

**2****82 lit f GewO 1859 – Beharrliche Pflichtenvernachlässigung**

- 1. Die Nichtbefolgung einer durch den Gegenstand der Arbeitsleistung und die Besonderheit des Betriebes gerechtfertigten Anordnung des AG erfüllt nur dann den Tatbestand der „beharrlichen Pflichtenvernachlässigung“ in § 82 lit f GewO 1859, wenn dem AN bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens erkennbar sein mußte.**
- 2. Für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit ist der Zeitpunkt der Anordnung durch den AG entscheidend. Umstände, welche erst auf Grund nachträglich eingeholter Informationen bekannt wurden, haben dabei außer Betracht zu bleiben.**
- 3. Steht die objektive Rechtmäßigkeit der Anordnung fest, obliegt dem AN der Nachweis für die Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt.**

OGH 4. 3. 1986, 14 Ob 22/86; LG Wien 23. 9. 1985, 44 Cg 142/85; ArbG Wien 22. 3. 1985, 2 Cr 524/83.

Der Kl beehrte von der bekIP Kündigungsentschädigung und anteilige Weihnachtsremuneration, da er von der bekIP ungerechtfertigt entlassen worden sei. Die bekIP bestritt und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie habe den Kl am 16. 11. 1983 berechtigterweise entlassen, da dieser es mit Hinweis auf die Witterungsverhältnisse abgelehnt habe, eine Fahrt mit einem Firmen-Pkw anzutreten. Dessen Bereifung wäre für die zum damaligen Zeitpunkt herrschende Witterung ausreichend gewesen.

Das Erstger gab der Klage statt. Es traf folgende wesentl. Feststellungen: Am 15. 11. 1983 betrug die Morgentemperatur in Wien minus 9,3 Grad Celsius. Sie stieg bis 21 Uhr auf plus 0,3 Grad. Am 16. 11. 1983 betrug die Morgentemperatur im 14. Wiener Gemeindebezirk, wo der Kl im Auftrag der bekIP bei der bekIP antrat, zw minus 2 Grad und 0 Grad. In der vergangenen Nacht hatte es geschneit; die Schneehöhe betrug 1 bis 5 cm. Bis Mittag stieg die Temperatur auf plus 6 Grad bei allgemein nasser Fahrbahn und sank bis 19.30 Uhr auf plus 3 Grad. Auf der Strecke nach Bad Vöslau, wohin der Kl im Auftrag der bekIP am 16. 11. 1983 fahren sollte, war zw 0 und 2 Uhr im Raum Wien bis Wiener Neudorf Schnee gefallen. Die Fahrbahn der Autobahn war trocken. Im Bereich der Straßenmeisterei Baden gab es an diesem Tag keine witterungsbedingten Verkehrsbehinderungen.

Der Firmen-Pkw, den der Kl benützen sollte, war mit Sommerreifen der Marke Michelin XZX, welche eine Profiltiefe von 3 bis 4 mm aufwiesen, bereift. Die Sicherheitsverhältnisse hätten durch Ausstattung des Fahrzeuges mit M + S-Reifen wegen deren besserer Bodenhaftung für den Fall geringfügig verbessert werden können, daß Matsch bzw Schnee auf der Fahrbahn lagen. Bei Vereisung wären die Sicherheitsverhältnisse nicht günstiger gewesen.

Der Kl erklärte am 16. 11. 1983, mit dem Wagen nicht zu fahren, wenn dieser nicht mit Winterreifen ausgestattet werde. Im Zuge der Auseinandersetzung verlangte er von dem Betriebsleiter und dem Geschäftsführer der bekIP erfolglos den schriftl. Auftrag zur Durchführung der Fahrt oder eine Erklärung der Übernahme der Haftung.

Der Betriebsleiter und der Geschäftsführer der bekIP sprachen dann in Anwesenheit des Betriebsratsobmannes die Entlassung des Kl aus. Anstelle des Kl fuhr ein anderer AN der bekIP mit dem betreffenden Pkw. Vier Monteure der bekIP, deren Autos die gleiche Bereifung hatten, waren an diesem Tage ebenfalls unterwegs; dem Betriebsratsobmann gegenüber erklärten sie, daß sie die Haltung des Kl verstehen könnten.

Rechtl meinte das Erstger, der Kl sei gemäß § 58 Abs 4 StVO verpflichtet gewesen, der bekIP eine Meldung zu erstatten, wenn sich das Fahrzeug nicht in einem einwandfreien verkehrstüchtigen Zustand befinde. Da in der Nacht Schnee gefallen sei, habe sich der Kl nicht auf Vermutungen darüber einlassen können, wie sich das Wetter am 16. 11. 1983 entwickeln werde. Der Kl sei nicht verpflichtet gewesen, die Fahrt mit dem bloß mit Sommerreifen ausgestatteten Pkw anzutreten. Ob andere AN der bekIP mit Sommerreifen gefahren seien, habe für die Frage der Berechtigung der Entlassung keine Bedeutung.

Das BerGer änderte dieses Urteil iS einer Abweisung des Klagebegehrens. Es traf folgende zusätzl. Feststellungen: Der Geschäftsführer der bekIP drohte dem Kl für den Fall der endgültigen Weigerung, die Fahrt anzutreten, die Entlassung an. Rechtl ging das BerGer davon aus, daß es weder eine kraftfahrrechtl. Bestimmung gäbe, ein Kfz mit Winterreifen auszustatten noch eine den AG treffende arbeitsrechtl. Verpflichtung, über die kraftfahrrechtl. Bestimmungen hinaus für eine verbesserte Ausstattung von Dienstfahrzeugen zu sorgen. Das Kfz der bekIP, welches der Kl hätte benützen sollen, sei kaskoversichert gewesen; gegen eine allfällige erhöhte Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit biete die gesetzl. Unfallversicherung ausreichende Sicherheit. Der Kl hätte durch eine entsprechend vorsichtige Fahrweise einer Gefährdung begegnen und überdies wissen müssen, welche Fahrbahnverhältnisse ihn erwarteten. Er hätte daher auf jeden Fall die Fahrt antreten und allenfalls langsamer fahren sowie gegebenenfalls die Fahrt abbrechen müssen. Die Weigerung des Kl, die Fahrt anzutreten, sei eine beharrliche Pflichtverletzung, welche seine Entlassung rechtfertige.

Der OGH gab der Revision des Kl Folge.

