgrund von Gutachten verschiedener Sachverständigen auch abweichende Feststellungen ergeben können.

Das Verfahren leidet daher an einem, wesentlichen Feststellungsmangel, der jedenfalls eine Urteilsaufhebung gebietet. Da das Berufungsgericht die Beweis- und Tatsachenrüge des Klägers in der Berufung zufolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung bisher nicht behandelte und die Berufungsentscheidung auch nicht eindeutig erkennen lässt, ob und in welchem Umfang die bekämpften Feststellungen des Erstgerichtes übernommen wurden, hat eine Zurückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht zu erfolgen.

Sollte das fortgesetzte Verfahren ergeben, dass der Betonfasonierer kein für den Maurer infrage kommender Verweisungsberuf ist, wäre auch die Verweisbarkeit des Maurers auf den Beruf des **Verkaufsberaters in einem Baumarkt** zu prüfen. Diese Verweisbarkeit wurde erst kürzlich vom Senat in der Entscheidung 10 ObS 20/98h auf der Grundlage der dort getroffenen Tatsachenfeststellungen bejaht. Dabei erscheint bemerkenswert, dass die dortigen Tatsacheninstanzen davon ausgingen, dass Maurer als Verkaufsberater in Baumärkten Verwendung finden und eine Umschulung von durchschnittlich drei Monaten in das Bestellwesen, die innere Organisation und EDV bedürfen. Demgegenüber kam das Erstgericht im vorliegenden Verfahren zu dem Ergebnis, dass beim Verkaufsberater in Baumärkten die Kenntnisse eines Maurers nicht gefragt seien und im Übrigen eine mehrjährige Umschulung erforderlich sei. Während im dortigen Verfahren der Ausschluss des Versicherten von schweren Arbeiten der Ausübung des Berufes des Verkaufsberaters nicht entgegenstand, kam hier das Erstgericht zur Feststellung, dass vom Verkaufsberater auch schwere Arbeiten im Zusammenhang mit dem Heben und Tragen von Baustoffen gefordert werden.

Die Verweisung auf Teiltätigkeiten eines Lehrberufes ist zulässig; ein Versicherter, dessen Invalidität nach § 255 Abs 1 ASVG zu beurteilen ist, darf aber nicht auf Teiltätigkeiten seines Berufes verwiesen werden, durch die er den ihm nach der angeführten Bestimmung zukommenden Berufsschutz verlieren würde. Die Tätigkeit, auf die der Versicherte verwiesen wird, muss daher eine Tätigkeit in einem erlernten (angelernten) Beruf iSd § 255 Abs 1 und 2 ASVG sein. RIS-Justiz RS0084541.

Voraussetzung für die Qualifikation als angelernter Arbeiter ist es, dass der Versicherte hinsichtlich seiner Fähigkeiten und Kenntnisse den Anforderungen entspricht, die üblicherweise an Absolventen des Lehrberufes gestellt werden. Es reicht jedoch nicht aus, wenn die Kenntnisse und Fähigkeiten nur ein Teilgebiet eines Tätigkeitsbereiches umfassen, der von gelernten Arbeitern ganz allgemein in viel weiterem Umfang beherrscht wird. RIS-Justiz RS0084638.

54. Verminderte Arbeitsfähigkeit – Wohnsitzverlegung (nach 26.2.1991, 10 ObS 75/91⁵⁵)

Die rechtliche Beurteilung des ausreichend festgestellten Sachverhaltes durch das Berufungsgericht ist richtig (§ 48 ASGG; SSV-NF 1/20; SSV-NF 2/105; hg Aufhebungsbeschluss 24.1.1989, SSV-NF 3/10; SSV-NF 3/142, wonach bei Prüfung der Verweisbarkeit nur dann vom individuellen Wohnort des Versicherten auszugehen ist, wenn eine Wohnsitzverlegung aus medizinischen Gründen nicht möglich ist). Solche Gründe liegen hier nicht vor. Auf die in der Revision behaupteten wirtschaftlichen Gründe kommt es daher nicht an.

Anmerkung: Bei der Verweisbarkeit eines Pensionswerbers ohne Berufsschutz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt kommt es nicht auf individuelle Besonderheiten (Wohnort; Vorstrafen, Verlust des Führerscheines ua) an, sofern in einem Verweisungsberuf mehr als 100 Arbeitsplätze in Österreich vorhanden sind.

55. Verminderte Arbeitsfähigkeit – Berufskraftfahrer (nach 20.7.1995, 10 Ob 138/95⁵⁶)

Die im angefochtenen Urteil enthaltene rechtliche Beurteilung der Sache ist richtig. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob dem Kläger Berufsschutz als angelernter Berufskraftfahrer zukommt, zutreffend verneint. Da diese Entscheidung auch der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes entspricht (aus der letzten Zeit SSV-NF 8/17; 10 ObS 257/93, 10 ObS 221/94, 10 ObS 57/95, 10 ObS 58/95), genügt es, auf deren Richtigkeit hinzuweisen (§ 48 ASGG).

