

26

§ 9 III. Z1 KollV für Bauindustrie und Baugewerbe (§ 906 ABGB) – Wahlschuld bei wiederkehrenden Leistungen im Dauerschuldverhältnis

1. Der in § 9 III. Z1 KollV für Bauindustrie und Baugewerbe enthaltene Anspruch des AN „auf freie Unterkunft bzw auf Übernachtungsgeld“ ist als Wahlschuld iSd § 906 ABGB zu qualifizieren. Die Wahl steht dem AG als Schuldner zu.

2. Die Anordnung in § 906 ABGB, wonach der Verpflichtete von der getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen kann, gilt auch für wiederkehrende Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses. Der AG kann daher nicht einseitig anstatt des bisher gewährten Übernachtungsgeldes ab einem bestimmten Zeitpunkt dem AN Firmenquartiere zur Verfügung stellen.

3. Ausnahmen von der Bindungswirkung des § 906 ABGB können allerdings ausdrücklich oder schlüssig vereinbart werden, oder sich aus dem im Rahmen der Parteienabsicht verfolgten Vertragszweck ergeben.

4. Hat der AG den AN jedoch durch viele Jahre hindurch regelmäßig Übernachtungsgeld statt der Zurverfügungstellung von Firmenquartieren gezahlt, obgleich angenommen werden muß, daß während dieser Zeit in Folge der starken Fluktuation der Arbeitskräfte in der Bauindustrie und im Baugewerbe Unterkünfte vorübergehend immer wieder frei wurden, und die AN dem AG bei ihrer Einstellung mitgeteilt hatten, daß sie an einem bestimmten Ort über Privatquartiere verfügten, ohne daß der AG darauf hingewiesen hätte, daß die AN dennoch gegebenenfalls ein Firmenquartier beziehen müßten, dann ist – abgesehen von der Bindungswirkung des § 906 ABGB – überdies eine schlüssige Vereinbarung der Parteien über die ausschließliche Zahlung des Übernachtungsgeldes unter Ausschluß der Möglichkeit, den AN einseitig ein Firmenquartier zur Verfügung zu stellen, zustande gekommen, von der der AG einseitig nicht abgehen kann.

5. Die Bindungswirkung des § 906 ABGB kann auch nicht in Form einer „Teilkündigung“ der Verpflichtung zur Zahlung von Übernachtungsgeld beseitigt werden, weil eine derartige Teilkündigung eines Arbeitsverhältnisses unzulässig und rechtsunwirksam ist.

OGH 17. 2. 1987, 14 Ob 211, 212/86; LG Wien 8. 9. 1986, 44 Cg 93/86; ArbG Wien 17. 2. 1986, 2 Cr 405/85.

Der Erstkl war im Unternehmen der bekIP vom 4. 5. 1971 bis 15. 11. 1985 als Fassader beschäftigt; der Zweitkl ist seit über 20 Jahren als Bauhilfsarbeiter in diesem Unternehmen beschäftigt. Vom Beginn der Arbeitsverhältnisse an zahlte die bekIP an die Kl das Übernachtungsgeld im Sinne des § 9 III. Z1 des KollV für Bauindustrie und Baugewerbe (KV). Seit dem 1. 3. 1983 weigert sich die bekIP, das Übernachtungsgeld zu zahlen, weil sie den Kl nunmehr eine freie Unterkunft (Firmenquartier) zur Verfügung stellte. Die Kl erwirkten in der Folge ein Urteil des ArbG Wien vom 30. 5. 1984, mit welchem ihnen das Übernachtungsgeld für die Zeit vom 1. 3. bis 15. 12. 1983 zugesprochen wurde. Die von der bekIP dagegen erhobene Berufung blieb erfolglos; eine Revision war mit Rücksicht auf den S 30.000,- nicht übersteigenden Streitwert nicht zulässig. Die bekIP weigert sich, für die Zeit ab 16. 12. 1983 ein Übernachtungsgeld an die Kl zu zahlen.

Im Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsverhältnisse der Kl standen keine freien Firmenquartiere zur Verfügung. Ab 1983 ist aufgrund eines Rückganges der Zahl der bei der bekIP beschäftigten AN eine namhafte Zahl von Firmenquartieren frei geworden. Als die Kl ihren Dienst bei der bekIP antraten, hatten sie ein Privatquartier in Wien und teilten dies der bekIP mit. Keinem der beiden Kl kann eine tägliche Rückkehr von der Arbeitsstelle an ihren (im Burgenland liegenden) Wohnort zugemutet werden.

Die Kl begehren von der bekIP die Zahlung des der Höhe nach außer Streit stehenden Übernachtungsgeldes. Sie vertreten die

Auffassung, die bekIP habe das ihr zustehende Wahlrecht, entweder ein Firmenquartier zur Verfügung zu stellen oder das Übernachtungsgeld zu zahlen, bereits zu Beginn der Arbeitsverhältnisse unwiderruflich ausgeübt, sodaß sie nunmehr nicht einseitig den Arbeitsvertrag abändern könne.

Die bekIP beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Infolge des Rückganges der Zahl der Beschäftigten stünden nunmehr freie Firmenquartiere zur Verfügung. Darin sei eine Änderung der Verhältnisse zu erblicken, welche die bekIP berechtere, vom Recht des Anbietens einer Unterkunft Gebrauch zu machen.

Das Erstger gab beiden Klagebegehren statt. Es vertrat die Rechtsauffassung, die Bindung an die vom Schuldner einer Wahlschuld im Sinne des § 906 ABGB getroffene Wahl hänge bei einem Dauerschuldverhältnis von der Vertragsauslegung ab. Die Auslegung des KV ergebe, daß die vom AG einmal getroffene Wahl auch für die in Zukunft fällig werdenden Leistungen bindend sei. Die bekIP habe wohl ein wirtschaftliches Interesse daran, frei gewordene Firmenquartiere wieder mit AN zu belegen, doch dürfe nicht dieses Interesse allein berücksichtigt werden. Der AN, der sich mangels Beistellung eines Firmenquartiers eine Unterkunft selbst verschaffen müsse, habe hierfür erfahrungsgemäß erhebliche Aufwendungen, wie etwa für Ablöse, Einrichtungsgegenstände, Adaptierung usw., vorzunehmen, deren Ersatz er im Falle der Auflösung des Mietverhältnisses meistens nicht mit Erfolg zurückverlangen könne, sodaß er einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil erleide. Auch der Übergang von einem Firmenquartier zur Zahlung des Übernachtungsgeldes könne für den AN mit Schwierigkeiten verbunden sein, weil bis zur Beschaffung eines Privatquartiers meist ein erheblicher Zeitraum verstreiche. Besonders untragbar sei die Situation im Falle eines häufigen Wechsels der Bereitstellung eines Firmenquartiers und der Zahlung eines Übernachtungsgeldes. Hingegen könne sich der AG infolge der starken Fluktuation von AN im Baugewerbe den wechselnden wirtschaftlichen Bedürfnissen besser anpassen, weil er neu eintretenden AN zu Beginn ihrer Arbeitsverhältnisse entweder das Übernachtungsgeld oder ein Firmenquartier anbieten könne. Die von der bekIP geltend gemachte Änderung der Verhältnisse liege nur auf ihrer Seite vor. Eine Verneinung der Bindung des AG an die einmal getroffene Wahl hätte unzumutbare Nachteile für den AN zur Folge, der aufgrund dieser Wahl seine Dispositionen getroffen habe.