### Entscheidungsgründe des OGH:

Die bekIP wirft dem Kl eine beharrliche Pflichtenvernachlässigung (§ 82 lit f GewO 1859; die Geltung dieser

Bestimmung wurde durch den § 376 Z 47 GewO 1973 aufrechterhalten) vor. Darunter ist die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der den AN insb aus dem Arbeitsvertrag treffenden, mit der Ausübung des Dienstes verbundenen und ihm zumutbaren Pflichten zu verstehen. Dazu gehört auch die Nichtbefolgung einer durch den Gegenstand der Arbeitsleistung und die Besonderheit des Betriebes gerechtfertigten Anordnung des AG. Sie muß, um eine darauf gestützte Entlassung zur rechtfertigen, pflichtwidrig und schuldhaft erfolgen. Als Schuldform reicht Fahrlässigkeit aus, doch muß dem AN bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens erkennbar sein. Lehnt ein AN eine ihm auftragene Arbeit in der irrigen Meinung ab, er sei zu ihrer Durchführung nicht verpflichtet, obliegt ihm der Nachweis, daß er sich über seine Verpflichtung trotz Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt in einem Irrtum befunden hat. Eine undurchführbare Anordnung ist nicht durch den Gegenstand der Dienstleistung gerechtfertigt und berechtigt den AG nicht zur Entlassung des betreffenden AN. Das gleiche gilt für eine Anordnung, deren Befolgung durch den AN zu einer Schädigung seiner Gesundheit oder Gefährdung seiner körperlichen Sicherheit führen würde. Die Ablehnung einer solchen Anordnung ist nicht pflichtwidrig (*Kuderna*, Das Entlassungsrecht, 45, 71ff mwH; vgl auch Arb 9941, 9672, 9578).

Im vorliegenden Fall war die Ablehnung der dem Kl erteilten Anordnung der bekIP, mit dem Firmenwagen zu einem Kunden von Wien nach Bad Vöslau zu fahren, unter den gegebenen Umständen aus der damals möglichen Sicht des Kl weder pflichtwidrig noch schuldhaft. Das Verlangen des Kl, den nur mit Sommerreifen ausgestatteten Firmenwagen mit M + S-Reifen zu versehen, war angesichts der festgestellten Witterungsverhältnisse keinesfalls ungerechtfertigt. Am Vortag herrschte strenger Frost (minus 9,3 Grad), in der Nacht war Schnee gefallen, wobei die Schneehöhe 1 bis 5 cm betrug, und die Morgentemperaturen am 16. November 1983 betrugen zwischen minus 2 und 0 Grad. Der Kl mußte daher damit rechnen, auf der Fahrt zu einer Baustelle in Bad Vöslau Fahrbahnverhältnisse anzutreffen, für welche die Sommerreifen nicht oder nur wenig geeignet wären. Er konnte auch ein Anhalten der winterlichen Witterung, insb neuerliche Schneefälle, und eine weitere Verschlechterung der Fahrbahnverhältnisse nicht ausschließen. Es entsprach daher – vor allem wenn man auch bedenkt, daß der Kl kein Berufskraftfahrer ist – den Geboten pflichtgemäßer Vorsicht, die für solche Verhältnisse, insb für Schnee und Schneematsch besser geeigneten M + S-Reifen anzufordern. Daß ein Fahren mit Sommerreifen bei winterlichen Verhältnissen die Unfallgefahr erheblich erhöht, ist allgemein bekannt und bedarf keiner weiteren Begründung. Der Kl setzte sich bei Verwendung der Sommerreifen aber auch der Gefahr aus, im Falle eines von ihm (mit-)verschuldeten, auf die ungeeigneten Reifen zurückzuführenden Unfalls strafgerichtlich verurteilt und nach dem DNHG zum Schadenersatz herangezogen zu werden. Auf die Verpflichtung des Lenkers eines Kraftfahrzeuges, gemäß § 58 Abs 4 StVO einen nicht ordnungsgemäßen Zustand des Kraftfahrzeuges dem Besitzer oder dem Verfügungsberechtigten zu melden, hat schon das Erstger zutreffend hingewiesen. Der Lenker eines Kraftfahrzeuges ist darüber hinaus dafür verantwortlich, daß die Art der Reifen und deren Zustand den jeweiligen Fahrbahnverhältnissen entspricht. Daß die im Falle der Verwendung ungeeigneter Reifen bestehenden Risiken durch Versicherungen wenigstens teilweise abgedeckt werden, verpflichtet den Lenker eines Kraftfahrzeuges nicht, die Gefährdung seiner körperlichen Sicherheit und allfällige Verletzungen und andere Unfallsfolgen durch die Befolgung einer ihm vom AG erteilten, derartige Gefahren mit sich bringenden Anordnung auf sich zu nehmen.

Für die Beurteilung der Frage der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Kl kommt es nicht darauf an, ob, rück-schauend betrachtet, auf Grund nachträglich eingeholter Auskünfte über die Temperatur- und Schneesverhältnisse die Verwendung von Winterreifen objektiv erforderlich war. Entscheidend ist vielmehr, ob aus der Sicht des Kl am Morgen des 16. 11. 1983, als er den Fahrauftrag erhielt, eine Verwendung von M+S-Reifen im Hinblick auf die ihm unbekanntem Fahrbahnverhältnisse und die mögliche Wetterentwicklung einem vorsichtigen Fahrer notwendig erscheinen konnte. Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen vor, sodaß die Ablehnung des Fahrauftrages durch den Kl nicht pflichtwidrig und nicht schuldhaft erfolgt ist. Damit fehlt es an den Voraussetzungen des Entlassungstatbestandes des § 82 lit f GewO 1859, ohne daß dem Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit hier noch eine Bedeutung zukäme. Daraus folgt die Berechtigung der aus einer ungerechtfertigten Entlassung abgeleiteten Klagsforderung.

## Kommentar:

### I. Einleitung, Problemstellung:

Wie der OGH und die Untergerichte erkannten, kommt als gesetzliche Stütze der Entlassung des Kl allein § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 in Betracht. Zu fragen ist somit, ob der Kl durch seine Weigerung, die Fahrt mit Sommerreifen anzutreten, „beharrlich seine Pflichten vernachlässigt“ hat. Zuvor sei aber die Gelegenheit wahrgenommen, einige allg Ausführungen zu § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 zu machen, da der großen praktischen Bedeutung dieser Bestimmung eine bislang aber spärliche dogmatische Behandlung gegenübersteht.