Ergänzend sei den Rechtsausführungen des Klägers noch Folgendes entgegengehalten:

Nach Auffassung des Klägers stehe der Umstand, dass er niemals sogenannte gefährliche Güter (vgl das Bundesgesetz vom 23.2.1979 über die Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße, BGBl 209, – GGSt) transportiert habe, seinem Berufsschutz als Berufskraftfahrer nicht entgegen, weil hierfür eine spezielle Lenkerausbildung erforderlich sei, über die nur ein kleiner Kreis von Berufskraftfahrern verfüge und für die es eine spezielle Ausbildungsverordnung gebe (Gefahrgut-Lenkerausbildungsverordnung, BGBl 1987/506). Richtig ist, dass Lenker von Beförderungseinheiten in der Regel für ihre Tätigkeit hinsichtlich der in Betracht kommenden gefährlichen Güter besonders ausgebildet sein müssen (§ 40 Abs 1 GGSt). Zu diesem Zweck wurde auch die Gefahrgut-Lenkerausbildungsverordnung vom 21.9.1987, BGBl 506, erlassen. Aus dieser Rechtslage kann der Kläger aber keine für ihn günstigere Beurteilung herleiten. Er lässt nämlich außer Acht, dass das **Berufsbild des Lehrberufes „Berufskraftfahrer“** (BGBl 1992/508) wie schon zur Zeit des Ausbildungsversuches (BGBl 1987/396) ausdrücklich die Kenntnis über den Transport gefährlicher Güter auf der Straße umfasst. Dazu bestimmte schon Art I § 7 Abs 2 der Verordnung BGBl 1987/396 wörtlich: „Dem Berufskraftfahrerlehrling ist vom Lehrberechtigten im Laufe des 3. Lehrjahrs im Rahmen der Ausbildungszeit Gelegenheit zu geben, eine Gesamtausbildung oder eine fehlende Teilausbildung über den Transport gefährlicher Güter auf der Straße iSd § 40 GGSt zu besuchen,

⁵⁵ ARD 4286/7/91.

⁵⁶ ARD 4700/19/95.

sofern diese Ausbildung von ihm oder von einer von ihm mit der Ausbildung von Lehrlingen betrauten im Betrieb beschäftigten, fachlich einschlägig ausgebildeten Person... nicht oder nicht zur Gänze vermittelt werden kann oder von der Berufsschule nicht vermittelt wird." Gemäß § 2 Abs 1 der Verordnung BGBl 1992/508 sind dem Lehrling die im Berufsbild festgelegten Fertigkeiten und Kenntnisse entsprechend zu vermitteln. Damit ist aber die Auffassung des Klägers widerlegt, auch ein gelernter Berufskraftfahrer verfüge nur dann über qualifizierte Kenntnisse über den Transport gefährlicher Güter, wenn er einen solchen tatsächlich durchgeführt habe. Das völlige Fehlen solcher Kenntnisse beim Kläger ist daher wesentlich. Was die Kenntnisse des Zollwesens betrifft, so wurde festgestellt, dass dem Kläger die Zollpapiere jeweils ausgefüllt übergeben wurden und er daher mit dem Ausfüllen der entsprechenden Papiere nichts zu tun hatte (ähnlich 10 ObS 57/95). Von Bedeutung ist schließlich auch, dass der Kläger nach den Feststellungen in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag ausschließlich mit Viehtransporten im Inland beschäftigt war.

Anmerkung: Das Entstehen eines (relativ) „neuen“ Lehrberufes ist regelmäßig mit einer zusätzlichen Qualifikation verbunden. Vor dem Lehrberuf „Berufskraftfahrer“ stellte die Rechtsprechung darauf ab, ob der Kraftfahrer eine Mechanikerausbildung hatte und diverse Reparaturen am Lkw selbst vornahm.

Neben dem Transport von Gefahrgütern kommt es auch im internationalen Güterverkehr (13.1.1998, 10 ObS 435/97m SSV-NF 12/5) auf die Kenntnisse der Beladevorschriften, zur selbständigen Abwicklung der Zollformalitäten, der Routen- und Terminplanung an.

Ein Kraftfahrer, dessen Kenntnisse nur unwesentlich über diejenigen hinausgehen, die von jedem Lenker eines Schwerkraftfahrzeuges anlässlich der Führerscheinprüfung verlangt werden, übt keinen angelernten Beruf aus. RIS-Justiz RS0084792.

