

Univ.Prof.Mag.DDr.Günther Löschnigg

Workshop

Neueste arbeitsrechtliche Entwicklungen

Rechtsprechung – gesetzliche Änderungen – rechtspolitische Tendenzen

Wien, 11.-12. November 2010

INHALT

1. Berufsverfassung

Fall 1 Kollektivvertragsfähigkeit von Fachgewerkschaften

2. Arbeitsvertrag – Abgrenzung/Ergänzungen

Fall 2 Freier Dienstvertrag einer Vortragenden

Fall 3 Freies Dienstverhältnis in der Karenz zum selben Arbeitgeber

3. Betriebsratswahl

Fall 4 Falsche Stimmzählung

4. Rechtsdurchsetzung durch den Betriebsrat

Fall 5 Verstoß gegen KV-Bestimmung – Unterlassungsklage des Betriebsrats

Fall 6 Örtliche Zuständigkeit bei Feststellungsklagen des Betriebsrats

Fall 7 Feststellungsklage des Betriebsrats gegen den Willen der Arbeitnehmer

Fall 8 Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 ASGG bei Arbeitskräfteüberlassung

Fall 9 Verbandsklage nach § 29 KSchG

5. Betriebsvereinbarung

Fall 10 Änderung des Zufahrtssystems zur Parkgarage

Fall 11 Bezahlte Mittagspause

6. Entgelt

Fall 12 Schmutzzulage

Fall 13 Wegzeiten bei Diensten

Fall 14 Unverbindlichkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen

Fall 15 Einstufung mit Bachelor-Studium

Fall 16 Privatnutzung von Firmenhandy und Dienstwagen

7. Arbeitszeit

Fall 17 Fahrten zum Einsatzort bei Betriebsstörungen

8. Urlaub und Dienstverhinderung

Fall 18 Pflege von Lebensgefährten/eingetragenen Partnern

Fall 19 Unterbrechung des Urlaubs

9. Betriebsübergang

Fall 20 Arbeitszeit und Betriebsübergang

10. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Fall 21 Rücktritt wegen falscher Gehaltangaben des Bewerbers

Fall 22 Erlöschen der Beschäftigungsbewilligung

Fall 23 Nichtverlängerung der Arbeitserlaubnis

Fall 24 Änderungskündigung und Konkurrenzklausel

Fall 25 AG-Vorstandsmitglied: Koppelungsklausel

Fall 26 Kündigungstermin nach dem Handelsangestellten-KV

Fall 27 Sozialvergleich ohne Namhaftmachung

Fall 28 Gesundheitsaustritt wegen psychischer Belastungssituation am Arbeitsplatz

Fall 29 Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand

Anhang

- §§ 21, 25 IO
- EPG

Fall 1 Kollektivvertragsfähigkeit von Fachgewerkschaften

Am 26.11.2009 haben sich die Gewerkschaft Metall-Textil-Nahrung und jene der Chemiarbeiter zu der „Gewerkschaft PRO-GE“ zusammengeschlossen. Der Zusammenschluss ist durch die Aufnahme der Gewerkschaft der Chemiarbeiter in die Gewerkschaft Metall-Textil-Nahrung erfolgt. Der Name wurde durch die Geschäftsordnung der früheren Gewerkschaft Metall-Textil-Nahrung geändert.

Mit Antrag vom 3.12.2009 hat die Gewerkschaft PRO-GE die bescheidmäßige Feststellung der weiterhin bestehenden Kollektivvertragsfähigkeit begehrt. Zulässig?

Fall 2 Freier Dienstvertrag einer Vortragenden

Der „Rahmenvertrag“ einer Vortragenden sieht vor, dass sie bei ihrer Tätigkeit bestimmte Vorgaben einzuhalten hat. So sind der Kursinhalt, die Kursziele vorgegeben, die Lehrmittel und Räumlichkeiten werden zur Verfügung gestellt. Jedoch hat sie die Möglichkeit, die Übernahme von Kursen abzulehnen und sich ohne Genehmigung des Arbeitgebers vertreten zu lassen.

Um welchen Vertragstyp handelt es sich bei sogenanntem Rahmenvertrag?

Fall 3 Freies Dienstverhältnis in der Karenz zum selben Arbeitgeber

Am 1.6.2002 wird ein Arbeitsverhältnis mit einem Beschäftigungsausmaß von 40 Wochenstunden zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber abgeschlossen. Ungefähr ein Jahr später, am 4.7.2003, nimmt die Arbeitnehmerin vorzeitigen „Mutterschutz“ in Anspruch, am 21.10.2003 brachte sie ihr Kind zur Welt. Bei der Weihnachtsfeier 2003 folgt die Vereinbarung einer 30-monatigen Karenz.

Von 1.2.2004 bis 20.4.2006 wird die Arbeitnehmerin in einem freien Dienstverhältnis beschäftigt, wobei das bereits bestehende Dienstverhältnis nicht aufgelöst wird. Ab 21.4. arbeitet die Arbeitnehmerin mit einem Entgelt von €1700,-- 25 Wochenstunden. Schließlich kündigt der Arbeitgeber am 15.1.2008.

Besteht ein Anspruch auf Abfertigung alt?

Fall 4 Falsche Stimmenzählung

Nachdem 2009 bereits eine Betriebsratswahl gescheitert war, wurde 2010 erneut eine Wahl vorbereitet. In der Betriebsversammlung ist der Wahlvorschlag mit einfacher Mehrheit angenommen worden, wobei der Vorgesetzte der stimmberechtigten Arbeitnehmer der einzige Kandidat war.

Trotz des unterzeichneten Wahlvorschlages wollte die Mehrheit der Arbeitnehmer die Wahl des Betriebsrates durch eine ungültige Stimmabgabe verhindern. Die Beisitzerin des Wahlvorstandes erteilte ihnen die Auskunft, dass sie leere Zettel abgeben sollten. Umso überraschter waren alle, als die leeren Zettel als gültige Stimmen gezählt wurden und der Kandidat die Wahl gewann.

Welche Handlungsmöglichkeiten stehen nun offen?

Fall 5 Verstoß gegen KV-Bestimmung - Unterlassungsklage des Betriebsrats

Der Arbeitgeber weist die Arbeitnehmer öfters zu Tätigkeiten an, die gegen die Arbeitruhebestimmungen des geltenden Kollektivvertrages verstoßen. Der Betriebsrat möchte, dass der Arbeitgeber dies unterlässt und plant eine Unterlassungsklage einzubringen. Er argumentiert, dass ihm diesbezüglich ein Überwachungsrecht und Interventionsrecht zukommt.

Beurteilen Sie die Chancen des Betriebsrates!

Fall 6 Örtliche Zuständigkeit bei Feststellungsklagen des Betriebsrats

Der Betriebsrat eines Innsbrucker Luftfahrtunternehmens begehrt die Feststellung bestimmter Arbeitnehmerrechte.

Die Klage bringt er beim ASG Wien, mit der Begründung ein, drei der betroffenen Arbeitnehmer haben ihren gewöhnlichen Wohnsitz in Wien.

Fall 7 Feststellungsklage des Betriebsrats gegen den Willen der Arbeitnehmer

Eine einzelvertragliche Regelung zwischen Busunternehmen und Busfahrer sieht die Durchrechnung der Normalarbeitszeit pro Kalenderjahr vor. Nach Ansicht des Betriebsrats ist diese Regelung nichtig, weil keine Betriebsvereinbarung vorliegt.

Der Betriebsrat möchte nun im Interesse der Arbeitnehmer eine gerichtliche Bestätigung für seine Ansicht erwirken, obwohl sich alle Busfahrer dagegen ausgesprochen haben. Ist dies zulässig?

Fall 8 Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 ASGG bei Arbeitskräfteüberlassung

Das Unternehmen A verleiht an das Unternehmen B Arbeitnehmer. Während im Unternehmen A ein Betriebsrat existiert, wurde im Unternehmen B keiner gewählt. Aus diesem Grund begehrt der Betriebsrat des Unternehmens A gegenüber beiden Unternehmen die Feststellung, dass überlassene Arbeitskräfte Anspruch auf eine bestimmte Reiseaufwandsentschädigung haben.

Ist das rechtlich gesehen möglich?

Fall 9 Verbandsklage nach § 29 KSchG

Ein Arbeitgeber verwendet systematisch gesetzwidrige Klauseln im Arbeitsvertrag. Der Betriebsrat war bereits mit einer Feststellungsklage erfolgreich, der Arbeitgeber setzt aber seine rechtswidrige Praxis fort.

Der Betriebsrat überlegt in seiner Verzweiflung eine Verbandsklage nach dem Konsumentenschutzgesetz einzubringen.

Fall 10 Änderung des Zufahrtssystems zur Parkgarage

Laut Kollektivvertrag ist der Arbeitgeber im vorliegenden Fall verpflichtet, jedem Arbeitnehmer einen unentgeltlichen Parkplatz zur Verfügung zu stellen. Jeder Arbeitnehmer hat seine eigene, nicht personenbezogene Parkkarte, unabhängig ob eine Fahrgemeinschaft gebildet wird oder nicht.

Nach einiger Zeit stellt der Arbeitgeber das Zufahrtssystem um. Die Zufahrt erfolgt nun über eine personenbezogene ID-Karte des jeweiligen Mitarbeiters. Fahrgemeinschaften bekommen nur eine Karte ausgestellt.

Der Betriebsrat ist empört und sieht sich durch diese Regelung übergangen. Seiner Meinung nach bedarf ein solches System der Zustimmung des Betriebsrates.

Fall 11 Bezahlte Mittagspause

Eine Betriebsvereinbarung sieht vor, dass Arbeitnehmer während ihrer Arbeitszeit ihr Mittagessen einnehmen können.

Um welchen Typ einer Betriebsvereinbarung handelt es sich hierbei?

Fall 12 Schmutzzulage

Der Arbeitnehmer erhält vom Arbeitgeber neben € 1200,-- Entgelt eine Schmutzzulage in der Höhe von € 100,--. Bei einem Motorradunfall verunglückt der Arbeitnehmer und verletzt sich schwer, so dass er sich mehrere Wochen lang im Krankenstand befindet. Der Arbeitgeber bezahlt ihm weiterhin das Entgelt, nimmt aber als Bemessungsgrundlage € 1200,--.

Der Arbeitnehmer stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass ihm während seines Krankenstandes die Schmutzzulage ausbezahlt werden muss.

Fall 13 Wegzeiten bei Diensten

Der Arbeitnehmer ist Buschauffeur im Grazer Einzugsgebiet und hat überwiegend geteilte Dienste zu absolvieren. Das bedeutet, dass er zwischen dem Ende des einen Dienstteiles und dem Beginn des nächsten Dienstteiles eine Wegstrecke zurückzulegen hat, um zu seinem nächsten Abfahrtsort zu gelangen.

Diese Dienstwege werden nicht als Arbeitszeit entlohnt, jedoch kann der Arbeitnehmer dafür die öffentlichen Verkehrsmittel kostenlos benützen und es wird ein monatlicher Pauschalbetrag bezahlt. Während dieser Fahrten hat er keine besonderen Tätigkeiten zu verrichten.

Der Arbeitnehmer ist der Meinung, dass diese Zeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist und mit Überstundenzuschlägen abzugelten sei.

Fall 14 Unverbindlichkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen

Auf das Arbeitsverhältnis ist kein Kollektivvertrag anwendbar. Aufgrund einer mündlichen Vereinbarung erhält die Arbeitnehmerin ihren Monatsbezug 14 Mal. Nachdem der Arbeitgeber erkannt hatte, dass auf die Arbeitsverhältnisse kein Kollektivvertrag Anwendung findet, hat er die Mitarbeiter neue Arbeitsverträge unterzeichnen lassen, wonach die „ (...) Ausbezahlung des 13. und 14. Monatsgehalts auf freiwilliger Basis (...)“ beruhen.

Ein halbes Jahr später unterfertigte die Arbeitnehmerin, unter Androhung der Kündigung, neuerlich einen Arbeitsvertrag. In diesem ist nicht nur ein Widerrufsvorbehalt zu finden, sondern auch vermerkt, dass die Leistungen freiwillig erfolgen und kein Rechtsanspruch für die Zukunft entsteht.

Fall 15 Einstufung mit Bachelor-Studium

Ein Kollektivvertrag verlangt für die Einstufung in die Gehaltsgruppe E den Abschluss „eines einschlägigen Universitäts-, Hochschul- oder Fachhochschulstudiums“. Der Kollektivvertrag ist diesbezüglich seit 1993 unverändert.

Zwei Arbeitnehmerinnen begehren die Einstufung in E, eine mit einem Abschluss der Akademie für Sozialarbeit, eine mit einem Bachelor (FH).

Fall 16 Privatnutzung von Firmenhandy und Dienstwagen

Ein Arbeitnehmer verwendet sowohl das Dienstauto, als auch das Diensthandy für private Zwecke. Im Arbeitsvertrag findet sich keine Bestimmung, die eine Privatnutzung verbietet. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses behält der Arbeitgeber Geld für die private Nutzung während des Arbeitsverhältnisses ein. Zu Recht?

Fall 17 Fahrten zum Einsatzort bei Betriebsstörungen

Der Arbeitnehmer ist bei den ÖBB beschäftigt. Gerade im Winter, bei starken Schneefällen, kommt es öfters vor, dass in der Nacht ein Zug entgleist. Der Arbeitnehmer wird dann angerufen und fährt mit seinem Privat-PKW zum Einsatzort. Für diese Reisezeit außerhalb der Normalarbeitszeit wird kein Überstundenzuschlag bezahlt.

Der Arbeitnehmer ist der Meinung, dass seine Reisezeit zum Tätigkeitsort auf jeden Fall voll zu bezahlen ist und ihm in der Nacht ein Überstundenzuschlag gebührt. Liegt er mit seiner Annahme richtig?

Fall 18 Pflege von Lebensgefährten/eingetragenen Partnern

Der Lebensgefährte einer Arbeitnehmerin erkrankt schwer und ist drei Wochen pflegebedürftig.

- a. Hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Pflegefreistellung?
- b. Beurteilen Sie die Situation, falls es sich beim Lebensgefährten um einen „eingetragenen Partner“ handelt!

Fall 19 Unterbrechung des Urlaubs

Ein alleinerziehender Arbeitnehmer konsumiert seinen 5-wöchigen Urlaub. Nach einer Woche erkrankt sein Kind an einer schweren Magen-Darm-Infektion und bedarf der Pflege für vier Tage.

- a. Wird der Urlaub des Arbeitnehmers unterbrochen?
- b. Ändert sich die Situation, wenn nicht das Kind, sondern die das Kind betreuende Person erkrankt?

Fall 20 Arbeitszeit und Betriebsübergang

Der für einen Arbeitnehmer geltende Kollektivvertrag sieht vor, dass der Arbeitszeit im Nachtzeitraum ein sogenannter Nachtfaktor von 0,9 zugrunde zu legen ist (d.h. 54 Minuten tatsächlicher Arbeitszeit entsprechen 60 Minuten gerechneter Arbeitszeit). Das daraus entstehende Zeitguthaben wird ausgeglichen oder ausbezahlt.

In weiterer Folge kommt es zu einem Betriebsübergang und zum Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit. Der neue Arbeitgeber weigert sich die geleisteten Nachtstunden begünstigt auszubezahlen. Der Arbeitnehmer sieht darin einen Verstoß gegen die Schutzbestimmung des § 4 Abs 2 AVRAG. Zu Recht?

Fall 21 Rücktritt wegen falscher Gehaltsangaben des Bewerbers

Zwischen Unternehmen und einem Bewerber wurde ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, in dem sich der Bewerber verpflichtete, zu einem Jahresbruttoentgelt von € 160.000,-- plus Bonus und Firmenauto tätig zu werden.

Auf die Frage nach seinem aktuellen Gehalt gab der Controller ein wesentlich höheres Entgelt an, als er tatsächlich verdient hatte.

Als dem Unternehmensinhaber die falsche Gehaltsangabe bekannt wurde – er hatte schon im Bewerbungsgespräch einen genauen Background Check angekündigt –, trat er vom Vertrag zurück.

Zu Recht?

Fall 22 Erlöschen der Beschäftigungsbewilligung

Der Arbeitgeber schließt mit einem ausländischen Arbeitnehmer im März einen Arbeitsvertrag ab. Eine Beschäftigungsbewilligung liegt vor. Am 22. Dezember lösen die beiden das Arbeitsverhältnis einvernehmlich auf, um im März des Folgejahres ein neues zu begründen.

Als der Arbeitgeber Anfang November von der KIAB (Kontrolle für illegale Arbeitnehmer-Beschäftigung) kontrolliert und eine Übertretung nach dem AuslBG festgestellt wird, ist er fassungslos – vor allem über die Strafe.

Fall 23 Nichtverlängerung der Arbeitserlaubnis

Für eine seit 20.9.2001 vollzeitbeschäftigte ausländische Reinigungskraft wurde vom AMS zunächst eine Beschäftigungsbewilligung befristet bis 19.9.2002 erteilt. Danach wurde dem Arbeitnehmer vom AMS eine befristete Arbeitserlaubnis erteilt, die schließlich bis 19.9.2006 verlängert wurde.

Vor Ablauf seiner Arbeitserlaubnis nahm der Arbeitnehmer am 8.9.2006 Kontakt mit dem AMS auf. Er erfuhr dort, dass er diesmal die Erlaubnis nicht selbst beantragen könne, sondern dies der Arbeitgeber machen müsse. Er erhielt ein Formular, das er dem Arbeitgeber zukommen ließ. Das AMS gab dem Arbeitgeber die Auskunft, dass keine Aussicht auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bestehe, weiters erhielt er von der Wirtschaftskammer die Auskunft, dass dieser Umstand einen Entlassungsgrund darstelle. Etwa eine Woche vor Ablauf der Arbeitserlaubnis teilte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit, dass die Arbeitserlaubnis nicht verlängert worden sei. Bis zum 19.9.2006 wurde weder ein Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis, noch ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung beim AMS von einem der Streitparteien eingereicht.

Am 20.6.2006 erklärt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, dass das Arbeitsverhältnis beendet ist. Daraufhin verlangt der Arbeitnehmer Abfertigung im Ausmaß von drei Monatsentgelten und Kündigungsentschädigung für eine Woche.

Fall 24 Änderungskündigung und Konkurrenzklausel

Der Arbeitnehmer ist als Personalvertreter tätig. Sein Arbeitgeber ist mit seinen Leistungen nicht zufrieden und spricht eine Änderungskündigung aus, die der Arbeitnehmer auch unterfertigt. Diese sieht vor, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis in einem Zeitraum von drei Monaten automatisch mit jedem Monatsletzten als aufgelöst gilt, wenn der Arbeitnehmer gewisse Zielvorgaben nicht erreicht.

Aufgrund der unsicheren Arbeitsplatzsituation macht sich der Arbeitnehmer auf die Suche nach einem neuen Arbeitgeber und kündigt, als er in einem Konkurrenzunternehmen einsteigt. Der Arbeitgeber sieht darin einen Verstoß gegen die Konkurrenzklausel und verlangt die Bezahlung der vereinbarten Konventionalstrafe. Wird der Arbeitgeber Erfolg haben?

Fall 25 AG-Vorstandsmitglied: Koppelungsklausel

Der Arbeitnehmer wird für drei Jahre in den Vorstand der AG berufen. Sein Anstellungsvertrag enthält die Klausel, dass das Arbeitsverhältnis auch dann endet, wenn eine Abberufung durch den Aufsichtsrat gemäß den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen erfolgt. Wegen gesetzwidrigen Verhaltens beschließt der Aufsichtsrat die Bestellung aus wichtigem Grund zu widerrufen und auch das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung (Entlassung) aufzulösen.

Das Vorstandsmitglied fühlt sich ungerecht behandelt; es hat kein Entlassungsgrund gesetzt und verlangt daher sein Entgelt bis zum Ablauf der Funktionsperiode.

Fall 26 Kündigungstermin nach dem Handelsangestellten-KV

Der Arbeitnehmer ist seit 1.12.2000 geringfügig beschäftigt und hat u.a. Servicearbeiten durchzuführen, Computer zu assemblieren, Außendienste zu verrichten und Kunden zu beraten. Bei der Reparatur von Geräten wird er aufgrund seiner Geschicklichkeit vor allem für „Problemfälle“ eingesetzt. Nach seinem HTL-Abschluss wird der Arbeitnehmer im Ausmaß von 26 Stunden weiterbeschäftigt, wobei sich sein Aufgabenbereich dem Grunde nach nicht ändert, neue Tätigkeiten aber hinzukommen (z.B. Kontrolle der Lehrlinge).

Am 30.11.2007 spricht der Arbeitgeber die Kündigung zum 31.1.2008 aus. Der Arbeitnehmer sieht darin eine zeitwidrige Kündigung und verlangt Kündigungsentschädigung vom 1.2.2008 bis 31.3.2008. Sein Argument lautet, dass der Kollektivvertrag der Handelsangestellten bei einer mehr als 5 Jahre dauernden Beschäftigung eine Kündigung nur zu Quartalsende vorsieht.

Fall 27 Sozialvergleich ohne Namhaftmachung

Die Arbeitnehmerin wird nach 7-jähriger Beschäftigung gekündigt. Der Betriebsrat widerspricht der Kündigung, welche die Arbeitnehmerin anfecht.

Im Rahmen der Kündigungsanfechtung beantragt die Arbeitnehmerin einen Sozialvergleich mit der Begründung, es gäbe andere Arbeitnehmer im Betrieb, die „wesentlich jünger“ wären als sie. Die Namhaftmachung anderer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, für die die Kündigung eine geringere soziale Härte darstellen würde, lehnt die Gekündigte ab.

Wie sind die Erfolgchancen der Arbeitnehmerin einzuschätzen?

Fall 28 Gesundheitsaustritt wegen psychischer Belastungssituation am Arbeitsplatz

Die Arbeitnehmerin und den Arbeitgeber verbindet nicht nur ein Arbeitsverhältnis, sondern auch eine länger dauernde Romanze. Nach einigen kleineren privaten Streitigkeiten kommt es, wegen der neuen Freundin des Arbeitgebers, zum totalen psychischen Zusammenbruch der Arbeitnehmerin.

Im Zuge der Psychotherapie wird ihr nahe gelegt, den Kontakt zum Arbeitgeber abubrechen. Daraufhin tritt sie vorzeitig wegen Gesundheitsgefährdung aus.

Kann sie mit einer Kündigungsentschädigung rechnen?

Fall 29 Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand

Ein Dienstnehmer erlitt am 25.6.2005 einen Freizeitunfall und befand sich daraufhin bis zum 24.7.2005 im Krankenstand. Am 28.6.2005 meldete der Dienstgeber den Dienstnehmer rückwirkend mit 27.6.2005 mit der Begründung bei der GKK ab, dass eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses am 27.6.2005 erfolgt sei. Mit 25.7.2005 erfolgte die neuerliche Anmeldung zur Pflichtversicherung.

Der Dienstnehmer gab an, dass tatsächlich die Beendigung des Dienstverhältnisses am 27.6.2005 (somit während des Krankenstandes) vereinbart worden sei. Dieser Zeitpunkt sei gewählt worden, weil die Vermutung bestanden habe, dass der Heilungsprozess länger als 6 Wochen dauern würde. Die Initiative zur Beendigung des Dienstverhältnisses sei vom Dienstgeber ausgegangen. Konkret sei die Wiedervereinbarung nach Gesundheitschreibung durch den Chefarzt vereinbart worden.

Problem?

ANHANG

- **§§ 21, 25 IO**

Erfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften.

a) im allgemeinen.

§ 21.

(1) Ist ein zweiseitiger Vertrag von dem Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden, so kann der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.

(2) Der Insolvenzverwalter muß sich darüber spätestens binnen einer vom Insolvenzgericht auf Antrag des anderen Teiles zu bestimmenden Frist erklären, widrigens angenommen wird, daß der Insolvenzverwalter vom Geschäft zurücktritt. Die vom Insolvenzgericht zu bestimmende Frist darf frühestens drei Tage nach der Berichtstagsatzung enden. Im Falle des Rücktrittes kann der andere Teil den Ersatz des ihm verursachten Schadens als Insolvenzgläubiger verlangen. Ist der Schuldner zu einer nicht in Geld bestehenden Leistung verpflichtet, mit deren Erfüllung er in Verzug ist, so muss sich der Insolvenzverwalter unverzüglich nach Einlangen des Ersuchens des Vertragspartners, längstens aber innerhalb von fünf Arbeitstagen erklären. Erklärt er sich nicht binnen dieser Frist, so wird angenommen, dass er vom Geschäft zurücktritt.

(3) Ist der andere Teil zur Vorausleistung verpflichtet, so kann er seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners nicht bekannt sein mußten.

(4) Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der Gläubiger die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seiner Forderung auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger.

d) Arbeitsverträge

§ 25. (1) Ist der Schuldner Arbeitgeber, so übt der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus. Ist das Arbeitsverhältnis bereits angetreten worden, so kann es

1. im Schuldenregulierungsverfahren innerhalb eines Monats nach Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens,
2. sonst innerhalb eines Monats nach
 - a) öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses, mit dem die Schließung des Unternehmens oder eines Unternehmensbereichs angeordnet, bewilligt oder festgestellt wird, oder
 - b) der Berichtstagsatzung, es sei denn, das Gericht hat dort die Fortführung des Unternehmens beschlossen, oder
3. im vierten Monat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn bis dahin keine Berichtstagsatzung stattgefunden hat und die Fortführung des Unternehmens nicht in der Insolvenzdatei bekannt gemacht wurde,

vom Arbeitnehmer durch vorzeitigen Austritt, wobei die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als wichtiger Grund gilt, und vom Insolvenzverwalter unter Einhaltung der gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder der zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist unter Bedachtnahme auf die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen gelöst werden.

(1a) Bei Arbeitnehmern mit besonderem gesetzlichem Kündigungsschutz ist die Frist des Abs. 1 gewahrt, wenn die Klage bzw. der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung durch den Insolvenzverwalter fristgerecht eingebracht worden ist. Gleiches gilt auch für die Anzeigeverpflichtung nach § 45a AMFG.

(1b) Wurde nicht die Schließung des gesamten Unternehmens, sondern nur eines Unternehmensbereichs angeordnet, bewilligt oder festgestellt, so stehen das Austrittsrecht und das Kündigungsrecht nach Abs. 1 nur den Arbeitnehmern bzw. nur in Bezug auf die Arbeitnehmer zu, die in dem betroffenen Unternehmensbereich beschäftigt sind. Hat das Gericht in der Berichtstagsatzung die Fortführung des Unternehmens beschlossen, so kann der Insolvenzverwalter nur Arbeitnehmer, die in einzuschränkenden Bereichen beschäftigt sind, innerhalb eines Monats nach der Berichtstagsatzung nach Abs. 1 kündigen. Dem gekündigten Arbeitnehmer steht ein Austrittsrecht nach Abs. 1 zu.

(1c) Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung kann der Schuldner Arbeitnehmer, die in einzuschränkenden Bereichen beschäftigt sind, überdies innerhalb eines Monats nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses mit Zustimmung des Sanierungsverwalters nach Abs. 1 kündigen, wenn die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Sanierungsplans oder die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte. Dem gekündigten Arbeitnehmer steht ein Austrittsrecht nach Abs. 1 zu. Abs. 1a zweiter Satz ist nicht anzuwenden.

(2) Wird das Arbeitsverhältnis nach Abs. 1 gelöst, so kann der Arbeitnehmer den Ersatz des verursachten Schadens als Insolvenzforderung verlangen.

(3) Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist ein Austritt unwirksam, wenn er nur darauf gestützt wird, dass dem Arbeitnehmer das vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zustehende Entgelt ungebührlich geschmälert oder vorenthalten wurde.

(4) Bestimmungen besonderer Gesetze über den Einfluß der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf das Arbeitsverhältnis bleiben unberührt.

- **EPG**

Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft

(Eingetragene Partnerschaft-Gesetz - EPG)

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Geltungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt die Begründung, die Wirkungen und die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (im Folgenden „eingetragene Partnerschaft“).

Wesen der eingetragenen Partnerschaft

§ 2. Eine eingetragene Partnerschaft können nur zwei Personen gleichen Geschlechts begründen (eingetragene Partner). Sie verbinden sich damit zu einer Lebensgemeinschaft auf Dauer mit gegenseitigen Rechten und Pflichten.

§ 3. Aus dem Versprechen, eine eingetragene Partnerschaft begründen zu wollen, kann nicht geklagt werden.

2. Abschnitt

Begründung der eingetragenen Partnerschaft

Volljährigkeit und Geschäftsfähigkeit

§ 4. (1) Eine eingetragene Partnerschaft kann nicht begründen, wer minderjährig oder zwar volljährig, aber geschäftsunfähig ist.

(2) Eine volljährige Person, die in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf zur Begründung einer eingetragenen Partnerschaft der Einwilligung der mit der gesetzlichen Vertretung betrauten Person.

(3) Wird die nach Abs. 2 erforderliche Einwilligung verweigert, so hat das Gericht sie auf Antrag der beschränkt geschäftsfähigen Person zu ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen.

Begründungshindernisse

§ 5. (1) Eine eingetragene Partnerschaft darf nicht begründet werden

1. zwischen Personen verschiedenen Geschlechts;
2. mit einer Person, die bereits verheiratet ist oder mit einer anderen Person eine noch aufrechte eingetragene Partnerschaft begründet hat;
3. zwischen Verwandten in gerader Linie und zwischen voll- oder halbbürtigen Geschwistern sowie zwischen einem an Kindesstatt angenommenen Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Annehmenden andererseits, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältnis besteht.

(2) Das Verbot des Abs. 1 Z 2 steht einer Wiederholung der Begründung der eingetragenen Partnerschaft nicht entgegen, wenn die eingetragenen Partner Zweifel an der Gültigkeit oder dem Fortbestand ihrer eingetragenen Partnerschaft hegen.

Form der Begründung

§ 6. (1) Eine eingetragene Partnerschaft kann nur unter persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit beider Partner vor der im Personenstandsgesetz, BGBl. Nr. 162/1987, als sachlich zuständig bezeichneten Behörde begründet werden.

(2) Die gemäß Abs. 1 zuständige Behörde protokolliert die Erklärungen der beiden Partner, eine eingetragene Partnerschaft begründen zu wollen, wodurch die eingetragene Partnerschaft zustande kommt. Die Behörde lässt das Protokoll von beiden unterschreiben.

(3) Die eingetragene Partnerschaft kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung begründet werden.

3. Abschnitt

Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft

Namen

§ 7. Die eingetragenen Partner behalten ihren bisherigen Namen bei.

Rechte und Pflichten

§ 8. (1) Die persönlichen Rechte und Pflichten der eingetragenen Partner im Verhältnis zueinander sind, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, gleich.

(2) Die eingetragenen Partner sind einander zur umfassenden partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft und Vertrauensbeziehung, besonders zum gemeinsamen Wohnen, zur anständigen Begegnung und zum Beistand, verpflichtet.

(3) Die eingetragenen Partner sollen ihre Lebensgemeinschaft unter Rücksichtnahme aufeinander mit dem Ziel voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge einvernehmlich gestalten. Von einer einvernehmlichen Gestaltung kann ein eingetragener Partner abgehen, wenn dem nicht ein wichtiges Anliegen des anderen entgegensteht oder, auch wenn ein solches Anliegen vorliegt, persönliche Gründe des einen Partners als gewichtiger anzusehen sind.

(4) Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Kinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen.

Wohnen

§ 9. (1) Ist ein eingetragener Partner über die Wohnung, die der Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des anderen dient, verfügungsberechtigt, so hat dieser einen Anspruch darauf, dass der Verfügungsberechtigte alles unterlässt und vorkehrt, damit der auf die Wohnung Angewiesene diese nicht verliert. Dies gilt nicht, wenn das Handeln oder Unterlassen des Verfügungsberechtigten durch die Umstände erzwungen wird.

(2) Verlangt ein eingetragener Partner aus gerechtfertigten Gründen die Verlegung der gemeinsamen Wohnung, so hat der andere diesem Verlangen zu entsprechen, es sei denn, er habe gerechtfertigte Gründe von zumindest gleichem Gewicht, nicht mitzuziehen.

(3) Ein eingetragener Partner kann vorübergehend gesondert Wohnung nehmen, solange ihm ein Zusammenleben mit dem anderen, besonders wegen körperlicher Bedrohung, unzumutbar oder dies aus wichtigen persönlichen Gründen gerechtfertigt ist.

(4) In den Fällen der Abs. 1 und 2 kann jeder der eingetragenen Partner vor oder auch nach der Verlegung der Wohnung oder der gesonderten Wohnungnahme die Entscheidung des Gerichtes beantragen. Das Gericht hat im Verfahren außer Streitsachen festzustellen, ob das Verlangen auf Verlegung der gemeinsamen Wohnung oder die Weigerung mitzuziehen oder die gesonderte Wohnungnahme durch einen eingetragenen Partner rechtmäßig war oder ist. Es hat bei der Entscheidung auf die gesamten Umstände der eingetragenen Partnerschaft Bedacht zu nehmen.

Gesetzliche Vertretungsmacht

§ 10. Der eingetragene Partner, der den gemeinsamen Haushalt führt und keine Einkünfte hat, vertritt den anderen bei den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens, die er für den gemeinsamen Haushalt schließt und die ein den Lebensverhältnissen beider Teile entsprechendes Maß nicht übersteigen. Dies gilt nicht, wenn der andere dem Dritten zu erkennen gegeben hat, dass er von seinem eingetragenen Partner nicht vertreten sein wolle. Kann der Dritte aus den Umständen nicht erkennen, dass der handelnde eingetragene Partner vertretend auftritt, dann haften beide zur ungeteilten Hand.

Mitwirkung im Erwerb

§ 11. (1) Ein eingetragener Partner hat im Erwerb des anderen mitzuwirken, soweit dies zumutbar, es nach den Lebensverhältnissen beider üblich und nichts anderes vereinbart ist.

(2) Für die Mitwirkung besteht ein Anspruch auf angemessene Abgeltung. Die Höhe des Anspruchs richtet sich nach der Art und Dauer der Leistungen; die gesamten Lebensverhältnisse der eingetragenen Partner, besonders auch die gewährten Unterhaltsleistungen, sind angemessen zu berücksichtigen.

(3) Ansprüche auf Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb sind vererblich, unter Lebenden oder von Todes wegen übertragbar und verpfändbar, soweit sie durch Vertrag anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden sind. Der Anspruch auf Abgeltung verjährt in sechs Jahren vom Ende des Monats, in dem die Leistung erbracht worden ist.

(4) Die Abs. 2 und 3 berühren nicht vertragliche Ansprüche aus einem Mit- oder Zusammenwirken im Erwerb. Solche Ansprüche schließen einen Anspruch nach Abs. 2 aus; bei einem Dienstverhältnis bleibt dem eingetragenen Partner jedoch der Anspruch nach Abs. 2 gewahrt, soweit dieser die Ansprüche aus dem Dienstverhältnis übersteigt.

Unterhalt

§ 12. (1) Die eingetragenen Partner haben nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung ihrer Lebensgemeinschaft zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse gemeinsam beizutragen.

(2) Wer den gemeinsamen Haushalt führt, leistet dadurch den Beitrag nach Abs. 1; bei dem dadurch entstehenden Anspruch auf Unterhalt sind eigene Einkünfte angemessen zu berücksichtigen. Dies gilt nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zugunsten des bisher Unterhaltsberechtigten weiter, sofern nicht die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs, besonders wegen der Gründe, die zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts geführt haben, ein Missbrauch des Rechts wäre. Ein Unterhaltsanspruch steht einem eingetragenen Partner auch zu, soweit er seinen Beitrag nach Abs. 1 nicht zu leisten vermag.

(3) Auf Verlangen des Unterhaltsberechtigten ist der Unterhalt auch bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft ganz oder zum Teil in Geld zu leisten, soweit nicht ein solches Verlangen, insbesondere im Hinblick auf die zur Deckung der Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mittel, unbillig wäre. Auf den Unterhaltsanspruch an sich kann im Vorhinein nicht verzichtet werden.

4. Abschnitt

Auflösung der eingetragenen Partnerschaft

Gründe der Auflösung

§ 13. Die eingetragene Partnerschaft wird durch den Tod oder die Todeserklärung eines eingetragenen Partners oder durch eine gerichtliche Auflösungsentscheidung aufgelöst.

Auflösung wegen Willensmängeln

§ 14. (1) Ein eingetragener Partner kann mit Klage die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft begehren, wenn er

1. zur Zeit der Begründung oder im Falle des § 19 Abs. 2 Z 2 zur Zeit der Bestätigung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war und die mit seiner gesetzlichen Vertretung betraute Person nicht die Einwilligung zur Begründung der eingetragenen Partnerschaft oder zur Bestätigung erteilt hat;
2. bei der Begründung nicht wusste, dass es sich um die Begründung einer eingetragenen Partnerschaft handelt, oder dies zwar wusste, aber eine Erklärung, die eingetragene Partnerschaft begründen zu wollen, nicht abgeben wollte;
3. sich in der Person des anderen irrte;
4. sich bei der Begründung der eingetragenen Partnerschaft über solche die Person des anderen betreffende Umstände irrte, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der eingetragenen Partnerschaft von der Begründung abgehalten hätten;
5. zur Begründung der eingetragenen Partnerschaft mit Wissen des anderen durch arglistige Täuschung über solche Umstände, ausgenommen solche über Vermögensverhältnisse, bestimmt wurde, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der eingetragenen Partnerschaft von der Begründung abgehalten hätten, oder
6. zur Begründung der eingetragenen Partnerschaft widerrechtlich durch Drohung bestimmt wurde.

(2) Die Auflösung ist ausgeschlossen, wenn

1. der eingetragene Partner nach Wegfall des Irrtums oder der Zwangslage oder nach der Entdeckung der Täuschung oder nach Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit zu erkennen gegeben hat, dass er die eingetragene Partnerschaft dennoch fortsetzen will;
2. im Fall des Abs. 1 Z 1 die mit seiner gesetzlichen Vertretung betraute Person die eingetragene Partnerschaft genehmigt hat, oder
3. im Fall des Abs. 1 Z 4 das Verlangen mit Rücksicht auf die Gestaltung der bisherigen Lebensgemeinschaft sittlich nicht gerechtfertigt erscheint.

(3) Im Fall des Abs. 1 Z 1 kann, solange der eingetragene Partner in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nur die mit seiner gesetzlichen Vertretung betraute Person die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft begehren.

(4) Die Auflösungsklage nach Abs. 1 kann nur binnen eines Jahres erhoben werden. Die Frist beginnt in den Fällen des Abs. 1 Z 1 mit dem Zeitpunkt, in dem die Begründung oder die Bestätigung der eingetragenen Partnerschaft dem gesetzlichen Vertreter bekannt wird oder der eingetragene Partner die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erlangt, in den Fällen des Abs. 1 Z 2 bis 5 mit dem Zeitpunkt, in dem er den Irrtum oder die Täuschung entdeckt, im Fall des Abs. 1 Z 6 mit dem Zeitpunkt, in dem die Zwangslage aufhört.

(5) Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange der klageberechtigte Teil innerhalb der letzten sechs Monate der Klagefrist durch einen unabwendbaren Zufall an der Erhebung der Auflösungsklage gehindert ist. Hat ein

klageberechtigter Teil, der geschäftsunfähig ist, keinen gesetzlichen Vertreter, so endet die Klagefrist nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt, von dem an er die Auflösungsklage selbständig erheben kann oder in dem der Mangel der Vertretung aufhört. Hat der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Teils die Auflösungsklage nicht rechtzeitig erhoben, so kann der eingetragene Partner selbst innerhalb von sechs Monaten seit dem Wegfall der Geschäftsunfähigkeit die Auflösungsklage erheben.

Auflösung wegen Verschuldens oder wegen Zerrüttung

§ 15. (1) Ein eingetragener Partner kann mit Klage die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft begehren, wenn der andere Teil durch eine schwere Verfehlung die eingetragene Partnerschaft schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Eine schwere Verfehlung liegt insbesondere vor, wenn ein eingetragener Partner dem anderen körperliche Gewalt oder schweres seelisches Leid zugefügt hat. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft nicht begehren, wenn nach der Art der Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlung des anderen Teils mit dem eigenen Verschulden, das Auflösungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der eingetragenen Partnerschaft sittlich nicht gerechtfertigt ist.

(2) Ein eingetragener Partner kann mit Klage die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft begehren, wenn

1. die eingetragene Partnerschaft infolge eines Verhaltens des anderen, das nicht als schuldhafte Verfehlung betrachtet werden kann, weil es auf einer geistigen Störung beruht, so tief zerrüttet ist, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der eingetragenen Partnerschaft entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann,
2. der andere geisteskrank ist, die Krankheit einen solchen Grad erreicht hat, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den beiden aufgehoben ist, und eine Wiederherstellung dieser Gemeinschaft nicht erwartet werden kann, oder
3. der andere an einer schweren ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit leidet und deren Heilung oder die Beseitigung der Ansteckungsgefahr in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann.

(3) Ist die häusliche Gemeinschaft der eingetragenen Partner seit drei Jahren aufgehoben, so kann jeder Teil wegen tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung der eingetragenen Partnerschaft deren Auflösung mit Klage begehren. Dem Begehren ist jedenfalls stattzugeben.

(4) In den Fällen des Abs. 2 darf die eingetragene Partnerschaft nicht aufgelöst werden, wenn das Auflösungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist. Dies ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die Auflösung den anderen außergewöhnlich hart träfe. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Umständen, namentlich auch nach der Dauer der eingetragenen Partnerschaft, dem Lebensalter beider und dem Anlass der Erkrankung.

(5) Ist die Lebensgemeinschaft der eingetragenen Partner seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben, gestehen beide die unheilbare Zerrüttung des partnerschaftlichen Verhältnisses zu und bestehen zwischen ihnen Einvernehmen über die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft, so können sie die Auflösung gemeinsam beantragen. Die eingetragene Partnerschaft darf nur aufgelöst werden, wenn beide eine schriftliche Vereinbarung über ihre unterhaltsrechtlichen Beziehungen und die gesetzlichen vermögensrechtlichen Ansprüche im Verhältnis zueinander für den Fall der Auflösung dem Gericht unterbreiten oder vor Gericht schließen.

Ausschluss der Auflösung

§ 16. (1) Das Recht auf Auflösung der eingetragenen Partnerschaft wegen Verschuldens (§ 15 Abs. 1) besteht nicht, wenn sich aus dem Verhalten des verletzten eingetragenen Partners ergibt, dass er die Verfehlung des anderen verziehen oder sie nicht als die eingetragene Partnerschaft zerstörend empfunden hat.

(2) Das Recht auf Auflösung der eingetragenen Partnerschaft wegen Verschuldens erlischt, wenn die Klage nicht binnen sechs Monaten erhoben wird. Die Frist beginnt mit der Kenntnis des Auflösungsgrundes. Sie läuft nicht, solange die häusliche Gemeinschaft der eingetragenen Partner aufgehoben ist. Fordert der schuldige eingetragene Partner den anderen auf, die Gemeinschaft herzustellen oder die Klage auf Auflösung der eingetragenen Partnerschaft zu erheben, so läuft die Frist vom Empfang der Aufforderung an. Die Auflösung ist nicht mehr zulässig, wenn seit dem Eintritt des Auflösungsgrundes zehn Jahre verstrichen sind. Für die Sechsmonatsfrist gilt § 14 Abs. 5 entsprechend.

(3) Nach Ablauf der im Abs. 2 bezeichneten Fristen kann während eines Auflösungsstreites ein Auflösungsgrund noch geltend gemacht werden, wenn die Frist bei der Klageerhebung noch nicht verstrichen war. Verfehlungen, auf die eine Auflösungsklage nicht mehr gegründet werden kann, können nach Ablauf der Fristen zur Unterstützung einer auf andere Verfehlungen gegründeten Klage geltend gemacht werden.

Schuldausspruch bei Auflösung wegen Verschuldens

§ 17. (1) Wird die eingetragene Partnerschaft wegen Verschuldens der beklagten Partei aufgelöst, so ist dies im Urteil auszusprechen.

(2) Hat die beklagte Partei Widerklage erhoben und wird die eingetragene Partnerschaft wegen Verschuldens beider Teile aufgelöst, so sind beide für schuldig zu erklären. Ist das Verschulden des einen Teiles erheblich schwerer als das des anderen, so ist zugleich auszusprechen, dass seine Schuld überwiegt.

(3) Auch ohne Erhebung einer Widerklage ist auf Antrag der beklagten Partei die Mitschuld der klagenden Partei auszusprechen, wenn die eingetragene Partnerschaft wegen einer Verfehlung der beklagten Partei aufgelöst wird und diese zur Zeit der Erhebung der Klage oder später auf Auflösung wegen Verschuldens hätte klagen können. Hatte die beklagte Partei bei der Klageerhebung das Recht, die Auflösung wegen Verschuldens der klagenden Partei zu begehren, bereits verloren, so ist dem Antrag gleichwohl stattzugeben, wenn dies der Billigkeit entspricht. Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

Schuldausspruch bei Auflösung wegen Willensmängeln oder Zerrüttung

§ 18. (1) Wird die eingetragene Partnerschaft nach § 15 Abs. 2 oder 3 auf Klage und Widerklage aufgelöst und trifft nur einen Teil ein Verschulden, so ist dies im Urteil auszusprechen.

(2) Wird die eingetragene Partnerschaft lediglich auf Grund des § 15 Abs. 2 aufgelöst und hätte die beklagte Partei zur Zeit der Erhebung der Klage oder später auf Auflösung wegen Verschuldens der klagenden Partei klagen können, so ist auch ohne Erhebung einer Widerklage auf Antrag der beklagten Partei auszusprechen, dass die klagende Partei ein Verschulden trifft. Hatte die beklagte Partei bei der Klageerhebung das Recht, die Auflösung wegen Verschuldens der klagenden Partei zu begehren, bereits verloren, so ist dem Antrag gleichwohl stattzugeben, wenn dies der Billigkeit entspricht.

(3) Wird die eingetragene Partnerschaft nach § 15 Abs. 3 aufgelöst und hat die klagende Partei die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet, so ist dies auf Antrag der beklagten Partei im Urteil auszusprechen.

(4) Wird die eingetragene Partnerschaft aus den Gründen des § 14 Abs. 1 aufgelöst, so ist in den Fällen der Z 1 bis 4 derjenige eingetragene Partner als schuldig zu erklären, der den Auflösungsgrund bei Begründung der eingetragenen Partnerschaft kannte, in den Fällen der Z 5 und 6 derjenige eingetragene Partner, von dem oder mit dessen Wissen die Täuschung oder die Drohung verübt worden ist.

(5) Wird in demselben Rechtsstreit Auflösung aus Gründen des § 14 und des § 15 begehrt, so ist die Schuld des eingetragenen Partners, die das Auflösungsbegehren nach § 15 oder einen Schuldantrag gegenüber diesem Begehren rechtfertigt, im Schuldausspruch zu berücksichtigen.

5. Abschnitt

Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft

§ 19. (1) Eine eingetragene Partnerschaft ist nur in den Fällen nichtig, in denen dies in den folgenden Absätzen bestimmt ist. Niemand kann sich auf die Nichtigkeit einer eingetragenen Partnerschaft berufen, solange diese nicht durch gerichtliches Urteil für nichtig erklärt worden ist. Einer dritten Person gegenüber können aus der Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft Einwendungen gegen ein zwischen der dritten Person und einem eingetragenen Partner vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn die eingetragene Partnerschaft bereits zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit der dritten Person bekannt war.

(2) Eine eingetragene Partnerschaft ist nichtig, wenn

1. ihre Begründung nicht in der durch § 6 Abs. 2 und 3 vorgeschriebenen Form stattgefunden hat; sie ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn beide eingetragenen Partner nach ihrer Begründung fünf Jahre oder, falls einer von ihnen vorher verstorben ist, bis zu dessen Tod, jedoch mindestens drei Jahre, als eingetragene Partner miteinander gelebt haben, es sei denn, dass bei Ablauf der fünf Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Teils die Nichtigkeitsklage erhoben ist;
2. ein eingetragener Partner zur Zeit der Begründung der eingetragenen Partnerschaft geschäftsunfähig war oder sich im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befand; die eingetragene Partnerschaft ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn er nach dem Wegfall der Geschäftsunfähigkeit, der Bewusstlosigkeit oder der Störung der Geistestätigkeit zu erkennen gibt, die eingetragene Partnerschaft fortsetzen zu wollen;
3. ein eingetragener Partner zur Zeit ihrer Begründung mit einer dritten Person in gültiger Ehe oder in gültiger eingetragener Partnerschaft lebte;
4. sie den Verboten des § 5 Abs. 1 Z 3 zuwider zwischen Verwandten begründet worden ist, oder
5. sie ausschließlich oder vorwiegend zu dem Zweck begründet worden ist, dem einen eingetragenen Partner die Führung des Namens des anderen oder den Erwerb der Staatsangehörigkeit des anderen zu ermöglichen, ohne dass die partnerschaftliche Lebensgemeinschaft begründet werden soll; sie ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn beide eingetragenen Partner nach ihrer Begründung fünf Jahre oder, falls einer von ihnen vorher verstorben ist, bis zu dessen Tod, jedoch mindestens drei Jahre,

als eingetragene Partner miteinander gelebt haben, es sei denn, dass bei Ablauf der fünf Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Teils die Nichtigkeitsklage erhoben ist.

(3) Die Nichtigkeit kann jeder eingetragene Partner oder die Staatsanwaltschaft, im Fall des Abs. 2 Z 3 auch der frühere Ehegatte oder eingetragene Partner, durch Klage geltend machen. Ist die eingetragene Partnerschaft aufgelöst, so kann nur die Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsklage erheben. Sind beide eingetragenen Partner verstorben, so kann eine Nichtigkeitsklage nicht mehr erhoben werden.

(4) Die Nichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft ist gegen beide eingetragenen Partner und, wenn einer von ihnen verstorben ist, gegen den überlebenden Teil zu richten. Die Nichtigkeitsklage des einen eingetragenen Partners ist gegen den anderen zu richten. Für den Fall, dass zur Zeit der Begründung der eingetragenen Partnerschaft ein eingetragener Partner mit einer dritten Person in gültiger Ehe oder eingetragener Partnerschaft lebte, ist die Nichtigkeitsklage des ersten Ehegatten oder eingetragenen Partners gegen beide Teile der späteren Ehe bzw. eingetragenen Partnerschaft zu richten.

(5) Begründet ein eingetragener Partner nach Auflösung einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft durch eine ausländische Entscheidung eine neue eingetragene Partnerschaft, so ist die neue eingetragene Partnerschaft nicht deswegen nichtig, weil die Voraussetzungen für eine Anerkennung der ausländischen Entscheidung nicht gegeben sind. Dies gilt nicht, wenn beide Teile der neuen eingetragenen Partnerschaft bei ihrer Begründung wussten, dass die ausländische Entscheidung im Inland nicht anerkannt werden kann.

6. Abschnitt

Folgen der Auflösung oder der Nichtigkeit

Unterhalt

§ 20. (1) Der allein oder überwiegend schuldige eingetragene Partner hat dem anderen, soweit dessen Einkünfte aus Vermögen und die Erträge einer Erwerbstätigkeit, die von ihm den Umständen nach erwartet werden kann, nicht ausreichen, den nach den Lebensverhältnissen der eingetragenen Partner angemessenen Unterhalt zu gewähren.

(2) Wenn der allein oder überwiegend schuldige eingetragene Partner durch Gewährung des in Abs. 1 bestimmten Unterhalts bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen den eigenen angemessenen Unterhalt gefährdet, braucht er nur so viel zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse beider Teile der Billigkeit entspricht. Hat der Verpflichtete ein Kind, einem neuen Ehegatten oder einem neuen eingetragenen Partner Unterhalt zu gewähren, so sind auch die Bedürfnisse und die wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Personen zu berücksichtigen. Ein eingetragener Partner ist bei Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts von der Unterhaltspflicht ganz befreit, wenn der andere den Unterhalt aus dem Stamm seines Vermögens bestreiten kann.

(3) Sind beide eingetragenen Partner schuldig, trägt aber keiner die überwiegende Schuld, so kann dem eingetragenen Partner, der sich nicht selbst erhalten kann, ein Beitrag zu seinem Unterhalt zugebilligt werden, wenn und soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse sowie Unterhaltspflichten des anderen Teils der Billigkeit entspricht. Die Beitragspflicht kann zeitlich beschränkt werden.

(4) Hat sich ein eingetragener Partner während eingetragener Partnerschaft auf Grund ihrer einvernehmlichen Gestaltung der Haushaltsführung oder der Betreuung eines Angehörigen eines der eingetragenen Partner gewidmet und kann ihm auf Grund des dadurch bedingten Mangels an Erwerbsmöglichkeiten, etwa wegen mangelnder beruflicher Aus- oder Fortbildung, der Dauer der eingetragenen Partnerschaft, seines Alters oder seiner Gesundheit, nicht zugemutet werden, sich ganz oder zum Teil selbst zu erhalten, so hat ihm insoweit der andere Teil unabhängig vom Verschulden den Unterhalt nach dessen Lebensbedarf zu gewähren. Wird der Unterhaltsanspruch gerichtlich festgesetzt, so hat ihn das Gericht jeweils auf längstens drei Jahre zu befristen, wenn erwartet werden kann, dass der bedürftige eingetragene Partner danach in der Lage sein wird, seinen Unterhalt, insbesondere durch eine zumutbare Erwerbstätigkeit, zu sichern. Der Unterhaltsanspruch vermindert sich oder besteht nicht, soweit die Gewährung des Unterhalts unbillig wäre, weil der bedürftige eingetragene Partner einseitig besonders schwerwiegende Verfehlungen begangen oder seine Bedürftigkeit grob schuldhaft herbeigeführt hat oder ein gleich schwerwiegender Grund vorliegt oder weil die eingetragene Partnerschaft nur kurz gedauert hat. Je gewichtiger diese Gründe sind, desto eher ist vom bedürftigen eingetragenen Partner zu verlangen, seinen Unterhalt durch die Erträge einer anderen als einer zumutbaren Erwerbstätigkeit oder aus dem Stamm seines Vermögens zu decken. Abs. 2 erster und zweiter Satz gilt entsprechend.

§ 21. (1) Enthält das Urteil keinen Schuldausspruch, so hat der eingetragene Partner, der die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft verlangt hat, dem anderen Unterhalt zu gewähren, wenn und soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse beider Teile und der unterhaltspflichtigen Verwandten des berechtigten eingetragenen Partners der Billigkeit entspricht. § 20 Abs. 2 gilt entsprechend.

(2) Der auf Grund einer Vereinbarung nach § 15 Abs. 5 geschuldete Unterhalt ist einem gesetzlichen Unterhalt gleichzuhalten, soweit er den Lebensverhältnissen beider eingetragener Partner angemessen ist. Mangels einer rechtswirksamen Vereinbarung über die unterhaltsrechtlichen Beziehungen beider Teile im Fall einer Auflösung nach § 15 Abs. 5 hat ein eingetragener Partner dem anderen Unterhalt zu gewähren, soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse beider Teile und der unterhaltspflichtigen Verwandten des berechtigten Teils der Billigkeit entspricht. § 20 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Ein unterhaltsberechtigter eingetragener Partner, der infolge eigenen Verschuldens bedürftig ist, kann nur den notdürftigen Unterhalt verlangen. Ein Mehrbedarf, der durch grobes Verschulden des unterhaltsberechtigten eingetragenen Partners herbeigeführt ist, begründet keinen Anspruch auf erhöhten Unterhalt.

§ 22. (1) Der Unterhalt ist durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren. Die Rente ist monatlich im Voraus zu entrichten. Der Verpflichtete hat Sicherheit zu leisten, wenn die Gefahr besteht, dass er sich seiner Unterhaltspflicht zu entziehen sucht. Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach den Umständen.

(2) Statt der Rente kann der Berechtigte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und der Verpflichtete dadurch nicht unbillig belastet wird.

(3) Der Verpflichtete schuldet den vollen Monatsbetrag auch dann, wenn der Berechtigte im Lauf des Monats stirbt.

(4) Der Verpflichtete haftet vor den Verwandten des anderen. Soweit er jedoch bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen den eigenen angemessenen Unterhalt gefährdete, haften die Verwandten vor ihm. Soweit einem eingetragenen Partner kein Unterhaltsanspruch gegen den anderen zusteht, haben ihm seine Verwandten nach den allgemeinen Vorschriften über die Unterhaltspflicht den Unterhalt zu gewähren. Die Verwandten haften auch, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Verpflichteten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. In diesem Falle geht der Anspruch gegen den Verpflichteten auf den Verwandten über, der den Unterhalt gewährt hat. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Berechtigten geltend gemacht werden.

(5) Für die Vergangenheit kann der Berechtigte Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung erst von der Zeit an fordern, in der der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist.

§ 23. (1) Die Unterhaltspflicht erlischt mit der Schließung einer Ehe oder der Begründung einer neuen eingetragenen Partnerschaft des Berechtigten.

(2) Der Berechtigte verwirkt den Unterhaltsanspruch, wenn er sich nach der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft einer schweren Verfehlung gegen den Verpflichteten schuldig macht oder gegen dessen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt.

(3) Der Unterhaltsanspruch erlischt mit dem Tod des Berechtigten. Nur soweit er auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit gerichtet ist oder sich auf Beträge bezieht, die beim Tod des Berechtigten fällig sind, bleibt er auch nachher bestehen. Der Verpflichtete hat die Bestattungskosten zu tragen, soweit dies der Billigkeit entspricht und die Kosten nicht von den Erben zu erlangen sind.

(4) Mit dem Tod des Verpflichteten geht die Unterhaltspflicht auf die Erben als Nachlassverbindlichkeit über. Der Erbe haftet ohne die Beschränkungen des § 20 Abs. 2. Der Berechtigte muss sich jedoch die Herabsetzung der Rente auf einen Betrag gefallen lassen, der bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Erben und der Ertragsfähigkeit des Nachlasses der Billigkeit entspricht. Eine Beitragspflicht nach § 20 Abs. 3 erlischt mit dem Tod des Verpflichteten.

(5) Die eingetragenen Partner können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung dieser Art vor Rechtskraft der Auflösungsentscheidung getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Auflösung erleichtert oder ermöglicht hat; sie ist jedoch nichtig, wenn die eingetragenen Partner im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Auflösungsgrund geltend gemacht haben oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, dass sie den guten Sitten widerspricht.

Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse

Gegenstand der Aufteilung

§ 24. (1) Wird die eingetragene Partnerschaft, außer im Fall des Todes oder der Todeserklärung, aufgelöst oder für nichtig erklärt, so sind das partnerschaftliche Gebrauchsvermögen und die partnerschaftlichen Ersparnisse zwischen beiden eingetragenen Partnern aufzuteilen. Bei der Aufteilung sind die Schulden, die mit dem Gebrauchsvermögen und den Ersparnissen in einem inneren Zusammenhang stehen, in Anschlag zu bringen.

(2) Partnerschaftliches Gebrauchsvermögen sind die beweglichen oder unbeweglichen körperlichen Sachen, die während aufrechter Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Teile gedient haben; hierzu gehören auch der Hausrat und die gemeinsame Wohnung.

(3) Partnerschaftliche Ersparnisse sind Wertanlagen, gleich welcher Art, die beide Teile während aufrechter Lebensgemeinschaft angesammelt haben und die ihrer Art nach üblicherweise für eine Verwertung bestimmt sind.

§ 25. (1) Der Aufteilung unterliegen nicht Sachen (§ 24), die

1. ein Teil in die eingetragene Partnerschaft eingebracht, von Todes wegen erworben oder ihm ein Dritter geschenkt hat,
2. dem persönlichen Gebrauch eines Teils allein oder der Ausübung seines Berufes dienen,
3. zu einem Unternehmen gehören oder
4. Anteile an einem Unternehmen sind, außer es handelt sich um bloße Wertanlagen.

(2) Die partnerschaftliche Wohnung, die ein Teil in die eingetragene Partnerschaft eingebracht oder von Todes wegen erworben oder die ihm ein Dritter geschenkt hat, ist in die Aufteilung dann einzubeziehen, wenn dies vereinbart wurde oder wenn der andere Teil auf ihre Weiterbenützung zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist. Gleiches gilt für den Hausrat, wenn der andere Teil auf seine Weiterbenützung zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist.

Aufteilungsgrundsätze

§ 26. (1) Die Aufteilung ist nach Billigkeit vorzunehmen. Dabei ist besonders auf Gewicht und Umfang des Beitrags jedes eingetragenen Partners zur Anschaffung des Gebrauchsvermögens und zur Ansammlung der Ersparnisse Bedacht zu nehmen; weiter auf Schulden, die mit dem gemeinsamen Lebensaufwand zusammenhängen, soweit sie nicht ohnedies nach § 24 in Anschlag zu bringen sind.

(2) Als Beitrag sind auch die Leistung des Unterhalts, die Mitwirkung im Erwerb, soweit sie nicht anders abgegolten worden ist, die Führung des gemeinsamen Haushalts und jeder sonstige Beistand zu werten.

§ 27. Die Aufteilung soll so vorgenommen werden, dass sich die Lebensbereiche beider Teile künftig möglichst wenig berühren.

Gerichtliche Aufteilung

§ 28. Soweit sich die eingetragenen Partner über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse nicht einigen, hat hierüber auf Antrag das Gericht zu entscheiden.

Gerichtliche Anordnungen

§ 29. (1) Bei der Aufteilung des Gebrauchsvermögens kann das Gericht die Übertragung von Eigentum an beweglichen körperlichen Sachen oder eines Anwartschaftsrechts darauf und die Übertragung von Eigentum und sonstigen Rechten an unbeweglichen körperlichen Sachen von einem auf den anderen eingetragenen Partner sowie die Begründung von dinglichen Rechten oder schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen zugunsten des einen eingetragenen Partners an unbeweglichen körperlichen Sachen des anderen anordnen.

(2) Steht Gebrauchsvermögen im Eigentum einer dritten Person, so darf das Gericht die Übertragung von Rechten und Pflichten, die sich auf die Sache beziehen, nur mit Zustimmung des Eigentümers anordnen.

§ 30. Für die partnerschaftliche Wohnung kann das Gericht, wenn sie kraft Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes eines oder beider Teile benützt wird, die Übertragung des Eigentums oder des dinglichen Rechtes von einem auf den anderen eingetragenen Partner oder die Begründung eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zugunsten eines eingetragenen Partners anordnen. Die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechtes an einer partnerschaftlichen Wohnung nach § 25 Abs. 2 können die eingetragenen Partner durch Vereinbarung ausschließen.

§ 31. (1) Wird die Wohnung auf Grund eines Dienstverhältnisses benützt oder das Rechtsverhältnis daran im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis begründet, so darf das Gericht eine Anordnung über die Benützung einer solchen Wohnung nur mit Zustimmung des Dienstgebers oder des für die Vergabe der Dienstwohnung zuständigen Rechtsträgers treffen, wenn

1. die Zuweisung der Wohnung deswegen, weil sie überwiegend der Erfüllung der Dienstpflicht dient, wesentliche Interessen des Dienstgebers verletzen könnte, oder
2. die Wohnung unentgeltlich oder gegen ein bloß geringfügiges, wesentlich unter dem ortsüblichen Maß liegendes Entgelt benützt wird oder
3. die Wohnung vom Dienstgeber als Teil des Entgelts für die geleisteten Dienste zur Verfügung gestellt wird.

(2) Wird die Wohnung nach Abs. 1 dem eingetragenen Partner zugesprochen, der nicht der Dienstnehmer ist, so hat das Gericht ein angemessenes Benützungsentgelt festzusetzen. Das Wohnrecht dieses eingetragenen Partners besteht nur so lange, als er sich nicht verheiratet oder wieder eine eingetragene Partnerschaft begründet, und kann von ihm nicht auf andere Personen übergehen oder übertragen werden.

§ 32. Bei der Aufteilung der Ersparnisse kann das Gericht die Übertragung von Vermögenswerten, gleich welcher Art, von einem auf den anderen eingetragenen Partner und die Begründung eines schuldrechtlichen Benützungsrechts an einer Wohnung zugunsten eines eingetragenen Partners anordnen.

§ 33. (1) Die Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen oder die Begründung von dinglichen Rechten daran darf nur angeordnet werden, wenn eine billige Regelung in anderer Weise nicht erzielt werden kann.

(2) Für gemeinsames Wohnungseigentum der eingetragenen Partner kann das Gericht nur die Übertragung des Anteils eines eingetragenen Partners am Mindestanteil und gemeinsamen Wohnungseigentum auf den anderen anordnen.

Ausgleich von Benachteiligungen

§ 34. (1) Hat ein eingetragener Partner ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des anderen frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Klage oder des Antrags auf Auflösung der eingetragenen Partnerschaft oder, wenn die Lebensgemeinschaft vor Einbringung der Klage oder des Antrags aufgehoben worden ist, frühestens zwei Jahre vor dieser Aufhebung Gebrauchsvermögen oder Ersparnisse in einer Weise verringert, die der Gestaltung der Lebensverhältnisse beider Teile während der Lebensgemeinschaft widerspricht, so ist der Wert des Fehlenden in die Aufteilung einzubeziehen.

(2) Wurden Gebrauchsvermögen oder Ersparnisse in ein Unternehmen, an dem einem oder beiden eingetragenen Partnern ein Anteil zusteht, eingebracht oder für ein solches Unternehmen sonst verwendet, so ist der Wert des Eingebrachten oder Verwendeten in die Aufteilung einzubeziehen. Bei der Aufteilung ist jedoch zu berücksichtigen, inwieweit jedem eingetragenen Partner durch die Einbringung oder Verwendung Vorteile entstanden sind und inwieweit die eingebrachten oder verwendeten Ersparnisse aus den Gewinnen des Unternehmens stammen. Der Bestand des Unternehmens darf durch die Aufteilung nicht gefährdet werden.

(3) Gehört eine körperliche Sache, die während aufrechter Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider eingetragener Partner gedient hat, zu einem Unternehmen, an dem einem oder beiden eingetragenen Partnern ein Anteil zusteht, und bleibt nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft nur einem von ihnen der Gebrauch dieser Sache erhalten, so hat das Gericht dies bei der Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse zugunsten des anderen angemessen zu berücksichtigen.

Schulden

§ 35. Bezüglich der in § 24 Abs. 1 und in § 26 Abs. 1 genannten Schulden kann das Gericht bestimmen, welcher Teil im Innenverhältnis zu ihrer Zahlung verpflichtet ist.

Durchführung der Aufteilung

§ 36. In seiner Entscheidung hat das Gericht auch die zu ihrer Durchführung nötigen Anordnungen zu treffen und die näheren Umstände, besonders in zeitlicher Hinsicht, für deren Erfüllung zu bestimmen. Sind mit der Durchführung der Entscheidung Aufwendungen verbunden, so hat das Gericht nach billigem Ermessen zu entscheiden, welcher eingetragene Partner sie zu tragen hat.

Ausgleichszahlung

§ 37. (1) Soweit eine Aufteilung nach den vorstehenden Bestimmungen nicht erzielt werden kann, hat das Gericht einem eingetragenen Partner eine billige Ausgleichszahlung an den anderen aufzuerlegen.

(2) Das Gericht kann eine Stundung der Ausgleichszahlung oder deren Entrichtung in Teilbeträgen, tunlich gegen Sicherstellung, anordnen, wenn dies für den ausgleichspflichtigen eingetragenen Partner wirtschaftlich notwendig und dem Ausgleichsberechtigten zumutbar ist.

Erlöschen des Aufteilungsanspruchs

§ 38. Der Anspruch auf Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse erlischt, wenn er nicht binnen einem Jahr nach Eintritt der Rechtskraft der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht wird.