### II. Allgemeines zur „beharrlichen Pflichtenvernachlässigung“:

#### 1. § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 und § 27 Z 4

##### 2. Fall AngG:

Zu § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 vertritt der OGH in st Rsp (vgl Arb 6868 = SozM I A/d 331; Arb 7576 = SozM I A/d 477; Arb 9106 = SozM I A/e 1102; SozM I A/d 1157; SozM I A/d 1266; dRdA 1985, 315; 14 Ob 129/86, infas 3/87, 15) die Auffassung, daß diese Bestimmung iSd § 27 Z 4 1. Fall AngG auszulegen sei, was bedeute, daß nicht jedes unbefugte Verlassen der Arbeit (§ 82 lit f 1. Fall GewO) die Entlassung rechtfertige, sondern erst ein solches Dienstversäumnis, welches „pflichtwidrig, erheblich und schuldhaft“ und ohne „rechtmäßigen Hinderungsgrund“ erfolge (vgl auch Kuderna, Entlassungsrecht 66ff). Diese – im Ergebnis auf eine teleologische Reduktion des § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 hinauslaufende – Auffassung kann mit dem „essentiellen Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung“ (so Kuderna aaO 66) begründet werden und ist schon unter dem Gesichtspunkt einer zeitgemäßen Interpretation der teilweise doch etwas „verstaubten“ Entlassungsnormen der alten GewO zu begrüßen, wobei allerdings die Erkenntnis, das Dienstversäumnis müsse „pflichtwidrig und schuldhaft“ sein und eines „rechtmäßigen Hinderungsgrundes“ entbehren, eine Selbstverständlichkeit beschreibt, welche nicht unbedingt durch Anleihen beim AngG begründet werden müßte.

Ähnliches gilt aber auch für § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 und § 27 Z 4 2. Fall AngG. Der (nicht näher begründeten) Meinung von Kuderna (Entlassungsrecht 94), letztere Bestimmung sei enger gefaßt als erstere, da diese „jegliche beharrliche Pflichtvernachlässigung“ umfasse, kann mE nicht gefolgt werden. Es ist nämlich nicht recht ersichtlich, worin die angebliche Einschränkung in § 27 Z 4 2. Fall

AngG erblickt werden soll. Die Ausdrücke „Dienste“ bzw „Anordnungen“ in § 27 Z 4 2. Fall AngG decken vielmehr genau jenen Bereich ab, den § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 mit dem Wort „Pflichten“ umschreibt. In Frage kommen in beiden Fällen Verletzungen der den AN treffenden Arbeitspflicht sowie der Verpflichtung, den Weisungen des AG oder eines Vorgesetzten Folge zu leisten. Derartige „Weisungen“ bzw „Anordnungen“ können auch bloße Ordnungsvorschriften sein, welche dem AN nicht individuell mitgeteilt, sondern zB durch Anschlag bekannt gemacht wurden (vgl dazu VwGH RdW 1983, 53f = öRdA 1983, 291). Daß dann, wenn die Entlassung wegen „Pflichtvernachlässigung“ iSd § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 auf die (beharrliche) Weigerung, einer Anordnung (Weisung) des DG Folge zu leisten, gestützt wird (vgl Kuderna aaO 71), diese Anordnung „durch den Gegenstand der Dienstleistung gerechtfertigt“ sein muß – wie dies § 27 Z 4 2. Fall AngG ausdrückl vorsieht –, wird ja auch und gerade von Kuderna (aaO 73) zu Recht betont.

Lediglich der Umstand, daß § 27 Z 4 2. Fall AngG die Wendung „sich weigern“ gebraucht, § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 hingegen von „vernachlässigen“ spricht, könnte bei unbefangener Betrachtung den Schluß nahelegen, die Verwirklichung des ersteren Tatbestandes erfordere *Vorsatz*, während im zweiten Fall *Fahrlässigkeit* ausreiche. Dem ist allerdings nicht so. Vielmehr genügt in beiden Fällen *jede Schuldform* (vgl OGH Arb 9941). Auch ein DN, der mehrmals vergißt (dh es fahrlässig unterläßt), zB als zuletzt den Betrieb Verlassender die Türe zu verschließen, kann den Entlassungstatbestand des § 27 Z 4 2. Fall AngG erfüllen (abzulehnen ist daher mE die Auffassung von Kuderna aaO 68f, bei § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 müsse der „Vorsatz... auf die Ablehnung der Verrichtung einer bestimmten Arbeitsleistung gerichtet [sein].“). Kuderna (aaO 94) ist freilich insoweit recht zu geben, als in Fällen wie dem beispielsweise angeführten eine Überschneidung mit dem Tatbestand der „Vertrauensunwürdigkeit“ (§ 27 Z 1 3. Fall AngG) gegeben sein kann. Zumindest mißverständlich formuliert ist nach dem eben Gesagten aber die E des LG Wien (Arb 9391; zust offenbar aber Martinek-Schwarz, AngG<sup>6</sup> 626), wonach dem AN die Weigerung „bewußt“ sein müsse und „das bloße gelegentliche Vergessen, einer Weisung des AG zu entsprechen“, keine beharrliche Weigerung iSd § 27 Z 4 2. Fall AngG darstelle. Daran ist soviel richtig, daß das Tatbestandsmerkmal der „Beharrlichkeit“ in Fällen wie dem zitierten einen gewissen zeitlichen Zusammenhang der einzelnen Pflichtverstöße (zum zeitlichen Zusammenhang bei „Unpünktlichkeit“ Kuderna aaO 67) verlangt („gelegentlich“ iS von „selten“ auftretende Vorfälle rechtfertigen die Entlassung daher nicht) und weiters in jedem Fall eine entsprechende Ermahnung. Nicht am Platz ist es aber, einen „manifestierten Widerstandswillen“ des AN zu fordern – wie dies neben der zuletzt angeführten E noch eine Reihe anderer tun –, weil ein solcher dann nicht erforderlich ist, wenn das Merkmal der „Beharrlichkeit“ durch das Vorliegen *mehrerer Anläßfälle* begründet erscheint (zur Beharrlichkeit vgl unten).

#### 2. Grenzen des Weisungsrechts:

Da im vorliegenden Fall die Entlassung auf die (beharrliche) Weigerung der Befolgung einer Weisung (= „Anordnung“ in § 27 Z 4 2. Fall AngG) gestützt wurde, sollen im folgenden kurz Rechtsnatur und Grenzen des dem AG zustehenden Weisungsrechts untersucht werden.