56. Verminderte Arbeitsfähigkeit – Hilfsarbeiter auf einfache Angestelltentätigkeit verweisbar (nach 23.4.1991, 10 ObS 111/91⁵⁷)

Das Erstgericht wies die Klage ab, weil die am 4.12.1944 geborene, in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag als Büglerin, Serviererin und Hausmeisterin beschäftigte Klägerin trotz ihres eingeschränkten Gesundheitszustandes noch als Trafikverkäuferin und Kassierin in Sportstätten oder in Büros für kulturelle Veranstaltungen (Theater, Kino usw) tätig sein könne und daher nicht invalid iSd § 255 Abs 3 ASVG sei.

Anmerkung: Die – soweit überblickbar – erste Entscheidung, mit der eine Hilfsarbeiterin auf Angestelltentätigkeiten (Trafikverkäuferin) verwiesen wurde.

Ergebnis: Ein nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig gewesener Versicherter darf nach § 255 Abs 3 ASVG auf Angestelltentätigkeiten verwiesen werden. RIS-Justiz RS0085005.

Der Versicherte darf nicht auf eine Tätigkeit verwiesen werden, durch deren Ausübung er den Berufsschutz nach § 273 ASVG verlieren würde. Eine Tätigkeit als Arbeiter hat daher bei der Bestimmung des Verweisungsfeldes nach § 273 ASVG außer Betracht zu bleiben (vgl SSV-NF 2/73). RIS-Justiz RS0084837.

⁵⁷ SSV-NF 5/45 = SZ 64/44.

Versicherten in ungelernten Berufen gebührt – sofern die Voraussetzungen des § 255 Abs 4 ASVG nicht erfüllt sind – eine Leistung wegen geminderter Arbeitsfähigkeit damit grundsätzlich erst dann, wenn sie nicht mehr imstande sind, eine auf dem Arbeitsmarkt noch bewertete Tätigkeit zu verrichten. Das Verweisungsfeld ist somit mit dem Arbeitsmarkt ident. RIS-Justiz RS0084505.

§ 255 Abs 3 ASVG hindert eine Verweisung auf Tätigkeiten, die den bisher ausgeübten unähnlich sind, nicht, sondern soll nur in den Ausnahmefällen eine Verweisung verhindern, die bei Berücksichtigung der schon ausgeübten Tätigkeiten als unbillig bezeichnet werden müsste. RIS-Justiz RS0084991.

Ein Versicherter, der eine gelernte oder angelernte Tätigkeit nicht ausgeübt hat, kann – sofern die Voraussetzungen des § 255 Abs 4 ASVG nicht vorliegen – auf den allgemeinen Arbeitsmarkt verwiesen werden. RIS-Justiz RS0084605.

57.. Berufsunfähigkeit eines Viehein- und verkäufers (nach 6.2.1990, 10ObS30/90⁵⁸)

Der Kläger hat keinen Beruf erlernt und war in den letzten 15 Jahren als Viehein- und –verkäufer in der Verwendungsgruppe 4 des Handelsangestellten-KV (Angestellte mit selbständiger Tätigkeit) beschäftigt. Er war für die Viehtransporte und den Ein- und Verkauf von Schlacht- und Nutztvieh zuständig, hatte bei den Abschlüssen den Markt zu beobachten, wusste über den jeweiligen Viehbestand und die Viehhaltung der Bauern Bescheid und konnte Gesundheit der Tiere sowie Klasse und Qualität des Fleisches bewerten. Abgesehen von den Viehtransporten verrichtete er die Arbeiten (außer Schreiarbeiten) überwiegend im Stehen und Gehen. Er erhielt keine innerbetriebliche Schulung, keine kaufmännische Einschulung und übte keine Bürotätigkeit aus.

Er kann nur mehr leichte Arbeit im Sitzen ohne Heben und Tragen über 5 kg verrichten; er ist unterweisbar und kann für einfache Berufe, die eine Anlernzeit von ein paar Monaten verlangen, angelernt werden. Die Anmarschwege sind nicht eingeschränkt, ein Fußweg bis 1.200 m ist zumutbar.

Anmerkung: Das Verweisungsfeld für Angestellte entspricht dem Berufsfeld von Angestellten, wobei ein Abstieg in der (objektiv richtigen) Einstufung der zuletzt nicht nur vorübergehend ausgeübten Tätigkeit nach dem KV (hier: KV für Handelsangestellte) um eine Verwendungsgruppe als zumutbar angesehen wird.

Ergebnis: Reichen Ausbildung, Kenntnisse und Fähigkeiten eines Versicherten nicht aus, um auch andere als die allgemein zu einer Berufsgruppe (Beschäftigungsgruppe) gehörenden Tätigkeiten auszuüben, dann kann er nur den Berufsschutz jener Berufsgruppe beanspruchen, der Versicherte von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten angehören (so schon SSV-NF 3/41). RIS-Justiz RS0084440.