Das BerGer bestätigte diese Entscheidung. Bei der Auslegung der hier maßgebenden kollektivrechtlichen Norm komme es nicht auf die konkreten Verhältnisse der Parteien des Einzelarbeitsvertrages, sondern auf die in der Bauindustrie und im Baugewerbe herrschende allgemeine Situation an. Im allgemeinen werde es aber dem AG infolge der starken Fluktuation der AN nicht schwerfallen, bei der Neuaufnahme von AN einem Überhang an freien Firmenquartieren entgegenzuwirken.

Der OGH gab der Revision der bekIP nicht Folge.

Entscheidungsgründe des OGH:

Gemäß dem § 9 III. Z 1 des KollV für Bauindustrie und Baugewerbe (KV) haben AN unter der – auf die Kl zutreffenden – Voraussetzung, daß ihr ständiger Wohnort (Familienwohnsitz) von der Arbeitsstelle so weit entfernt ist, daß ihnen eine tägliche Rückkehr zu ihrem Wohnort (Familienwohnsitz) nicht zugemutet werden kann, „Anspruch auf freie Unterkunft bzw auf Übernachtungsgeld“. Die sich aus diesem im KV verankerten und daher gemäß dem § 11 Abs 1 ArbVG unmittelbar rechtsverbindlichen Anspruch des AN für den AG ergebende Schuld ist, wie die Untergeichte richtig erkannt haben und wie auch in der Revision nicht in Zweifel gezogen wird, eine Wahlschuld im Sinne des § 906 ABGB; sie kann nämlich „auf mehrere Arten“ erfüllt werden, durch Gewährung einer freien Unterkunft oder durch Zahlung eines Übernachtungsgeldes. Der aus dieser Schuld verpflichtete AG hat somit die Wahl zwischen zwei Arten der Schuldenerfüllung. Gemäß dem § 906 ABGB kann aber der Schuldner von der einmal getroffenen Wahl für sich allein (also einseitig) nicht abgehen. Die Untergeichte vertreten die Auffassung, daß für die Entscheidung der Frage, ob diese Bindung des zur Wahl Berechtigten auch für wiederkehrende Leistungen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen gelte, die Auslegung maßgeblich sei.

Aufgrund der Auslegung und der Abwägung der beiderseitigen Interessenlagen ergebe sich hier eine Bindung der bekIP an ihre zu Beginn der Arbeitsverhältnisse getroffene Wahl. Die Revisionswerberin vertritt demgegenüber die Ansicht, eine solche Auslegung führe infolge der überwiegenden Interessen des AG an der Inanspruchnahme der von ihm bereitgestellten freien Unterkünfte zur Verneinung einer Bindung an die Wahl.

Zur Frage dieser Bindungswirkung vertreten *Reischauer* in Rummel, § 906 ABGB Rz 4 und *Gschnitzer* in Klang IV/1, 374, entgegen der Meinung des Erstger eine im Ergebnis übereinstimmende Auffassung. *Reischauer* führt aus, der (zur Wahl) Berechtigte sei an die getroffene Wahl auch bei Dauerleistungen bzw wiederkehrenden Leistungen im Dauerschuldverhältnis gebunden, „der Vertrag würde denn anderes ergeben“. *Gschnitzer* bezeichnet die Frage, ob bei wiederkehrenden Leistungen die einmal getroffene Wahl auch für die späteren Leistungen wirke, als Auslegungsfrage. Beide Autoren stimmen somit überein, daß die Bindung des § 906 ABGB grundsätzlich auch für wiederkehrende Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses gelte, es sei denn, die Auslegung des Vertrages ergebe das Gegenteil. Diese Einschränkung bedeutet aber lediglich einen Hinweis auf die den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit eingeräumte Dispositionsmöglichkeit: Sie können abweichend von der im § 906 ABGB normierten Bindungswirkung Gegenteiliges vereinbaren. Diese Vereinbarung kann ausdrücklich oder schlüssig (§ 863 ABGB) erfolgen; sie kann sich insbesondere auch aus dem im Rahmen der Parteienabsicht verfolgten Vertragszweck ergeben.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist zunächst zu prüfen, ob die Auslegung der die Wahlschuld normierenden KV-Bestimmung zu einer mangelnden Bindungswirkung führt. KV sind in ihrem normativen Teil (§ 11 Abs 1 ArbVG) nach hL (*Strasser* in Floretta – Strasser, ArbVG-Handkommentar 33, sowie in Floretta – Spielbüchler – Strasser, Arbeitsrecht² II 118; *Kuderna*, öRdA 1975, 161ff, jeweils mwH) und Judikatur (Arb 10.062, 9653, 9567 uva, zuletzt etwa 4 Ob 147 bis 150/85) nach den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln (§§ 6, 7 ABGB) auszulegen.

Weder die Wortauslegung noch eine am Normzweck orientierte Auslegung führt hier zu einem von der Bindungswirkung des § 906 ABGB abweichenden Ergebnis. Der Zweck der Norm des § 9 III. Z 1 KV besteht ganz offenbar darin, einem AN, dem eine tägliche Rückkehr von der Arbeitsstelle zu seinem Wohnort nicht zugemutet werden kann, die ihn treffende wirtschaftliche Last, Aufwendungen für die Übernachtung am Arbeitsort erbringen zu müssen, abzunehmen oder wenigstens zu erleichtern. Diesem Zweck dient sowohl die Bereitstellung einer Unterkunft als auch die Zahlung eines Übernachtungsgeldes. Der AG ist verpflichtet, dem AN entweder eine Unterkunft unentgeltlich zur Verfügung zu stellen oder ein Übernachtungsgeld zu zahlen. Diese Leistung des AG ist nicht etwa ein Spesen- oder Aufwandsersatz; sie ist vielmehr ein Teil des Arbeitsentgelts, der in der Form einer Sozialzulage gewährt wird (vgl *Murtinek – Schwarz*, AngG⁶, 234; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch², 252). Es mag durchaus sein, daß ein Wechsel zwischen der Bereitstellung einer Unterkunft und der Zahlung eines Übernachtungsgeldes und somit eine vom § 906 ABGB abweichende mangelnde Bindung aus den in der Revision dargelegten Gründen im wirtschaftlichen Interesse des AG liegt. Aus dem oben erläuterten Zweck dieser Wahlschuld und deren Wesen ergibt sich jedoch trotz dieses Interesses nicht schon eine Befreiung von der gesetzlichen Bindungswirkung: Dem wirtschaftlichen Interesse des AG steht nämlich ein ebenfalls beachtliches wirtschaftliches Interesse des AN gegenüber, im Vertrauen auf die vom AG getroffene Wahl für die weitere Dauer des Arbeitsverhältnisses für seine Unterbringung am Arbeitsort wirtschaftlich zu disponieren und sich darauf

einzurichten. Ob das Interesse des AG oder jenes des AN überwiegt, wird von Fall zu Fall verschieden sein; für die Auslegung der generellen Norm genügt es, daß einander **im allgemeinen** zwei Interessenlagen gegenüberstehen.