Übergang des Aufteilungsanspruchs

§ 39. Der Anspruch auf Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse ist vererblich, unter Lebenden oder von Todes wegen übertragbar und verpfändbar, soweit er durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden ist.

Verträge

§ 40. (1) Vereinbarungen, die im Voraus die Aufteilung der Ersparnisse oder die Aufteilung der Wohnung regeln, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Form eines Notariatsaktes. Vereinbarungen, die im Voraus die Aufteilung des übrigen Gebrauchsvermögens regeln, bedürfen der Schriftform.

(2) Von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung über die Aufteilung der Ersparnisse und des Gebrauchsvermögens mit Ausnahme der Wohnung kann das Gericht bei der Aufteilung nur abweichen, soweit die Vereinbarung in einer Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung einzubeziehenden Vermögens im Zeitpunkt der Aufteilungsentscheidung einen Teil unbillig benachteiligt, sodass ihm die Zuhaltung unzumutbar ist.

(3) Von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung über die Nutzung der Wohnung durch einen Partner kann das Gericht bei der Aufteilung nur abweichen, soweit der andere Partner seine Lebensbedürfnisse nicht hinreichend decken kann oder eine deutliche Verschlechterung seiner Lebensverhältnisse hinnehmen müsste.

(4) Weicht das Gericht von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung ab, so ist insbesondere auf die Gestaltung der partnerschaftlichen Lebensverhältnisse, die Dauer der Partnerschaft sowie darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit der Vereinbarung eine rechtliche Beratung vorangegangen ist und in welcher Form sie geschlossen wurde.

(5) Die Abs. 1 bis 4 gelten nicht für Vereinbarungen, die die eingetragenen Partner im Zusammenhang mit dem Verfahren auf Auflösung oder Nichtigkeitklärung der eingetragenen Partnerschaft geschlossen haben.

Haftung für Kredite

§ 41. (1) Entscheidet das Gericht (§ 35) oder vereinbaren die eingetragenen Partner (§ 40 Abs. 5, gegebenenfalls § 15 Abs. 5), wer von ihnen im Innenverhältnis zur Zahlung von Kreditverbindlichkeiten, für die beide haften, verpflichtet ist, so hat das Gericht auf Antrag mit Wirkung für den Gläubiger auszusprechen, dass derjenige eingetragene Partner, der im Innenverhältnis zur Zahlung verpflichtet ist, Hauptschuldner, der andere Ausfallsbürge wird. Dieser Antrag muss in der Frist nach § 38 gestellt werden.

(2) Der Ausfallsbürge nach Abs. 1 kann - vorbehaltlich des § 1356 ABGB - nur wegen des Betrags belangt werden, der vom Hauptschuldner nicht in angemessener Frist hereingebracht werden kann, obwohl der Gläubiger gegen ihn nach Erwirkung eines Exekutionstitels

1. Fahrnis- oder Gehaltsexekution und
2. Exekution auf eine dem Gläubiger bekannte Liegenschaft des Hauptschuldners, die offensichtlich für die Forderung Deckung bietet, geführt sowie
3. Sicherheiten, die dem Gläubiger zur Verfügung stehen, verwertet hat.

Müsste der Exekutionstitel im Ausland erwirkt oder müssten die angeführten Exekutionsmaßnahmen im Ausland durchgeführt werden, bedarf es ihrer nicht, soweit sie dem Gläubiger nicht möglich oder nicht zumutbar sind.

(3) Überdies kann der Bürge, dem der Rechtsstreit gegen den Hauptschuldner rechtzeitig verkündet worden ist (§ 21 ZPO), dem Gläubiger Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur entgegenhalten, soweit sie auch der Hauptschuldner erheben kann.

Folgen der Nichtigkeit

§ 42. (1) Wird die eingetragene Partnerschaft für nichtig erklärt, so fallen alle ihre Wirkungen auf die persönlichen Verhältnisse der eingetragenen Partner zum Zeitpunkt der Begründung der eingetragenen Partnerschaft weg.

(2) Hat auch nur einer der eingetragenen Partner die Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft bei deren Begründung nicht gekannt, so finden auf ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung die im Fall der gerichtlichen Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Dabei ist ein eingetragener Partner, dem die Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft bei der Begründung bekannt war, wie ein für schuldig erklärter Teil zu behandeln.

(3) Ein eingetragener Partner, dem die Nichtigkeit der eingetragenen Partnerschaft bei der Begründung nicht bekannt war, kann binnen sechs Monaten, nachdem die eingetragene Partnerschaft rechtskräftig für nichtig erklärt wurde, dem anderen Teil erklären, dass es für ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung bei den Folgen der Nichtigkeit bleiben solle. Gibt er eine solche Erklärung ab, so findet Abs. 2 keine Anwendung.

(4) Im Fall des Abs. 2 ist für den Unterhaltsanspruch nach § 21 Abs. 1 nicht ausschlaggebend, welcher eingetragene Partner die Nichtigkeitsklage erhoben hat.

7. Abschnitt

Sinngemäß anwendbares Bundesrecht

§ 43. (1) Folgende, für Ehegatten, Ehesachen oder Eheangelegenheiten maßgebende Bestimmungen in der jeweils geltenden Fassung sind auf eingetragene Partner, Partnersachen oder Partnerangelegenheiten sinngemäß anzuwenden:

1. §§ 2 und 4 der Anfechtungsordnung, RGBl. Nr. 337/1914;
2. §§ 93 bis 98 und 99 Außerstreitgesetz, BGBl. I Nr. 111/2003;
3. §§ 382 und 382b bis 382h Exekutionsordnung, RGBl. Nr. 79/1896;
4. § 4 Firmenbuchgesetz, BGBl. Nr. 10/1991;
5. § 26 Gerichtsorganisationsgesetz, RGBl. Nr. 217/1896;
6. § 6a GmbH-Gesetz, RGBl. Nr. 58/1906;
7. §§ 3, 10, 14, 15 Kleingartengesetz, BGBl. Nr. 6/1959;
8. §§ 28, 32, 56 Insolvenzordnung, RGBl. Nr. 337/1914;
9. § 25a Konsumentenschutzgesetz, BGBl. Nr. 140/1979;
10. §§ 12, 14, 46 Mietrechtsgesetz, BGBl. Nr. 520/1981;
11. § 1 Notariatsaktgesetz, RGBl. Nr. 76/1871;

12. §§ 33, 36f und 60 Notariatsordnung, RGBl. Nr. 75/1871;
13. § 28 Notariatstarifgesetz, BGBl. Nr. 576/1973;
14. § 15 Privatstiftungsgesetz, BGBl. Nr. 694/1993;
15. §§ 8f, 21c und 50 Rechtsanwaltsordnung, BGBl. Nr. 96/1868;
16. §§ 9 und 10 Rechtsanwältstarifgesetz, BGBl. Nr. 189/1969;
17. §§ 6, 72, 99, 100 Strafvollzugsgesetz, BGBl. Nr. 144/1969;
18. § 12 Todeserklärungsgesetz 1950, BGBl. Nr. 23/1951;
19. § 25 Übernahmegesetz, BGBl. I Nr. 127/1998;
20. § 28 Unterbringungsgesetz, BGBl. Nr. 155/1990;
21. § 36 Unternehmensgesetzbuch, dRGBl. S 219/1897;
22. §§ 55, 75, 77 Urheberrechtsgesetz, BGBl. Nr. 520/1981;
23. § 177 Versicherungsvertragsgesetz 1958, BGBl. Nr. 2/1959;
24. §§ 3, 13, 15 Wohnungseigentumsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 70/2002;
25. §§ 29, 45a, 57, 321, 322, 460, 483a, 502 Zivilprozessordnung, RGBl. Nr. 113/1895;
26. die Regelungen des Gerichtsgebührengesetzes, BGBl. Nr. 501/1984, über die Gebühren für das Verfahren über den Ehegattenunterhalt und für die in § 49 Abs. 2 Z 2a und 2b JN angeführten Streitigkeiten aus dem Eheverhältnis, für das Verfahren über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse, für das Verfahren der Scheidung einer Ehe nach § 55a EheG, für das Verfahren zur Anerkennung oder Nichtanerkennung ausländischer Eheentscheidungen, für das Verfahren über die Abgeltung der Mitwirkung des Ehegatten im Erwerb des anderen und für das Verfahren über die Rechtmäßigkeit gesonderter Wohnungnahme.

(2) Die bundesgesetzlichen Sonderbestimmungen über das bäuerliche Erbrecht, die für Eheangelegenheiten oder Ehegatten anwendbar sind, sind auf eingetragene Partnerschaften oder eingetragene Partner sinngemäß anzuwenden.

(3) Bundesgesetzliche Bestimmungen, die auch auf eingetragene Partner anzuwenden sind und die Schwägerschaft betreffen, gelten in den für die Schwägerschaft maßgeblichen Linien und Graden auch für die Verwandten des eingetragenen Partners.

8. Abschnitt

Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 44. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

§ 45. Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2010 in Kraft.

§ 46. Soweit in diesem Bundesgesetz auf andere Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

§ 47. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist die Bundesministerin für Justiz, hinsichtlich des § 6 im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Inneres, betraut.

Entscheidungen

Zu Fall 1

BEA 20.1.2010, BEA/4-3/2009

Das Obereinigungsamt hat 1947 dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB) und seinen Fachgewerkschaften die KV-Fähigkeit zuerkannt. Zu diesen Fachgewerkschaften zählten ua die Gewerkschaften der Metall- und Bergarbeiter (später: Metall-Bergbau-Energie), der Lebens- und Genussmittelarbeiter (später: Agrar-Nahrung-Genuss), der Textil-, Bekleidungs- und Lederarbeiter (später: Textil-Bekleidung-Leder) sowie der Arbeiter der chemischen Industrie (später: Gewerkschaft der Chemiarbeiter). Diese auf Basis des Kollektivvertragsgesetzes zuerkannten KV-Fähigkeiten wurden gemäß § 165 ArbVG übergeleitet.

Im Jahr 2000 erfolgte der Zusammenschluss der Gewerkschaft Metall-Bergbau-Energie und der Gewerkschaft Textil, Bekleidung, Leder zur Gewerkschaft Metall-Textil, im Jahr 2006 erfolgte der Zusammenschluss der Gewerkschaft Metall-Textil mit der Gewerkschaft Agrar-Nahrung-Genuss zur Gewerkschaft Metall-Textil-Nahrung. In beiden Fällen wurde seitens des Bundeseinigungsamtes das Weiterbestehen der KV-Fähigkeit festgestellt.

Übergang der KV-Fähigkeit

Durch die nunmehr erfolgte Zusammenlegung der bisher bestehenden Gewerkschaften Gewerkschaft Metall-Textil-Nahrung und Gewerkschaft der Chemiarbeiter zu einer Gewerkschaft ist die vorher bestehende KV-Fähigkeit auf die neue Gewerkschaft "PRO-GE - Die Produktionsgewerkschaft" übergegangen, weil diese insoweit in die Rechtsposition der Vorgängergewerkschaften eingetreten ist. (Berufung unzulässig)

Zu Fall 2

OGH 23.3.2010, 8 ObA 57/09d

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer, sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und ARin Angelika Neuhauser in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. G***** K*****, vertreten durch Mag. Thomas Majoros, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. Christian Bachmann, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Opernring 8, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der P***** GmbH, wegen Feststellung einer Konkursforderung (Streitwert: 35.354,89 EUR brutto sA), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 17. Juli 2009, GZ 7 Ra 1/09g-30, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

Begründung:

Rechtliche Beurteilung

I. Dass Ausführungen des Erstgerichts in seiner rechtlichen Beurteilung die Annahme rechtfertigen können, das Erstgericht habe das zwischen den Parteien bestandene Rechtsverhältnis als Zielschuldverhältnis qualifiziert, mag zutreffen. Diese rechtliche Qualifizierung wurde jedoch vom Berufungsgericht ohnedies nicht übernommen, das vom Vorliegen eines freien Dienstvertrags ausgegangen ist.

II. Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich vom „echten“ Arbeitsvertrag durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit; maßgeblich ist die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen (*Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 83 mwH). Die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag oder ein freier Dienstvertrag vereinbart wurde, kann immer nur anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden (RIS-Justiz RS0111914). Dies führt dazu, dass die Tätigkeit von Lehrenden, Vortragenden oder Trainern je nach den konkreten Umständen ganz unterschiedlich zu beurteilen ist (vgl nur einerseits die von der Klägerin ins Treffen geführte Entscheidung 8 ObA 2158/96b; andererseits die vom Berufungsgericht zitierte Entscheidung 9 ObA 10/99g). Ausschlaggebend sind die konkreten Rahmenbedingungen und Inhalte der zu beurteilenden Tätigkeiten, sodass allgemeingültige Aussagen des Obersten Gerichtshofs regelmäßig nicht möglich sind. Hat daher - wie hier - die zweite Instanz ihrer Entscheidung die vom Obersten Gerichtshof judizierten Abgrenzungskriterien zugrunde gelegt, verwirklicht die Anwendung dieser Kriterien auf den jeweiligen Einzelfall - von unvertretbaren Fehlbeurteilungen abgesehen - keine iSd § 502 Abs 1 ZPO qualifizierte Rechtsfrage.

III. Der Revisionswerberin ist zuzugestehen, dass das hier zu beurteilende Beschäftigungsverhältnis durchaus Merkmale aufweist, die für die Annahme einer Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit ins Treffen geführt werden können. Die Auffassung der zweiten Instanz, dass allerdings die gegen diese Annahme sprechenden Umstände überwiegen, ist nicht unvertretbar:

IV. So ergibt sich aus dem der Tätigkeit der Klägerin zugrunde gelegten Rahmenvertrag, dass die Klägerin berechtigt war, die Übernahme von Kursen abzulehnen. Ihre nunmehrigen Andeutungen, dass diese Möglichkeit nur theoretisch bestand, sind durch Feststellungen nicht gedeckt. Zudem durfte sich die Klägerin vertreten lassen und hat von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht. Soweit die Revision von einer Beschränkung der grundsätzlich bestehenden Vertretungsmöglichkeit der Klägerin im Fall einer „mehr als 50%igen“ Vertretung ausgeht, weicht sie vom festgestellten Sachverhalt ab. In keinem Fall musste die Klägerin eine Vertretung vorab durch die Gemeinschuldnerin genehmigen lassen. Eine „mehr als 50%ige“ Vertretung unterschied sich von einem sonstigen Vertretungsfall lediglich dadurch, dass nicht die Klägerin, sondern die nunmehrige Gemeinschuldnerin den Vertrag mit dem Vertreter abschloss.

V. Den von der Revisionswerberin primär ins Treffen geführten Umständen kommt bei der Abwägung der für bzw gegen eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit sprechenden Umstände nicht das von ihr gewünschte Gewicht zu: Die Vorgabe eines bestimmten Kursinhalts und definierter Kursziele, die Verwendung beigestellter Lehrmittel und die Abhaltung der Kurse in den Räumen des Veranstalters liegt in der Natur vergleichbarer Tätigkeiten; derartige Umstände sind daher für sich allein nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des Vortragenden zu begründen. Dass die Anwesenheit der Kursteilnehmer und die Einhaltung des Rauchverbots in den Nichtraucher-Räumlichkeiten kontrolliert wurde, hat mit der hier vorzunehmenden Abgrenzung überhaupt nichts zu tun.

VI. Die behaupteten Feststellungsmängel liegen nicht vor. Die dazu vorgebrachten Umstände ergeben sich zum Teil ohnedies aus dem festgestellten Sachverhalt, zum Teil sind sie durch Vorbringen nicht gedeckt, zum Teil sind sie für die rechtliche Beurteilung unerheblich.

VII. Weitere relevante Einwände gegen die Entscheidungen der Vorinstanzen wurden nicht erhoben.

VIII. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die von der zweiten Instanz vorgenommene Abwägung der für und gegen die persönliche Abhängigkeit der Klägerin sprechenden Umstände jedenfalls vertretbar und die dagegen erhobene Revision daher aus den schon oben dargestellten Gründen nicht zulässig ist.

Zu Fall 3

OLG Wien 16.12.2009, 8 Ra 114/09g

Für die Beschäftigung einer Arbeitnehmerin während der Karenz sieht § 15e MSchG vor, dass eine zweite Beschäftigung neben dem karenzierten Dienstverhältnis nur für höchstens 13 Wochen im Kalenderjahr vereinbart werden kann, wenn daraus ein Entgelt über der Geringsfügigkeitsgrenze erzielt wird (eine zweite geringfügige Beschäftigung kann zeitlich unbegrenzt vereinbart werden). Doch selbst bei einer dauerhaften Überschreitung der 13-Wochen-Grenze kommt es nicht zu einer Beendigung der Karenzierung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses, sondern verschmelzen das karenzierte Arbeitsverhältnis und das über der

Geringfügigkeitsgrenze liegende Arbeitsverhältnis zu einem gemeinsamen vollwertigen Arbeitsverhältnis. Damit liegt aber ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vor, das (trotz der Karenz nach dem MSchG) bei der Bestimmung des Anspruchs auf Abfertigung Alt entsprechend zu berücksichtigen ist.

Beschäftigung während der Elternkarenz

Gemäß § 15e Abs 1 MSchG kann eine Arbeitnehmerin neben ihrem karenzierten Dienstverhältnis eine geringfügige Beschäftigung ausüben, bei der das gebührende Entgelt im Kalendermonat die Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs 2 Z 2 ASVG nicht übersteigt (2010: € 366,33). Eine Verletzung der Arbeitspflicht bei solchen Beschäftigungen hat keine Auswirkungen auf das karenzierte Dienstverhältnis. Der Zeitpunkt der Arbeitsleistung im Rahmen solcher Beschäftigungen ist zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber vor jedem Arbeitseinsatz zu vereinbaren.

Weiters kann die Arbeitnehmerin gemäß § 15e Abs 2 MSchG neben ihrem karenzierten Dienstverhältnis mit ihrem Arbeitgeber für höchstens 13 Wochen im Kalenderjahr eine Beschäftigung über die Geringfügigkeitsgrenze hinaus vereinbaren. Wird Karenz nicht während des gesamten Kalenderjahres in Anspruch genommen, kann eine solche Beschäftigung nur im aliquoten Ausmaß vereinbart werden. Mit Zustimmung des Arbeitgebers kann eine Beschäftigung iSd § 15e Abs 2 MSchG auch mit einem anderen Arbeitgeber vereinbart werden.

Die Tätigkeit während der Karenzierung kann im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden. Ein Dienstverhältnis nach § 15e Abs 1 oder Abs 2 MSchG tritt neben das karenzierte Dienstverhältnis und ist daher ein vom karenzierten Arbeitsverhältnis losgelöstes Beschäftigungsverhältnis mit eigenständigem rechtlichen Schicksal. Das karenzierte Dienstverhältnis unterliegt weiterhin dem Bestandschutz des MSchG, das geringfügige Beschäftigungsverhältnis hingegen nicht.

Da die Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall zum Arbeitgeber geäußert hat, dass sie eine 30-monatige Karenz anstrebt, und das karenzierte Dienstverhältnis vom Arbeitgeber nicht beendet wurde, besteht kein Anlass von einer Auflösung des karenzierten Dienstverhältnisses auszugehen. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass die Arbeitnehmerin sich damit abgefunden hätte.

Ebensowenig ist davon auszugehen, dass mit dem Ende der Karenzierung ein völlig neues Dienstverhältnis begründet werden sollte. Es trifft zwar zu, dass die Arbeitnehmerin danach gehobene Dienste mit einer Wochenarbeitszeit von 25 Stunden erbracht hat und insofern eine Änderung ihrer Tätigkeit eingetreten ist. Das lässt sich aber zwanglos mit einem gewissen beruflichen Aufstieg erklären.
Überschreitung der 13-Wochen-Grenze

Die in der Lehre heftig umstrittene Frage, ob der besondere Kündigungsschutz des MSchG auch dann gilt, wenn die 13-wöchige Höchstdauer der Beschäftigung gemäß § 15e Abs 2 MSchG überschritten wird, stellt sich hier nicht. Die Kündigung der Arbeitnehmerin erfolgte zu einem Zeitpunkt, zu dem ihre Karenz bereits beendet war.

Entscheidend ist nur die Frage, ob eine ununterbrochene Beschäftigungszeit von mindestens 3 Jahren vorliegt, die gemäß § 23 AngG Voraussetzung für einen Anspruch auf Abfertigung Alt ist. Entscheidend ist damit nur, ob es durch Überschreitung der 13-wöchigen Höchstgrenze des § 15e Abs 2 MSchG zu einem Ende der Karenzierung gekommen ist.

§ 15e MSchG enthält keine derartige Sanktion. § 15e Abs 2 MSchG wurde geschaffen, um es karenzierten Arbeitnehmerinnen zu ermöglichen, die Zuverdienstgrenze des KBGG (derzeit: € 16.200,-) auch auszuschöpfen.

Gleichzeitig wird durch diese 13-Wochen-Grenze gewährleistet, dass die Mutter ausreichend Zeit findet, sich um ihr Kind zu kümmern. Die Bestimmung des § 15e Abs 2 MSchG hat aber nicht den Zweck, bei Überschreitung der 13-Wochen-Grenze die Karenzierung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses aufzuheben.

Nach *Schrank* (zitiert in *Ercher/Steck/Langer*, Mutterschutzgesetz § 15e Rz 52) bewirkt eine dauerhafte Überschreitung der 13-Wochen-Grenze beim eigenen Arbeitgeber, dass keine Karenz im Rechtssinn mehr vorliegt, weshalb das karenzierte Arbeitsverhältnis und das über der Geringfügigkeitsgrenze liegende Arbeitsverhältnis nicht mehr als selbstständige Parallelbeschäftigungen anzusehen seien und daher verschmelzen, sodass nur ein vollwertiges Arbeitsverhältnis verbleibt. Nach dieser Meinung läge im vorliegenden

Fall ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vor, weshalb der Arbeitnehmerin jedenfalls eine Abfertigung zustünde.

Dieser Rechtsansicht folgend ist daher von einem ununterbrochenen Dienstverhältnis auszugehen, weshalb der Arbeitnehmerin die der Höhe nach außer Streit stehende Abfertigung gebührt. (Revision unzulässig)

Zu Fall 4

ASG Wien 9.7.2010, 20 Cga 30/10t

Urteil des ASG: Richtig ist, dass bewusste Fehlbeurteilungen in der Frage der Stimmgültigkeit, der Zuordnung der Stimmen zu bestimmten Vorschlägen oder Fehlzählungen eine BR-Wahl lediglich anfechtbar iSd § 59 ArbVG machen und das ArbVG dem Betriebsinhaber unter Berücksichtigung der Interessenlage nur die Geltendmachung der Unzulässigkeit einer BR-Wahl im Anfechtungsweg gestattet.

Gegenständlich ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Mangel, der dem Wahlvorgang anhaftet, nicht bloß um eine Frage der Stimmgültigkeit und der entsprechenden Mandatsverteilung handelt, sondern die vorliegende Fehlbeurteilung ein Wahlergebnis zur Folge hat, das dem - schon vor der Wahl ersichtlichen - wahren Willen der Mehrheit der Wahlberechtigten diametral entgegensteht. Diese wollten nicht nur die Wahl des einzigen Wahlvorschlages verhindern, sondern generell die Etablierung eines BR.

In Ermangelung der einschlägigen Rechtskenntnis holten sie vor Abgabe ihrer Stimme eine entsprechende Auskunft ein. Der Umstand, dass die Befolgung des ergangenen - und rechtlich richtigen - Ratschlags gerade das von den Arbeitnehmern nicht gewünschte Ergebnis nach sich zieht, steht in krassem Widerspruch zur Grundidee einer demokratischen Wahl, in der der Wille der Mehrheit der Wahlberechtigten umgesetzt werden soll.

Dies umso mehr im Hinblick auf die möglichen Handlungsalternativen jener Wahlberechtigten, die keinen BR wählen wollten: Hätten sie an der Wahl nicht teilgenommen, hätten sie damit rechnen müssen, dass entgegen ihrem Willen ein BR mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt würde. Dies rückt den Sachverhalt in unmittelbare Nähe dessen, was in der Rechtsprechung als Zerrbild einer demokratischen Wahl bezeichnet wird.

Es erscheint daher nicht sachgerecht, die betroffenen Arbeitnehmer auf den Weg einer Wahlanfechtung gemäß § 59 ArbVG zu verweisen, weil sie im gegenständlichen Wahlergebnis nicht das Resultat einer demokratischen Abstimmung über die Annahme oder Nichtannahme eines Wahlvorschlages erblicken konnten, sondern sich die abgehaltene Wahl als Vorgang darstellt, bei dem durch die Art der Stimmauszählung nicht nur der Grundsatz des Mehrheitswahlrechts außer Acht gelassen wurde, sondern auch das Recht zur Entscheidung, ob überhaupt ein BR etabliert werden soll. Es war daher die Nichtigkeit der BR-Wahl festzustellen.

Zu Fall 5

OGH 15.12.2009, 9 ObA 112/09z

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Glawischnig und die fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas Mörk und Robert Hauser in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat B***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Michael Nocker, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei

T***** GmbH, ***** , vertreten durch Dr. Andreas Grundei, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (21.800 EUR) über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22. Juli 2009, GZ 13 Ra 27/09g-19, womit der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 9. Februar 2009, GZ 42 Cga 117/08i-15 nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.327,68 EUR (darin 221,28 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Kläger ist der für die Beklagte gewählte Betriebsrat für den Flugdienst. Der klagende Betriebsrat begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, die vom Kläger vertretenen Arbeitnehmer - insbesondere durch Anfragen, ob diese auf die Einhaltung der Transitzeiten außerhalb der in BV B3 geregelten Fälle teilweise oder zur Gänze verzichten - zur Verrichtung von Diensten anzuhalten, die gegen die in § 36 des Kollektivvertrags der Beklagten - für das kaufmännisch-technische Personal und Bordpersonal zwingend vorgeschriebenen Aufenthalts- und Mindestruhezeiten verstoßen. Der Kläger brachte vor, dass die Beklagte ihre Dienstnehmer dazu anhalte, Dienste auszuführen, die gegen die Ruhebestimmungen des geltenden Kollektivvertrags verstoßen. Der Kläger sei zur Einbringung der Unterlassungsklage aufgrund des ihm zustehenden Interventionsrechts legitimiert.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte Klageabweisung und wendete - soweit hier relevant - mangelnde Aktivlegitimation des klagenden Betriebsrats ein. Mit seinem Begehren mache er Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer geltend, die nicht vom Mitwirkungsrecht des Betriebsrats umfasst seien.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Rechtlich folgerte es, dass der Kläger einen Verstoß gegen die ihm zustehenden Mitwirkungs- und Interventionsbefugnisse gar nicht behauptet habe. Der Kläger sei nicht befugt, Rechte des einzelnen Arbeitnehmers gerichtlich geltend zu machen.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers nicht Folge und bestätigte das Ersturteil. Seine rechtliche Beurteilung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Eine Streitigkeit nach § 50 Abs 2 ASGG (betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit) liege nur dann vor, wenn Gegenstand der Klage des Betriebsrats ein materieller betriebsverfassungsrechtlicher Anspruch sei. Der Kläger habe sich in erster Instanz ausdrücklich auf das Überwachungsrecht nach § 89 Z 2 ArbVG iVm dem Interventionsrecht nach § 90 Abs 1 Z 1 ArbVG berufen. § 90 Abs 1 Z 1 ArbVG berechtere den Betriebsrat insbesondere, Maßnahmen zur Einhaltung und Durchführung der die Arbeitnehmer des Betriebs betreffenden Rechtsvorschriften zu beantragen. Zur Effektuierung dieser Regelung statuiere § 90 Abs 2 ArbVG ein Recht auf Gehör, das vom Betriebsrat durch eine Klage beim Arbeits- und Sozialgericht durchgesetzt werden könne. Beide bisher erwähnten Klagsmöglichkeiten beträfen die materiellen betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche und seien damit unmittelbar durch § 50 Abs 2 ASGG gedeckt. Hauptzweck der Kollektivverträge sei es aber, privatrechtliche Verhältnisse, nämlich Einzelarbeitsverhältnisse, zu regeln. Die daraus resultierenden kollektivvertraglichen Rechte der einzelnen Arbeitnehmer könne allerdings der Betriebsrat - vom Sonderfall des Feststellungsverfahrens nach § 54 Abs 1 ASGG abgesehen - mangels gesetzlicher Grundlage gerichtlich nicht geltend machen, weil er nicht der Vertreter der Belegschaft oder einzelner Arbeitnehmer in Bezug auf deren privatrechtliche Ansprüche sei. Hier behaupte der Kläger gar nicht, in seinen betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten (Überwachung und Intervention) beeinträchtigt worden zu sein. Vielmehr wolle er - für die von ihm vertretenen Arbeitnehmer - einen Schutz vor kollektivvertragswidrigen Dienstverrichtungen erwirken. Dazu fehle es ihm aber an der gesetzlichen Legitimation. Dem Kläger sei zuzustimmen, dass er nach § 90 Abs 1 ArbVG in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, beim Betriebsinhaber und erforderlichenfalls bei den zuständigen Stellen außerhalb des Betriebs entsprechende Maßnahmen beantragen und die Beseitigung von Mängeln verlangen könne. Daraus könne aber noch kein materiell-rechtlicher Anspruch abgeleitet werden, bei Verstößen gegen Kollektivvertragsrecht durch den Betriebsinhaber, die die privatrechtlichen Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer betreffen, diesen im Klagsweg auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung liege nicht vor.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Revision des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen im klagestattgebenden Sinn abzuändern.

Die Beklagte beantragte in der ihr freigestellten Revisionsantwortung, die Revision zurückzuweisen; hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof über die hier relevante Frage nach Inkrafttreten des ASGG noch nicht (ausdrücklich) entschieden hat. Sie ist aber nicht berechtigt.

Der Rechtsmittelwerber vertritt die Auffassung, bereits aufgrund des ihm nach § 90 ArbVG eingeräumten Interventionsrechts zur Einbringung der vorliegenden Unterlassungsklage legitimiert zu sein. Aus § 90 Abs 1 ArbVG ergebe sich ausdrücklich, dass dem Betriebsrat das Recht zustehe, in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, erforderlichenfalls auch bei den zuständigen Stellen außerhalb des Betriebs entsprechende Maßnahmen zu beantragen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen. Bei systematischen Verstößen des Betriebsinhabers gegen den anzuwendenden Kollektivvertrag könne dieses Recht nur dadurch verwirklicht werden, dass der Betriebsrat auch den Betriebsinhaber auf Unterlassung solcher Verstöße bei Gericht klagen könne, zumal es eine andere „zuständige Stelle“, bei der der Betriebsrat in derartigen Fällen intervenieren könne, nicht gebe.

Dieser Auffassung vermag sich der Oberste Gerichtshof nicht anzuschließen.

Als „zuständige“ außerbetriebliche Stellen werden im Schrifttum Behörden (insbesondere Arbeitsinspektorat) und überbetriebliche Interessenvertretungen (insbesondere AK, Gewerkschaft), nicht aber zB übergeordnete Organisationsebenen des Unternehmens oder Konzerns angesehen (*Reissner* in *ZellKomm* § 90 ArbVG Rz 9 mwN; *Mosler* in *Tomandl* Arbeitsverfassungsgesetz § 90 Rz 6; *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller* Arbeitsverfassungsrecht⁴ § 90 Erl). Aus gutem Grund werden im Schrifttum die Arbeits- und Sozialgerichte nicht als „außerbetriebliche zuständige Stellen“ erwähnt. Zwar sind Organe der Arbeitnehmerschaft - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - gemäß § 53 Abs 1 ASGG parteifähig, davon ist aber die Frage der Sachlegitimation zu unterscheiden. Diese ist nämlich nur dann gegeben, wenn dem Kläger der behauptete Anspruch auch wirklich zusteht (*Schubert* in *Fasching/Konecny* ZPO2 Vor § 1 Rz 81). Hier stützt sich der Rechtsmittelwerber zwar auch auf die Bestimmung des § 50 Abs 2 ASGG, macht aber mit seiner Unterlassungsklage gar keine Verletzung seiner in §§ 89 und 90 ArbVG normierten Überwachungs- bzw Interventionsrechte geltend. Die Bestimmung des § 50 Abs 2 ASGG stellt in eindeutiger Weise klar, dass die Frage, ob eine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstreitigkeit vorliegt, einzig und allein aus dem materiellen Betriebsverfassungsrecht zu lösen ist (RIS-Justiz RS0086034; 8 ObA 52/06i = SZ 2006/111). Tatsächlich macht der klagende Betriebsrat mit seiner Unterlassungsklage im eigenen Namen aus dem Kollektivvertrag entspringende Rechte der Belegschaft geltend. Der Betriebsrat klagt somit im eigenen Namen Ansprüche der Arbeitnehmer ein. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Betriebsrat nicht der (gesetzliche) Vertreter der Belegschaft oder einzelner Arbeitnehmer in Bezug auf deren privatrechtliche Ansprüche. Er ist daher, wenn ein eigener privatrechtlich rechtsbegründender Akt nicht vorliegt, mangels Aktivlegitimation zur Geltendmachung solcher Ansprüche nicht berechtigt (RIS-Justiz RS0035156; 9 ObA 136/03w). Entgegen der vom Rechtsmittelwerber vertretenen Auffassung vermag § 90 Abs 1 ArbVG in dieser Allgemeinheit keinesfalls eine von den Grundsätzen der ZPO abweichende gesetzliche Grundlage für eine Aktivlegitimation des Betriebsrats zu schaffen. Dies hat der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung 4 Ob 24/81 (= SZ 54/49) offenbar als selbstverständlich angenommen. In dieser - vor Inkrafttreten des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes ergangenen Entscheidung - verneinte der Oberste Gerichtshof ausdrücklich die Aktivlegitimation des klagenden Betriebsrats zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Feststellung der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern. Für die Vertretung der Belegschaft durch den Betriebsrat im privatrechtlichen durch das ArbVG nicht geregelten Bereich fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Der Betriebsrat sei zur Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche der Belegschaft mangels Vorliegens eines eigenen privatrechtlichen rechtsbegründenden Akts nicht berechtigt. Wäre der Oberste Gerichtshof davon ausgegangen, dass bereits das Interventionsrecht nach § 90 ArbVG (diese Regelung trat mit 1. 1. 1974 in Kraft) die Aktivlegitimation des Betriebsrats zur Geltendmachung von die Arbeitnehmerschaft betreffenden Ansprüchen begründe, hätte er dies in seiner Entscheidung zum Ausdruck gebracht. Vielmehr wurde erst durch Inkrafttreten des ASGG mit dem besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 bzw § 54 Abs 2 ASGG unter den dort genannten Voraussetzungen dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt, im eigenen Namen Ansprüche der Arbeitnehmer geltend zu machen. § 54 Abs 1 ASGG normiert eine gesetzliche Prozessstandschaft, die Organe der Arbeitnehmerschaft machen im eigenen Namen Rechte der Arbeitnehmer bzw der Belegschaft geltend (*Eypeltauer*, Das besondere Feststellungsverfahren [Schluss], JBl 1987, 561 ff [565 f]; *Gamerith*, Die besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG, DRdA 1988, 303 ff [305]; *Kuderna* ASGG² § 54 Anm 4). Der Kläger hat allerdings eine Feststellungsklage nach § 54 Abs 1 ASGG ausdrücklich als „nicht wirklich taugliches Mittel“ bezeichnet und auf der Einbringung einer **Unterlassungsklage** im eigenen Namen beharrt.

Das Berufungsgericht ist diesem Argument des Rechtsmittelwerbers mit der vom Obersten Gerichtshof gebilligten Rechtsansicht entgegen getreten, dass einer Partei nicht ohne gesetzliche Grundlage ein materieller Klagsanspruch zuerkannt werden könne. Da der Gesetzgeber die dem Betriebsrat nach § 54 Abs 1 ASGG eingeräumte Klagsmöglichkeit als ausreichendes Instrumentarium angesehen hat, Individualansprüche von

Arbeitnehmern gerichtlich geltend zu machen, kann jedenfalls von einem Rechtsschutzdefizit nicht gesprochen werden.

Der Revision ist daher nicht Folge zu geben.

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

Zu Fall 6

OGH 16.11.2009, 9 ObA 109/09h

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hopf als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Partei Betriebsrat B***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Michael Nocker, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei T***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Andreas Grundei, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung gemäß § 54 Abs 1 ASGG (Streitwert 21.800 EUR und 21.800 EUR), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. April 2009, GZ 10 Ra 159/08p-12, womit der Beschluss des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 5. September 2008, GZ 32 Cga 38/08d-5, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der Beschluss des Rekursgerichts wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.649,48 EUR (darin 274,91 EUR USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens und die mit 1.981,26 EUR (darin 330,21 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Der klagende Betriebsrat begehrt in den beiden vom Erstgericht verbundenen Verfahren die in den Klagen gemäß § 54 Abs 1 ASGG jeweils ersichtlichen Feststellungen. Die örtliche Zuständigkeit des Erstgerichts beruhe darauf, dass zumindest drei der vom klagegegenständlichen Sachverhalt betroffenen Arbeitnehmer ihren gewöhnlichen Wohnsitz im Sinn des § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG in Wien haben.

Die Beklagte erhob in beiden Verfahren die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit. Das durch das ASGG geschaffene Privileg der Klage am Gerichtsstand des eigenen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts stehe nur einzelnen Arbeitnehmern, nicht jedoch der Belegschaftsvertretung zu. Der Sitz der Beklagten befinde sich in Innsbruck.

Das Erstgericht erörterte die örtliche Zuständigkeit mit den Parteien. Ein Überweisungsantrag wurde vom Kläger nicht gestellt. Das Erstgericht erklärte sich daraufhin für örtlich unzuständig und überwies die verbundenen Rechtssachen an das Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht. Bei einem großen Betrieb könne es durchaus vorkommen, dass die betroffenen Arbeitnehmer in einer Vielzahl unterschiedlicher Gerichtssprengel ihren Wohnsitz haben. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, dass er dem Betriebsrat unter Berufung auf diverse Wohnsitze der betroffenen Arbeitnehmer eine erhebliche Ausweitung der Gerichtsstandswahl einräumen wollte.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Klägers Folge, hob die angefochtene Entscheidung auf und trug dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Überweisungsgrund auf. Der Betriebsrat sei nicht Rechtsnachfolger im Sinn des § 52 Z 2 ASGG. Seine Klagelegitimation ergebe sich aus § 53

ASGG. Demzufolge sei er als Kläger im Sinn des § 4 ASGG zu qualifizieren. Der Kläger könne daher im Fall mehrerer in verschiedenen Gerichtssprengeln wohnhafter Arbeitnehmer jenes Gericht wählen, das den betroffenen Arbeitnehmern am Gelegentsten komme. Bei einer derartigen Auslegung würden einerseits die Arbeitgeberinteressen nicht in einem über diese gesetzliche Bestimmung hinausgehenden Umfang beeinträchtigt und es würde andererseits der Intention des Gesetzgebers nach Erleichterung der Durchsetzung von Ansprüchen Genüge getan. Der Revisionsrekurs sei zulässig, weil zur Frage der örtlichen Zuständigkeit nach § 4 ASGG im Fall einer Feststellungsklage nach § 54 Abs 1 ASGG noch keine Rechtsprechung vorliege.

Gegen die Rekursentscheidung richtet sich der Revisionsrekurs der Beklagten mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der erstinstanzliche Beschluss wiederhergestellt werde.

Der Kläger beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig und berechtigt.

Die Revisionsrekurswerberin macht zunächst geltend, dass schon der Rekurs des Klägers gegen den Beschluss des Erstgerichts nicht zulässig gewesen wäre, weil diesem der Rechtsmittelausschluss des § 261 Abs 6 Satz 4 ZPO entgegengestanden sei. Dabei übersieht sie jedoch, dass der Rechtsmittelausschluss dann nicht gilt, wenn die Überweisung an ein vom Kläger gar nicht namhaft gemachtes Gericht erfolgt (*Kuderna*, ASGG² § 38 Erl 9; *Kodek in Fasching/Konecny*² III § 261 ZPO Rz 168, 173; 9 ObA 155/08x ua). Zu Recht hat daher das Rekursgericht über den Rekurs des Klägers entschieden.

Der Kläger leitet die örtliche Zuständigkeit des Erstgerichts aus § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG ab. Nach dieser Bestimmung ist - soweit hier relevant - für die im § 50 Abs 1 Z 1 ASGG genannten Rechtsstreitigkeiten nach Wahl des Klägers auch das Gericht örtlich zuständig, in dessen Sprengel der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt während des Arbeitsverhältnisses hat oder wo er ihn im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte. § 50 ASGG bildet im Zusammenhang mit § 3 ASGG die Grundlage für die sachliche Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte in Arbeitsrechtssachen (*Neumayr in ZellKomm* § 50 ASGG Rz 1 ua). Arbeitsrechtssachen sind unter anderem bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder mit dessen Anbahnung (§ 50 Abs 1 Z 1 ASGG).

Dass den beiden verbundenen Verfahren Rechtsstreitigkeiten zwischen der Beklagten und ihren Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zugrundeliegen (§ 50 Abs 1 Z 1 ASGG), ist nicht weiter strittig, wenn sich hier auch nicht Arbeitnehmer und Arbeitgeber direkt, sondern Betriebsrat und Arbeitgeber als Kläger und Beklagter gegenüberstehen. Die Klageführung des Betriebsrats stützt sich auf § 54 Abs 1 ASGG. Danach können in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG die parteifähigen Organe der Arbeitnehmerschaft im Rahmen ihres Wirkungsbereichs (sowie der jeweilige Arbeitgeber) auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen, die mindestens drei Arbeitnehmer ihres Betriebs oder Unternehmens betreffen, klagen oder geklagt werden. Die Parteifähigkeit des Betriebsrats folgt aus § 53 Abs 1 ASGG (*Neumayr in ZellKomm* § 53 ASGG Rz 2 ua).

Richtig ist, dass § 50 ASGG auch für Fälle der Rechtsnachfolge gilt (§ 52 ASGG) und das Wahlrecht des Klägers nach § 4 Abs 1 ASGG auch in den Fällen besteht, in denen die Rechtsstreitigkeit von einer im § 52 ASGG genannten Person geführt wird (§ 4 Abs 2 ASGG). Ein solcher Fall liegt jedoch, wie bereits das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat und auch der Revisionsrekursgegner einräumt, nicht vor. Der Tatbestand des § 52 Z 2 ASGG („Person, die kraft Gesetzes an Stelle der ursprünglichen Partei hiezu befugt ist“) meint nicht den Betriebsrat bei einer Klage gemäß § 54 Abs 1 ASGG, sondern etwa die Klageführung des Masseverwalters im Konkurs und andere hier nicht weiter relevante Fälle (vgl *Kuderna*, ASGG² § 52 Erl 3; *Neumayr in ZellKomm* § 52 Rz 2 ua). Der Betriebsrat ist nicht Rechtsnachfolger der Arbeitnehmer.

Strittig ist nun, ob sich der Betriebsrat im Fall einer Klage gemäß § 54 Abs 1 ASGG auf den Aktivgerichtsstand nach § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG stützen kann. Die Auffassung, dies könne schon daraus abgeleitet werden, dass § 4 Abs 1 ASGG nicht bloß von der „Wahl des Arbeitnehmers“, sondern von der „Wahl des Klägers“ spreche, greift zu kurz. Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis (oder dessen Anbahnung) gemäß § 50 Abs 1 Z 1 ASGG kann sich nämlich nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Arbeitgeber als Kläger auf den in § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG normierten Gerichtsstand des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses (oder wo er ihn im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte) stützen (*Kuderna*, ASGG² § 4 Erl 4; *Neumayr in ZellKomm* § 4 Rz 9 ua). Insoweit ist es daher durchaus konsequent, dass § 4 Abs 1 ASGG nicht bloß von der „Wahl des Arbeitnehmers“, sondern etwas weiter von der „Wahl des Klägers“ spricht.

§ 4 Abs 1 Z 1 ASGG regelt die örtliche Zuständigkeit in Arbeitsrechtssachen nicht abschließend (arg „auch das Gericht“). Die dort genannten Gerichtsstände treten neben die in der Jurisdiktionsnorm (JN) vorgesehenen (*Neumayr in ZellKomm* § 4 ASGG Rz 1 ua), also etwa auch den allgemeinen Gerichtsstand im Sinn der §§ 65 ff JN (*Kuderna*, ASGG² § 4 Erl 3 ua). Vor dem näheren Eingehen auf die Frage, ob sich der Betriebsrat nach seiner

Wahl auch auf den Gerichtsstand nach § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG stützen kann, sind zunächst der Zweck des Verfahrens gemäß § 54 Abs 1 ASGG und der Zweck der Zuständigkeitsregelung des § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG zu erörtern. Bei § 54 Abs 1 ASGG steht unzweifelhaft der Gedanke des „Testprozesses“ zwischen dem Arbeitgeber und den zuständigen Organen der Arbeitnehmerschaft im Vordergrund (AB 527 BlgNR 16. GP 7; *Aubauer/Kaszanits*, Kollektives Klagsrecht als Testprozess, in FS Bauer/Maier/Petrag 299 [300]; *Neumayr* in ZellKomm § 54 ASGG Rz 1 f ua), wie auch vom Rekursgericht zutreffend betont wurde. Dem Betriebsrat soll es möglich sein, Verfahren selbst durchführen zu können, die im Interesse von mindestens drei Arbeitnehmern gelegen sind, von diesen aber nicht geführt werden, weil sie Nachteile -insbesondere die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses - befürchten (RV 7 BlgNR 16. GP 48 [zu § 48]; *Kuderna*, ASGG² § 54 Erl 1; *Neumayr* in ZellKomm § 54 Rz 4 ua). § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG wiederum ist eine Schutzbestimmung zugunsten der Arbeitnehmer, die nicht - zB auch nicht im Fall einer vom Arbeitgeber beantragten Delegation nach § 31 Abs 1 JN - ausgehöhlt werden darf (vgl 9 Nc 9/03b ua). Mit der Schaffung des Gerichtsstands nach § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG soll dem Arbeitnehmer die Verfolgung seiner Ansprüche erleichtert werden (*Eypeltauer*, Das besondere Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 ASGG, JBl 1987, 490, 561 [563]; 8 ObA 292/98v; 9 Nc 9/03b ua). Die Bestimmung wurde im Interesse der Arbeitnehmer eingeführt (*Neumayr* in ZellKomm § 4 ASGG Rz 9 ua).

Darf nun aber der Betriebsrat gegen den Arbeitgeber gemäß § 54 Abs 1 ASGG einen Testprozess führen, dann ist kein Grund erkennbar, weshalb er sich dabei auch noch das Gericht weitestgehend aussuchen können soll. Während ein einzelner Arbeitnehmer auch an seinem Wohnsitz klagen kann, könnte der Betriebsrat im Fall der Klage gemäß § 54 Abs 1 ASGG - folgt man dem Standpunkt des Revisionsrekurswerbers, dem sich das Rekursgericht angeschlossen hat - zwischen den allenfalls verschiedenen Wohnsitzen jener Arbeitnehmer wählen, die die klagegegenständlichen Rechte oder Rechtsverhältnisse betreffen. Auf diese Weise würden sich in einem größeren Betrieb - der Kläger betonte in erster Instanz, dass rund 1200 Arbeitnehmer von den Verfahren betroffen seien - bei entsprechender Verteilung der Wohnsitze der Arbeitnehmer in ganz Österreich bis zu 16 verschiedene Gerichtsstände ergeben.

Einer derartigen Auslegung des § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG kann vom Senat nicht beigetreten werden. Sie lässt den Zweck der hier anzuwendenden Prozessvorschriften unbeachtet. Dass der Betriebsrat im Fall der Führung eines Testprozesses nicht die oben beschriebenen Nachteile zu befürchten hat, die allenfalls einen einzelnen Arbeitnehmer von der Rechtsverfolgung abhalten mögen und die den Gesetzgeber zur Einführung der Klagemöglichkeit nach § 54 Abs 1 ASGG bewogen haben, bedarf keiner besonderen Erörterung. In diesem Zusammenhang weist die Revisionsrekurswerberin zutreffend darauf hin, dass das über die Feststellungsklage im Sinn des § 54 Abs 1 ASGG ergehende Urteil nur zwischen den Prozessparteien wirkt (AB 527 BlgNR 16. GP 7; *Kuderna*, ASGG² § 54 Erl 6; *Neumayr* in ZellKomm § 54 Rz 10 ua). Auch insoweit ist daher kein überzeugender Grund erkennbar, weshalb die örtliche Zuständigkeit für das Verfahren nach § 54 Abs 1 ASGG am Wohnsitz eines vom Betriebsrat nach eigenem Gutdünken ausgewählten Arbeitnehmers anknüpfen sollte. Die konkrete Betroffenheit von zumindest drei Arbeitnehmern im Sinn des § 54 Abs 1 ASGG ist „nur“ eine Anspruchsvoraussetzung für eine positive Entscheidung im Testprozess, findet aber keinen Niederschlag in einer allfälligen Bindungswirkung des Feststellungsurteils. Daher kann auch nicht das, was dem einzelnen Arbeitnehmer zuständigkeitsmäßig zum Vorteil gereichen würde, wenn er selbst klagt, auf die Zuständigkeit im vom Betriebsrat angestregten Testprozess übertragen werden. Auch die weitere Überlegung der Revisionsrekurswerberin spricht eher gegen die Überlegung des Klägers, die örtliche Zuständigkeit für eine Klage nach § 54 Abs 1 ASGG an den Wohnsitz eines Arbeitnehmers anzuknüpfen. Die im Verfahren nach § 54 Abs 1 ASGG verpönte Identifizierung einzelner Arbeitnehmer (vgl *Kuderna*, ASGG² § 54 Erl 7 ua) lässt sich wohl im Regelfall in der Sache leichter als bei einer strittigen, an den Wohnsitz eines Arbeitnehmers anknüpfenden Zuständigkeitsfrage vermeiden.

Geht somit der Wortlaut eines Gesetzes (hier: „nach Wahl des Klägers“ im Fall des Zuständigkeitstatbestands nach § 4 Abs 1 Z 1 lit a leg cit bei Einbeziehung der Klageführung gemäß § 54 Abs 1 ASGG in die im § 50 Abs 1 genannten Streitigkeiten) über den eindeutigen Gesetzeszweck hinaus, dann kommt die teleologische Reduktion zum Tragen. Diese stellt bei zu weit geratenen gesetzlichen Tatbeständen das Gegenstück zur Analogie dar (*P. Bydlinski* in KBB² § 7 Rz 5 mwN ua). Sie verschafft der ratio legis gegen einen überschießend weiten Gesetzeswortlaut Durchsetzung (RIS-Justiz RS0008979 ua), indem sich die (letztlich den Gesetzeswortlaut korrigierende) Auslegung am Gesetzeszweck orientiert (RIS-Justiz RS0106113 ua).

Das Erstgericht hat die Frage der örtlichen Zuständigkeit aufgrund der von der Beklagten erhobenen Unzuständigkeitseinrede mit den Parteien erörtert. Ist für eine Rechtsstreitigkeit anstelle des angerufenen Gerichts ein anderes Gericht als Arbeits- und Sozialgericht zuständig, so ist diese Rechtsstreitigkeit vom angerufenen Gericht, sofern seine Unzuständigkeit nicht geheilt ist, nach Anhörung des Klägers an das nicht offenbar unzuständige Gericht von Amts wegen zu überweisen (§ 38 Abs 2 ASGG). Diese Vorgangsweise wurde vom Erstgericht durch Überweisung der Rechtssache an jenes Arbeits- und Sozialgericht, in dessen Sprengel der allgemeine Gerichtsstand der Beklagten liegt, beschränkt. Der Kläger hat sich dazu im Rahmen der vorhergehenden gerichtlichen Erörterung nicht weiter geäußert, sondern auf der örtlichen Zuständigkeit des Erstgerichts beharrt. Die Überweisung der Rechtssache an jenes Gericht, in dessen Sprengel der klagende Betriebsrat sein Büro hat (Landesgericht Korneuburg), war zutreffend kein Gegenstand der Erörterung des „nicht

offenbar unzuständigen Gerichts“ im Sinn des § 38 Abs 2 ASGG. Für eine Anknüpfung an den „Sitz“ des Betriebsrats besteht nämlich in § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG kein Anhaltspunkt.

Dem Revisionsrekurs der Beklagten ist daher Folge zu geben und die erstgerichtliche Entscheidung wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekurs- und Revisionsrekursverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Die Beklagte hat Anspruch auf Ersatz der Kosten des selbständigen Zwischenstreits über ihre Unzuständigkeitseinrede. Dabei kann allerdings auf von der Beklagten erst in der Rekursbeantwortung verzeichnete Kosten erster Instanz nicht Bedacht genommen werden (§ 54 Abs 1 ZPO). Davon abgesehen wurde in erster Instanz über die örtliche Zuständigkeit nicht abgesondert, sondern gemeinsam mit der Sache verhandelt.

Zu Fall 7

OGH 19.11.2009, 8 ObA 31/09f

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Spenling und Mag. Ziegelbauer, die fachkundigen Laienrichter Dr. Albert Koblizek und ARin Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat der R***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Helga Hofbauer, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei R***** GmbH, *****, vertreten durch Tögl & Maitz Rechtsanwälte GmbH in Graz, wegen Feststellung und Unterlassung (Revisionsinteresse 50.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 13. März 2009, GZ 9 Ra 17/09z-13, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. Dezember 2008, GZ 9 Cga 132/08z-9, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.997,28 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 332,88 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei betreibt ein Busunternehmen, in dem neben anderen Gruppen von Arbeitnehmern ursprünglich neun Arbeitnehmer als Buslenker beschäftigt waren, auf deren Arbeitsverhältnisse der Bundeskollektivvertrag für Dienstnehmer in den privaten Autobusbetrieben (KV) anzuwenden ist. Eine zwischen den Streitparteien getroffene schriftliche Vereinbarung zur Frage der Durchrechnung der Arbeitszeit über einen Zeitraum von einem Monat liegt nicht vor. Die beklagte Partei traf jedoch mit jenen neun Lenkern, die dem KV unterliegen, folgende, in jedem ihrer schriftlichen Dienstverträge enthaltene Vereinbarung zur Arbeitszeit:

„Die regelmäßige wöchentliche Normalarbeitszeit beträgt bei Vollzeitbeschäftigung 40 Stunden. Der Durchrechnungszeitraum ist ein Monat.

Die Aufteilung dieser Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage wird zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer vereinbart. Der Arbeitnehmer erklärt sich ausdrücklich mit der jederzeitigen Änderung der vereinbarten Arbeitszeiteinteilung durch den Arbeitgeber unter Beachtung der arbeitszeitrechtlichen Grenzen und Beschränkungen des § 19c Abs 2 und 3 AZG (bei Teilzeitarbeit § 19d AZG) einverstanden. ...“

Entsprechend dieser Vereinbarung rechnet die beklagte Partei die Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer über einen Zeitraum von einem Monat zusammen. Nur jene Stunden, die die im monatlichen Schnitt ermittelte Pflichtleistung übersteigen, werden als Überstunden bezahlt.

Mit Ausnahme eines Mitarbeiters, der sein Dienstverhältnis zur beklagten Partei zum 30. 11. 2008 aufgekündigt hat, wurde keiner der anderen von dieser Vereinbarung betroffenen Dienstnehmer vom Betriebsrat von der Einbringung der Klage vorab informiert. Die nicht informierten Dienstnehmer sprachen sich (nachträglich) gegen die Prozessführung aus, weil sie nicht in ihrem Interesse liege.

In seiner gemäß § 54 Abs 1 ASGG eingebrachten **Klage** begehrt der klagende Betriebsrat neben einem im Revisionsverfahren nicht mehr zu behandelnden (da rechtskräftig abgewiesenen) Unterlassungsbegehren die Feststellung, „*dass die Einzelverträge, die die beklagte Partei mit Buslenkern, auf deren Dienstverhältnisse die Bestimmungen des Bundeskollektivvertrags für Dienstnehmer in den privaten Autobusbetrieben zur Anwendung gelangt, abgeschlossen hat und deren Inhalt die Durchrechnung der Normalarbeitszeit je Kalendermonat erlaubt, mangels Vorliegens einer Betriebsvereinbarung in Bezug auf den Durchrechnungszeitraum (Punkt 7. Arbeitszeit der Musterarbeitsverträge) nichtig sind.*“ Das Verfahren betreffe neun Dienstnehmer, deren Arbeitszeit von der beklagten Partei über einen Zeitraum von einem Monat durchgerechnet werde. Diese Durchrechnung sei nach dem anzuwendenden KV nicht zulässig, eine entsprechende Betriebsvereinbarung existiere nicht. Daher würden lediglich jene Arbeitsstunden, die die monatlich ermittelte Pflichtleistung überschritten, als Überstunden bezahlt.

Die **Beklagte** wandte dagegen ein, dass mit sämtlichen im Unternehmen der beklagten Partei betroffenen Arbeitnehmern ein Durchrechnungszeitraum von einem Monat vereinbart worden sei, sämtliche Dienstnehmer seien damit einverstanden gewesen. Dem Klagebegehren fehle daher das rechtliche Interesse und überdies die Voraussetzung, dass Rechte von mehr als drei Arbeitnehmer betroffen seien. Die Einbringung der Klage sei gegen den Willen der betroffenen Arbeitnehmer erfolgt und geradezu sittenwidrig.

Das **Erstgericht** wies mit Urteil beide Klagebegehren zurück. Weder habe ein aktueller Anlass zur Einbringung der Klage bestanden, noch hätten acht von neun Arbeitnehmern Interesse an ihr. Es fehle daher am rechtlichen Interesse iSd § 228 ZPO, abstrakte Rechtsfragen seien nicht feststellungsfähig. Auch dem Unterlassungsbegehren fehle das Rechtsschutzbedürfnis.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des klagenden Betriebsrats teilweise Folge. Es bestätigte die Abweisung des Unterlassungsbegehrens und gab dem Feststellungsbegehren mit folgendem geänderten Wortlaut statt:

„Die beklagte Partei ist nicht berechtigt, in Dienstverhältnissen mit Buslenkern, auf die der Bundeskollektivvertrag für Dienstnehmer in den privaten Autobusbetrieben zur Anwendung gelangt, einen Durchrechnungszeitraum der Normalarbeitszeit von einem Kalendermonat anzuwenden.“

Gemäß § 54 Abs 1 ASGG müsse bei wenigstens drei Arbeitnehmern ein unmittelbarer Anlass zur Klageführung gegeben sein, die Voraussetzungen des § 228 ZPO müssten bei diesen Arbeitnehmern vorliegen. Ein unmittelbarer aktueller Anlass sei gegeben, wenn infolge des Verhaltens des Arbeitgebers eine erhebliche objektive Ungewissheit über den Bestand eines Rechts entstanden sei. Ziel des Verfahrens gemäß § 54 Abs 1 ASGG sei auch die Möglichkeit der Durchsetzung von Interessen einzelner Arbeitnehmer, die sie nicht selbst verfolgten, um Nachteile für sich zu vermeiden. Weder sei die ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer zur Einbringung der Klage erforderlich, noch hätten sich diese vor Gericht über deren Einbringung zu deklarieren. Das Feststellungsbegehren sei unabhängig vom konkreten Begehren der betroffenen Arbeitnehmer zulässig.

§ 4 Abs 6 AZG sei ein Anwendungsfall des § 1a AZG und räume den Parteien des Kollektivvertrags die Möglichkeit ein, für die Normalarbeitszeit einen Durchrechnungszeitraum von bis zu einem Jahr unter bestimmten Voraussetzungen festzulegen. Der anzuwendende KV sehe eine solche Durchrechnung jedoch weder vor, noch enthalte er dazu eine Ermächtigung zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung. Die einzelvertraglich vereinbarte Regelung eines Durchrechnungszeitraums von einem Monat erweise sich als gesetzwidrig. Die begehrte Feststellung der Nichtigkeit einer Bestimmung des einzelnen Arbeitsvertrags komme zwar nicht in Betracht. Das Gericht sei jedoch berechtigt, dem Urteilsspruch eine dem Gesetz entsprechende, vom Feststellungsbegehren abweichende Fassung zu geben, wenn er sachlich nicht mehr oder weniger enthalte, als das Begehren. Der Berufung sei daher betreffend das Feststellungsbegehren im Sinn einer Teilstattgebung mit einem modifizierten Urteilsspruch Folge zu geben.

Die Revision wurde zugelassen, weil Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die betroffenen Dienstnehmer ihre Zustimmung zur Einbringung der Feststellungsklage durch den Betriebsrat erteilen müssen bzw ob sie die strittigen Ansprüche individuell gegenüber dem Arbeitgeber vorher geltend machen müssen.

Gegen dieses Urteil im Umfang der Stattgebung des Feststellungsbegehrens richtet sich die auf den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte **Revision** der beklagten Partei mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung im Sinne einer gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der klagende Betriebsrat beantragte in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob Erklärungen betroffener Arbeitnehmer wie die hier festgestellten Auswirkungen auf die Beurteilung des Feststellungsinteresses in einem Verfahren gemäß § 54 Abs 1 ASGG haben. Die Revision ist jedoch nicht berechtigt.

I. Die relevierte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor. Die Präzisierung des Feststellungsbegehrens durch das Berufungsgericht hält sich im Rahmen der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach das Gericht auch noch in höherer Instanz berechtigt und sogar verpflichtet ist, dem Urteilsspruch - auch eines Feststellungsbegehrens - eine klare(re) und deutlichere, vom Begehren abweichende Fassung zu geben, sofern diese in den Behauptungen des Klägers ihre eindeutige Grundlage findet und sich im Wesentlichen mit dem Begehren deckt (RIS-Justiz RS0038852 [T16]). Für die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens ist nicht dessen Wortlaut, sondern der Sinn des Begehrens maßgeblich (RIS-Justiz RS0038852 [T13]), denn das Klagebegehren ist so zu verstehen, wie es im Zusammenhalt mit der Klageerzählung vom Kläger gemeint ist (*Fucik in Fasching/Konecny*² III § 405 Rz 7 aE).

Aus dem Vorbringen des klagenden Betriebsrats ist klar zu erkennen, dass er die - negative - Feststellung anstrebt, dass die beklagte Partei gegenüber den dem KV unterworfenen Arbeitnehmern bei der Abrechnung der Normalarbeitszeit nicht einen Durchrechnungszeitraum von einem Monat anwendet. Diese Frage ist der wesentliche Gegenstand des vorliegenden Prozesses, sodass das Berufungsgericht berechtigt war, dem Feststellungsbegehren eine im Sinn des Prozessergebnisses klare und deutliche Fassung zu geben (RIS-Justiz RS0039357; 10 Ob 209/02m mwN).

II. Die Revisionswerberin wendet sich nicht mehr gegen die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts in der Sache selbst, wonach der hier anzuwendende KV einen Durchrechnungszeitraum hinsichtlich der Normalarbeitszeit weder erwähnt noch eine diesbezügliche Ermächtigung an die Parteien der Betriebsvereinbarung enthält. Sie bestreitet ausschließlich das Vorliegen eines Feststellungsinteresses des klagenden Betriebsrats. Mit einer Ausnahme habe keiner der betroffenen Arbeitnehmer dieses Verfahren gewünscht, alle hätten eine Einigung mit der beklagten Partei gefunden. Es fehle daher nicht nur an einem aktuellen Anlass zur Klageführung, die Prozessführung sei auch nicht ökonomisch.

II.1 Dem ist entgegenzuhalten, dass dem besonderen Feststellungsverfahren der Gedanke des kollektiven Klagerechts zugrunde liegt. Dieses beruht auf der Überlegung, dass es den Organen der Arbeitnehmerschaft (und gemäß § 54 Abs 2 ASGG den kollektivvertragsfähigen Körperschaften) möglich sein soll, Verfahren selbst durchführen zu können, die im Interesse einzelner oder mehrerer Arbeitnehmer gelegen sind, von diesen aber nicht geführt werden, weil sie Nachteile - insbesondere die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses - fürchten (*Kuderna*, ASGG² § 54 Anm 1). § 54 Abs 1 ASGG normiert eine gesetzliche Prozessstandschaft, die Organe der Arbeitnehmerschaft machen im eigenen Namen Rechte der Arbeitnehmer bzw der Belegschaft geltend (*Eypeltauer*, Das besondere Feststellungsverfahren (Schluss), JBl 1987, 561 ff [565 f]; *Gamerith*, Die besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG, DRdA 1988, 303 ff [305]; *Kuderna* aaO Anm 4). Dementsprechend wirkt ein in einem Verfahren gemäß § 54 Abs 1 ASGG gefälltes Feststellungsurteil nur zwischen den Parteien des Verfahrens (ihren Rechtsnachfolgern) und nur deklarativ (*Kuderna* aaO Anm 6). Das Urteil wirkt aber weder zum Vorteil noch zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer (RIS-Justiz RS0085545), die Entscheidung kann nur auf faktischer Ebene von Bedeutung sein (*Neumayr* in ZellKomm § 54 ASGG Rz 11).

II.2 Das Vorliegen eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung des begehrten Rechts oder Rechtsverhältnisses iSd § 54 Abs 1 ASGG setzt insbesondere voraus, dass dieses Rechtsverhältnis eine unmittelbare rechtliche (nicht bloß wirtschaftliche oder ideelle) Wirkung auf die Rechtsstellung der betroffenen Arbeitnehmer ausübt und dass bei wenigstens drei Arbeitnehmern ein unmittelbarer (aktueller) Anlass zur Klageführung besteht. Die begehrte Feststellung muss überdies geeignet sein, die Unsicherheit für das Rechtsverhältnis zu beseitigen und künftige Rechtsstreitigkeiten zu verhindern (RIS-Justiz RS0085548, RS0085568, RS0039202, RS0037422 [T7]; *Kuderna* aaO Anm 6, 7 aE). Voraussetzung ist daher eine tatsächliche Gefährdung der Rechtssphäre der betroffenen Arbeitnehmer, die, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, schon darin gelegen ist, dass die beklagte Partei den Anspruch verneint (vgl RIS-Justiz RS0039007). Auch aus dem Abschluss der einzelvertraglichen Vereinbarungen über die Durchrechnung ergibt sich daher der unmittelbare Anlass zur Klageführung, weil infolge des Verhaltens der beklagten Partei eine erhebliche objektive Ungewissheit über den Bestand des Rechts entstanden ist (9 ObA 9/99k). Damit liegt aber weder eine bloß abstrakte Rechtsfrage noch ein Anspruch der Arbeitnehmer vor, der von der Arbeitgeberseite bisher ohne Vorbehalt erfüllt worden wäre (9 ObA 9/99k; 8 ObA 332/99b = DRdA 2001/4, 40 mit Anm von *Schindler*).

II.3 Einer Auseinandersetzung mit den vom Berufungsgericht in seinem Zulassungsausspruch aufgeworfenen weiteren Fragen bedarf es nicht. Denn im vorliegenden Fall sind ausschließlich Erklärungen zu prüfen, die betroffene Arbeitnehmer im Verfahren als Zeugen abgegeben haben. Die betroffenen Arbeitnehmer haben im Verfahren nach § 54 Abs 1 ASGG wie ausgeführt weder eine Rolle als Parteien noch entfaltet das Urteil für oder gegen sie unmittelbare Wirkung. Weder erwerben sie daher aufgrund eines gemäß § 54 Abs 1 ASGG ergangenen Urteils Rechte, noch verlieren sie solche (*Kuderna* aaO Anm 6). Ihre Rechte bleiben vielmehr unberührt, deren Geltendmachung wird durch § 54 Abs 5 ASGG in gewisser Hinsicht erleichtert.