In der Frage, ob eine Verweisungstätigkeit mit einem unzumutbaren sozialen Abstieg verbunden wäre, können geringere Kenntnisse und Fähigkeiten und eine schlechtere Ausbildung zu keiner günstigeren Beurteilung gegenüber besser ausgebildeten Versicherten, welche die gleiche Tätigkeit verrichten haben, führen. RIS-Justiz RS0084770.

Die PVAng ist eine Berufsversicherung (Berufsgruppenversicherung), deren Leistungen bereits einsetzen, wenn der Versicherte infolge seines körperlichen und/oder geistigen Zustandes einen Beruf seiner Berufsgruppe nicht mehr ausüben kann. Dabei ist von jenem Angestelltenberuf auszugehen, den der Versicherte zuletzt ausgeübt hat. Dieser Beruf bestimmt das Verweisungsfeld, dh die Summe aller Berufe, die derselben

⁵⁸ SSV-NF 4/17.

Berufsgruppe zuzurechnen sind, weil sie eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen. RIS-Justiz RS0084867.

Kein unzumutbarer sozialer Abstieg vom einfachen Vertreter im Außendienst, der mit Musterkoffern reist, zum Angestellten in einem Büro, mag es sich dabei auch um untergeordnete Agenden ohne besondere Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit handeln. Hier: Vieheinkäufer und Viehverkäufer im Außendienst – Verweisung auf Beschäftigungsgruppe 2 zumutbar. RIS-Justiz RS0085727.

58. Berufsunfähigkeit eines Werkstättenleiters (nach 18.9.1990, 10 Ob 214/90)

Der 1925 geborene Kläger besuchte nach der Hauptschule eine Büromechanikerlehre, schloss diese aber nicht ab. Danach arbeitete er bei einer Landeselektrizitätsgesellschaft und stieg bis zum Werkstättenleiter mit 8–9 Arbeitern auf. Er war für die Arbeitseinteilung, Aufsicht über die Mitarbeiter, Durchführung schwieriger Reparaturen insbesondere nach Blitzschäden, die Reparatur und den Umbau von Zählern usw verantwortlich. Er verdiente zuletzt ATS 32.000,- (entspricht € 2.325,-) und war in die Verwendungsgruppe M III des KV für Angestellte der EVU (Energieversorgungsunternehmen) eingestuft.

Er kann noch leichte und mittelschwere Arbeiten verrichten, ist aber psychisch nicht mehr voll belastbar; nach 1–2-stündiger Arbeitszeit mit hohen Anforderungen an die Konzentration benötigt er 20 Minuten Ruhepause, Leistungsmängel setzen bereits ein, wenn er länger als 15 Minuten hochkonzentriert sein soll. Über Umsicht und Dispositionsvermögen, überdurchschnittliche Konzentration, Gedächtnis und Ausdauer, Geschick im Umgang mit Menschen verfügt er nicht mehr.

Mit Bescheid vom 18.9.1988 wies die PV der Angestellten den Antrag auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension ab.

Anmerkung: Bei überwiegend körperlich leichten Angestelltentätigkeiten ist Berufsunfähigkeit regelmäßig dann gegeben, wenn die geistig-psychologischen Berufsanforderungen das Leistungskalkül übersteigen.

Ergebnis: Die zuletzt ausgeübte Berufstätigkeit muss eine solche Tätigkeit gewesen sein, die ihrem Inhalt nach gem § 14 Abs 1 ASVG die Versicherungszugehörigkeit und damit gem § 245 ASVG die Leistungszugehörigkeit zur Pensionsversicherung der Angestellten begründet. Der Versicherte darf nämlich nicht auf eine Tätigkeit verwiesen werden, durch deren Ausübung er den Berufsschutz nach § 273 ASVG verlieren würde. RIS-Justiz RS0083709.

Ein Werkstättenleiter verrichtet überwiegend Angestelltentätigkeiten, und zwar höhere nicht kaufmännische Dienste, die eine größere Selbständigkeit und Denkfähigkeit, höhere Intelligenz, Genauigkeit und Verlässlichkeit sowie die Fähigkeit der Beurteilung der Arbeiten anderer, Aufsichtsbefugnis, überwiegend nicht manuelle Arbeit und eine gewisse Einsicht in den Produktionsprozess fordern. Hätte der Kläger ohne Leitungsfunktion und Aufsichtsfunktion nur mechanische Arbeiten vorgenommen, wären darin keine höheren nicht kaufmännischen Dienste zu erblicken gewesen. RIS-Justiz RS0084835.