Dazu kommt aber noch, daß der AG mit dem AN – insbesondere beim Abschluß des Arbeitsvertrages – eine entsprechende einzelvertragliche Regelung über den Abschluß der Bindungswirkung treffen kann, wobei es grundsätzlich genügen würde, sich eine Änderung der Gewährung der Sozialzulage, allenfalls für einen bestimmten Fall, ausdrücklich vorzubehalten. Das wirtschaftliche Interesse des AG an der Befreiung von der gesetzlichen Bindung an die getroffene Wahl ist daher **im allgemeinen** nicht derart stark ausgeprägt, daß es ungeachtet des in der Regel bestehenden wirtschaftlichen Interesses des AN an einer solchen Bindung **für sich allein** eine vom § 906 ABGB abweichende Auslegung in bezug auf die Bindungswirkung rechtfertigen könnte. Eine solche abweichende Auslegung könnte sich auch aus einer entsprechenden Betriebsübung ergeben; ein derartiges Vorbringen wurde aber von der bekIP nicht erstattet.

Zu prüfen bleibt, ob sich aus den Einzelarbeitsverträgen der Kl das Fehlen einer Bindungswirkung ergibt. Eine diesbezügliche übereinstimmende Parteienabsicht wurde nicht behauptet. Aus dem außer Streit stehenden Sachverhalt, der allenfalls die Grundlage für eine schlüssige Vereinbarung im Sinne des § 863 ABGB bilden könnte, ergibt sich ebenfalls kein zwingender Umstand in der Richtung eines Abgehens von der Bindungswirkung. Die bekIP hat sich zwar im Zeitpunkt der Begründung der Arbeitsverhältnisse der Kl für die Zahlung des Übernachtungsgeldes entschieden, weil damals alle Firmenquartiere besetzt waren, sodaß sie den Kl keine freie Unterkunft zur Verfügung stellen konnte. Daß dieser Umstand von den Parteien zur Bedingung der Gewährung des Übernachtungsgeldes im Sinne des § 901 ABGB gemacht worden oder den Kl auch nur bekannt gewesen wäre, wurde nicht behauptet. Im übrigen hat die bekIP den Kl nicht deshalb nunmehr eine freie Unterkunft angeboten, weil erstmals eine solche frei geworden wäre, sondern weil die Beschäftigtenzahl derart gesunken ist, daß freie Unterkünfte in entsprechender Zahl zur Verfügung stehen. Daß dieser Umstand auch nur stillschweigend von **beiden Parteien** zur wesentlichen Bedingung im Sinne des § 901 ABGB erhoben worden wäre oder daß er eine von **beiden Parteien** gemeinsam dem Vertragsabschluß unterstellte typische (selbstverständliche) Voraussetzung gewesen wäre, wurde ebenfalls nicht behauptet und ist im Verfahren auch nicht hervorgekommen. Bedenkt man, daß der Erstkl 12 Jahre und der Zweitkl rund 20 Jahre das Übernachtungsgeld (anstelle einer freien Unterkunft) erhalten haben, obgleich angenommen werden muß, daß in dieser Zeit infolge der notorisch starken, von der Revisionswerberin selbst zugestandenem Fluktuation der Arbeitskräfte in der Bauindustrie und im Baugewerbe Unterkünfte vorübergehend immer wieder freigeworden sind (Gegenteiliges wurde nicht behauptet), und die Kl der bekIP bei ihrer Einstellung mitgeteilt hatten, daß sie in Wien über Privatquartiere verfügten, ohne daß die bekIP darauf hingewiesen hätte, daß sie dennoch gegebenenfalls ein Firmenquartier beziehen müßten, dann ist – abgesehen von der vorerwähnten Bindungswirkung des § 906 ABGB – überdies eine schlüssige Vereinbarung der Parteien über die ausschließliche Zahlung des Übernachtungsgeldes unter Ausschluß der Möglichkeit, den Kl ein Firmenquartier einseitig zur Verfügung zu stellen, zustande gekommen, von der die bekIP einseitig nicht abgehen kann. Sie ist daher auch aus diesem Grund verpflichtet, bei Vorliegen der Voraussetzungen das Übernachtungsgeld an die Kl zu zahlen.

Die Auffassung der Revisionswerberin ist aber auch unter dem Gesichtspunkt einer Teilkündigung verfehlt. Abgesehen davon, daß eine solche Kündigung von ihr weder in erster noch in zweiter Instanz behauptet wurde, sodaß die-

ser Teil ihrer Revisionsausführungen gegen das Neuerungsverbot des § 504 ZPO verstößt, kann der Versuch der bekIP, anstelle der Gewährung des Übernachtungsgeldes eine freie Unterkunft zur Verfügung zu stellen, nicht als Kündigung einzelner Bestimmungen oder zusammengehöriger Gruppen von Bestimmungen eines Vertrages angesehen werden. Die bekIP versucht lediglich, anstelle der bei Abschluß der Arbeitsverträge getroffenen Wahl unter Mißachtung der Bindungswirkung des § 906 ABGB eine andere Wahl zu treffen und damit den Inhalt des Arbeitsvertrages insoweit einseitig zu ändern. Im übrigen wäre die Teilkündigung eines Arbeitsverhältnisses im oben dargelegten Sinn unzulässig und rechtsunwirksam (*Floretta in Floretta – Spielbücher – Strasser, Arbeitsrecht*² I 192; *Martinek – Schwarz, aaO* 383; *Kuderna, öRdA* 1979, 100ff; *Schwarz – Löschnigg, Arbeitsrecht*², 312; *Arb* 9609; 4 *Ob* 168/80; *aM Steininger, Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses*, 136ff).

Kommentar:

Die vorliegende Entscheidung wurde bereits veröffentlicht (WBI 1987, 165f = öRdA 1990, 60ff) und von *Löffler* (öRdA 1990, 62ff) nur im Ergebnis zustimmend kommentiert. Die folgenden Anmerkungen beziehen sich daher sinnvollerweise sowohl auf die E des OGH als auch auf die Ausführungen von *Löffler*.

I. Vorliegen einer Wahlschuld

Ausschlaggebend für die Begründung und letztlich auch das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung war die Ansicht des OGH, durch § 9 III. Z 1 KollV für Bauindustrie und Baugewerbe werde eine Wahlschuld des AG festgelegt, für die § 906 ABGB zu gelten habe.

Im Rahmen dieses Kommentars ist daher zunächst zu klären, ob überhaupt eine Wahlschuld vorliegt.

Es geht dabei im wesentlichen um die Abgrenzung zur begrenzten Gattungsschuld, zur Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) und zur sog. elektiven Konkurrenz (vgl. *Keller*, in *MünchKomm BGB*² Rz 6ff zu § 262). Die richtige Lösung ist – bei Fehlen einer eindeutigen und ausdrücklichen Abrede – durch **Vertragsauslegung** zu ermitteln (*Keller ebenda*).

Die Frage nach dem Vorliegen einer Wahlschuld als solcher darf mE aber nicht allein danach getroffen werden, ob der Wahlberechtigte an die einmal getroffene Wahl gebunden bleibt, wie dies § 906 ABGB anordnet. Gerade bei **Dauerschuldverhältnissen**, auf die die gesetzliche Regelung ohne Zweifel nicht zugeschnitten ist (siehe unten), sind die beiden Problemkreise – Vorliegen einer Wahlschuld/Bindung des Wahlberechtigten an die Wahl – getrennt zu untersuchen.