Nach ganz hL handelt es sich beim Weisungsrecht um ein Gestaltungsrecht (erstmal *Seckel*, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, FS R. Koch, 1903, 307 Fn 2; *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht 126; *Ostheim*, Weisung 37ff; *Winkler*, Weisung

27ff; *Spielbüchler*, Grundlagen eines betrieblichen Disziplinarstrafrechts, öRdA 1970, 9f; offenbar auch *Migsch*, Einige Gedanken zum Weisungsrecht des Arbeitgebers, ZAS 1970, 83; für Deutung als bloßes Faktum *Martinek*, Weisung 10ff, insbes 15; *Schwarz*, Die dogmatische Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, dRdA 1968, 248), dessen Ausübung sich grundsätzl innerhalb der durch den Arbeitsvertrag gezogenen Grenzen bewegen muß (*Ostheim*, Weisung 36f, 106ff; *Martinek*, Weisung 20; *Winkler*, Weisung 36, 38; *Martinek-Schwarz*, AngG<sup>6</sup> 159, 628; *Floretta-Spielbüchler-Strasser* I<sup>2</sup> 53, 99ff; vgl auch *Beck-Mannagetta*, ZAS 1985, 73; aA *Migsch*, ZAS 1970, 86f, der das Weisungsrecht primär durch „objektive Gestaltungselemente“ wie Betrieb, Wohnsitz, familienrechtliche Beziehungen etc begrenzt sehen will).

Das vertraglich Geschuldete bildet somit (im Regelfall) die Grenze für die Berechtigung zur Erteilung bzw die Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen; es zu ermitteln, kann freilich bei Dauerschuldverhältnissen im allgemeinen und Arbeitsverhältnissen im besonderen Schwierigkeiten machen, da ausdrückl Abreden zw den Parteien idR nur hinsichtlich der wesentl Vertragspunkte getroffen werden.

Ausnahmen von dem Grundsatz, daß Arbeitsvertragsinhalt und Weisungsmacht übereinstimmen, können sich uU aus der Fürsorgepflicht einerseits bzw der Treuepflicht andererseits ergeben. Erstere kann den AG zB dazu verpflichten, Anordnungen zu unterlassen, welche eine empfindliche Störung familienrechtlicher (Beistands-) Pflichten bewirken würden oder mit Rücksicht auf die Gesundheit des AN nicht vertretbar sind (Zur Fürsorgepflicht als Begrenzungsfaktor arbeitsvertraglicher Weisungsmacht *Ostheim*, Weisung 113ff; *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung 51f; OGH Arb 7559; vgl aber auch OGH ZAS 1968, 105ff mit Anm v *Dittrich*).

Ein Verstoß gegen die **Fürsorgepflicht** macht eine diesbezügl Weisung des AG unzulässig, dh *rechtswidrig*. Ordnet ein AG daher gegenüber einer AN, welche knapp nach Dienstscluß ihr Kind von der Schule bzw vom Kindergarten abholen muß, Überstunden an, so ändert die Zulässigkeit der Anordnung nach Arbeitszeitrecht (vgl aber § 6 AZG) nichts an der vertraglichen Unzulässigkeit der Weisung, sofern es dem AG nicht infolge einer Notsituation unzumutbar ist (zur Unzumutbarkeit als Grenze der Fürsorgepflicht vgl SZ 9/226; SZ 39/36), auf die Dienstleistung gerade dieser AN zu verzichten. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich hier aus einer Interessenabwägung (vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup>I 92, 94ff).

Hatte der AG von der speziellen Situation des AN keine Kenntnis, zB weil es sich um eine einmalig auftretende Konstellation handelte oder weil der AN davon nie erzählte, so ändert sich zwar an der objektiven Rechtswidrigkeit der Anordnung grundsätzl nichts, dem AG ist diese aber subjektiv nicht vorwerfbar. Bedeutsam ist die Unterscheidung der beiden Fälle insbes für die Beantwortung der Frage, ob der AN auf eine derartige Anordnung unter Hinweis, es handle sich um eine unzumutbare Maßnahme bzw Vertragsverletzung, mit dem vorzeitigen Austritt antworten kann oder nicht. Dies wird zu verneinen sein, wenn der AN – etwa durch mangelnde Information seines AG – diesem selbst die Möglichkeit einer angemessenen Berücksichtigung seiner persönlichen Belange genommen hat (dazu jüngst OGH ARD 3911/11/87).

In der Rechtsprechung taucht das Problem der mangelnden Information des AG durch den AN allerdings weniger im Zusammenhang mit der Erteilung von Weisungen, sondern primär im Zusammenhang mit dem Fernbleiben eines AN vom Dienst auf (gute Bsp zur Verdeutlichung sind OGH Arb 6868 Pflege des bettlägerigen Ehegatten; OGH Arb 7625 = SozM I A/d 489 Versorgung eines

Schulkindes; LG Graz SozM I A/d 467 Heimkehr des Ehepartners von mehrmonatiger strapaziöser Orientreise; ArbG Linz Arb 10.154 = ZAS 1983, 81 Durchführung gesundheitsgefährdender Reinigungsarbeiten). Hier stellt sich dann die Frage, ob der AG tatsächlich – wie der OGH (Arb 6868) meint – immer das volle Risiko der Entlassung trägt oder ob nicht Fallkonstellationen denkbar sind, in denen der AG begründeterweise annehmen durfte, der AN habe gerade *keinen* rechtmäßigen Hinderungsgrund, wenn auch ein solcher dann ex post bewiesen wird. Dieser – überaus interessanten – Frage wird in Lehre und Rsp lediglich im Zusammenhang mit der Nichtvorlage der Krankenbestätigung (vgl § 8 Abs 8 AngG) nachgegangen.

Umgekehrt kann die **Treuepflicht** vom AN (in Ausnahmefällen) verlangen, Leistungen außerhalb des vertraglich Geschuldeten zu erbringen (vgl OGH Arb 6746; *Martinek-Schwarz*, AngG<sup>6</sup> 628) und diesbezüglichen Anordnungen Folge zu leisten.

Aus dem Gesagten erhellt, daß zunächst geprüft werden muß, ob die Weisung/Anordnung, zulässig, dh rechtmäßig ist. Verneinendenfalls ist eine auf die Nichtbefolgung gestützte Entlassung jedenfalls ungerechtfertigt (der OGH hätte daher in öRdA 1979, 24ff – Verbot für Kellner, nach Dienst mit Gästen zusammen im Lokal zu sitzen – mE zum gegenteiligen Ergebnis gelangen müssen; vgl die Kritik von *Rabofsky* aaO).

Auch die Nichtbefolgung einer zulässigen Weisung rechtfertigt die Entlassung aber noch nicht „automatisch“, da die Nichtbefolgung schuldhaft, dh subjektiv vorwerfbar, sein muß, wobei schon (leichte) Fahrlässigkeit genügt. Wenn der OGH – *Kuderna* (aaO 72f) folgend – dies auf die Formel bringt, (auch) „die Nichtbefolgung einer durch den Gegenstand der Arbeitsleistung und die Besonderheit des Betriebes gerechtfertigten Anordnung“ des AG müsse, um eine Entlassung zu rechtfertigen, „pflichtwidrig und schuldhaft“ erfolgen, so muß ihm widersprochen werden, sofern der OGH, was anzunehmen ist, mit „pflichtwidrig“ rechtswidrig meinen sollte. Daß sowohl die Anordnung als auch ihre Nichtbefolgung rechtmäßig sein können, erscheint nämlich schon rein begrifflich nicht denkbar.