Klagende Partei im Verfahren nach § 54 Abs 1 ASGG ist - mögen materiell auch Rechte der Arbeitnehmer geltend gemacht werden - das zuständige Belegschaftsorgan, das aufgrund der von § 54 Abs 1 ASGG gewählten Konstruktion insofern auch ein eigenes Interesse an der Verfahrensführung hat, die ja im Ergebnis „nur“ faktische Wirkung für die betroffenen Arbeitnehmer entfaltet. Daher kommt einer im Rahmen einer Zeugenaussage im Verfahren gemäß § 54 Abs 1 ASGG abgegebenen Erklärung des betroffenen Arbeitnehmers, er sei an diesem vom Betriebsrat eingeleiteten Verfahren nicht interessiert, keine Bedeutung für die Beurteilung des rechtlichen Interesses gemäß § 228 ZPO zu.

Der Revision war daher nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Zu Fall 8

OGH 15.12.2009, 9 ObA 24/09h

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas Mörk und Robert Hauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat der Angestellten BNT/Thaur, 6010 Innsbruck, Wilhelm-Greil-Straße 21, vertreten durch Dr. Heinz Mildner, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagten Parteien 1) TIWAG - Tiroler Wasserkraft AG, 6010 Innsbruck, Eduard-Wallnöfer-Platz 2, 2) TIWAG - Netz AG, 6065 Thaur, Bert-Köllensperger-Straße 7, beide vertreten durch Dr. Alfons Klaunzer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Feststellung nach § 54 Abs 1 ASGG, über die Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. November 2008, GZ 13 Ra 65/08v-25, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 22. Dezember 2008, GZ 13 Ra 65/08v-27, mit dem über Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 4. Juli 2008, GZ 43 Cga 131/07d-18, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

I. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden - soweit sie die zweitbeklagte Partei betreffen - dahin abgeändert, dass sie in diesem Umfang zu lauten haben:

„Das Klagebegehren auf Feststellung gegenüber der zweitbeklagten Partei, dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten,

1. welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihre Wohnung länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine 'effektive Reisestunde' als Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrtensatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt, und

2. unabhängig von einer Mindestabwesenheit auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort in einer Entfernung von über 3 km bis 30 km verlassen, Anspruch auf eine effektive Reisestunde als 'Reisesechstel' in Höhe des Betriebsfahrtensatzes zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung - unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel - haben, wenn entweder die Ankunft zu Hause oder die Abfahrt von zu Hause in die dienstfreie Zeit fällt,

wird abgewiesen."

Die klagende Partei ist schuldig, der zweitbeklagten Partei die mit 572,55 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 95,42 EUR Umsatzsteuer) und die mit 729,74 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 121,62 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

II. Soweit sie das gegen die erstbeklagte Partei gerichtete Klagebegehren betreffen, werden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben. Die Arbeitsrechtssache wird in diesem Umfang an das Erstgericht zur

Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen. Die hierauf entfallenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Unstrittig ist, dass von dieser Feststellungsklage mehr als drei Arbeitnehmer der Erstbeklagten betroffen sind, die sie der Zweitbeklagten zur Dienstleistung (Montage) überlassen hat.

Die Gehälter einschließlich der Aufwandsentschädigungen der betroffenen Arbeitnehmer werden von der Erstbeklagten gezahlt, nachdem die Zweitbeklagte ihr die zur Berechnung der Gehälter bzw der Aufwandsentschädigungen notwendigen Daten mitgeteilt hat. Die Personalkosten werden der Erstbeklagten von der Zweitbeklagten ersetzt. Auf die Arbeitsverhältnisse kommt der Kollektivvertrag für Angestellte der Elektrizitätsversorgungsunternehmen (in der Folge: Kollektivvertrag) zur Anwendung.

Beide Beklagten gehören zum selben Konzern, beide haben ihren Betriebsstandort in Tirol. Die Erstbeklagte ist unter anderem zur Ausübung des Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften gemäß § 97 Abs 2 Z 2 GewO 1994 (bis zur GewO-Novelle 2002 § 127 Z 19 GewO 1994) berechtigt, wobei die Überlassung von Arbeitskräften im Betrieb der Erstbeklagten eine untergeordnete Rolle spielt. Insgesamt werden etwa 550 bis 570 Arbeitnehmer von der Erstbeklagten beschäftigt und der Zweitbeklagten bzw - in geringem Umfang - weiteren Unternehmen innerhalb des Konzerns überlassen.

Zwischen dem Betriebsrat der "LA- und EM-Montagepartien", zu denen auch die betroffenen Arbeitnehmer gehörten, und der Erstbeklagten wurde am 27. 6. 1984 eine immer noch in Kraft stehende „Reisekostenregelung für Mitarbeiter der LA- und EM-Montagepartien“ abgeschlossen. Der hier maßgebende Inhalt dieser Vereinbarung lautet:

„Reisekostenregelung

für Mitarbeiter der LA- und EM-Montagepartien

(ausgenommen EM-Werkstätte und Leitungsbaulager Ötztal)

...

1. Dienstreise

Laut den Bestimmungen der Kollektivverträge für Arbeiter und Angestellte der EVU liegt eine solche vor, wenn ein Angestellter oder Arbeiter auf Anordnung seiner vorgesetzten Dienststelle seinen Dienort für länger als vier Stunden verlässt. Die Reise beginnt, wenn sie von der Arbeitsstätte aus angetreten wird, mit dem Verlassen der Arbeitsstätte, in allen anderen Fällen mit dem notwendigen Verlassen der Wohnung. Dasselbe gilt sinngemäß für die Beendigung der Dienstreise.

1.1 Dienstreisebegriff

Aufgrund des im gesamten Versorgungsgebiet unseres Unternehmens möglichen Arbeitseinsatzes der LA- und EM-Partien gilt so wie bisher Innsbruck als Dienort.

1.2 Zumutbarkeit der täglichen Heimkehr

Nach derzeitiger Judikatur ist es einem Mitarbeiter zumutbar, täglich von seiner Arbeitsstätte in seine Wohnung zurückzukehren, wenn die dazwischen liegende Entfernung nicht mehr als 25 km beträgt.

1.3 An- und Abreise

Aufgrund des gegebenen Arbeitseinsatzes erfolgt die An- und Abreise grundsätzlich außerhalb der Normalarbeitszeit.

1.4 Verwendung eigener Kraftfahrzeuge

Die Mitarbeiter der LA- und EM-Partien erklären sich grundsätzlich bereit, für die An- und Abreise zum Arbeitsort bzw jeweiligen Magazin ihr eigenes Kraftfahrzeug zu verwenden.

2. Reiseaufwandsentschädigung

Entsprechend der derzeit festgestellten täglichen Arbeitszeit erhält der Mitarbeiter:

2.1 bei einer zumutbaren täglichen Heimkehr (Entfernung Wohnung-Arbeitsstätte bzw Magazin weniger als 25 km) den entsprechenden Taggeldsatz laut der allgemein gültigen TIWAG-Reisekostenregelung (Abwesenheit vom Dienort bzw Wohnung von mehr als vier, acht oder zwölf Stunden).

2.1.1 Die effektive Reisezeit wird bei Verwendung des eigenen Kraftfahrzeuges pro Arbeitstag mit durchschnittlich einer Stunde angenommen und entsprechend mit einem Sechstel bzw Fünftel des jeweils gültigen Satzes vergütet. Bei Verwendung von Massenverkehrsmitteln wird die effektive Reisezeit nach Anfall vergütet.

2.2 Bei nicht zumutbarer täglicher Heimkehr (Entfernung Wohnung-Arbeitsstätte bzw Magazin mehr als 25 km) von Montag bis Freitag fünfmal den Reisekostensatz von mehr als zwölf Stunden und viermal den Nächtigungssatz laut allgemein gültiger TIWAG-Regelung.

2.2.1 *Die anfallende effektive Reisezeit außerhalb der Normalarbeitszeit wird gemäß den jeweils hiefür geltenden Bestimmungen vergütet.*

3. Fahrtkostenvergütung

3.1 Bei Verwendung des eigenen Kraftfahrzeuges erhält der betreffende Mitarbeiter für die kürzest mögliche Fahrtstrecke zwischen Dienstort (Wohnung) und Arbeitsstätte bzw Magazin das Kilometergeld nach den jeweils gültigen Sätzen.

...

6. Wirksamkeit

Diese Regelung tritt mit 1. 7. 1984 vorläufig bis 30. 6. 1985 in Kraft und ersetzt die bisherige Reisekostenregelung laut Rundschreiben vom 9. 2. 1956.

..."

Am 12. 7. 1999 wurde zwischen der Erstbeklagten und dem Zentralbetriebsrat eine „Betriebsvereinbarung Reisekostenregelung“ befristet abgeschlossen. Ihre Befristung wurde bisher 15-mal verlängert, zuletzt bis 31. 3. 2009. Der maßgebende Inhalt dieser Vereinbarung lautet:

„Betriebsvereinbarung

Reisekostenregelung

...

A) Regionalstellen, ETM-NSO-Trupp bzw Mitarbeiter, deren ständiger Dienstort die Regionalstelle ist.

...

4. Vergütungen:

4.1 Betriebsfahrten innerhalb des Regionalstellenbereiches:

Für Betriebsfahrten innerhalb des Regionalstellenbereiches kommen grundsätzlich Betriebsfahrtsätze laut KV zur Anwendung. Für An- und Heimfahrtszeiten zur Arbeitsstelle außerhalb der Normalarbeitszeit kann je Arbeitstag eine effektive Reisestunde auf Basis des Betriebsfahrtsatzes verrechnet werden.

B) ETM, BÜ, Werksgruppen, MS-Service-Trupp, BT Baustoffprüfstelle, ZLJ, ASG

...

4. Vergütungen:

4.1 Betriebsfahrten im Umkreis von 30 km vom Dienstort:

Liegt die anzufahrende Arbeitsstelle bis zu 30 km vom Dienstort entfernt, so kommen die Betriebsfahrtsätze laut KV zur Anwendung.

...

C) Montagepartien-Thaur (ehemalige LA- und EM-Montagepartien)

Bei einer Entfernung bis zu 3 km (Wohnung-Arbeitsstelle) können keine Reisekosten verrechnet werden.

Liegt die anzufahrende Arbeitsstelle bzw das Magazin über 3 km und bis zu 30 km von der Wohnung entfernt, so gelten die Betriebsfahrtsätze (keine Nächtigung). Bei einer Entfernung von über 30 km gelten die Reisekostensätze (Taggeld und Nächtigung).

Einziger Mittelpunkt für die Berechnung der 3 km- bzw 30 km-Grenze ist die Wohnung des Mitarbeiters.

Alle sonstigen Vereinbarungen behalten ihre Gültigkeit.

D) HVW Innsbruck bzw Thaur

4. Vergütungen:

4.1 Betriebsfahrten im Umkreis von 30 km vom Dienstort:

Liegt die anzufahrende Arbeitsstelle bis zu 30 km vom Dienstort entfernt, so kommen die Betriebsfahrtsätze laut KV zur Anwendung.

...

Wirksamkeit

Diese Betriebsvereinbarung tritt mit 1. 8. 1999 in Kraft, gilt befristet bis 31. 12. 2000 und kann unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Monatsende gekündigt werden.

..."

Die von dieser Feststellungsklage betroffenen Arbeitnehmer waren bis zum 31. 3. 2006 als Montageeinheiten in Thaur stationiert („Montagepartien-Thaur“), wobei sie Montagearbeiten auf verschiedenen Arbeitsstellen (Baustellen) tirolweit erbracht haben. Dabei fuhren die Arbeitnehmer regelmäßig von ihrer Wohnung mit ihren Privatfahrzeugen zu der ihnen zugewiesenen Arbeitsstelle, wobei bei der Diensterteilung darauf geachtet wurde, dass die Arbeitnehmer, soweit möglich, jenen Baustellen zugewiesen wurden, die ihrer Wohnung am nächsten kamen. Für diese Fahrten erhielten die Arbeitnehmer zur Abgeltung der Reisezeit entsprechend der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 das sogenannte „Reisesechstel“ - „auch als Betriebsfahrtausatz bezeichnet“ -, soweit die Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstelle zwischen 3 und 30 km betrug, an Sonn- und Feiertagen entsprechend ein Fünftel. Das „Reisesechstel“ als „Betriebsfahrtausatz“ betrug im März 2006 11,83 EUR.

Neben den Mitarbeitern dieser Montageeinheiten gab es bis zum 31. 3. 2006 etwa 350 weitere Mitarbeiter, die - ebenfalls von der Erstbeklagten beschäftigt und der Zweitbeklagten dauernd überlassen - in den sogenannten Regionalstellen („Montage/Service“) tätig waren, wobei das Tiroler Landesgebiet lückenlos in sieben Regionalstellenbereiche aufgliedert wurde (St. Johann, Lienz, Zell, Thaur, Ötz, Landeck und Brixlegg). Diese Mitarbeiter, die von dieser Feststellungsklage nicht erfasst sind, haben bereits seit 2003 in der Regel kein „Reisesechstel“ erhalten, wenn sie für eine Fahrt vom Wohnort zu einem Einsatzort außerhalb ihres Dienstorts ein Dienstfahrzeug benutzen durften; die Verwendung von Dienstfahrzeugen war die Regel.

Im Rahmen einer konzerninternen Umstrukturierung wurde ab 1. 4. 2006 der Stützpunkt Thaur der Montageeinheiten aufgelassen und es wurden die Arbeitnehmer dieser Montageeinheiten jeweils als geschlossene Arbeitseinheit zu den Regionalstellen versetzt, wobei dies zu keiner Änderung der Arbeitstätigkeit führte. Bei dieser Neuordnung wurde darauf geachtet, dass die Regionalstelle ihrem Wohnort nahe ist, wobei aber nicht festgestellt werden kann, ob sich die Fahrzeiten gegenüber der früheren Situation bis 31. 3. 2006 eklatant verringert haben. Im Zuge dieser Zusammenfassung der Montageeinheiten mit den Regionalstellen wollten die Beklagten in gemeinsamer Absprache auch eine Vereinheitlichung der Reisekostenregelung erreichen, weshalb ohne Beteiligung des Betriebsrats eine „Handhabung der Regelungen ab 1. 4. 2006“ mit folgendem hier relevanten Inhalt bestimmt wurde:

„Handhabung der Regelungen ab 1. 4. 2006

...

Reisekostenregelung

In Anlehnung an die in den bisherigen Netzleitungen seit langem gehandhabte Anwendung der Reisekostenregelung bezüglich der effektiven Reisestunde bei Arbeitsbeginn auf der Baustelle ist diese in allen Teams wie folgt anzuwenden:

Innerhalb des Betriebsfahrtausatzbereiches (= Stützpunktgrenzen = frühere Regionalstellengrenzen) wird bei Benutzung des Dienstfahrzeuges für die Fahrt von und zur Arbeitsstätte außerhalb der Normalarbeitszeit die effektive Reisestunde nicht geschrieben.

Außerhalb des Betriebsfahrtausatzbereiches (= Stützpunktgrenzen = frühere Regionalstellengrenzen) kann bei Benutzung des Dienstfahrzeuges für die Fahrt von und zur Arbeitsstätte außerhalb der Normalarbeitszeit die effektive Reisestunde geschrieben werden.

Für MST wäre sinnvoll, als Grenze für Betriebsfahrten ebenfalls das Gebiet des Stützpunktes Thaur (= Bezirk Innsbruck-Land) anstelle der 30 km-Grenze zu vereinbaren.

...

Dieses Schreiben dient als Arbeitsbehelf für die Durchführung der Abrechnung. Ich ersuche um Einhaltung dieser Vorgangsweisen bis anderslautende Regelungen ergehen.

27. 4. 2006

Abteilung Montage/Service

Anton Rossetti e.h.“

Diese schriftliche Richtlinie wurde von der Abteilung Montage/Service der Zweitbeklagten erstellt. Damit sollten die von der Feststellungsklage betroffenen Arbeitnehmer hinsichtlich der Reisekostenregelung den bisherigen Mitarbeitern der Regionalstellen, die zahlenmäßig überlegen sind, gleichgestellt werden. Weder die betroffenen Arbeitnehmer noch der Betriebsrat haben einer Änderung der Reisekostenregelung zugestimmt. Entsprechend dieser „Handhabung der Regelungen ab 1. 4. 2006“ wurde fortan den betroffenen Arbeitnehmern der Montageeinheiten dann kein Reisesechstel mehr gewährt, wenn sie mit einem Dienstfahrzeug von ihrem Wohnort zur Arbeitsstelle fuhren, wobei die Dienstfahrzeuge der Regionalstellen regelmäßig genutzt werden müssen. Der Betriebsrat hat keine Zustimmung zur örtlichen Versetzung der betroffenen Arbeitnehmer von deren Dienstort Thaur (bis 31. 3. 2006) zu den einzelnen Regionalstellen (ab 1. 4. 2006) abgegeben.

Dass die Zweitbeklagte der Erstbeklagten eine Anweisung erteilt habe, die effektive Reisestunde gemäß dieser „Handhabung der Regelungen ab 1. 4. 2006“ nicht mehr zu gewähren, kann nicht festgestellt werden. Tatsächlich verpflichtete sich die Zweitbeklagte vertraglich gegenüber betroffenen Arbeitnehmern, keine Weisungen zu erteilen, die in das Rechtsverhältnis der Arbeitnehmer zur Erstbeklagten eingreifen.

Der klagende Betriebsrat begehrt gemäß § 54 Abs 1 ASGG, gegenüber den Beklagten festzustellen, dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten,

1. welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihre Wohnung länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel, bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine „effektive Reisestunde“ als Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrtensatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt, und

2. unabhängig von einer Mindestabwesenheit auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort in einer Entfernung von über 3 km bis 30 km verlassen, Anspruch auf eine effektive Reisestunde als „Reisesechstel“ in Höhe des Betriebsfahrtensatzes zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung - unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel - haben, wenn entweder die Ankunft zu Hause oder die Abfahrt von zu Hause in die dienstfreie Zeit fällt.

Der Kläger brachte vor, dass die betroffenen Arbeitnehmer der Montagepartien Thaur seit 1. 4. 2006 die ihnen zustehende „effektive Reisestunde“ als Reisesechstel zusätzlich zur Reiseaufwandsentschädigung nicht mehr ausgezahlt erhielten. Die effektive Reisestunde als Reisesechstel falle an, wenn Mitarbeiter der Montageeinheiten außerhalb der Normalarbeitszeit von zu Hause zur Baustelle fahren, sodass sie zu Beginn der Normalarbeitszeit oder vorher auf der Baustelle eintreffen. Die Normalarbeitszeit sei von 7:30 Uhr bis 12:00 Uhr und von 12:30 Uhr bis 16:00 Uhr festgesetzt. Die Entfernung vom Wohnort zur Baustelle spiele dabei keine Rolle. Über Anweisung der Zweitbeklagten werde innerhalb des Betriebsfahrtenbereichs (= Stützpunktgrenzen = frühere Regionalstellengrenzen) bei Benutzung des Dienstfahrzeugs für die Fahrt von und zur Arbeitsstätte außerhalb der Normalarbeitszeit die effektive Reisestunde nicht mehr gewährt. Diese mit dem Hinweis auf eine versetzungsbedingte Änderung getroffene Reisekostenregelung verstoße bei einer Ortsabwesenheit von mehr als vier Stunden gegen den anzuwendenden Kollektivvertrag und zum Teil gegen die Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999, welche zuletzt Anfang März 2007 wiederum verlängert worden sei. Nach dieser Betriebsvereinbarung können die Montagepartien Thaur (ehemalige LA- und EM-Montagepartien) bei einer Entfernung bis zu 3 km (Wohnung-Arbeitsstelle) keine Reisekosten verrechnen. Liege die anzufahrende Arbeitsstelle bzw das Magazin über 3 km und bis zu 30 km von der Wohnung entfernt, gelten die Betriebsfahrtensätze (keine Nächtigung). Bei einer Entfernung von über 30 km gelten die Reisekostensätze (Taggeld und Nächtigung). Einziger Mittelpunkt für die Berechnung der 3 km- bzw 30 km-Grenze sei die Wohnung des Mitarbeiters. Durch diese Reisekostenregelung sei klargestellt, dass die Mitarbeiter der Montagepartien weiterhin ihre spezifischen und speziellen Reisekostenregelungen anwenden könnten. Demnach kämen für Betriebsfahrten innerhalb des Regionalstellenbereichs grundsätzlich die Betriebsfahrtensätze laut Kollektivvertrag zur Anwendung. Für An- und Heimfahrtszeiten zur Arbeitsstelle außerhalb der Normalarbeitszeit könne je Arbeitstag eine effektive Reisestunde auf Basis des Betriebsfahrtensatzes verrechnet werden. Die Betriebsvereinbarung vom 1. 8. 1999 sehe im Gegensatz zum Kollektivvertrag keine Mindestabwesenheit und bloß einmal das Reisesechstel vor. Die effektive Reisestunde als Reisesechstel werde gemäß § 23 Abs 5 lit c des Kollektivvertrags in Höhe eines Sechstels des Tag- und Übernachtungsgeldes und an Sonn- und Feiertagen in Höhe eines Fünftels des Tag- und Übernachtungsgeldes berechnet. Bei der Betriebsvereinbarung vom 1. 8. 1999 handle es sich um eine „freie Betriebsvereinbarung“, die als Vertragsschablone einen Individualanspruch der jeweiligen betroffenen Mitarbeiter der Montageeinheiten begründet habe. Die Handhabung der Regelungen ab 1. 4. 2006 durch die Leiter der Personalabteilung könne nicht zu einer Kürzung der wohlerworbenen Ansprüche führen, weil diese bereits Teil des individualrechtlichen Arbeitsvertrags geworden seien. Hiezu komme, dass die durchgeführte Versetzung eine verschlechternde gewesen sei, ohne dass zuvor die für die Rechtswirksamkeit notwendige Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 101 ArbVG eingeholt worden sei.

Die Zweitbeklagte hafte aufgrund ihres gemeinsamen Zusammenwirkens mit der Erstbeklagten für die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolgs. Abgesehen davon treffe beide Beklagten eine Fürsorgepflicht und habe jede von ihnen auf die andere einzuwirken, dass der eingetretene rechtswidrige Erfolg der Kürzung der Ansprüche der Mitglieder als Angestellte der Montageeinheiten unterbleibe. Zudem hafte die Zweitbeklagte als funktionale Dienstgeberin auch aufgrund der Einmahnung als Bürgerin gemäß § 14 AÜG.

Die Beklagten beantragten, das Klagebegehren abzuweisen. Die Zweitbeklagte sei nicht Dienstgeberin der allenfalls betroffenen Dienstnehmer, sodass eine Inanspruchnahme nach den Bestimmungen des AVRAG ausscheide. Sie sei auch weder faktisch noch rechtlich in der Lage, der Erstbeklagten irgendwelche Anweisungen zu erteilen. Die Zweitbeklagte befinde sich innerhalb des Konzerns der Erstbeklagten, sodass eine „konzerninterne Überlassung“ vorliege, auf die das AÜG nicht anzuwenden sei. Das Klagebegehren sei so gefasst, dass die effektive Reisestunde generell, also auch bei Dienstreisen unter vier Stunden, zustünde. Eine solche Regelung gebe es aber für Dienstreisen innerhalb der regulären Arbeitszeit nicht. Der Regelungsinhalt der Betriebsvereinbarung sei eine Aufwandsentschädigung; Rechtsgrundlage hierfür seien § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG und der Kollektivvertrag, weshalb es sich um eine echte und nicht um eine freie Betriebsvereinbarung handle. Falle die Betriebsvereinbarung weg oder treffe diese für den konkreten Bereich keine Regelung, fehle daher die rechtliche Basis für allfällige Ansprüche. Eine Nachfolgeregelung sei in Verhandlung, wobei ausdrücklich vereinbart worden sei, dass auf Basis der Nachfolgeregelung alle Ansprüche der Betroffenen aufgerollt und vollständige Nachzahlungen erfolgen werden, wenn sich solche ergeben. Die Nachfolgeregelung sei deshalb

notwendig, weil die Montagepartien Thaur wegen Organisationsanpassungen ab 1. 4. 2006 aufgelöst worden seien und die ehemals diesen Montagepartien zugehörigen Mitarbeiter anderen Montageteams zugeordnet worden seien. Damit sei auch Punkt C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 nicht mehr wirksam. Außerdem sei die „Handhabung der Regelung ab 1. 4. 2006“ für die betroffenen Arbeitnehmer günstiger.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht wie folgt zu Recht erkannt:

1. Es wird gegenüber der erstbeklagten Partei festgestellt, dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten,

a) welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort und auch den Dienstort länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel, bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine „effektive Reisestunde“ als Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrtensatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt, und

b) unabhängig von einer Mindestabwesenheit auf Anordnung einer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort in einer Entfernung von über 3 km bis 30 km verlassen, Anspruch auf eine effektive Reisestunde als „Reisesechstel“ in Höhe des Betriebsfahrtensatzes zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung - unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel - haben, wenn entweder die Ankunft zu Hause oder die Abfahrt von zu Hause in die dienstfreie Zeit fällt.

2. Es wird gegenüber der zweitbeklagten Partei festgestellt, dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten,

a) welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort und auch den Dienstort länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel, bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine „effektive Reisestunde“ als Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrtensatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung nur im Rahmen einer Bürgschaft gemäß § 14 Abs 1 bzw Abs 2 AÜG haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt, und

b) unabhängig von einer Mindestabwesenheit auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort in einer Entfernung von über 3 km bis 30 km verlassen, Anspruch auf eine effektive Reisestunde als „Reisesechstel“ in Höhe des Betriebsfahrtensatzes zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung - unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel - nur im Rahmen einer Bürgschaft gemäß § 14 Abs 1 bzw Abs 2 AÜG haben, wenn entweder die Ankunft zu Hause oder die Abfahrt von zu Hause in die dienstfreie Zeit fällt.

3. Das Mehrbegehren, es möge gegenüber der zweitbeklagten Partei festgestellt werden, dass unter den unter II. 2. des Urteilsspruchs genannten Voraussetzungen und im unter II. 2. des Urteilsspruchs genannten Ausmaß ein Anspruch auch außerhalb einer Bürgschaft gemäß § 14 Abs 1 bzw Abs 2 AÜG besteht, wird **abgewiesen**.

4. Das Mehrbegehren, es möge gegenüber der erstbeklagten und zweitbeklagten Partei festgestellt werden, dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten, welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle zwar ihren Wohnort, nicht jedoch ihren Dienstort länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel, bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine „effektive Reisestunde“ als Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrtensatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt, wird - soweit das Begehren nicht von II. 1. lit b und II. 2. lit b des Urteilsspruchs erfasst wird - **abgewiesen**.

Das Erstgericht stellte dazu den bereits oben wiedergegebenen Sachverhalt fest, den es wie folgt rechtlich beurteilte:

Obwohl beide Punkte des Klagebegehrens nicht auf einzelne Rechtsgrundlagen eingeschränkt seien, sei es bei der rechtlichen Beurteilung zweckmäßig, in erster Linie Punkt 1. des Klagebegehrens gemäß dem Kollektivvertrag und Punkt 2. des Klagebegehrens gemäß der Betriebsvereinbarung bzw dem Einzelarbeitsvertrag zu prüfen und darüber hinaus zuerst den Feststellungsanspruch nur gegenüber der Erstbeklagten (Arbeitgeberin) und sodann gegenüber der Zweitbeklagten (Beschäftigten) zu untersuchen.

1. Zu Punkt 1. des Klagebegehrens (kollektivvertraglicher Anspruch) gegenüber der Erstbeklagten:

§ 23 Abs 5 lit c des Kollektivvertrags bestimme, dass für jede begonnene effektive Reisestunde zusätzlich zur vorgesehenen Reisekostenentschädigung ein Sechstel, an Sonn- und Feiertagen jedoch ein Fünftel der täglichen Reiseaufwandsentschädigung (Tag- und Übernachtungsgeld) gebühre, wenn effektive Reisestunden bei angeordneten Dienstreisen und Betriebsfahrten in die dienstfreie Zeit fallen. Gemäß § 23 Abs 1 KV liege eine verrechnungsfähige Dienstreise bzw Betriebsfahrt dann vor, wenn ein Angestellter auf Anordnung einer vorgesetzten Stelle seinen Dienstort auf länger als vier Stunden verlasse. Die Entschädigung für die effektiven Reisestunden gebühre unabhängig davon, ob die Dienstreise bzw Betriebsfahrt mit einem Dienstfahrzeug oder einem Privatfahrzeug unternommen werde. Dies ergebe sich auch daraus, dass im Falle der Verwendung eines Privatfahrzeugs dem Arbeitnehmer zusätzlich zur Reiseaufwandsentschädigung auch eine hier nicht streitgegenständliche Fahrtkostenvergütung gemäß § 23 Abs 3 lit b KV gebühre. Weiters sei der Anspruch gemäß § 23 Abs 5 lit c KV von einer bestimmten Mindest- oder Höchstentfernung vom Dienstort oder Wohnort unabhängig.

Nach den Feststellungen sei den betroffenen Arbeitnehmern bis 31. 3. 2006 das sogenannte „Reisesechstel“ - an Sonn- und Feiertagen ein Fünftel - ausgezahlt worden, wobei das „Reisesechstel“ im März 2006 mit 11,83 EUR bewertet wurde. Dies entspreche dem kollektivvertraglichen Satz, wonach gemäß § 23 Abs 5 lit a KV idF vom 1. 12. 2006 das Taggeld 47 EUR und das Übernachtungsgeld 24 EUR, zusammen 71 EUR, betrug; ein Sechstel von 71 EUR entspreche 11,83 EUR. Daraus folge, dass der im Betrieb verwendete Betriebsfahrtsatz einem Sechstel der täglichen Reiseaufwandsentschädigung (Tag- und Übernachtungsgeld) bzw an Sonn- und Feiertagen einem Fünftel der täglichen Reiseaufwandsentschädigung entspreche. Punkt 1. des Klagebegehrens stimme somit mit der kollektivvertraglichen Grundlage der Höhe nach überein. Soweit Punkt 1. des Klagebegehrens enger als § 23 KV gefasst sei (Entfernung bis zu 30 km, Anspruch auf eine „effektive Reisestunde“), stehe einer Feststellung nichts entgegen, weil auch ein Minus feststellbar sei. Hingegen bedürfe ein über § 23 KV hinausgehendes Begehren einer anderen Rechtsgrundlage (Betriebsvereinbarung bzw Einzelarbeitsvertrag). Das Begehren, dass eine „effektive Reisestunde“ auch dann zustehen solle, wenn zwar die Wohnung länger als vier Stunden verlassen werde, nicht jedoch der Dienstort, schieße über die kollektivvertragliche Regelung hinaus. Nur für dieses weitergehende Klagebegehren seien in Ermangelung eines kollektivvertraglichen Anspruchs weitere Anspruchsgrundlagen zu suchen.

2. Zu Punkt 2. des Klagebegehrens (Anspruch auf Grundlage der Betriebsvereinbarung):

aa) Reisekostenregelung vom 27. 6. 1984:

Die nach wie vor gültige Reisekostenregelung für Mitarbeiter der LA- und EM-Montagepartien vom 27. 6. 1984 kenne hinsichtlich der effektiven Reisezeit zwei Bestimmungen, je nachdem, ob die tägliche Heimkehr zumutbar sei oder nicht. Dabei sei der Begriff der Dienstreise ident mit dem in § 23 Abs 1 KV (Mindestabwesenheitsdauer von vier Stunden). Für die streitgegenständliche Frage begründe die Betriebsvereinbarung vom 27. 6. 1984 keine gegenüber dem Kollektivvertrag weitergehenden Ansprüche.

bb) Betriebsvereinbarung „Reisekostenregelung“ vom 12. 7. 1999:

Diese befristet abgeschlossene und mehrfach verlängerte Betriebsvereinbarung enthalte die Bestimmung, dass die Betriebsfahrtsätze dann gelten, wenn die anzufahrende Arbeitsstelle bzw das Magazin über 3 km und bis zu 30 km von der Wohnung entfernt liegen. Nur Betriebsvereinbarungen in Angelegenheiten, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten sei, könnten eine Rechtswirkung als unmittelbar geltende Norm gemäß § 31 Abs 1 ArbVG entfalten. Eine Regelungsbefugnis für eine Entschädigung der Reisezeit im Sinn des Punkts C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 sei aber aus dem Kollektivvertrag nicht ableitbar. § 23 Abs 5 lit c KV kenne zwar eine einschlägige Norm, ermächtige aber nicht die Betriebsvereinbarungspartner, darüber eine Betriebsvereinbarung abzuschließen. Auch § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG, wonach Betriebsvereinbarungen in Angelegenheiten der Erstattung von Auslagen und Aufwendungen sowie zur Regelung von Aufwandsentschädigungen abgeschlossen werden können, bilde keine gesetzliche Grundlage für die gegenständliche Betriebsvereinbarung. Der Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG umfasse den Begriff der „Aufwandsentschädigung“ als Ersatz für Aufwendungen des Arbeitnehmers, die unmittelbar mit seiner Arbeitsleistung zusammenhängen. Hingegen sei der Ersatz für die Zeit des Arbeitnehmers, die er für die Fahrt zwischen Wohnung und Arbeitsstelle aufwenden müsse, als Entgelt für die Wegzeit und nicht als Aufwandsentschädigung zu werten, weil es sich hierbei um die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft handle und nicht um die Abdeckung eines finanziellen Aufwands des Arbeitnehmers. Dies ergebe sich auch daraus, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf die effektive Reisestunde gemäß Punkt C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 auch dann habe, wenn er mit einem Dienstfahrzeug die Fahrt unternehme. Die effektive Reisestunde solle somit nicht die Abnutzung des Privatfahrzeugs ersetzen (wofür der Kollektivvertrag eine eigene Fahrkostenvergütung kenne), sondern die Zeit des Arbeitnehmers. § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG stelle aber keine Rechtsgrundlage für Entgeltregelungen in Betriebsvereinbarungen dar.

Durch die jahrelange Praxis der tatsächlichen Gewährung der effektiven Reisestunde vom 1. 8. 1999 bis 1. 4. 2006 habe der Arbeitgeber aber eindeutig zu erkennen gegeben, dass er sich an diese Betriebsvereinbarung halten wolle. Diese sei daher als „freie Betriebsvereinbarung“ durch schlüssige Unterwerfung Inhalt der Einzelarbeitsverträge geworden. Daran ändere auch die Befristung der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 nichts, da die Vereinbarung in den letzten sieben Jahren 15-mal verlängert worden und zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung jedenfalls in Geltung gestanden sei. Die Regelung sei daher Teil des Einzelarbeitsvertrags und könne somit vom Arbeitgeber ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nicht einseitig aufgehoben werden. Eine Bestimmung, dass die effektive Reisestunde nur solange zu vergüten sei, solange die betroffenen Arbeitnehmer der „Montagepartien-Thaur“ (ehemalige LA- und EM-Montagepartien) unterfallen, sei hingegen nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden, weil es sich um eine unzulässige Bedingung handle, deren Erfüllungsvoraussetzung allein in der Hand des Arbeitgebers läge und damit dem Transparenzgebot widerspräche. Die Überschrift zu Punkt C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 sei vielmehr so zu verstehen, dass nur jenen Arbeitnehmern, die zum 1. 8. 1999 bzw zu einem allenfalls späteren Zeitpunkt des Antritts ihres Arbeitsverhältnisses den Montagepartien Thaur zuzurechnen gewesen seien, eine effektive Reisestunde vergütet worden sei, nicht jedoch allen anderen Arbeitnehmern der Erstbeklagten schlechthin. Die vom Verfahren betroffenen Arbeitnehmer, die sämtlich den „Montagepartien-Thaur“ angehörten, haben daher einen einzelvertraglichen Rechtsanspruch, der mit einer Versetzung einseitig durch den Arbeitgeber nicht zurückgenommen werden könne. Es bedürfe daher keiner weiteren Beurteilung, ob die

Versetzung gemäß § 101 ArbVG rechtswirksam sei oder nicht. Dementsprechend gehe auch der Einwand der Beklagten, die neue Handhabung ab 1. 4. 2006 sei günstiger als die bisherige Regelung, ins Leere, weil vertraglich fixiertes Entgelt auch nicht durch günstigere Regelungen ohne Zustimmung des Vertragspartners ersetzt werden könne. Dass den betroffenen Arbeitnehmern ab 1. 4. 2006 für ihre Fahrten von der Wohnung zur Arbeitsstelle nunmehr ein Dienstfahrzeug zur Verfügung gestellt werde, ändere nichts am Anspruch auf das „Reisesechstel“.

Punkt C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 setze weder eine Mindestabwesenheitsdauer noch die Verwendung eines bestimmten Verkehrsmittels voraus, wohl aber das Verlassen des Wohnorts in einer Entfernung von über 3 km bis 30 km von der Arbeitsstelle. Soweit in Punkt 2. des Klagebegehrens auf die Höhe des Betriebsfahrtsatzes und bezüglich der Ankunft und Abfahrt vom Wohnort auf die dienstfreie Zeit abgestellt werde, finde dies in der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 Deckung, weshalb der Stattegebung des Feststellungsbegehrens auf Grundlage der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 nichts entgegenstehe. Es bedürfe daher keiner weiteren Untersuchung, ob Punkt 2. des Klagsanspruchs auch durch den Kollektivvertrag gestützt werde.

Die Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 stelle zwar auf eine Entfernung von der Wohnung und nicht wie § 23 KV auf den Dienort ab, doch bilde die Betriebsvereinbarung keine Anspruchsgrundlage für die betroffenen Arbeitnehmer, wenn sie den Dienort für nicht länger als vier Stunden (= Fehlen einer Voraussetzung für § 23 KV) auf eine Entfernung von unter 3 km (= Fehlen einer Voraussetzung für Punkt C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999) verlassen. Daraus ergebe sich, dass der über den Kollektivvertrag hinausgehende Anspruch des Punkts 1. des Klagebegehrens (Verlassen des Wohnorts, nicht aber des Dienorts für länger als vier Stunden) abzuweisen sei, soweit der Anspruch nicht ohnehin von der Klagsstattegebung zu Punkt 2. (Entfernung Wohnung-Arbeitsstelle über 3 km) erfasst sei.

3. Zum Feststellungsbegehren gegenüber der Zweitbeklagten:

Da die Zweitbeklagte nicht Arbeitgeberin und vertragliche Schuldnerin des den betroffenen Arbeitnehmern gebührenden Entgelts, sondern nur deren Beschäftigterin sei, komme als Anspruchsgrundlage das AÜG in Betracht. Gemäß § 1 Abs 2 Z 5 AÜG seien vom Geltungsbereich der Abschnitte II bis IV die Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns iSd § 15 AktG ausgenommen, sofern der Sitz und der Betriebsstandort beider Konzernunternehmen innerhalb des EWR liegt und die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehört (Konzernprivileg). Die Erstbeklagte sei zur Ausübung des Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften gemäß § 94 Z 72 GewO 1994 berechtigt und erhalte die Kosten des Personals von der Zweitbeklagten ersetzt. Somit sei - wenn auch in untergeordneter Stellung - die Arbeitskräfteüberlassung Betriebszweck der Erstbeklagten, zumal etwa 550 bis 570 Arbeitnehmer an die Zweitbeklagte überlassen werden. Die Anwendbarkeit des § 14 AÜG sei daher zu bejahen. Danach hafte aber der Beschäftigter für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche als Bürge bzw, wenn er seine Verpflichtungen aus der Überlassung bereits dem Überlasser nachweislich erfüllt habe, nur als Ausfallsbürge. Den betroffenen Arbeitnehmern stehe daher gegenüber der Zweitbeklagten ein Anspruch auf Vergütung effektiver Reisestunden nur im Rahmen der (Ausfalls-)Bürgschaft gemäß § 14 AÜG zu. Ein genereller Anspruch darüber hinaus sei zu verneinen. Eine Haftung aufgrund des gemeinsamen Zusammenwirkens setze voraus, dass die Zweitbeklagte überhaupt im Sinn der Kausalität des Schadens in der Lage sei, auf die Erstbeklagte soweit Einfluss zu nehmen, dass diese sich zur Vorenthaltung berechtigter Arbeitnehmeransprüche entschließe. Diesbezüglich habe aber eine entsprechende Weisungsbefugnis und Einflussmöglichkeit der Zweitbeklagten als Tochterunternehmen auf die Erstbeklagte nicht festgestellt werden können. Auch aus der Fürsorgepflicht gegenüber überlassenen Arbeitskräften lasse sich nicht generell eine Entgeltpflicht des Beschäftigers ableiten. Das über die Bürgenstellung der Zweitbeklagten hinausgehende Klagebegehren sei daher abzuweisen.

Das von beiden Seiten angerufene Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Hingegen änderte es über Berufung des Klägers das Ersturteil dahin ab, dass es insgesamt wie folgt lautet:

„Den beklagten Parteien gegenüber wird festgestellt, dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten (= der vormaligen sogenannten Montageeinheiten Thaur), welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle

a) ihren Wohnort länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel, bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine effektive Reisestunde als 'Reisesechstel' in Höhe des Betriebsfahrtsatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt, und

b) unabhängig von einer Mindestabwesenheit ihren Wohnort innerhalb des Regionalstellenbereiches, jedoch in einer Entfernung von mindestens 3 km und maximal 30 km verlassen, Anspruch auf eine effektive Reisestunde als 'Reisesechstel' in Höhe des Betriebsfahrtsatzes zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung - unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel - haben, wenn entweder die Ankunft zu Hause oder die Abfahrt von zu Hause in die dienstfreie Zeit fällt,

wobei diese Ansprüche gegenüber der zweitbeklagten Partei nur im Rahmen einer Bürgschaft nach § 14 Abs 1 oder 2 AÜG bestehen.

*Das gegen die Zweitbeklagte gerichtete Feststellungsbegehren wird **abgewiesen.**“*

I. Zur Berufung des Klägers:

Der Kläger wende sich zu Recht gegen die in den Spruchpunkten II. 1. lit a und 2. lit a vorgenommene Beschränkung des Anspruchs des Klägers auf das Verlassen auch des Dienstorts („... und auch den Dienstort“) in der Dauer von mehr als vier Stunden. Diese Einschränkung habe zu entfallen; jedenfalls dürfe sie maximal auf den „fiktiven Dienstort Thaur“ lauten. Für diese Überlegung spreche auch der Begriff der Dienstreise bzw der Betriebsfahrt iSd § 23 Abs 1 des Kollektivvertrags, wonach als Dienstort das Gemeindegebiet des Orts gelte, in dem die ständige Arbeitsstätte liege. Die Mitglieder der Montageeinheiten haben weder vor noch nach ihrer Versetzung vom arbeitsvertraglichen Dienstort Thaur zu den einzelnen Regionalstellen einen Dienstort nach den Bestimmungen des Kollektivvertrags gehabt, weil sie auf den jeweiligen Baustellen gearbeitet haben.

Soweit der Kläger den Ersatz der Wortfolge „... und auch Dienstort“ durch die Wortfolge „... und auch den fiktiven Dienstort Thaur“ ersetzt haben wolle, handle es sich gegenüber dem erstinstanzlichen Begehren um ein geändertes Begehren. Da im Berufungsverfahren die Klage aber nicht geändert werden könne, komme eine entsprechende Abänderung des Ersturteils im Sinne des Berufungsantrags nicht in Betracht.

Dem Kläger sei aber im Ergebnis darin zu folgen, dass zwar nicht auf einzelvertraglicher Grundlage, wohl aber nach dem Kollektivvertrag, der die Rechtsgrundlage für die Klagsstattgebung in den Spruchpunkten II. 1. lit a und 2. lit a des Ersturteils bilde, kein Anlass für die vom Erstgericht vorgenommene Einschränkung „und auf den Dienstort“ bestehe. Nach § 23 Abs 1 des Kollektivvertrags liege eine verrechnungsfähige Dienstreise bzw Betriebsfahrt dann vor, wenn ein Angestellter auf Anordnung seiner vorgesetzten Stelle seinen Dienstort länger als vier Stunden verlasse. Als Dienstort gelte das Gemeindegebiet des Orts, in dem die ständige Arbeitsstätte liege. Eine Betriebsfahrt liege vor, wenn ein Angestellter ständig wiederkehrende Fahrten oder Wege in Erfüllung seiner Dienstleistung außerhalb der in seinem Unternehmen bestehenden, abgegrenzten oder zwischen Leitung des Unternehmens und Betriebsrat einvernehmlich abzugrenzenden Betriebs- oder Baubereiche durchzuführen habe. Während bei der Begriffsbestimmung der Dienstreise bzw Betriebsfahrt auf den Dienstort abgestellt werde, sei für die Bemessung der Reisedauer gemäß § 23 Abs 2 des Kollektivvertrags das Verlassen der Arbeitsstätte oder das notwendige Verlassen der Wohnung maßgeblich, je nachdem, von wo aus die Reise angetreten werde. Das Gleiche gelte sinngemäß für die Beendigung der Reise.

Fielen effektive Reisetunden bei angeordneten Dienstreisen und Betriebsfahrten in die dienstfreie Zeit, so gebühre nach § 23 Abs 5 lit c des Kollektivvertrags für jede solche begonnene effektive Reisetunde (und auch nur für eine effektive Reisetunde) zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung ein Sechstel, an Sonn- und Feiertagen jedoch ein Fünftel der täglichen Reiseaufwandsentschädigung (Tag- und Übernachtungsgeld). Je nach dem Ort des Reiseantritts gebühre somit nach dem Kollektivvertrag bei angeordneten Dienstreisen und Betriebsfahrten das Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrpensatzes (sowohl für die Hin- als auch die Rückfahrt) für jede begonnene effektive Reisetunde je nach Beginn der Reise ab und bis zur Arbeitsstätte oder ab und bis zur Wohnung. Die Feststellungsklage zu 1. enthalte lediglich eine der zwei möglichen Alternativen, nämlich den Beginn der Dienstreise bzw Betriebsfahrt ab und bis zur Wohnung, sodass der Umstand, dass im Fall des Ausgangspunkts der angeordneten Betriebsfahrt ab Arbeitsstätte die Reisedauer und damit die Reiseaufwandsentschädigung für die effektiven Reisetunden von dort aus zu ermitteln seien, der Stattgebung des Begehrens auf Grundlage des Kollektivvertrags nicht entgegenstehe. Den Kollektivvertragsparteien sei zu unterstellen, dass sie eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen sowie einen gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen herbeiführen wollen. In diesem Sinn habe der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 9 ObA 30/07p ausgeführt, dass dann, wenn der Kollektivvertrag im Fall einer Entsendung von Arbeitnehmern durch den Überlasser in weit entfernte Beschäftigertbetriebe zusätzlich zu Tag- und Nächtigungsgeldern auch einen Fahrtkostenersatz für die An- und Abreise von und zum Wohnort vorsehe, den Kollektivvertragsparteien zu unterstellen sei, diese Regelung auch für den Fall gewollt zu haben, dass der überlassene Arbeitnehmer nicht zum Betriebsort, sondern direkt zum Montageort anreise. Die Interessenlage des überlassenen Arbeitnehmers sei völlig ident, ob er nun zu einem von seinem Wohnort weit entfernten fixen Betriebsort oder zu einem weit entfernten Montageort anreisen müsse. Dieser Anspruch auf Aufwandsentschädigung müsse daher unabhängig davon gleich behandelt werden, ob der Arbeitnehmer zu einem Betriebsstandort oder zu einer Baustelle anreisen müsse. Dies habe auch hier zu gelten, wenn die von der Feststellungsklage betroffenen Arbeitnehmer nicht vom Dienstort, sondern direkt von der Wohnung zur Baustelle fahren. Das Ersturteil sei daher im Sinne eines ersatzlosen Entfalls der Wortfolge „und auch Dienstort“ abzuändern.

II. Zur Berufung der Beklagten:

Die Reisekostenregelung in § 23 Abs 2 des Kollektivvertrags knüpfe alternativ an das Verlassen der Arbeitsstätte oder der Wohnung an, sodass im Rahmen des Feststellungsbegehrens lediglich über die vom Kläger angezogene Variante des Verlassens der Wohnung abzusprechen sei. Ob in der vom Erstgericht vorgenommenen Kumulierung „Verlassen des Wohnortes und auch des Dienstortes“ ein aliud oder ein Minus gegenüber dem Begehren zu erblicken sei, könne dahingestellt bleiben, da unabhängig davon das Ausscheiden der Wortfolge „und auch Dienstort“ nicht zur Klageabweisung, sondern auf Grundlage der Bestimmungen des § 23 Abs 1, 2, 5 lit c des Kollektivvertrags zur vollinhaltlichen Stattgebung des Urteilsbegehrens zu 1. zu führen habe. Dass der Anspruch auf Reiseaufwandsentschädigung iSd § 23 Abs 5 lit c des Kollektivvertrags sowohl für die Hinreise als auch für die Rückreise besteht, ergebe sich ebenfalls aus § 23 Abs 2 und Abs 5 lit c des Kollektivvertrags.

Hingegen bleibe das Feststellungsbegehren zu Punkt 1. hinsichtlich der dort vorgenommenen Einschränkung bezüglich der Entfernung vom Wohnort bis zu 30 km und des Anspruchs auf „eine effektive Reiseschstele in Höhe des Betriebsfahrtsatzes“ insofern hinter § 23 Abs 5 lit c des Kollektivvertrags zurück, als dieser keine Beschränkung der Entfernung von und zum Wohnort normiere und für jede begonnene effektive Reiseschstele einen Anspruch auf das „Reiseschstele“ (an Sonn- und Feiertagen auf ein „Reisefünftel“) gewähre. Insofern stelle sich das Urteilsbegehren zu 1. als Minus dar, was aber die Klagestattebung in diesem eingeschränkten Umfang nicht hindere.

Der Einwand, dem Kläger fehle das Feststellungsinteresse, sei nicht berechtigt. Aufgrund der geänderten Handhabung der Reisekostenregelung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern seit 1. 4. 2006, die nach Ansicht des Klägers gegen den Kollektivvertrag und die Einzeldienstverträge verstoße, sei das Feststellungsinteresse jedenfalls gegeben. Dafür spreche auch der von den Berufungswerbern selbst ins Treffen geführte Umstand, dass es sich bei der „Handhabung (der Reisekostenregelung) ab 1. 4. 2006“ um eine vorübergehende Handhabung bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung handle und die Erstbeklagte eine Aufrollung aller Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer auf Basis der neuen Regelung zugesichert habe.

Soweit sich die Berufung der Beklagten gegen die Feststellung eines Anspruchs der betroffenen Arbeitnehmer auf eine effektive Reiseschstele als „Reiseschstele“ in Höhe des Betriebsfahrtsatzes unabhängig von einer Mindestabwesenheit vom Wohnort richte, sei sie ebenfalls nicht berechtigt. Zuzustimmen sei ihr nur insoweit, als sie sich gegen die Rechtsansicht des Erstgerichts wende, bei der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 handle es sich um eine unzulässige „freie“ Betriebsvereinbarung, die zufolge Unterwerfung der Beklagten als Vertragsschablone Eingang in die jeweiligen Einzelarbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer gefunden habe.

Entgegen der Ansicht des Erstgerichts finde die am 1. 8. 1999 in Kraft getretene und wiederholt - zuletzt bis 31. 3. 2009 - verlängerte Betriebsvereinbarung über die Reisekostenregelung eine Ermächtigung und rechtliche Grundlage in § 28 des Kollektivvertrags, nach dem die Bestimmungen des Kollektivvertrags, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Angestellten regeln, durch Betriebsvereinbarungen bzw Arbeitsordnung, Sondervereinbarung oder Dienstvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden können. Sondervereinbarungen seien nur gültig, soweit sie für den Angestellten günstiger seien oder Angelegenheiten betreffen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt sind. Gemäß § 28 Abs 2 KV könnten Betriebsvereinbarungen nur mit Zustimmung des Betriebsrats abgeschlossen oder abgeändert werden.

Bei der Betriebsvereinbarung vom 1. 8. 1999 handle es sich somit um eine echte Betriebsvereinbarung. Als „freie“ Betriebsvereinbarung wäre nur eine solche zu werten, der es an der entsprechenden Grundlage im Gesetz oder Kollektivvertrag fehlt. Die Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 enthalte für bestimmte Gruppen von Mitarbeitern, darunter auch für die von der Klage betroffenen Mitarbeiter der Montagepartien-Thaur (ehemalige LA- und EM-Montagepartien), Regelungen über die Vergütung von Reisekosten bei Betriebsfahrten. Der Begriff der Betriebsfahrt sei in der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 nicht definiert, sodass die Begriffsbestimmung des § 23 Abs 2 des Kollektivvertrags heranzuziehen sei. Die Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 enthalte in Punkt C eine Regelung der Reiseaufwandsentschädigung für Dienstreisen und Betriebsfahrten in Abhängigkeit von der Entfernung der Wohnung zur anzureisenden Arbeitsstelle (bis 3 km, über 3 km bis zu 30 km und über 30 km) für die Montagepartien-Thaur im Sinne einer Wegzeitvergütung. Die „Wegzeitvergütung“ unterscheide sich grundlegend von der in § 23 Abs 3 und 4 des Kollektivvertrags angeführten Fahrtkostenvergütung und der Reiseaufwandsentschädigung, die der Abdeckung konkreter Aufwendungen des Arbeitnehmers dienen und daher dem Begriff des „Spesenersatzes“ oder „Aufwandsatzes“ unterstellt werden könnten. Die „Wegzeitvergütung“ gebühre dem Arbeitnehmer dafür, dass seine Zeit vom Arbeitgeber auch außerhalb der normalen Arbeitszeit in Anspruch genommen werde, und sei damit echtes „Entgelt“. Dass die in der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 enthaltenen Regelungen der Wegzeitvergütung (anders als im Kollektivvertrag) keine Mindestabwesenheit vom Wohnort vorsehen, könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass ebenso wie im Kollektivvertrag eine mindestens vierstündige Abwesenheit erforderlich sei, zumal bei einer solchen Auslegung die Betriebsvereinbarung hinter dem Kollektivvertrag zurückbliebe und daher nicht nur nicht sinnvoll, sondern als Sondervereinbarung iSd § 28 Abs 1 KV auch ungültig wäre.

Bei der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 handle es sich somit um eine zulässige Betriebsvereinbarung auf Grundlage des Kollektivvertrags, die - jeweils befristet abgeschlossen - nach wie vor aufrecht sei. Es fehle jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagten beim Abschluss und bei den jeweiligen Verlängerungen der Betriebsvereinbarungen von einer Ungültigkeit derselben ausgegangen seien und dass die Beklagten ungeachtet dessen den Mitarbeitern der Montageeinheiten-Thaur die Vergütung für eine effektive Reiseschstele gewährt haben und der entsprechende Anspruch dadurch konkludent Inhalt der Einzelarbeitsverträge geworden sei. Vielmehr seien die Reisekostenersätze den Mitarbeitern der Montageeinheiten-Thaur von den Beklagten gemäß Punkt C der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 geleistet worden. Diese Sonderregelung sei erst im Zuge der betrieblichen Umstrukturierung abgelehnt und ab 1. 4. 2006 einseitig eine neue Reisekostenregelung für alle Dienstnehmer eingeführt worden, sodass von einer konkludenten Unterwerfung unter die bisherige Regelung keine Rede sein könne. Der über den Kollektivvertrag hinausgehende Anspruch auf das sogenannte „Reiseschstele“ unabhängig von einer Mindestabwesenheit vom Wohnort könne daher nicht auf eine einzelvertragliche Rechtsgrundlage gestützt werden. Wohl aber finde er in der Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 eine Grundlage.

Gemäß § 32 Abs 3 ArbVG ende die Rechtswirkung der Betriebsvereinbarung mit ihrem Erlöschen. Durch die konzerninterne Umstrukturierung und Auflassung der Montageeinheiten-Thaur per 1. 4. 2006 sei die - zuletzt bis 31. 3. 2009 verlängerte - Betriebsvereinbarung vom 12. 7. 1999 aber nicht erloschen. Vielmehr seien die die Montageeinheiten-Thaur betreffenden Regelungen in der Betriebsvereinbarung auf die enthaltenen Regelungen für die Regionalstellen anzupassen, weil die betroffenen Arbeitnehmer der Montageeinheiten-Thaur jeweils als geschlossene Arbeitseinheit zu den Regionalstellen versetzt worden seien. Die Betriebsvereinbarung für diese Regionalstellen sehe bei Betriebsfahrten innerhalb des Regionalstellenbereichs eine Wegzeitvergütung in Form der Betriebsfahrtsätze laut Kollektivvertrag vor. Für An- und Heimfahrten zur Arbeitsstelle außerhalb der Normalarbeitszeit könne je Arbeitstag eine effektive Reisestunde auf Basis des Betriebsfahrtsatzes verrechnet werden. Diese auf die Mitarbeiter der ehemaligen Montagepartien-Thaur anzuwendende (hier maßgebliche) Regelung sehe somit keine Beschränkung auf die Verwendung eines bestimmten Verkehrsmittels vor, sodass eine effektive Reisestunde außerhalb der Normalarbeitszeit auch bei Benützung eines Dienstfahrzeugs verrechnet werden könne. Andererseits stelle diese Regelung aber auf die Grenzen des Regionalstellenbereichs ab und nicht auf die Entfernung in Kilometern vom Wohnort, weshalb dem Feststellungsbegehren zu Punkt 2. mit dieser Maßgabe stattzugeben sei, ohne Überschreitung des Klagebegehrens aber der Anspruch jedenfalls auf die in Punkt 2. des Klagebegehrens enthaltene Mindestentfernung von 3 km vom Wohnort insbesondere dann zum Tragen kommen könne, wenn die Grenze des Regionalstellenbereichs mehr als 30 km von der Wohnung des betreffenden Arbeitnehmers entfernt sein sollte.

Nicht gefolgt werden könne der Berufung der Zweitbeklagten, soweit sie eine Haftung im Rahmen der Bürgschaft nach § 14 Abs 1 bzw 3 AÜG bekämpfe. Die Zweitbeklagte berufe sich in diesem Zusammenhang auf das sogenannte Konzernprivileg, das dazu führe, dass auf die hier zu beurteilende Überlassung das AÜG nicht anzuwenden sei. Vom Geltungsbereich des AÜG ausgenommen sei ua die Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns iSd § 15 AktG 1965 und des § 115 GmbHG, sofern der Sitz und der Betriebsstandort beider Konzernunternehmen innerhalb des EWR liege und die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehöre. Die Rechtsauffassung des Erstgerichts, dass die Überlassung von Arbeitskräften - wenn auch mit untergeordneter Bedeutung - zum Betriebszweck der Erstbeklagten gehöre, sei zutreffend. Zu beachten sei aber die weitere Einschränkung in § 1 Abs 3 AÜG, wonach der Abschnitt III (§§ 10 bis 14) des AÜG nur auf die reglementierte Überlassung von Arbeitskräften (§ 94 Z 72 der GewO 1994) anzuwenden sei. Auch diese Voraussetzungen habe das Erstgericht zutreffend bejaht. Zwar sei richtig, dass die Gewerbeordnung nach ihrem § 2 Abs 1 Z 20 auf den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen (§ 7 Z 8 EIWOG) nicht anzuwenden sei. Der Betrieb von Elektrizitätsunternehmen iSd § 7 Z 8 EIWOG umfasse die dort genannten Aufgaben, nicht aber die Arbeitskräfteüberlassung als reglementiertes Gewerbe iSd § 94 Z 72 GewO. § 14 AÜG sei daher auf die Zweitbeklagte anzuwenden. Demnach hafte diese als Beschäftigterin für die gesamten den überlassenen Arbeitskräften für die Beschäftigung in ihrem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als Bürgin nach § 1355 ABGB (Abs 1) und - soweit sie ihre Verpflichtungen aus der Überlassung bereits der Erstbeklagten gegenüber nachweislich erfüllt habe - nur als Ausfallsbürgin gemäß § 1356 ABGB.

Die vom Erstgericht vorgenommene Beschränkung des Anspruchs der betroffenen Arbeitnehmer gegenüber der Zweitbeklagten auf die (Ausfalls-)Bürgenhaftung sei im Übrigen nicht gerechtfertigt. Nach den Feststellungen habe die Abteilung Montage/Service der Zweitbeklagten die Richtlinie bezüglich der Handhabung der Reisekostenregelung ab 1. 3. 2006 erstellt und die Erstbeklagte um Einhaltung dieser Vorgangsweise ersucht. Es könne daher kein Zweifel bestehen, dass die hinter dem Kollektivvertrag zurückbleibende Handhabung der Reisekostenregelung ab 1. 4. 2006 im gemeinsamen Zusammenwirken der beiden Beklagten erfolgt sei, sodass die Zweitbeklagte nicht nur als (Ausfalls-)Bürgin, sondern gemeinsam mit der Erstbeklagten zur ungeteilten Hand hafte. Dieser Umstand sei aber vom Kläger in seiner Berufung nicht aufgegriffen worden, sodass es bei der Feststellung der Haftung nach § 14 Abs 1 bzw 2 AÜG zu bleiben habe.

Die Revision sei zuzulassen, weil die Frage, ob die Zweitbeklagte im Hinblick auf § 1 Abs 2 Z 5 und Abs 3 AÜG sowie auf § 2 Abs 1 Z 20 GewO 1994 (§ 7 Z 8 EIWOG) als Bürgin (Ausfallsbürgin) nach dem AÜG hafte, in der Literatur unterschiedlich behandelt werde und in der Rechtsprechung nicht geklärt sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beiden Beklagten.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt, jene der Erstbeklagten allerdings nur im Sinne der Aufhebung der sie betreffenden Entscheidungen der Vorinstanzen.

I. Zur Revision der Zweitbeklagten:

I.1. Aus Anlass der zulässigen Rechtsrüge der Zweitbeklagten ist das gegen sie gerichtete Klagebegehren aus folgenden Überlegungen abzuweisen:

Gemäß § 54 Abs 1 ASGG können in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 die parteifähigen Organe der Arbeitnehmerschaft im Rahmen ihres Wirkungsbereichs sowie der jeweilige Arbeitgeber auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen, die mindestens drei Arbeitnehmer ihres Betriebs oder Unternehmens betreffen, klagen oder geklagt werden.

Der Wirkungsbereich des Betriebsrats ist beschränkt auf den Betrieb, für den er gewählt wurde. In Angelegenheit einer Arbeitskräfteüberlassung fallen Feststellungsklagen, welche die aufrecht bleibenden arbeitsvertraglichen Beziehungen der überlassenen Arbeitnehmer zum Überlasser betreffen, in den Wirkungsbereich des Betriebsrats des Überlasserbetriebs; Feststellungsklagen, welche die unmittelbaren Rechtsbeziehungen überlassener Arbeitnehmer zum Beschäftiger betreffen, sind vom Betriebsrat des Beschäftigerbetriebs einzubringen (*Kuderna*, ASGG² § 54 Anm 4). *Eypeltauer* („Personalleasing“: Feststellungsklage des Betriebsrates des Beschäftigerbetriebes gegen den Überlasser gemäß § 54 Abs 1 ASGG?, WBI 1989, 325) hat zwar die Meinung vertreten, dass dann, wenn im Überlasserbetrieb kein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat des Beschäftigerbetriebs zur Klage gegen den Überlasser legitimiert sei (zust *Kuderna*, ASGG² § 54 Anm 4). Abgesehen davon, dass hier die umgekehrte Konstellation zu beurteilen ist, ist der Senat aber der Ansicht, dass das die Betriebsebene betreffende besondere Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 ASGG nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Intention des Gesetzgebers auf der Ebene des betroffenen Betriebs, also zwischen dem „jeweiligen Arbeitgeber“ und dem ihm gegenüberstehenden Organ der Arbeitnehmerschaft stattzufinden hat, das für diesen Betrieb gewählt wurde. Damit kommt eine Klageführung des Betriebsrats des Überlasserbetriebs gegen den Beschäftiger nicht in Betracht, sodass - ohne dass auf die Argumente der Zweitbeklagten einzugehen wäre - schon aus diesem Grund in Stattgebung der Revision das gegen die Zweitbeklagte gerichtete Klagebegehren abzuweisen ist.

I.2. Die hierauf entfallende Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Im Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 ASGG gelten - wie schon das Berufungsgericht dargelegt hat - die allgemeinen Bestimmungen der ZPO über den Kostenersatz (*Neumayr* in *ZellKomm* § 58 ASGG Rz 1). Die Zweitbeklagte hat Anspruch auf vollen Kostenersatz, der sich mit der Hälfte der von ihr und der Erstbeklagten gemeinsam aufgewendeten Kosten bemisst. Die Beklagten haben aber in erster Instanz keine Kosten und in zweiter Instanz nur Kosten für ihre Berufungsbeantwortung (nicht aber für ihre Berufung) verzeichnet. Wie schon das Berufungsgericht in seinem Berichtigungsbeschluss ON 27 geht der Oberste Gerichtshof von der Annahme aus, dass der Kläger in erster Instanz mit einem Viertel unterlegen und daher für seine Berufung - und damit für die Berufungsbeantwortung der Beklagten - eine Bemessungsgrundlage von 5.450 EUR anzusetzen ist. Dazu kann auf die Ausführungen der zweiten Instanz verwiesen werden. In zweiter Instanz ist die Klägerin in kostenmäßiger Hinsicht als zur Gänze durchgedrungen anzusehen. Für die Revision der Beklagten ist daher aus den ebenfalls schon vom Berufungsgericht in ON 27 angestellten Überlegungen von einer Bemessungsgrundlage von 21.800 EUR auszugehen. Der Zweitbeklagten war die Hälfte der auf dieser Grundlage berechneten Kosten der Revision zuzusprechen.

II. Zur Revision der Erstbeklagten:

II.1. Die Aktivlegitimation des klagenden Betriebsrats ist im Verfahren unstrittig geblieben. Auch die Tatsache, dass im Überlasserbetrieb die betrieblichen und dementsprechend auch die belegschaftsrechtlichen Strukturen unverändert geblieben sind, wurde von den Beklagten nicht in Frage gestellt.

II.2. Zum Einwand der Erstbeklagten, dem Kläger fehle es am Feststellungsinteresse:

Die Erstbeklagte verweist in diesem Zusammenhang auf ihr Vorbringen, dass es sich bei der „Handhabung der Regelungen ab 1. 4. 2006“ aufgrund geänderter Verhältnisse um eine vorübergehende Handhabung bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung handle und die Erstbeklagte ohnedies eine Aufrollung aller Ansprüche auf der Basis der neuen Regelung zugesichert habe. Warum dieses Vorbringen das Feststellungsinteresse des Klägers in Frage stellen soll, ist nicht ersichtlich. Entscheidend ist, dass der Kläger geltend macht, dass die von ihm behaupteten Ansprüche der von der Klage betroffenen Arbeitnehmer nicht erfüllt werden. Damit liegt sein Feststellungsinteresse auf der Hand. Dass die Erstbeklagte eine Neuregelung des Fragenkomplexes anstrebt - wobei naturgemäß nicht feststeht, ob bzw mit welchem Inhalt eine neue Regelung vereinbart werden kann -, ist für das Feststellungsinteresse des Klägers völlig irrelevant.

II.3. Ob anlässlich der Umstrukturierung, die zur Eingliederung der Montagepartien in die Regionalstellen führte, eine mangels Zustimmung des Betriebsrats unzulässige verschlechternde Versetzung erfolgt ist, ist nicht zu prüfen. Wenngleich verschlechternde Versetzungen ohne Zustimmung des Betriebsrats oder deren Ersetzung durch das Gericht in der Regel unwirksam bleiben, ist davon die Frage zu unterscheiden, wie lange dem zur Geltendmachung befugten Arbeitnehmer die Möglichkeit offen steht, die Unwirksamkeit der Versetzung aufzugreifen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist diese Möglichkeit zeitlich begrenzt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem synallagmatischen Charakter des Arbeitsverhältnisses und dem daraus erfließenden Klarstellungsinteresse des Arbeitgebers. Dass die von der behaupteten Versetzung betroffenen Arbeitnehmer die (angebliche) Unzulässigkeit ihrer Versetzung jemals geltend gemacht haben, wurde aber nicht einmal behauptet. Damit kann aber - selbst wenn man von einer unzulässigen verschlechternden Versetzung ausgehen wollte - die Unwirksamkeit dieser Maßnahme angesichts der seit der Umstrukturierung verstrichenen Zeit nicht mehr geltend gemacht werden (9 ObA 122/00g; 8 ObA 93/04s). Im Übrigen zielt ja auch das vorliegende Verfahren nicht auf die Feststellung eines entsprechenden Anspruchs der

betroffenen Arbeitnehmer ab. Schon deshalb kann sich der Kläger zur Untermauerung der von ihm hier geltenden Ansprüche nicht auf die Unzulässigkeit der Versetzung der betroffenen Arbeitnehmer berufen.