Daß bereits die Feststellung, ob eine Wahlschuld vorliegt, der Rechtsprechung Schwierigkeiten zu bereiten geeignet ist, zeigt eine vor ein paar Jahren ergangene E des OGH (OGH 4. 10. 1983, ZAS 1985, 20ff mit Anm v *Fischer*). In dieser E erblickte das Höchstgericht eine Wahlschuld in einer „Dienstanweisung“ der ÖBB, wonach „die durch Mehrleistungen ... ab 1. 12. 1972 entstandenen Zeitausgleichsansprüche – sofern die Bediensteten nicht ausdrücklich auf einem Ausgleich durch Gewährung von Freizeit bestehen – im vorgesehenen Ausmaß monatlich durch Barzahlung abgefunden werden“.

Abgesehen davon, daß eine korrekte Vertragsauslegung zumindest zur Verneinung einer dauerhaften Bindung des AN an die getroffene „Wahl“ hätte führen müssen, fehlte es in diesem Fall bereits am Vorliegen einer Wahlschuld. Dies ergibt sich daraus, daß durch die zitierte „Dienstanweisung“ – welche als schlüssiges Vertragsangebot zu verstehen war – dem AN **kein Gestaltungsrecht** eingeräumt worden war, wie es die Ausübung des Wahlrechts nach § 906 ABGB darstellt (vgl. *P. Bydlinski, Übertragung von Gestaltungsrechten* 263 mwN in FN 13). Das Verlangen nach Zeitaus-

gleich gestaltet als solches das Arbeitsverhältnis nicht in ausreichender Weise um, weil dem AN nicht das Recht eingeräumt wurde, auch den **Zeitpunkt** des Zeitausgleichs einseitig zu bestimmen. Diesbezüglich blieb es im geschilderten Fall offensichtlich beim Weisungsrecht des AG; zumindest bedurfte es einer **Vereinbarung** zwischen AG und AN (ebenso *Fischer*, ZAS 1985, 22, wobei aber anzumerken ist, daß – entgegen *Fischer* – ein einseitiges Gestaltungsrecht des AN auch hinsichtlich der konkreten Lage des Freizeitausgleiches **zulässig** gewesen wäre, im konkreten Fall jedoch nicht vorlag).

Im hier zu besprechenden Fall muß der Ansicht des OGH, § 9 III. Z I KollV für Bauindustrie und Baugewerbe enthalte eine Wahlschuld des AG, freilich zugestimmt werden. Zwar ist die Formulierung „Anspruch auf freie Unterkunft **bzw** auf Übernachtungsgeld“ nicht völlig klar, kann aber im gegebenen Zusammenhang nur so gedeutet werden, daß der AN Anspruch auf freie Unterkunft **oder** auf Übernachtungsgeld besitzt.

Damit ist allerdings darüber, wem in concreto das **Wahlrecht** zustand und ob dessen einmalige Ausübung iSd § 906 ABGB dieses für die gesamte Dauer des Schuldverhältnisses (Arbeitsverhältnisses) **verbraucht**, nichts ausgesagt. Dazu sei im folgenden Stellung genommen.

II. Wem steht das Wahlrecht zu?

Nicht näher erörterungswürdig erschien dem OGH offenbar die Frage, ob das **Wahlrecht** dem AG oder dem AN zustand. Das Höchstgericht ging von der Regelung in § 906 ABGB und damit vom Wahlrecht des AG als des **Schuldners** aus.

Demgegenüber vertrat *Löffler* in seiner Besprechung zur E die Ansicht, im gegenständlichen Fall müsse der AN als Wahlberechtigter angesehen werden (öRdA 1990, 62f). Begründet wird dies damit, daß das Wahlrecht des Gläubigers in § 906 ABGB nur **im Zweifel** gegeben sei und durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden müsse, wem bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung das Wahlrecht zustehe. Diese Auslegung – so *Löffler* – spreche hier für das Wahlrecht des AN, weil ein AG-Wahlrecht für den AN zu „unerfreulichen und unbilligen Ergebnissen“ führen müsse.

Der Auffassung von *Löffler* kann nicht beigeplichtet werden. Gewiß ist es richtig, daß die Regelung in § 906 ABGB, wonach dem Verpflichteten das Wahlrecht zusteht, von der hA als rechtspolitisch unbefriedigend empfunden wird (vgl *Gschnitzer* in Klang² IV/1, 373; *Reischauer* in Rummel, ABGB² I Rz 3 zu § 906; so auch in der BRD, wo § 262 BGB dasselbe anordnet, *Esser-Schmidt*, Schuldrecht⁶ I 211 [„praxisfern“]; *Larenz*, Schuldrecht¹⁴ I 158 [„geringe praktische Bedeutung“]; *Keller* in MünchKommBGB² Rz 2, 16 zu § 262 [„wenig praxisnah“]).

Allerdings müssen Rechtspolitik und Rechtsdogmatik hier auseinandergelassen werden. Aus der „Ansicht“ von *Reischauer* (ebenda) und *Gschnitzer* (ebenda), es sei sogar eher „die Regel“, daß dem **Gläubiger** das Wahlrecht zustehe (vgl *Löffler*, öRdA 1990, 62), kann für die Auffassung *Löfflers* so gut wie nichts abgeleitet werden, weil damit lediglich eine bestimmte **Vertragsseite** angesprochen wird.

Für den gegenständlichen Fall kommt als Methode der Ermittlung des Wahlberechtigten – da eine ausdrückliche Bestimmung im Vertrag fehlt – nur die **ergänzende Vertragsauslegung** in Betracht. Diese meint offenbar *Gschnitzer*, wenn er „auf Natur und Zweck des Geschäftes“ (*Gschnitzer* in Klang² IV/1, 373) abstellt. Es ist daher zu untersuchen, wem redliche Vertragsparteien typischerweise das Recht, zwischen Übernachtungsgeld und freier Unterkunft zu wählen, eingeräumt hätten, wären sie sich bei Vertragsabschluß des Regelungsbedarfes bewußt gewesen (vgl *Rummel* in Rummel, ABGB² I Rz 12 zu § 914), wenn man von der Möglichkeit einer einschlägigen **Verkehrssitte** hinsichtlich der Wahlrechtsausübung absieht.

Diesen hypothetischen Parteiwillen hat *Löffler* recht einseitig beleuchtet, wenn er die mit der Annahme eines AN-Wahlrechts für den AN verbundenen Nachteile ins Treffen führt. Für den AG bringt ein AN-Wahlrecht nämlich zumindest in gleicher Weise beachtliche Nachteile mit sich – immer die Auffassung des OGH unterstellt, derzufolge nach einmaliger Wahlrechtsausübung eine dauerhafte Bindung eintritt. Der AG, dessen AN sich für ein Firmenquartier entschieden hat, müßte, wenn solche Quartiere nicht schon vorhanden sind, eigens welche anmieten oder käuflich erwerben, was vor allem dann unpraktikabel ist, wenn die Mehrzahl der anderen AN sich für das Übernachtungsgeld entschieden haben sollte. Umgekehrt ist ein AG, dessen AN sich für das Übernachtungsgeld entschieden hat (haben), und der am Arbeitsort über entsprechend ausgestattete Firmenquartiere verfügt, uU gezwungen, diese leerstehen zu lassen, weil er mangels Vorhersehbarkeit der Wahlentscheidung künftiger AN zur **Bereitstellung dieser Kapazitäten** genötigt ist. Die damit verbundenen **zusätzlichen Kosten** können durchaus beträchtlich sein.