Die Eigenart des Entlassungstatbestandes der „beharrlichen“ Pflichtenvernachlässigung bringt es allerdings mit sich, daß die rechtswidrige, aber unverschuldete Nichtbefolgung einer Weisung nur selten vorkommen wird (die zu § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 ergangene E des OGH Arb 9106 erweckt zwar den Eindruck, es fehle – bloß – das Verschulden, doch läßt der Sachverhalt mE erkennen, daß es bereits an der Rechtswidrigkeit mangelt, weil der AN ja gar nicht wirksam zur Wiederaufnahme der Arbeit aufgefordert wurde).

### 3. Intensität der Pflichtverletzung:

Fraglich ist, ob der Pflichtverstoß eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten muß, um zur Entlassung zu berechtigen, ob also die Verletzung einer *wesentlichen* Vertragspflicht (die trotzdem eine Nebenpflicht, zB Schutzpflicht, sein kann) zu fordern ist oder ob jeder noch so geringe Verstoß genügt, sofern die sonstigen Merkmale des § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 (bzw § 27 Z 4 2. Fall AngG, dh insbes „Beharrlichkeit“) vorliegen.

Auszugehen ist davon, daß die in den diversen arbeitsrechtlichen Gesetzen ausformulierten Entlassungs- (oder Austritts-)Tatbestände heute allgemein als Ausdruck eines Unzumutbarkeitsprinzips erkannt werden. Dem Vertragspartner soll dann die Möglichkeit zur sofortigen Vertragsauflösung gegeben werden, wenn das Verhalten des anderen Teiles eine Fortführung auch nur während der Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen läßt (erstmal *Grünberg*, Das österreichische Angestelltenrecht 158; *Kuderna* aaO 37ff. *Hoyer*, ZAS 1967, 80 will das Kriterium der

Unzumutbarkeit als allg Maßstab des Entlassungsrechtes auf das Angestelltenrecht beschränkt sehen, weil im Arbeiterrecht die „Vertrauenskomponente“ eine geringere Rolle spielt; diese Auffassung muß im Lichte einer Arbeitsrechtsordnung, welche bemüht ist, die Unterschiede zw Arbeitern und Angestellten immer mehr zurückzudrängen, als jedenfalls überholt gelten).

In manchen Entlassungstatbeständen ist das Kriterium der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bereits positiviert, so zB in § 27 Z 1 letzter Fall AngG („Vertrauenswürdigkeit“), in anderen hingegen nicht (zB § 82 lit f 1. Fall GewO 1859: „die Arbeit unbefugt verlassen hat“). § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 gehört eher zu den letzteren, da das Merkmal der „Beharrlichkeit“ in seinem richtig verstandenen Sinn (siehe unten) nicht dazu geeignet ist, den Unzumutbarkeitsaspekt adäquat zu berücksichtigen. Man muß daher bei der verletzten Pflicht als solcher ansetzen und aus dem „essentiellen Tatbestandsmerkmal“ (*Kuderna* aaO 35) der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung folgern, daß es sich bei dieser Pflicht um eine erhebliche oder zumindest nicht ganz nebensächliche handeln muß. Nicht alles, was beim Zielschuldverhältnis bereits zum Rücktritt (vgl § 918 ABGB) berechtigt, soll ein Dauerschuldverhältnis vorzeitig auflösbar machen (aA *Schwimmann*, JBl 1962, 319).

Entgegen *Kuderna* (aaO 72) ergibt sich diese Konsequenz bei § 82 lit f 1. Fall GewO 1859) aber – wie gesagt – nicht schon aus dem Merkmal der Beharrlichkeit. Eine einmalige Pflichtenvernachlässigung (Weigerung, einer Weisung nachzukommen) ist nicht erst dann „beharrlich“, wenn sie „derart schwerwiegender Art (ist), daß auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des DN mit Grund geschlossen werden kann“ (*Kuderna* aaO 72). „Nachhaltigkeit der Willenshaltung“ (= Beharrlichkeit; sie kann – siehe Rsp – auch bei bloß einmaliger Weigerung vorliegen) und Schwere des Verstoßes sind vielmehr streng voneinander zu trennen. Auch ein DN, der sich endgültig weigert, seine Arbeitskleidung zu reinigen oder seine Schuhe abzuwaschen, handelt „beharrlich“, womit aber über die Bedeutung der verletzten Pflicht und damit über die Frage der Zumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung noch nichts ausgesagt ist.

Nicht zielführend ist es mE auch, wie *Kuderna* (aaO 73f) hinsichtlich der zu fordernden Intensität der „Pflichtenvernachlässigung“ an den Tatbestand des § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 („unbefugtes Verlassen der Arbeit“) anzuknüpfen. Zunächst bedürfte schon die Feststellung, die Arbeitsverweigerung wäre – gäbe es nicht das Merkmal der „Beharrlichkeit“ – hinsichtl der Schuldintensität der schwächere Entlassungstatbestand (*Kuderna* aaO 69, 73), einer Präzisierung bzw Begründung.

Nicht ganz verständlich ist aber insbes die daran von *Kuderna* geknüpfte Behauptung, die beharrliche Arbeitsverweigerung erfülle den Tatbestand (des § 82 lit f 2. Fall GewO) „daher“ nur dann, wenn der betreffende AN, hätte er die Arbeit, anstatt sie zu verweigern, verlassen, den Entlassungstatbestand des § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 verwirklicht hätte. Anderenfalls wäre der verweigernde AN „schlechter gestellt“ als der die Arbeit unbefugt Verlassende (*Kuderna* aaO 73). *Kuderna* schränkt diese Aussage freilich sofort auf die „zeitbedingte Arbeitsverweigerung“ ein und beraubt sie damit der praktischen Relevanz, weil der Fall, daß ein AN die Durchführung einer bestimmten Tätigkeit bloß für einen bestimmten (dem AG erkennbaren) Zeitraum verweigert, kaum auftreten wird.