Die PVAng ist eine Berufsversicherung (Berufsgruppenversicherung), deren Leistungen bereits einsetzen, wenn der Versicherte infolge seines körperlichen und/oder geistigen Zustandes einen Beruf seiner Berufsgruppe nicht mehr ausüben kann. Dabei ist von jenem Angestelltenberuf auszugehen, den der Versicherte

zuletzt ausgeübt hat. Dieser Beruf bestimmt das Verweisungsfeld, dh die Summe aller Berufe, die derselben Berufsgruppe zuzurechnen sind, weil sie eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen. RIS-Justiz RS0084867.

59. Pflegegeld – Rasieren (nach 13.12.1996, 10 Ob S 2318/96⁵⁹)

Ein Versicherter kann diverse in der Einstufungsverordnung aufgezählte Verrichtungen nicht mehr selbst vornehmen, sondern benötigt dazu fremde Hilfe. Ua kann er sich nicht mehr selbst täglich rasieren; diese Komponente macht den Unterschied zu einer höheren Einstufung aus.

Die beklagte Partei wendet ein, der Kläger könne sich auch einen Bart wachsen lassen bzw sich beim Friseur neben dem Haarschneiden auch rasieren lassen.

Anmerkung: Erste Entscheidung zum BPGG, bei der § 1 – Zweck des Pflegegeldes angewendet wurde.

Bei der Entscheidung über Pflegegeldansprüche soll im Urteil nicht eine „Leistung im gesetzlichen Ausmaß“ zugesprochen werden, sondern der bestimmte Betrag nach § 5 BPGG.

Ergebnis: Dem Kläger wurde unter Berücksichtigung des täglichen Rasierens Pflegegeld der höheren Stufe zugesprochen.

Das tägliche Rasieren ist der Betreuung nach § 1 EinstV zuzuordnen, und zwar im Speziellen der Körperpflege. Zwar ist auch ein Barträger nicht als verwaorlost anzusehen, doch hat auch der pflegebedürftige Mensch Anspruch auf eine dem allgemeinen Standard angemessene menschengerechte Lebensführung, wozu so grundlegende, die eigene Person betreffende Entscheidungen wie die Wahl des Aussehens durch Tragen (oder Nichttragen) eines Bartes gerechnet werden müssen. RIS-Justiz RS0106236..

§ 1 BPGG ist nicht nur als programmatische Erklärung zu verstehen, sondern bildet gegebenenfalls auch eine – vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgegebene – Leitlinie für die Anwendung des BPGG. Daraus folgt vor allem, dass im Zweifelsfall, das heißt bei sonstiger „Gleichwertigkeit“, grundsätzlich jener Interpretation der Vorzug gegeben werden muss, die dem Zweck des Pflegegeldes am ehesten gerecht wird. Es gehört durchaus zur Führung eines selbstbestimmten Lebens, zu entscheiden, sich täglich zu rasieren oder einen Bart zu tragen. RIS-Justiz RS0106237. (Hier: Verwendung von Kleidungsstücken ohne Knopfverschluss zumutbar: 8.4.2003, 10 ObS 165/02s.).

60. Zumutbarkeit einer Operation (nach 27.2.1990, 10 ObS 40/90⁶⁰)

Ein 51-jähriger Kläger, der sich schon länger im Krankenstand befindet, leidet an einem schmerzhaften Tumor im Bauch als Folge einer gedeckten Perforation (Magendurchbruch) und kann derzeit wegen der Gefahr eines weiteren Durchbruchs und Schmerzen keiner geregelten Beschäftigung nachgehen. Dieser seit Juli 1987 bestehende Zustand könnte durch eine Operation gebessert werden. Bei entsprechender Vorbereitung der Operation besteht eine Letalität von 0,6% (bei Notfalleingriffen von 13 %), erst während der Operation kann entschieden werden, ob die vorübergehende Anlegung eines künstlichen Darmausganges notwendig ist. Durch die Operation wäre der Kläger durch

⁵⁹ ARD 4837/13/97 = infas 1997/92 S40 = 40SSV-NF 10/128.

⁶⁰ SSV-NF 4/23 = DRdA 1991/24, 237 (U. Oberbauer) = ZAS 1992/11, 90 (Dörner) = SZ 63/32 = RdW 1990, 385.

mindestens 6 Monate, im Falle einer Rückoperation des künstlichen Darmausganges 9 Monate arbeitsunfähig.

Im Falle einer erfolgreichen Operation könnte der Kläger leichte Arbeiten verrichten, unter Vermeidung von Heben und Tragen über 5 kg, von exponierten Stellen und unter besonderem Zeitdruck.

Der Kläger war zuletzt als Maschinenarbeiter in einer Papierfabrik beschäftigt; er wäre dann in der Lage, die Arbeit eines Inkassanten, Mautners, Portiers, Telefonisten oder Wachorgans zu verrichten. Der Kläger begehrt Invaliditätspension ab 1.8.1987.