Im übrigen sind die von *Löffler* aufgezeigten „Nachteile“ für den AN, der nicht selbst das Wahlrecht ausüben kann, zT konstruiert und keinesfalls gerade für Arbeitsverhältnisse, die dem entscheidungsgegenständlichen KollV unterliegen, spezifisch. Das Problem der Wohnungsbeschaffung entsteht für **jeden AN, der einen Arbeitsvertrag abschließt, dessen Arbeitsort von seinem ständigen Wohnort zu weit entfernt für eine tägliche Rückkehr liegt**. Gerade deshalb wird ein vernünftiger AN sich über die Möglichkeit der Zurverfügungstellung von Firmenquartieren vor Abschluß des Arbeitsvertrages erkundigen und bei Fehlen einer solchen Möglichkeit entweder den Vertrag nicht abschließen oder den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages so wählen, daß **vorher** eine Unterkunft am Arbeitsort gefunden werden kann. Warum gerade **dieser** Umstand für die Wahlberechtigung des AN sprechen soll (vgl *Löffler*, öRdA 1990, 63), bleibt unerfindlich.

Aus dem Gesagten wird deutlich, daß im vorliegenden Fall ohne Zweifel **beide Vertragsteile** an der Ausübung des Wahlrechts interessiert sein müssen; Anhaltspunkte dafür, daß ein Teil dem anderen dieses Wahlrecht „überlassen“ hätte, fehlen – entgegen *Löffler* – völlig.

Gerade für **solche** – bei individuellen Absprachen zugebenermaßen seltene – Fälle muß es bei der gesetzlichen Regelung des § 906 ABGB bleiben, die anderenfalls ihrer normativen Wirkung völlig beraubt wäre.

Zwingend gegen die Auffassung von *Löffler* spricht darüber hinaus die Tatsache, daß es hier um die Auslegung einer **kollektivvertraglichen** Bestimmung geht, welche nach ganz hA nicht den für die Vertrags-, sondern vielmehr den für die **Gesetzesauslegung** geltenden Regeln folgt (vgl die Nachweise bei *Bydlinski* in Rummel, ABGB² I Rz 1 zu § 6). Damit verbietet sich ein Rückgriff auf den hypothetischen Willen der Kollektivvertragsparteien ohnehin weitestgehend, weshalb es bei der Zweifelsregelung des § 6 ABGB zu bleiben hat.

III. Bindung an die getroffene Wahl im Dauerschuldverhältnis?

Das Herzstück der vorliegenden E bilden ohne Zweifel die Überlegungen des OGH zur Frage der Bindung des Wahlberechtigten an die einmal getroffene Wahl bei **Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses**. Diese Bindung wird vom OGH im wesentlichen mit der Begründung bejaht, § 906 ABGB gelte – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung – auch bei Dauerschuldverhältnissen und die Vertragsauslegung führe hier nicht zum gegenteiligen Ergebnis.

Obwohl dem OGH **im Ergebnis** der vorliegenden E letztlich kaum widersprochen werden kann, sei einige Anmerkungen gestattet, die allerdings – was im Rahmen eines Entscheidungskommentars entschuldbar ist – mehr als Dis-

kussionsanstöß, denn als ausgereiftes Konzept verstanden werden wollen.

Es entspricht der ganz hL in Ö und der BRD (vgl. *Reischauer* in Rummel, ABGB² I Rz 1, 3 zu § 906; *Binder* in Schwimann, ABGB IV/1 Rz 18 zu § 906; *Larenz*, Schuldrecht¹⁴ I 157) sowie der Rsp (vgl. GIUNF 7691; OGH 4. 10. 1983, ZAS 1985, 20ff mit Anm von *Fischer*), daß der Wahlberechtigte auch bei Dauerschuldverhältnissen an die einmal getroffene Wahl gebunden sei. Allerdings vertritt *Gschnitzer* (in Klang² IV/1, 374) – entgegen der vom OGH in der gegenständlichen E gezogenen Schlußfolgerung – wohl doch eine etwas **differenziertere Auffassung**, indem er das Problem der Bindung bei „wiederkehrenden Leistungen“ für die „späteren Leistungen“ als „**Auslegungsfrage**“ erklärt. Besonders instruktiv ist die von *Esser-Schmidt* (Schuldrecht⁶ I 211f) an der – ebenfalls eine Wahlrechtskonsumation „anordnenden“ – Bestimmung des § 263 Abs 2 BGB geäußerte Kritik. Das dort vorgesehene Gestaltungsrecht, so *Esser-Schmidt*, schaffe „ohne Not endgültige Verhältnisse, wo es doch im Interesse der Parteien und namentlich des Wahlberechtigten liegen könnte, nicht stets an die einmal getroffene Wahl gebunden zu sein, sondern den Augenblick der tatsächlichen Leistung abzuwarten. Diese – wenn auch allgemein gehaltene – Überlegung trifft ohne Zweifel in besonderem Ausmaß bei **Dauerschuldverhältnissen** bzw **wiederkehrenden Leistungen** zu.

ME ist zumindest fraglich, ob § 906 ABGB in dieser Form auf Dauerschuldverhältnisse wirklich **unmittelbar** anzuwenden ist, weil die gesetzliche Regelung doch **eher auf Ziel-schuldverhältnisse zugeschnitten** zu sein scheint. Selbst wenn man jedoch angesichts des Umstandes, daß gerade bei Dauerschuldverhältnissen (Sukzessiv-Lieferungsverträgen etc) die Wahlschuld nicht so selten ist, die Auffassung vertritt, der historische Gesetzgeber müsse sich dessen bewußt gewesen sein und mit § 906 ABGB **alle** Arten von Schuldverhältnissen geregelt haben, ist noch lange nicht davon auszugehen, daß der Wahlberechtigte an die einmal getroffene Wahl für die **gesamte Vertragsdauer** gebunden sein muß.

Nach herrschender und mE zutreffender Ansicht (vgl. *Rummel* in Rummel, ABGB² I Rz 9 zu § 914) steht das Vorhandensein dispositiven Rechts – um solches handelt es sich bei § 906 ABGB – der **ergänzenden Vertragsauslegung** dann nicht im Wege, wenn die Parteien entweder die Anwendung des dispositiven Rechts erkennbar **nicht wollten**, ohne selbst eine Regelung zu setzen, oder wenn sich eine vorhandene Regelung „für den konkreten Fall als unangemessen, nicht sachgerecht, unbillig“ (*Rummel*, ebenda) erweist. Gerade **letzteres** wird bei Dauerschuldverhältnissen mit Wahlmöglichkeit des Gläubigers oder Schuldners sehr häufig der Fall sein. Hinsichtlich der Frage, welchem Vertragsteil das Wahlrecht zusteht, geht die hA bereits seit langem auf diese Weise vor, indem auch bei Fehlen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden vertraglichen Regelung der Wahlberechtigte unter Bedachtnahme auf „Natur und Zweck des Geschäftes“ (*Gschnitzer* in Klang² IV/1, 373), auf „Sinn und Zweck der ganzen Regelung“ (*Larenz*, Schuldrecht¹⁴ I 158) bzw auf den „Vertrags-sinn“ (*Reischauer* in Rummel, ABGB² I Rz 3 zu § 906) ermittelt wird.