Abgesehen davon, ist die Zeitdauer allgemein kein tauglicher Vergleichsmaßstab für die Intensität der Pflichtverletzung. Ob ein vom Arbeitsplatz für eine bestimmte Zeit (zB eine Stunde) abwesender AN den Tatbestand des § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 (bzw § 27 Z 4 1. Fall AngG) erfüllt, bestimmt sich nämlich nach den konkreten, nur

diesen Fall betreffenden Umständen und kann keinesfalls generell beantwortet werden (so ja auch *Kuderna* aaO 66f). Diese konkreten Umstände werden sich aber bei „Arbeitsverweigerung“ und „Verlassen der Arbeit“ regelmäßig völlig voneinander unterscheiden. Wenn ein AN zB bezüglich einer ihm für sofort aufgetragenen Arbeit erklärt, er könne diese erst in zwei Stunden beginnen, weil er vorher eine noch viel dringendere Arbeit zu erledigen hätte (nehmen wir dies als „zeitbedingte Arbeitsverweigerung“ iS *Kudernas* an; vgl den ähnlichen Fall in Arb 9941), so führt ein Vergleich mit dem Fall, daß derselbe AN, anstatt vorher die andere Arbeit zu verrichten (!), sich einfach entfernt (so ist *Kuderna* aaO 73 offenbar zu verstehen), in die Irre. Hier ist klar ersichtlich, daß der Verstoß im zweiten Fall ganz anders gelagert ist – im ersten Fall liegt vielleicht gar keiner vor (die Weisungen kamen zB von verschiedenen Personen) –, weil der AN im ersten Fall uU von einer Pflichtenkollision betroffen war, die er im zweiten Fall einfach durch Unterlassen jeglicher Arbeit „löste“.

*Kudernas* Formel, wonach der verweigernde AN den Tatbestand des § 82 lit f 2. Fall GewO 1859 „nur“ dann (aber dann offenbar jedenfalls!) erfülle, wenn er als Verlassender § 82 lit f 1. Fall GewO erfüllt hätte, führt genau zu jener „Schlechterstellung“ des Verweigernden, die sie eigentlich verhindern will. Gänzlich Verlassen der Arbeit nach Erteilung einer konkreten Anordnung ist nämlich mE in jedem Fall gravierender als die – das Verrichten anderer Tätigkeiten nicht berührende – Ablehnung bloß einer bestimmten Arbeit. Eine Deutung der Verweigerung einer bestimmten Arbeit als völlig untätiges Verbleiben im Betrieb (und Heranziehen desselben als Vergleichsfall) scheidet aus, weil das Verweigern jeglicher Arbeit ja ebenfalls ein „Verlassen“ der Arbeit iSd § 82 lit f 1. Fall GewO 1859 darstellt (so zutreffend *Kuderna* aaO 68, 73).

### III. Zur Falllösung:

Nach diesen etwas umfangreichen Vorbemerkungen soll auf die konkrete Fallbehandlung durch den OGH eingegangen werden. Dem Verf ist nur eine (veröffentlichte) E bekannt, in der es – freilich nur am Rande – um die Ablehnung der Benützung eines Kfz durch einen AN mit Rücksicht auf den Zustand des ersten ging. 1969 befand das ArbG Wien (Arb 8711 = SozM I A/d 893), daß ein AN sich mit Recht weigern dürfe, ein nicht in verkehrstüchtigem Zustand befindliches Fahrzeug zu benützen (damals: Lkw-Zug mit defekter Anhängerkupplung). Diese Feststellung bedarf an sich keiner näheren Begründung und fügt sich problemlos in den wohl allg akzeptierten Grundsatz, daß ein AN zur Durchführung gesundheitsgefährlicher Arbeiten nicht verpflichtet ist bzw darauf abzielende Weisungen ablehnen darf (vgl LG Wien SozM I A/d 711; ArbG Linz Arb 10.154 = ZAS 1983, 81; *Kuderna* aaO 73).

Der schöne Grundsatz enthebt einen freilich nicht der für jeden Einzelfall vorzunehmenden Prüfung, ob es sich um eine „gesundheitsbedrohende“ Anordnung handelt, oder – abstrakter –, wie groß die Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung bei Befolgung der Anordnung sein muß, damit ein AN diese ablehnen darf. Dabei darf selbstverständlich die Art der geschuldeten Tätigkeit nicht außer acht gelassen werden. Der Feuerwehrmann darf die Mitwirkung an einem Einsatz unter Hinweis auf mögliche Brandverletzungen grundsätzlich ebensowenig ablehnen, wie der Bauarbeiter das Besteigen des Gerüsts wegen der Gefahr des Abstürzens.

Im vorliegenden Fall ist somit zunächst die Frage zu stellen, ob ein mit Sommerreifen (Profiltiefe 3–4 mm) bestückter Pkw auch bei Schneelage als in „verkehrstüchtigem Zustand“ befindlich anzusehen ist. Der OGH scheint

dies zu verneinen, da er – wie das Erstger – § 58 Abs 4 StVO bemüht. Dies ist allerdings etwas verwunderlich, spricht doch die genannte Gesetzesbestimmung – was uns der OGH freilich verschweigt – davon, daß der Lenker eines Kfz, falls er mit dem Zulassungsbesitzer nicht identisch ist, diesem einen „nicht . . . den rechtlichen Vorschriften entsprechenden Zustand“ zu melden hat.

Nun hat aber bereits das BerGer zutreffend darauf verwiesen, daß eine derartige Vorschrift nicht existiert und überdies den AG auch keine arbeitsrechtl Verpflichtung träfe, „über die kraftfahrrechtlichen Bestimmungen hinaus für eine verbesserte Ausstattung von Dienstfahrzeugen zu sorgen“.

Letzteres könnte sich allein aus der den AG treffenden Fürsorgepflicht ergeben, doch hieße dies die genannte Pflicht mE unzulässig zu überspannen, da gerade das Kraftfahr- und Straßenverkehrsrecht ein sehr stark „durchnormierter“ Bereich ist. Eine Erweiterung der diesbezügl Fürsorgepflicht über das (ausdrücklich) gesetzlich Gebotene – etwa iS einer Orientierung am „Stand der Technik“ – erscheint somit nicht gut begründbar. Man könnte sonst auch die Auffassung vertreten, AG im Bergland hätten ihre DienstkFz mit Sperrdifferential bzw Allradantrieb auszurüsten.

Der OGH ging darauf nicht ein, wie er überhaupt die Fürsorgepflicht in der vorliegenden E interessanterweise gar nicht ins Spiel brachte.