Anmerkung: Operation ist nicht zumutbar. Für die Prüfung der Zumutbarkeitsfrage ist das Bewegliche System hilfreich. Es sind alle (von den Parteien geltend gemachten) für und gegen die Zumutbarkeit sprechenden Argumente anzuführen und im Einzelnen zu gewichten; sodann hat eine abschließende Gesamtwürdigung zu erfolgen.

Ergebnis: Für das österreichische Sozialversicherungsrecht bestehen keine generellen allgemeinen Normen über die Mitwirkungs- und Duldungspflicht des Versicherten, doch lässt sich, abgeleitet aus einer Vielzahl von Einzelregelungen, auch für das Sozialversicherungsrecht eine solche Verpflichtung des Versicherten ableiten. Verschiedene Vorschriften der Sozialversicherungsgesetze normieren Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Leistungsempfängers, die die ordnungsgemäße Abwicklung des sozialversicherungsrechtlichen Schuldverhältnisses sicherstellen sollen. Die Mitwirkungspflichten (so Meldungen, Auskünfte, Mitwirkungen bei Rehabilitationsmaßnahmen) können nicht direkt erzwungen werden, sie stellen sich aber als Obliegenheiten dar, bei deren Verletzung bestimmte Sanktionen eingreifen, die zu einer Störung des Versicherungs- bzw Leistungsverhältnisses führen. Duldungspflichten verlangen vom Versicherten, sich bestimmten ärztlichen Untersuchungen oder Heilbehandlungen zu unterziehen. Diese haben den Zweck, das durch die Sozialversicherung zu tragende Risiko möglichst gering zu halten. Sie können damit als Ausdruck des auch im Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben angesehen werden, der es dem Leistungsempfänger gebietet, die Interessen der Sozialversicherung – und damit die Interessen der anderen Versicherten – in zumutbarer Weise zu wahren. Den Mitwirkungs- und Duldungspflichten sind aber gewisse Schranken gesetzt. Duldung kann vor allem nur verlangt werden, wenn dadurch die Chance besteht, ein von der Versicherungsgemeinschaft zu tragendes Risiko zu verringern und wenn ein Heilverfahren oder ein ärztlicher Eingriff dem Versicherten zumutbar ist (*Schrammel in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechtes*, 3. ErgLfg 155 ff; vgl auch *Schrammel, Die Pflicht zur Duldung von Heilverfahren in der Sozialversicherung*, ZAS 1972, 48 f). So steht gem § 88 Abs 1 ASVG dem Versicherten ein Anspruch auf Geldleistung dann nicht zu, wenn der Versicherungsfall durch Selbstbeschädigung vorsätzlich herbeigeführt wurde oder der Versicherungsfall durch die Verübung eines Verbrechens vom Versicherten veranlasst und der Versicherte mit rechtskräftigem Strafurteil schuldig erkannt wurde. Trotz Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale, die für das Entstehen des Leistungsanspruches gem § 85 ASVG erforderlich sind, entsteht ein solcher Anspruch auf alle im ASVG vorgesehenen Geldleistungen nicht. § 142 ASVG versagt das Krankengeld für eine Krankheit, die sich der Versicherte durch schuldhaftige Beteiligung an einem Raufhandel zugezogen hat oder die sich als unmittelbare Folge der Trunkenheit oder des Missbrauches von Suchtgiften erweist. Sehr deutlich wird auf die Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Versicherten im § 144 Abs 2 ASVG Bezug genommen. Danach ist der Erkrankte verpflichtet, sich ua einer Anstaltspflege zu unterziehen, wenn die

Art der Krankheit eine Behandlung oder Pflege erfordert, die bei häuslicher Pflege nicht gewährleistet ist oder wenn das Verhalten oder der Zustand des Erkrankten seine fortgesetzte Beobachtung erfordert. Die Verletzung dieser Verpflichtung berechtigt den Versicherungsträger gem § 143 Abs 6 ASVG, das Krankengeld auf Dauer oder für eine bestimmte Zeit zur Gänze oder teilweise ebenso ruhend zu stellen, wie wenn der Versicherte einer Ladung zum Kontrollarzt ohne wichtigen Grund nicht Folge leistet. In der Unfallversicherung können nach § 197 ASVG einem Versicherten die Versehrtenrente oder allfällige Zuschüsse auf Zeit ganz oder teilweise versagt werden, wenn er eine die Unfallheilbehandlung oder die Krankenbehandlung betreffende Anordnung ohne triftigen Grund nicht befolgt. Die Konsequenz der Verweigerung der sich aus dieser Regelung allgemein ableitbaren Verpflichtungen ist, dass dem Versicherten diejenige Ersatzleistung aberkannt wird, die mit dazu dienen soll, ein von der Sozialversicherung anerkanntes Risiko abzudecken. Damit bezweckt aber die Sozialversicherung nichts anderes, als das bürgerlichrechtliche Schadenersatzrecht, das dem Geschädigten dann die Ersatzleistung des Schädigers vorenthält, wenn er es unterlässt, den eingetretenen Schaden zu mindern, obwohl er dazu in der Lage wäre. Die bürgerlichrechtlichen Verpflichtungen über die Schadensminderungspflicht beruhen auf dem Gedanken, dass derjenige, der die Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich scheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, den Verlust oder die Kürzung seines Schadenersatzanspruches hinnehmen muss. Die Vorschriften sind damit, wie dargestellt, zugleich eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der auch im öffentlichen Recht sinngemäß anzuwenden ist (*Schrammel* aaO 50 f; idS auch SSV-NF 2/33).