So ist es schon bei einer Ausgedingsvereinbarung, die dem Berechtigten die Wahl zwischen Geld- und Naturalausgeding überläßt, nicht unmittelbar einsichtig, daß bei einmaliger Ausübung des Wahlrechts eine Bindung für die gesamte Vertragsdauer eintreten soll (so GIUNF 4691); bei alternativer Umschreibung der geschuldeten Leistung im Falle des reinen Naturalausgedinges (zB ein halbes Kilo Fleisch **oder** Geflügel; ein Kilo Kartoffeln **oder** ein Kilo Nudeln etc), wie dies bei Ausgedingsverträgen nicht selten ist, wäre eine solche Bindungswirkung geradezu weltfremd und liefe wohl den Interessen **beider** Vertragsteile zuwider. In der oben zit E (ZAS 1985, 20ff mit Anm von *Fischer*)

hätte eine korrekte (vermutlich schon **einfache**) **Vertragsauslegung** mE zu dem Ergebnis führen müssen, daß – wenn man schon eine Wahlschuld als gegeben ansah – der Wahlberechtigte AN an die **einmal** getroffene Wahl zwischen Überstundenabgeltung und Zeitausgleich **nicht gebunden** sein konnte.

Anders als in der zuletzt zitierten E, hat der OGH im vorliegenden Fall durchaus zutreffend erkannt, daß die Frage nach der Bindungswirkung der einmal getroffenen Wahl nur unter Bedachtnahme auf die **Interessen beider Vertragsteile** beantwortet werden kann. Sind die Interessen des Vertragspartners des Wahlberechtigten durch (jederzeitige bzw sogar ständige) Änderung der Wahlentscheidung in keiner Weise betroffen, dann ist eine solche Bindung auch bei Fehlen einer diesbezüglichen Abrede zu **verneinen**. Dasselbe muß mE gelten, wenn die Änderung der Wahl in concreto zwar die Interessen des Vertragspartners (negativ) berührt, dieser jedoch im **Vertrauen** auf die getroffene Wahl **keine Dispositionen** getroffen, dh sich auf die getroffene Wahl nicht **ingerichtet** hat. Letzteres war zB in der E ZAS 1985, 20ff der Fall, weil der AG durch Umverteilung der Arbeit, dh Wegfall der Überstunden, das Wahlproblem als solches beseitigen konnte und außerdem nicht davon auszugehen ist, daß der AG im Vertrauen auf die Entscheidung des AN für Zeitausgleich eigens andere AN einstellte.

Im gegenständlichen Fall hat der OGH die Interessenlage mE zutreffend dahingehend beurteilt, daß zwar der AG uU gewichtige Gründe für ein Abgehen von der getroffenen Wahl ins Treffen führen könnte, daß andererseits aber der AN schon aufgrund der Natur der Vertragsklausel **typischerweise** im Vertrauen auf die Wahl des AG entsprechende **Dispositionen getroffen** haben muß.

Ausgehend von dem eben Gesagten ist es allerdings unverständlich, daß der OGH **zusätzlich** zur von ihm angenommenen Bindung an das einmal ausgeübte Wahlrecht ein weiteres Argument gegen die einseitige Einstellung des Übernachtungsgeldes ins Treffen führt. Die Parteien hätten nämlich, so der OGH, durch das viele Jahre dauernde Festhalten an der Zahlung des Übernachtungsgeldes – ungeachtet des Umstandes, daß in diesem Zeitraum sicherlich häufig Betriebsunterkünfte freigeworden seien – eine **schlüssige Vereinbarung** des Inhaltes getroffen, daß **ausschließlich Übernachtungsgeld** geschuldet werde, sodaß der AG davon nicht einseitig abgehen könne.

Löffler (öRdA 1990, 65) ist in seiner Kritik an diesen Ausführungen zuzustimmen. Wenn man – wie der OGH dies tut – ohnehin eine Bindung an die getroffene Wahl iSd § 906 ABGB annimmt, dann erfolgte die mehrjährige Gewährung des Übernachtungsgeldes eben **allein auf der Grundlage der Ausübung dieses Wahlrechts** und keineswegs in Erfüllung einer darüber hinausgehenden „Vereinbarung“. Wenn der AG von der getroffenen Wahl gar nicht abgehen **konnte**, dann bleibt kein Raum für die Annahme, daraus, daß der AG trotz mehrmaligen Freiwerdens von Firmenquartieren das Übernachtungsgeld weiter zahlte, folge, daß der AG eben nur dieses leisten **wollte** (vgl näher *Löffler*, öRdA 1990, 65).

IV. Teilkündigung?

Kann dem OGH hinsichtlich der Bejahung einer Bindung des AG an die getroffene Wahl grundsätzlich gefolgt werden, so ist mE damit noch nicht unbedingt gesagt, daß diese Bindung tatsächlich für die gesamte Vertragsdauer aufrecht bleibt.

Der OGH erteilte den diesbezüglichen Überlegungen des bekl AG eine Abfuhr, indem er ausführte, eine Kündigung lediglich der Verpflichtung zur Zahlung von Übernachtungsgeld verstoße gegen das arbeitsrechtliche **Verbot der Teilkündigung** und wäre damit **unwirksam**.

ME wäre hingegen zu erwägen, daß bei Dauerschuldverhältnissen der Wahlberechtigte trotz prinzipieller Bindung

an die getroffene Wahl von dieser **aus wichtigen Gründen** wieder abgehen kann. Eine Übertragung der hinsichtlich der Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen als solchen entwickelten Gedanken auf die nachträgliche Veränderung einer getroffenen Wahl erschiene mir uU sachgerecht. Freilich müßte hinsichtlich der Beschaffenheit der zur Abänderung der getroffenen Wahl berechtigenden Gründe auf die Besonderheiten der Wahlschuld Bedacht genommen werden. Gründe in der Sphäre des Wahlberechtigten, so berücksichtigungswürdig diese auch sein mögen, dürfen jedenfalls dann nicht zur Abänderung der Wahl berechtigen, wenn dadurch die **Interessen des Vertragspartners unzumutbar beeinträchtigt** würden.

Es geht, wie schon bei der Beantwortung der Frage, ob überhaupt eine Bindung an die Wahlentscheidung anzunehmen ist, wiederum um eine **Abwägung der beiderseitigen Interessen**.

Im gegenständlichen Fall könnte nach dem Gesagten die Einstellung des Übernachtungsgeldes unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung einer Betriebsunterkunft dann **zulässig** sein, wenn der AG den AN in Ausübung seines Weisungsrechts an einen anderen Dienort versetzt, der die Aufgabe der bisher benützten Privatwohnung erfordert und an dem der AG über leerstehende Betriebsunterkünfte verfügt. In diesem Fall wäre der AN ohnehin genötigt, sich um eine andere Wohnung am neuen Dienort umzusehen, sodaß seine Interessen durch Zurverfügungstellung einer Betriebsunterkunft kaum beeinträchtigt wären. Für den AG wiederum besteht ein eminentes Interesse, die leerstehenden Unterkünfte zu nutzen und nicht daneben noch Übernachtungsgeld zu zahlen.

Der OGH stellte derartige Überlegungen nicht an, sondern verwies vielmehr auf das arbeitsrechtliche *Verbot der Teilkündigung* und griff damit ein heikles Thema auf, dessen Behandlung in der Judikatur mE eher unbefriedigend ist.