Muß nach dem Gesagten eine in der Fürsorgepflicht wurzelnde Verpflichtung des AG, Dienstkraftfahrzeuge (zumindest Pkw) im Winter mit Winterreifen auszustatten, verneint werden, so stellt sich die Frage, ob die konkrete Anordnung des AG am 16. 11. 1983 nicht allenfalls **gegen die Fürsorgepflicht** verstieß und damit unzulässig war. Leider geht der OGH hier nicht mit der dogmatisch feinen Klinge vor. (Die die E tragenden Leitsätze sind allesamt wörtlich von *Kuderna* aaO übernommen.) Der Großteil der Ausführungen des Höchstgerichtes, insbes die Hinweise auf die damals herrschenden unwirtschaftlichen Verhältnisse, sowie die Feststellung, es hätte angesichts dessen sogar „den Geboten pflichtgemäßer Vorsicht“ entsprochen, M+S-Reifen „anzufordern“, legt an sich zwingend den Schluß nahe, der OGH sei von der Unzulässigkeit der Anordnung ausgegangen.

Verwirrung zu stiften geeignet ist unter diesem Aspekt der davor verwendete (und von *Kuderna* aaO 72 übernommene) Satz, ein AN, der eine ihm aufgetragene Arbeit in der irrigen Meinung ablehne, er sei zu ihrer Durchführung nicht verpflichtet, müsse beweisen, daß er sich über seine Verpflichtung trotz Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt in einem Irrtum befunden habe. Nimmt man diesen – für sich durchaus zutreffenden – Satz (vgl § 1298 ABGB) ernst, dann verlagert sich das Problem in den Bereich des Verschuldens, weil die Weisung als solche zulässig war. Vielleicht hielt der OGH den Satz im Hinblick auf die in den unterinstanzlichen Urteilen getroffenen Feststellungen bezügl der tatsächlichen Wettersituation auf der zu befahrenden Strecke für unentbehrlich; wahrscheinlicher ist aber, daß es sich dabei um ein obiter dictum handelt. Dafür spricht, daß der unmittelbar folgende Satz noch weniger zum konkreten Fall paßt.

Die von den Unterger getroffenen Feststellungen erscheinen mir ergänzungsbedürftig, so daß eine verlässliche rechtl Beurteilung nur schwer möglich ist. So wäre es von Interesse gewesen, zu erfahren, wie groß die Fahrpraxis des Kl war und ob routiniertere AN zur Verfügung standen. Derartige Feststellungen wären gerade zur Bestimmung des Inhalts der den AG konkret treffenden Fürsorgepflicht von Bedeutung gewesen.

Nicht sehr ergiebig ist die vom OGH aufgestellte Behauptung, die erhebliche Erhöhung der Unfallgefahr durch Fahren mit Sommerreifen bei winterlichen Fahrver-

hältnissen sei „allgemein bekannt“ und bedürfe keiner weiteren Begründung. Dem sei erstens entgegengehalten, daß einer derartigen Gefahr – wie das BerGer ganz zutreffend ausführte – durch eine entsprechend vorsichtige Fahrweise zu begegnen ist, die Feststellung des OGH somit nur dann wirklich zutrifft, wenn man ein gesetzwidriges Verhalten (vgl § 20 Abs 1 StVO), nämlich die Beibehaltung derselben Fahrweise trotz Schneelage, unterstellt, und zweitens wäre zu fragen, ob von einer Erhöhung der Unfallgefahr gerade der Kl in bes Weise (etwa wegen mangelnder Routine) betroffen war.

Vorbehaltlos zuzustimmen ist allerdings dem OGH, wenn er der Auffassung des BerGer entgegentritt, wonach die gesetzl Unfallversicherung gegen eine allfällige Gefährdung der körperlichen Sicherheit „ausreichenden Schutz“ böte. Eine Versicherung kann die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes nicht herabsetzen. Daß gesundheitliche Risiken nicht wegen einer bestehenden finanziellen Absicherung in Kauf genommen werden müssen, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. (Abgesehen davon, kann die „Absicherung“ durch die gesetzl UV wohl nicht als umfassend bezeichnet werden.)

Insgesamt ignoriert die vom OGH in der E gezeigte „Ängstlichkeit“ mE aber etwas die Tatsache, daß in unseren Landen auch bei tiefwinterlichen Fahrverhältnissen (diese herrschten im gegenständlichen Fall gar nicht, die Schneehöhe betrug bloß 1 bis 5 cm) Hunderttausende mit Sommerreifen unterwegs sind, ohne dies als unvertretbares Risiko zu empfinden.

Es ist wohl unvermeidlich – und dies sei durchaus nicht zynisch gemeint –, daß die Entscheidung eines derart im Grenzbereich angesiedelten und jeden Autofahrer berührenden Falles von allerlei Imponderabilien, wie persönlichen Erfahrungen der Entscheidungsorgane, mit abhängt (der Verf dieser Zeilen mag dabei andere gemacht haben als die Mitglieder des erk Senates), doch käme gerade deshalb der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise, der *Verkehrsauffassung* eben, hier besondere Bedeutung zu.

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, daß die Auffassung des OGH im Ergebnis den AG quasi verpflichtet, Kfz im Winter generell mit Winterreifen auszurüsten, weil Wetterverhältnisse wie die im Fall geschilderten hierzulande häufig auftreten und der AG andernfalls eine empfindliche Betriebsstörung riskiert.

Dennoch ist das mit der beschriebenen „Ängstlichkeit“ des OGH erzielte Ergebnis, daß die Entlassung ungerechtfertigt ausgesprochen wurde, mE zu befürworten.

Dieses Ergebnis resultiert nicht unbedingt aus der Unzulässigkeit der Weisung als solcher – dafür reichen die Feststellungen mE nicht aus –, sondern daraus, daß der AG auf eine derartige, aus nicht offenbar unberechtigter Angst um die körperliche Sicherheit ausgesprochene Weigerung des AN nicht mit Entlassung als dem zuletzt anzuwendenden Mittel reagieren durfte. Kraft der *Fürsorgepflicht* wäre der AG in concreto vielmehr verhalten gewesen, flexibel zu reagieren und menschliche Rücksichtnahme zu üben, dh insbes zunächst zu versuchen, andere, uU im Fahren geübtere AN heranzuziehen (vgl dazu *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten 56 mwN). Gemäß den vom Erstger getroffenen Feststellungen wurde die Fahrt schließlich von einem anderen AN der bekIP durchgeführt, was bedeutet, daß die betriebliche Organisation offenbar einen diesbezügl Spielraum ließ. Sieht man die Dinge so, kann auch nicht gesagt werden, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit dem AN unzumutbar gewesen wäre. Die mit einer beherrschlichen Weigerung eines AN (va wenn sie in Anwesenheit anderer AN erfolgte) sonst üblicherweise verbundene Ansehensschmälerung des AG dürfte sich in einem solchen Fall doch in engen Grenzen halten.