II.4. Im Übrigen ist es erforderlich, die hier maßgebenden Rechtsquellen im Einzelnen zu analysieren:

II.4.1. Im Kollektivvertrag, auf den der Kläger (neben den Betriebsvereinbarungen aus 1984 und aus 1999) ebenfalls Bezug nimmt, finden sich die maßgebenden Bestimmungen in § 23 („Reisekostenregelung“). Diese Bestimmung hat - soweit hier von Interesse - in ihrer derzeit geltenden Fassung, die mit Ausnahme der Höhe der einzelnen Ansätze unverändert geblieben und daher maßgebend ist (s S 3 in ON 17), folgenden Wortlaut:

(1) Begriff der Dienstreise bzw Betriebsfahrt

Eine verrechnungsfähige Dienstreise bzw Betriebsfahrt liegt vor, wenn ein Angestellter auf Anordnung seiner vorgesetzten Stelle seinen Dienstort auf länger als 4 Stunden verlässt. Als Dienstort gilt das Gemeindegebiet des Ortes, in dem die ständige Arbeitsstätte liegt. Bei Änderungen des Gemeindegebietes nach dem 1. Jänner 1970 sind mit dem Betriebsrat über den Begriff Dienstort innerbetriebliche Regelungen zu treffen. Eine Betriebsfahrt liegt vor, wenn ein Angestellter ständig wiederkehrende Fahrten oder Wege in Erfüllung seiner Dienstleistung innerhalb der in seinem Unternehmen bestehenden, abgegrenzten oder zwischen Leitung des Unternehmens und Betriebsrat einvernehmlich abzugrenzenden Betriebs- oder Baubereiche durchzuführen hat.

(2) Bemessung der Reisedauer Die Reise beginnt, wenn sie von der Arbeitsstätte aus angetreten wird, mit dem Verlassen der Arbeitsstätte, in allen anderen Fällen mit dem notwendigen Verlassen der Wohnung. Das Gleiche gilt sinngemäß für die Beendigung der Reise.

...

(4) Reiseaufwandsentschädigung Für die Bestreitung des mit einer Dienstreise bzw Betriebsfahrt verbundenen persönlichen Mehraufwandes erhält der Angestellte für jeden vollen Kalendertag (0 bis 24 Uhr) die volle Reiseaufwandsentschädigung. Sie besteht aus dem Taggeld und dem Übernachtungsgeld. Das Taggeld dient zur Deckung der Mehrausgaben für Verpflegung sowie aller mit der Reise verbundenen persönlichen Aufwendungen einschließlich der Trinkgelder für persönliche Bedienung. Das Übernachtungsgeld dient zur Deckung der Unterkunftszahlung bzw bei angeordneten Fahrten während der Nacht für den anfallenden Mehraufwand. Unvermeidliche Mehrauslagen für Übernachtung werden gegen Vorlage der Quartiersrechnung gesondert vergütet. ...

(5) Reiseaufwandsentschädigungssätze

a) das Taggeld beträgt mindestens 48,74 EUR

das Übernachtungsgeld mindestens 25,92 EUR

Zusammen 74,66 EUR

b) Für Betriebsfahrten bleiben die jeweils hierfür geltenden Regelungen aufrecht; dort, wo solche nicht bestehen, können sie neu geschaffen werden. Die Vergütung für Betriebsfahrten darf jedoch bei einer Abwesenheit

von mehr als 12 Stunden mindestens 36,45 EUR

und für auswärtige Nächtigung mindestens 17,11 EUR

pro Nacht nicht unterschreiten.

...

c) Fallen effektive Reisestunden bei angeordneten Dienstreisen und Betriebsfahrten in die dienstfreie Zeit, so gebührt für jede solche begonnene effektive Reisestunde zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung 1/6, an Sonn- und Feiertagen jedoch 1/5 der täglichen Reiseaufwandsentschädigung (Tag- und Übernachtungsgeld).

..."

Aus dieser Bestimmung ergibt sich somit, dass der Kollektivvertrag für eine verrechnungsfähige Dienstreise voraussetzt, dass der Dienstort länger als vier Stunden verlassen wird. Schon der Kollektivvertrag legt aber fest, dass die Reise - wird sie von der Arbeitsstätte aus angetreten - mit dem Verlassen der Arbeitsstätte, in allen anderen Fällen mit dem notwendigen Verlassen der Wohnung beginnt. Dies gilt sinngemäß auch für die Beendigung der Reise.

Der für diesen Rechtsstreit maßgebende Begriff des „Reisesechstels“ ist aus § 25 lit c des Kollektivvertrags abgeleitet. Diese Bestimmung sieht für den Fall, dass bei angeordneten Dienstreisen effektive Reisestunden in die dienstfreie Zeit fallen, für „jede solche begonnene effektive Reisestunde“ zusätzlich zur vorgeschriebenen Reiseaufwandsentschädigung den Anspruch auf 1/6 (an Sonn- und Feiertagen jedoch 1/5) der täglichen Reiseaufwandsentschädigung (Tag- und Übernachtungsgeld) vor. Das "Reisesechstel" ist aber nicht ident mit den im Kollektivvertrag normierten Sätzen für Betriebsfahrten und auch nicht aus diesen Sätzen abgeleitet.

II.4.2. Die bereits oben wiedergegebene Betriebsvereinbarung „Reisekostenregelung“ aus dem Jahr 1984 (in der Folge: BV 1984) ist nach den insoweit von den Parteien nicht in Frage gestellten Ausführungen des Erstgerichts nach wie vor in Kraft. Ihr Punkt 1. übernimmt den im Kollektivvertrag geregelten Begriff der Dienstreise und auch die kollektivvertragliche Anordnung, dass die Dienstreise - je nachdem, von wo sie angetreten wird - mit

dem Verlassen der Arbeitsstätte, gegebenenfalls aber auch mit dem Verlassen der Wohnung, beginnt. Als Dienort der Montagepartien wird „wie bisher“ Innsbruck vereinbart. Unter Punkt 1.4. („Verwendung eigener Kraftfahrzeuge“) wird festgehalten, dass sich die Mitarbeiter der Montagepartien grundsätzlich bereit erklären, für die An- und Abreise zum Arbeitsort bzw. jeweiligen Magazin ihr eigenes Kraftfahrzeug zu verwenden. Die Reiseaufwandsentschädigung wird in Punkt 2. geregelt. Im hier interessierenden Punkt 2.1.1. wird für den Fall einer zumutbaren täglichen Heimkehr (Entfernung Wohnung-Arbeitsstätte bzw. Magazin weniger als 25 km [2.1.]) die effektive Reisezeit bei Verwendung des eigenen Kraftfahrzeugs pro Arbeitstag mit durchschnittlich einer Stunde angenommen und entsprechend mit einem Sechstel bzw. Fünftel des jeweils gültigen Satzes vergütet.

Die zuletzt genannte Bestimmung bedeutet, dass - allerdings nur bei Verwendung eines eigenen Kraftfahrzeugs - die effektive Reisezeit pro Arbeitstag (gemeint offenkundig: für die Anreise von der Wohnung zur Arbeitsstelle und für die Heimreise) mit durchschnittlich einer Stunde pauschaliert wird, woraus sich - insoweit übereinstimmend mit dem Kollektivvertrag - die Honorierung dieser pauschal angenommenen Stunde mit dem Reisesechstel (bzw. dem Reiseumfünftel) ergibt.

Für die Reiseaufwandsentschädigung bei Anreise mit einem Dienstkraftfahrzeug - die durch diese Vereinbarung nicht ausgeschlossen wird - enthält die BV 1984 keine Regelung. Punkt 3.1., der sich auf die Verwendung des eigenen Kraftfahrzeugs bezieht, betrifft nicht die Reiseaufwandsentschädigung, sondern die Fahrtkostenvergütung.

II.4.3. Die Betriebsvereinbarung Reisekostenregelung aus dem Jahr 1999 (in der Folge: BV 1999) wurde zwischen der Erstbeklagten und dem Zentralbetriebsrat abgeschlossen. Da alle Beteiligten von ihrem wirksamen Zustandekommen ausgehen, ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit des Zentralbetriebsrats zum Abschluss dieser Vereinbarung aufgrund einer entsprechenden Kompetenzübertragung iSd § 114 ArbVG gegeben war.

Den Feststellungen ist auch zu entnehmen, dass die nur befristet abgeschlossene Betriebsvereinbarung 15-mal, zuletzt über den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung hinaus, verlängert wurde.

Die Vergütung für Betriebsfahrten ist für Mitarbeiter, deren ständiger Dienort die Regionalstelle ist, und (ua) für die Mitarbeiter der vom Verfahren betroffenen Montagepartien unterschiedlich, nämlich in den Punkten A 4.1. (für die Regionalstellen) und in Punkt C (für die Montagepartien Thaur) geregelt:

Dabei fällt auf, dass - in gewissem Gegensatz zu den Feststellungen über die tatsächliche Handhabung - für die Mitarbeiter, deren ständiger Dienort die Regionalstelle ist, für Betriebsfahrten innerhalb des Regionalstellenbereichs die Anwendung der „Betriebsfahrtsätze laut KV“ normiert wurde; für An- und Heimfahrtszeiten zur Arbeitsstelle außerhalb der Normalarbeitszeit kann je Arbeitstag eine effektive Reisetunde auf Basis des Betriebsfahrtsatzes verrechnet werden. Dazu ist abermals anzumerken, dass - im Gegensatz zu Ausführungen der Vorinstanzen und auch zur Gleichsetzung im Klagebegehren - das im oben dargestellten Sinn definierte „Reisesechstel“ (als Sechstel der täglichen Reiseaufwandsentschädigung [Tag- und Übernachtungsgeld lt. § 23 Abs 5 lit a]) nicht mit dem im Kollektivvertrag geregelten Betriebsfahrtsatz (§ 23 Abs 5 lit b) ident ist.

Für die Mitarbeiter der Montagepartien wird in Punkt C der BV vereinbart, dass bei einer Entfernung bis zu 3 km (Wohnung-Arbeitsstelle) keine Reisekosten verrechnet werden können. Liegt hingegen die anzufahrende Arbeitsstelle bzw. das Magazin über 3 km und bis zu 30 km von der Wohnung entfernt, so gelten die „Betriebsfahrtsätze“ (keine Nächtigung). Bei einer Entfernung von über 30 km gelten die Reisekostensätze (Taggeld und Nächtigung). Schließlich ist festgelegt, dass einziger Mittelpunkt für die Berechnung der 3 km- bzw. der 30 km-Grenze die Wohnung des Mitarbeiters ist.

Dazu ist, da sich der Kläger in seinem das Reisesechstel und den Betriebsfahrtsatz gleichsetzenden Begehren auf diese Regelung beruft, abermals festzuhalten, dass der in Punkt C der Betriebsvereinbarung verwendete, hier auf den Satz ohne Nächtigung eingeschränkte Begriff des „Betriebsfahrtsatzes“ mit dem Reisesechstel nach § 23 Abs 5 lit c des Kollektivvertrags nicht ident ist. Dies zeigt besonders deutlich der Umstand, dass in dieser Regelung der BV 1999 für die Fahrten innerhalb der 30 km-Grenze auf die „Betriebsfahrtsätze“ verwiesen wird, während aber für die über die 30 km-Grenze hinausgehenden Fahrten auf die „Reisekostensätze (Taggeld und Nächtigung)“, und damit auf jenen Satz, der dem Reisesechstel des Kollektivvertrags als Berechnungsgrundlage dient, abgestellt wird.

Schließlich ist in Punkt C der BV 1999 festgehalten, dass „alle sonstigen Vereinbarungen ... ihre Gültigkeit“ behalten.

II.5. Die BV 1984 und 1999 wurden noch vor der Ausgliederung der Zweitbeklagten im Betrieb der Erstbeklagten abgeschlossen. Grundsätzlich finden beim Überlasser abgeschlossene Betriebsvereinbarungen - jedenfalls dann, wenn im Beschäftigterbetrieb keine konkurrierende Betriebsvereinbarung besteht - auf die Ansprüche der überlassenen Arbeitnehmer gegen den Überlasser Anwendung.

Im Zusammenhang mit den genannten Betriebsvereinbarungen ist allerdings strittig, ob die Betriebsparteien mit ihrem Abschluss ihre Regelungsbefugnis überschritten haben. Die Revisionswerberin macht überdies geltend, dass diese Betriebsvereinbarungen für die hier gegenständlichen Ansprüche deshalb nicht mehr anwendbar sind, weil sich die für die Sonderregelungen für die Montagepartien maßgebenden Umstände grundlegend geändert

haben. Auf diese Fragen braucht aber nicht eingegangen zu werden, weil für den dem Klagebegehren des Klägers zugrunde liegenden Rechtsstandpunkt aus diesen Betriebsvereinbarungen (wie immer man sie beurteilen mag) aus folgenden Überlegungen ohnedies nichts zu gewinnen ist:

II.6. In Punkt 1. des Klagebegehrens begehrt der Kläger die Feststellung, „*dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten, welche auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihre Wohnung länger als vier Stunden verlassen, unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel bei einer Entfernung bis zu 30 km vom Wohnort Anspruch auf eine 'effektive Reisetunde' als Reisesechstel in Höhe des Betriebsfahrtensatzes sowohl für die Hinfahrt als auch für die Rückfahrt zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung haben, wenn die Reisezeit jeweils in die dienstfreie Zeit fällt*“.

Die Formulierung dieses Begehrens macht deutlich, dass der Kläger dabei sowohl auf den Kollektivvertrag als auch auf die Betriebsvereinbarungen Bezug nimmt. Der in diesem Begehren umschriebene Anspruch knüpft offenkundig - allerdings in teilweise unzutreffender Weise - an den Dienstreisebegriff des Kollektivvertrags an; die Beschränkung auf „Entfernungen bis zu 30 km“ ist der BV 1999 entnommen.

Wie das Erstgericht (vom Berufungsgericht missverstanden) richtig erkannt hat, liegt aber eine Dienstreise im Sinne des Kollektivvertrags nur dann vor, wenn der Angestellte seinen Dienstort länger als vier Stunden verlässt. Die Bezugnahme auf das mindestens vierstündige Verlassen (allein) des Wohnorts ist daher unzutreffend. Daran kann die BV 1999 (wie immer man sie beurteilen mag), nach der „*einzigster Mittelpunkt*“ für die 3 km- bzw 30 km-Grenze die Wohnung des Mitarbeiters ist, nichts ändern. Diese Grenze ist nur für eine zur Arbeitsstelle zurückzulegende Fahrtstrecke maßgebend. Sie ändert aber nichts daran, dass auch dieser BV, die ausdrücklich „*alle sonstigen Vereinbarungen*“ als weiter geltend bezeichnet, erkennbar der Dienstreisebegriff des Kollektivvertrags zugrunde liegt. Es trifft auch nicht zu, dass für die betroffenen Arbeitnehmer kein Dienstort bestand. Vielmehr war ein solcher ausdrücklich vereinbart worden. Die Dienstreise kann aber - wie der Kollektivvertrag klarstellt - auch vom Wohnort begonnen werden, wobei die Anwendung der Regelung der BV 1999 zur Voraussetzung hat, dass die dabei von der Wohnung zur Arbeitsstelle zurückgelegte Wegstrecke über 3 km lang, aber nicht länger als 30 km ist. Zudem lässt sich der Punkt 1. des Klagebegehrens schon deshalb nicht mit der BV 1999 begründen, weil in dieser für die vom Begehren erfassten Fahrten innerhalb der 30 km-Grenze nicht auf das im Begehren angesprochene „*Reisesechstel*“, sondern auf die Betriebsfahrtensätze des Kollektivvertrags abgestellt wird. Auch die in der BV 1999 normierte 3 km-Grenze, bei deren Unterschreiten kein Anspruch des Arbeitnehmers besteht, ist im Klagebegehren laut Punkt 1. nicht berücksichtigt.

Mit Ausnahme der fehlenden Bezugnahme auf das mindestens vierstündige Verlassen des Dienstorts erweist sich aber der mit dem Klagebegehren laut Punkt 1. geltend gemachte Anspruch aufgrund des Kollektivvertrags als berechtigt: Der Kollektivvertrag normiert in § 23 Abs 5 lit c für den Fall einer Dienstreise iSd § 23 Abs 1 den Anspruch auf das „*Reisesechstel*“, wenn effektive Reisetunden in die dienstfreie Zeit fallen. Diese Voraussetzung ist bei der vom Klagebegehren umfassten Fahrt vom Wohnort zur Arbeitsstelle (bzw wieder zurück) gegeben. Da der Kollektivvertrag schon für die begonnene Stunde den Anspruch auf das Reisesechstel normiert, das Klagebegehren laut Punkt 1. aber nicht mehr als den Anspruch auf „*eine 'effektive' Reisetunde als Reisesechstel*“ geltend macht, ist das Klagebegehren durch den Kollektivvertrag auch in dieser Hinsicht gedeckt. Auch auf die Benützung eines bestimmten Verkehrsmittels stellt die hier anzuwendende Regelung des Kollektivvertrags nicht ab. Das allfällige Unterschreiten der 3 km-Grenze steht der Stattgebung des Klagebegehrens ebenfalls nicht im Wege, weil die BV 1999 den kollektivvertraglichen Anspruch der Arbeitnehmer nicht schmälern kann. Mit der BV 1999 verbundene Vorteile der Arbeitnehmer, die die Verschlechterung der kollektivvertraglichen Regelung durch die Einführung einer Untergrenze für den Anspruch auf Reiseaufwandsentschädigung aufwiegen könnte, sind nicht ersichtlich. Unklar bleibt allerdings die im Begehren vorgenommene Gleichsetzung von „*Reisesechstel*“ und „*Betriebsfahrtensatz*“, die mit den Termini des Kollektivvertrags nicht im Einklang steht, aber möglicherweise durch einen abweichenden Sprachgebrauch erklärbar ist.

II.7. In Punkt 2. des Klagebegehrens begehrt der Kläger die Feststellung, „*dass Angestellte als Mitglieder der Montageeinheiten unabhängig von einer Mindestabwesenheit auf Anordnung ihrer vorgesetzten Stelle ihren Wohnort in einer Entfernung von über 3 km bis 30 km verlassen, Anspruch auf eine effektive Reisetunde als 'Reisesechstel' in Höhe des Betriebsfahrtensatzes zusätzlich zur vorgesehenen Reiseaufwandsentschädigung - unabhängig vom verwendeten Verkehrsmittel - haben, wenn entweder die Ankunft zu Hause oder die Abfahrt von zu Hause in die dienstfreie Zeit fällt*“.

Dieses Begehren unterscheidet sich vom Begehren laut Punkt 1. durch das Fehlen einer Bezugnahme auf die Notwendigkeit der mehr als vierstündigen Dauer der Dienstreise und durch die Bezugnahme auch auf die in der BV 1999 normierte 3 km-Untergrenze für den Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer. Wie oben ausgeführt, besteht aber der geltend gemachte Anspruch nur im Falle des Vorliegens einer Dienstreise im Sinn des Kollektivvertrags, also im Fall der mehr als vierstündigen Abwesenheit vom Dienstort. Das Klagebegehren in diesem Sinn zu modifizieren, würde dazu führen, dass es - mit Ausnahme der Bezugnahme auf die 3 km-Untergrenze - mit dem (im Sinn der obigen Ausführungen modifizierten) Klagebegehren laut Punkt 1. ident wäre bzw dass es durch die Bezugnahme auf die 3 km-Untergrenze in seiner Reichweite hinter einem derart modifizierten Begehren laut Punkt 1. zurückbliebe. An einem zweiten Klagebegehren, das mit dem ersten

weitgehend ident ist, aber in seiner Reichweite in einem Detail hinter diesem zurückbleibt, besteht aber kein rechtliches Interesse.

II.8. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass der geltend gemachte Anspruch der hier betroffenen Arbeitnehmer - allerdings abgesehen von der fehlenden Bezugnahme auf die mindestens vierstündige Abwesenheit vom Dienort - berechtigt ist. Allerdings geben die Klagebegehren des Klägers aus den dargestellten Gründen diesen Anspruch nur teilweise (nämlich ohne die erforderliche Bezugnahme auf die mehr als vierstündige Abwesenheit vom Dienort) oder mehrdeutig (durch die Gleichsetzung der Begriffe „Reisesechstel" und „Betriebsfahrtsatz") wieder. Eine sofortige Entscheidung in der Sache kommt vor diesem Hintergrund nicht in Betracht, und zwar weder im Sinne einer Abweisung noch im Sinne einer Stattgebung des Klagebegehrens in geänderter Form. Zum einen geht die notwendige Umformulierung bzw Zusammenziehung der Klagebegehren über eine bloße Richtig- bzw Klarstellung hinaus. Zum anderen darf der Oberste Gerichtshof die Parteien mit seiner hier vertretenen Rechtsauffassung nicht überraschen. Das die Erstbeklagte betreffende Urteil ist daher aufzuheben. Das Erstgericht, an das die Arbeitsrechtssache zurückzuverweisen ist, wird die hier vertretene Rechtsauffassung mit den Parteien zu erörtern und dem Kläger Gelegenheit zu geben haben, sein Klagebegehren entsprechend zu modifizieren.

Der Vorbehalt der hierauf entfallenden Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

Zu Fall 9

OLG Wien 18.1.2010, 9 Ra 129/09w

1. Anders als das erste Hauptstück des KSchG ist beim zweiten Hauptstück, das die Verbandsklage betrifft, das Arbeitsrecht nicht ausgenommen. Aus dieser systematischen Stellung ergibt sich, dass der Anwendungsbereich der §§ 28 ff KSchG nicht auf Verbrauchergeschäfte beschränkt ist.
2. Aufgrund der Schutzbedürftigkeit der AN entspricht die Interessenlage im Arbeitsrecht derjenigen im Verbraucherrecht.
3. Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch ist neben der Unzulässigkeit der AGB-Klauseln, die Verwendung dieser AGB im geschäftlichen Verkehr, was unter Rückgriff auf § 1 UWG zu auszulegen ist.
4. Zu § 54 ASGG bestehen wesentliche Unterschiede. § 54 ASGG erlaubt nur eine Feststellungsklage, während §§ 28 ff KSchG einen Unterlassungsanspruch gewähren. Damit kann die Weiterverwendung rechtswidriger Klauseln verhindert werden.
5. Die §§ 28 ff KSchG sind *leges specialis* zu § 54 ASGG. Dem steht der Kodifikationscharakter des ASGG nicht entgegen, weil dieses nur das Verfahren regelt, § 28 KSchG wird jedoch als materiell-rechtliche Regel verstanden.
6. Für die Zuständigkeit ist § 50 Abs 1 ASGG analog anzuwenden, was zur Zuständigkeit des ASG führt. Die ansonsten bestehende Zuständigkeit des Handelsgerichts ist teleologisch zu reduzieren.

Zu Fall 10

OLG Wien 15.5.2009, 9 Ra 34/09z

Auch wenn der Arbeitgeber kollektivvertraglich verpflichtet ist, jedem seiner Arbeitnehmer einen kostenlosen Parkplatz zur Verfügung zu stellen, ist er in der Wahl des Zufahrtssystems frei und kann dieses auch jederzeit ändern.

Erfolgt die Zufahrt zum Parkhaus nach dem neuen System nunmehr mittels einer personenbezogenen Parkkarte, liegt darin weder ein Kontrollsystem iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG noch ein Personaldatensystem iSd § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG, dessen Einführung die Zustimmung des Betriebsrats erfordert hätte.

Kein Rechtsanspruch durch betriebliche Übung

Bei der Benützungsmöglichkeit des Parkhauses mit einer bestimmten Art von Parkkarten handelt es sich nicht um eine sogenannte entgeltlose Leistung, sondern um eine entgeltferne Leistung, bei der der Maßstab an die Konkludenz höher anzusetzen ist. Die betroffenen Arbeitnehmer durften nicht darauf vertrauen, dass ein bestimmtes Zufahrtssystem unter Verwendung bestimmter Parkkarten in unveränderter Weise für alle Zukunft bestehen bleiben sollte. Es handelt sich nämlich bloß um den Ausübungsmodus des hier kollektivvertraglich eingeräumten Rechts der kostenlosen Parkplatzbenützung. Den betroffenen Arbeitnehmern musste klar sein, dass die Art der zu verwendenden Parkkarten durch den Arbeitgeber änderbar ist.

Eine Anspruchs begründung durch betriebliche Übung scheidet daher aus. Die Voraussetzungen des § 863 Abs 1 ABGB liegen nicht vor, weil die Arbeitnehmer sehr wohl einen "Grund zu zweifeln" hatten, der Arbeitgeber wolle sich zur Weiterführung des bisherigen Zufahrtssystems auch für alle Zukunft verpflichten. Bei dieser Beurteilung ist auf den Horizont eines redlichen Erklärungsempfängers abzustellen. Dementsprechend begründet die konkrete Ausgestaltung des Zufahrtssystems durch den Arbeitgeber keine nur im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern abänderbare Rechtsposition.

Im vorliegenden Fall geht es auch nicht um den Umfang der Parkhausbenützungsmöglichkeit (etwa im Sinne einer Erweiterung des kollektivvertraglichen Rechts), sondern bloß um die operative Durchführung im Sinne der Ausgestaltung des Zutrittssystems.

Keine Kontrollmaßnahme

Auch die Berufung des BR auf § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG geht fehl. Nach dieser Bestimmung bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des BR, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren.

Bei Verletzung des Zustimmungsrechts des BR nach § 96 Abs 1 ArbVG gewährt die Rechtsprechung dem BR einen Unterlassungs-, Beseitigungs- bzw Feststellungsanspruch gegen den Betriebsinhaber mit dem Ziel, den rechtmäßigen Zustand herzustellen. Auch dem einzelnen Arbeitnehmer wird die Geltendmachung eines Unterlassungs-, Beseitigungs- bzw Feststellungsanspruchs eingeräumt. Die Betriebsverfassung gewährt - bezogen auf den vorliegenden Fall - jedoch keinen Anspruch auf Beibehaltung des konkreten bisherigen Zufahrtssystems, sondern nur einen Anspruch auf ein Zufahrtssystem, das die Menschenwürde nicht berührt.

Im Übrigen ist im neuen Zufahrtssystem keine zustimmungspflichtige Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zu erblicken: Bei derartigen Kontrollmaßnahmen geht es um vonseiten des Betriebsinhabers veranlasste Regelungen, die insbesondere vorschreiben, wann, unter welchen Umständen und auf welche Weise Arbeitnehmer beim Betreten oder Verlassen des Betriebs oder bestimmter Betriebsteile, ferner während ihrer Arbeitsleistung oder überhaupt während ihres Aufenthalts im Betrieb zu irgendeinem Zweck überprüft werden. Es muss sich um eine betriebsbezogene Kollektiv-Kontrolle handeln. Im vorliegenden Fall bezweckt das Zufahrtssystem nicht die Kontrolle der Arbeitnehmer, sondern die Regelung der Ein- und Ausfahrt in das nicht vom Arbeitgeber selbst betriebene Parkhaus.

Selbst wenn es sich um eine Kontrollmaßnahme handeln würde, würde sie nicht die Menschenwürde berühren: Die Menschenwürde wird von einer Kontrollmaßnahme oder einem Kontrollsystem dann berührt, wenn dadurch die vom Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachte Privatsphäre kontrolliert wird. Von der Privatsphäre abgesehen kann aber auch durch die Kontrollintensität der Arbeitsleistung und des arbeitsbezogenen Verhaltens des Arbeitnehmers eine Berührung der Menschenwürde bewirkt werden, und zwar vor allem dann, wenn diese Kontrolle in übersteigerter Intensität organisiert wird und jenes Maß überschreitet, das für Arbeitsverhältnisse dieser Art typisch und geboten ist. Allein in der Erfassung der Arbeitszeit, an der dem Arbeitgeber ein durch den Arbeitsvertrag vorgegebenes Interesse zuzubilligen ist, kann auch keine Beeinträchtigung der in den Betrieb eingebrachten Persönlichkeit des Arbeitnehmers erblickt werden (vgl OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06d, ARD 5754/1/2007).

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht einmal um die Kontrolle der Arbeitszeit, sondern um die Regelung der Zu- und Abfahrt vom Parkhaus.
Kein Personaldatensystem

Entgegen den Behauptungen des BR liegt auch kein zustimmungspflichtiges Personaldatensystem iSd § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG vor. Nach dieser Bestimmung bedarf die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen, der Zustimmung des BR, es sei denn, die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten geht über die Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinaus, die sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag ergeben.

Im vorliegenden Fall fehlt es schon an einem "System"; bei diesem Tatbestand geht es nämlich um das Sammeln und Auswerten von Daten nach einem vorgegebenen Konzept. Hier geht es auch nicht um die Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer, sondern um die bloße Regelung der Zu- und Abfahrt aus dem Parkhaus.
Keine Verletzung kollektivvertraglicher Rechte

Der BR hat sich aber auch ausdrücklich auf die Verletzung kollektivvertraglicher Rechte durch das neue Zufahrtssystem berufen. Auch eine solche liegt allerdings nicht vor: Der Arbeitgeber stellt auch im Rahmen des neuen Zufahrtssystems jedem Arbeitnehmer einen kostenlosen Parkplatz zur Verfügung. Bei Fahrgemeinschaften wird per definitionem nur ein Parkplatz benötigt. Jeder Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, für sich die Variante der individuellen Einzelkarte zu wählen. Im Ergebnis müssen sich die Arbeitnehmer entscheiden, ob sie die Einzelkarte möchten oder eine Karte für eine Fahrgemeinschaft. Eine Kombinationsmöglichkeit der beiden Varianten existiert nicht. Aus dem KV ist nämlich ein Recht jedes Arbeitnehmers, die beiden angebotenen Varianten auch kombinieren zu können, nicht ableitbar.

Bei der Auslegung kollektivvertraglicher Bestimmungen ist im Zweifel davon auszugehen, dass die KV-Parteien vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelungen, verbunden mit einem Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen, treffen wollten. Diesen Auslegungsgrundsätzen würde es widersprechen, anzunehmen, die KV-Parteien hätten den Arbeitnehmern auch das Recht einräumen wollen, sich gleichsam die "Rosinen" aus beiden Optionen herauspicken zu dürfen, indem sie täglich entscheiden können, ob sie das Parkhaus als Teil einer Fahrgemeinschaft oder bloß alleine mit dem eigenen Fahrzeug benutzen wollen. (Revision unzulässig)

Zu Fall 11

OGH 26.5.2010, 9 ObA 121/08x

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Zeitler und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG Stab, Margareten Straße 166, 1050 Wien, vertreten durch die Freimüller/Noll/Obereder/Pilz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung gemäß § 54 Abs 1 ASGG (Streitwert 36.000 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Mai 2008, GZ 7 Ra 41/08p-22, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 28. August 2007, GZ 28 Cga 227/05i-18, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.959,48 EUR (darin 326,58 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Mit Wirkung vom 2. 3. 1981 trat für den Zentraldienst der Österreichischen Bundesbahnen (Generaldirektion, Zentralstellen, Bundesbahndirektionen) die Dienstzeitregelung 10073-22-1981 in Kraft, die auszugsweise wie folgt lautete:

„1. Der Zeitpunkt des Dienstbeginnes an jedem Arbeitstag wird innerhalb eines zeitlichen Rahmens von 6.30 Uhr bis 8.30 Uhr nach Diensteszulässigkeit der selbständigen Entscheidung jedes im Zentraldienst verwendeten Bediensteten der Sonderdienstplangruppe S anheimgestellt.

2. Die tägliche Arbeitsdauer beträgt von Montag bis Donnerstag mindestens 8 Stunden (= Sollzeit) und kann bis zu 9 Stunden ausgedehnt werden. ... In den angegebenen Dienststunden ist Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens in einem zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß zu geben, wobei auch an Freitagen ausnahmslos nach der Mahlzeit zum Arbeitsplatz zurückzukehren ist.

3. - 7. ...“

Mit Wirkung vom 1. 1. 1997 trat die Dienstzeitregelung 23701-1-1996 für die Mitarbeiter der Geschäftsbereichsabteilungen, Zentralbereichsleitungen, Unternehmensstäbe, Regionalleiter (incl. Sekretariat und PRC-Mitarbeiter) sowie anderer Leitungen von operativen Einheiten der 1. Berichtsebene innerhalb der Geschäfts- und Zentralbereiche in Kraft. Diese enthielt unter anderem folgende Regelungen:

„1. Die wöchentliche Sollzeit beträgt 40 Stunden, die tägliche Arbeitsdauer beträgt grundsätzlich 8 Stunden (=Sollzeit) und kann bis zu höchstens 9 Stunden ausgedehnt werden. Das Dienstende von Montag bis Donnerstag ist frühestens 15.30 Uhr. Der Zeitpunkt des Dienstbeginnes an jedem Arbeitstag kann innerhalb des Zeitraumes von 6.30 Uhr bis 8.30 Uhr von jedem Bediensteten der Sonderdienstplangruppe S selbständig festgelegt werden. ...

2. In den angegebenen Dienststunden ist Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens in einem zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß zu geben, wobei auch an Freitagen ausnahmslos nach der Mahlzeit zum Arbeitsplatz zurückzukehren ist.

3. - 4. ...

5. ... Die Dienstanweisung 10073-22-1981 vom 24. 2. 1981 wird mit Wirkung vom 1. 1. 1997 für die von der gegenständlichen Dienstzeitregelung betroffenen Mitarbeiter außer Kraft gesetzt.“

Aufgrund dieser Dienstanweisungen hatten die Mitarbeiter der Sonderdienstplangruppe S die Möglichkeit, das Mittagessen in der bezahlten Arbeitszeit einzunehmen. Die Essenseinnahme dauerte im Durchschnitt 20 bis 30 Minuten. Im Jahr 2005 waren ca 1.000 Beschäftigte der Beklagten im Zentraldienst tätig und Mitarbeiter der Sonderdienstplangruppe S.

Im „Kollektivvertrag zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB“ vom 12. 12. 2004 findet sich unter anderem folgende Bestimmung:

„§ 6 Ruhepausen:

1. Stationärer Dienst:

...

Bei einer Tagesarbeitszeit von bis zu 6 Stunden ist keine unbezahlte Ruhepause, bei einer Tagesarbeitszeit von bis zu 8 Stunden ist eine unbezahlte Ruhepause bis höchstens 60 Minuten und bei längerer Tagesarbeitszeit ist eine unbezahlte Ruhepause von höchstens 90 Minuten vorzusehen.

2. - 4. ...

5. Die Lage der Ruhepausen ist in einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG zu vereinbaren.

Betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen, Kurzpausen, Ruhepausen oder Ruhepausenteile, deren zeitliche Lage nicht festgelegt werden kann - z.B. je nach Arbeitsaufkommen verschiebbare Ruhepausen oder Ruhepausen im Zug - oder solche, die dem Regenerationsgedanken nicht Rechnung tragen, dürfen nicht als Ruhepausen bewertet werden und gelten als Arbeitszeit.“

Am 23. 12. 2004 wurde zwischen dem Vorstand der ÖBB-Holding AG, der Geschäftsführung der ÖBB-Dienstleistungs GmbH und dem Konzernbetriebsrat der Österreichischen Bundesbahnen eine „Rahmenbetriebsvereinbarung zur Einführung von Gleitzeitmodellen“ abgeschlossen, die auszugsweise wie folgt lautet:

„Gegenstand und Geltungsbereich

§ 1. ...

Diese Rahmenbetriebsvereinbarung regelt die Grundsätze für die Einführung von Gleitzeitarbeit. Auf ihrer Basis sind für die einzelnen Betriebe konkretisierende Regelungen durch den Betriebsinhaber zu treffen.

...“

„Kernzeit

§ 3. ...

Die Kernzeit ist vom Betriebsinhaber für Montag bis Donnerstag zwischen 8.30 Uhr und 15.30 Uhr, für Freitag zwischen 8.30 Uhr und 12.00 Uhr festzulegen. Beträgt die Gesamtdauer der Tagesarbeitszeit mehr als sechs Stunden, ist die Arbeitszeit durch eine Ruhepause zu unterbrechen. Wird die Pause zeitlich genau festgelegt, ist sie nicht zu bezahlen. Kann der Beginn und das Ende nicht genau festgelegt werden oder hat der Mitarbeiter die Pause nach Diensteszulässigkeit innerhalb eines Pausenkorridders zu halten, ist sie voll zu bezahlen.

...“

„Inkrafttreten, Schluss- und Übergangsbestimmungen

§ 13. ...

Diese Betriebsvereinbarung ersetzt die Betriebsvereinbarung gemäß Art 7 des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 betreffend 'Dienstzeitregelung für die Mitarbeiter der Geschäftsbereichsleitungen, Zentralbereichsleitungen, Unternehmensstäbe, Regionalleiter (incl. Sekretariat und PRC-Mitarbeiter) sowie anderer Leitungen von operativen Einheiten der 1. Berichtsebene innerhalb der Geschäfts- und Zentralbereiche' (Z1. 23701-1-1996 vom 18. 12. 1996) sowie 'Dienstzeitregelung im Zentraldienst' (Z1. 10073-22-1981 vom 24. 2. 1981).

...“

Am 10. 3. 2005 wurde von der Beklagten auf Basis der Rahmenbetriebsvereinbarung zur Einführung von Gleitzeitmodellen für die Mitarbeiter ab 4. 4. 2004 (gemeint 4. 4. 2005) folgende Gleitzeitregelung festgelegt:

....

Pause: 30 Minuten unbezahlt im Zeitraum zwischen 11.00 Uhr und 13.00 Uhr bei einer Tagesarbeitszeit von über 6 Stunden festgelegt lt. beiliegender Liste (Anhang zur Gleitzeitregelung).

...“

Diese Gleitzeitregelung wurde nur von Beklagtenseite unterschrieben. Für den Betriebsrat war zwar ebenfalls die Unterfertigung vorgesehen, diese ist jedoch bisher nicht erfolgt. Aufgrund der Gleitzeitregelung wurden in den einzelnen Organisationseinheiten der Beklagten Listen erstellt, in denen die Mitarbeiter im Pausenkorrridor von 11:00 Uhr bis 13:00 Uhr ihre Pause festlegen können.

Ab Mai/Juni 2005 wurde jenen Mitarbeitern, die bis zu diesem Zeitpunkt aufgrund der vorgenannten Dienstanweisungen die Möglichkeit der Essenseinnahme während der Arbeitszeit gehabt hatten, 30 Minuten pro Tag im Zeiterfassungssystem abgebucht, wenn sie länger als sechs Stunden pro Tag arbeiteten. Wenn nun ein Mitarbeiter seine Mittagspause im Einklang mit der Gleitzeitregelung und der erstellten Listen hält, bekommt er diese Pause nicht bezahlt. Lediglich bei einer Überschreitung des Pausenkorridders oder einer kurzfristigen Verschiebung der Pause besteht für den Mitarbeiter die Möglichkeit, die Verschiebung der Mittagspause bekanntzugeben, was deren Bezahlung zur Folge hat. Davon wird jedoch nur vereinzelt Gebrauch gemacht.

Der klagende Betriebsrat begehrt mit der vorliegenden Klage gemäß § 54 Abs 1 ASGG die Feststellung, dass jene Arbeitnehmer der Beklagten, die vor dem 1. 1. 2005 Arbeitnehmer der ÖBB gewesen seien, und auf deren Dienstverhältnis die Dienstanweisung 23701-1-1996 zur Anwendung gelangt sei, weiterhin Anspruch auf bezahlte Mittagspausen haben. Diese Frage stelle sich für mehr als 500 Angestellte der Beklagten. Mit Anfang Jänner 2005 habe die Beklagte in Abkehr von der Dienstanweisung 23701-1-1996 eine 30-minütige Mittagspause angeordnet, die nicht mehr als Arbeitszeit angerechnet und daher auch nicht bezahlt werde. Die Dienstverträge der ÖBB-Angestellten beruhen auf in der jeweils geltenden Fassung zur Anwendung kommenden Vertragsschablonen, die Inhalt der Einzelverträge der Beschäftigten geworden seien. Dies gelte auch für die Regelung der Mittagspause gemäß Dienstanweisung 23701-1-1996. Bei dieser Regelung handle es sich nicht um eine Arbeitszeit-, sondern um eine Entgeltregelung. Die Nichtbezahlung der Mittagspause komme einer Anhebung der Wochenarbeitszeit um rund zweieinhalb Stunden gleich und führe aus diesem Grund zu einer Kürzung der Bezüge um etwa 6,25 %. Damit werde gegen den Grundsatz der Unverkürzbarkeit der Bezüge verstoßen. Die auf einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Belegschaftsvertreter beruhende Dienstanweisung 23701-1-1996 sei gemäß Art 7 Abs 4 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 ab 1. 1. 2004 in eine Betriebsvereinbarung übergegangen, jedoch nur bezüglich ihres rein arbeitszeitrechtlichen Inhalts. Bei der Frage, ob eine Mittagspause bezahlt werde, handle es sich um keinen zulässigen Regelungsgegenstand einer echten Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG. Eine Änderung der Einzelverträge sei daher nicht möglich gewesen. Das Monatsentgelt der Arbeitnehmer sei auch kraft Dienstordnung unverkürzbar. Die Beklagte habe im Übrigen auch nach dem 31. 12. 2004 bis zum Juni 2005 die bisherige Praxis aufgrund der Dienstanweisung

23701-1-1996 aufrechterhalten. Auch auf Grundlage dieser Übung haben die einzelnen Arbeitnehmer Anspruch auf Bezahlung einer halbstündigen Mittagspause.

Die Beklagte bestritt das Klagevorbringen, beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass sich die Bediensteten dem in den jeweiligen Verleihungsschreiben enthaltenen Hinweis, dass auf das Dienstverhältnis die Dienstordnung sowie die sonstigen für die Bediensteten jeweils geltenden Bestimmungen Anwendung finden, unterworfen haben. Diese „Jeweils-Klausel“ gebe dem Arbeitgeber eine nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und nach billigem Ermessen auszuübende Regelungsbefugnis auf einzelvertraglicher Ebene, wobei nicht nur verbessernde, sondern auch verschlechternde Bestimmungen von diesem Gestaltungsrecht erfasst seien. Gemäß Art 7 Abs 4 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 mutierten alle Vereinbarungen über Rechte und Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit vor dem Inkrafttreten des Bahn-Betriebsverfassungsgesetzes (BBVG) errichteten Personalvertretungsorganen zu echten Betriebsvereinbarungen mit allen Konsequenzen, insbesondere auch hinsichtlich der Beendigungsmöglichkeit. Damit sei auch die Dienstanweisung 23701-1-1996 ab 1. 1. 2004 zu einer Betriebsvereinbarung geworden, die schließlich mit Zustimmung des Rechtsvorgängers des Klägers aufgehoben und durch die Rahmenbetriebsvereinbarung zur Einführung von Gleitzeitmodellen vom 23. 12. 2004 ersetzt worden sei. Seit dem 1. 1. 2005 gelange auf die Arbeitsverhältnisse der Nachfolgeunternehmen der ÖBB, also auch auf die Beklagte, das Arbeitszeitgesetz (AZG) zur Anwendung. Seither bestehe gemäß § 11 AZG die Verpflichtung zur Einhaltung einer Pause, also eines Zeitraums, der nicht zur Arbeitszeit zähle und daher auch nicht zu entlohnen sei. Die Dienstanweisung 23701-1-1996 habe keine Ruhepause im arbeitsrechtlichen Sinn eingeräumt. Die Arbeitnehmer seien auch während der Einnahme der Mahlzeit der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers unterworfen gewesen. Es habe kein Anspruch bestanden, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Mahlzeit einzunehmen. Gelegenheit zur Einnahme des Mittagessens sei auch nur in einem zeitlich unumgänglichen Ausmaß eingeräumt worden. Zu einer besonderen betrieblichen Übung im Zusammenhang mit dem Mittagessen sei es nicht gekommen; es habe zu jeder Zeit ohnehin Regelungen dieser Frage gegeben. Der Vorwurf eines Eingriffs in die Unverkürzbarkeit der Bezüge sei unbegründet. Bei der angeblichen Gehaltsreduktion handle es sich um ein bloßes Zahlenspiel des Klägers. Die wöchentlich zu erbringende Normalarbeitszeit von 40 Stunden habe sich nicht geändert. Selbst wenn man aber die vom Kläger angenommene Gehaltskürzung zugrundelege, übersteige sie nicht das zur wirtschaftlichen Sanierung der Beklagten zulässige Maß und sei auch sonst nicht unbillig.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Zugrundelegung des eingangs wiedergegebenen Sachverhalts ab. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass es durch die mit dem Regelungstatbestand des § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG im Einklang stehende Rahmenbetriebsvereinbarung zur Einführung von Gleitzeitmodellen und durch die darin enthaltene Ermächtigung des Arbeitgebers, weitere Regelungen zu den Gleitzeitbedingungen zu treffen, zwar zu einer Verschlechterung der Stellung der Mitarbeiter der Beklagten gekommen sei, weil diese nun nicht mehr Anspruch auf eine Einnahme des Mittagessens während der Arbeitszeit haben. Diese Verschlechterung sei aber, wenn man eine durchschnittliche Dauer von 20 bis 30 Minuten für die Einnahme des Mittagessens zugrundelege, zumutbar und verstoße nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil keine Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zu lösen gewesen sei. Es sei richtig, dass Entgeltfragen nicht Regelungsgegenstand von Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG sein können. Um Entgeltregelungen gehe es jedoch hier nicht, sondern um arbeitszeitrechtliche Belange. Die Dienstanweisung 23701-1-1996 sei daher gemäß Art 7 Abs 4 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 ab 1. 1. 2004 zu einer Betriebsvereinbarung im Sinn des ArbVG geworden. Diese Betriebsvereinbarung sei dann von der späteren Rahmenbetriebsvereinbarung zur Einführung von Gleitzeitmodellen abgelöst worden. Mit der Einführung der Gleitzeit per 4. 4. 2005 habe der Anspruch der Arbeitnehmer auf eine bezahlte Mittagspause geendet. Aufgrund des kollektiven Charakters der Arbeitszeitregelung bei der Beklagten sei das Entstehen einer betrieblichen Übung auf eine bezahlte Mittagspause nicht möglich gewesen. Die Beklagte habe nach Einführung des Gleitzeitsystems nicht den konkludenten zweifelsfreien Eindruck erweckt, sie wolle den Arbeitnehmern weiterhin bezahlte Mittagspausen gewähren. Auch aus dem Generalkollektivvertrag ergebe sich für die Arbeitnehmer der Beklagten weder ein Anspruch auf ein Mittagessen während der Arbeitszeit noch auf eine bezahlte Mittagspause. Eine unzumutbare Gehaltsreduktion sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, in eventu wegen sekundärer Verfahrensmängel infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Aktenwidrigkeit, mit dem Abänderungsantrag, dem Klagebegehren stattzugeben.

Die Beklagte hat bereits vor der Mitteilung des Obersten Gerichtshofs, dass ihr eine Beantwortung der Revision freistehe, zulässigerweise eine Revisionsbeantwortung eingebracht. Darin beantragt sie, die Revision des Klägers mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben. Da dem Revisionsgegner nur eine Beantwortung zusteht, war von einer Mitteilung gemäß § 508a Abs 2 ZPO Abstand zu nehmen (vgl. RIS-Justiz RS0007546, RS0043659 ua) und es konnte sogleich über die Revision entschieden werden.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision des Klägers ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, sie ist jedoch nicht berechtigt.

Der klagende Betriebsrat begehrt mit der vorliegenden Klage die Feststellung, dass jene Arbeitnehmer der Beklagten, die vor dem 1. 1. 2005 Arbeitnehmer der ÖBB gewesen seien und auf deren Dienstverhältnis die Dienstanweisung 23701-1-1996 zur Anwendung gelangt sei, weiterhin Anspruch auf bezahlte Mittagspausen haben. Die Klageführung wird ausdrücklich auf § 54 Abs 1 ASGG gestützt. Danach können in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG die parteifähigen Organe der Arbeitnehmerschaft im Rahmen ihres Wirkungsbereichs sowie der jeweilige Arbeitgeber auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen, die mindestens drei Arbeitnehmer ihres Betriebs oder Unternehmens betreffen, klagen oder geklagt werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 54 Abs 1 ASGG und die daraus abgeleitete Klagelegitimation des Klägers sind im vorliegenden Verfahren nicht strittig.

Die Formulierung des Klagebegehrens ist etwas ungenau und geht über das, was den Arbeitnehmern der ÖBB früher zustand, hinaus. Mit der begehrten Feststellung, dass einer näher bezeichneten Gruppe von Arbeitnehmern „weiterhin“ einen Anspruch „auf bezahlte Mittagspausen“ habe, wird in Verbindung mit dem Vorbringen, die Klage sei notwendig, weil die Beklagte ein den Arbeitnehmern ursprünglich zustehendes Recht nicht mehr gewähre, unterstellt, diese Arbeitnehmer hätten früher einen Anspruch „auf bezahlte Mittagspausen“ gehabt. Dies ist jedoch in dieser Form nicht richtig. Tatsächlich (und insoweit auch unstrittig) hatten die genannten Arbeitnehmer der ÖBB ursprünglich keinen Anspruch auf eine echte Pause im arbeitszeitrechtlichen Sinn. Der in der Klage verwendete Begriff „Mittagspause“ ist dem Bundesrecht nicht fremd (vgl zB § 17 Abs 3 Berufsausbildungsgesetz [BAG], BGBl 1969/142), das hier einschlägige Arbeitszeitgesetz (AZG), BGBl 1969/461, verwendet jedoch den allgemeineren Begriff „Ruhepause“. In § 11 Abs 1 AZG wird dazu normiert, dass die Arbeitszeit durch eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde zu unterbrechen ist, wenn die Gesamtdauer der Tagesarbeitszeit mehr als sechs Stunden beträgt. Ruhepausen sind Unterbrechungen der Arbeitszeit zum Zweck der Erholung der Arbeitnehmer (RIS-Justiz RS0102995 ua). Aus dem Wortlaut („unterbrechen“) und dem Zweck der Regelung folgt, dass eine Ruhepause nur dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer von jeder Arbeitsleistung befreit ist und die Zeit nach eigenem Gutdünken verwenden kann (Grillberger, AZG² § 11 Rz 1 ua). Die Ruhepause ist nicht Arbeitszeit, sondern Freizeit des Arbeitnehmers (Schrank, Arbeitszeitgesetz Band I, § 11 AZG Rz 2 mwN ua). Sie ist daher in der Regel nicht in die Arbeitszeit einzurechnen (RIS-Justiz RS0051930 ua).

Eine Mittagspause im Sinn einer echten Ruhepause stand den Arbeitnehmern der ÖBB seinerzeit nicht zu, weil sie nicht dem Geltungsbereich des AZG unterlegen sind (§ 1 Abs 2 Z 1 AZG). Das Fehlen einer gesetzlichen Pausenregelung in Verbindung einerseits mit dem Bedürfnis der Arbeitnehmer der ÖBB, ein Mittagessen zu konsumieren, und andererseits mit der Bereitschaft der ÖBB, das Einnehmen des Mittagessens nur im zeitlich unbedingt notwendigen Ausmaß am Arbeitsort zu gestatten, führte zur Dienstanweisung 10073-22-1981 und schließlich zur Dienstanweisung 23701-1-1996. Darin wurde den Arbeitnehmern zwar keine echte Ruhepause eingeräumt, aber immerhin ohne konkrete Zeitangabe „pausenähnlich“ geregelt, dass in den angegebenen Dienststunden Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens im zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß zu geben ist. Das Klagebegehren ist daher von Amts wegen im Sinn des Vorbringens des Klägers dahin anzupassen (vgl RIS-Justiz RS0041254 ua), dass die Feststellung begehrt wird, dass jene Arbeitnehmer der Beklagten, die vor dem 1. 1. 2005 Arbeitnehmer der ÖBB gewesen sind, und auf deren Dienstverhältnis die Dienstanweisung 23701-1-1996 zur Anwendung gelangt ist, weiterhin Anspruch darauf haben, dass ihnen in den Dienststunden Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens in einem zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß zu geben ist.

Das Dienstverhältnis der ÖBB-Bediensteten beruht auf privatrechtlichem Vertrag (RIS-Justiz RS0052676 ua), der seit dem Inkrafttreten des Bundesbahngesetzes, BGBl 1992/825, am 1. 1. 1993 nicht mehr zum Bund, sondern zu den Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) bzw seit der Umstrukturierung durch das Bundesbahnstrukturgesetz 2003, BGBl I 2003/138, zu einem deren Rechtsnachfolger besteht. Die verschiedenen Dienstvorschriften, wie etwa Dienst-, Besoldungs- oder Disziplinarordnungen, stellen nach ständiger Rechtsprechung im Wesentlichen Vertragsschablonen dar, die mit Abschluss des jeweiligen Einzelvertrags rechtlich wirksam werden (9 ObA 181/07v; 8 ObA 20/08m; RIS-Justiz RS0052622; RS0054759 ua). Die Österreichischen Bundesbahnen waren seit 1. 1. 1993 gemäß § 1 Abs 1 Bundesbahngesetz eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, auf die - soweit das Bundesbahngesetz keine abweichenden Regelungen enthielt - die Bestimmungen des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) sinngemäß anzuwenden waren. Die Anteile des Bundes an den ÖBB wurden gemäß § 2 Bundesbahngesetz idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 in die ÖBB-Holding AG eingebracht. Gemäß § 4 Abs 1 Z 2 Bundesbahngesetz war es deren sofortige Aufgabe, die Umstrukturierung der ÖBB auf der Grundlage des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 vorzunehmen (RV 311 BlgNR 22. GP 8 f). Zur Durchführung dieser Umstrukturierung waren von der ÖBB-Holding AG bis 31. 5. 2004 verschiedene Gesellschaften zu gründen. Zu diesen Gesellschaften zählt auch die hier geklagte ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG (§ 25 Bundesbahngesetz). Nach § 27 Abs 1 Bundesbahngesetz idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 wurde der Teilbetrieb Schieneninfrastrukturbetrieb der ÖBB im Weg der Gesamtrechtsnachfolge unter sinngemäßer Anwendung des Bundesgesetzes über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (Spaltung zur Aufnahme) auf die Beklagte übertragen. Spaltungsstichtag war der 31. 12. 2004. Die Spaltung war bis 30. 9. 2005 zur Eintragung in das

Firmenbuch anzumelden. Es trat eine gesetzlich angeordnete und auch bewirkte Gesamtrechtsnachfolge ein (vgl 8 ObA 20/08m ua).

Obwohl dies aus der schriftlichen Fassung der Dienstanweisung 23701-1-1996 (Beil./2) nicht unmittelbar hervorgeht, handelt es sich bei dieser Dienstanweisung nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien nicht um einen einseitigen Akt des Arbeitgebers, sondern um eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und damaliger Belegschaftsvertretung. Die Parteien sind sich auch grundsätzlich darüber einig, dass diese Vereinbarung gemäß dem am 31. 12. 2003 in Kraft getretenen Art 7 Abs 4 Z 1 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 zur echten Betriebsvereinbarung wurde. Diese Bestimmung normiert nämlich, dass am 31. 12. 2003 aufrechte Vereinbarungen mit vor Inkrafttreten des BBVG bestehenden betrieblichen Interessenvertretungseinrichtungen über Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis ab 1. 1. 2004 als Betriebsvereinbarungen gemäß § 29 ArbVG gelten, soweit sie auf Regelungstatbestände des ArbVG gestützt werden können; soweit dies nicht der Fall ist, gelten sie - soweit nicht anderes bestimmt ist - für jene Arbeitnehmer, die am 31. 12. 2003 von ihnen erfasst waren, ab 1. 1. 2004 als Bestandteil des Arbeitsvertrags.

Unterschiedliche Vorstellungen der Parteien herrschen jedoch darüber, ob die Dienstanweisung 23701-1-1996 gemäß Art 7 Abs 4 Z 1 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 in ihrer Gesamtheit (Standpunkt der Beklagten) oder nur im arbeitszeitrechtlichen Teil (Standpunkt des Klägers) zur Betriebsvereinbarung wurde. Mit „arbeitszeitrechtlichem Teil“ meint der Kläger den Inhalt der Dienstanweisung ohne die hier strittige Regelung, wonach den Arbeitnehmern in den Dienststunden Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens im zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß zu geben sei. Dieser Regelungsteil soll nach Auffassung des Klägers nicht zu einer Betriebsvereinbarung geworden sein, weil dieser Teil entgeltrechtlichen Charakter habe und daher nicht in einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG geregelt werden könne.

§ 97 Abs 1 ArbVG regelt in den Z 1 bis 26 einen Katalog von Angelegenheiten, in denen Betriebsvereinbarungen im Sinn des § 29 ArbVG abgeschlossen werden können. Nach § 29 ArbVG sind Betriebsvereinbarungen schriftliche Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber einerseits und dem Betriebsrat (Betriebsausschuss, Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung) andererseits in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist. Zu diesen Angelegenheiten zählt gemäß § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG auch die generelle Festsetzung des Beginns und Endes der täglichen Arbeitszeit, der Dauer und Lage der Arbeitspausen und der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage.

Richtig ist der Hinweis des Revisionswerbers, dass Betriebsvereinbarungen nach § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG nicht die Befugnis zukommt, Entgeltfragen zu regeln (vgl *Tomandl*, Die Schlichtung von Regelungsstreitigkeiten gem § 97 Abs 2 Arbeitsverfassungsgesetz, ZAS 1979, 203 [215]; *Cerny*, Entgeltregelungen in Betriebsvereinbarungen, in FS Strasser [1983] 487 [496]; *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 46; *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG Bd 3⁴ § 97 Erl 7; 9 ObA 78/89 ua). Der Revisionswerber stellt nun verschiedene Berechnungen an, welche Zeit auf die „Mittagspause“ entfalle und ermittelt unter Zugrundelegung der aktuellen Situation, in der die Beklagte den Arbeitnehmern neben den gemäß § 11 AZG (in Verbindung mit den diesbezüglichen aktuellen kollektiven Regelungen) zu gewährenden Ruhepausen nicht auch noch Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens in den Dienststunden gibt, eine Gehaltsreduktion der Arbeitnehmer. Diese entgeltbetonte Betrachtung des Mittagessens findet jedoch keinen Anhaltspunkt in der strittigen Regelung, die das Entgelt gar nicht anspricht, und übergeht auch die Gegebenheiten bei der seinerzeitigen Einführung der Dienstanweisung. Damals ging es nicht darum, den Arbeitnehmern „für das Mittagessen“ ein Entgelt zu gewähren; ihnen sollte nur - bei Gleichbleiben des Gehalts und des Ausmaßes der Arbeitsstunden - Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens im zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß gegeben werden. Es ging nicht um die „Bezahlung der Mittagspause“. Den Arbeitnehmern wurde lediglich im unbedingt notwendigen Umfang gestattet, am Arbeitsort und in der Arbeitszeit das Mittagessen einzunehmen. Wer darauf nicht reflektierte, hatte von dieser Regelung nichts; die Arbeitsstunden wurden bei Verzicht auf das Mittagessen nicht etwa reduziert. Im Ergebnis war also mit der Dienstanweisung für jene Arbeitnehmer, die davon Gebrauch machten, eine gewisse punktuelle Lockerung des Arbeitseinsatzes verbunden.

Vom Senat wird nicht verkannt, dass eine Regelung arbeitszeitlicher Belange mittelbare Auswirkungen auf die Entgeltlage haben kann. Finanzielle Effekte bloß mittelbarer Art - der Revisionswerber spricht in diesem Zusammenhang von einer „Reflexwirkung“ - stehen jedoch der Subsumierbarkeit der gegenständlichen Regelung bezüglich der Einnahme des Mittagessens in den Dienststunden unter die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien nach § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG nicht entgegen (vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 46 ua). Zu den Angelegenheiten des § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG gehört nämlich auch die Dauer und Lage der Arbeitspausen. Der Tatbestand beschränkt sich nicht auf den Begriff der „Ruhepausen“ im Sinn des § 11 AZG, sondern verwendet den offensichtlich etwas weiteren Begriff „Arbeitspausen“. Es bestehen keine Bedenken, auch die gegenständliche „pausenähnliche“ Einnahme des Mittagessens in der Arbeitszeit vom Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG erfasst zu sehen. Dies wurde auch vom Kläger nicht bezweifelt, dem es bei seinem Einwand bezüglich des zulässigen Regelungsgegenstands nur um den bereits erwähnten Entgeltaspekt ging. Es wird daher davon ausgegangen, dass die Dienstanweisung 23701-1-1996 auch bezüglich ihres hier strittigen Teils hinsichtlich der Einnahme des Mittagessens gemäß Art 7 Abs 4 Z 1 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 als Betriebsvereinbarung gilt.

Dass eine Betriebsvereinbarung von den Betriebsparteien wieder einvernehmlich aufgelöst bzw durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung modifiziert oder aufgehoben werden kann, ist nicht weiter strittig (vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 114 ua). Im § 13 der Rahmenbetriebsvereinbarung zur Einführung von Gleitzeitmodellen vom 23. 12. 2004 wurde angeordnet, dass die Rahmenbetriebsvereinbarung die Betriebsvereinbarung gemäß Art 7 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 (Dienstanweisung 23701-1-1996) ersetzt. Die Rahmenbetriebsvereinbarung wurde, wie bereits eingangs erwähnt, zwischen dem Vorstand der ÖBB-Holding AG, der Geschäftsführung der ÖBB-Dienstleistungs GmbH und dem Konzernbetriebsrat der ÖBB abgeschlossen. Sie gilt gemäß ihrem § 1 für alle Mitarbeiter der Österreichischen Bundesbahnen und der ÖBB-Dienstleistungs GmbH. Die Spaltung zur Aufnahme durch Übertragung des Teilbetriebs Schieneninfrastrukturbetrieb der ÖBB erfolgte erst später. Ob nun von der Beklagten eine Gleitzeitregelung gemäß der Ermächtigung in der Rahmenbetriebsvereinbarung - mit oder ohne Unterfertigung des Klägers - ordnungsgemäß erlassen wurde, ist für den vorliegenden Rechtsstreit ohne besondere Bedeutung. In dieser Gleitzeitregelung sieht der Kläger ohnehin nicht die Grundlage für die Berechtigung seines Feststellungsbegehrens.

Mit der Ablöse der Dienstanweisung 23701-1-1996 durch die Rahmenbetriebsvereinbarung vom 23. 12. 2004 ist nun aber die Frage, ob den Arbeitnehmern der Beklagten, die früher der Dienstanweisung unterlagen, weiterhin Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens im zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß gegeben werden muss, noch nicht abschließend beantwortet. Noch bevor nämlich die Dienstanweisung gemäß Art 7 Abs 4 Z 1 Bundesbahnstrukturgesetz 2003 per 31. 12. 2003 zur Betriebsvereinbarung wurde, fand sie mangels Bestehens einer gesetzlichen Grundlage für eine derartige kollektive Rechtsgestaltung als *lex contractus*, wie bereits oben ausgeführt, Eingang in die Einzelarbeitsverträge der ÖBB-Bediensteten. Davon gehen auch die Streitteile in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung aus (vgl 9 ObA 181/07v; 8 ObA 20/08m; RIS-Justiz RS0052622; RS0054759 ua).

Es bleibt daher noch die Frage zu beantworten, ob in den einzelvertraglichen Anspruch auf Gelegenheit zur Einnahme des Mittagessens im zeitlich unumgänglich notwendigen Ausmaß nur durch eine - hier nicht vorliegende - individuelle Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer oder auch durch einseitige Gestaltung des Arbeitgebers eingegriffen werden kann. Zu dieser Frage liegt bereits, ausgehend von der in den ÖBB-Dienstverträgen enthaltenen „Jeweils-Klausel“, Rechtsprechung vor. Danach bringt der ÖBB-Bedienstete seinen Unterwerfungswillen dadurch hinlänglich zum Ausdruck, dass er den Hinweis, dass auf das Dienstverhältnis die Dienstordnung sowie die sonstigen für die ÖBB-Bediensteten geltenden Bestimmungen in der jeweils gültigen Fassung Anwendung finden, widerspruchslos zur Kenntnis nimmt. Dadurch wird dem Arbeitgeber eine nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und nach billigem Ermessen auszuübende Regelungsbefugnis eingeräumt, wobei nicht nur verbessernde, sondern auch verschlechternde Bestimmungen von einem solchen Gestaltungsrecht erfasst sind (9 ObA 77/00i; 8 ObA 16/03s; RIS-Justiz RS0052618, RS0112269 ua).

Bei der Erlassung der Dienstanweisung 23701-1-1996 ging es darum, den ÖBB-Bediensteten auch ohne Vorliegen einer zwingenden gesetzlichen Anordnung im Sinn einer echten Ruhepause des AZG Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens zu geben; dies aus der Sicht des Arbeitgebers allerdings ohne eine bestimmte zeitliche Festlegung und nur im unumgänglich notwendigen Ausmaß. Dass den ÖBB-Bediensteten in den Dienststunden Gelegenheit zur Einnahme des Mittagessens gegeben worden wäre, wenn daneben ohnehin die gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung einer echten Ruhepause im Sinn des § 11 AZG bestanden hätte, behauptet auch der Kläger nicht. Auf dieses Ergebnis - nämlich ein wirtschaftlich schwer argumentierbares Nebeneinander von echter Ruhepause und Gelegenheit zum Mittagessen in den Dienststunden - zielt aber die vorliegende Feststellungsklage letztlich ab. Vor diesem Hintergrund verstößt aber der Eingriff der Beklagten in die Dienstanweisung, soweit sie Eingang in die Einzelarbeitsverträge gefunden hat, nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und erscheint auch nicht unangemessen.

Zu diesem Ergebnis kommt man im Übrigen auch mit den Mitteln der ergänzenden Auslegung der vereinbarten Dienstanweisung. Aus seinerzeitiger Sicht der Vertragsparteien handelte es sich bei der späteren Anwendbarkeit des AZG auf die ÖBB-Bediensteten um eine weder bedachte noch vorhersehbare Entwicklung, für die in der Dienstanweisung auch keine Regelung getroffen wurde. Redliche und vernünftige Parteien hätten wohl, wenn sie diesen Fall geregelt hätten, - wie auch die aktuelle kollektive Regelungslage zeigt - keine Notwendigkeit gesehen, neben der ohnehin zwingenden Ruhepause im Sinn des AZG auch noch in den Dienststunden Gelegenheit zum Einnehmen des Mittagessens zu geben (vgl zur Lückenschließung durch ergänzende Vertragsauslegung *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 914 Rz 12 mwN; 9 ObA 40/07h mwN, zuvo 2008/61, 91 [*Felten*] und zuvo 2008/70, 104; RIS-Justiz RS0017758 ua). Von einer die Dienstordnung verletzenden „Kürzung des Grundentgelts“ der Arbeitnehmer kann hier entgegen der Behauptung des Revisionswerbers nicht gesprochen werden.