Wie sehr die Rsp diesbezüglich eine konkrete Linie vermissen läßt, zeigt sich deutlich anhand der jüngsten E des OGH zu den sog „Entsendungsvereinbarungen“. Zu diesen wird vertreten, daß es sich dabei um eine eigene **vertragliche Vereinbarung** handle, in der die mit der Entsendung zusammenhängenden Fragen gesondert geregelt würden. Diese Zusatzvereinbarung habe ein **eigenes rechtliches Schicksal**, sodaß ihre (vorzeitige) Beendigung nicht auch notwendigerweise zur Beendigung des Dienstverhältnisses führe (OGH 28. 6. 1989, 9 Ob A 131/89; OGH 14. 9. 1988, 9 Ob A 164/88; OGH 29. 6. 1988, ZAS 1990, 58ff mit Anm v Heller; OGH 8. 11. 1989, 9 Ob 239/89). Die Parteien könnten, so der OGH, **daher eine nur die Entsendungsvereinbarung betreffende Kündigungsmöglichkeit** wirksam vereinbaren und verstießen damit **nicht** gegen das im Arbeitsrecht grundsätzlich bestehende Verbot der Teilkündigung (OGH 14. 9. 1988, 9 Ob A 164/88).

Diese Begründung ist, wie unschwer erkannt werden kann, nichts anderes als ein **Zirkelschluß**. Aus dem angeblichen „eigenen rechtlichen Schicksal“ der Entsendungsvereinbarung kann nämlich nicht auf die Zulässigkeit einer Teilkündigung geschlossen werden, sondern vielmehr besteht nach hA das Verbot der Teilkündigung nicht, wenn eine bestimmte Vereinbarung (Vertragsklausel) ein eigenes rechtliches Schicksal zu führen imstande ist (vgl OGH 29. 9. 1981, ZAS 1982, 217ff mit Anm v Mayer-Maly = öRdA 1983, 266ff mit Anm v Jabornegg; Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht⁴, 401f). Zuerst wäre also zu klären, **ob und warum** die Entsendungsvereinbarung ein „eigenes rechtliches Schicksal“ führen kann; gerade dies unterläßt jedoch der OGH.

Auch im gegenständlichen Fall wäre daher zuerst **diese Frage** zu beantworten gewesen, wenn auch das „eigene rechtliche Schicksal“ einer Vereinbarung, Übernachtungsgeld zu zahlen oder eine Betriebsunterkunft zur Verfügung zu stellen, mehr als fraglich ist und diese jedenfalls nicht als solche den Inhalt eines gesonderten Arbeitsvertrages bilden

könnte (dies verlangen Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht⁴, 402). Jüngst qualifizierte der OGH die Festlegung eines „Betriebsurlaubes“ für zukünftige Jahre im Arbeitsvertrag als – rechtlich zulässiges – Dauerschuldverhältnis, von dem bei Vorliegen wichtiger Gründe einseitig abgegangen werden könne (OGH 5. 4. 1989, 9 Ob A 72/89). Ein Konflikt mit dem Teilkündigungsverbot wurde darin offenbar nicht erblickt.

Abgesehen davon geht es hier jedoch nicht um eine „Teilkündigung“ im technischen Sinn, dh um die ersatzlose Beseitigung bestimmter vertraglicher Regelungen, sondern vielmehr um den **Austausch** einer Vereinbarung durch eine andere. Ein solcher Austausch muß mE keinesfalls zwingend den für die Teilkündigung entwickelten Regeln folgen.

V. Vertragliche Vereinbarungen und Günstigkeitsprinzip

Der OGH vertritt in der vorliegenden E die Auffassung, der AG hätte mit dem AN insb bei Abschluß des Arbeitsvertrages eine „entsprechende einzelvertragliche Regelung über den Abschluß der Bindungswirkung treffen“ und „sich eine Änderung der Gewährung der Sozialzulage, allenfalls für einen bestimmten Fall, ausdrücklich vorbehalten“ können. Diese Ansicht wird als weiteres Argument für das Vorliegen einer Bindung an die getroffene Wahl im gegenständlichen Fall verwendet.

Löffler (öRdA 1990, 63ff) übte an dieser Ansicht des Höchstgerichtes Kritik und meinte, eine derartige „einzelvertragliche Vereinbarung“ müsse als „Sondervereinbarung“ iSd § 3 ArbVG am **Günstigkeitsprinzip** gemessen werden. Würde das Wahlrecht dem AG eingeräumt und sehe die Vereinbarung vor, daß der Wahlberechtigte von der einmal getroffenen Wahl schlechthin oder unter bestimmten Voraussetzungen abgehen könne, so sei eine solche Vereinbarung nicht **günstiger**, sondern **ungünstiger als der KollV** und daher **unwirksam**. Nicht gegen das Günstigkeitsprinzip verstieße eine solche Vereinbarung nur dann, wenn dem AN das Wahlrecht eingeräumt und dieser berechtigt sei, von der getroffenen Wahl später abzugehen.

Dieser Kritik ist mE jedoch aus nachstehenden Gründen nicht zu folgen.

Zuzugeben ist Löffler (öRdA 1990, 64), daß die Möglichkeit eines einzelvertraglichen Ausschlusses der Bindungswirkung nicht als Argument für das tatsächliche Vorliegen einer solchen Bindungswirkung in § 9 III. Z 1 des KollV herangezogen werden kann, weil die Möglichkeit der einzelvertraglichen Abbedingung grundsätzlich davon abhängt, wie man den KollV auslegt.

Gerade eine solche, nicht an starren Formalismen orientierte Auslegung muß mE jedoch zu dem Ergebnis führen, daß die Einzelvertragspartner – unter der Voraussetzung, daß der AN jedenfalls **eine** der beiden in § 9 III. Z 1 KollV vorgesehenen Leistungen erhält – hinsichtlich der Frage, **welche** der beiden Leistungen geschuldet ist und ob die geschuldete Leistung auch **wechseln** kann, jede mögliche Regelung treffen dürfen, weil **diese Frage im KollV nicht (zwingend) geregelt** ist.

Der OGH hat jüngst zu Recht anerkannt, daß der KollV sich selbst bzw einzelnen Bestimmungen **dispositive** Wirkung beilegen kann (OGH 12. 10. 1988, WBl 1989, 191 mit Anm v Grillberger; ebenso schon Tomandl, Dispositive Kollektivvertragsbestimmungen in Österreich, FS Floretta, 639ff). Der von Jabornegg (Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, FS Strasser, 384f; jüngst Jabornegg, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtsetzung und richterliche Kontrolle, JBl 1990, 211 f; ebenso Moser, Aussetzungsverträge und Anrechnung der Aussetzungszeiten, RdW 1986, 314) geäußerten Gegenmeinung, der sich nun Löffler (öRdA 1990, 64) angeschlossen hat, ist mE nicht zu folgen. Insb kann diese Gegenmeinung nicht damit gerechtfertigt werden, daß der KollV vom Gesetzgeber als **Schutzinstrument für AN** ausgebildet worden sei (so Jabornegg, FS Strasser,

384), weil die im Gesetz ausdrücklich verankerte und von niemandem bestrittene – wenn auch in der Praxis von den KV-Partnern kaum je ausgenützte – Möglichkeit, auch für den AN **günstigere** Vereinbarungen **auszuschließen** (sog. Ordnungsprinzip), einen noch wesentlich stärkeren Eingriff in den vom KollV grundsätzlich angestrebten Schutz der AN bedeutet.

Im übrigen hat die vom OGH nunmehr vertretene Auffassung mE keineswegs zwingend zur Konsequenz, daß die KV-Partner auch den in § 3 Abs 2 ArbVG festgelegten Günstigkeitsmaßstab (Gruppenvergleich) modifizieren können, wie dies *Grillberger* (WBl 1989, 191) befürchtet. Bei § 3 Abs 2 ArbVG handelt es sich in der Tat um ein **tragendes Prinzip** des österreichischen KV-Rechts, welches **zweiseitig zwingende Wirkung** haben muß.