§ 16 ABGB normiert, dass jeder Mensch angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte hat und daher als Person zu betrachten ist. § 16 ABGB ist nicht bloß Programmsatz, sondern Zentralnorm unserer Rechtsordnung, mit normativem subjektive Rechte gewährenden Inhalt. Sie anerkennt die Persönlichkeit als Grundwert. In seinem Kernbereich schützt § 16 ABGB die **Menschenwürde** (*Aicher* in *Rummel*², Rz 3 zu § 16 ABGB mwN). Eines dieser angeborenen Rechte ist das Recht auf körperliche Unversehrtheit, dessen Schutz auch durch Art 2 MRK im Verfassungsrang gewährleistet ist. Dem Recht auf körperliche Unversehrtheit widerspricht allerdings nicht die Obliegenheit zur Duldung von Heilverfahren und erfolgsversprechenden, nicht mit nennenswerten Schmerzen verbundenen Operationen, bei sonstiger Minderung von Sozialversicherungsansprüchen (*Aicher* aaO Rz 16 unter Berufung auf *Schrammel* aaO, 48 ff). Eine Pflicht zur Duldung eines Heilverfahrens oder einer Operation bedeutet zweifellos eine Einschränkung des Rechtes der körperlichen Integrität. Die Obliegenheit zur Duldung von Heilverfahren und Operationen steht damit im Spannungsfeld zwischen den Interessen der Sozialversicherungsträger und damit den Interessen der anderen Versicherten einerseits und dem Recht des Einzelnen auf körperliche Integrität, das grundsätzlich auch die Entscheidung über die Durchführung einer Heilbehandlung oder Operation einschließt. Je gravierender der durch die infrage stehende Heilbehandlung oder Operation bedingte Eingriff ist, um so mehr wird dabei das Recht des Versicherten auf körperliche Integrität in den Vordergrund treten und letztlich die Obliegenheit zur Duldung von Eingriffen beschränken.

Die für den Bereich des Sozialversicherungsrechtes bestehenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten bezüglich medizinischer Eingriffe sind, wie dargestellt, aus den Bestimmungen über die Schadensminderungspflicht im Bereich des bürgerlichen Rechtes abgeleitet, sodass die dazu in Lehre und Judikatur entwickelten Grundsätze als Richtlinien dienen können. Die gesetzliche Basis für die Pflicht des Geschädigten, den Schaden möglichst gering zu halten, ist nach herrschender Lehre im § 1304 ABGB zu finden. Bei Unterlassung der gehörigen ärztlichen Versorgung kann in der Regel von einem Mitverschulden des

Geschädigten gem § 1304 ABGB gesprochen werden, sodass es zu einer Verteilung bezüglich des zusätzlichen Schadens kommt. Die Unterlassung einer Operation stellt jedoch nach herrschender Ansicht nicht stets eine Sorglosigkeit in eigener Angelegenheit dar, sondern entsprechend den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien nur dann, wenn die Operation erfolgversprechend gewesen wäre und keine besonderen Schmerzen verursacht hätte (*Koziol*, *Haftpflichtrecht*² I, 255, 266). In der Judikatur wurde dazu ausgesprochen, dass sich der Geschädigte auch einer ihm zumutbaren Operation unterziehen muss. Einige Entscheidungen verlangen neben Einfachheit und Gefahrlosigkeit der Operation das Fehlen nennenswerter Schmerzen und die sichere Aussicht auf Erfolg (*ZVR* 1976/205, 1983/276). Für die Frage der Zumutbarkeit einer Operation wurde auch auf die voraussichtliche Dauer eines allfälligen stationären Aufenthaltes sowie auf die Art und Schwere der Schmerzen, die Erfolgsaussichten und Gefahren einer Verschlechterung des Zustandes infolge der Operation abgestellt (*SZ* 36/37). Sei der Erfolg einer Operation schon an sich zweifelhaft und handle es sich darüber hinaus um einen schweren, unter Umständen lebensgefährlichen Eingriff und sei die körperliche und geistige-seelische Verfassung des Geschädigten durch die Unfallfolgen bereits reduziert, so könne ein Hinausschieben oder eine Weigerung sich einer hinsichtlich ihres Erfolges nicht sicher zu beurteilenden Operation zu unterziehen, nicht als Verletzung der Schadensminderungspflicht angesehen werden (*SZ* 47/69 = *EvBl* 1975/45 = *ZVR* 1975/145); kosmetische Operationen seien zumutbar, wenn Narben durch einen nicht sehr schmerzhaften Eingriff soweit beseitigt werden können, dass sie kosmetisch fast nicht mehr stören (*ZVR* 1956/103). Unzumutbar sei etwa eine Arthrodesen, durch die eine bei einem Unfall beschädigte Hüfte schmerzfrei gemacht werden könnte; sie wurde als eine große, mit heftigen Schmerzen verbundene Operation angesehen, die mit Rücksicht auf die Schwere des Eingriffs nicht zumutbar sei (2 *Ob* 30/60 und 2 *Ob* 68/60; *Reischauer* in *Rummel* II, Rz 39 zu § 1304 ABGB).