Aus den Überlegungen des Revisionswerbers zur „betrieblichen Übung“ ist für den Klagestandpunkt ebenfalls nichts zu gewinnen. Richtig geht der Revisionswerber zwar davon aus, dass eine vom Arbeitgeber durch regelmäßige, vorbehaltlose Gewährung bestimmter Leistungen an die Gesamtheit seiner Arbeitnehmer begründete betriebliche Übung, soweit sie seinen Willen, sich diesbezüglich auch für die Zukunft zu verpflichten, unzweideutig zum Ausdruck bringt, durch die - gleichfalls schlüssige (§ 863 ABGB) - Zustimmung der Arbeitnehmer zum Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge werden kann (RIS-Justiz RS0014539 ua). Vom Revisionswerber wird aber so getan, als ob eine im Betrieb herrschende Übung eigene Normkraft hätte. Dies ist

aber nicht der Fall. Die Übung kann nur auf rechtsgeschäftlichem Weg Bedeutung erlangen (9 ObA 87/02p mwN ua). Hier lagen aber ohnehin eindeutige Regelungen vor, die entgegen der Annahme des Revisionswerbers keiner „Stützung“ durch betriebliche Übung bedurften. Dass die Beklagte die Einnahme des Mittagessens in den Dienststunden nicht gleich mit dem Wirksamwerden der Gesamtbetriebsvereinbarung einstellte, hatte für die betroffenen Arbeitnehmer einen gewissen Übergangscharakter, ändert aber nichts an der ausdrücklichen Ablöse der Dienstweisung in § 13 der Gesamtbetriebsvereinbarung und dem eindeutigen Eingriff des Arbeitgebers in die Einzelarbeitsverträge. Ein unzweideutiger Wille im Sinn eines Verzichts auf einen derartigen Eingriff lag bei der Beklagten nicht vor. Es liegt insoweit auch keine Aktenwidrigkeit im Sinn des § 503 Z 3 ZPO vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO). Die ergänzenden Überlegungen des Berufungsgerichts zum Bewusstsein der Mitarbeiter der Beklagten aus Anlass der schrittweisen Umsetzung des Gleitzeitsystems können dahingestellt bleiben. Es stellt sich auch nicht die Frage eines (fehlenden) Widerrufsvorbehalts. Diesbezüglich liegen keine Feststellungsmängel vor.

Zusammenfassend wurde das Klagebegehren von den Vorinstanzen zu Recht abgewiesen. Der unbegründeten Revision des Klägers muss ein Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Beim Kostenzuspruch an die Beklagte war zu berücksichtigen, dass der von ihr verzeichnete dreifache Einheitsatz nach § 23 Abs 9 RATG nur für das Berufungsverfahren, nicht jedoch für das Revisionsverfahren gebührt.

Zu Fall 12

OLG Wien 21.9.2009, 10 Ra 66/09p

Für die Höhe der Entgeltfortzahlung, der Kündigungsentschädigung und der Urlaubersatzleistung ist grundsätzlich vom Ausfallsprinzip auszugehen, sodass auch Nebenleistungen miteinzubeziehen sind und der Arbeitnehmer Anspruch auf jenes Entgelt hat, das er bei der Arbeitsleistung erhalten hätte.

Der Begriff "Entgelt" ist weit auszulegen und umfasst daher im Sinne des auf dem Gebiet des Arbeitsrechtes allgemein üblichen Sprachgebrauches jede Leistung, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dafür bekommt, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt; also neben dem eigentlichen Gehalt oder Lohn auch alle anderen ordentlichen oder außerordentlichen Bezüge samt allfälligen Sonderzahlungen.

Ob eine bestimmte Leistung des Arbeitgebers unter den Begriff des Entgelts fällt oder aber als Aufwandsentschädigung anzusehen ist, bestimmt sich jedenfalls nicht nach der für sie gewählten Bezeichnung, sondern allein danach, ob und wie weit sie lediglich der Abdeckung eines finanziellen Aufwandes des Arbeitnehmers dient oder (auch) Gegenleistung für die Bereitstellung seiner Arbeitskraft ist. Nur dann, wenn eine Leistung des Arbeitgebers nicht für die Bereitstellung der Arbeitskraft, sondern zur Abdeckung eines mit der Arbeitsleistung zusammenhängenden finanziellen Aufwandes des Arbeitnehmers erbracht wird, gilt sie nicht als Entgelt, sondern als Aufwandsentschädigung.

Für die Beurteilung der Frage, ob eine dem Arbeitnehmer gewährte "Schmutzzulage" als Entgelt oder Aufwandsentschädigung zu werten ist, ist somit entscheidend, ob dem Arbeitnehmer tatsächlich ein entsprechender Aufwand entstanden ist, oder ob es sich dabei lediglich um eine teilweise Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft handelt. Im vorliegenden Verfahren haben weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer insofern ein entsprechendes Vorbringen erstattet. Da der Arbeitgeber das Vorliegen einer Aufwandsentschädigung zu beweisen hat (vgl OGH 30. 3. 2006, 8 ObA 87/05k, ARD 5688/2/2006), muss im Zweifel - mangels Vorbringens und entsprechender Feststellungen - davon ausgegangen werden, dass der vom Arbeitnehmer geltend gemachten Schmutzzulage kein entsprechender Aufwand gegenübersteht.

Sie ist daher als Teil des Entgelts zu behandeln, der bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung, der Kündigungsentschädigung und der Urlaubersatzleistung im Sinne des Ausfallsprinzips einzubeziehen ist. (Revision unzulässig)

Zu Fall 13

OGH 15.12.2009, 9 ObA 6/09m

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas Mörk und Robert Hauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei J***** B*****, Buslenker, *****, vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen die beklagte Partei Graz AG - Stadtwerke für kommunale Dienste, 8011 Graz, Andreas Hofer Platz 15, vertreten durch Dr. Reinhard Tögl Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Graz, wegen 75,59 EUR brutto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 5. November 2008, GZ 7 Ra 75/08s-20, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 7. Februar 2008, GZ 49 Cga 119/07d-13, teils bestätigt, teils abgeändert und teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

1) Die „Revision“ wird, soweit sie sich gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts richtet, zurückgewiesen.

2) Im Übrigen wird der Revision Folge gegeben.

Die (Teil-)Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Arbeitsrechtssache im hievon betroffenen Umfang an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des hierauf entfallenden Verfahrens dritter Instanz sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger ist seit 1984 bei der Beklagten beschäftigt. Er ist als Buschauffeur eingesetzt und befährt als solcher mit Linienbussen der Beklagten das Straßennetz im Grazer Einzugsgebiet. Auf das Dienstverhältnis kommt der Kollektivvertrag für die Dienstnehmer der Verkehrsbetriebe der Grazer Stadtwerke AG (in der Folge: Kollektivvertrag) zur Anwendung. Im Rahmen des von der Beklagten erstellten Dienstplans wird der Kläger überwiegend zu geteilten Diensten eingeteilt. Das bedeutet, dass er zwischen dem Ende eines Dienstteils und dem Beginn des nächsten Dienstteils eine Wegstrecke zurücklegen muss, um zu seinem im Zuge des Dienstplans vorgegebenen nächsten Abfahrtsort zu gelangen. Dafür kann der Kläger kostenlos die öffentlichen Verkehrsmittel der Beklagten benützen. Er erhält für diese Dienstwege von der Beklagten einen monatlichen Pauschalbetrag von 17,39 EUR brutto. Diese pauschale Abgeltung wird für jeden Arbeitnehmer, abgestellt auf den jeweiligen Dienstplan, durchgerechnet und beträgt zwischen 9 und 18 EUR brutto. Für die ab 1. 7. 2006 neu eingetretenen Arbeitnehmer der Beklagten werden aus Einsparungsgründen keine pauschalen Abgeltungen mehr für die zwischen zwei geteilten Diensten liegenden Zeitintervalle geleistet.

Die Dienstpläne werden den Mitarbeitern der Beklagten im Vorhinein zugemittelt. Aufgrund des Dienstplans fertigt der Kläger vorbereitende kalendarische Aufzeichnungen über die bevorstehenden geteilten Dienste an.

Im Mai 2007 war der Kläger im Krankenstand, erhielt aber die pauschale Abgeltung von 17,39 EUR brutto ausgezahlt. In diesem Monat hätte der Kläger (unter Berücksichtigung von Warte- bzw Umsteigezeiten von je 5 Minuten) zwischen zwei Diensten folgende Wegzeiten absolvieren müssen:

Datum Teildienstende Teildienstbeginn Wegzeit

1. 5. 07 14:12 Uhr 15:03 Uhr 17 Min.
2. 5. 07 7:57 Uhr 9:15 Uhr 32 Min.
2. 5. 07 12:15 Uhr 13:47 Uhr 17 Min.
3. 5. 07 10:15 Uhr 12:47 Uhr 39 Min.
7. 5. 07 18:37 Uhr 19:34 Uhr 32 Min.

8. 5. 07 17:32 Uhr 18:27 Uhr 20 Min.
9. 5. 07 14:41 Uhr 16:08 Uhr 33 Min.
13. 5. 07 12:12 Uhr 12:50 Uhr 22 Min.
20. 5. 07 17:27 Uhr 18:34 Uhr 30 Min.
21. 5. 07 17:17 Uhr 18:27 Uhr 20 Min.
22. 5. 07 14:30 Uhr 15:27 Uhr 15 Min.
25. 5. 07 10:27 Uhr 14:41 Uhr 28 Min.
26. 5. 07 10:10 Uhr 10:55 Uhr 17 Min.
27. 5. 07 9:15 Uhr 10:09 Uhr 15 Min.
337 Min.

Am Jakominiplatz befindet sich ein Aufenthalts- und Mannschaftsraum, in dem die Arbeitnehmer der Beklagten die Pausen verbringen können. Dort gibt es auch Automatenkaffee und die Möglichkeit, Jausen einzunehmen. Die Dienstpläne sind auf das Grazer Verbundnetz abgestellt. Die Hauptabläufe zwischen den geteilten Diensten befinden sich in der Garage, am Jakominiplatz sowie am Hauptbahnhof, wobei für den Kläger der Dienstbeginn zumeist bei der Garage in der Kärntner Straße liegt. In den Unterbrechungszeiten zwischen den geteilten Diensten fallen für den Fahrer keine bestimmten Aufgaben an; auch auf der Fahrt zum nächsten Abfahrtsort muss er keine eigenen Lenktätigkeiten verrichten. Er muss aber Dienstkleidung tragen.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Zahlung von 75,59 EUR brutto sA an restlicher Wegzeitenabgeltung für Mai 2007. Zwischen den geteilten Diensten müsse er oftmals Dienstwege quer durch ganz Graz zurücklegen, um zum vorgegebenen Abfahrtsort des nächsten Dienstteils zu gelangen. Die dafür aufgewendete Zeit sei nicht als „Weg zur Arbeit“ und daher als Freizeit, sondern gemäß § 2 AZG als Arbeitszeit zu qualifizieren, die in Form von zuschlagspflichtigen Überstunden abzugelten sei. Die dafür von der Beklagten gezahlte Pauschalabgeltung von 17,39 EUR brutto monatlich entspreche nicht dem tatsächlichen Zeitaufwand. Schon aufgrund der Kürze der Unterbrechungsintervalle könne der Kläger diese Zeit nicht sinnvoll (privat) nützen; die Zeit reiche oft gerade aus, um den Abfahrtsort des folgenden Dienstteils rechtzeitig zu erreichen. Durch diese Betriebswege komme es auch zu einer Verkürzung der Arbeitspausen zwischen den geteilten Diensten. Für Mai 2007 errechne sich daher bei einem Gesamtausmaß der notwendigen Dienstwege von 337 Minuten (5,62 Stunden) eine Restforderung des Klägers in der Höhe des Klagebetrags. Dass der Kläger im Mai 2007 im Krankenstand war, ändere an seinem Anspruch nichts, weil ihm nach den Bestimmungen des EFZG auch im Krankenstand derselbe Lohn gebühre und es nur auf den tatsächlichen Lohnausfall im Krankenstandszeitraum ankomme. Der Kläger hätte im Mai 2007, wäre er nicht krank gewesen, laut Dienstplan Dienst getan und deshalb die oben angeführten Wegzeiten zwischen den geteilten Diensten zurücklegen müssen.

Im Übrigen habe die Beklagte die Wegzeiten bis etwa Jahresmitte 2006 allen Mitarbeitern gezahlt. Erst mit diesem Zeitpunkt sei die Beklagte einseitig von ihrer bisherigen Praxis abgegangen. Der geltend gemachte Anspruch werde daher auch auf die ursprüngliche Vereinbarung bzw auf eine betriebliche Übung gestützt.

Die Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Die vom Kläger geltend gemachten Zeiten seien keine Dienstzeiten, sondern Wege zur Arbeit, die nicht abzugelten seien. Es handle sich um Reisebewegungen, die gemäß § 33 Abs 2 des Kollektivvertrags nur bei Verrichtung konkreter Arbeitsleistungen über die Reisezeit hinaus zu vergüten seien. Zudem erhalte der Kläger für Inanspruchnahmen außerhalb der eigentlichen Arbeitszeit eine Reihe von Zusatzvergütungen - wie etwa jene für Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten gemäß § 23a Abs 2 des Kollektivvertrags - was als ausreichend anzusehen sei. Im Übrigen habe der Kläger im Mai 2007 keinen einzigen Tag gearbeitet, sodass er auch keine Mehrleistungen erbracht habe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von 38,19 EUR brutto sA statt und wies das Mehrbegehren ab.

Arbeitsort des Klägers sei das gesamte Liniennetz der Beklagten. Die Arbeitszeitunterbrechungen bei geteilten Diensten innerhalb eines Arbeitstags seien - soweit nicht ohnehin Lenkpausen - grundsätzlich keine Arbeitszeiten. Dies gelte nach der Rechtsprechung jedenfalls für Unterbrechungsintervalle zwischen zwei Dienstteilen bei einer Mindestdauer von zwei Stunden, wobei diesfalls ein Entlohnungsanspruch nicht bestehe. Vergleichbar lange Zeitintervalle zwischen den geteilten Diensten des Klägers habe es nur am 2. 5., 3. 5., 9. 5., 21. 5. und am 25. 5. 2007 gegeben. Die Intervalle an diesen Tagen seien wesentlich länger gewesen, als die Summe aus 30-minütiger Ruhepause und notwendiger Fahrzeit zum Beginn des folgenden Dienstteils. An diesen Tagen bestehe demnach kein Entlohnungsanspruch. An den übrigen Tagen seien hingegen die Zeitintervalle zwischen den geteilten Diensten so kurz, dass ausgehend von der notwendigen Fahrzeit einschließlich der Ruhepause von einer Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Dienstgeber auszugehen sei. Die Verwendung der Zeit einer Ruhepause für die Fahrt vom Ende des ersten Dienstteils zum Beginn des zweiten sei dem Dienstnehmer nicht zumutbar. Für 1. 5., 2. 5. (zweiter Dienstteil), 7. 5., 8. 5., 13. 5., 20. 5., 22. 5., 26. 5. und 27. 5. 2007 ergebe sich demnach eine abzugeltende Wegzeit im Ausmaß von 200 Minuten, was 3,33 Stunden entspreche. Ausgehend von einem Grundlohn von 11,03 EUR errechne sich unter Hinzurechnung eines 50%igen

Zuschlags und unter Abzug der pauschalen Abgeltung von 17,39 EUR ein dem Kläger zuzuerkennender Betrag von 38,19 EUR brutto (richtig: 37,70 EUR brutto). Das Mehrbegehren des Klägers sei abzuweisen.

Das von beiden Seiten angerufene Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Hingegen gab es der Berufung des Klägers Folge und änderte das Ersturteil in ein Teilurteil ab, mit dem die Beklagte zur Zahlung von 57,06 EUR brutto sA verpflichtet wurde. Im Übrigen, nämlich hinsichtlich des verbleibenden Klagebegehrens von 18,53 EUR brutto sA, hob das Berufungsgericht das Ersturteil auf und verwies die Sache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass die Revision nach § 502 Abs 1 ZPO zulässig sei.

Zu Recht rüge der Kläger, dass sich das Erstgericht mit der von ihm behaupteten Anspruchsgrundlage einer betrieblichen Übung nicht auseinandergesetzt habe. Die regelmäßige, vorbehaltlose Gewährung bestimmter Leistungen könne eine solche Betriebsübung begründen, die zum Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge werde und von der nur mehr mit Zustimmung des Arbeitnehmers abgegangen werden könne. Der Kläger habe vorgebracht, dass ihm die notwendigen Dienstwege bis Jahresmitte 2006 gezahlt worden seien; erst dann sei die Beklagte einseitig davon abgegangen. Mit diesem Vorbringen habe sich das Erstgericht nicht auseinandergesetzt. Dies werde im fortgesetzten Verfahren nachzuholen sein.

Schon jetzt sei dem Kläger aber ein Teil seines Begehrens zuzusprechen: Das Erstgericht habe den Anspruch des Klägers auf Abgeltung der Wegzeiten nur für jene Tage als berechtigt angesehen, an denen die Unterbrechungszeiten unter Einbeziehung der halbstündigen Ruhepause gemäß § 71 Abs 2 des Kollektivvertrags einer „Inanspruchnahme“ des Arbeitnehmers gleichgekommen seien. Dieser Ansicht sei im Ergebnis beizupflichten, auch wenn die Anwendbarkeit dieser kollektivvertraglichen Bestimmung, die im Übrigen eine ununterbrochene Dienstleistung von sechs Stunden voraussetze und auf die sich keine der Parteien berufen habe, zur Lösung der hier zu klärenden Rechtsfrage nichts beitragen könne.

Der Arbeitsort des bei einem städtischen Verkehrsunternehmen im Linienverkehr (Personenbeförderung) tätigen Klägers sei im Sinne der Rechtsprechung das gesamte Liniennetz der Beklagten. Die Beklagte könne sich daher nicht mit Erfolg auf § 33 Abs 2 des Kollektivvertrags stützen, der vorsehe, dass die außerhalb der Normalarbeitszeit verwendeten „reinen Reisezeiten“ nur dann vergütet werden, wenn in dieser Zeit konkrete Arbeitsleistung verrichtet werden müsse. Reisezeiten seien Zeiten, in denen der Arbeitnehmer über Auftrag des Arbeitgebers vorübergehend seinen Dienstort (seine Arbeitsstätte) verlasse, um an anderen Orten seine Arbeitsleistung zu erbringen, sofern der Arbeitnehmer während der Reisebewegung keine Arbeitsleistung zu erbringen habe. Da der Kläger bei jenen Strecken, die er zwischen den Dienstteilen zurücklege, den vereinbarten Arbeitsbereich nicht verlasse, seien die dafür aufgewendeten Wegzeiten keine Reisezeiten.

§ 2 Abs 1 Z 1 AZG definiere Arbeitszeit als die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Jene Zeit, die der Dienstnehmer brauche, um den Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte (und retour) zurückzulegen, sei grundsätzlich nicht als Arbeitszeit zu beurteilen, weil sie vor Dienstbeginn oder nach Dienstende liege. Diese „Wegzeiten“ seien nicht als Arbeitszeiten zu qualifizieren und daher auch nicht abzugelten, obwohl ein Kollektivvertrag andere Regelungen treffen könne. Die Wegzeit zwischen dem Beginn und dem Ende der Arbeit sei hingegen grundsätzlich als Arbeitszeit zu werten. Im Fall des Klägers sei die Zeit zwischen den (geteilten) Diensten eine Dienstunterbrechung, allenfalls auch eine Arbeitspause, nach deren Ende der Dienst an einem anderen Abfahrtsort fortzusetzen sei. Die nicht zur Arbeitszeit zählende Wegzeit werde als jene Zeit definiert, die der Arbeitnehmer für den Weg von der Wohnung (oder der sonstigen Stätte, an der er gerade Freizeit verbringe) zur Arbeitsstätte und zurück benötige. Bei geteilten Diensten könne nicht uneingeschränkt davon gesprochen werden, dass der Kläger nach Ende des ersten Dienstteils über „Freizeit“ zu verfügen imstande ist.

In der Entscheidung 9 ObA 102/93 habe der Oberste Gerichtshof die zwischen einem „Zweiteiler-Dienst“ liegenden Pausen von zumindest zwei bis fünf Stunden deshalb nicht als Arbeitszeit qualifiziert, weil nicht von einer Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber auszugehen sei. Daraus sei aber weder abzuleiten, dass für die Qualifikation als Arbeitszeit eine gewisse Höchstdauer der Arbeitspause nicht überschritten werden dürfe, noch, dass die Wegzeiten des Klägers - unabhängig von der Dauer der Arbeitspause - keinesfalls abzugelten seien. Auch aus der Entscheidung 9 ObA 135/05a sei für den Standpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen. Sie zeige aber, dass der Oberste Gerichtshof die Zeit zwischen den geteilten Diensten als durch den Dienstplan bedingte Arbeitszeitunterbrechung gewertet habe. Zwar sei ebenfalls von Arbeitspausen ausgegangen worden, hinsichtlich deren Gestaltung die Lenker frei seien; die Möglichkeit, solche „Quasi“-Freizeiten zu nutzen, sei aber sehr eingeschränkt. Darauf, ob und in welcher Weise Dienstnehmer die Zeiten der Arbeitsunterbrechung für sich in Anspruch nehmen können, komme es jedoch nur ab einem gewissen zeitlichen Ausmaß an. Entscheidend sei, dass die Wegzeit zum Abfahrtsort des zweiten oder folgenden Dienstteils einerseits nicht in jedem Fall als Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte qualifiziert werden könne, weil sie nicht vor Dienstbeginn oder nach Dienstende liege. Andererseits sei diese Wegzeit durch den von der Beklagten erstellten Dienstplan bedingt, entspreche also einer „Inanspruchnahme“ des Dienstnehmers, die im besonderen Maße dann zutage trete, wenn die (geringe) Dauer der Arbeitsunterbrechung gerade noch ausreiche, um nach Beendigung des ersten Dienstteils den Beginn des zweiten noch rechtzeitig zu erreichen. Insoweit schließe sich das Berufungsgericht der in 9 ObA 102/93 geäußerten Rechtsauffassung, die Wegzeit zum Antrittsort des zweiten Dienstteils gehöre nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet, sondern falle in die Freizeit

oder Pause und sei daher Wegzeit vom (zum) Arbeitsort, nicht an. Erst ab einer bestimmten Dauer der Arbeitsunterbrechung könne von einem „Arbeitsende“ gesprochen werden, zumal dem Dienstnehmer dann ein ausreichend großer Zeitraum zur Verfügung stehe, über den er sinnvoll - gleichsam einer Freizeitgestaltung - verfügen könne. Dieser Zeitrahmen könne vernünftigerweise nicht unter 120 Minuten liegen. Daraus folge, dass im Fall des Klägers nur die Wegzeiten am 3. 5. (Arbeitsunterbrechung 152 Minuten) und am 25. 5. (Arbeitsunterbrechung 254 Minuten) nicht zustehen, alle anderen Ansprüche jedoch berechtigt seien. Insgesamt errechneten sich daher für den Klagezeitraum entgeltspflichtige Wegzeiten von 270 Minuten bzw 4,5 Stunden. Daraus errechne sich nach Abzug der vom Kläger bezogenen Pauschalabgeltung ein zuzusprechender Betrag von 57,06 EUR. Dieser Betrag sei dem Kläger mit Teilurteil zuzusprechen; im Übrigen sei das Ersturteil zur Prüfung der Behauptung einer Betriebsübung aufzuheben.

Die Revision sei zuzulassen, weil das Verfahren einen Musterprozess darstelle, von dem viele Dienstnehmer betroffen seien. Allenfalls sei das Berufungsgericht von der Entscheidung 9 ObA 102/93 abgegangen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die berufungsgerichtliche Entscheidung im Sinn der „gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern“. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

I. Soweit die Beklagte - wie sich aus Anfechtungserklärung und Rechtsmittelantrag ihrer Revision ergibt - auch den berufungsgerichtlichen Aufhebungsbeschluss bekämpft, ist ihr Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen. Das Berufungsgericht hat den Rekurs an den Obersten Gerichtshof gegen diesen Aufhebungsbeschluss nicht iSd § 519 Abs 1 Z 2 ZPO zugelassen. Daher ist gegen diesen Aufhebungsbeschluss kein Rechtsmittel zulässig (*E. Kodek in Rechberger*³ § 519 Rz 18 mwN).

II. Die Revision gegen das berufungsgerichtliche Teilurteil ist hingegen zulässig und teilweise auch berechtigt.

II.1. Wegzeiten, die der Arbeitnehmer aufzuwenden hat, um von seiner Wohnung zu seiner Arbeitsstätte bzw von der Arbeitsstätte wieder zurück zu seiner Wohnung zu gelangen (Arbeitswege), gehören nicht zur Arbeitszeit (RIS-Justiz RS0051331; 9 ObA 102/93 = DRdA 1994, 53 [*Spitzl*]; 8 ObA 36/04h). Sie liegen vor Arbeitsbeginn oder nach Arbeitsende und stellen keine unmittelbare Erfüllung des Arbeitsvertrags dar, sondern dienen nur dazu, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seine arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten zu erfüllen (*Mazal, Wegezeiten in der Bauwirtschaft*, in FS Cerny [2001] 295 [301]). Sie sind der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen und diesem nur bei entsprechender Vereinbarung zu vergüten (4 Ob 92/82; 9 ObA 102/93 mwN).

II.2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind Wegzeiten, die zwischen geteilten Diensten anfallen. Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der rechtlichen Einordnung solcher Wegzeiten in der schon von den Vorinstanzen erörterten Entscheidung 9 ObA 102/93 auseinandergesetzt. Auch damals waren zwischen dem ersten und dem zweiten Teil eines Zweiteiler-Dienstes liegende Arbeitsunterbrechungen - die damals zwischen zwei und fünf Stunden betragen - zu beurteilen, während derer der Arbeitnehmer eine bestimmte Wegstrecke zurückzulegen hatte, um an den für die zweite Hälfte seines Dienstes vorgesehenen Abfahrtsort zu gelangen. Der Oberste Gerichtshof vertrat dazu die Rechtsauffassung, dass es sich weder bei den Unterbrechungen selbst noch bei den zurückzulegenden Wegzeiten um Arbeitszeit handle, zumal während dieses Zeitraums keine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber erfolge. Die Honorierung der Wegzeiten im Sinn der zur Reisezeit von im Außendienst tätigen Mitarbeitern entwickelten Rechtsprechung lehnte der Oberste Gerichtshof mit der Begründung ab, dass die Wegzeiten nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet zählen, sondern vielmehr der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen und daher den Wegzeiten zum und vom Arbeitsort gleichzusetzen seien.

In seiner Entscheidung zu 9 ObA 135/05a hat der Oberste Gerichtshof diese Sichtweise - wenn auch nur am Rande - bekräftigt.

II.3.1. Die arbeitszeitrechtlichen Regelungen des Kollektivvertrags für die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer lassen sich wie folgt zusammenfassen: Anders als für andere Arbeitnehmergruppen, für die die Arbeitszeit nach § 66 Abs 1 des Kollektivvertrags 40 Stunden wöchentlich beträgt, gilt nach § 69 Abs 1 des Kollektivvertrags für die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer die Fünf-Arbeitstage-Woche mit der Maßgabe, dass die Arbeitszeit im Durchschnitt pro Dienstplanwoche 33 Stunden und 26 Minuten beträgt. Die Arbeitstage, der Beginn und das Ende der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, die Dauer und Lage der Arbeitspausen etc sind im Einvernehmen mit dem Betriebsrat festzulegen. Der Dienstplan ist dem Betriebsrat innerhalb von acht Tagen zur Herstellung des Einvernehmens bekannt zu geben (§ 60 Abs 1 lit c des Kollektivvertrags). Die Diensteinteilung hat dergestalt zu erfolgen, dass die nach den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Ruhezeiten eingehalten werden (§ 67 Abs 1 des Kollektivvertrags). Gemäß § 67a des Kollektivvertrags kann die tägliche Lenkzeit für im Busbetrieb tätige Arbeitnehmer maximal neun Stunden, zweimal pro Dienstplanwoche 10 Stunden, betragen (Abs 1), eine tägliche Einsatzzeit von 14 Stunden darf jedoch nicht überschritten werden (Abs 2). Die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer

leisten geteilten Dienst mit der Maßgabe, dass spätestens nach einer ununterbrochenen Dienstleistung von sechs Stunden eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde einzuschalten ist, die nicht auf die Arbeitszeit angerechnet und daher nicht entlohnt wird (§ 71 Abs 2 des Kollektivvertrags). Für im Busbetrieb beschäftigte Personen ist gemäß § 71 Abs 3 des Kollektivvertrags nach einer ununterbrochenen Lenkzeit von höchstens 4,5 Stunden zudem eine Lenkpause einzulegen.

II.3.2. Die im Liniendienst eingesetzten Fahrer und Lenker sind gemäß § 23a Abs 2 des Kollektivvertrags dazu verpflichtet, so rechtzeitig vor Dienstbeginn am Einsatzort zu sein, dass das Fahrzeug im geprüften und einsatzfähigen Zustand übernommen bzw eine planmäßige Ausfahrt gewährleistet werden kann. Zur Abgeltung der Vor- und Nachbereitungszeiten werden pro Dienstag 10 Minuten als Arbeitszeit angerechnet. Die Vor- und Nachbereitungszeiten beinhalten insbesondere den Nachkauf von Fahrscheinen, die Prüfung, Übernahme und Übergabe der Wagen, die Abrechnung der Fahrzettel, die Verfassung von schriftlichen Dienstmeldungen, die Durchführung von Fahrschein- und Geldbestandskontrollen durch Vorgesetzte sowie die Eintragung in das Mängelbuch und in das Fahrtenbuch (Abs 3).

II.3.3. Die Entlohnung von Reisezeiten regelt § 33 des Kollektivvertrags: Nach dessen Abs 2 werden außerhalb der Normalarbeitszeit verwendete reine Reisezeiten den Arbeitnehmern nur dann vergütet, wenn innerhalb dieser Zeiten konkrete Arbeitsleistungen verrichtet werden mussten.

II.4. Beide Vorinstanzen haben sich grundsätzlich an den oben wiedergegebenen Vorentscheidungen des Obersten Gerichtshofs orientiert, nach denen die Wegzeiten zwischen geteilten Diensten nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet zu zählen, sondern vielmehr der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen und daher den Wegzeiten zum und vom Arbeitsort gleichzusetzen seien. Sie sind diesen Entscheidungen aber - mit unterschiedlicher Begründung und in unterschiedlichem Umfang - hinsichtlich solcher Zweiteiler-Dienste nicht gefolgt, bei denen die zwischen den beiden Dienstteilen gelegene Zeit gering und daher die Möglichkeit des Arbeitnehmers, über die ihm zwischen den Diensten zur Verfügung stehende Zeit zu verfügen, sehr beschränkt ist. Diese Rechtsauffassung steht weder mit den genannten Entscheidungen noch mit dem aus dem Kollektivvertrag ableitbaren Willen der Kollektivvertragsparteien in Einklang.

II.5. Die Kollektivvertragsparteien haben der Besonderheit des Verkehrs- und insbesondere des Lenkdienstes durch detaillierte Regelungen Rechnung getragen. So haben sie die im Zusammenhang mit der Übernahme von Fahrzeugen am Einsatzort bestehenden Pflichten des Lenkers, aber auch die ihm zustehende Abgeltung für die Vor- und Nachbereitungsarbeiten bis ins Detail geregelt. Auch eine spezielle Regelung über die Arbeitszeit - diese beträgt für die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer nur 33 Stunden und 26 Minuten - ist im Kollektivvertrag enthalten. Eine Regelung über die Honorierung der zwischen den beiden Teilen eines Zweiteiler-Dienstes anfallenden Wegzeiten haben sie hingegen nicht getroffen, obwohl ihnen - wie die Regelung des § 71 Abs 2 des Kollektivvertrags zeigt - die Tatsache, dass die im Verkehrsdienst beschäftigten Dienstnehmer geteilte Dienste leisten, bewusst war.

Zu Recht verweist die Revisionswerberin in diesem Zusammenhang auf § 33 Abs 2 des Kollektivvertrags über die Honorierung der Reisezeiten, nach dem die außerhalb der Normalarbeitszeit verwendeten reinen Reisezeiten nur dann vergütet werden, wenn in dieser Zeit konkrete Arbeitsleistungen verrichtet werden. Das Berufungsgericht hat diese Regelung als für die hier zu beurteilende Frage irrelevant erachtet, weil nach der allgemeinen Definition dieses Begriffs von Reisezeiten nur dann gesprochen werden könne, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend seinen Dienort verlasse. Dies sei aber nicht der Fall, weil der Dienort eines Linienbuslenkers das gesamte Liniennetz sei und daher der Kläger bei den hier zu beurteilenden Wegen den Dienort nicht verlasse. Mögen diese Überlegungen des Berufungsgerichts im Allgemeinen auch zutreffen, so ist aber aus § 33 Abs 2 des hier zu beurteilenden Kollektivvertrags dennoch die klare Absicht der Kollektivvertragsparteien ersichtlich, Reisebewegungen oder Fahrten der vom Kollektivvertrag umfassten Arbeitnehmer nur dann zu honorieren, wenn dabei konkrete Arbeitsleistungen verrichtet werden. Es kann den Kollektivvertragsparteien nicht zugesehen werden, sie hätten die Absicht gehabt, diesen Grundsatz nur für außerhalb des Grazer Stadtgebiets zurückgelegte Fahrten zu normieren, nicht aber für Fahrten innerhalb des Stadtgebiets. Dies wäre ein durch nichts zu begründender, unverständlicher Wertungswiderspruch.

Der Entscheidung 9 ObA 102/93 ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. In dieser Entscheidung wurde die Rechtsprechung zur Reisezeit von im Außendienst tätigen Arbeitnehmern nicht als auf die zwischen den Dienstteilen des Zweiteiler-Dienstes anfallenden Wegzeiten anwendbar erachtet. Während nämlich für Arbeitnehmer im Außendienst (zB Monteure) die Reisetätigkeit von einem Kunden zum anderen zum vereinbarten Aufgabengebiet zu rechnen sei, sei dies bei der Wegzeit des Buslenkers zum Antrittsort des zweiten selbständigen Dienstteils nicht der Fall. Diese Überlegungen stehen - wie die zitierte Entscheidung in ihrer Gesamtheit - mit der hier vertretenen Auffassung in völligem Einklang.

Gerade im Hinblick auf die im konkreten Fall getroffenen Regelungen im Kollektivvertrag, die der Besonderheit des Lenkdienstes und auch der Zweiteiler-Dienste hinreichend Rechnung tragen, besteht daher keine Veranlassung, von den oben wiedergegebenen Vorentscheidungen abzugehen.

II.6. Der Revision der Beklagten gegen das angefochtene Teilurteil ist daher stattzugeben. Auch die Berechtigung des von diesem Teilurteil erfassten Anspruchsteils hängt von der noch zu klärenden Frage ab, ob sich der Kläger mit Erfolg auf eine Betriebsübung stützen kann. Insoweit kann auf die Ausführungen im Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

Die Urteile der Vorinstanzen waren daher aufzuheben und die Arbeitsrechtssache auch im hievon betroffenen Umfang zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

II.7. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

Zu Fall 14

OGH 24.2.2009, 9 ObA 113/08w

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug und AR Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. Katharina M*****, vertreten durch Forcher-Mayr, Kantner & Ruetz Rechtsanwälte-Partnerschaft in Innsbruck, gegen die beklagte Partei P***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Richard Leitner, Rechtsanwalt in Telfs, wegen 3.125,10 EUR brutto sA, über die Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. April 2008, GZ 15 Ra 20/08s-25, mit dem über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 14. November 2007, GZ 43 Cga 18/07m-19, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Hingegen wird der Revision der beklagten Partei Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 592,01 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 98,67 EUR Umsatzsteuer) und die mit 732,57 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 175 EUR Barauslagen und 92,93 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 15. 11. 2004 zunächst befristet bis 15. 5. 2005 und sodann - ohne Unterbrechung - im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses weiter bis 15. 12. 2006 beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis war kein Kollektivvertrag anwendbar.

In den vor Beginn des Arbeitsverhältnisses geführten Verhandlungen wurde mündlich festgehalten, dass die Klägerin den mit 1.300 EUR netto (1.907,43 EUR brutto) vereinbarten Monatsbezug 14 mal jährlich erhalten werde. Der schließlich von der Klägerin unterfertigte (befristete) Arbeitsvertrag vom 22. 11. 2004 enthielt die Formulierung „Sonderzahlungen laut Kollektivvertrag“.

Tatsächlich erhielt die Klägerin, für die die Sonderzahlungen ein wesentlicher Faktor für ihre Zustimmung zum Arbeitsverhältnis waren, wie alle anderen Mitarbeiter der Beklagten im November 2004 aliquote Sonderzahlungen für 2004 und im Juni den Urlaubszuschuss in Höhe des vereinbarten Monatsbezugs ausgezahlt.

Weil die Beklagte unter wirtschaftlichem Druck stand und erkannte, dass auf ihre Arbeitsverhältnisse entgegen dem Wortlaut des Arbeitsvertrags vom 22. 11. 2004 kein Kollektivvertrag anwendbar und sie daher an sich nicht zur Zahlung von Sonderzahlungen verpflichtet war, drängte sie ihre Mitarbeiter, einer Abänderung der Dienstverträge dahin zuzustimmen, dass die Leistung von Sonderzahlungen lediglich auf freiwilliger Basis beruhe. Vorerst wurde der Klägerin zwecks Verlängerung des bis 15. 5. 2005 befristeten Arbeitsverhältnisses der Arbeitsvertrag vom 16. 5. 2005 (Beil ./L) vorgelegt. In diesem Vertrag, den die Klägerin unterschrieb, fand sich allerdings abermals die schon im ursprünglichen Arbeitsvertrag enthaltene Formulierung, dass Sonderzahlungen „laut Kollektivvertrag“ gewährt werden. Als der für die Umgestaltung der Dienstverträge zuständige Vertreter der Beklagten diesen bei der Abfassung des Vertrags unterlaufenen Irrtum bemerkte, bat er die Klägerin, den

korrigierten Dienstvertrag vom 26. 5. 2005 (Beil ./1) zu unterfertigen. Dieser enthielt unter Pkt. 6 lit b die Formulierung „Die Ausbezahlung eines 13. und 14. Monatsgehalts beruht auf freiwilliger Basis“. Die Klägerin erklärte, auf die Sonderzahlungen nicht verzichten zu können. Erst nachdem ihr der Vertreter der Beklagten versprach, dass sie die Sonderzahlungen auch im Falle der Unterfertigung des neuen Arbeitsvertrags erhalten werde, unterfertigte sie diesen Vertrag.

Im November 2005 wurde der Klägerin die Weihnachtsremuneration lediglich in der Höhe von 572,23 EUR brutto ausgezahlt. Auch die Sonderzahlungen der anderen Mitarbeiter wurden prozentuell im gleichen Ausmaß gekürzt. Die Klägerin beschwerte sich über diese Entgeltkürzung, worauf der Geschäftsführer der Beklagten auf die eben zitierte Klausel im Arbeitsvertrag Beil ./1 verwies und der Klägerin eine Gehaltserhöhung für 2006 versprach, zu der es allerdings nicht kam.

Mit Hilfe der Wirtschaftskammer Tirol fand die Beklagte in der Folge zu einer präziseren Formulierung des zitierten Vertragspunkts. Ein in diesem Sinn überarbeiteter, mit 8. 2. 2006 datierter Arbeitsvertrag (Beil ./2) wurde von der Klägerin unterschrieben, nachdem ihr vom Geschäftsführer der Beklagten angekündigt worden war, dass sie gekündigt werde, falls sie nicht unterschreibe. In diesem Vertrag wurde der bisherige Vertragspunkt 6 lit b durch Punkt 15 präzisiert, der wie folgt lautet:

„15. Begünstigungen

Der Arbeitgeber behält sich den jederzeitigen Widerruf der vereinbarten Leistungen 13. und 14. Gehalt vor. Die Leistungen (13. und 14. Gehalt) erfolgen freiwillig und es entsteht auch bei wiederholter und langjähriger Gewährung kein Rechtsanspruch für die Zukunft, wobei die Höhe der jeweiligen Leistung vom Arbeitgeber festgelegt wird.

Alle Leistungen und Begünstigungen, die nicht in einem gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen (ABGB etc) festgesetzt sind, werden ohne Rechtsanspruch für die Zukunft gewährt und können jederzeit und ohne Angaben von Gründen widerrufen werden. [Hervorhebungen laut Original].

Mit der Gehaltsabrechnung für Juni 2006 erhielt die Klägerin einen Urlaubszuschuss von 954 EUR brutto; mit der Gehaltsabrechnung für November 2006 wurde ihr 912 EUR brutto an Weihnachtsremuneration ausgezahlt.

Die Klägerin beehrte die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von 3.125,10 EUR brutto sA an restlichen Sonderzahlungen. Sie habe den einseitigen Kürzungen der Sonderzahlungen durch die Beklagte niemals zugestimmt. Die Beklagte, die sich in keiner betriebswirtschaftlichen Krise befunden habe, sei zur Zahlung der vollen Sonderzahlungen nicht nur vertraglich, sondern auch nach dem GIBG verpflichtet gewesen.

Die Beklagte bestritt, jemals ihre Verpflichtung zur Gewährung von Sonderzahlungen rechtswirksam vereinbart zu haben. Jedenfalls mit der Änderung des Arbeitsvertrags vom 16. 5. 2005 sei vereinbart worden, dass die Sonderzahlungen auf freiwilliger Basis beruhten und jederzeit widerrufen werden könnten. Mit der weiteren Änderung des Arbeitsvertrags vom 8. 2. 2006 sei abermals die Freiwilligkeit und die jederzeitige Widerrufbarkeit der Sonderzahlungen bekräftigt und festgehalten worden, dass der Klägerin kein Rechtsanspruch auf Sonderzahlungen zukomme. Die Klägerin könne daher keine weiteren Zahlungen beanspruchen. Von einem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot könne keine Rede sein, weil die Beklagte mit sämtlichen Mitarbeitern vergleichbare Vereinbarungen getroffen habe.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 1.335,20 EUR brutto sA und wies das Mehrbegehren der Klägerin ab.

Zwar bestehe keine gesetzliche oder kollektivvertragliche Regelung, aus der sich eine Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Sonderzahlungen ergeben könnte. Sowohl im Rahmen der mündlichen Vereinbarungen vor Beginn des Arbeitsverhältnisses als auch im Arbeitsvertrag vom 22. 11. 2004 habe sich die Beklagte aber zur Zahlung von Sonderzahlungen verpflichtet. Durch die Verlängerung des vorerst befristeten Vertrags ab 16. 5. 2005 habe sich zunächst - wegen der mündlichen Zusage des Vertreters der Beklagten - an dieser Verpflichtung nichts geändert. Zudem sei die in Pkt. 6 lit b des Arbeitsvertrags enthaltene Vereinbarung zu unbestimmt, um den Wegfall der entsprechenden Verpflichtung der Beklagten zu bewirken. Die Klägerin habe daher Anspruch auf die volle Weihnachtsremuneration für 2005 und damit - nach Berücksichtigung der bereits erhaltenen Zahlung - auf 1.335,20 EUR brutto sA.

Mit dem von der Klägerin am 8. 2. 2006 unterfertigten Arbeitsvertrag Beil ./2 sei klargestellt worden, dass die Beklagte ihre Zusage zur Gewährung von Sonderzahlungen jederzeit widerrufen könne. Die Vereinbarung einer derartigen Widerrufsmöglichkeit sei zulässig. Daran ändere auch die Androhung der Kündigung durch die Beklagte nichts: Da selbst eine Änderungskündigung zulässig sei, müsse dies umso mehr für die bloße Ankündigung einer Kündigung für den Fall der Verweigerung der Zustimmung zu einem Verzicht auf überkollektivvertragliche Entlohnung gelten. Daher bestehe seit dieser Vereinbarung kein Anspruch der Klägerin auf weitere Sonderzahlungen mehr, und zwar auch nicht für den Zeitraum vom 1. 1. 2006 bis zum 7. 2. 2006, weil der Sonderzahlungsanspruch dem Grunde nach nicht sukzessive, sondern jeweils mit dem Anspruch auf Zahlung des laufenden Entgelts für die Monate Juni und November entstehe. In diesen Monaten habe aber kein Anspruch der Klägerin mehr existiert.

Der Einwand, die Beklagte habe gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, sei unberechtigt, weil die Beklagte alle Dienstnehmer in gleicher Weise behandelt habe.

Das nur von der Klägerin angerufene Berufungsgericht änderte in teilweiser Stattgebung der Berufung das Ersturteil im Sinne der Verpflichtung der Beklagten ab, der Klägerin 2.688,12 EUR brutto sA zu zahlen. Das Mehrbegehren der Klägerin wies es ab.

Da die Beklagte den der Klage stattgebenden Teil des Ersturteils nicht bekämpft habe, sei davon auszugehen, dass die Streitteile - auf welche Weise auch immer - zu Beginn des Dienstverhältnisses als auch bei seiner Verlängerung ab 16. 5. 2005 eine Vereinbarung geschlossen haben, nach der die Klägerin jährlich zwei Sonderzahlungen in Höhe jeweils eines Monatsbruttogehalts erhalten sollte.

„Verschlechterungsvereinbarungen“ seien - sofern auch der geänderte Vertragsinhalt den durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung normierten Mindestanforderungen entspreche - zulässig. Werde für den Fall der Ablehnung eines Verschlechterungsvorschlags die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt, könne dies - anders als etwa die Verweigerung der Zahlung fälliger Bezüge oder ähnlicher Maßnahmen - den Vorwurf rechtswidriger Druckausübung nicht rechtfertigen, weil mit einer solchen Kündigung nur vom gesetzlichen Recht Gebrauch gemacht werde, das auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsverhältnis jederzeit unter Einhaltung einer bestimmten Frist, aber ohne Angabe von Gründen, aufzulösen. Aus der - allein für den Verzicht auf bereits erworbene Ansprüche entwickelten - Drucktheorie könne also die Unzulässigkeit der von der Beklagten ins Treffen geführten Verschlechterungsvereinbarung nicht abgeleitet werden.

Allerdings enthalte der hier interessierende Punkt 15. der Abänderungsvereinbarung vom 8. 2. 2006 gar keinen Verzicht der Klägerin, sondern einen Änderungs- und Widerrufs- sowie einen Unverbindlichkeitsvorbehalt: Zum einen sei vereinbart, dass sich die Beklagte den jederzeitigen Widerruf der vereinbarten Leistungen vorbehalte; zum anderen sei festgehalten worden, dass die Sonderzahlungen freiwillig erfolgten, ohne Rechtsanspruch für die Zukunft gewährt werden und auch bei wiederholter und langjähriger Gewährung kein Rechtsanspruch für die Zukunft entstehe.

Der Unverbindlichkeitsvorbehalt sei streng vom Änderungs- und Widerrufsvorbehalt zu trennen. Er solle verhindern, dass ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung entsteht. Daher bedürfe es in diesem Fall keines Widerrufs, da der Vorbehalt der Unverbindlichkeit bereits im Zeitpunkt seiner Vereinbarung zur jederzeitigen und grundlosen Einstellung der Leistung ermächtigen solle. Der Oberste Gerichtshof habe bisher im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit von Unverbindlichkeitsvorbehalten das Entstehen eines Rechtsanspruchs nur bei „entgeltsfreien“ Leistungen, die sich außerhalb des vertraglichen Synallagmas bewegen (Zuschüsse zu Konzertabonnements, Freizeiteinrichtungen) verneint. Die Rechtsprechung zu Betriebspensionen sei in diesem Zusammenhang nicht analogiefähig, weil im BPG die Konstruktion einer Betriebspension ohne Rechtsanspruch ausdrücklich vorgesehen sei. Ein Unverbindlichkeitsvorbehalt in Bezug auf das Entgelt sei daher unzulässig. Da Sonderzahlungen zum Entgelt zählten, sei daher der von den Parteien vereinbarte Unverbindlichkeitsvorbehalt rechtsunwirksam.

Der Änderungsvorbehalt sei darauf gerichtet, im Rahmen der Grenzen des zwingenden Rechts einseitig bestimmte Bestandteile des Vertrags variabel gestalten zu können. Meist solle der Einsatz der Arbeitskraft zeitnah an die Bedürfnisse des Betriebs angepasst werden, indem durch Erhöhung oder Reduzierung arbeitsvertraglicher Ansprüche auf Phasen wirtschaftlicher Konjunktur oder Rezession reagiert werde. Bestehe die Veränderung in der vollständigen Beseitigung eines Rechtsanspruchs, so liege ein Widerrufsvorbehalt vor, der dem Dienstgeber das Recht einräume, einmal gewährte Ansprüche des Dienstnehmers zukünftig zur Gänze wieder einzustellen.

Änderungs- und Widerrufsvorbehalte seien zwar - soweit das verbleibende Entgelt nicht gegen zwingendes Recht verstoße - zulässig; die Rechtsprechung prüfe aber ihre Ausübung im Einzelfall. Ein solcher Vorbehalt räume dem Arbeitgeber eine nach Treu und Glauben und nach billigem Ermessen auszuübende Regelungsbefugnis ein, wobei nicht nur verbessernde, sondern auch verschlechternde Bestimmungen von einem solchen Gestaltungsrecht umfasst seien. Der Eingriff dürfe aber nicht schwerwiegender ausfallen, als es die Belange des Betriebs unter Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer erfordern. Die Zulässigkeit von Widerrufsvorbehalten im Entgeltbereich unter Berufung auf wirtschaftliche Gründe werde idR bejaht. Dafür, dass der Arbeitgeber bei Ausübung des ihm vereinbarungsgemäß vorbehaltenen Gestaltungsrechts die Grenzen des billigen Ermessens überschritten habe, sei der Arbeitnehmer behauptungs- und beweispflichtig. Die Klägerin habe dazu zwar in erster Instanz Vorbringen erstattet; sie sei jedoch in ihrer Berufung nicht mehr darauf zurückgekommen, sodass dahingestellt bleiben könne, ob die vom Erstgericht dazu erarbeitete Sachverhaltsgrundlage die Berufung der Beklagten auf wirtschaftliche Gründe rechtfertigen könnte.

Der Beklagten sei daher ein für die Zukunft wirkendes Gestaltungsrecht eingeräumt worden, dessen Ausübung eine inhaltlich bestimmte oder zumindest bestimmbare rechtsgeschäftliche Erklärung voraussetze, die mit dem Zugehen in den Machtbereich der Klägerin Rechtswirksamkeit erlange. Die Beklagte könne sich in diesem Zusammenhang zwar nicht auf Erklärungen im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits berufen, wohl aber auf die frühestens Ende Juni 2006 erfolgte Übermittlung der Gehaltsabrechnung für Juni 2006 sowie auf die (frühestens im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 15. 12. 2006 erfolgte) Übermittlung der Endabrechnung. In diesen Abrechnungen sei die schlüssige Erklärung zu erblicken, den Urlaubszuschuss 2006 lediglich im Betrag von 954 EUR und die Weihnachtsremuneration lediglich im Betrag von 912 EUR gewähren zu wollen. Diese Widerrufserklärung könne aber bereits erworbene Entgeltansprüche nicht rückwirkend erfassen. Die Klägerin habe daher bis zum Zugang der schlüssigen Zugangserklärungen auf der Basis der nach

wie vor aufrechten Entgeltvereinbarung nach Maßgabe der im Arbeitsverhältnis verbrachten Zeit kontinuierlich den (aliquoten) Anspruch auf jährlich zwei Sonderzahlungen im Ausmaß von jeweils einem Bruttomonatsentgelt erworben. Dieser Anspruch stehe der Klägerin zufolge Endigung des Arbeitsverhältnisses bereits am 15. 12. 2006 (jedenfalls) gemäß § 16 AngG im Verhältnis der im Jahr 2006 zurückgelegten Dienstzeit zum gesamten Kalenderjahr 2006 zu, zumal eine dem Stichtagsprinzip entsprechende, sich auf das gesamte Kalenderjahr 2006 beziehende Berechnung der Klageansprüche von der Klägerin nicht vorgenommen worden sei. Dabei sei zu beachten, dass durch die im Fälligkeitszeitpunkt erfolgte Ausübung des Gestaltungsrechts durch die Beklagte der Urlaubszuschuss für den Zeitraum vom 1. 1. 2006 bis 30. 6. 2006 auf der Bemessungsgrundlage eines (vollen) Monatsbruttogehalts und für den verbleibenden Zeitraum auf der Grundlage eines Jahresanspruchs von 954 EUR jeweils aliquot zu berechnen sei. Insgesamt ergebe sich daher für die Zeit vom 1. 1. bis 15. 12. 2006 ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 1.352,92 EUR brutto.

Auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz könne sich die Klägerin nicht mit Erfolg stützen, weil die Beklagte gegenüber allen anderen bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern die Sonderzahlungen im gleichen Verhältnis gekürzt habe.

Die ordentliche Revision sei zuzulassen, weil zur Behauptungs- und Beweislast einer Ermessensüberschreitung bei der Ausübung eines vereinbarten Abänderungs- bzw. Widerrufsvorbehalts durch den Arbeitgeber ebenso jüngere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle, wie zu den Fragen, ob die rechtsgestaltende Wirkung einer Abänderungs- bzw. Widerrufserklärung auch für bereits erworbene Anwartschaften rückwirkend Rechtswirksamkeit entfalte und ob ein Rechtswirksamkeitsvorbehalt in Bezug auf Sonderzahlungen wirksam vereinbart werden könne.

Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen beider Parteien.

Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil im Sinne des Zuspruchs weiterer 436,98 EUR brutto *sA* abzuändern. Die Beklagte begehrt die Wiederherstellung des Ersturteils. Hilfsweise beantragen beide Parteien die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

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

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Klägerin ist nicht berechtigt. Hingegen kommt der Revision der Beklagten Berechtigung zu.

Das Berufungsgericht hat richtig erkannt, dass zwischen „Unverbindlichkeitsvorbehalten“ einerseits und „Widerrufs- bzw. Änderungsvorbehalten“ andererseits unterschieden werden muss. Unverbindlichkeitsvorbehalte weisen darauf hin, dass eine Leistung freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bzw. ohne Einräumung eines Anspruchs auf eine zukünftige Leistungserbringung gewährt wird. Auch durch die wiederholte Gewährung soll kein Rechtsanspruch für die Zukunft entstehen. Es soll dem Arbeitgeber von Fall zu Fall überlassen bleiben, neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe er die Leistung weiter gewähren will. Will er dies nicht mehr, so reicht es aus, dass die - ohnehin nicht verpflichtend zu erbringende - Leistung in einem anderen Ausmaß oder überhaupt nicht mehr gewährt wird (*Risak*, Der Unverbindlichkeitsvorbehalt, ZAS 2006, 162 ff). Da kein Anspruch des Arbeitnehmers besteht, bedarf es keines Widerrufs durch den Arbeitgeber.

Der Widerrufsvorbehalt hingegen setzt einen Anspruch des Arbeitnehmers voraus, der durch den Widerruf wieder vernichtet werden kann (*Risak*, aaO 163).

Diese Unterscheidung hat erhebliche rechtliche Konsequenzen bei der Einstellung der Leistung: Während die Ausübung des Widerrufsvorbehalts einer Ausübungskontrolle unterliegt - der Arbeitgeber darf das Gestaltungsrecht nur im Rahmen billigen Ermessens ausüben - findet eine solche Kontrolle bei einer unter Unverbindlichkeitsvorbehalt stehenden Leistung nicht statt, weil es in diesem Fall ohnedies keinen Anspruch des Arbeitnehmers gibt (*Risak*, aaO 163).

Die Meinung des Berufungsgerichts, der Oberste Gerichtshof habe bisher Unverbindlichkeitsvorbehalte nur bei sog. „entgeltfernen“ Leistungen, die sich außerhalb des vertraglichen Synallagmas bewegen (zB Zuschüsse zu Konzertabonnements) als zulässig und wirksam erachtet (so auch *Felten*, Arbeitsvertragliche Flexibilisierungsklauseln im Entgeltbereich, RdW 2008, 278 ff [281]), beruht auf einem Missverständnis der in diesem Zusammenhang von der zweiten Instanz bzw. von *Felten* zitierten Entscheidungen 8 ObA 270/95 und 9 ObA 354/93 sowie der ebenfalls zitierten Ausführungen von *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 100 ff [105]. Tatsächlich ist den zitierten Entscheidungen zu entnehmen, dass der Oberste Gerichtshof bei derartigen „entgeltfernen“ Leistungen im Allgemeinen einen entsprechenden Widerrufs- oder Unverbindlichkeitsvorbehalt des Arbeitgebers gar nicht für erforderlich hält. Den Begünstigten habe auch ohne entsprechende Erklärungen des Arbeitgebers von vornherein klar sein müssen, dass der Arbeitgeber mit der Gewährung dieser Leistungen keine Verpflichtung eingehen wollen (näher dazu *Kuras* [aaO]). Hingegen ist der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Betriebsübung zu entnehmen, dass er Unverbindlichkeitsvorbehalte prinzipiell als zulässig erachtet: Nach dieser Rechtsprechung sind regelmäßig gewährte Arbeitgeberleistungen, mit denen Arbeitnehmer rechnen können, als

Offert des Arbeitgebers auf die Einräumung eines Anspruchs auf zukünftige Zahlungen anzusehen, sofern der Arbeitgeber den unverbindlichen Charakter der Zuwendung nicht ausdrücklich betont (RIS-Justiz RS0014154).

Richtig ist allerdings, dass in der Lehre die Zulässigkeit von Unverbindlichkeitsklauseln unterschiedlich beurteilt wird. Zuletzt wurde sie von *Risak* (aaO) bejaht. Hingegen ist in jüngster Zeit vor allem *Schindler* (in *Resch* [Hrsg], Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag 55 ff [73f]) der Zulässigkeit derartiger Klauseln vehement entgegengetreten. Die Beliebigkeit hinsichtlich Veränderungen der Entgelthöhe sei kein zulässiger Vertragsinhalt. Regelmäßige Leistungen zu erbringen oder in Aussicht zu stellen, aber zu nichts verpflichtet zu sein, sei nicht möglich. Entsprechende Erklärungen seien - bei Dauerleistungen - eine unmaßgebliche Fehlbezeichnung. Zuletzt hat auch *Felten* (aaO) Unverbindlichkeitsvorbehalte in Bezug auf das Entgelt als unzulässig bezeichnet. Durch einen solchen Vorbehalt könne die Billigkeitskontrolle, wie sie bei der Ausübung von Widerrufsvorbehalten praktiziert werde, nicht abbedungen werden, insbesondere dann, wenn es sich um (laufendes) Entgelt für die vertraglich geschuldeten Dienste handelt. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu Widerrufsvorbehalten sei daher auch auf unverbindliche Entgeltvereinbarungen anzuwenden.

Den in der Lehre gegen die Zulässigkeit von Unverbindlichkeitsvorbehalten vorgetragenen Argumenten, vor allem dem Gedanken, dass der Arbeitnehmer auf eine gewisse Beständigkeit seines monatlichen Entgelts vertrauen können müsse, kommt im Zusammenhang mit den wesentlichen Teilen des laufenden monatlichen Entgelts erhebliches Gewicht zu. Eine Klausel, die sich auf einen wesentlichen Teil des Monatsentgelts bezieht, ist aber hier nicht zu beurteilen, sodass dazu nicht weiter Stellung zu nehmen ist. Für andere Entgeltbestandteile, die nicht zum wesentlichen Teil des Grundentgelts gehören oder die nur unregelmäßig bzw aus besonderem Anlass gewährt werden, besteht hingegen nach Ansicht des Senats kein triftiger Grund, ausdrücklich und unmissverständlich erklärte Unverbindlichkeitsvorbehalte generell als unzulässig zu betrachten. Insofern besteht daher kein Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung, die sich - soweit überblickbar - nur auf Entgeltbestandteile der zuletzt genannten Kategorie bezieht, abzugehen.

Die hier in Rede stehenden Sonderzahlungen gehören nicht zu den eben erörterten wesentlichen Teilen des laufenden monatlichen Entgelts. Ein sich auf solche Sonderzahlungen beziehender Unverbindlichkeitsvorbehalt ist daher nicht unzulässig.

Im Übrigen ist zu beachten, dass die hier zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung vom 8. 2. 2006 dadurch gekennzeichnet ist, dass sie sowohl einen Unverbindlichkeits- als auch einen Widerrufsvorbehalt enthält. Diese keineswegs seltene Konstellation wirft jedoch Probleme auf, weil - wie gezeigt - Unverbindlichkeits- und Widerrufsvorbehalt unterschiedliche Rechtsfolgen bewirken und daher zueinander in Widerspruch stehen.

Unter Hinweis auf die Entscheidung 9 ObA 15/97i vertritt *Risak* (aaO 165) die Auffassung, dass in derartigen Fällen nicht bloß auf den Wortlaut der Klausel, sondern auf den Gesamtzusammenhang abzustellen ist. Eine generelle Aussage, dass die Kombination der beiden Vorbehalte immer in die eine oder die andere Richtung ausschlagen müsse, sei nicht möglich. Im Einzelfall sei ohne starre Bindung an den buchstäblichen Wortsinn zu fragen, ob es für den Arbeitnehmer klar sein musste, dass kein Rechtsanspruch eingeräumt oder mit dem Verweis auf den mangelnden Rechtsanspruch vielmehr nur die Widerruflichkeit bestärkt werden sollte. Sei eine Auslegung nach § 914 ABGB nicht möglich, müsse die Unklarheitenregel des § 915 ABGB zum Tragen kommen (näher dazu *Risak*, aaO 165 f).

In der Tat ist eine Vertragsbestimmung, die Unverbindlichkeits- und Widerrufsklausel kombiniert, auslegungsbedürftig. Es trifft auch zu, dass sich die Auslegung, die immer nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls erfolgen kann, nicht auf den bloßen Wortlaut der Klausel zu beschränken hat, sondern den Gesamtzusammenhang der Vereinbarung, aber auch die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, berücksichtigen muss.

Für die Anwendung des § 915 ABGB, der nur zum Tragen kommt, wenn die Auslegung nach § 914 ABGB zu keinem klaren Ergebnis führt (*Bollenberger* in *KBB*² § 915 Rz 1 mwN), ist aber hier kein Raum, weil unter den hier gegebenen Umständen klar ist, wie die Vertragserklärung des Arbeitgebers gemeint war und wie sie auch von der Klägerin verstanden werden musste: Im konkreten Fall ist nämlich zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 8. 2. 2006 die Kürzung der Sonderzahlungen zwischen den Parteien bereits seit geraumer Zeit ein Diskussionsthema war. Die Beklagte hatte die vorangegangene Sonderzahlung bereits gekürzt, wogegen aber die Klägerin protestiert hatte. Nunmehr ging die Beklagte daran, die von ihr bereits vorgenommene Kürzung vertraglich abzusichern und die Unterfertigung dieses Vertrags durch die Androhung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch wirklich durchzusetzen. Unter diesen Umständen musste daher auch für die Klägerin klar sein, dass es der Arbeitgeberin nicht um die Schaffung der Möglichkeit eines künftigen Widerrufs der Sonderzahlungen ging, sondern darum, zur Legitimierung der bereits erfolgten Kürzungen den Rechtsanspruch der Klägerin auf Sonderzahlungen in einer bestimmten Höhe endgültig zu beseitigen.

Die Einwände der Klägerin, die Vereinbarung sei - weil sie unter Kündigungsandrohung unterfertigt worden sei - nicht wirksam, haben die Vorinstanzen bereits mit ausführlicher Begründung und von der Klägerin unbekämpft verneint.

Im Gegensatz zum Berufungsgericht geht der Oberste Gerichtshof daher aus, dass zwischen den Parteien am 8. 2. 2006 wirksam die Unverbindlichkeit der Sonderzahlungen vereinbart wurde. Ein (der Billigkeitskontrolle unterliegender) Widerruf der Sonderzahlungen war daher gar nicht mehr erforderlich. Vielmehr steht der Klägerin ab dem 8. 2. 2006 aufgrund des wirksamen Unverbindlichkeitsvorbehalts kein über die ihr ohnedies gewährten (restlichen) Sonderzahlungen hinausgehender Anspruch mehr zu.

Dass der am 8. 2. 2006 vereinbarte Unverbindlichkeitsvorbehalt als solcher keine rückwirkende Wirkung entfaltet hat, trifft zu. Dass - wie die Beklagte behauptet - die Klägerin mit der Unterfertigung rückwirkend auf alle offenen Sonderzahlungsansprüche verzichtet habe, ist dem Vertrag in keiner Weise zu entnehmen. Der für 2005 aushaftende Betrag wurden der Klägerin daher zu Recht vom Erstgericht zugesprochen. Dieser Zuspruch wird von der Beklagten auch nicht mehr bekämpft.

Für die Zeit vom 1. 1. 2006 bis zum 8. 2. 2006 steht der Klägerin kein über die von ihr ohnedies bezogenen Zahlungen hinausgehender Anspruch zu. Sie hat für das Jahr 2006 die Hälfte der Sonderzahlungen erhalten, obwohl ihr kein Rechtsanspruch auf diese Leistung mehr zugestanden ist. Die ihr somit freiwillig für 2006 gewährten Zahlungen decken ihre auf die Zeit vom 1. 1. 2006 bis zum 8. 2. 2006 entfallenden aliquoten Sonderzahlungsansprüche mehr als ab. Sie kann daher für diesen Zeitraum keine weiteren Ansprüche mehr geltend machen.

Im Ergebnis erweist sich daher die Entscheidung des Erstgerichts als zutreffend.

In Stattgebung der Revision der Beklagten war daher das Ersturteil wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Zu Fall 15

ASG Wien 23.11.2009, 25 Cga 126/08v

Gehaltsgruppe E DO.A - Die Einreihungskriterien der DO.A sind in der derzeit geltenden und hier maßgeblichen Formulierung am 1. 1. 1993 in Kraft getreten. Der Begriff der universitären Ausbildung im Sinne der Kriterien der Gehaltsgruppe E ("einschlägiges Universitäts-, Hochschul- oder Fachhochschulstudium") kann daher nur nach der damaligen Bedeutung verstanden werden. Ein Bachelor-Studium war 1993 - jedenfalls in Österreich - nicht bekannt, es wurde vielmehr erst ab dem Jahr 2000 im Zuge des sogenannten Bolognaprozesses in Österreich eingerichtet (Harmonisierung der universitären Ausbildung und der universitären Abschlüsse innerhalb der EU).

Die von der klagenden Arbeitnehmerin absolvierte Ausbildung an der damaligen Akademie für Sozialarbeit entspricht nicht der universitären Ausbildung im Sinne der Begriffsbestimmungen der DO.A Gehaltsgruppe E, weil sie wohl einem Bachelorstudium, nicht aber einem Fachhochschulstudium (Mag. FH) oder einem Masterstudium gleichzuhalten ist.

Eine nach Vertragsabschluss eingetretene Änderung der Rechtslage über universitäre Studienabschlüsse kann nicht zu einer Änderung in der kollektivvertraglichen Einstufung führen, wenn sich - wie hier - am wesentlichen Inhalt der Tätigkeit gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nichts geändert hat.

Das Begehren der Arbeitnehmerin auf eine höhere Einstufung und die daraus resultierende Gehaltsdifferenz war daher abzuweisen.

Zu Fall 16

OLG Innsbruck 17.3.2010, 13 Ra 8/10i

Selbst bei einem ausdrücklichen Verbot ist die Benutzung des Firmenhandys oder des Dienstwagens zu privaten Zwecken in ganz beschränktem Umfang zulässig, wenn das Interesse des Arbeitnehmers die betrieblichen

Interessen überwiegt. Noch viel mehr hat der Arbeitgeber die Privatnutzung von Arbeitsmitteln bei Vorliegen dieser Voraussetzung zu tolerieren, wenn eine ausdrückliche Regelung fehlt.