Zuzustimmen ist der Aussage des OGH, für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit komme es auf die Situation zum Zeitpunkt der Erteilung des Fahrauftrages an. Sowohl Rechtswidrigkeit als auch Verschulden müssen nach dem Zeitpunkt der betreffenden Handlung bzw. Unterlassung, nach dem zu diesem Zeitpunkt gegebenen Bewußtseinshorizont eines sachkundigen Beobachters (vgl. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 37ff; *Koziol*<sup>2</sup> I 91, 94), beurteilt werden. Umstände, die nachträglich eintreten, müssen zumindest *vorhersehbar* gewesen sein. Ein Rechtswidrigkeits- bzw. Verschuldensurteil, welches erst ex post getroffen werden kann, erscheint dogmatisch untauglich (*Koziol*<sup>2</sup> I 91 mwN in FN 8).

Dieser Grundsatz ist „entlassungsneutral“, er kann sich auch zu Ungunsten des AN auswirken. Der OGH scheint dies freilich nicht immer zu beherzigen. So sprach er 1981 (SozMI A/d 1266 = SWK K 87) aus, daß ein einstündiges Fernbleiben eines AN (die Kl war, von ihrer Fahrprüfung kommend, nicht mehr im Dienst erschienen, weil sie meinte, dies „zähle sich nicht mehr aus“) eine Entlassung dann nicht rechtfertige, wenn die für diese Zeit vorgesehene Arbeit von einem anderen AN erledigt worden wäre und im Betrieb keine Nachteile entstanden seien. Obwohl die E im Ergebnis wohl richtig war, kann es mE nicht entscheidend darauf ankommen, ob – rückschauend betrachtet – dem AG *tatsächlich* keine erheblichen Nachteile durch das Dienstversäumnis entstanden sind, sondern nur darauf, wie wahrscheinlich dem AN im Zeitpunkt des Entschlusses zum Fernbleiben die Entstehung von Komplikationen bzw. Nachteilen für den AG erscheinen mußte. Das kollegiale „Einspringen“ eines anderen AN darf dem Fernbleibenden ebenso wenig nützen, wie ihm der unvorhergesehen auftretende Notstand schaden darf. Für den Entlassungstatbestand des § 82 lit f 1. Fall (27 Z 4 1. Fall AngG) läßt sich diese Auffassung mE auch damit begründen, daß hier das Dienstversäumnis nach zutreffender Auffassung „erheblich“ sein und sich das ebenfalls zu fordernde Verschulden auch auf die Erheblichkeit beziehen muß. Ob ein Dienstversäumnis „erheblich“ ist, bestimmt sich nach der ausdrücklichen Anordnung des § 27 Z 4 1. Fall AngG aber nicht allein nach seiner Dauer, sondern auch nach den (sonstigen) „Umständen“, wozu das Entstehen von Nachteilen für den AG sicher zu zählen ist.

Zu prüfen wäre, ob bzw. inwieweit die eben vertretene Auffassung Spannungen mit dem in Lehre und Jud so hervorgehobenen (Un-)Zumutbarkeitsaspekt hervorzurufen geeignet ist. Man könnte argumentieren, daß das tatsächliche Erwachsen erheblicher Nachteile für einen Vertragspartner für sich ein Faktor sei, welcher bei der Beurteilung der (Un-)Zumutbarkeit der Fortsetzung jedenfalls berücksichtigt werden müsse. Ohne diese – grundsätzliche – Frage hier näher beleuchten zu können, scheint es mir doch so zu sein, daß bei Anlegung eines objektiven Maßstabes unvorhersehbare Umstände bzw. Abweichungen vom Normalverlauf auch bei der Zumutbarkeitsprüfung aus dem Spiel zu bleiben haben.

Vielleicht gelingt es dem OGH, mit seinen knappen Feststellungen zur ex-ante-Beurteilung, einen Denkprozeß auszulösen, welcher zur Korrektur mancher bisher für unverrückbar gehaltener Positionen im Recht der vorzeitigen Auflösung von Dienstverhältnissen führen könnte. So wäre – im Anschluß an das oben (II 2.) Gesagte – etwa zu fragen, ob die Parteien im Arbeitsverhältnis nicht gewisse gegenseitige *Informationsobliegenheiten* treffen, deren Verletzung zur Folge haben könnte, daß der Verletzte entweder die vom anderen Teil erklärte Auflösung als gerechtfertigt gegen sich gelten lassen muß oder daß seine eigene Auflösungserklärung nicht gerechtfertigt ist.

Was schließlich das Merkmal der „Beharrlichkeit“ anbelangt, so ist darauf nur kurz einzugehen; der OGH hat es,

ausgehend von seiner Rechtsansicht, die Weigerung des Kl sei „weder pflichtwidrig noch schuldhaft“ erfolgt, (zu Recht) gar nicht geprüft. Nach den Feststellungen des Erstger und insbes des BerGer kann aber kein Zweifel bestehen, daß „Beharrlichkeit“ vorlag, wurde dem Kl doch, nachdem er bereits (erfolglos) eine schriftliche Anordnung verlangt hatte, für den Fall der endgültigen Weigerung die Entlassung angedroht. Die Rsp verlangt regelmäßig entweder „wiederholte Fälle“ oder aber eine „dauernde, endgültige Entscheidung des AN“ (vgl. Arb 5908; Arb 8617; vgl auch Arb 10.222; verfehlt zB KG Steyr Arb 7942, welches entweder „eine Mehrzahl von Verweigerungshandlungen oder ein Verharren in einer die Dienstpflicht verletzenden *Tätigkeit*“ verlangt und so zu dem – unhaltbaren – Ergebnis gelangt, die bloße Ablehnung eines einzelnen vom DG erteilten Auftrages stelle nicht den Tatbestand des § 82 lit f GewO 1859 her). Erforderlich ist daher meist eine (erfolglose) Verwarnung bzw. **Ermahnung** von seiten des DG, welche nur dann entbehrlich erscheint, wenn die Weigerung des AN derart eindeutig und endgültig ist, daß eine Ermahnung als bloße Formalität sinnlos wäre (vgl. LG Wien Arb 7638; LG Wien Arb 8200; OGH Arb 10.222; *Kuderna* aaO 72). Allerdings muß der AG mit der Ermahnung nicht die Androhung der Entlassung verbinden (OGH öRdA 1979, 24ff – nur in diesem Punkt kann diese sonst überaus bedenkl und von *Rabofsky* zu Recht kritisierte E überzeugen; vgl auch OGH Arb 10.222).

Georg Schima, Wien