Diese von der Judikatur zur Schadenminderungspflicht herausgearbeiteten Kriterien, die in ihren Grundzügen auch auf die Duldungs- und Mitwirkungspflichten im Bereich des Sozialversicherungsrechtes übertragbar sind, führen zu dem Ergebnis, dass die Grenzen der Zumutbarkeit einer Krankenbehandlung in den Fällen überschritten wird, in denen für den deutschen Rechtsbereich § 65 SGB eine Ausnahme von der dort durch andere Bestimmungen allgemein angeordneten Untersuchungs- und Behandlungspflicht statuiert. Nur bei Berücksichtigung dieser Grundsätze wird das Recht des Einzelnen auf körperliche Integrität in entsprechender Weise berücksichtigt. Wird diese Grenze überschritten, muss seine Entscheidung, sich einer infrage stehenden Behandlung oder einem Eingriff zu unterziehen oder ihn abzulehnen, auch dann Beachtung finden, wenn damit aus medizinischer Sicht objektiv besondere Gefahren nicht verbunden sind; das wirtschaftliche Interesse der Sozialversicherten und der Versichertengemeinschaft hat in solchen Fällen dahinter zurückzutreten. Das Recht des Einzelnen auf körperliche Integrität gebietet es, dass dann, wenn es sich um sehr schwerwiegende Eingriffe handelt, die Entscheidung des Einzelnen respektiert wird, ohne dass die Versichertengemeinschaft aus dem Ergebnis dieser Entscheidung Rechtsfolgen ableiten kann (vgl dazu auch *Tomanl*, *Grundriß*⁴ Rz 108a und Rz 210). Ob eine Untersuchung, eine Behandlung oder ein operativer Eingriff zumutbar ist oder die Grenze des Zumutbaren überschreitet, kann dabei jeweils nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden, wobei insbesondere auf die mit der Maßnahme verbundenen Gefahren, die Erfolgsaussichten einer Behandlung oder Operation, die Schwere des Eingriffes und seine Folgen unter Berücksichtigung auch einer erforderlichen Nachbehandlung sowie die damit verbundenen Schmerzen Bedacht zu nehmen ist.

Die im vorliegenden Fall infrage stehende nicht einfache Operation erfordert eine Eröffnung des Bauchraumes mit schwierigen Eingriffen im Darmbereich, wobei sich die Notwendigkeit zur vorübergehenden Schaffung eines künstlichen Darmausganges ergeben kann. Die Operation erfordert eine längere postoperative Betreuung mit einer längeren Infusionstherapie; der Genesungsprozess würde eine Zeitdauer von mindestens 6 Monaten in Anspruch nehmen. Im Hinblick auf die Intensität dieses Eingriffes und dessen Folgen überschreitet die Operation die Grenze des unter dem Gesichtspunkt der Mitwirkungs- und Duldungspflichten Zumutbaren. Die Weigerung des Klägers, sich diesem Eingriff zu unterziehen, verletzt daher keine Obliegenheit gegenüber der Sozialversicherung und hat keinen Leistungsausschluss zur Folge.

Da feststeht, dass der Kläger, ausgehend vom derzeitigen Zustand, seit dem Zeitpunkt der Antragstellung nicht in der Lage ist, einer geregelten Beschäftigung nachzugehen, sind die Voraussetzungen für den erhobenen Anspruch erfüllt.

Gemäß § 89 Abs 2 ASGG war dem Begehren dem Grunde nach stattzugeben, wobei unter Berücksichtigung der im Anstaltsakt erliegenden Grundlagen über die Versicherungszeit und Bemessungsgrundlage eine vorläufige Leistung von 9.000 ATS (entspricht €654,-) aufzuerlegen war.