Rechtsgrundlage für Privatnutzung

Das Arbeitsrecht enthält keine gesetzlichen und üblicherweise auch keine kollektivvertraglichen Regelungen über die Benutzung von Dienstkraftfahrzeugen. Dies gilt auch für die Benutzung von Diensthandys. Es herrscht diesbezüglich volle Vertragsfreiheit. Bei der Frage der Zulässigkeit der Privatnutzung sind 3 verschiedene Fallgruppen zu beachten:

- ein vom Arbeitgeber erlassenes ausdrückliches Nutzungsverbot zulasten des Arbeitnehmers;
- eine fehlende Erklärung zu einer allfälligen Nutzung (wie im vorliegenden Fall);
- eine ausdrückliche Genehmigung der Nutzung durch den Arbeitnehmer.

Die Privatnutzung des Pkw kann durch ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarung begründet werden. Wie Lehre und Rechtsprechung zur Privatverwendung von Dienstwagen zeigen, kann eine Genehmigung der Privatnutzung auch auf betriebliche Übung oder das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot gestützt werden: Eine durch regelmäßige vorbehaltlose Gewährung von Leistungen des Arbeitgebers an bestimmte Arbeitnehmer begründete Übung wird - soweit sie den Willen des Arbeitgebers unzweideutig zum Ausdruck bringt, sich diesbezüglich auch für die Zukunft zu verpflichten - infolge der gleichfalls schlüssigen (§ 863 ABGB) Zustimmung der Arbeitnehmer zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang der Gleichbehandlungsgrundsatz besonders zu beachten: Die willkürliche Schlechterstellung eines Arbeitnehmers gegenüber der Mehrzahl der übrigen Arbeitnehmer, die hinsichtlich der Privatnutzung eines Dienstwagens oder eines Diensthandys vergleichbar sind, würde die dem Arbeitgeber obliegende Gleichbehandlungspflicht verletzen. Sollte daher im vorliegenden Fall vergleichbaren Angestellten des Unternehmens (auch den Vorgängern/Nachfolgern des Arbeitnehmers) die Handy-/Pkw-Privatnutzung erlaubt oder zugestanden worden sein, könnte der Arbeitgeber beim Arbeitnehmer keinen strengeren Maßstab anlegen und keine weiteren Abzüge/Einbehalte tätigen.

Rechtfertigung von Privattelefonaten

Inhaltlich ist zunächst davon auszugehen, dass selbst bei einem (derzeit vom Erstgericht nicht als erwiesen angenommenen) Privatnutzungsverbot das Führen von Telefonaten mit Firmenhandys und die Verwendung des Dienstwagens in ganz beschränktem Umfang dennoch als zulässig angesehen werden:

Nach überwiegender Auffassung ist selbst während der Arbeitszeit das Führen von privaten Telefongesprächen in bestimmtem Umfang zulässig. Dabei muss es zu einer Abwägung der betrieblichen und privaten Interessen des Arbeitnehmers kommen. In der Rechtsprechung wurde zB bei Beurteilung eines Telefonierverbotes die Meinung vertreten, dass es besondere Umstände gibt, in denen das Interesse des Arbeitnehmers den betrieblichen Interessen vorgeht. Der OGH hat in seinen Entscheidungen zu Privattelefonaten und zur Privatnutzung von Computern ausgesprochen, dass die Privatnutzung in geringem Umfang (sogar während der Arbeitszeit) nicht unüblich ist. Ein gewisses Maß an privaten Telefonaten in geringem, für Arbeitsverhältnisse üblichem Umfang muss der Arbeitgeber also sogar während der Dienstzeit dulden (vgl OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 192/98w, ARD 5018/9/99). Vor allem kurze Gespräche, die wichtige private Mitteilungen betreffen, werden auch während der Dienstzeit als zulässig empfunden: In besonderen persönlichen und familiären Fällen können dabei die privaten Interessen des Arbeitnehmers überwiegen.

Es entspricht aber dem Herkommen, der Sitte und dem arbeitsrechtlichen Standard, geringfügige Unterbrechungen der Arbeitsbereitschaft für private Telefonate nicht nur am Maßstab des wichtigen persönlichen Grundes zu messen, sondern auch weniger schwerwiegende Gründe zur Rechtfertigung für ein Privattelefonat während der Arbeitszeit mit einem Diensttelefon/Diensthandy schon genügen zu lassen, sofern sie eine "verhältnismäßig kurze Zeit" nicht überschreiten. Telefonate für Anfragen bei Behörden sowie in Schulangelegenheiten der eigenen Kinder, Vereinbarungen von Arztterminen und Wartungsterminen für das Privatauto oder Warenbestellungen werden auch bei Privatnutzungsverboten als zulässig empfunden (vgl *Adamovic* in ZAS 1992, 196; *Mayr* in DRdA 2008, 169).

Privatnutzung statt Abwesenheit

Einen weiteren rechtlichen Anhaltspunkt für die Entscheidung über das Vorliegen einer solchen Situation bilden jene gesetzlichen (§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b ABGB) oder kollektivvertraglich normierten wichtigen Dienstverhinderungsgründe, in denen der Gesetzgeber bzw die KV-Parteien eine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers für die gänzliche Abwesenheit des Arbeitnehmers normiert haben. In den Kreis der zu beachtenden Umstände bzw Situationen sind aber nicht nur bezahlte Dienstverhinderungsgründe, sondern auch unbezahlte aufzunehmen, da der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch seine Anwesenheit seine Arbeitsleistung (die ihm im Normalfall zum Vorteil gereicht) zur Verfügung stellt, sodass im Verhältnis dazu die Privatnutzung als für den Arbeitgeber günstiger erscheint.

Darüber hinaus kann die Interessenabwägung schon aus rein wirtschaftlichen pragmatischen Gründen für die Zulässigkeit einer bestimmten Privatverwendung sprechen: Benützt der Arbeitnehmer das Telefon bzw Internet des Arbeitgebers (statt einer Abwesenheit), so wirkt sich dies für den Arbeitgeber wesentlich kostengünstiger aus als eine Absenz.

Privatnutzung von Dienstwagen

Was die Privatverwendung von Firmenwagen anlangt, wird vertreten, dass diese in gewissem Umfang auch bei Privatnutzungsverboten zulässig ist (*Körber* in ZAS 2005/13, 69). Die Privatnutzung des vom Arbeitnehmer für dienstliche Zwecke benötigten Fahrzeugs stellt aus der Sicht des Arbeitgebers nur einen Annex zur primären dienstlichen Nutzung dar, der keine erheblichen zusätzlichen Kosten verursacht (vgl OGH 29. 10. 1993, 9 ObA 220/93, ARD 4529/30/94).

Darüber hinaus können uU wohl auch hier die wichtigen Interessensausnahmen wie bei Privatverwendung von Handys trotz Privatverwendungsverboten sinngemäß zutreffen.

Nutzung bei fehlender Regelung

In all den referierten Fällen, in denen sogar bei bestehendem Nutzungsverbot eine Privatnutzung ausnahmsweise zulässig ist, ist natürlich auch bei fehlender Regelung dieser Frage (wie im vorliegenden Fall) eine Nutzung zulässig. Diese Beurteilung muss daher zu dem Gegenschluss führen, dass eine Privatnutzung in Pausen oder in der Freizeit vermehrt zulässig erscheint.

Soweit also der Arbeitnehmer nachweisen könnte, dass seine Privatnutzungen des Handys bzw des Dienstwagens nicht über einen Umfang hinausgingen, der dem Herkommen, der Sitte und dem arbeitsrechtlichen Standard entspricht, könnte der Arbeitgeber eine Gegenforderung nicht erheben und wären daher die Einbehalte nicht zu rechtfertigen; die Klagsforderung wäre insoweit ebenfalls berechtigt.

Wegen fehlender Feststellungen wurde das Urteil des Erstgerichts aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Feststellungsdefizite sieht das Berufungsgericht zu folgenden Beweisthemen:

- ob ein ausdrückliches Privatverwendungsverbot für Diensthandy und Dienstwagen vereinbart wurde und welchen genauen Inhalt dieses Verbot allenfalls hatte, ob eine betriebliche Übung oder das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot die Privatverwendung des Arbeitnehmers deckt oder ob dazu keinerlei Vereinbarungen getroffen wurden; oder allenfalls, ob dem Arbeitnehmer ausdrücklich oder schlüssig die Privatverwendung des Diensthandys und/oder des Dienstwagens freigestellt wurde;
- wann, wie lange und zu welchen Zwecken (Diensthandy und Dienstwagen) und mit welchen Fahrtzielen/Fahrtladungen (Dienst-Pkw) der Arbeitnehmer das Diensthandy und/oder den Dienst-Pkw tatsächlich ausschließlich zu privaten Zwecken verwendet hat, und ob diese ausschließlichen Privatverwendungen noch im Rahmen des üblichen Herkommens, der gewöhnlichen Sitte und des allgemeinen arbeitsrechtlichen Standards lagen oder über diesen Rahmen hinaus gingen;
- nach welchen Tarifen das Diensthandy bei welchem Netzbetreiber während des Dienstverhältnisses abgerechnet wurde; welchen Dienstwagen der Arbeitnehmer in dieser Zeit eingesetzt hat, welchen Wert dieser hatte, wie die Anschaffungskosten und der Zeitwert waren und wie dieser Pkw steuerlich vom Arbeitgeber behandelt wurde.

Zu Fall 17

OGH 26.5.2010, 9 ObA 34/10f

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Rolf Gleißner und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat W*****, vertreten durch Dr. Thomas Praxmarer, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Ö***** GmbH, *****, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwältin OG in Wien, wegen Feststellung gemäß § 54 Abs 1 ASGG, über die Revisionen sowohl der klagenden Partei als auch der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 15. Dezember 2009, GZ 15 Ra 72/09i-41, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 20. März 2009, GZ 43 Cga 124/08a-34, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben. Hingegen wird der Revision der klagenden Partei Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es unter Einschluss des bestätigten Teils (Pkt 1 des Spruchs) insgesamt lautet:

„1. Es wird gegenüber der beklagten Partei festgestellt, dass für die außerhalb der Normalarbeitszeit gelegene, im Zusammenhang mit angeordneten Störungsbehebungen erforderliche Reisetätigkeit von der Wohnung des Angestellten zum Dienstsitz oder direkt zur Einsatzstelle im eigenen, selbst gelenkten Kraftfahrzeug, sofern derartige Fahrten von der beklagten Partei angeordnet oder solche wegen der Lage der Wohnung oder wegen Fehlens eines öffentlichen Verkehrsmittels und mangels Bereitstellung eines Transportmittels durch die beklagte Partei notwendig sind, eine Überstundenvergütung gemäß § 10 Abs 1 AZG gebührt.

2. Es wird gegenüber der beklagten Partei festgestellt, dass für die außerhalb der Normalarbeitszeit gelegene, im Zusammenhang mit angeordneten Störungsbehebungen erforderliche Reisetätigkeit im Hilfszug vom Dienstsitz zur Einsatzstelle eine Überstundenvergütung gemäß § 10 Abs 1 AZG gebührt.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 6.870,24 EUR (darin enthalten 1.145,04 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz, die mit 1.300,32 EUR (darin enthalten 216,72 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (im zweiten Rechtsgang) sowie die mit 891,64 EUR (darin enthalten 148,60 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte entstand im Rahmen der Umstrukturierung der Österreichischen Bundesbahnen mit Eintragung in das Firmenbuch am 24. 6. 2004. Am 12. 12. 2004 trat der Kollektivvertrag zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB in Kraft. Die bis dahin geltenden Überstundenrichtlinien für ÖBB-Angestellte sowie die Dienstdauer-Vorschrift wurden außer Kraft gesetzt.

§ 10 des Arbeitszeit-Kollektivvertrags lautet:

„Für Reisezeiten außerhalb der Normalarbeitszeit gebührt kein Überstundenzuschlag. Dies gilt nicht für Reisezeiten des Fahrpersonals in unmittelbarem Zusammenhang mit der Dienstplanabwicklung (‘Fahrgastfahrten’).

Eine Verkürzung der Ruhezeit über das Ausmaß des § 7 Z 1 ist aus Anlass einer Reisezeit nicht zulässig.

Nicht als Arbeitszeit gelten Reisezeiten zwischen 22:00 und 6:00 Uhr, wenn die Benützung eines Schlafwagens in einem Massenbeförderungsmittel bewilligt wird.“

Die vom Klagebegehren betroffenen Dienstnehmer der Beklagten werden fallweise außerhalb ihrer Normalarbeitszeit über Anweisung ihrer Vorgesetzten aus der Rufbereitschaft zu Störungsbehebungen, wie etwa bei einer Entgleisung oder bei Schneefällen, herangezogen. In einem solchen Fall erfolgt die Anreise mit dem privaten Pkw entweder vom Wohnort direkt zum Einsatzort oder vom Wohnort zum Dienstort (Heimatbahnhof) und sodann weiter mit dem Hilfszug vom Heimatbahnhof zum Einsatzort. Für das vorliegende Verfahren ist

davon auszugehen, dass während der Reisebewegungen im Hilfszug keine Arbeitsleistungen, wie Abhalten von Vorbereitungen, Verräumen von Materialien oder Beobachten eines schadhafte Waggons, erbracht werden. Für die in Rede stehenden Reisezeiten werden von der Beklagten seit Jänner 2005 keine Überstundenzuschläge gezahlt. Lediglich für den Fall, dass im Hilfszug tatsächlich Arbeitsleistungen durchgeführt werden, erfolgt die Verbuchung unter „Arbeitszeit bei Dienstreise“ mit Überstundenzuschlag.

Der Kläger beehrte gemäß § 54 Abs 1 ASGG die Feststellung, dass die außerhalb der Normalarbeitszeit zur Störungsbehebung erforderliche Reisetätigkeit im eigenen, selbst gelenkten Kraftfahrzeug (von der Wohnung zur Einsatzstelle oder zum Dienstsitz) sowie im Hilfszug (vom Dienstsitz zur Einsatzstelle) als Arbeitszeit im engeren Sinn zu bewerten und daher überstundenzuschlagspflichtig sei. Die Regelung in § 10 des Arbeitszeit-Kollektivvertrags, die für Reisezeiten außerhalb der Normalarbeitszeit grundsätzlich keinen Überstundenzuschlag vorsehe, verstoße gegen die zwingenden Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes. Die in Rede stehenden Fahrten der Einsatzkräfte seien notwendige Voraussetzung und Inhalt der Arbeitsleistung. Während der Fahrten im Hilfszug werde regelmäßig telefoniert und zudem versucht, die Lage abzuklären. Fahrten, die regelmäßig im Rahmen der Einsatzfahrten anfielen, müssten daher mit Zuschlag entlohnt werden.

Die Beklagte entgegnete, dass bei der zu beurteilenden Reisetätigkeit die Intensität der Inanspruchnahme der Dienstnehmer regelmäßig geringer als bei der eigentlichen Arbeitsleistung sei. Dies gelte auch für Fahrten mit dem eigenen Pkw, zumal es sich dabei um eine weitgehend mechanische Tätigkeit handle. Das Lenken eines Fahrzeugs sei auch nicht untrennbar mit der eigentlichen Arbeitsleistung verbunden, wie dies etwa bei einem Vertreter, einem Fahrverkäufer oder einem Boten der Fall sei.

Das Erstgericht gab dem Feststellungsbegehren in Ansehung der Reisetätigkeit im eigenen, selbst gelenkten Kraftfahrzeug statt und wies das Mehrbegehren hinsichtlich der Reisezeit im Hilfszug ab. Es sei unstrittig, dass die zu beurteilende Reisezeit als Arbeitszeit zu qualifizieren sei. Gemäß § 10 Abs 1 Z 1 AZG gebühre daher grundsätzlich ein Zuschlag von 50 %. § 10 des Arbeitszeit-Kollektivvertrags verstehe unter „Reisezeiten“ aber nur Reisezeiten iSd § 20b Abs 1 AZG. Nach der Lehre handle es sich dabei lediglich um „passive Reisezeiten“. Für diese sei eine geringere Belastung und damit eine geringere Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmer charakteristisch. Der Arbeitnehmer sei nur an den Ort des Fortbewegungsmittels, nicht aber auch an die Gestaltung der Reisezeit gebunden. Solche Arbeitszeiten mit geringerer Belastung könnten geringer entlohnt werden. Nach § 10 AZG sei es daher unproblematisch, wenn ein Kollektivvertrag für passive Reisezeiten einen geringeren Normallohn vorschreibe. Demgegenüber sei das Lenken des eigenen Kraftfahrzeugs über Auftrag des Arbeitgebers nicht als Reisezeit, sondern als echte Arbeitsleistung zu qualifizieren. Pkt 1 des Klagebegehrens sei von der Regelung des § 10 des Arbeitszeit-Kollektivvertrags daher nicht erfasst.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und präziserte gleichzeitig das Feststellungsurteil zu Pkt 1 des Spruchs. Mangels abweichender Einzelvereinbarung könne der Kollektivvertrag bzw subsidiär die Betriebsvereinbarung die Frage des Zeitausgleichs oder der Zusatzabgeltung verbindlich normieren. Für passive Reisezeiten könne auch eine geringere Entgeltlichkeit und ebenso eine geringere zeitliche Bewertung im Verhältnis 1 : 1 vereinbart werden. § 10 AZG sehe den Überstundenzuschlag überdies nur für die Vollarbeitszeit, nicht aber auch für passive Reisezeiten iSd § 20b AZG vor. Die in § 10 des Arbeitszeit-Kollektivvertrags enthaltene Regelung sei daher nicht gesetzwidrig. Diese beziehe sich aber nur auf passive Reisezeiten. Das Lenken des eigenen Pkws zur Eigenbeförderung an den Einsatzort sei allerdings als Vollarbeitszeit zu qualifizieren. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Frage, ob das aufgetragene Lenken des eigenen Kraftfahrzeugs zum Einsatzort außerhalb der Normalarbeitszeit der Überstundenzuschlagspflicht unterliege, jüngere Rechtsprechung des Höchstgerichts fehle.

Gegen die Abweisung des Feststellungsbegehrens zu Pkt 2 des Spruchs (Reisetätigkeit im Hilfszug) richtet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in der Weise abzuändern, dass dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte wendet sich in ihrer Revision gegen das Feststellungsurteil zu Pkt 1 des Spruchs (Reisetätigkeit im eigenen, selbst gelenkten Kraftfahrzeug bei Anordnung oder dienstlicher Notwendigkeit solcher Fahrten) aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in der Weise abzuändern, dass auch das Klagebegehren zu Pkt 1 abgewiesen werde; hilfsweise stellt auch sie einen Aufhebungsantrag.

Mit ihren Revisionsbeantwortungen beantragen die Streitteile, jeweils dem Rechtsmittel der Gegenseite den Erfolg zu versagen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revisionen sind zulässig, weil zur entgeltrechtlichen Qualifikation der Reisezeiten von Dienstnehmern der Beklagten, die sich in Rufbereitschaft befinden und außerhalb der Normalarbeitszeit zu angeordneten Störungsbehebungen gerufen werden, eine Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof geboten erscheint. Die Revision des Klägers ist auch berechtigt; jene der Beklagten hingegen nicht.

1.1 Mit Ausgliederung der ÖBB durch das Bundesbahngesetz 1992 ist der öffentlich-rechtliche Einschlag der Dienstverhältnisse der ÖBB-Mitarbeiter grundsätzlich weggefallen. Unstrittig gehen auch die Streitteile von der Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes und insbesondere von der Maßgeblichkeit des § 10 AZG aus.

1.2 Der Streitpunkt betrifft die Frage, ob nach dem Abruf eines Dienstnehmers aus der Rufbereitschaft für die außerhalb der Normalarbeitszeit gelegene Reisezeit mit einem selbst gelenkten Privatfahrzeug oder im Hilfszug zum Einsatzort trotz der Regelung in § 10 des Arbeitszeit-Kollektivvertrags ein Überstundenzuschlag nach § 10 AZG gebührt. Strittig ist nur diese entgeltbezogene Fragestellung, und zwar ausschließlich für Reisezeiten ohne eigentliche (echte) Arbeitsverrichtung. Darüber hinausgehende arbeitszeitrechtliche Fragen sind nicht zu klären.

2.1 § 10 AZG normiert den Anspruch auf Zahlung des Überstundenzuschlags. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gilt diese Bestimmung grundsätzlich für alle Arbeitszeiten außerhalb der Normalarbeitszeit. § 10 AZG wird von der Rechtsprechung dabei als unabdingbare Mindestnorm betrachtet; der Zuschlag kann daher grundsätzlich weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden (RIS-Justiz RS0051734; 9 ObA 218/99w; 8 ObA 83/04w; *Schrank*, Arbeitszeitgesetze I § 10 AZG Rz 5; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm zum Arbeitsrecht § 10 AZG Rz 2). Durch das Zuschlagssystem soll die Mehrbelastung des Dienstnehmers entsprechend abgegolten und der Dienstgeber gleichzeitig angehalten werden, Überstunden nur in begründeten Fällen anzuordnen (RIS-Justiz RS0051870; *Schrank* aaO § 10 AZG Rz 2). Unter Bedachtnahme auf diesen Gesetzeszweck sind Umgehungen des Zuschlagssystems im Allgemeinen nicht zuzulassen.

2.2 In der Rechtsprechung und Literatur ist aber anerkannt, dass für Leistungen des Dienstnehmers, bei denen die Intensität seiner Inanspruchnahme geringer ist als bei der eigentlichen Arbeitsleistung, kollektivvertraglich oder einzelvertraglich ein geringeres Entgelt vereinbart werden kann (RIS-Justiz RS0021667; *Schrank* aaO § 20b AZG Rz 20 f; *Pfeil* aaO §§ 20 bis 23 AZG Rz 19; *Grillberger*, AZG², 92; *Heilegger/Schwarz* in *Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz*, Arbeitszeitgesetz², 509). Dies gilt jedenfalls für herkömmliche (auftragene) Dienstreisen etwa mit einem öffentlichen Verkehrsmittel (vgl. RIS-Justiz RS0021595; 8 ObA 321/01s).

Nach der Entscheidung 9 ObA 182/93 kann auch für das (angeordnete) selbständige Lenken eines Privatfahrzeugs ein geringeres Entgelt vereinbart werden, sofern die Pkw-Fahrt nicht zur Vollarbeitszeit zählt, etwa weil sie nicht zum ständigen Inhalt der Arbeitstätigkeit zählt oder mit der eigentlichen Dienstleistung nicht gleichzusetzen ist. Aufgrund der Einführung des § 20b AZG (durch BGBl I 1997/46) könnte fraglich sein, ob diese Rechtsprechung aufrechterhalten werden kann. Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass auch die echte bzw. passive Reisezeit (ohne Arbeitsleistung) zur Arbeitszeit zählt (vgl. RIS-Justiz RS0021607; 9 ObA 109/03z; *Grillberger* aaO 173; *Pfeil* aaO §§ 20 bis 23 AZG Rz 17; *Heilegger/Schwarz* aaO 507 und 509). Gleichzeitig wird klargestellt, dass das Lenken eines Kraftfahrzeugs, soweit dies auf Anordnung des Dienstgebers erfolgt, als Arbeitsleistung anzusehen ist (AB 622 BlgNR 20. GP, 9). Auch wenn das angeordnete Lenken eines Privatfahrzeugs demnach nicht zur echten Reisezeit iSd § 20b AZG gehört, ist damit noch nicht gesagt, dass diese Tätigkeit notwendigerweise zur Vollarbeitszeit gehört und die Vereinbarung eines geringeren Entgelts nicht zulässig wäre. Bezahlungsaspekte werden in § 20b AZG nämlich weder angesprochen noch geregelt (*Schrank* aaO § 20b AZG Rz 21; vgl. auch *Schrank* aaO § 20b AZG Rz 5 und § 2 AZG Rz 19).

2.3 Für besondere Formen der Arbeitszeit kann somit ein geringeres Entgelt vereinbart werden. *Schrank* (aaO § 20b AZG Rz 21) und *Heilegger/Schwarz* (aaO 509) vertreten dazu die Ansicht, dass unter einem geringeren Entgelt auch ein Abgehen von der Zuschlagsregelung für Überstunden verstanden werden könne. Im vorliegenden Fall muss diese Frage der Abdingbarkeit des Überstundenzuschlags allerdings nicht weiter vertieft werden, weil die hier zu beurteilenden Reisezeiten sowohl im Hilfszug als auch im selbst gelenkten Privatfahrzeug ohnedies als Vollarbeitszeiten zu qualifizieren sind.

3.1 Zur Vollarbeitszeit zählt zunächst Reisezeit mit Verrichtung der eigentlichen Arbeitsleistung oder mit dieser gleichwertiger Tätigkeiten (vgl. *Schrank* aaO § 20b AZG Rz 10). Als Vollarbeitszeit ist Reisezeit nach der Rechtsprechung auch dann zu werten, wenn die regelmäßige Reisetätigkeit, wie etwa bei einem Außendienstmitarbeiter oder Monteur, typisch mit der vereinbarten Dienstleistung verbunden ist, sodass sie zum ständigen Inhalt der Arbeitstätigkeit und damit zum ständigen Aufgabenkreis des Dienstnehmers gehört (RIS-Justiz RS0029300; 9 ObA 182/93; 8 ObA 273/98z).

Es stellt sich somit die Frage, ob nach Maßgabe dieser Wertungen auch die in Rede stehenden Reisezeiten der Einsatzkräfte der Beklagten, die aus der Rufbereitschaft zum Hilfseinsatz gerufen werden, der Vollarbeitszeit zuzurechnen sind.

3.2 § 10 des zugrunde liegenden Kollektivvertrags zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB sieht zunächst selbst eine Ausnahme von der angeordneten Nichtzahlung des Überstundenzuschlags vor. Diese Ausnahme bezieht sich auf Reisezeiten des Fahrpersonals (Zugbegleitpersonals), die in unmittelbarem Zusammenhang zur Dienstplanabwicklung stehen. Reisezeiten, denen zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs besondere Bedeutung zukommt und die zur Vermeidung von Verzögerungen in der Fahrtenabwicklung erforderlich sind, werden somit als Vollarbeitszeit gewertet.

Diese Wertung trifft für Reisezeiten von Mitgliedern einer Hilfsmannschaft, die im Unglücks- oder Störfall aus der Rufbereitschaft zum Einsatz gerufen werden, noch im vermehrten Maß zu. Tritt ein solcher Notfall ein, so ist die vorgesehene Dienstplanabwicklung in besonderem Maß gefährdet. Aus diesem Grund ist im Interesse des Dienstgebers ein besonders rascher und effizienter Einsatz der Einsatzkräfte geboten.

3.3 Davon abgesehen kann die Reisebewegung im Hilfszug nicht einer echten Reisezeit iSd § 20b AZG gleichgesetzt werden. Für eine solche echte Reisezeit ist charakteristisch, dass sie vorhersehbar und planbar ist und während der Reise zwar eine Bindung an das Verkehrsmittel besteht, der Dienstnehmer sonst aber in der Gestaltung der Reise frei bleibt, weshalb durchaus von einer entspannten Reisebewegung ausgegangen werden kann. Demgegenüber trifft der Hilfeinsatz im Störfall die Einsatzkräfte im Allgemeinen unvorbereitet. Im Bewusstsein des bevorstehenden Einsatzes sind diese in der Regel auch einer besonderen Stress- und Belastungssituation ausgesetzt. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass sich die Hilfskräfte schon während der Reisebewegung mit dem Einsatz gedanklich beschäftigen und sie die Fahrt auch zur Informationsaufnahme bzw zur Abklärung der Lage nützen.

3.4 Die dargestellten Umstände sprechen für eine besondere Qualität der Reisezeit der Einsatzkräfte sowie für einen unmittelbaren Zusammenhang mit der eigentlichen Arbeitsverrichtung. Die Reisezeiten der Einsatzkräfte sind daher als Vollarbeitszeit zu qualifizieren.

Für das Lenken eines Privatfahrzeugs aus Anlass eines Hilfeinsatzes gelten diese Überlegungen gleichermaßen. Auf die Beurteilung der Frage, ob jedes angeordnete Lenken eines Kraftfahrzeugs zur Vollarbeitszeit zählt, kommt es damit nicht an. Für die von den Vorinstanzen angenommene Differenzierung zwischen echter Reisezeit iSd § 20b AZG und den Fahrten mit einem Privat-Pkw besteht im gegebenen Zusammenhang kein Anlass. Nach der gebotenen Auslegung des Arbeitszeit-Kollektivvertrags nach seinem objektiven Inhalt (RIS-Justiz RS0010088; 9 ObA 58/03z) bestehen zudem keine zwingenden Anhaltspunkte dafür und ist im Verfahren auch nicht hervorgekommen, dass § 10 leg cit nur die Fälle der echten (passiven) Reisezeit iSd § 20b AZG erfassen soll.

Da die Hilfeinsätze nach ihrer Zweckbestimmung möglichst rasch und ohne Komplikationen erfolgen sollen, ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Gleichstellung angeordneter Fahrten mit dem Privatfahrzeug mit - nach Maßgabe der Gestaltung des Einsatzes durch den Dienstgeber - dienstlich notwendigen Pkw-Fahrten gerechtfertigt. Nicht fraglich ist in diesem Zusammenhang, dass der Hilfeinsatz vom jeweiligen Vorgesetzten angeordnet und der Dienstnehmer aus der Rufbereitschaft zum Einsatz gerufen werden muss.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass nach den Wertungen des § 10 des Kollektivvertrags zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB Reisezeiten, die zur Vermeidung von Verzögerungen in der Dienstplanabwicklung erforderlich sind, grundsätzlich der Vollarbeitszeit zuzurechnen sind. Dies gilt auch für Reisetätigkeiten von Dienstnehmern im Hilfszug oder im selbst gelenkten Privatfahrzeug, die als Einsatzkräfte aus der Rufbereitschaft zur Störungsbehebung gerufen werden. Für solche Reisezeiten außerhalb der Normalarbeitszeit gebührt den Dienstnehmern der Beklagten daher der Überstundenzuschlag.

Das Feststellungsbegehren des Klägers erweist sich damit zur Gänze als berechtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Im Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 1 ASGG gelten die allgemeinen Bestimmungen der ZPO über den Kostenersatz (9 ObA 24/09h; *Neumayr in Neumayr/Reissner*, ZellKomm § 58 ASGG Rz 1).

Zu Fall 19

OGH 15.12.2009, 9 ObA 28/09x

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas Mörk und Robert Hauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Netzbetrieb Region Mitte, Südtirolerplatz 1, 5020 Salzburg, vertreten durch Dr. Klaus Perner, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien, wegen Feststellung nach § 54 Abs 1 ASGG, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. November 2008, GZ 12 Ra 79/08m-16, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 28. Mai 2008, GZ 19 Cga 251/07t-12, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.187,28 EUR (darin 197,88 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Im verfahrensgegenständlichen Betrieb der Beklagten sind zumindest drei Personen beschäftigt, die keine Erklärungen iSd § 22 Abs 4 BBG 1992 bzw § 53 Abs 4 BBG abgegeben haben. Für diese Dienstnehmer sind daher die Bestimmungen des Urlaubsgesetzes über Erholungsurlaub (§ 1 Abs 2 Z 4 UrlG) bzw die Pflegefreistellung (§ 15 Abs 1 Z 4 UrlG) nicht anzuwenden. § 53 Abs 5 BBG (früher: § 22 Abs 5 BBG 1992) sieht vor, dass der Anwendungsbereich von arbeitsvertraglichen Rechtsvorschriften des Bundes, in ihrer jeweils geltenden Fassung, die auf dienst- und besoldungsrechtliche Regelungsinhalte des ÖBB-Dienstrechts und die diesen Regelungsinhalten bis zum 31. Dezember 2003 zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse abstellen, für Arbeitsverhältnisse zu den ÖBB, deren vertraglich vereinbarter Beginn vor dem 1. Jänner 2004 liegt und die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen, unberührt bleiben, auch wenn sie infolge eines Betriebsübergangs nach dem 31. Dezember 2003 in ein anderes Unternehmen (Erwerber) übergehen. Nach der Rechtsprechung (9 ObA 181/07v, 8 ObA 20/08m) handelt es sich bei der verfahrensgegenständlichen „Urlaubsdienstanweisung“ der Beklagten um eine zwingende Bestimmung iSd § 1 Abs 2 Z 4 UrlG (inhaltsgleich: § 15 Abs 2 Z 4 UrlG).

Punkt 13 der Urlaubsdienstanweisung („Erkrankung während des Erholungsurlaubs“) trifft folgende Regelung:

„13.1: Erkrankt (verunglückt) ein ÖBB-Angestellter oder Lehrling während des Erholungsurlaubes, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig (§ 16 Abs 1 AVB) herbeigeführt zu haben, so sind bei ÖBB-Angestellten oder Lehrlingen so viele Stunden auf das Urlaubsausmaß nicht anzurechnen, als ihm im selben Zeitraum Arbeitszeit (Normalarbeitszeit und bezahlte Pausen) nach dem Entfallsprinzip angerechnet werden.“

Punkt 13.2 regelt Melde- und Bestätigungspflichten im Einzelnen.

Punkt 17 der Urlaubsdienstanweisung („Pflegefreistellung“) lautet:

„17.1 Ein ÖBB-Angestellter oder Lehrling hat Anspruch auf Pflegefreistellung, wenn er aus einem der folgenden Gründe nachweislich an der Dienstleistung verhindert ist:

17.1.1 wegen der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten oder verunglückten nahen Angehörigen oder

17.1.2 wegen der notwendigen Betreuung seines Kindes, Wahl- oder Pflegekindes, wenn die Person, die das Kind ständig betreut hat, aus den Gründen des § 15d Abs 1 Z 1 bis 4 MSchG für diese Betreuung ausfällt.“

Punkt 17.2.1 definiert den Begriff des nahen Angehörigen,

Punkt 17.2.2 regelt die Pflicht zur Beibringung einer ärztlichen Bestätigung.

Nach Punkt 17.4.1 darf die Pflegefreistellung im Urlaubsjahr sechs Werktage nicht übersteigen.

Nach Punkt 17.4.2 besteht darüber hinaus Anspruch auf Pflegefreistellung bis zum Höchstausmaß von weiteren sechs Werktagen, wenn der ÖBB-Angestellte

17.4.2.1 den Anspruch auf Pflegefreistellung nach Punkt 17.1 verbraucht hat und

17.4.2.2 wegen der notwendigen Pflege seines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten oder verunglückten Kindes, Wahl- oder Pflegekindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht überschritten hat, an der Dienstleistung neuerlich verhindert ist.

Nach Punkt 17.5 erfolgt die Anrechnung von Arbeitszeit nach dem Entfallsprinzip.

Ist nach Punkt 17.7 der Anspruch auf Pflegefreistellung erschöpft, besteht zu einem im Punkt 17.4.2 genannten Zweck ein Rechtsanspruch auf Ausnützung eines noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs.

Der klagende Betriebsrat begehrt mit seiner Klage nach § 54 Abs 1 ASGG die Feststellung, dass die Beklagte im Verhältnis zu ihren Mitarbeitern verpflichtet ist, Pflegeurlaub im Sinne des Gesetzes auch bei für denselben Zeitraum bereits angetretenem Erholungsurlaub mit der Konsequenz zu gewähren, dass durch die Inanspruchnahme des Pflegeurlaubs der Erholungsurlaub unterbrochen wird.

Im Revisionsverfahren sind die für eine Klageführung nach § 54 Abs 1 ASGG erforderlichen Formalvoraussetzungen nicht mehr strittig. Trotz des allgemein gehaltenen Begehrens ist im Revisionsverfahren weiters unstrittig, dass sich die Klage nur auf den eingangs erwähnten Personenkreis (§ 22 Abs 4 BBG 1992 bzw § 53 Abs 4 BBG) bezieht.

Der Kläger brachte vor, dass sich die Beklagte weigere, Unterbrechungen des Erholungsurlaubs eines Dienstnehmers anzuerkennen, wenn dieser nach Antritt des Erholungsurlaubs Pflegefreistellung in Anspruch nimmt.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und bestritt den vom Kläger geltend gemachten Anspruch.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es bejahte zwar grundsätzlich, dass eine nach Antritt eines Erholungsurlaubs in Anspruch genommene Pflegefreistellung zur Pflege eines erkrankten oder verunglückten nahen Angehörigen den Erholungsurlaub unterbreche, doch sei das Feststellungsbegehren zu weit gefasst und auch auf Fälle gerichtet, in denen eine Unterbrechung nicht stattfinden könne.

Das Berufungsgericht änderte unter teilweiser Stattgebung der Berufung des Klägers das angefochtene Urteil dahin ab, dass es zu lauten hat:

„Es wird festgestellt, dass bei jenen Mitarbeitern der Beklagten, die der Urlaubsdienstanweisung unterliegen und die während eines bereits angetretenen Erholungsurlaubs eine Pflegefreistellung zur notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten oder verunglückten nahen Angehörigen nach Punkt 17.1.1 (Punkt 17.4.2) Urlaubsdienstanweisung in Anspruch nehmen, bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen nach dieser Dienstanweisung so viele Stunden auf das Urlaubsausmaß nicht anzurechnen sind, als ihnen im selben Zeitraum Arbeitszeit (Normalarbeitszeit und bezahlte Pausen) nach dem Entfallsprinzip angerechnet wird. Das Mehrbegehren auf Feststellung, dass auch eine Pflegefreistellung nach Punkt 17.1.2 Urlaubsdienstanweisung nicht auf das Urlaubsmaß anzurechnen sei, wird abgewiesen.“

Das Berufungsgericht begründete seine Entscheidung damit, dass der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 9 ObA 90/02d für den Geltungsbereich des Urlaubsgesetzes ausgesprochen habe, dass dessen § 5 Abs 1 analog auch auf den Fall anzuwenden sei, wenn ein Dienstnehmer seinen Erholungsurlaub bereits angetreten habe, in der Folge aber Pflegefreistellung zur Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten nahen Angehörigen (§ 16 Abs 1 Z 1 UrlG) in Anspruch nehme. Insoweit könne daher auch dem vorliegenden Feststellungsbegehren teilweise stattgegeben werden. Hingegen sei eine solche Analogie dann nicht zulässig, wenn der Fall der notwendigen Betreuung eines Kindes infolge Ausfalls einer Person eintrete, die das Kind ständig betreut habe, aus den Gründen des § 15d Abs 2 Z 1 bis 4 des MSchG (Punkt 17.1.2 der Urlaubsdienstanweisung). Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung dazu fehle, ob auch Betreuungsfreistellungen in Analogie zur Eigenerkrankung des Arbeitnehmers eine Unterbrechung des bereits angetretenen Erholungsurlaubs bewirkten.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Dem Berufungsgericht ist dahin beizupflichten, dass für die Beurteilung der vorzitierten Regelungen der Urlaubsdienstanweisung wegen deren Ähnlichkeit mit den Bestimmungen des Urlaubsgesetzes auf die Erwägungen in 9 ObA 90/02d zurückgegriffen werden kann. In dieser grundlegenden Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof unter Auseinandersetzung mit der Lehre ausgesprochen, dass eine Unterbrechung des Urlaubs analog der Bestimmung des § 5 Abs 1 UrlG dann angezeigt ist, wenn ein bereits im Erholungsurlaub befindlicher Dienstnehmer die Freistellung zur Pflege eines erkrankten nahen Angehörigen in Anspruch nimmt, weil in diesem Fall eine ähnliche, vom Gesetzgeber jedoch nicht berücksichtigte Beeinträchtigung vorliegt wie bei eigener Erkrankung (INFAS 2003 A 30 = DRdA 2003/36 [Kallab] ua). Die daran geäußerte Kritik (Aubauer in ZAS 2004, 34 ff), die keine wesentlichen, gegenüber den Entscheidungserwägungen neuen Aspekte aufzeigt, ist nicht geeignet, den erkennenden Senat zur Abkehr von seiner Vorentscheidung zu veranlassen.

Die grundlegende Aussage dieser Entscheidung ist, dass nicht jede Beeinträchtigung des Erholungszwecks zu einer Unterbrechung des angetretenen Erholungsurlaubs führen kann, sondern nur eine solche, die - wie die Pflege eines erkrankten Angehörigen - den Erholungszweck gleich einer eigenen Erkrankung einschränkt. Überträgt man diese Erwägungen auf die Regelung der vorliegenden Urlaubsdienstanweisung (Punkt 13.1 bzw Punkt 17.1 ff), ist dem Berufungsgericht zunächst dahin beizupflichten, dass im Hinblick auf den erheblich beeinträchtigten Erholungswert auch die Dienstverhinderung wegen der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten oder verunglückten nahen Angehörigen zur Unterbrechung des Erholungsurlaubs führt. Entgegen der Auffassung des Klägers ist aber die Pflegefreistellung wegen der notwendigen Betreuung eines Kindes, Wahl- oder Pflegekindes wegen der Verhinderung der Person, die das Kind ständig betreut hat, aus den Gründen des § 15d Abs 2 Z 1 bis 4 MSchG, nicht gleich zu gewichten. Abgesehen davon, dass bei der Analogie zu Ausnahmetatbeständen grundsätzlich vorsichtig vorzugehen ist (vgl RIS-Justiz RS0086687), ist den Gegenargumenten der Beklagten dahin beizupflichten, dass die Betreuung eines gesunden Kindes - sei es auch in einem höheren Ausmaß als sonst üblich, weil die vorwiegend betreuende Person ausgefallen ist - der Pflege einer kranken Person nicht gleichgehalten werden kann. Wollte man nämlich

die vom Kläger begehrte idente Wertung treffen, würde dies bedeuten, dass ein Urlaub mit Kindern, insbesondere Kleinkindern, wobei insbesondere an alleinerziehende Personen zu denken ist, nie den mit dem Erholungsurlaub beabsichtigten Zweck erfüllen könnte. Da somit auch ein „normaler“ Erholungsurlaub mit Kindern regelmäßig bestimmte Rücksichtnahmen mit sich bringt, ist nicht einzusehen, warum die notwendige Betreuung eines gesunden Kindes während des Erholungsurlaubs das gleiche Gewicht haben sollte wie die Pflege eines erkrankten Angehörigen. Die ganz allgemein vorhandenen Einschränkungen durch Betreuung eines Kindes sind daher einer Beeinträchtigung wie bei eigener Krankheit keinesfalls gleichzuhalten. Diese Wertung ergibt sich im Übrigen auch aus der Bestimmung des Punktes 17.4.2.2 der Urlaubsdienstanweisung, wonach bei Ausschöpfung des Höchstmaßes für Pflegefreistellung ein weiterer Pflegeurlaub ausschließlich für die notwendige Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten oder verunglückten Kindes, Wahl- oder Pflegekindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht überschritten hat, in Anspruch genommen werden kann.

Es war daher der Revision des Klägers keine Folge zu geben.

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

Zu Fall 20

OGH 26.5.2010, 9 ObA 8/10g

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und Hon.-Prof. Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Rolf Gleißner und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Anton G*****, vertreten durch Dr. Thomas Stampfer, Dr. Christoph Orgler, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei M*****, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 888,14 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22. Oktober 2009, GZ 8 Ra 71/09m-17, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 18. März 2009, GZ 30 Cga 155/08k-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 299,21 EUR (darin enthalten 49,57 EUR an USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Das Dienstverhältnis des seit 1991 bei der ÖBB beschäftigten Klägers ging 2003 aufgrund des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 im Wege des Betriebsübergangs auf die ÖBB Infrastrukturbetrieb AG über. 2006 kam es dann aufgrund eines Zusammenschlussvertrags vom 18. 9. 2006 betreffend den Teilbetrieb „Sicher, Sauberkeit und Service“ zu einem Übergang des Klägers von der ÖBB Infrastrukturbetrieb AG auf die Beklagte.

Im Rahmen seiner Beschäftigung bei der ÖBB bzw der ÖBB Infrastrukturbetrieb AG kam auf das Dienstverhältnis des Klägers der Kollektivvertrag zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB zur Anwendung. Dieser sieht in § 8 (Nachtarbeit) Folgendes vor:

„1. Als Nachtzeitraum gilt die Zeit von 22:00 Uhr und 5:00Uhr.

2. Als Nachtschicht gilt jede Dienstschicht, die mit zumindest zwei Stunden in den Nachtzeitraum fällt. Grundsätzlich dürfen nicht mehr als zwei Nachtschichten aufeinanderfolgen. Im Fahrdienst ist die dritte Nacht als Ruhezeit in der „Heimat“ (am Heimatdienstsitz) vorzusehen.

Im reinen Schichtbetrieb oder bei ausschließlicher Nachtarbeit dürfen nicht mehr als fünf Nachtschichten aufeinanderfolgen.

3. Der tatsächlichen Arbeitszeit im Nachtzeitraum ist ein Nachtfaktor von 0,9 zugrunde zu legen. Das heißt, dass 9/10tel einer Zeiteinheit als ganze Zeiteinheit zu werten ist (zB 54 Minuten tatsächliche Arbeitszeit = 60 Minuten Anrechnung).

Die durch den Nachtfaktor zusätzlich entstehenden Zeitwerte sind bei der Ermittlung und Verteilung der Normalarbeitszeit im Durchrechnungszeitraum zu berücksichtigen, gelten jedoch nicht als tatsächliche Arbeitszeit und sind daher für die Ermittlung der Höchstgrenzen an täglicher und wöchentlicher Arbeitszeit nicht zu berücksichtigen. Durch den Nachtfaktor entstandene Zeitguthaben sind, sofern sie nicht im Durchrechnungszeitraum im Verhältnis 1 : 1 ausgeglichen werden können, im gleichen Ausmaß (1/164tel ohne Überstundenzuschläge) bar auszubezahlen.“

Dem Kläger wurden diese zusätzlich entstandenen Zeitwerte teilweise ausgeglichen und teilweise in bar ausbezahlt. Nach dem Betriebsübergang auf die Beklagte kommt auf das Dienstverhältnis des Klägers der Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe zur Anwendung, der eine vergleichbare Regelung nicht kennt.

Anlässlich dieser Teilprivatisierung der ÖBB Infrastruktur AG wurde unter anderem zwischen dieser und dem Zentralbetriebsrat am 13. 9. 2006 ein „Sozialplan“ geschlossen, der nach der Präambel der Festlegung und Präzisierung der gesellschafts-, arbeits-, sozial- und dienstrechtlichen Rahmenbedingungen der Abspaltung bzw für einen späteren Verkauf dienen soll. Zuzufolge § 3 lit a Z 2 dieses Sozialplans sollen durch den Übergang der Arbeitsverhältnisse keine Änderungen der „einzelvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen“ eintreten. Es wurde ausdrücklich festgehalten, dass das jeweils mit den Arbeitnehmern einzelvertraglich vereinbarte Entlohnungssystem (Gehaltsschema nach den AVB der ÖBB, Biennalsprungsystem) ebenso wie der einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsschutz weiterhin gelten soll. Auch wurde darin festgehalten, dass den Arbeitnehmern mitzuteilen ist, dass die AVB einschließlich Lohn tafel und Kündigungsschutz Bestandteil des Dienstvertrags sind.

So erging dann auch am 22. 9. 2006 ein Mitteilungsschreiben an die betroffenen Mitarbeiter - unter anderem auch den Kläger -, in dem der Betriebsübergang festgehalten wird. Es wird darauf hingewiesen, dass hinsichtlich des Inhalts des „Dienstvertrags“ keine Änderungen eintreten und die AVB der ÖBB weiterhin zur Anwendung gelangen sollen.

Der zwischen der Wirtschaftskammer Österreich und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund abgeschlossene Kollektivvertrag über die arbeitsrechtliche Stellung von Arbeitnehmern der Österreichischen Bundesbahnen in Rechtsnachfolgeunternehmen vom 1. 10. 2004 bestimmt in seinem § 2 Abs 1, dass allenfalls anwendbare Kollektivverträge, soweit nichts anderes festgelegt wird, keine Anwendung finden, sondern weiter die einzelvertraglichen Regelungen (AVB) aufrecht bleiben. Für die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen wird jedoch abweichend davon in § 2 Abs 2 dieses KV festgelegt, dass insoweit die maßgeblichen Kollektivverträge auch auf die „ausgelagerten“ früheren ÖBB-Mitarbeiter anzuwenden sind.

Der Kläger hatte vor dem Betriebsübergang auf die Beklagte ein monatliches Bruttoentgelt von 1.688,70 EUR und er hatte es in dieser Höhe auch danach.

Der **Kläger** begehrt nunmehr 888,14 EUR brutto. Er habe Anspruch auf gesonderte Abgeltung des „Nachtfaktors“. Dies ergebe sich sowohl aus dem Schreiben vom 22. 9. 2006 als auch dem Sozialplan vom 13. 9. 2006 und dem Umstand, dass diese Regelung des Kollektivvertrags entgeltlichen Charakter habe.

Die **Beklagte** beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und wendet zusammengefasst ein, dass es sich bei § 8 des früher anzuwendenden Kollektivvertrags nicht um eine entgeltrechtliche, sondern um eine arbeitszeitrechtliche Bestimmung handle und insoweit § 4 Abs 2 AVRAG nicht zur Anwendung gelange. Eine Änderung der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen sei nicht zustande gekommen. Das dem Kläger gebührende Monatsentgelt sei auch nicht geschmälert worden. Einen einzelvertraglichen Anspruch auf Beibehaltung des „Nachtfaktors“ habe der Kläger nicht. Dieser sei auch nicht durch das Schreiben vom 22. 9. 2006 begründet worden. Ebenso wenig habe die Betriebsvereinbarung einen solchen Anspruch festgelegt.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Es ging zusammengefasst rechtlich davon aus, dass es sich bei der Regelung des Nachtfaktors im § 8 des früher anzuwendenden Kollektivvertrags um eine rein arbeitszeitrechtliche Bestimmung handle, sodass auch § 4 Abs 2 AVRAG über die Beibehaltung des kollektivvertraglichen Mindestentgelts bei Kollektivvertragswechsel infolge Betriebsüberganges nicht zur Anwendung gelange. § 8 des Kollektivvertrags regle im Wesentlichen eine Frage der Lage der Arbeitszeit während der Nacht. Auch insgesamt befasse sich der Kollektivvertrag mit arbeitszeitrechtlichen Regelungen und nicht mit Leistungsentgelten. Der „Nachtfaktor“ sei aber auch nicht Inhalt des Einzelvertrags geworden. Er sei durch den Sozialplan vom 13. 9. 2006 nicht geschützt. Im Übrigen sei auch eine Grundlage für den Abschluss des „Sozialplans“ als echte Betriebsvereinbarung nicht ersichtlich. Dem Entstehen eines Anspruchs auf Basis einer betrieblichen Übung stehe es schon entgegen, dass der Nachtfaktor auf Grundlage des § 8 des Kollektivvertrags gewährt worden sei.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es ging davon aus, dass die Rechtsgrundlage für den früher gewährten „Nachtfaktor“ nicht eine einzelvertragliche Vereinbarung, sondern § 8 des

Kollektivvertrags gewesen sei. Der Kläger beziehe nach dem Betriebsübergang das gleiche Monatsentgelt nach den AVB wie davor. Dieses Monatsentgelt bestehe aus dem Gehalt sowie allfälligen Zulagen (Dienstzulage, Funktionspauschale und Kinderzulage). Die Gehaltsgruppe ergebe sich aus der jeweiligen Verwendung.

Eine einzelvertragliche Vereinbarung des „Nachfaktors“ sei nicht erfolgt. Auch das Schreiben vom 22. 9. 2006 weise nur auf den Inhalt des Dienstvertrags hin. Der Sozialplan halte nur fest, dass keine Änderungen der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen eintreten sollen.

§ 4 Abs 2 AVRAG lege fest, dass das für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende kollektivvertragliche Entgelt durch den Betriebsübergang nicht geschmälert werden dürfe. Nach der Regierungsvorlage gehe es um ein „statisches Festschreiben“ dieses Entgelts, das einzelvertraglich gebühre und nur greife, wenn der nach dem Betriebsübergang anzuwendende Kollektivvertrag nicht ohnehin ein höheres Entgelt vorsehe.

Den Schutz des § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG könne der Kläger nicht für sich in Anspruch nehmen, weil es sich hier nicht um ein für die Normalarbeitszeit gebührendes kollektivvertragliches Entgelt handle, sondern um eine arbeitszeitrechtliche Regelung. Beziehe sie sich doch spezifisch auf die Nacharbeit und privilegiere diese dadurch, dass kürzer zu arbeiten sei. Dieses Zeitguthaben sei grundsätzlich 1 : 1 auszugleichen. Auch sonst werde die arbeitszeitrechtliche Beurteilung dieser Zeitguthaben, etwa hinsichtlich der Höchstarbeitszeit, behandelt. Dass es sich nicht um eine entgeltrechtliche, sondern um eine arbeitszeitrechtliche Regelung handle, ergebe sich im Übrigen auch aus dem Kollektivvertrag über die arbeitsrechtliche Stellung der Arbeitnehmer der Österreichischen Bundesbahnen in Rechtsnachfolgeunternehmen, da danach nur die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen in Kollektivverträgen auf die Arbeitnehmer anzuwenden seien.

Die **ordentliche Revision** erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Auslegung des § 4 Abs 2 AVRAG im Zusammenhang mit der hier maßgeblichen kollektivvertraglichen Bestimmung über den „Nachfaktor“ nicht vorliege und diese Frage im Hinblick auf die zahlreichen vorgenommenen Ausgliederungen von Teilbetrieben der ÖBB von allgemeiner Bedeutung sei.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision des Klägers ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt. Die dargestellte rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts ist zutreffend, sodass insoweit auf diese verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO).

Lediglich ergänzend ist den Argumenten der Revision des Klägers Folgendes entgegenzuhalten:

1. § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG lautet wie folgt:

„Durch den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit infolge des Betriebsübergangs darf das dem Arbeitnehmer vor Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende kollektivvertragliche Entgelt nicht geschmälert werden.“

Nach der Regierungsvorlage zum AVRAG (RV Blg 1077, 18. GP, 12) soll es zu einem „statischen Festschreiben des dem Arbeitnehmer vor Betriebsübergang gebührenden Kollektivvertragsentgelts“ kommen. Das Ergebnis der Anwendung des § 4 Abs 2 AVRAG soll auf einzelvertraglicher Basis eine „Überzahlung“ oder ein „Istlohn“ gegenüber dem nunmehr neu anzuwendenden Kollektivvertrag sein (RIS-Justiz RS0075241 mzwN). Im Wesentlichen wird davon ausgegangen, dass es darum geht, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Entgeltdifferenz zwischen den Kollektivverträgen zu sichern (RIS-Justiz RS0075241 [T2]).

2. Der Tenor der Ausführungen der Revision des Klägers liegt darin, dass eine Veränderung der Arbeitsleistung im Rahmen des „Synallagmas“ zwischen Arbeitsleistung und „Entgelt“ auch „entgeltrechtlichen“ Charakter haben müsse.

3.1. Genau dieser Grundgedanke lässt sich aber § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG nicht entnehmen. Liegt es doch allgemein im Wesen des Arbeitsvertrags, dass bei diesem Vertragstypus sowohl Entgelt als auch Arbeitsleistung nicht präzise festgelegt werden müssen, sondern jeweils auf das „angemessene“ Entgelt und die „angemessenen“ bzw „ortsüblichen“ Leistungen abgestellt wird (§ 6 AngG, aber auch §§ 1153, 1154 ABGB). Das Gesetz legt für den Fall der mangelnden vertraglichen Konkretisierung eine Festlegung durch „Angemessenheit“ fest (vgl allerdings zum Ausmaß der Arbeitszeit auch § 19d Abs 1 AZG).

3.2. Sowohl auf der „Entgeltseite“ als auch auf der Seite der zu leistenden „Dienste“ wirken auf dieses Arbeitsverhältnis vor allem die Kollektivverträge „normativ“ ein. Sie legen regelmäßig zum Schutz der Arbeitnehmer „Mindeststandards“ fest. Diese Mindeststandards können sich durch einen Kollektivvertragswechsel ändern.

3.3. Die Regelung des § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG erfasst **nur** Bestimmungen hinsichtlich des „Entgelts“ und auch nur soweit es im früher anzuwendenden Kollektivvertrag für die regelmäßige Arbeitsleistung in der „Normalarbeitszeit“ festgelegt war.

Unter „Entgelt“ wird regelmäßig jede Leistung, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dafür bekommt, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, verstanden (RIS-Justiz RS0027975; RS0030847). Daher sind die dafür zu erbringenden Arbeitsleistungen von § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG grundsätzlich nicht erfasst.

3.4. Dass durch den Kollektivvertragswechsel etwa durch die Veränderungen der zu erbringenden Arbeitsleistungen deutliche Verschlechterungen eintreten können und dies vom Gesetzgeber auch bewusst in Kauf genommen wurde, ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 3 Abs 5 AVRAG. Diese räumt ja dem Arbeitnehmer unter anderem für den Fall, dass durch den Kollektivvertragswechsel wesentliche Verschlechterungen eintreten, ein besonderes Auflösungsrecht ein.

3.5. Dadurch dass der Gesetzgeber aber ausdrücklich nur auf das „Entgelt“ abgestellt hat, hat er im Ergebnis klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihm nicht um das Festhalten des nach dem alten Kollektivvertrag bestehenden „Synallagmas“ zwischen Entgelt und Arbeitsleistung geht, sondern nur um das Festhalten eines Schutzes des Arbeitnehmers vor einer Minderung des Entgelts für die in der „Normalarbeitszeit“ zu erbringende Arbeitsleistung.

4.1. Was unter dem vor Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der „**Normalarbeitszeit**“ gebührenden kollektivvertraglichen Entgelt zu verstehen ist, ist teilweise unklar (zur Frage der Änderung des Ausmaßes der Normalarbeitszeit *Binder*, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, § 4 Rz 19; *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung, Rz 258; *Schrank*, *ecolex* 2000, 664; *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz², 225). Der Begriff „Normalarbeitszeit“ findet sich im Arbeitszeitgesetz, allerdings zumeist in der Funktion einer Grenze (§ 3 AZG). Die konkrete Festlegung des Ausmaßes „Normalarbeitszeit“ wird aber jedenfalls auch den Kollektivvertragsparteien zugeordnet (vgl etwa § 19d Abs 1 AZG; *Grillberger*, AZG², 28; ähnlich *Schrank*, Arbeitszeitgesetz Band 1, 86 f, der auch vom Gebot der vertraglichen Festlegung ausgeht). Unter „Normalarbeitszeit“ wird dabei der im Vollarbeitsverhältnis zu leistende und **zu bezahlende** Normalfall verstanden (*Klein* in *Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz*, 164). § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG sichert insoweit den Arbeitnehmern das Entgelt, mit dem sie nach dem früheren Kollektivvertrag gesichert rechnen konnten.

4.2. Hier hat nun der früher anzuwendende Kollektivvertrag den Arbeitnehmern für die Nachtarbeit kein zusätzliches Entgelt zugesichert, mit dem sie rechnen konnten, sondern nur eine Verringerung der Arbeitspflicht. Der Kläger kann aber für die zu erbringende Arbeit in der „Normalarbeitszeit“, auf deren Entlohnung er gesichert Anspruch hat, kein höheres Entgelt verlangen, als ihm davor zugestanden ist.

5.1. Dass Veränderungen im arbeitszeitrechtlichen Bereich - mögen diese bei der Abrechnung auch entgeltrechtliche Konsequenzen haben - nicht als „entgeltrechtliche Regelungen“ einzustufen sind, geht auch schon aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage der Ersatzruhe hervor. Wurde doch die Gewährung einer Ersatzruhe für Nachtdienste nicht als „zusätzliches“ Entgelt für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft qualifiziert, sondern als Frage der Verteilung der Arbeitszeit (RIS-Justiz RS0052257).

5.2. Weiters hat der erkennende Senat erst jüngst festgehalten, dass etwa die Änderung der arbeitszeitrechtlichen Bedingungen dahin, dass die Essenaufnahme als Pausenzeit aus der Arbeitszeit herauszurechnen ist, während diese davor im Rahmen der Arbeitszeit erfolgen konnte, keine entgeltrechtliche Regelung darstellt (9 ObA 121/08x).

6. Jedenfalls hier, wo es nur um eine Frage der Gestaltung der Arbeitszeit und deren Ausmaßes innerhalb der Normalarbeitszeit geht, kann sich der Kläger nicht auf den entgeltbezogenen Schutz des § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG berufen.

Insgesamt war daher der Revision des Klägers nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 2 ASGG, 50 und 41 ZPO.

Zu Fall 21

ASG Wien 16.12.2009, 17 Cga 90/09t

Urteil des ASG: Zwischen den Parteien war über ein Probemonat nicht gesprochen worden. Dass möglicherweise im schriftlichen Dienstvertrag standardmäßig ein Probemonat vereinbart worden wäre, kann daran nichts ändern, weil der beklagte Arbeitgeber den geschlossenen Dienstvertrag bereits vor Erstellung des schriftlichen Dienstvertrages einseitig aufgelöst hat.

Strittig ist im vorliegenden Fall ausschließlich die Frage, ob der beklagte neue Arbeitgeber aus einem berechtigten Grund vorzeitig zurückgetreten ist; diesbezüglich wird von ihm Vertrauensunwürdigkeit als Grund herangezogen.

Vor allem in Anbetracht der zu besetzenden Position eines Controllers wertete das ASG das Verhalten des Bewerbers und seine nicht der Wahrheit entsprechenden Gehaltsangaben als so schwerwiegend, dass sie den (vorgelagerten) Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit erfüllen und schon den Antritt des Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar machen. Dass der Bewerber sein allfälliges zukünftiges Gehalt angab, das er möglicherweise einmal bei seinem bisherigen Arbeitgeber verdient hätte, ohne diesen Umstand aufzuklären bzw von Beginn an offenzulegen, schließt keinesfalls die Fahrlässigkeit aus, gegen die Interessen des zukünftigen Arbeitgebers zu verstoßen. Aufgrund der zu besetzenden Position eines Controllers ist an die Korrektheit seines Verhaltens auch ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der beklagte Arbeitgeber durch einen avisierten Background Check, der dem Bewerber bekannt war, von Anfang an signalisiert hat, dass er großen Wert auf die Richtigkeit der Angaben legt.

Die vorzeitige Auflösung bzw der Rücktritt vom Dienstvertrag war daher im Ergebnis als gerechtfertigt anzusehen. Somit ist auch nicht darauf einzugehen, ob dem Arbeitnehmer überhaupt ein Schaden (Ersatz des Erfüllungsinteresses) entstanden ist.

Zu Fall 22

VwGH 10.12.2009, 2009/09/0230

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des WE in G, vertreten durch Hirtzberger Sacha Katzensteiner Rechtsanwälte GmbH in 3500 Krems, Gartenaugasse 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, Außenstelle Zwettl, vom 14. Juli 2009, Zl. Senat-KR-07-0014, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien:

Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Auf Grund der Beschwerde und des mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheides steht folgender Sachverhalt fest:

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 3. Februar 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Arbeitgeber (Einzelfirma E mit Sitz in G) den ungarischen Staatsangehörigen IN vom 13. März 2007 bis 8. Mai 2007 und am 9. Mai 2007 gegen 10.00 Uhr mit Vollwärmeschutz-Vorbereitungsarbeiten auf der Baustelle K entgegen § 3 AuslBG beschäftigt, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1, § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a und § 28 Abs. 7 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen) verhängt.

Die belangte Behörde ging von folgendem Sachverhalt und dessen rechtlicher Wertung aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Das gegenständliche Beweisverfahren hat ergeben, dass der (Beschwerdeführer) für IN zwar über eine Beschäftigungsbewilligung (Bescheid des AMS K vom 7.11.2006) für die Zeit von 8.11.2006 bis 7.11.2007 für den örtlichen Geltungsbereich K verfügte, IN aber mit 22.12.2006 aus dem Betrieb des (Beschwerdeführers) ausgeschieden ist. IN selbst hat dazu in seiner Einvernahme vom 9.5.2007 angegeben, dass er 'dann bis März zu Hause in Ungarn geblieben' sei und am 13.3.2007 wieder die 'Tätigkeit bei der Firma E begonnen' habe. Aus den von der Rechtsvertreterin des (Beschwerdeführers) vorgelegten Unterlagen ergibt sich unter anderem, dass der (Beschwerdeführer) IN am 22.12.2006 von der Sozialversicherung abgemeldet hat (Begründung: Austritt-Auflösung im beiderseitigen Einvernehmen) und ihn am 13.3.2007 wieder angemeldet (Begründung: Eintritt) hat; weiters bestätigt der (Beschwerdeführer) in einer Wiedereinstellungszusage, dass IN Ende März 2008 'in unserer Firma (wieder) eingestellt wird'. Eine solche Zusage macht aber nur einen Sinn, wenn IN aus dem Betrieb des (Beschwerdeführers) ausgeschieden ist bzw. seine Beschäftigung im Betrieb des (Beschwerdeführers) beendet wurde. Laut der Zeugenaussage der Frau WI 'ging' IN 'stempeln', was auch nur nach einem Ende seiner Beschäftigung möglich ist. Von einer 'saisonal bedingten Karenzierung' kann somit nicht die Rede sein. Nach dem oben zitierten § 7 Abs. 6 Z. 1 AuslBG ist somit mit Beendigung der Beschäftigung des IN am 22.12.2006 die Beschäftigungsbewilligung vom 7.11.2006 erloschen. Somit ist die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt; daran vermag auch die vom AMS K mit 16.5.2007 dem (Beschwerdeführer) erteilte Beschäftigungsbewilligung für IN für die Zeit vom 16.5.2007 bis 7.11.2007 für den örtlichen Geltungsbereich Niederösterreich nichts zu ändern, weil sie eben nach dem Tatzeitpunkt erteilt wurde.

Was das Verschulden des (Beschwerdeführers) anlangt, ist beim vorliegenden Delikt als Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 VStG Fahrlässigkeit ohne weiteres anzunehmen, es sei denn, der Beschuldigte macht glaubhaft, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dies ist dem (Beschwerdeführer) aber nicht gelungen. Er hat sich auf die Sekretärin verlassen, die er laut deren glaubwürdiger Aussage zuvor nicht im Ausländerbeschäftigungsrecht unterwiesen oder ausgebildet hat und der auch keine Literatur zu diesem Thema zur Verfügung stand. Dass er den Bescheid vom 7.11.2006 gar nicht durchgelesen hat, wie die Zeugin glaubwürdig darlegte, zeigt seinen sorglosen Umgang mit der Materie. So ist ihm entgangen, dass die Beschäftigungsbewilligung regional beschränkt ist und am Ende des Bescheides auf das Erlöschen der Beschäftigungsbewilligung bei Beendigung der bewilligten Beschäftigung hingewiesen wird. Dass das AMS der Zeugin WI eine anders lautende Auskunft erteilt habe, hat das Beweisverfahren nicht hervorgebracht (die Zeugin WI hat angegeben, erst durch diesen Fall darauf aufmerksam geworden zu sein, dass es eine örtliche Beschränkung gibt, und dass über das Enden einer Beschäftigungsbewilligung beim Ende des Dienstverhältnisses mit dem AMS nicht gesprochen wurde). Der (Beschwerdeführer) als Arbeitgeber einer ausländischen Arbeitskraft war verpflichtet, sich mit den Normen des AuslBG soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung des Ausländers gewährleistet war. Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens war dies nicht der Fall. Das Verschulden des (Beschwerdeführers), der sich nicht mit den einschlägigen Normen vertraut gemacht und auf die ebenfalls nicht einschlägig informierte Bedienstete vertraut hat, ist nicht geringfügig. Dazu kommt, dass er erst kurz zuvor von der Erstbehörde bestraft worden war, weil er IN rund ein halbes Jahr vorher ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt hat; umso genauer hätte er bei der neuerlichen Beschäftigung des IN auf die Einhaltung des AuslBG achten müssen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt wird in der Beschwerde nicht bestritten. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Würdigung mit dem auf das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2001, Zl. 2000/09/0076, gestützten Argument, das Beschäftigungsverhältnis mit IN habe nicht gedeutet, sondern es sei eine "Aussetzung im eigentlichen Sinn, also eine Karenzierung anzunehmen".

Der Beschwerdeführer lässt aber die im gegenständlichen Fall wesentliche Aussage des zitierten Erkenntnisses vom 18. Dezember 2001 (mit Hinweis auf die Rechtsprechung des OGH) außer Acht, dass eine "Unterbrechung von etwa drei Monaten nicht als so kurz beurteilt werden" könne, "dass noch von einem einheitlichen Dienstverhältnis gesprochen werden könnte". Im gegenständlichen Fall wurde IN am 22. Dezember 2006 mit der Begründung "Austritt-Auflösung im beiderseitigen Einvernehmen" von der Sozialversicherung abgemeldet, die neuerliche Anmeldung mit der Begründung "Eintritt" erfolgte erst am 13. März 2007. Damit liegt eine Unterbrechung in der Dauer von knapp drei Monaten vor. Schon deshalb ist die belangte Behörde im Sinne der eben zitierten Aussage der Rechtsprechung zu Recht von einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit 22. Dezember 2006 iSd AuslBG ausgegangen, weshalb die mit Bescheid des Arbeitsmarktservice K vom 7. November 2006 für den örtlichen Bereich K erteilte Beschäftigungsbewilligung erloschen war (auf die Rechtsfolge des Erlöschens gemäß § 7 Abs. 6 AuslBG bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses war in diesem Bescheid hingewiesen worden).

Es ist daher nur mehr am Rande zu erwähnen, dass IN auch außerhalb des in der Beschäftigungsbewilligung (die - wie ausgeführt - am 22. Dezember 2006 erloschen war) genannten örtlichen Geltungsbereiches eingesetzt wurde.

Insofern sich der Beschwerdeführer mit Hinweis auf Gespräche mit dem Arbeitsmarktservice zu rechtfertigen versucht, übersieht er, dass er gar nicht behauptet, dass ihm Auskünfte erteilt worden seien, die im Gegensatz zu der in der Beschäftigungsbewilligung enthaltenen Rechtsbelehrung ("Erlöschen") und den darin genannten örtlichen Geltungsbereich gestanden wären.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat, ist ein Arbeitgeber nur dann entschuldigt, wenn er darlegt und glaubhaft gemacht hat, dass er Maßnahmen ergriffen hat, um die Einhaltung allfällig von ihm erteilter Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Beschäftigung von Ausländern zu gewährleisten, insbesondere welche Kontrollen er eingerichtet und wie er sich vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Oktober 2003, Zl. 2000/09/0170, mwN).

Dass sich die Sekretärin des Beschwerdeführers den Bescheid vom 7. November 2006 nicht aufmerksam durchgelesen hatte und mangelnde Rechtskenntnisse aufwies, geht zu Lasten des Beschwerdeführers. Denn er hat seine Sekretärin nicht kontrolliert und sich den Bescheid nicht durchgelesen, was umso schwerer wiegt, als eine einschlägige Verwaltungsstrafvermerkung hinsichtlich einer vor Erteilung der Beschäftigungsbewilligung vom 7. November 2006 begonnenen Beschäftigung des IN vorliegt.

Damit liegt der Umstand, der im gegenständlichen Fall zu einer verbotenen Ausländerbeschäftigung geführt hat, im typischen Fehlerbereich, der durch zumutbare und leicht zu verwirklichende Maßnahmen (Durchlesen des Bescheides vom 7. November 2006) ausgeschaltet werden hätte können. Den Beschwerdeführer trifft ein (mehr als geringfügiges) Verschulden an dem objektiv verwirklichten Tatbestand der bewilligungslosen Beschäftigung des IN, weshalb die belangte Behörde zu Recht § 21 VStG nicht angewendet hat. Die belangte Behörde hat im gegenständlichen Fall die von der Behörde erster Instanz verhängte Strafe ohnehin auf die Mindeststrafe herabgesetzt.

Sodann wendet der Beschwerdeführer ein, es sei der angefochtene Bescheid deshalb zu Unrecht erlassen worden, weil die 15-monatige Entscheidungsfrist des § 51 Abs. 7 VStG abgelaufen gewesen sei.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit dem Erkenntnis vom 6. November 2008, G 86, 87/08-15, die Wortfolge ", in dem nur dem Beschuldigten das Recht der Berufung zusteht," in § 51 Abs. 7 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 158/1998, als verfassungswidrig aufgehoben. Die Aufhebung trat mit Ablauf des 31. Oktober 2009 in Kraft.

Der Verfassungsgerichtshof hat des Weiteren ausgesprochen, dass die genannte Wortfolge auf die am 9. Oktober 2008 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahren, denen ein Bescheid zu Grunde liegt, der nach Ablauf der fünfzehnmonatigen Frist des § 51 Abs. 7 VStG erlassen wurde (mit Ausnahme von Privatanklagesachen), nicht mehr anzuwenden ist.

Der angefochtene Bescheid wurde vor dem 31. Oktober 2009 erlassen, die gegenständliche Beschwerde langte am 5. Oktober 2009 beim Verwaltungsgerichtshof ein, weshalb § 51 Abs. 7 VStG in der Fassung vor Aufhebung der genannten Wortfolge anzuwenden ist. Da im gegenständlichen Verfahren nicht nur dem Beschwerdeführer das Recht der Berufung zustand, erfolgte die Erlassung des angefochtenen Bescheides zu Recht auch nach Ablauf von 15 Monaten.

Bereits der Inhalt der Beschwerde lässt erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, weshalb die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen war.

Wien, am 10. Dezember 2009

Zu Fall 23

OGH 26.8.2009, 9 ObA 118/08f

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und AR Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Avni S*****, vertreten durch Ganzert, Ganzert & Partner OEG, Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagte Partei „L*****“ *****- gesellschaft m.b.H., *****, vertreten durch Holter - Wildfellner, Rechtsanwälte GmbH in Grieskirchen, wegen 7.541,96 EUR brutto zzgl 34 EUR netto sA, über die Revisionen der klagenden Partei (Revisionsinteresse: 361,54 EUR) und der beklagten

Partei (Revisionsinteresse: 7.214,42 EUR) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Juni 2008, GZ 11 Ra 41/08s-36, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 4. Oktober 2007, GZ 10 Cga 63/06f-28, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Beide Revisionen werden zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 334,08 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 55,68 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Der Kläger arbeitete seit 20.9. 2001 für die Beklagte als Reinigungskraft mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden bei einem vereinbarten Monatslohn von 1.212,40 EUR brutto. Auf das Arbeitsverhältnis war der Kollektivvertrag für Arbeiter im Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigungsgewerbe anzuwenden.

Für den Kläger wurde vom AMS ***** mit Bescheid vom 18. 9. 2001 eine Beschäftigungsbewilligung befristet bis 19. 9. 2002 erteilt. Ab 20. 9. 2002 wurde dem Kläger vom AMS eine Arbeitserlaubnis befristet bis 19. 9. 2004 erteilt, diese Befristung wurde schließlich bis 19. 9. 2006 verlängert.

Der Kläger suchte am 10. 7. 2001 beim Bundesasylamt um Asyl an, dieser Antrag wurde letztlich abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof lehnte mit Beschluss vom 25. 3. 2003 die Behandlung einer Beschwerde des Klägers gegen den Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenats vom 19. 12. 2002 ab. Am 18. 9. 2003 brachte der Kläger einen Folgeantrag ein, welcher zurückgewiesen wurde. Diese Zurückweisung bekämpfte der Kläger mit Berufung, eine Entscheidung erging bisher nicht.

Vor Ablauf seiner Arbeitserlaubnis nahm der Kläger am 8. 9. 2006 Kontakt mit dem AMS auf. Er erfuhr dort, dass er diesmal die Erlaubnis nicht selbst beantragen könne, sondern dies der Arbeitgeber machen müsse. Der Kläger erhielt ein Formular, das er der Beklagten zukommen ließ. Das AMS gab dem Geschäftsführer der Beklagten die Auskunft, dass keine Aussicht auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bestehe, weiters erhielt er von der Wirtschaftskammer die Auskunft, dass dieser Umstand einen Entlassungsgrund darstelle. Etwa eine Woche vor Ablauf der Arbeitserlaubnis kam es zu einem Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Kläger, in dem dem Kläger vom Geschäftsführer mitgeteilt wurde, dass die Arbeitserlaubnis nicht verlängert worden sei. Bis zum 19. 9. 2006 wurde weder ein Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis noch ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Kläger beim AMS von einem der Streitparteien eingereicht.

Der Kläger war bis zum 20. 9. 2006 für die Beklagte tätig. Am 20. 9. 2006 erklärte ihm der Geschäftsführer der Beklagten, dass er ihn jetzt nicht weiter beschäftigen könne. Er teilte ihm mit, dass das Arbeitsverhältnis beendet wäre und der Kläger nun keine Ansprüche mehr gegen die Beklagte habe.

Erst danach, am 9. 10. 2006, beantragte die Beklagte eine Beschäftigungsbewilligung für den Kläger beim AMS. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 10. 10. 2006 abgelehnt. In der Lohnabrechnung des Klägers rechnete die Beklagte eine Sonderzahlung im Ausmaß von 1.211 EUR zurück.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Zuerkennung folgender Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zur Beklagten (nach Einschränkung betreffend die Urlaubersatzleistung):

Lohn 1. 9. bis 19. 9. 06 728,00 EUR brutto
aliquote Sonderzahlungen
1. 1. bis 19. 9. 06 1.740,54 EUR brutto
Überstunden 9/06 404,25 EUR brutto
Diäten 9/06 34,00 EUR netto
UEL für einen Arbeitstag 64,23 EUR brutto
Abfertigung
3 Monatsentgelte 4.243,40 EUR brutto
Kündigungsschädigung

für eine Woche 361,54 EUR brutto

Der Kläger brachte zusammengefasst vor, dass ihn an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Ablaufs der Arbeitserlaubnis kein Verschulden treffe, weshalb ihm die Kündigungsentschädigung zustehe. Die übrigen Ansprüche seien bei der Endabrechnung für den Monat September 2006 nicht berücksichtigt worden. Ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags treffe ihn nicht. Ein wichtiger Grund, der die Beklagte zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt hätte, habe nicht bestanden.

Die Beklagte brachte vor, dass die Entlassung des Klägers wegen dauernder Dienstunfähigkeit gemäß § 82 Abs 1 lit b GewO 1859 zu Recht erfolgt sei. Der Asylantrag sei aufgrund der ungenauen Angaben des Klägers abgewiesen worden, sodass diesen daran das Verschulden treffe. Die Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen wäre Sache des Klägers gewesen. Die Beklagte habe ihn weiter beschäftigen wollen, weshalb eine Kündigung nicht angezeigt gewesen sei. Das AMS habe der Beklagten erklärt, dass ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung aussichtslos sei. Der Kläger habe die Beklagte nicht über den Umstand aufgeklärt, dass er seit Erhalt des Ablehnungsbescheids im Dezember 2002 gewusst habe, dass er jederzeit nach Mazedonien zurückverwiesen bzw. abgeschoben werden könne.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es legte rechtlich dar, dass die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung wie auch einer Arbeitserlaubnis seit dem 1. 1. 2006 auch davon abhängig sei, ob eine rechtmäßige Niederlassung des Arbeitnehmers neben den sonst in den §§ 4, 14a AuslBG geregelten Voraussetzungen vorliege. Fehlten die Voraussetzungen für die Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung oder Arbeitserlaubnis, so trete gemäß § 7 Abs 8 AuslBG die Wirkung der Nichtverlängerung erst mit jenem Zeitpunkt ein, der sich aus den die Rechte des Ausländers sichernden gesetzlichen Bestimmungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung ergebe. Dies gelte analog gemäß § 14e AuslBG für die Nichtverlängerung der Arbeitserlaubnis.

Die Beklagte hätte durch die rechtzeitige Einbringung eines Antrags auf „Verlängerung/Erteilung“ einer Beschäftigungsbewilligung die legale Weiterbeschäftigung des Klägers für die Dauer der Kündigungsfrist erwirken können. Überdies habe sie es unterlassen, den Kläger darüber zu informieren, noch vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung eine Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen. Dem Kläger sei daher eine Kündigungsentschädigung zuzuerkennen. Ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags treffe ihn nicht. Im Übrigen habe sich der Kläger vor Ablauf der Arbeitserlaubnis um Verlängerung bemüht und die Beklagte derart zeitgerecht informiert, dass ihr eine rechtzeitige Kündigung wie auch die rechtzeitige Einbringung eines Antrags auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung möglich gewesen wäre. Der Wegfall der Beschäftigungsbewilligung sei ein Endigungsgrund eigener Art, und daher für die Abfertigung unschädlich, weil er nicht in § 23 Abs 7 AngG genannt sei. Daher gebühre dem Kläger auch die begehrte Abfertigung. Die weiteren Ansprüche seien dem Kläger mangels substantiiertes Bestreitung zuzuerkennen gewesen. Ein Abzug wegen nicht retournierter Fahrnisse in Höhe von 23,53 EUR sei zu Unrecht erfolgt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise dahin Folge, dass es das Begehren des Klägers auf Zuerkennung einer Kündigungsentschädigung abwies. Rechtlich führte es zusammengefasst aus, dass das Erlöschen oder der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung für sich allein noch nicht die Unfähigkeit des Ausländers zur vereinbarten Arbeitsleistung zur Folge habe, sodass der behauptete Entlassungsgrund nicht vorliege. Der Kläger sei daher nicht verpflichtet, die für das laufende Kalenderjahr bereits erhaltene Sonderzahlung zurückzuzahlen. An der Abweisung seines Asylantrags habe der Kläger kein Verschulden.

Die Kündigungsentschädigung sei jedoch nicht zuzuerkennen, weil die Beklagte kein Verschulden im Sinn des § 29 Abs 3 AuslBG an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses treffe. Die ihr für den Kläger erteilte Beschäftigungsbewilligung sei längst abgelaufen gewesen, sodass sie gar keinen Antrag auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung hätte stellen können, weshalb die Wirkungen des § 7 Abs 8 AuslBG dadurch nicht erreicht worden wären. Keinesfalls sei die Beklagte verpflichtet, den Kläger rechtzeitig auf eine Änderung der Gesetzeslage (hier: vor dem 1. 1. 2006) hinzuweisen und ihn darauf aufmerksam zu machen, die Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen. Dies falle vielmehr gemäß § 14e AuslBG allein in die Sphäre des Arbeitnehmers.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Rechtsfrage, ob eine vom Arbeitgeber am Tag des Ablaufs der Arbeitserlaubnis ausgesprochene sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigungsentschädigung auslöse, keine Rechtsprechung existiere.

Gegen den klageabweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Revision des Klägers aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im gänzlich klagestattgebenden Sinn abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt erkennbar die Zurückweisung der Revision, ausdrücklich, ihr nicht Folge zu geben.

Gegen den klagestattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich auch die Revision der Beklagten aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im gänzlich klageabweisenden Sinn abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise abzuweisen.

Rechtliche Beurteilung

Entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts (§ 508a Abs 1 ZPO) sind die Revisionen beider Streitparteien nicht zulässig.

1. Zur Revision des Klägers:

Der Kläger führt zusammengefasst aus, dass er die Beklagte rechtzeitig vom Ablauf der befristeten Arbeitserlaubnis informiert habe und die Beklagte ihn daher ordnungsgemäß hätte kündigen können. Darüber hinaus hätte die Beklagte den Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Kläger stellen können, sodass die legale Weiterbeschäftigung des Klägers für die Dauer der Kündigungsfrist erwirkt hätte werden können.

Dem sind die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts entgegenzuhalten (§ 510 Abs 3 ZPO). Es ist gemäß § 19 Abs 4 AuslBG Sache des Ausländers, einen Antrag auf Arbeitserlaubnis bei jener regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, die nach seinem Wohnsitz örtlich zuständig ist. Es wäre daher auch Sache des Klägers gewesen, die Verlängerung seiner Arbeitserlaubnis zu beantragen. Ein rechtzeitig eingebrachter Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis hat gemäß § 7 Abs 7 AuslBG iVm § 14e Abs 2 AuslBG eine Verlängerung deren Geltungsdauer bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Verlängerungsantrag zur Folge. Im Fall der Ablehnung eines rechtzeitig eingebrachten Verlängerungsantrags wegen Fehlens der Voraussetzungen und Nichteinbringung eines Antrags auf Beschäftigungsbewilligung ist im Ablehnungsbescheid sowohl der ersten als auch der zweiten Instanz im Verwaltungsverfahren auf die hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses maßgeblichen Termine und Fristen iSd § 7 Abs 8 AuslBG zu achten (*Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht § 14e, 315).

Umgekehrt wäre die Beklagte lediglich in der Lage gewesen, einen Antrag auf Erteilung einer (neuen) Beschäftigungsbewilligung für den Kläger zu stellen. Diese Fallkonstellation ist jedoch in § 7 Abs 7 und Abs 8 AuslBG nicht geregelt (für eine Berücksichtigung auch dieses Falls im Hinblick auf den Schutzzweck des § 7 Abs 7 AuslBG sprechen sich *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz* aaO 315 aus). Dies kann im konkreten Fall dahingestellt bleiben, weil der beklagten Partei schon im Hinblick auf die ihr vom AMS erteilte Auskunft nicht vorwerfbar ist, keinen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung vor Ablauf der Arbeitserlaubnis gestellt zu haben. Dessen ungeachtet wäre hier der Kläger schon aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht verpflichtet gewesen, das Seinige zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands beizutragen, sei es, dass er bei Ablauf der Arbeitserlaubnis selbst kündigt oder dass er zumindest den Arbeitgeber auf das Ungültigwerden seiner Arbeitserlaubnis hinweist (*Schnorr*, Ausländerbeschäftigungsgesetz § 14e Rz 3). Wenn das Berufungsgericht vor diesem Hintergrund zur Beurteilung kommt, dass die Beklagte ein Verschulden im Sinn des § 29 Abs 3 AuslBG nicht trifft, so ist diese Rechtsansicht vertretbar. Wenn der Arbeitgeber kein Verschulden am Wegfall der Beschäftigungsbewilligung im Sinn des § 29 Abs 3 AuslBG trifft, so besteht kein Anspruch auf Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs wie der Kündigungsentschädigung (*Schnorr* aaO § 29 Rz 3; 9 ObA 59/00t = Arb 12.019).

Die Revision des Klägers war daher als unzulässig zurückzuweisen.

2. Zur Revision der Beklagten:

Die Beklagte führt zusammengefasst aus, dass der Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis in die alleinige Sphäre des Arbeitnehmers falle, sodass der Schutz des § 7 Abs 8 AuslBG dem Kläger im konkreten Fall nicht zukomme. Der Ausnahmefall des § 7 Abs 8 AuslBG liege nicht vor. Unterlasse der Arbeitnehmer, den Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu stellen, müsse ihm bewusst sein, dass die rechtlichen Voraussetzungen zur Arbeitsleistung nicht gegeben seien, was zwangsläufig einen Entlassungsgrund darstelle. Nach dem Schadenersatzprinzip im Entlassungsrecht gebühre daher dem Kläger kein Anspruch auf Abfertigung. Eine analoge Anwendung der zur Beschäftigungsbewilligung entwickelten Judikatur auf das Fehlen der Arbeitserlaubnis sei nicht gerechtfertigt, weil dafür der Arbeitnehmer verantwortlich sei. Es liege daher der Entlassungsgrund der Unfähigkeit zur Verrichtung der Arbeitsleistung vor. Darüber hinaus treffe den Kläger ein Verschulden an der Nichterteilung eines Aufenthaltstitels. In diesem Zusammenhang lägen sekundäre Feststellungsmängel vor und wäre die Einvernahme des im Asylverfahren für den Kläger tätigen Rechtsanwalts als Zeuge erforderlich gewesen.

Damit zeigt die Beklagte keine wesentlichen Rechtsfragen im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO auf:

Soweit die Revisionswerberin eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz rügt, wurde diese bereits vom Berufungsgericht verneint, sodass dem Obersten Gerichtshof ein Eingehen darauf verwehrt ist (RIS-Justiz RS0042963). Weder bedarf es der von der Revisionswerberin begehrten ergänzenden Feststellungen noch kommt dem Einwand, den Kläger treffe ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags, Berechtigung zu.

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Ablauf der Beschäftigungsbewilligung oder des Befreiungsscheins nicht die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge (8 ObA 83/07z mwN). Nichts anderes kann für den Ablauf der Arbeitserlaubnis gelten. Damit ist nichts über die Berechtigung des Arbeitgebers ausgesagt, einen wegen Verstoßes gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz nichtigen Arbeitsvertrag mit sofortiger Wirkung zu beenden. Von diesem Recht hat die Beklagte ohnedies Gebrauch gemacht. Arbeitsverhältnisse mit Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind und die ohne Beschäftigungsbewilligung abgeschlossen werden, sind

nichtig. Wenn es jedoch aufgrund des nichtigen Rechtsverhältnisses zu einer Arbeitsleistung kommt, kann jeder Teil dieses Verhältnis für die Zukunft fristlos und ohne Bindung an die im Gesetz angeführten besonderen Endigungsarten beenden (Arb 10.111; 9 ObA 51/94). Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Beschäftigungsbewilligung - bzw hier die Arbeitserlaubnis - infolge Zeitablaufs erlischt (8 ObA 83/07z).

Gemäß § 29 Abs 1 AuslBG stehen einem Ausländer, der entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt wird, gegenüber dem ihn beschäftigenden Betriebsinhaber für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrags zu. Ein Verschulden der Beklagten am Fehlen der Beschäftigungsbewilligung (oder der Arbeitserlaubnis) wurde nicht angenommen. Das Erlöschen des in die Zuständigkeit der Fremdenpolizei fallenden Aufenthaltstitels hat noch keine unmittelbare Auswirkung auf die in die Zuständigkeit des AMS fallende Arbeitserlaubnis (9 ObA 13/00b zur Rechtslage nach dem FrG 1992; dies gilt auch für die Rechtslage nach dem FrG 1997 und nach dem Fremdenrechtspaket 2005 BGBl I Nr 100; vgl etwa § 33 Abs 1 NAG). Weder das Erlöschen noch der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers lösen daher dessen Unfähigkeit zur Erbringung der vereinbarten Arbeitsleistung und damit einen Entlassungsgrund aus (9 ObA 276/98y = SZ 71/190 = RIS-Justiz RS0111279; RS0111278).

Da ein Entlassungsgrund somit nicht vorliegt, kommt der von der Rekurswerberin aufgeworfenen Frage, ob den Kläger ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags treffe, keine Erheblichkeit zu. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte nach den besonderen Gegebenheiten des nichtigen Arbeitsvertrags iVm § 29 AuslBG. Die den klagestattgebenden Teil tragende Begründung der Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich daher als jedenfalls vertretbar.

Die Revision der Beklagten erweist sich daher als unzulässig.

Die Streitteile haben in ihren jeweiligen Revisionsbeantwortungen auf die Unzulässigkeit der Revision der jeweiligen Gegenseite hingewiesen, sodass sie wechselseitig die Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen zu ersetzen haben.

Zu Fall 24

OLG Wien 29.6.2009, 10 Ra 28/09z

Verknüpft ein Arbeitgeber im Rahmen einer Änderungskündigung die Rücknahme der Kündigung an die Bedingung, dass das zuvor unbefristete Dienstverhältnis nun in einem Zeitraum von 3 Monaten mit jedem Monatsende automatisch als aufgelöst gilt, wenn der Arbeitnehmer in diesen 3 Monaten nicht bestimmte Zielvorgaben erreicht (hier: eine bestimmte Anzahl erfolgreicher Personalvermittlungen), ist diese Vereinbarung als unzulässig zu qualifizieren. Hat dieses Verhalten des Arbeitgebers den Arbeitnehmer zur Kündigung seines Dienstverhältnisses veranlasst, kann sich der Arbeitgeber selbst dann nicht auf die Rechte aus einer vereinbarten Konkurrenzklausel berufen, wenn der Arbeitnehmer den Grund für seine Kündigung nicht bekannt gegeben hat.

Wesen einer Änderungskündigung

Unter einer Änderungskündigung versteht man eine idR vom Arbeitgeber ausgehende Kündigung, die mit einer an den Arbeitnehmer gerichteten Potestativbedingung verbunden ist. Es wird die Rücknahme der Kündigung im Falle der Annahme einer Arbeitsvertragsänderung (idR einer Verschlechterung oder gänzlichen Herausnahme eines Vertragsteils zulasten des Arbeitnehmers) statuiert. Änderungskündigungen sind grundsätzlich nach allgemeinem Zivilrecht nicht angreifbar, zumal auch § 870 ABGB mangels Rechtswirksamkeit der angedrohten Maßnahme nicht greift.

Im vorliegenden Fall darf aber nicht die massive Druckausübung übersehen werden, die aus der Vorgangsweise des Arbeitgebers hervorleuchtet. Die Kündigung sollte nämlich nur dann unwirksam sein, wenn jeweils binnen Monatsfrist der Anzahl nach konkret ausgewiesene, erfolgreiche Personalvermittlungen oder Arbeitskräfteüberlassungen vom Arbeitnehmer durchgeführt werden, anderenfalls bereits vorweg das Dienstverhältnis jeweils am Monatsletzten als aufgelöst zu gelten habe.

Änderungskündigung sittenwidrig

Diese Vereinbarung ist schon deshalb als unzulässig zu qualifizieren, weil es sich bei den vom Arbeitgeber abverlangten Leistungen des Arbeitnehmers nicht um eine Potestativbedingung handelt. Der Arbeitnehmer kann

nämlich den Bedingungseintritt nicht selbst herbeiführen, zumal die erwarteten Personalvermittlungen oder Arbeitskräfteüberlassungen nicht bloß vom ausschließlichen Engagement des Arbeitnehmers, sondern von verschiedenen (wirtschaftlichen) Faktoren abhängig sind.

Hinzu kommt, dass es sich dabei um mehrfach hintereinander abgeschlossene (Probe-)Dienstverhältnisse handelt, die als sogenannte Kettendienstverträge relativ nichtig sind und vom Arbeitnehmer als sittenwidrige Geschäfte geltend gemacht werden können.

Gleichzeitig führt die vom Arbeitgeber angebotene Vereinbarung des wiederholten Erwerbs eines bereits davor zugestandenen unbefristeten Dienstverhältnisses durch ein dreimaliges (!) (erfolgreiches) Durchlaufen von "Arbeitsverhältnissen mit Zielvorgaben" - also in Wahrheit Probearbeitsverhältnissen - zu einer gewichtigen Überwälzung des Betriebsrisikos. Der Arbeitgeber schafft damit augenscheinlich die Möglichkeit, im Falle der Weiterbeschäftigung durch die in weiterer Folge ausgewiesene zweimalige Befristung (Juli, August 2007) eben den in den normierten Kündigungsfristen und -terminen unter anderem innewohnenden Arbeitnehmerschutz außer Acht zu lassen und damit einen den Vorstellungen des Arbeitgebers nicht gänzlich entsprechenden Arbeitnehmer in diesem Zeitraum weitgehend "wirtschaftlich gefahrlos" weiter zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer hätte hingegen trotz besonderen Fleißes entgegen der bislang herrschenden Vertragssituation keinerlei gesicherte Stellung dahin gehend inne, dass das Dienstverhältnis auch nach dem Monatsletzten noch aufrecht ist. Dies ist aber als sittenwidrig zu werten, weil damit letztlich in unzulässiger Weise in das wirtschaftliche Risiko der Nutzung der Arbeitskraft (Unternehmerisiko) eingegriffen wird. § 1155 ABGB verpflichtet den Arbeitgeber nämlich insbesondere auch dann zur Entgeltzahlung, wenn er den Arbeitnehmer nicht wirtschaftlich sinnvoll beschäftigen kann (Betriebs- und Wirtschaftsrisiko).

Bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung von rechtsethischen Erwägungen, der Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie grober Äquivalenzstörungen infolge Ausnutzung der Machtposition bzw. Übermacht des Arbeitgebers wird hier das "Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft" erheblich verletzt, sodass der Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllt ist.

Konkurrenzklausele nicht wirksam

Hinsichtlich der fraglichen Wirksamkeit der vereinbarten Konkurrenzklausele bringt der Arbeitgeber vor, dass für die Kündigung durch den Arbeitnehmer der Abschluss eines neuen Dienstverhältnisses kausal war und nicht ein Verhalten des Arbeitgebers.

Nach § 37 Abs 1 AngG kann ein Arbeitgeber die durch die Konkurrenzklausele begründeten Rechte dann nicht geltend machen, wenn er durch schuldhaftes Verhalten dem Arbeitnehmer begründeten Anlass zur Kündigung des Dienstverhältnisses gegeben hat. Das bedeutet, dass ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers vorliegen muss, das so gravierend ist, dass es das Arbeitsverhältnis zerrüttet und aus diesem Grund zur Kündigung durch den Arbeitnehmer führt.

Im vorliegenden Fall begab sich der Arbeitnehmer aufgrund der durch die Änderungskündigung ausgesprochen unsicheren Arbeitsplatzsituation, einschließlich der mehrmaligen Möglichkeit der automatischen Auflösung des Dienstverhältnisses zum Monatsende, auf die Suche nach einem neuen Arbeitgeber. Zwar war diese Suche erst zu einem Zeitpunkt erfolgreich, als das bisherige Dienstverhältnis wieder als unbefristet zu gelten hatte, allerdings wurde sie durch die davor liegende sittenwidrige Vorgangsweise des Arbeitgebers ausgelöst und war diese demnach ursächlich für eine erhebliche Zerrüttung des Dienstverhältnisses.

Grund für Kündigung erkennbar

Richtig ist, dass zu OGH 17. 9. 1998, 8 ObA 121/98x, ARD 4995/18/99, ausgesprochen wurde, dem Adressaten müsse entweder aus dem Inhalt der Lösungserklärung oder aus sonstigen Umständen im Zuge der Beendigung zumindest iSd § 863 ABGB erkennbar sein, dass ausnahmsweise ein verschuldeter wichtiger Auflösungsstatbestand "Ursache und Grund" für die Kündigung sei; dies, weil "begründete" Kündigungen ungewöhnlich seien und daher verlangt werden müsse, dass dem Erklärungsgegner gegenüber eine "gewisse Manifestation" der Berufung auf einen Auflösungsgrund erfolge; wobei auch (insoweit jedoch nur obiter) festgehalten wurde, dass "Unklarheiten" - anders als bei Austritt bzw. Entlassung - zulasten des "Erklärenden" gingen.

Danach ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber aus den besonderen Umständen bei der Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitnehmer zumindest iSd § 863 ABGB erkennbar war, dass ein solches

vorwerfbares Verhalten des Arbeitgebers ursächlich für die Kündigungserklärung des Arbeitnehmers gewesen ist.

Berücksichtigt man die vom Arbeitgeber einseitig gewählten Vertragsformulierungen und -gestaltungen im Wege der Änderungskündigung (am 4. 5. 2007) und der damit noch in einer gewissen zeitlichen Nähe stehenden Auflösungserklärung durch den Arbeitnehmer (am 25. 10. 2007), so musste es für den Arbeitgeber bei einer einzubeziehenden, nicht unüblich langen Stellensuche auf der Hand liegen, dass für den Beendigungswunsch letztlich nur die einen Arbeitnehmer auffallend grob benachteiligende eigene Vorgangsweise ausschlaggebend gewesen sein muss. Immerhin mussten dem Arbeitgeber auch nach dem Geschäftsgegenstand seines Unternehmens (Personalvermittlung, insbesondere die Vermittlung von Fach- und Führungskräften im kaufmännischen und technischen Bereich) die näheren rechtlichen Grundprinzipien und wirtschaftlichen Gegebenheiten in der Arbeitswelt bekannt sein.
Kein Anspruch auf Konventionalstrafe

Darüber hinaus schließt sich der Senat den in der Entscheidung OGH 15. 1. 2008, 10 Ob 37/07z, ARD 5897/5/2008, geäußerten Bedenken an der Entscheidung OGH 17. 9. 1998, 8 ObA 121/98x, ARD 4995/18/99 an. Der OGH verweist diesbezüglich auf die Formulierung des § 37 Abs 1 AngG (arg: "Hat der Dienstgeber durch ... Anlass ... zur Kündigung ... gegeben, so kann er die ... Rechte gegen den Angestellten nicht geltend machen"), wonach der Arbeitnehmer allerdings auch erst im Prozess über diese Rechte beweisen könnte, dass der Arbeitgeber einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat.

In diesem Sinn hat der OGH etwa in der (einen Ausgleichsanspruch nach § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG betreffenden) Entscheidung OGH 12. 3. 2004, 8 ObA 5/04z, ARD 5538/4/2004, mit ausführlicher Begründung dargelegt, aus dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung sei nicht abzuleiten, "dass die Kündigung durch den Handelsvertreter nur dann ausgleichsanspruchswahrend ist, wenn der Handelsvertreter bereits in der Kündigung die wichtigen Gründe nennt. Der Wortlaut lässt auch nicht die Auslegung zu, dass der Handelsvertreter verpflichtet wäre, in der Kündigung zumindest bekannt zu geben, dass er aus wichtigem Grund kündigt".

Die Rechtsprechung zu § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG hält der OGH auch unter Hinweis auf die damit in Einklang stehende deutsche Lehre und Rechtsprechung etwa in der Entscheidung OGH 13. 11. 2008, 8 ObA 42/08x, ARD 5956/8/2009, aufrecht.

Zwar hat der OGH in der Entscheidung OGH 15. 1. 2008, 10 Ob 37/07z, ARD 5897/5/2008, letztlich die Frage unbeantwortet gelassen, ob dies nicht schon aus dem eindeutigen Wortlaut des § 37 Abs 1 AngG folgt - dem keine diesbezügliche Verpflichtung zu entnehmen ist, wonach Kündigungen oder vorzeitige Auflösungen von Vertragsverhältnissen eben nicht schon im Zeitpunkt der Auflösungserklärung begründet werden müssen -, doch sind die dargelegten Überlegungen derart überzeugend, dass bei verständiger Interpretation des § 37 Abs 1 AngG im vorliegenden Fall bei allfällig gegenteiliger Beurteilung der Erkennbarkeit iSd § 863 ABGB hinsichtlich der aus einem schuldhaften Verhalten des Arbeitgebers resultierenden Auflösungserklärung auch aus diesem Grund für den Arbeitgeber nichts gewonnen wäre.

Der Arbeitgeber hat somit keinen Anspruch auf die zur Sicherung der Einhaltung der Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe. (Revision unzulässig)

Zu Fall 25

OGH 29.1.2010, 1 Ob 190/09m

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Josef-Dietrich L*****, vertreten durch Dr. Viktor Wolczik und Dr. Alexander Knotek, Rechtsanwälte in Baden, gegen die beklagte Partei P***** AG, *****, vertreten durch Mag. Werner Pipilits, Rechtsanwalt in Wien, wegen 622.080,55 EUR sA, infolge Revision der beklagten Partei

gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 22. Juli 2009, GZ 1 R 128/09i-74, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 3. April 2009, GZ 41 Cg 23/04x-70, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird eine neuerliche Urteilsfällung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger wurde mit Beschluss des Aufsichtsrats der Beklagten vom 17. 6. 2002 für die Dauer von drei Jahren zu deren Vorstand bestellt. Am 31. 5. 2002 wurde ein Anstellungsvertrag abgeschlossen, der mit 1. 7. 2002 wirksam wurde. Der Kläger war für die Bereiche Verkauf/Inland, Marketing und Einkauf zuständig. Der Anstellungsvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„Ihre Rechte und Pflichten regeln sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, der Satzung unserer Gesellschaft, einer für den Vorstand unserer Gesellschaft zu erlassenden Geschäftsordnung, dem Dienstvertrag bzw dem AngG.

...

Ihr Dienstverhältnis endet ferner, wenn eine Abberufung durch den Aufsichtsrat gemäß den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen erfolgt.

...

Soweit der gegenständliche Dienstvertrag keine für einen bestimmten Fall anzuwendende Bestimmung enthält, wird das AngG subsidiär angewendet."

§ 2 der Geschäftsordnung für den Vorstand der Beklagten lautet:

„(1) Die Mitglieder des Vorstands tragen gemeinsam die Verantwortung für die gesamte Geschäftsführung. Sie arbeiten kollegial zusammen und unterrichten einander gegenseitig laufend über wichtige Maßnahmen und Vorgänge in den jeweiligen Geschäftsbereichen. Jedes Mitglied ist verpflichtet, bei schwerwiegenden Bedenken bezüglich einer Angelegenheit eines anderen Geschäftsbereichs eine Beschlussfassung des Vorstands herbeizuführen, wenn die Bedenken nicht durch Absprache mit dem anderen Mitglied des Vorstands behoben werden können.

...

(4) Das einzelne Mitglied des Vorstands führt den ihm zugewiesenen Geschäftsbereich im Rahmen der Vorstandsbeschlüsse in eigener Verantwortung. Soweit Maßnahmen und Geschäfte eines Geschäftsbereichs zugleich einen oder mehrere Geschäftsbereiche betreffen, muss sich das Mitglied des Vorstands zuvor mit den anderen beteiligten Mitgliedern abstimmen. Wenn eine Einigung nicht zustande kommt, ist jedes beteiligte Mitglied des Vorstands verpflichtet, eine Beschlussfassung des Gesamtvorstands herbeizuführen."

Der Kläger hatte sich von Anfang an mit großem Engagement und starker persönlicher Präsenz für die Ziele der Beklagten eingesetzt und dabei eine sehr moderne, sachliche Arbeitsweise gepflogen.

Mit Schreiben vom 22. 4. 2003 wurde er von seiner Funktion als Mitglied des Vorstands der Beklagten suspendiert und vom Dienst freigestellt. Am 25. 4. 2003 berief der Vorsitzende den Aufsichtsrat zum Tagesordnungspunkt „Vorstandsangelegenheiten" ein. Sein Antrag, die Bestellung des Klägers wegen gesetzwidriger Verhaltensweisen aus wichtigem Grund zu widerrufen und den mit ihm bestehenden Dienstvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung aufzulösen, also die Entlassung auszusprechen, wurde mit vier Stimmen bei einer Stimmenthaltung angenommen; der Kläger wurde davon mit Schreiben vom 25. 4. 2003 verständigt. In der Aufsichtsratsitzung vom 28. 5. 2003 wurde dieser Antrag wiederholt und wiederum einstimmig bei einer Stimmenthaltung angenommen. Der Kläger wurde darüber mit Schreiben vom 17. 6. 2003 mit dem Hinweis informiert, dass die neuerliche Beschlussfassung - aus Gründen der Vorsicht - erfolgt sei, weil der Kläger das rechtmäßige Zustandekommen des Beschlusses vom 25. 4. 2003 bezweifelt habe. In der Hauptversammlung vom 18. 6. 2003 stellte der Aufsichtsratsvorsitzende zum Tagesordnungspunkt „Beschlussfassung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 1. 2. 2002 bis 31. 1. 2003" den Antrag, dem Kläger „das Vertrauen zu entziehen und nicht die

Entlastung zu erteilen". Diese Abstimmung ergab 879.909 Pro-Stimmen und keine Gegenstimme bei 116.591 Stimmenthaltungen. Dieses Ergebnis wurde dem Kläger mit Schreiben vom 28. 7. 2003 mitgeteilt. Darin wird weiters ausgeführt, der Aufsichtsrat habe auf der Grundlage dieses Misstrauensvotums nochmals beschlossen, die Bestellung zum Vorstandsmitglied auch aus diesem wichtigen Grund mit sofortiger Wirkung zu widerrufen und den Dienstvertrag mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund aufzulösen. Es werde zwar weiterhin die Rechtsansicht vertreten, dass die erstmalige Beschlussfassung vom 25. 4. 2003 rechtswirksam gewesen sei; die neuerliche Befassung des Aufsichtsrats sei (aber) erforderlich gewesen, weil in der Zwischenzeit weitere Abberufungs- und Entlassungsgründe hinzugekommen seien.

Dem Kläger wurde insgesamt vorgeworfen, entgegen interner Regelungen und ohne Information der Vorstandsmitglieder einem Unternehmen einen Beratungsauftrag erteilt, eine an die Beklagte gerichtete Honorarnote abgezeichnet, entgegen der Beschlussfassung im Vorstand mit einer „Prominenten“ Verhandlungen über deren Tätigkeit als Testimonial geführt und einer Wirtschaftszeitung ein Interview mit ehrverletzenden und ruf- bzw kreditschädigenden Äußerungen gegeben zu haben.

Der Kläger beehrte zuletzt 622.080,55 EUR samt Zinsen an offenem Entgelt für den Zeitraum vom 26. 4. 2003 bis 30. 6. 2005. Er brachte dazu im Wesentlichen vor, er habe keinen Entlassungsgrund gesetzt. Der Aufsichtsratsbeschluss vom 25. 4. 2003 sei zudem nicht rechtswirksam zustande gekommen. Seiner Abberufung liege ein Machtkampf zwischen den Hauptaktionären zu Grunde, in dessen Zuge alle einem bestimmten Hauptaktionär nahestehenden Mitarbeiter entfernt worden seien. Dem Kläger sei ein mündliches Angebot zu einer einvernehmlichen Auflösung gelegt worden, das er abgelehnt hätte. Daraufhin habe der Aufsichtsrat nach Widerrufs- und Entlassungsgründen gesucht. Ein allfälliger Entlassungsgrund sei jedenfalls zudem verfristet. Auch der Hauptversammlungsbeschluss sei rechtswidrig zustande gekommen, da aus dem Tagesordnungspunkt „Entlastung eines Vorstandsmitglieds“ nicht auch auf einen Beschluss über den Entzug des Vertrauens geschlossen werden könne; auch sei in der Hauptversammlung keine Diskussion über den Entzug des Vertrauens geführt worden. Gegen den auf den Vertrauensentzug gegründeten Aufsichtsratsbeschluss wurde Verfristung eingewendet.

Die Beklagte gestand die rechnerische Richtigkeit des Klagebegehrens zu, bestritt dieses jedoch dem Grunde nach. Der Kläger sei für die Dauer von drei Jahren zum Vorstand bestellt worden. Dem Vertrag liege eine Koppelungsklausel zu Grunde, was bedeute, dass seine Abberufung als Vorstandsmitglied auch die Beendigung des Anstellungsvertrags zur Folge habe. Der Kläger habe in mehreren Geschäftsfällen gegen Bestimmungen der Geschäftsordnung bzw einschlägige Vorstandsbeschlüsse verstoßen und die übrigen Vorstandsmitglieder nicht unverzüglich über wesentliche Vorgänge informiert. Er habe auch gegenüber einer Zeitung unternehmensschädigende Äußerungen in einer Situation getätigt, in der die Beklagte ohnehin ständig ungewollt medienpräsent gewesen sei. Daher sei der Kläger vorerst suspendiert und in der Folge durch den Aufsichtsrat entlassen und als Vorstandsmitglied abberufen worden. Auch die Hauptversammlung habe dem Kläger aufgrund der ihr mitgeteilten Informationen das Vertrauen entzogen.

Das Erstgericht erkannte die Beklagte schuldig, dem Kläger 622.880,55 EUR samt (monatlich gestaffelten) Zinsen von 4 % aus bestimmten Teilbeträgen zu zahlen und wies das Zinsenmehrbegehren (unbekämpft) ab. Es traf eingehende Feststellungen zu den von der Beklagten im Zusammenhang mit den genannten Geschäftsfällen und dem Zeitungsinterview erhobenen Vorwürfen, auf die zu verweisen ist. In rechtlicher Hinsicht beurteilte es den zwischen den Parteien abgeschlossenen Anstellungsvertrag als freien Dienstvertrag. Die Vereinbarung des AngG sei als zulässig anzusehen, weshalb die Regelungen des Kündigungsschutzes des AngG Anwendung fänden. Dem Kläger sei jedoch weder Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 AngG noch eine erhebliche Ehrverletzung nach § 27 Abs 6 AngG vorzuwerfen. Entgegen der Behauptung der Beklagten habe er dem Beratungsunternehmen keinen Auftrag erteilt, sodass weder ein vorsätzlicher Pflichtverstoß, noch eine bewusste Täuschung vorläge. Auch der Auftrag an eine Mitarbeiterin, die von diesem Unternehmen gestellte Rechnung in die Buchhaltung zu bringen, bewirke keine Untreue oder Vertrauensunwürdigkeit. Es entspreche einer Usance im Geschäftsbetrieb der Beklagten, dass erst die Buchhaltung das zweite Vorstandsmitglied darüber informiert, dass eine Gegenzeichnung zu leisten sei. Der Kläger habe seine Vorgangsweise nicht bewusst gewählt, um eine Pflichtverletzung zu kaschieren, was aufgrund der Prüfungspflicht der Buchhaltung auch gar nicht möglich gewesen wäre. In den ihm vorgeworfenen Äußerungen in einem Zeitungsartikel könne weder eine Tatbestandsmäßigkeit in Richtung Ehrverletzung, noch Kredit- oder Rufschädigung erkannt werden. Auch inhaltlich habe die Aussage keine ausreichende Schwere, um tatbestandsmäßig zu sein. Die im Artikel wiedergegebene Aussage des Klägers, es störe ihn besonders, dass das von ihm ausgearbeitete Konzept zur Restrukturierung von den neuen Vorständen umgesetzt werde, sei auch einer Wertung durch den Journalisten unterlegen. Der Hinweis, das Konzept des Aufsichtsratsvorsitzenden sei „nicht nachvollziehbar und auch nicht realistisch“, sei bezogen auf den Kontext als noch zulässige Kritik am Unternehmen bzw dessen neuem Aufsichtsratsvorsitzenden anzusehen. Diese Äußerung möge zwar tatbestandsmäßig sein, könne aber keine Entlassung rechtfertigen. Angesichts der Aufgebrachtheit des Klägers wegen seiner Behandlung durch die Beklagte wären weitere ähnliche Beleidigungen für die Zukunft nicht zu befürchten, weshalb es der Beklagten nicht unzumutbar gewesen wäre, weiter mit dem Kläger zusammenzuarbeiten. Die dritte inkriminierte Äußerung, bestimmte Aussagen des Aufsichtsratsvorsitzenden seien „unter der Gürtellinie gewesen“, weshalb der Kläger ihm geraten habe, sich zu entschuldigen, sei angesichts der festgestellten Wortwahl als angemessener Rat anzusehen. Die Kritik, zu sehr in das operative Geschäft eingegriffen zu haben, sei als konstruktive und

zulässige Kritik zu werten. Auch in der Frage der Verhandlungen mit einem ins Auge gefassten „Testimonial“ sei dem Kläger nichts Wesentliches vorzuwerfen. Er habe eine abwartende Haltung eingenommen und nicht einer Entscheidung des Vorstands vorgegriffen. Nachdem die negative Entscheidung im Vorstand gefallen sei, habe der Kläger versucht, die Verhandlungen ohne Schadenersatzforderungen zu beenden.

Weder im Zusammenhang mit der Aufsichtsratssitzung vom 25. 4. 2003 noch mit dem Beschluss der Hauptversammlung vom 30. 6. 2003 sei es zu einer Verletzung von Formalerfordernissen gekommen. Die Angabe des Tagesordnungspunkts „Entlastung“ in der Einberufung zur Hauptversammlung habe ausgereicht, um eine Beschlussfassung über den Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied herbeizuführen. Mit einem solchen Tagesordnungspunkt sei auch die Möglichkeit verbunden, aufgrund bestimmter Umstände die Entlastung zu verweigern und entsprechende weitere Konsequenzen zu beschließen. Der in der Hauptversammlung beschlossene Widerruf der Bestellung des Klägers zum Vorstandsmitglied sei auch nicht unsachlich erfolgt. Unsachlich sei ein Vertrauensentzug dann, wenn er nur einen Vorwand für die willkürliche Zurücksetzung des Vorstandsmitglieds darstelle, dessen Geschäftsführung so geartet ist, dass die Hauptversammlung ihr Vertrauen zu ihm in Wahrheit gar nicht verlieren habe können, wenn der Vertrauensentzug nur als Vorwand der Abberufung diene oder sonst willkürlich haltlos oder wegen der damit verfolgten Zwecke sittenwidrig sei. Dass die (angenommenen) Gründe für einen Widerruf in Wahrheit nicht bestehen, reiche nach der Judikatur für die Annahme einer Unsachlichkeit nicht aus. Diese schwerwiegende Abweichung von den arbeitsrechtlichen Bestimmungen sei Ausfluss des Umstands, dass der Vorstand fremdes Vermögen verwalte und daher auch in einem besonderen Vertrauensverhältnis zur Hauptversammlung stehen müsse. Offensichtlich unsachliche Momente seien nicht gegeben. Der Kläger habe weder bewiesen, dass der Entzug des Vertrauens einzig dazu gedient habe, einen Widerrufsgrund zu liefern, noch dass er lediglich aufgrund eines Naheverhältnisses zu einem bestimmten Hauptaktionär „gekündigt“ worden sei. Ein eigener Widerrufsbeschluss durch den Aufsichtsrat aus dem Grund des Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung sei auch notwendig gewesen, da dieser Grund nach der Judikatur nicht „nachgeschoben“ werden könne; dabei sei auch ein Umlaufbeschluss zulässig. Angesichts der Koppelungsklausel im Anstellungsvertrag sei zu prüfen, ob der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied zur Auflösung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund geführt habe. Die generelle Koppelung des Widerrufs mit der Auflösung des Anstellungsvertrags würde der Aktiengesellschaft die Möglichkeit eröffnen, Dauerschuldverhältnisse ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes zu beenden. Dies widerspreche auch dann zwingendem Recht, wenn das AngG nicht anwendbar sei. Nach herrschender Meinung sei daher eine Koppelungsklausel nur für Gründe zulässig, die auch eine vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrags rechtfertigten. Da der Kläger aber keine ausreichenden schuldhaften Gründe zu verantworten habe, könne die Koppelungsklausel auf ihn keine Anwendung finden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und erklärte die ordentliche Revision für nicht zulässig. Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs sei der mit einer Organstellung in zeitlicher Hinsicht meist gekoppelte Anstellungsvertrag des einzelnen Vorstandsmitglieds mangels persönlicher Abhängigkeit kein Arbeitsvertrag, sondern ein sogenannter freier Dienstvertrag. Selbst Verweisungen auf Bestimmungen des AngG führten noch nicht zur Bejahung eines Dienstverhältnisses nach Angestelltenrecht; insbesondere dessen Vorschriften über Kündigungsstermine und Kündigungsfristen seien nicht anzuwenden. Auf freie Dienstverträge seien nur jene arbeitsrechtlichen Normen anwendbar, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgingen und den sozial Schwächeren schützen sollten, also die Kündigungsmodalitäten des ABGB. Einem Anspruch auf Kündigungsentschädigung stehe jedoch die im Anstellungsvertrag vereinbarte, an die Abberufung als Vorstandsmitglied gekoppelte gleichzeitige Auflösung des Anstellungsvertrags entgegen, weil der freie Dienstvertrag in diesem Fall nicht einseitig aufgelöst, sondern vereinbarungsgemäß durch den Eintritt der auflösenden Bedingung (Abberufung) beendet werde. Im Schrifttum werde dies unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit und Teilnichtigkeit dort als Problem erachtet, wo dem Abberufungsgrund kein Verschulden des abberufenen Vorstandsmitglieds zu Grunde liege, wie dies etwa beim Abberufungsgrund des Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung der Fall sein könne. Kein Missverhältnis der Interessenlage wäre hingegen gegeben, wenn der Abberufungsgrund ohnehin auch das Gewicht eines Entlassungsgrundes habe. Nach verschiedenen Lehrmeinungen handle es sich beim Anspruch auf Kündigungsentschädigung nach § 1162b ABGB um einseitig zwingendes Recht. Diese Bestimmung sei unter anderem auch auf zeitwidrige Kündigungen und auf die unberechtigte vorzeitige Auflösung eines freien Dienstvertrags anzuwenden. Einer Regelung, die diesen Anspruch auch für eine zeitwidrige Auflösung des Anstellungsverhältnisses ohne wichtigen Grund ausschließe, wie dies etwa für eine Koppelungsklausel gelte, stehe aber jedenfalls der Sittenwidrigkeitseinwand entgegen. Nach den „dargestellten Grundsätzen“ sei eine Koppelungsklausel regelmäßig dann sittenwidrig, wenn der Abberufung kein wichtiger Grund bzw kein Verschulden des abberufenen Vorstandsmitglieds zu Grunde liege. Der Anspruch auf Kündigungsentschädigung entfalle zufolge Teilnichtigkeit der Koppelungsklausel daher dann nicht, wenn die Abberufung ohne grobe Pflichtverletzung mit dem Gewicht eines Entlassungsgrundes erfolge, sodass die Fortsetzung der Vorstandstätigkeit weiter zumutbar gewesen wäre. Insgesamt sei mit Rücksicht auf das Gesamtverhalten des Klägers, das nach den Feststellungen von großem Engagement mit starker persönlicher Präsenz für die Ziele der Beklagten sowie von einer modernen und sachlichen Arbeitsweise geprägt gewesen sei, die Beurteilung des Erstgerichts nicht zu beanstanden, dass der Kläger keinen Entlassungsgrund gesetzt habe. Erhebliche Verfehlungen seien ihm weder in den genannten Geschäftsfällen vorzuwerfen, noch im Zusammenhang mit seinen Äußerungen im Zeitungsartikel. Die darin wiedergegebenen Aussagen des Klägers seien nicht als übergebührende, unangemessene oder unsachliche Kritik an der Beklagten,

den neuen Vorständen oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu qualifizieren. Jedenfalls erreichten sie nicht einen solchen Schweregrad, dass sie einen wichtigen Grund für die „zeitwidrige“ Auflösung des Anstellungsvertrags darstellen könnten. Der geltend gemachte Anspruch auf Kündigungsentschädigung bestehe daher zu Recht. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil der Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme und das Berufungsgericht nicht über eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zu entscheiden gehabt habe.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen erhobene Berufung der Beklagten ist zulässig und mit ihrem Aufhebungsantrag auch berechtigt.

Vorweg ist klarzustellen, dass der erkennende Senat keine Bedenken gegen die Rechtsauffassung der Vorinstanzen hat, das Verhalten des Klägers in den genannten Geschäftsfällen sowie seine im Zeitungsartikel wiedergegebenen Äußerungen stellten keinen Entlassungsgrund - und auch keine grobe Pflichtverletzung iSd § 75 Abs 4 AktG - dar. Insoweit kann auf die Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

Nach herrschender Rechtsprechung bewirkt auch eine unberechtigte Entlassung die Vertragsbeendigung. Auch im Rahmen eines freien Dienstvertrags steht jedoch in einem solchen Fall dem Dienstnehmer die sogenannte Kündigungsentschädigung zu, also der Ersatz jenes Entgelts, auf das er bei Weiterbestehen des Vertragsverhältnisses Anspruch gehabt hätte (§ 1162b ABGB). Um beurteilen zu können, wann der Anstellungsvertrag ohne die ungerechtfertigte Entlassung geendet hätte, ist es erforderlich, die Zulässigkeit bzw die Reichweite der im Anstellungsvertrag enthaltenen Koppelungsklausel zu überprüfen. Hingegen erscheint es ohne Relevanz, ob bereits die erste Entlassungserklärung wirksam war - was der Kläger mit der Behauptung der Unwirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses vom 25. 4. 2003 bestreitet - oder ob erst die aufgrund des Beschlusses vom 28. 5. 2003 ausgesprochene zweite Entlassung zur Beendigung des Anstellungsvertrags geführt hat. Die unterschiedliche rechtliche Konsequenz läge allein darin, dass der Kläger im zweiten Fall für einen längeren Zeitraum einen vertraglichen Entgeltanspruch hätte, wogegen im ersten Fall auch für diesen Zeitraum das entgangene Entgelt auf schadenersatzrechtlicher Grundlage gebührte. Dass damit unterschiedliche Ergebnisse für die geltend gemachten Geldforderungen des Klägers verbunden wären, ist nicht zu erkennen und wird von ihm auch nicht aufgezeigt.

Entgegen der im Berufungsurteil vertretenen Auffassung gibt es zur Frage der Zulässigkeit und der Konsequenzen einer vertraglichen Koppelungsklausel keine aussagekräftige höchstgerichtliche Judikatur. In der dort zitierten Entscheidung 3 Ob 251/07v hat der Oberste Gerichtshof einerseits verschiedene Äußerungen aus dem einschlägigen Schrifttum wiedergegeben, andererseits aber eine abschließende Stellungnahme schon deshalb unterlassen können, weil er ohnehin die Voraussetzungen für eine sofortige Vertragsbeendigung wegen einer groben Sorgfaltsverletzung iSd § 75 Abs 4 AktG als gegeben angenommen hat. Die Aussage, Koppelungsklauseln könnten „daher nur ausnahmsweise aus vom abberufenen Vorstandsmitglied darzulegenden Gründen nach einem umfassenden Vergleich der wechselseitigen Interessenlagen als sittenwidrig qualifiziert werden“, stellt sich somit als bloßes obiter dictum dar. In der zitierten Entscheidung wird in diesem Zusammenhang insbesondere auf die grundsätzliche Vertragsfreiheit bei der inhaltlichen Gestaltung eines freien Dienstvertrags eines Vorstandsmitglieds einer AG sowie darauf verwiesen, dass Vorstandsmitglieder sich von sozial schwachen Arbeitnehmern grundlegend unterschieden und selbst in der Lage seien, sich „eine standesgemäße Rechts- und Einkommensposition am Verhandlungstisch zu verschaffen“ (9 ObA 261/02a mwN). Dieser Aspekt wird im Weiteren im Auge zu behalten sein; die vom Berufungsgericht angenommene Schutzbedürftigkeit lässt sich aus der Entscheidungsbegründung jedenfalls nicht ableiten.

Die vorliegende Vertragsklausel lautet dahin, dass das Dienstverhältnis (ferner) endet, wenn eine Abberufung durch den Aufsichtsrat „gemäß den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen“ erfolgt. Damit wird inhaltlich auf § 75 Abs 4 AktG verwiesen, der den Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied durch den Aufsichtsrat aus wichtigen Gründen ermöglicht. Nach Satz 2 der genannten Bestimmung ist ein solcher Grund namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Nachdem bereits dargelegt wurde, dass eine grobe Pflichtverletzung nicht vorliegt, und feststeht, dass der (neuerliche) Widerruf letztlich aufgrund des Hauptversammlungsbeschlusses, mit dem dem Kläger das Vertrauen entzogen worden war, ausgesprochen wurde, wäre der gesetzliche Tatbestand (nur) dann erfüllt, wenn dem Vertrauensentzug keine „offenbar unsachlichen Gründe“ zu Grunde liegen.

Dazu kann auf die Argumentation des Erstgerichts verwiesen werden, das zutreffend darauf hingewiesen hat, dass ein solcher „offenbar unsachlicher“ Grund auch dann nicht vorliegt, wenn zwar - wie hier - objektiv keine grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vorliegt, die Hauptversammlung aber bereits wegen nicht von vornherein als unberechtigt erkennbarer Verdachtsmomente das Risiko nicht eingehen will, die betreffende Person weiter mit einer Vorstandsfunktion zu betrauen. Von einer „offenbar“ unsachlichen Motivation kann insbesondere nicht gesprochen werden, wenn ein Vertrauensentzug seiner sachlichen Berechtigung nach etwa auch zweifelhaft ist; er darf nur nicht willkürlich sein (4 Ob 127/06i). Unsachlich ist der Vertrauensentzug dann, wenn er nur ein Vorwand für die willkürliche Zurücksetzung des

Vorstandsmitglieds ist, dessen Geschäftsführung so geartet ist, dass die Hauptversammlung ihr Vertrauen zu ihm in Wahrheit gar nicht verloren haben konnte, oder wenn der Vertrauensentzug nur zum Vorwand der Abberufung dient oder willkürlich, haltlos oder wegen der damit verfolgten Zwecke sittenwidrig oder sonstwie, etwa wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben, rechtswidrig ist (RIS-Justiz RS0110180). Eine solche Situation liegt nicht vor, war doch insbesondere ein umfangreiches Beweisverfahren erforderlich, um zu klären, ob und inwieweit bestimmte Geschäftsführungshandlungen des Klägers im Zusammenhang mit den überprüften Geschäftsfällen wirklich bedenklich waren oder nur auf den ersten Blick bedenklich erschienen. Das Vorliegen unsachlicher Motive wäre auch vom Kläger zu beweisen gewesen (RIS-Justiz RS0110177, 1 Ob 191/02y ua), was ihm - wie das Erstgericht dargelegt hat - nicht gelungen ist.

Da der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied nach dem Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung somit entsprechend der Vertragsklausel „gemäß den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen“ erfolgt ist, ist jedenfalls der vertraglich vereinbarte Tatbestand erfüllt, der gemäß der Koppelungsklausel (zugleich) zur Beendigung des Anstellungsvertrags führen sollte.

Die Auffassungen zur Frage, ob und inwieweit eine solche Koppelungsklausel angesichts der im Dienstvertragsrecht zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungen zulässig und wirksam ist, sind uneinheitlich. Wie bereits erwähnt wurde, hat der Oberste Gerichtshof in einem obiter dictum ausgesprochen, derartige Klauseln könnten nur ausnahmsweise aus vom abberufenen Vorstandsmitglied darzulegenden Gründen nach einem umfassenden Vergleich der wechselseitigen Interessenlagen als sittenwidrig qualifiziert werden (3 Ob 251/07v). Dabei sei auch zu berücksichtigen, welche dienstvertraglichen Tätigkeiten das (frühere) Vorstandsmitglied nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand ausüben hätte. Weiters wird unter Hinweis auf Vorjudikatur (9 ObA 292/88; 9 ObA 160/87 = SZ 61/92) ausgeführt, einem Anspruch auf Kündigungsentschädigung stehe die im Anstellungsvertrag vereinbarte, an die Abberufung als Vorstandsmitglied gekoppelte gleichzeitige Auflösung des Anstellungsvertrags entgegen, weil der freie Dienstvertrag in diesem Fall nicht einseitig aufgelöst, sondern vereinbarungsgemäß durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung (Abberufung) beendet worden sei.

Runggaldier/Schima (Die Rechtsstellung von Führungskräften [1991], 182 f) vertreten die Auffassung, auch bei freien Dienstverträgen von Vorstandsmitgliedern seien Resolutivbedingungen (zumindest) dann unzulässig und unwirksam, wenn das „Ob“ des Bedingungseintritts mehr oder weniger dem Ermessen eines Vertragsteils anheimgestellt sei. Durch eine Koppelungsklausel werde bewirkt, dass eine Kündigungsfrist nicht einzuhalten sei und die Zahlungen an das Vorstandsmitglied mit sofortiger Wirkung eingestellt werden könnten. Eine solche Klausel, die im Ergebnis die vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrags auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes anordne, müsse daher als sittenwidrig und teilnichtig angesehen werden, weil das Vorstandsmitglied erstens ein gleichwertiges Recht zur sofortigen Mandatsniederlegung und sofortigen Auflösung des Anstellungsvertrags ohne Vorliegen der Unzumutbarkeit einer weiteren Mandatsausübung regelmäßig nicht besitze und weil zweitens auch bei freien Dienstverträgen für die nicht an wichtige Gründe gebundene Auflösung die Einhaltung einer Frist zu fordern sei (zustimmend *Strasser in Jabornegg/Strasser*, Komm4, §§ 75 f AktG Rz 87).

Demgegenüber meint *Schima* (Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, *ecolex* 2006, 456 ff), Koppelungsklauseln seien etwa zulässig, wenn dem Vorstandsmitglied eine anderweitige finanzielle Abfindung - zB in Form eines Pensionsvertrags -, die einer angemessenen Kündigungsfrist wirtschaftlich gleichkomme, gebühre. Unzulässige Koppelungsklauseln könnten außerdem in Klauseln mit angemessener Kündigungsfrist umgedeutet werden (unter Berufung auf BGH AG 1989, 437 ff für den Fall der Abberufung des Vorstandsmitglieds wegen eines unverschuldeten Misstrauensvotums).

Nowotny (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Komm I, § 75 AktG Rz 34) verweist zwar in einer Fußnote auf die Auffassung von *Strasser*, äußert aber selbst keine Bedenken gegen die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Koppelungsklausel.

Keine Vorbehalte werden in der zitierten österreichischen Literatur gegen eine Vereinbarung erhoben, nach der im Anstellungsvertrag eine (ordentliche) Kündigung durch die AG vorgesehen wird (*Nowotny* aaO unter Hinweis auf RdW 2003/116, 140 = 1 Ob 191/02y), und zwar auch bei einem sonst befristeten Vertrag (*Strasser* aaO Rz 86; *Schima* aaO 458 mit Nachweisen in FN 13, verlangt hier offenbar eine längere Kündigungsfrist; vgl auch *Spending* in KBB² § 1158 ABGB Rz 4 mwN).

Der BGH hatte in der von *Schima* zitierten Entscheidung (NJW 1989, 2683 ff) eine Koppelungsklausel in einer Konstellation zu beurteilen, in der die Vorstandsfunktion des Klägers aufgrund des (von ihm nicht verschuldeten) Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung wirksam beendet worden war. Der BGH führte dazu insbesondere aus, die Trennung, die das Gesetz zwischen dem Organverhältnis und dem Dienstvertrag vollziehe, gebiete nicht unabdingbar, dass jegliche Verknüpfung zwischen beiden Rechtsvorgängen durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zu unterbleiben habe. Aus der gesetzlichen Regelung ergebe sich das Ziel, die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats im wohlverstandenen Unternehmensinteresse der AG zu gewährleisten und zu verhindern, dass dessen Entscheidung über die Neubestellung eines Vorstandsmitglieds durch den Fortbestand des Dienstvertrags und die sich daraus ergebenden finanziellen Belastungen nachhaltig beeinflusst werde. Da somit die das Dienstverhältnis regelnde Vereinbarung dem Organverhältnis nachrangig sei, könne es auch nicht ausgeschlossen sein, dass die Beendigung des Dienstvertrags an einen Widerruf der Organbestellung

gekoppelt wird. Diese auflösende Bedingung trete allerdings nur dann ein, wenn der Widerruf der Bestellung rechtmäßig erfolgt sei. Der nicht aus offenbar unsachlichen Gründen durch die Hauptversammlung der AG ausgesprochene Vertrauensentzug berechne nicht ohne weiteres - vor allem bei Geringfügigkeit oder Fehlen eines schuldhaften Verhaltens - zur fristlosen Kündigung des Anstellungsverhältnisses. Die Kündigung des Dienstvertrags aus einem Grunde, der lediglich kraft Vereinbarung zur vorzeitigen Auflösung des Vertrags führe, sei nur unter Wahrung der Mindestfrist des § 622 Abs 1 S 2 BGB möglich. Diese Regelung enthalte zwingendes Recht, da die in § 622 Abs 1 BGB vorgesehene Kündigungsmöglichkeit allein im Rahmen der für den vorliegenden Fall maßgebenden Vorschrift des § 622 Abs 1 S 2 BGB abbedungen werden könne. Sie gelte für Vorstandsmitglieder einer AG entsprechend. Die Vorschrift des § 622 BGB solle nicht nur dem Arbeitgeber eine sachgemäße Personalplanung ermöglichen, sie diene auch dazu, den Arbeitnehmer bis zum Antritt einer neuen Dienststellung so weitgehend wie möglich vor dem Eintritt wirtschaftlicher Nachteile zu schützen. Die maßgebliche Frage sei dahin zu beantworten, dass die Beendigung des zwischen einem Vorstandsmitglied und einer AG geschlossenen Dienstvertrags, die von dem Widerruf des Organverhältnisses abhängig gemacht wird, erst nach Ablauf der Frist des § 622 Abs 1 S 2 BGB eintritt, soweit der Widerruf auf dem Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung beruht, der nicht aus offenbar unsachlichen Gründen erfolgt ist. Auch wenn die Parteien diese Frist in die Vereinbarung nicht einbezogen haben, führe dies nicht zu ihrer Nichtigkeit. Vielmehr sei sie einschränkend dahin auszulegen, dass die Beendigung des Vertrags nicht nur auflösend bedingt durch den Widerruf eintritt, sondern darüber hinaus auch noch befristet sei. Die Auflösung des Dienstvertrags trete im zu beurteilenden Fall somit einen Monat nach Wirksamkeit des Widerrufs der Organstellung ein.

Diese Auffassung fand zum Teil auch in der deutschen Kommentarliteratur Zustimmung. So wird etwa von *Spindler* (in MünchKomm, § 84 AktG Rz 182 ff) ausgeführt, die Zulässigkeit einer Koppelungs- bzw Gleichlaufklausel sei nicht durch das grundsätzlich geltende Trennungsprinzip von Organ- und Dienstverhältnis ausgeschlossen. Sie werde auch nicht durch gegenläufige Entscheidungen im GmbH-Recht in Frage gestellt, da der Vorstand einer AG nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen werden könne, somit schon auf der körperschaftsrechtlichen Ebene entsprechenden Schutz genieße. Die Auflösung erfolge mit dem Widerruf, allerdings erst nach Ablauf der in § 622 Abs 1 und 2 BGB bestimmten Frist; ein gleichzeitiges Erlöschen sei nur möglich, wenn der wichtige Grund iSd § 84 Abs 3 Satz 1 AktG zugleich auch einen wichtigen Grund iSd § 626 BGB darstelle.

Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat im Ergebnis an. Wie bereits dargestellt wurde, hat auch der Oberste Gerichtshof wiederholt die besondere Stellung eines Vorstands einer AG gegenüber anderen (freien) Dienstnehmern betont. Bei der deutlichen Mehrheit der Vorstandsmitglieder könne keine Rede davon sein, dass sie sich im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation in einer gleichen oder ähnlichen Lage befinden wie die breite Masse der Arbeitnehmer und daher ebenfalls ein erhebliches Maß an sozialer Schutzbedürftigkeit aufweisen; sie seien nämlich augenscheinlich selbst in der Lage, sich eine „standesgemäße“ Rechts- und Einkommensposition am Verhandlungstisch zu verschaffen (9 ObA 261/02a; 3 Ob 251/07v). Auch die typischerweise zu unterstellende beiderseitige Interessenlage spricht durchaus dafür, eine Vereinbarung zuzulassen, die es der AG ermöglicht, das neben der organschaftlichen Tätigkeit bestehende Anstellungsverhältnis nicht länger fortbestehen zu lassen, wenn der betreffende Dienstnehmer die Vorstandsfunktion verliert, wurde er doch regelmäßig gerade deshalb angestellt, um diese Organfunktion auszuüben; kann er nicht mehr als Vorstand tätig sein, besteht gewöhnlich kein weiteres Interesse der AG an einem Fortbestehen des Anstellungsvertrags.

Um einem (ehemaligen) Vorstandsmitglied aber jenen gesetzlichen Mindestschutz zukommen zu lassen, den auch das Dienstvertragsrecht des ABGB - im Zusammenhang mit der (vom Dienstnehmer nicht verschuldeten) Auflösung unbefristeter Dienstverhältnisse - vorsieht (§§ 1159 ff ABGB), darf eine (grundsätzlich zulässige) Koppelungsklausel nicht dazu führen, dass mit Eintritt der vereinbarten auflösenden Bedingung, also der Wirksamkeit seiner Abberufung von seiner Organfunktion, auch das Dienstverhältnis unverzüglich beendet wird und ab diesem Zeitpunkt sämtliche Ansprüche aus dem Dienstvertrag erlöschen. Wie auch der BGH ausgeführt hat, dienen die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften über die Auflösung eines Dienstverhältnisses unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist vor allem auch dazu, den Dienstnehmer insoweit vor dem Eintritt wirtschaftlicher Nachteile zu schützen, als es ihm ermöglicht wird, innerhalb dieser Frist eine neue Beschäftigung zu suchen. Wird der Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds nun - wie im vorliegenden Fall - aufgrund einer Koppelungsklausel mit seiner Vorstandsfunktion verknüpft und verliert er letztere, weil er vom Aufsichtsrat nach einem Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung - ohne Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens vom Gewicht eines Entlassungsgrundes - abberufen wurde, endet der Anstellungsvertrag nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der gesetzlich für eine ordentliche Kündigung vorgesehenen (Kündigungs-)Frist zum folgenden Kündigungstermin. Diese Frist beginnt regelmäßig mit jenem Zeitpunkt, zu dem das Vorstandsmitglied unter Hinweis auf den Vertrauensentzug von seiner Abberufung verständigt wird; erst dann ist ja für ihn zu erkennen, dass er sich um eine andere berufliche Tätigkeit umsehen muss. Damit entspricht die Rechtsstellung des Klägers im Wesentlichen jener eines (freien) Dienstnehmers, in dessen Anstellungsvertrag sich der Dienstgeber die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vor Ablauf der an sich vorgesehenen Laufzeit vorbehalten hat. Gegen eine solche Konstruktion bestünden keine grundsätzlichen Bedenken, zumal auch § 75 Abs 1 AktG weder für die Bestellung, noch für den Anstellungsvertrag eine Mindestfrist vorsieht.

Diese Erörterungen sind im vorliegenden Fall deshalb von entscheidender Bedeutung, weil es bei der (schadenersatzrechtlichen) Frage der Ermittlung der gebührenden Kündigungsentschädigung vor allem auch auf den hypothetischen Geschehnisablauf ankommt. Tatsächlich wurde das Dienstverhältnis zum Kläger ja bereits durch die (erste) - wie bereits dargestellt unberechtigte - Entlassung beendet, von der er mit Schreiben vom 25. 4. 2003 verständigt wurde. Nach § 1162b ABGB behält der Dienstnehmer bei einer ungerechtfertigten Entlassung - wenn auch nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen (vgl dazu nur *Spenling* in KBB² § 1162b ABGB Rz 3) - „seine vertragsgemäßen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung hätte verstreichen müssen“. Angesichts der hier vorliegenden (grundsätzlich unbedenklichen) Koppelungsklausel erfasst die Kündigungsentschädigung somit jenen Zeitraum, der zwischen der unberechtigten Entlassung und jenem Zeitpunkt gelegen ist, zu dem das Dienstverhältnis geendet hätte, wenn die Beklagte (erst) den (nicht offenbar unsachlich motivierten) Vertrauenszug durch die Hauptversammlung zum Anlass genommen hätte, den Kläger von seiner Vorstandsfunktion abzurufen. Dass eine solche Abberufung erfolgt wäre und das Dienstverhältnis lange vor Ablauf der an sich vorgesehenen Vertragsdauer geendet hätte, kann angesichts des festgestellten Sachverhalts nicht zweifelhaft sein, ist die Beklagte doch tatsächlich - vorsichtshalber - später in diesem Sinn vorgegangen.

Die Berechnung der Kündigungsentschädigung ist dem Obersten Gerichtshof wegen des Fehlens der dafür erforderlichen Feststellungen jedoch nicht möglich. Die Beklagte hat zwar das (gesamte) Klagebegehren der Höhe nach zugestanden. Dieses „Tatsachengeständnis“ bezieht sich jedoch erkennbar nur auf den Fall des Gebührens einer Kündigungsentschädigung bis Ende Juni 2005, wovon jedoch nach den obigen Darlegungen gerade nicht die Rede sein kann. Das Erstgericht wird mit den Streitparteien daher im fortgesetzten Verfahren zu erörtern haben, welche Entgeltansprüche der Kläger insgesamt bis zum hypothetischen Endigungstermin, also dem in Betracht kommenden Kündigungstermin nach dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nach Verständigung von seiner Abberufung als Vorstandsmitglied wegen des Vertrauenszugs, gehabt hätte. (Nur) In diesem Umfang wird dem Klagebegehren stattzugeben sein.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Zu Fall 26

OGH 18.2.2010, 8 ObA 74/09d

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras sowie Mag. Ziegelbauer und die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Michael Pieber als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Wolfgang B*****, vertreten durch Mag. Sonja Fragner, Rechtsanwältin in Krems, wider die beklagte Partei A*****, vertreten durch Brandstetter Pritz & Partner Rechtsanwälte KG in Wien, wegen 3.471,80 EUR brutto abzüglich 218,37 EUR netto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. Oktober 2009, GZ 10 Ra 70/09a-16, mit dem das Urteil des Landesgerichts Krems an der Donau als Arbeits- und Sozialgericht vom 23. Februar 2009, GZ 7 Cga 39/08k-12, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben und die Urteile der Vorinstanzen dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger 359,14 EUR brutto abzüglich 218,37 EUR netto an Urlaubersatzleistung sowie 1556,33 EUR an Kündigungsentschädigung zuzüglich 11,19 % aus 6.584,46 EUR brutto abzüglich 218,37 EUR netto für die Zeit vom 1. 2. 2008 bis 19. 6. 2008 und aus 1.915,47 EUR brutto abzüglich 218,37 EUR netto ab 20. 6. 2008 zu bezahlen.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren, die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger 1.556,33 EUR brutto an Kündigungsentschädigung samt 11,19 % Zinsen seit 1. 2. 2008 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 976,07 EUR (darin 268,15 EUR an Barauslagen und 117,98 EUR Ust) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tage zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der seit 1. 12. 2000 bei der Beklagten zunächst bis 28. 2. 2005 bloß geringfügig mit sechs Stunden wöchentlich beschäftigte Kläger besuchte in dieser Zeit die HTL und bezog AMS Unterstützungen. Schon in dieser Zeit war er mit der Reparatur von Geräten in erster Linie in „Problemfällen“ beschäftigt, da er bei schwierigen Reparaturen besonderes Geschick aufwies. Er hatte Servicearbeiten durchzuführen, Computer zu assemblieren, Außendienste zu verrichten, Kunden zu beraten und auch den technischen Teil von Kostenvoranschlägen zu erstellen. Ferner leistete er Montagearbeiten (Kabelkanäle), hatte Netzwerke einzurichten und Funkverbindungen herzustellen. Insbesondere bei der Fehlersuche handelte es sich um schwierige Tätigkeiten und musste auch Software eingesetzt werden, etwa dahin, ob sie „zurückgesetzt“ oder neu installiert werden musste. Die Service- und Reparaturarbeiten hatte der Kläger vor allem an Netzwerkdruckern durchzuführen. Im Außendienst hatte er Probleme bei Computeranlagen in Schulen zu beheben. Dabei hatte er sich unter anderem auch mit der Feststellung von Virusbefall und mit der Entfernung von Computerviren zu befassen.

Ende 2005 schloss er die HTL ab und wurde im Rahmen einer Förderungszusage des AMS vorweg in der Zeit vom 1. 3. 2005 bis 31. 8. 2005 mit 26 Wochenstunden mit einem Bruttoentgelt von 1.350 EUR beschäftigt. Nach dem Dienstzettel hatte er im Wesentlichen alle Arbeiten nach den Vorgaben des Arbeitgebers zu verrichten, wobei die detaillierte Aufgabenbeschreibung einer Stellenbeschreibung vorbehalten wurde, die aber nie verfasst wurde. Hinsichtlich der Kündigungsfristen wurde festgehalten, dass das Dienstverhältnis von beiden Teilen zum 15. oder Letzten eines jeden Monats unter Einhaltung einer für beide Teile gleichen Kündigungsfrist gemäß § 20 AngG gekündigt werden kann.

Der Inhalt seiner Tätigkeit änderte sich auch nach dem 1. 3. 2005 nicht wesentlich. Es kamen jedoch neue Tätigkeiten dazu, wie etwa Internet-Telefonie und Auskünfte in diesem Zusammenhang.

Während seiner ganzen Tätigkeit hatte der Kläger immer wieder mit dem Assemblieren von Computern zu tun und hatte dabei auch die von den Lehrlingen erbrachten Arbeiten zu kontrollieren.

Am 30. 11. 2007 sprach die Beklagte die Kündigung des Klägers zum 31. 1. 2008 aus. In dem über Vorschlag des Klägers erstellten Dienstzeugnis wird dieser als „kaufmännisch und technischer Angestellter“ beschrieben. Auch war er bei der Sozialversicherung immer als Angestellter gemeldet.

Es besteht noch ein offener Anspruch für sechs unverbrauchte Werktage.

Der **Kläger** beehrte in erster Instanz zuletzt Kündigungsentschädigung für die Zeit vom 1. 2. bis 31. 3. 2008 im Ausmaß von 3.112,66 EUR sowie Urlaubersatzleistung für sechs Werktage von 359,14 EUR. Er sei als EDV-Techniker teilzeitbeschäftigt gewesen. Nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag für Handelsangestellte hätte die Kündigung nur zum Quartal erfolgen können. Daraus ergebe sich sein Anspruch auf Kündigungsentschädigung für die Zeit vom 1. 2. bis 31. 3. 2008. Darüber hinaus seien noch die restlichen Urlaubstage zu bezahlen.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass der Kläger in der Zeit vom 1. 12. 2000 bis 28. 2. 2005 tatsächlich nur Arbeitertätigkeiten verrichtet habe und nur irrtümlich als Angestellter angemeldet worden sei. Erst nach dem 1. 3. 2005 habe er als EDV-Techniker ausnahmsweise auch die Assemblierung von Computeranlagen, die Einrichtung und Wartung von Netzwerken, die Problemlösung im Hard- und Softwarebereich und die Kundenberatung wahrnehmen müssen, sei aber weiter hauptsächlich im Bereich der Müll- und Altgeräteentsorgung tätig gewesen. Die Bestätigung im Dienstzeugnis sei nur über seinen Vorschlag aus Gefälligkeit erfolgt. Die Urlaubersatzleistung sei zur Gänze bezahlt worden.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Entsprechend Punkt XVII. 1. des Kollektivvertrags für Handelsangestellte sei eine Kündigung nur zum Quartalsende, also zum 31. 3. 2008, möglich gewesen. Daher stehe dem Kläger die begehrte Kündigungsentschädigung zu. Der Anspruch auf die Urlaubersatzleistung ergebe sich aus den sechs offenen Werktagen an Urlaub.

Das **Berufungsgericht** gab der von der Beklagten gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Es ging davon aus, dass das Angestelltengesetz nach der Festlegung seines Anwendungsbereichs in § 1 Abs 1 AngG auf kaufmännische oder höhere, nichtkaufmännische Dienste und auch auf mit Kanzleiarbeiten befasste Arbeitnehmer anzuwenden sei. Liege eine gemischte Tätigkeit vor, so komme es auf das Überwiegen der Angestellentätigkeit an, wobei dabei nicht nur die zeitliche Komponente, sondern auch die Wichtigkeit der geleisteten Arbeiten zu beurteilen sei. Die Tätigkeit des Klägers beurteilte das Berufungsgericht als eine höhere nichtkaufmännische Tätigkeit, sei es doch um schwierige Reparaturarbeiten, die Erstellung des technischen Teils von Kostenvoranschlägen und die Wartung der Software gegangen. Der Kläger habe diese Arbeiten selbständig und ohne fachliche übergeordnete Kontrolle verrichtet. Allerdings handle es sich um eine vorwiegend technische und nicht um eine kaufmännische Tätigkeit. Punkt XVII. Z 1 des Kollektivvertrags bestimme, dass dann, wenn das Arbeitsverhältnis der tatsächlichen kaufmännischen Tätigkeit im gleichen Betrieb länger als fünf Jahre gedauert habe, die Kündigung durch den Arbeitgeber nur zum Quartal möglich sei. Dies spreche isoliert

betrachtet dafür, dass diese Begünstigungen nur Angestellten, die eine kaufmännische Tätigkeit verrichteten, zukommen solle. Dies relativiere sich aber dadurch, dass die kollektivvertragliche Bestimmung maßgeblich auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses im gleichen Betrieb abstelle und damit der Bestimmung des § 20 Abs 2 AngG angenähert sei. Auch sei nicht ersichtlich, warum hinsichtlich der Regelung der Kündigungstermine zwischen Angestellten, die kaufmännische Tätigkeit und Angestellten, die höhere nichtkaufmännische Tätigkeiten verrichten, differenziert werden sollte. In keiner anderen Stelle des Kollektivvertrags oder der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen finde sich eine derartige Differenzierung. Daher sei auch diese Regelung des Kollektivvertrags dahin auszulegen, dass nicht nur kaufmännische Tätigkeiten, sondern auch höhere nicht kaufmännische Tätigkeiten erfasst seien. In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 9 ObA 107/05h sei es nicht auf diese Differenzierung angekommen, jedoch habe der Oberste Gerichtshof schon damals auf die zumindest überwiegende Tätigkeit im Angestelltenverhältnis verwiesen.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob Punkt XVII. Z 1 zweiter Satz des Kollektivvertrags für Handelsangestellte ausschließlich Arbeitsverhältnisse mit kaufmännischen Tätigkeiten und nicht auch solche mit höheren nichtkaufmännischen Tätigkeiten erfasse, nicht vorliege.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision der Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Die Revision ist teilweise berechtigt.

I. Punkt XVII. des hier maßgeblichen Kollektivvertrags für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben lautet in seiner Z 1 wie folgt:

„Die Lösung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber kann, soweit dieser Kollektivvertrag nicht günstigere Regelungen enthält, nur nach den Bestimmungen des Angestelltengesetzes erfolgen. Hat das Arbeitsverhältnis der tatsächlichen kaufmännischen Tätigkeit im gleichen Betrieb länger als fünf Jahre gedauert, so ist die Kündigung durch den Arbeitgeber nur nach den Bestimmungen des § 20 (2) Angestelltengesetz zum Ende eines Kalenderviertels möglich, soweit § 20 (1) Angestelltengesetz anzuwenden ist.“

II. Strittig ist im Revisionsverfahren ausschließlich die Frage, ob der erste Halbsatz im zweiten Satz dieser Bestimmung - „hat das Arbeitsverhältnis der tatsächlichen kaufmännischen Tätigkeit im gleichen Betrieb länger als fünf Jahre gedauert“ - dahin zu verstehen ist, dass alle Angestelltenarbeitsverhältnisse erfasst sind oder nur solche, in denen eine kaufmännische Tätigkeit zu verrichten ist.

III. Kollektivverträge sind so wie Gesetze nach ihrem objektiven Inhalt auszulegen (RIS-Justiz RS0010088). Ausgangspunkt ist dabei der Wortsinn des Kollektivvertrags auch im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Kollektivvertrags (RIS-Justiz RS0010089). Die Auslegung von Kollektivverträgen hat nach der sich aus diesen ergebenden Absicht der Kollektivvertragsparteien zu erfolgen, wobei diesen zu unterstellen ist, dass sie eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung mit einem gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen anstreben (RIS-Justiz RS0008897, RS0010089 uva). Es ist allerdings nicht Aufgabe der Rechtsprechung, allenfalls als unbefriedigend empfundene Kollektivvertragsbestimmungen in einem als befriedigender empfundenen Sinne zu interpretieren (RIS-Justiz RS0008880). Auch gilt als allgemeiner Grundsatz, dass Rechtsvorschriften nicht ohne ersichtlichen Grund so ausgelegt werden dürfen, dass sie sich als überflüssig oder inhaltslos erweisen (RIS-Justiz RS0008773).

IV.1. Geht man nun entsprechend dieser Darlegungen vom gewählten Wortsinn aus, so spricht dies - wie auch das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - dafür, dass nur Arbeitsverhältnisse erfasst sein sollen, bei denen tatsächlich eine kaufmännische Tätigkeit im gleichen Betrieb zu verrichten war. Dafür spricht auch, dass ja nach Punkt I lit c des Kollektivvertrags über den persönlichen Geltungsbereich alle Angestellten und Lehrlinge erfasst sind und der letzte Halbsatz des Art XVII Z 1 ohnehin klarstellt, dass nur vom Angestelltengesetz erfasste Tätigkeiten überhaupt betroffen sind. Damit scheiden Lehrlingstätigkeiten ohnehin aus. Daher soll die Bezugnahme auf die „kaufmännische“ Tätigkeit offensichtlich eine Einschränkung innerhalb der Angestelltentätigkeiten bedeuten.

IV.2. Die typischen kaufmännischen Berufe mit einem kaufmännischen Lehrabschluss werden auch bei der Festlegung des Beschäftigungsgruppenschemas besonders behandelt. So stellt Punkt F I des Beschäftigungsgruppenschemas auf „Angestellte ohne abgeschlossene Lehrzeit in einem kaufmännischen Lehrberuf“ ab und stuft diese in der Beschäftigungsgruppe 1 ein. Weiters wird dort festgelegt, dass erst nach Ablauf von drei Angestelltendienstjahren eine Einstufung in das erste Berufsjahr der den Tätigkeiten entsprechenden Beschäftigungsgruppen 2 bis 6 erfolgt.

Im Punkt II des Beschäftigungsgruppenschemas wird dann auf die Angestellten mit abgeschlossener Lehrzeit in einem „kaufmännischen Lehrberuf“ abgestellt und ausgeführt, dass diese in die ihrer Tätigkeit entsprechenden Beschäftigungsgruppen einzustufen sind. Auch wird ausdrücklich festgelegt, was als kaufmännischer Lehrberuf anzusehen ist, wobei bestimmte Schulabschlüsse, etwa auch der Besuch einer berufsbildenden höheren Schule, unter bestimmten Bedingungen der abgeschlossenen Lehrzeit in einem dieser Lehrberufe gleichgestellt werden.

Insgesamt zeigt sich daraus, dass den kaufmännischen Berufen ein besonderer Stellenwert und eine besondere Bewertung zugemessen wird.

IV.3. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung zu 4 Ob 66/80 zu einer teilweise ähnlichen Vorgängerbestimmung ausgeführt, dass die Kollektivvertragsparteien zwischen Lehrlingen und Angestellten, aber auch zwischen auf kaufmännischen Tätigkeiten beruhenden Dienstzeiten und Zeiten einer ihrer Art nach nicht näher bestimmten und daher die Lehrzeit einschließenden Beschäftigung unterscheiden.

Im Verfahren zu 9 ObA 107/05h war die Frage strittig, inwieweit bei einem Angestellten „ex contractu“ eine „tatsächliche kaufmännische Tätigkeit im gleichen Betrieb“ im Sinne des Kollektivvertrags vorliegt. Der Oberste Gerichtshof hat darauf verwiesen, dass durch die Betonung der „tatsächlichen kaufmännischen Tätigkeit“ dieser offenbar besonderes Gewicht beigemessen werden sollte und daher nur eine zumindest überwiegende Angestelltentätigkeit erfasst sei. Mit der Abgrenzung zwischen „kaufmännischen“ Angestelltentätigkeiten und sonstigen „höheren“ Angestelltentätigkeiten musste sich der Oberste Gerichtshof nicht auseinandersetzen.

IV.4. Abschließend kann also bei dieser Analyse der Struktur des Kollektivvertrags und der Vorentscheidungen festgehalten werden, dass die Kollektivvertragsparteien den „kaufmännischen“ Tätigkeiten und kaufmännischen Lehrberufen doch besonderes Gewicht zumessen und diese auch in der gehaltsmäßigen Einstufung bei der Vorrückung begünstigen. Auch in den Vorentscheidungen wurde bereits klargestellt, dass auf die tatsächlichen Tätigkeiten und deren Qualifikation abzustellen ist.

V. Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht davon auszugehen, dass Regelungen keinen Inhalt haben. Dann muss aber auch der Passus im Kollektivvertrag so verstanden werden, wie er lautet, nämlich dahin, dass auf die tatsächliche kaufmännische Tätigkeit abzustellen ist und eine sonstige Angestelltentätigkeit nicht erfasst ist. Eine abweichende Absicht der Kollektivvertragsparteien konnte auch bei systematischer Analyse des Kollektivvertrags nicht ermittelt werden.

VI. Betrachtet man nun die konkrete Tätigkeit des Klägers, so kann die Tätigkeit des Klägers jedenfalls vor seinem HTL-Abschluss nicht als „kaufmännische Tätigkeit“ im Sinne der Kollektivvertragsbestimmung beurteilt werden.

VII. In diesem Sinne erweist sich daher das Revisionsvorbringen der Beklagten als berechtigt. Ausgehend von der nach mehr als fünf Dienstjahren einzuhaltenden Kündigungsfrist nach § 20 Abs 2 AngG von 3 Monaten konnte die Kündigung aber nur zum 28. 2. 2008 und nicht zum 31. 1. 2008 ausgesprochen werden, sodass die halbe Kündigungsentschädigung zusteht. Beim Zuspruch der Urlaubersatzleistung, der von der eben erörterten Frage unabhängig ist und in der Revision zwar formal angefochten, aber inhaltlich nicht in Frage gestellt wird, hat es allerdings zu verbleiben. In teilweiser Stattgebung der Revision waren die Urteile der Vorinstanzen daher wie im Spruch ersichtlich abzuändern.

VIII. Bis zur Zahlung der Abfertigung und der im Anschluss daran erfolgten Klageeinschränkung hat der Kläger mit 4/5 seines Begehrens obsiegt. Er hat daher in dieser Phase Anspruch auf drei Fünftel der von ihm verzeichneten Kosten bzw auf vier Fünftel der von ihm verzeichneten Barauslagen gemäß § 43 Abs 1 letzter Satz ZPO. Ab diesem Zeitpunkt - auch im Rechtsmittelverfahren - waren die beiderseitigen Kosten wegen des annähernd gleichzeitigen Prozessersolgs gegeneinander aufzuheben; die jeweils in dieser Phase verzeichneten Barauslagen waren je zur Hälfte zu berücksichtigen (§§ 2 ASGG iVm 50 und 43 ZPO sowie § 58a ASGG).

Zu Fall 27

OGH 11.5.2010, 9 ObA 69/09a

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Eva Pernt und Mag. KR Michaela Haydter als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei M***** B*****, vertreten durch Mag. Martin Reihls, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei F***** GmbH in Liquidation, *****, vertreten durch Petsch Frosch Klein Arturo, Rechtsanwälte in Wien, wegen Kündigungsanfechtung (Streitwert 21.800 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23. Februar 2009, GZ 8 Ra 100/08x-52, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 18. Februar 2008, GZ 1 Cga 12/07a-47, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.327,68 EUR (darin 221,28 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, dass zur Frage, ob bei einem Sozialvergleich auch Arbeitnehmer einbezogen werden können, die zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr im Betrieb beschäftigt seien, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege. Dieser Begründung des Zulassungsausspruchs schloss sich die Revisionswerberin an. Die Revisionsgegnerin bestritt demgegenüber ausdrücklich das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage und wendete ein, dass die vom Berufungsgericht als erheblich qualifizierte Frage für die Revisionsentscheidung nicht präjudiziell sei. Es werde deshalb die Zurückweisung der Revision der Klägerin beantragt.

Rechtliche Beurteilung

Der Oberste Gerichtshof ist bei Prüfung der Zulässigkeit der Revision an den diesbezüglichen Ausspruch des Berufungsgerichts nach § 500 Abs 2 Z 3 ZPO nicht gebunden (§ 508a Abs 1 ZPO). Gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist die Revision nur dann zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Dies ist hier nicht der Fall. Die Zurückweisung der ordentlichen Revision kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO).

Die Klägerin war bei der Beklagten seit 11. 1. 1999 als Näherin von Sieben beschäftigt. Mit Schreiben der Beklagten vom 26. 4. 2006 wurde die Klägerin zum 31. 7. 2006 gekündigt. Der Betriebsrat hatte zuvor gegen die Kündigungsabsicht der Beklagten ausdrücklich Widerspruch erhoben, focht allerdings die Kündigung nicht an. Mit der vorliegenden Klage ficht die Klägerin die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit an und begehrt auch einen Sozialvergleich mit anderen Arbeitnehmern der Beklagten. Diese seien weitaus jünger als die Klägerin, ein Arbeitsplatzwechsel hätte sie weniger schwer getroffen. Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass die gegenständliche Kündigung wesentliche Interessen der Klägerin iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG beeinträchtigte. Es ist auch nicht strittig, dass die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse der Beklagten, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG entgegenstanden, begründet war. Umstritten ist jedoch der von der Klägerin angestrebte Sozialvergleich gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, den sie im Revisionsverfahren nur mehr in Bezug auf zwei ehemalige Arbeitnehmer der Beklagten angewendet wissen will.

In diesem Zusammenhang tauchte im Berufungsverfahren die dem Zulassungsausspruch zugrundegelegte Frage auf, ob in den Sozialvergleich auch Arbeitnehmer einbezogen werden können, die zum Zeitpunkt der Entscheidung (des Gerichts über die Kündigungsanfechtung) nicht mehr im Betrieb beschäftigt seien. Diese Frage ist jedoch, wie die Revisionsgegnerin zutreffend einwendet, nicht „präjudiziell“ (vgl dazu *Zechner in Fasching/Konecny*² IV/1 § 502 Rz 10, 60 mwN; 9 ObA 125/08k ua), weil die Sachentscheidung nicht von der Lösung dieser Frage abhängt. Sie wäre nur dann zu lösen, wenn - aufgrund ausreichenden Vorbringens der die Kündigung anfechtenden Partei - tatsächlich ein Sozialvergleich durchzuführen wäre. Dies ist hier aber nicht der Fall.

Die Kündigung kann gemäß § 105 Abs 3 ArbVG beim Gericht angefochten werden, wenn sie sozial ungerechtfertigt und der gekündigte Arbeitnehmer bereits sechs Monate im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, beschäftigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG), es sei denn, der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG). Hat der Betriebsrat gegen eine derartige Kündigung ausdrücklich Widerspruch erhoben, so ist die Kündigung des Arbeitnehmers sozial ungerechtfertigt, wenn ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte für den Gekündigten eine größere soziale Härte als für andere Arbeitnehmer des gleichen Betriebs und derselben Tätigkeitssparte, deren Arbeit der Gekündigte zu leisten fähig und willens ist, ergibt (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

Soll ein solcher Sozialvergleich erfolgen, dann muss nicht nur eine bestimmte Vergleichsperson namhaft gemacht werden, es muss auch ein entsprechendes Vorbringen erstattet werden (RIS-Justiz RS0051837, RS0051897 ua). Dieses Vorbringen muss nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG dartun, dass die Kündigung für die

gekündigte Person eine größere soziale Härte darstellt als für einen anderen Arbeitnehmer des gleichen Betriebs und derselben Tätigkeitssparte. Um das Ausmaß der sozialen Härte für die gekündigte Person mit jenem für die Vergleichsperson vergleichen zu können, bedarf es der Substantiierung und genauen Beleuchtung der persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse der in den Sozialvergleich einzubeziehenden Personen einschließlich der jeweiligen Beschäftigungszeit im Betrieb und der jeweiligen individuellen Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG; RIS-Justiz RS0051417 ua). Zutreffend wies das Berufungsgericht darauf hin, dass die Klägerin diesbezüglich so gut wie kein Vorbringen erstattet hat. Die bloße Behauptung der anfechtenden Partei, ein anderer Arbeitnehmer wäre jünger als der gekündigte Arbeitnehmer, genügt nicht. Bei entsprechender Betriebsgröße wird es meistens einen anderen Arbeitnehmer geben, der jünger ist als der gekündigte Arbeitnehmer. Der Sozialvergleich wird nicht automatisch durch das Alter der Vergleichspersonen entschieden. Vom Senat wird nicht verkannt, dass ein höheres Lebensalter eines Arbeitnehmers häufig mit Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess einhergeht. Die Klägerin nannte aber nicht einmal das Alter der Vergleichspersonen. Sie stellte auch keinen konkreten Vergleich an, in welchem Ausmaß sich ihr eigenes Alter und das jeweilige Alter der Vergleichspersonen bei der Wiedereingliederung auf dem Arbeitsmarkt auswirken. Bloße Pauschalbehauptungen, die Vergleichspersonen seien „wesentlich jünger“ und hätten es „wesentlich leichter“, reichen für einen Sozialvergleich nicht aus.

Es bleibt einem gekündigten Arbeitnehmer unbenommen, wieviele Arbeitnehmer er in den angestrebten Sozialvergleich einbeziehen will. Generell ist dabei aber zu beachten, dass es nicht die Aufgabe des Gerichts oder eines von ihm bestellten Sachverständigen ist, die Vergleichspersonen für den gekündigten Arbeitnehmer zu suchen und auszuwählen. Dem Erfordernis der namentlichen Benennung der Vergleichspersonen (9 ObA 323/92, 9 ObA 324/92 ua) kam die Klägerin - nach mehr als einjähriger Prozessdauer - letztlich nach. Ob es sinnvoll ist, möglichst viele Vergleichspersonen zu benennen, braucht hier nicht erörtert zu werden. Die Benennung von 13 anderen Arbeitnehmern entband sie aber jedenfalls nicht von der vorstehend behandelten Konkretisierung der für die Beurteilung der sozialen Härte der Kündigung bei ihr und jeder einzelnen Vergleichsperson maßgeblichen Umstände. Dieser Anforderung kam die Klägerin allerdings - trotz Erörterung durch das Erstgericht und obwohl sie sich schon vorher in einem Schriftsatz ausdrücklich zu der sie treffenden Beweislast bekannt hatte - nicht nach.

Es genügt im Übrigen auch nicht, dass die vom Anfechtungswerber benannte Vergleichsperson im selben Betrieb beschäftigt ist. Sie muss gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG auch in derselben Tätigkeitssparte wie die gekündigte Person beschäftigt sein. Es reicht auch nicht aus, dass der Anfechtungswerber willens ist, die Arbeit der Vergleichsperson zu leisten; er muss dazu auch gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG fähig sein. Die Beurteilung dieses Umstands setzt ebenfalls wieder ein entsprechend detailliertes Vorbringen des Anfechtungswerbers voraus, welche konkrete Tätigkeit die Vergleichsperson im selben Betrieb und in derselben Tätigkeitssparte verrichtet, welche Anforderungen damit verbunden sind und welche Anforderungen der Anfechtungswerber zu leisten in der Lage ist. Weder das Gericht noch ein allfälliger Sachverständiger können dem Anfechtungswerber die Erstattung dieses Vorbringens abnehmen. Die vom Erstgericht dennoch - ohne entsprechendes Vorbringen der Klägerin - ansatzweise getroffenen überschießenden Feststellungen erlauben im vorliegenden Fall noch keine verlässliche Beurteilung der sozialen Härte der Kündigung bei der Klägerin und den Vergleichspersonen (vgl 9 ObA 153/05y ua). Eine Aufhebung der Instanzentscheidungen, damit weitere überschießende Feststellungen getroffen werden, kommt nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0040308 ua). Aus überschießenden Feststellungen, denen kein Vorbringen gegenübersteht, kann keine erhebliche Rechtsfrage abgeleitet werden (9 ObA 43/08a ua).

Zusammenfassend mag die vom Berufungsgericht als erheblich qualifizierte Frage von rechtlichem Interesse sein; sie muss aber fallbezogen nicht gelöst werden, weil auf der Grundlage des klägerischen Vorbringens in erster Instanz kein Sozialvergleich vorgenommen werden kann. Die dem Zulassungsausspruch zugrundegelegte Frage ist somit nicht präjudiziell und vermag daher die Zulässigkeit der Revision nicht zu tragen. Mangels Geltendmachung einer anderen erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO, die fallbezogen gelöst werden muss, ist die Revision der Klägerin - ungeachtet ihrer Zulassung durch das Berufungsgericht - zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die Beklagte hat in ihrer Revisionsbeantwortung ausdrücklich auf die Unzulässigkeit des gegnerischen Rechtsmittels hingewiesen (vgl RIS-Justiz RS0035979 ua).

Zu Fall 28

OGH 11.5.2010, 9 ObA 130/09x

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Eva Pernt und Mag. KR Michael Haydter als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei N***** H*****, Angestellte, *****, vertreten durch Dr. Sabine Berger, Rechtsanwältin in Salzburg, gegen die beklagte Partei R***** S*****, vertreten durch Dr. Robert Galler und Dr. Rudolf Höpflinger, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen 14.440,19 EUR brutto sA und 279 EUR netto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. Juli 2009, GZ 12 Ra 49/09a-20, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 25. Februar 2009, GZ 20 Cga 61/08k-16, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden im Umfang der Anfechtung (Ausspruch über das Nichtzurechtbestehen des Klagebegehrens mit 14.440,19 EUR brutto sA) sowie im Kostenpunkt aufgehoben. Die Rechtssache wird insoweit zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin war vom 1. 5. 2007 bis 2. 1. 2008 als kaufmännische Angestellte beim Beklagten in dessen Handelsagentur beschäftigt. Etwa ab dem Jahr 2002 bestand zwischen beiden eine private Beziehung, wobei die Streitteile jeweils über eigene Wohnungen verfügten und sich immer wieder gelegentlich in der einen oder anderen Wohnung gemeinsam aufhielten. Am 19. 10. 2007 kam es wegen der Beziehung des Beklagten zu einer anderen Frau in London zu einer massiven Auseinandersetzung zwischen den Streitteilen. Dieser Streit wurde bereinigt; bis Dezember 2007 kam es wieder zu privaten Treffen der Streitteile. Mit SMS vom 18. 12. 2007 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er sich mit seiner Freundin in England ausgesöhnt habe. Dies führte zu einem totalen psychischen Zusammenbruch der Klägerin, die sich ab 18. 12. 2007 in psychotherapeutische Behandlung begab. Am 20. 12. 2007 wurde eine akute Belastungsreaktion diagnostiziert und der Klägerin nahegelegt, die weitere Kontaktaufnahme mit dem Beklagten zu unterbinden. Während des Krankenstands der Klägerin entspann sich ein E-Mail- und SMS-Verkehr zwischen den Streitteilen über die Arbeitsverrichtung der Klägerin. Mit Schreiben vom 2. 1. 2008 erklärte sie die Auflösung des Dienstverhältnisses aus gesundheitlichen Gründen.

Die Klägerin begehrte 11.117,41 EUR brutto an Kündigungsentschädigung, 3.322,78 EUR brutto an Urlaubersatzleistung für 17,5 Arbeitstage und 279 EUR netto für ein beschädigtes Handy. Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft habe sie der Beklagte auch im Rahmen des Dienstverhältnisses erheblich unter Druck gesetzt. Aufgrund der psychischen Belastung habe sich ihr gesundheitlicher Zustand zunehmend verschlechtert, weshalb sie am 2. 1. 2008 ihren berechtigten vorzeitigen Austritt erklärt habe. Der Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, die privaten Probleme von der beruflichen Zusammenarbeit zu trennen.

Der Beklagte entgegnete, dass zur Klägerin lediglich eine sexuelle Beziehung mit wechselnder Intensität bestanden habe. Im Rahmen des Dienstverhältnisses habe er sie niemals unter Druck gesetzt. Tatsächlich sei sie unberechtigt aus dem Dienstverhältnis ausgetreten. Da sie das Firmenfahrzeug bis 15. 2. 2008 nicht zurückgestellt habe, mache er die Kosten für die Nutzung als Gegenforderung geltend.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Gegen Ende des Jahres 2007 habe sich bei der Klägerin eine gesundheitliche Störung entwickelt, deren Ursachen auch in der beruflichen Beziehung zum Beklagten bestanden haben. Da die Fortsetzung des Dienstverhältnisses sicherlich eine Gesundheitsschädigung bewirkt hätte, sei der von der Klägerin in Anspruch genommene Austrittsgrund verwirklicht. Die Gegenforderung habe der Beklagte niemals präzisiert.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten teilweise Folge und sprach aus, dass das Klagebegehren mit 14.440,19 EUR brutto sA nicht zu Recht bestehe; die ordentliche Revision sei nicht zulässig. In rechtlicher Hinsicht vertrat es die Ansicht, dass es sich bei der diagnostizierten akuten Belastungsreaktion, der auch kein Krankheitswert zukomme, um keinen Dauerzustand handle. Außerdem habe die Klägerin den psychischen Zusammenbruch nach Erhalt der Mitteilung über die Aussöhnung des Beklagten mit seiner Freundin in England erlitten.

Gegen die Abweisung von 14.440,19 EUR brutto sA richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie den Zuspruch des gesamten geltend gemachten Betrags anstrebt. Mit seiner Revisionsbeantwortung beantragt der Beklagte, die Revision zurückzuweisen, in eventu dieser nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden - Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig, weil zur Frage des - vom Berufungsgericht verneinten - Kausalzusammenhangs zwischen der Arbeitsleistung und der Gesundheitsgefährdung der Klägerin im Fall der Unmöglichkeit der Zuordnung der Gründe zum Privat- oder Arbeitsbereich keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt. Die Revision ist im Sinn des in jedem Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Die von der Klägerin behauptete Aktenwidrigkeit ist nicht relevant. Aufgrund der besonderen, durch die gleichzeitige persönliche Beziehung zwischen den Streitparteien bedingte Konstellation kommt dem vom Berufungsgericht unternommenen Versuch der Zuordnung der Gründe für den psychischen Zusammenbruch der Klägerin am 18.12.2007, den das Berufungsgericht offenbar als punktuell Ereignis wertet, keine entscheidende Bedeutung zu. Auch die vom Berufungsgericht diskutierte Frage, ob der diagnostizierten akuten Belastungsreaktion oder nur einer posttraumatischen Belastungsstörung Krankheitswert beigemessen werden kann, ist letztlich nicht entscheidend.

Soweit die Klägerin Widersprüche zur Aussage der Zeugin Mag. D***** oder zum Ambulanzbericht Beil ./A behauptet, bezieht sie sich auf die Beweiswürdigung. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass der Oberste Gerichtshof nicht Tatsacheninstanz ist, weshalb die Beweiswürdigung von ihm nicht überprüft werden kann (RIS-Justiz RS0043371; RS0042903).

2.1 Zur Beurteilung der maßgeblichen Rechtsfrage, ob die bei der Klägerin diagnostizierte psychische Belastungsreaktion im Hinblick auf den weiteren beruflichen Kontakt zum Beklagten eine dauerhafte Gesundheitsgefährdung bedeutet hätte, reicht die Tatsachengrundlage nicht aus. Die Schlussfolgerung des Erstgerichts im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung, dass die Fortsetzung des Dienstverhältnisses sicherlich eine Gesundheitsgefährdung bewirkt hätte, lässt sich nicht auf eine Tatsachengrundlage zurückführen und in ihrem zeitlichen Ausmaß auch nicht quantifizieren. Das Gleiche gilt für die Überlegungen des Berufungsgerichts zur WHO-Klassifikation einer akuten Belastungsreaktion. Aufgrund dieser unzulässigen Schlussfolgerungen der Vorinstanzen zur Bedeutung und zu den Auswirkungen des psychischen Gesundheitszustands der Klägerin wurden erforderliche Feststellungen nicht getroffen.

2.2 Der Austrittsgrund der (dauerhaften) Gesundheitsgefährdung ist nach der Rechtsprechung verwirklicht, wenn durch die Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit für den Dienstnehmer eine aktuelle Gefahr für seine Gesundheit besteht und ihm aus diesem Grund die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Maßgeblich ist somit die Prognose, zukünftig das Arbeitsverhältnis nicht ohne Gesundheitsgefährdung fortsetzen zu können (*Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 26 Rz 5 und 10 mwN).

Zwischen der Dienstleistung und der Gesundheitsgefährdung muss ein kausaler Zusammenhang bestehen. Im Allgemeinen wird eine Grenze dort gezogen, wo die Gründe für die Gesundheitsgefährdung vorwiegend im privaten Umfeld des Dienstnehmers zu finden sind und der Bezug zur Dienstleistung gar nicht oder nur in sehr geringem Umfang gegeben ist. Nach der Rechtsprechung können aber auch die Rahmenbedingungen am Arbeitsplatz (zB Mobbing: 8 ObA 2285/96d) oder das Arbeitsklima (zB degradierende Verschlechterung der Arbeitsbedingungen: 9 ObA 47/88) eine zum Austritt berechtigende Gesundheitsbeeinträchtigung bewirken (*Friedrich aaO Rz 12 ff mwN*). In diesem Sinn ist es ebenso denkbar, dass eine konkrete psychische Belastungssituation für den Dienstnehmer am Arbeitsplatz, der nicht durch geeignete Maßnahmen begegnet werden kann, einen vorzeitigen Austritt rechtfertigt. Eine solche Belastungssituation kann etwa auch aus einem Zerwürfnis der Beteiligten entstehen, das darauf zurückzuführen ist, dass - etwa aufgrund intensiver persönlicher Beziehungen zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer - der Arbeits- und Privatbereich ineinander übergehen und diese Bereiche auch durch eine entsprechende Gestaltung der Arbeitssituation nicht voneinander abgetrennt werden können.

Aufgrund der räumlichen Nähe der Streitparteien während der Erbringung der Arbeitsleistungen durch die Klägerin haben sich die persönlichen Konfliktsituationen unweigerlich auf den Arbeitsplatz erstreckt. Die psychische Belastung für die Klägerin bezog sich auf das Zusammentreffen mit dem Beklagten und damit ebenso auf die Arbeitssituation. Der Beklagte kann sich daher nicht auf einen mangelnden Zusammenhang zwischen der Gesundheitsgefährdung der Klägerin und der Dienstverrichtung berufen.

2.3 Die grundsätzlich bestehende Aufklärungspflicht des Dienstnehmers über die gesundheitsgefährdende Belastung ist nach der Rechtsprechung dann nicht mehr gegeben, wenn er annehmen kann, dass dem Arbeitgeber diese Umstände bekannt sind, weiters wenn die Verweisung auf einen anderen Arbeitsplatz im Rahmen des Arbeitsvertrags nach den gegebenen Umständen nicht in Betracht kommt (9 ObA 38/87; 9 ObA 175/89) oder wenn die gesundheitsgefährdende Belastung des Arbeitnehmers im Arbeitsklima gelegen ist (9 ObA 192/90; 9 ObA 196/97g).

Auf die Verletzung der Aufklärungspflicht kann sich der Beklagte nicht erfolgreich berufen, weil ihm die psychische Belastung der Klägerin bekannt sein musste und die Ursache dafür im - bei Fortsetzung der Arbeit unvermeidbaren - Kontakt zu ihm bestand.

2.4 Der zu beurteilende Austrittsgrund nach § 26 Z 1 zweiter Fall AngG erfordert eine dauerhafte Gesundheitsgefährdung des Dienstnehmers, sodass nach den Umständen des Falles eine Fortsetzung seines Dienstverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (vgl RIS-Justiz RS0028723; RS0060144; 9 ObA 23/07h). Die Gesundheitsgefährdung ist dann als dauernd anzusehen, wenn die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nach objektivem Maßstab in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, wobei von der Rechtsprechung als Richtlinie die Frist von 26 Wochen nach § 139 Abs 1 ASVG herangezogen wird (9 ObA 163/93; 9 ObA 209/00a; *Friedrich* aaO Rz 27 ff).

Das Vorliegen einer dauerhaften Gesundheitsgefährdung für die Klägerin kann aufgrund der ermittelten Tatsachengrundlage nicht abschließend beurteilt werden. Dafür ist zu klären, ob die bei der Klägerin diagnostizierte psychische Belastungsreaktion bei Vornahme einer Psychotherapie im dargestellten zeitlichen Ausmaß hätte geheilt werden können und ob im Fall der Wiederaufnahme der Arbeit der Klägerin beim Beklagten im Hinblick auf den weiteren beruflichen Kontakt ein Wiederaufleben der psychischen Störung bzw eine Verschlechterung des psychischen Zustands zu befürchten gewesen wäre. Bei diesen Fragen handelt es sich um Sachverständigenfragen. Das Gericht ist - auch von Amts wegen (§§ 183 Abs 1 Z 4 und 363 Abs 2 ZPO) - ohne weiteres berechtigt, sich im Wege des Sachverständigenbeweises Klarheit über die Gesundheitsgefährdung des Dienstnehmers zu verschaffen (*Friedrich* aaO Rz 30).

3. Soweit sich die Klägerin - als weiteren Austrittsgrund - auf Tätlichkeiten, Bedrohungen und Beschimpfungen durch den Beklagten beruft, ist darauf hinzuweisen, dass nach der Auseinandersetzung vom 19. 10. 2007 die Streitigkeiten (zunächst) bereinigt wurden und die Streitteile bis Dezember 2007 wieder privat miteinander verkehrten. Auf die Erteilung von Arbeitsaufträgen während des Krankenstands (ab 18. 12. 2007) hat sich die Klägerin nicht als Austrittsgrund berufen.

In Stattgebung der Revision waren die Entscheidungen im Umfang der Anfechtung und zur Klärung der noch offenen Fragen aufzuheben. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO iVm § 2 Abs 1 ASGG.

Zu Fall 29

VwGH 14.4.2010, 2007/08/0327

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer, Dr. Doblinger und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der F GmbH in M, vertreten durch Dr. Hermann Fina, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, St. Veiter Straße 41/II, gegen den Bescheid des Bundesministers für Soziales und Konsumentenschutz vom 14. November 2007, Zl. BMSG-322860/0001-II/A/3/2006, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. WE in G;

2. Kärntner Gebietskrankenkasse in 9010 Klagenfurt, Kempfstraße 8;

3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1; 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifter-Straße 65-67), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenbegehren der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse wird abgewiesen.

Begründung

Der Erstmitbeteiligte, der zum damaligen Zeitpunkt bei der beschwerdeführenden Partei beschäftigt war, erlitt am 25. Juni 2005 einen Freizeitunfall; er war deshalb anschließend bis zum 24. Juli 2005 arbeitsunfähig und befand sich im Krankenstand. Am 28. Juni 2005 erfolgte die Abmeldung des Erstmitbeteiligten zur Pflichtversicherung durch die beschwerdeführende Partei rückwirkend mit 27. Juni 2005 mit der Begründung, dass eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses am 27. Juni 2005 erfolgt sei. Mit 25. Juli 2005 wurde der Erstmitbeteiligte von der beschwerdeführenden Partei wieder zur Pflichtversicherung angemeldet.

Im Akt befindet sich ein vom Erstmitbeteiligten am 25. Juli 2005 ausgefüllter Fragebogen der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse. Darin gab er an, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses am 27. Juni 2005 nach einem am 25. Juni 2005 erlittenen Unfall (somit während des Krankenstandes) vereinbart worden sei. Dieser Zeitpunkt sei gewählt worden, weil die Vermutung bestanden habe, dass der Heilungsprozess länger als sechs Wochen dauern würde. Die Initiative zur Beendigung des Dienstverhältnisses sei vom Dienstgeber ausgegangen. Eine Wiedereinstellung nach dem Krankenstand sei vom Dienstgeber unmittelbar nach der Vereinbarung festgelegt worden. Konkret sei die Wiedereinstellung nach Gesundheitschreiben des Chefarztes vereinbart worden.

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 21. September 2005 wurde ausgesprochen, dass die Pflichtversicherung des Erstmitbeteiligten auf Grund des Beschäftigungsverhältnisses zur beschwerdeführenden Partei nicht mit 27. Juni 2005, sondern mit 24. Juli 2005 ende und die beschwerdeführende Partei verpflichtet sei, für diese Zeit weiter Sozialversicherungsbeiträge, Fondsbeiträge und Umlagen zu entrichten. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses ohne ersichtlichen Grund und zum Nachteil des Versicherten müsse als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gewertet werden, weil der Dienstgeber damit sowohl die Fortzahlung des Entgeltes an den Dienstnehmer als auch die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen habe vermeiden wollen. Da die Willenserklärung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Dienstgeber an den Dienstnehmer herangetragen worden sei, sei die einvernehmliche Lösung als Entlassung ohne wichtigen Grund zu werten. Gerade aus dem Umstand, dass der Dienstnehmer nach Beendigung des Krankenstandes unmittelbar am nächsten Tag wieder eingestellt worden sei, sei ersichtlich, dass mit der behaupteten einvernehmlichen Lösung die Versicherungspflicht umgangen werden sollte.

Dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch der beschwerdeführenden Partei gab der Landeshauptmann von Kärnten mit Bescheid vom 18. Mai 2006 keine Folge.

Auf Grund der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung der beschwerdeführenden Partei bestätigte die belangte Behörde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 14. November 2007 den angefochtenen Bescheid des Landeshauptmannes, soweit sich dieser auf die Frage der Pflichtversicherung bezieht (Spruchpunkt 1.). Des Weiteren wurde im Spruchpunkt 2. ausgesprochen, dass die Berufung, soweit sie sich gegen die Beitragspflicht richtet, "gemäß § 66 AVG in Verbindung mit § 415 ASVG als zulässig zurückgewiesen" werde.

In ihrer Begründung führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges und Zitierung der maßgebenden Gesetzesbestimmungen im Wesentlichen aus, dass auf Grund der Beweisergebnisse feststehe, dass das Dienstverhältnis des Erstmitbeteiligten am 27. Juni 2005 auf Initiative der beschwerdeführenden Partei infolge der Erkrankung des Erstmitbeteiligten mit einer behaupteten einvernehmlichen Lösung beendet worden sei; dabei sei eine Wiedereinstellung nach Gesundheitschreibung durch den Chefarzt in Aussicht gestellt worden. Am 25. Juli 2006 sei der Erstmitbeteiligte von der beschwerdeführenden Partei wieder zur Pflichtversicherung angemeldet worden. Im Rahmen der Beweiswürdigung legte die belangte Behörde dar, dass gerade durch die Wiedereinstellung unmittelbar nach Genesung und Gesundheitschreibung des Dienstnehmers sich der Eindruck verstärke, dass das Dienstverhältnis nur zur Umgehung der Entgeltfortzahlungspflicht während der Arbeitsverhinderung gelöst worden sei. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung im Zusammenhang mit den Notwendigkeiten des Arbeitsmarktes gebe es keinen vernünftigen Grund für einen Dienstnehmer, der noch dazu gerade arbeitsunfähig sei, auf eine solche Vereinbarung einzugehen, außer wenn er durch die Zusicherung der Wiedereinstellung keinen (allzu großen) Nachteil erleide und mit der Vereinbarung dem Dienstgeber entgegenkomme, der sich die Entgeltfortzahlung erspare. Theoretisch hätte der Dienstnehmer auch ablehnen können, hätte dabei aber riskiert, gekündigt und nicht wiedereingestellt zu werden. Es habe daher sehr wohl einen Zusammenhang zwischen der Beendigung des Dienstverhältnisses und der Erkrankung des Dienstnehmers gegeben und sei die erfolgte Auflösung daher nur aus dem Grund der Umgehung der Entgeltfortzahlungspflicht zu erklären.

Rechtlich gelangte die belangte Behörde zum Ergebnis, dass auf Grund der festgestellten Wiedereinstellungszusage, des sowohl mit dem Beginn als auch dem Ende des Krankenstandes bestehenden zeitlichen Zusammenhanges der Beendigung des Dienstverhältnisses des Erstmitbeteiligten bzw. seiner Wiedereinstellung durch die beschwerdeführende Partei von der Umgehung der Schutzvorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes auszugehen sei. Die beschwerdeführende Partei habe keine besonderen Gründe vorgebracht, die eine einvernehmlich vereinbarte Unterbrechung des Dienstverhältnisses gerade in der Zeit des Krankenstandes des Dienstnehmers sachlich gerechtfertigt hätten. Es würden sich auch keine Anhaltspunkte für die Annahme finden, dass die hier vereinbarte einvernehmliche Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses auf

Grund besonderer Umstände für den Erstmitbeteiligten vorteilhaft gewesen wäre. Die vorliegende Beendigung des Dienstverhältnisses liege im Kernbereich des Verbotszweckes des § 6 EFZG und sei daher sowohl im Sinne dieser Bestimmung als auch auf Basis des § 539a ASVG als nichtig zu betrachten. Es sei daher davon auszugehen, dass die Pflichtversicherung des Erstmitbeteiligten in der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) und Arbeitslosenversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG auf Grund seiner Beschäftigung bei der beschwerdeführenden Partei auch im Zeitraum vom 27. Juni bis 24. Juli 2005 bestanden habe.

Zum Spruchpunkt 2. wurde ausgeführt, dass die belangte Behörde gemäß § 415 Abs. 1 ASVG zur Entscheidung über die Beitragspflicht nicht zuständig sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde (hinsichtlich Spruchpunkt 2.) sowie wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (hinsichtlich Spruchpunkt 1.) kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde begehrt. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 11 ASVG in der Fassung BGBl. I Nr. 142/2004 hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Ende der Pflichtversicherung

§ 11. (1) Die Pflichtversicherung der im § 10 Abs. 1 bezeichneten Personen erlischt, soweit in den Abs. 2 bis 6 nichts anderes bestimmt wird, mit dem Ende des Beschäftigungs-, Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Fällt jedoch der Zeitpunkt, an dem der Anspruch auf Entgelt endet, nicht mit dem Zeitpunkt des Endes des Beschäftigungsverhältnisses zusammen, so erlischt die Pflichtversicherung mit dem Ende des Entgeltanspruches.

(2) Wird ein gerichtlicher oder außergerichtlicher Vergleich über den dem Dienstnehmer nach Beendigung des Dienstverhältnisses gebührenden Arbeitslohn oder Gehalt abgeschlossen, so verlängert sich die Pflichtversicherung um den Zeitraum, der durch den Vergleichsbetrag (Pauschbetrag) nach Ausscheidung allfälliger, gemäß § 49 nicht zum Entgelt im Sinne dieses Bundesgesetzes gehörender Bezüge, gemessen an den vor dem Austritt aus der Beschäftigung gebührenden Bezügen, gedeckt ist. Die Pflichtversicherung besteht weiter für die Zeit des Bezuges einer Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsschädigung) sowie für die Zeit des Bezuges einer Kündigungsschädigung. Die zum Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses fällig werdende pauschalisierte Kündigungsschädigung ist auf den entsprechenden Zeitraum der Kündigungsfrist umzulegen. Gebühren sowohl eine Kündigungsschädigung als auch eine Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsschädigung), so ist zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitraumes zunächst die Kündigungsschädigung heranzuziehen und im Anschluss daran die Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsschädigung). Wird Urlaubsschädigung nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz gewährt, so ist für die Versicherung die Wiener Gebietskrankenkasse zuständig. Die Versicherung beginnt mit dem achten Tag, der auf die Zahlbarstellung durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse folgt. Der Dienstgeberanteil (§§ 51 und 51b) ist von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse zu entrichten.

..."

§ 539a ASVG lautet:

"Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,

2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind."

§ 2 EFZG in der Fassung BGBl. I Nr. 44/2000 hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Anspruch auf Entgeltfortzahlung

§ 2. (1) Ist ein Arbeitnehmer nach Antritt des Dienstes durch Krankheit (Unglücksfall) an der Leistung seiner Arbeit verhindert, ohne dass er die Verhinderung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, so behält er seinen Anspruch auf das Entgelt bis zur Dauer von sechs Wochen. Der Anspruch auf das Entgelt erhöht sich auf die Dauer von acht Wochen, wenn das Arbeitsverhältnis fünf Jahre, von zehn Wochen, wenn es 15 Jahre und von zwölf Wochen, wenn es 25 Jahre ununterbrochen gedauert hat. Durch jeweils weitere vier Wochen behält der Arbeitnehmer den Anspruch auf das halbe Entgelt.

...

(3) Für die Bemessung der Dauer des Anspruches gemäß Abs. 1 und 5 sind Dienstzeiten bei demselben Arbeitgeber, die keine längeren Unterbrechungen als jeweils 60 Tage aufweisen, zusammenzurechnen. Diese Zusammenrechnung unterbleibt jedoch, wenn die Unterbrechung durch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitnehmers oder einen Austritt ohne wichtigen Grund oder eine vom Arbeitnehmer verschuldete Entlassung eingetreten ist.

(3a) Dienstzeiten aus einem vorausgegangenem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber sind für die Bemessung der Dauer des Anspruches gemäß Abs. 1 und 5 anzurechnen, wenn

1. der Arbeitgeberwechsel durch den Übergang des Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, erfolgte,

2. die Anrechnung der im vorausgegangenem Arbeitsverhältnis zurückgelegten Dienstzeit für die Bemessung der Dauer desurlaubes, der Kündigungsfrist sowie der Entgeltfortzahlung vereinbart wurde,

3. die Dienstzeiten keine längere Unterbrechung als 60 Tage aufweisen und

4. das vorausgegangene Arbeitsverhältnis nicht durch eine Kündigung seitens des Arbeitnehmers, einen Austritt ohne wichtigen Grund oder eine vom Arbeitnehmer verschuldete Entlassung beendet worden ist.

..."

§ 5 EFZG lautet:

"Beendigung des Arbeitsverhältnisses

§ 5. Wird der Arbeitnehmer während einer Arbeitsverhinderung gemäß § 2 gekündigt, ohne wichtigen Grund vorzeitig entlassen oder trifft den Arbeitgeber ein Verschulden an dem vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers, so bleibt der Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für die nach diesem Bundesgesetz vorgesehene Dauer bestehen, wenngleich das Arbeitsverhältnis früher endet."

§ 6 EFZG lautet:

"Unabdingbarkeit

§ 6. Die Rechte, die dem Arbeitnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes zustehen, können durch Arbeitsvertrag, Arbeits(Dienst)ordnung, Betriebsvereinbarung oder, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, durch Kollektivvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden."

Zu einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis gehört die Willensübereinstimmung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, dass abhängige Dienste entgeltlich geleistet und diese entgegengenommen werden. Auch der einseitige Wegfall dieses Willens - insbesondere auf Seiten des Dienstgebers, wenn dieser die entgeltlichen abhängigen Dienste also nicht mehr in Empfang nehmen möchte - beendet das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis, mag auch das arbeitsrechtliche Verhältnis dadurch allein nicht einseitig aufgelöst sein (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 4. Juli 1962, Zl. 1923/61, vom 19. Jänner 1989, Slg. Nr. 12.848/A, vom 25. September 1990, Slg. Nr. 13.267/A, vom 19. Februar 2003, Zl. 99/08/0054, und vom 19. Oktober 2005, Zl. 2003/08/0138).

Eine Ausnahme hiervon ist bei den sogenannten "diktierten Rechtsverhältnissen" gegeben. Solche liegen insbesondere vor, wenn der weggefallene Wille des Dienstgebers, weiterhin Leistungen in Empfang zu nehmen, durch Gesetz oder Richterspruch substituiert wird: In diesen Fällen besteht ein Beschäftigungsverhältnis, so lange der Arbeitnehmer, wenn auch gegen den Willen des anderen Teiles, abhängige Arbeit leistet oder - sofern ihm dies verwehrt wird - in Arbeitsbereitschaft verharrt (vgl. das zitierte hg. Erkenntnis vom 19. Februar 2003 mwN).

Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis außerhalb der erwähnten "diktierten Rechtsverhältnisse" kann somit durch einseitige (unter Umständen sogar den Arbeitsvertrag oder das Gesetz verletzende) Handlungen des Dienstgebers, aber auch durch solche des Dienstnehmers beendet werden (vgl. auch dazu das hg. Erkenntnis vom 19. Februar 2003), es kann aber auch durch eine einvernehmliche

Auflösung, die grundsätzlich an keine besonderen Bedingungen gebunden ist, zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses kommen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. November 2007, Zl. 2006/08/0248).

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits im hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl. 2006/08/0325, auf dessen Begründung gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, eingehend mit der Frage der arbeitsrechtlichen Wirksamkeit und sozialversicherungsrechtlichen Beachtlichkeit einer einvernehmlichen Auflösung eines Dienstverhältnisses während eines entgeltspflichtigen Krankenstandes auseinander gesetzt und dazu ausgeführt:

"Ein Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes iSd § 539a ASVG liegt jedenfalls dann vor, wenn die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse anders als mit der Absicht der Umgehung gesetzlicher Verpflichtungen nicht erklärt werden kann. An Stelle der nach der erwähnten Gesetzesstelle unbeachtlichen Konstruktion tritt gemäß § 539a Abs. 3 ASVG jene, die den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessen gewesen wäre. Scheingeschäfte bleiben nach Abs. 4 der erwähnten Bestimmung ohne Bedeutung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, Zl. 2003/08/0201, mwN).

Die einvernehmliche Auflösung eines Arbeitsverhältnisses stellt grundsätzlich keinen Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts dar; es handelt sich dabei um eine von mehreren rechtlichen Möglichkeiten, ein Arbeitsverhältnis zu beenden. Insbesondere kann nicht gesagt werden, dass es geradezu missbräuchlich oder dass es wirtschaftlich ganz ungewöhnlich wäre, die Absicht zur Auflösung eines Dienstverhältnisses nicht durch Kündigung zu verwirklichen, sondern durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine Auflösungsvereinbarung kann angesichts der differenzierenden Regelung des § 5 EFZG aber auch 'bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise' nicht einer Arbeitgeberkündigung gleichgehalten werden. Ein 'Umgehungsgeschäft' kann eine Vereinbarung nur dann sein, wenn der Bestand des Arbeitsverhältnisses schlechthin Schutzobjekt der §§ 5 und 6 EFZG wäre, ein 'Scheingeschäft' nur dann, wenn es auch ein von den Parteien der Vereinbarung in Wahrheit gewolltes 'verdecktes Geschäft' gäbe."

Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist aber mit diesem Erkenntnis nicht vergleichbar:

Die vereinbarte Wiedereinstellungszusage "nach Gesundheitsreibung durch den Chefarzt" zeigt nämlich, dass die Parteien - anders als nach dem Sachverhalt des zuvor zitierten Erkenntnisses - keineswegs beabsichtigt haben, das Beschäftigungsverhältnis dauernd zu beenden. Die beschwerdeführende Partei kann sich aber auch nicht darauf berufen, dass die Vereinbarung zulässigerweise auf eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Erkrankung gerichtet gewesen sei: Die mit dieser Vereinbarung - mit Blick auf die Wiedereinstellungszusage - angestrebte, bloß vorübergehende Sistierung der Hauptpflichten des Beschäftigungsverhältnisses, die einer Karenzierung gleichkommt (so zutreffend Drs, DRdA 2009, 344) hat nämlich kein zureichendes Substrat, wenn und solange den Erstmitbeteiligten für die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (d.h. zugleich für die Dauer der Karenzierung/Unterbrechung) eine Arbeitspflicht gar nicht getroffen hat. Die denkmöglichen Zwecke einer solchen Vereinbarung reduzieren sich daher bei Betrachtung ihres wahren wirtschaftlichen Gehalts (§ 539a Abs. 1 ASVG) in Ermangelung einer anderen, die Vereinbarung denkmöglich tragenden Absicht der Parteien, auf eine bloße Abdingung der Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, deren Zulässigkeit aber an § 6 EFZG scheitert, wie schon die belangte Behörde zutreffend erkannt hat. Die Vereinbarung ist daher, da sie bei wahrer wirtschaftlicher Betrachtungsweise entgegen § 6 EFZG den Entgeltfortzahlungsanspruch des Erstmitbeteiligten ausschließt, nichtig. Die belangte Behörde hat daher im Ergebnis zu Recht die sozialversicherungsrechtliche Beachtlichkeit der Auflösungsvereinbarung verneint und das Weiterbestehen der Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten im gegenständlichen Zeitraum bejaht.

Soweit sich die beschwerdeführende Partei gegen Spruchpunkt 2. richtet, verkennt sie, dass die Formulierung im Spruch ("zulässig" anstelle von "unzulässig") zweifelsohne auf einem (berichtigungsfähigen) Schreibfehler beruht und im Zusammenhang mit der Bescheidbegründung erkennbar ist, dass die belangte Behörde dazu die Zurückweisung der Berufung als unzulässig wegen Unzuständigkeit der Berufungsbehörde ausgesprochen hat.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Da die Gegenschrift der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse nicht von einem Rechtsanwalt eingebracht worden ist, war hierfür kein Aufwandsersatz zuzusprechen.

Wien, am 14. April 2010