Wenn *Löffler* (öRdA 1990, 64) ausführt, eine dispositive Gesetzesbestimmung (wie § 906 ABGB) verliere ihren dispositiven Charakter, wenn sie vom KollV übernommen werde, so ist daran nur so viel richtig, daß bei **bloßer**, dh kommentarloser Übernahme einer dispositiven Gesetzesbestimmung der dispositive Charakter angesichts des § 3 Abs 1 ArbVG **verlorengeht**, daß aber der KollV selbst die dispositive Wirkung der Gesetzesbestimmung ausdrücklich aufrecht erhalten kann. In bezug auf § 906 ABGB ist diese Aussage jedoch zusätzlich dahingehend zu modifizieren, daß nach der hier vertretenen Ansicht die Frage der Bindung an die getroffene Wahl bei Dauerschuldverhältnissen in § 906 ABGB keine allgemeingültige Regelung erfahren hat, weshalb § 9 III. Z 1 KollV diesbezüglich auch kein eindeutiger Regelungsinhalt unterstellt werden kann.

Darüber hinaus spricht gegen die von *Löffler* vertretene Ansicht, eine arbeitsvertragliche Regelung, die dem AG das Abgehen von der einmal getroffenen Wahl gestatte, verstoße gegen das Günstigkeitsprinzip und sei daher unwirksam, mE die Tatsache, daß bei Abreden betreffend die Ausübung des Wahlrechts zumindest zweifelhaft sein könnte, ob diese von der in § 2 Abs 2 ArbVG normierten **Regelungskompetenz** des KollV überhaupt gedeckt sind. Verneinendenfalls läge **diesbezüglich** gar keine gültige, dem normativen Teil angehörende kollektivvertragliche Regelung vor, weshalb das Günstigkeitsprinzip einzelvertraglichen Abreden über die Ausübung des Wahlrechts und die Bindung an die Wahl nicht entgegenstünde.

Georg Schima, Wien

27

Art 7 B-VG, § 36 Abs 3 lit B sublit c AIVG – Gleichheitswidrigkeit

Sieht der Gesetzgeber vor, daß zusammenlebende Ehegatten (Lebensgefährten) ungeachtet des Zutreffens der Voraussetzungen für höhere Notstandshilfeleistungen sich nach längerer Dauer der Arbeitslosigkeit mit einem bestimmten gemeinsamen Höchstbetrag an Einkommen begnügen müssen, so hat er auch einen entsprechenden Höchstbetrag für alleinstehende Arbeitslose vorzusehen. Billigt er in solchen Fällen zusammenlebenden Ehegatten oder Lebensgefährten nicht oder nur unwesentlich mehr zu als einem Alleinstehenden, so handelt er unsächlich.

§ 4 Abs 2 Notstandshilfe-VO BGBl 1973/352 – Rechtsstaatsgrundsatz: Mindestanforderungen an die Verständlichkeit von Normen

Eine Norm ist verfassungswidrig, wenn sie überhaupt nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben verstanden werden kann.

Bedenken, wenn eine Norm nicht einfach nur ausspricht, was ihr Sinn sein soll, und auf nachfolgende Vorschriften verweist, die

irrerseits Verweisungen enthalten, obwohl alle Vorschriften immer nur „sinngemäß“ gelten sollen, ohne daß der Sinn irgendwie zum Ausdruck käme.

VfGH 29. 6. 1990, G 81, 82, 115/90, V 179, 180, 197/90.

Der VfGH hatte in einigen Fällen § 4 Abs 2 der Notstandshilfe-VO und damit indirekt auch § 36 Abs 3 lit B AIVG anzuwenden.

§ 36 AIVG sieht vor, daß der BMfAuS durch VO Richtlinien über das Ausmaß der Notstandshilfe zu erlassen (Abs 1) und dabei auch die näheren Voraussetzungen festzulegen hat, unter denen Notlage als gegeben angesehen wird (Abs 2). Die AIVG-Novelle BGBl 1987/615 änderte § 36 Abs 2 lit B sublit c wie folgt ab:

„Ist seit Erschöpfung des Anspruches auf Arbeitslosengeld oder Karenzurlaubsgeld ein längerer Zeitraum verstrichen, so kann unbeschadet Abs 2 für die Beurteilung der Notlage bzw für das Ausmaß der Notstandshilfe unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse ein bestimmter Grenzbetrag des Familieneinkommens festgesetzt werden, der durch die Summe von Einkommen des Ehegatten bzw der Ehegattin (des Lebensgefährten bzw der Lebensgefährtin), der Notstandshilfe und allfälliger eigener Einkommen des Arbeitslosen nicht überschritten werden darf.“

Dementsprechend wurde auch § 4 Abs 2 der Notstandshilfe-VO neu gefaßt:

„Wenn seit der Zuerkennung der Notstandshilfe mehr als drei Jahre vergangen sind, bei Personen, die im Zeitpunkt der Zuerkennung der Notstandshilfe das 50. Lebensjahr vollendet haben, mehr als vier Jahre vergangen sind, so sind ab dem folgenden 1. Jänner die Notlage und das Ausmaß der Notstandshilfe unter Berücksichtigung des Familieneinkommens wie folgt zu beurteilen:

1. Unter Familieneinkommen ist das jeweilige Einkommen nach Abzug der Steuern und sozialen Abgaben der im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten bzw Lebensgefährten zu verstehen. Handelt es sich um Einkommen des Ehegatten bzw der Ehegattin (des Lebensgefährten bzw der Lebensgefährtin) des Arbeitslosen, so finden die §§ 3, 6 Abs 2, Abs 5, soweit auf § 5 Abs 3 und 6 verwiesen wird, Abs 6 und Abs 7, handelt es sich um Einkommen des Arbeitslosen selbst, die §§ 3, 5 Abs 2 bis 6, sinngemäß Anwendung.

2. Übersteigt das Einkommen des Ehegatten bzw der Ehegattin (des Lebensgefährten bzw der Lebensgefährtin) des Arbeitslosen zuzüglich allfälliger Einkommen des Arbeitslosen selbst im Monat die doppelte Freigrenze nach § 6 Abs 3 erster Satz, so liegt Notlage nicht vor. Dieser Betrag erhöht sich bei Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit um 409,50 S monatlich und je unterhaltsberechtigtem Angehörigen, der kein eigenes hinreichendes Einkommen im Sinne des § 20 Abs 2 AIVG hat, um die Freigrenze nach § 6 Abs 3 dritter Satz.

3. In den übrigen Fällen darf die nach Durchführung allfälliger Anrechnungen gebührende Notstandshilfe gemeinsam mit dem Einkommen nach Z 1 die Betragsgrenzen nach Z 1 nicht übersteigen.“

Bei näherer Prüfung dieser Bestimmung kamen dem VfGH Bedenken hinsichtlich ihrer Verfassungsgemäßheit. Er faßte sie folgendermaßen zusammen:

„1. Die Bedenken gehen zunächst dahin, daß ein bestimmter, von der Höhe der bisher gebührenden Notstandshilfe unabhängiger Grenzbetrag des (Familien-)Einkommens nach Verstreichen einer längeren Zeit seit Erschöpfung des Anspruches auf Arbeitslosengeld oder Karenzurlaubsgeld nur in Fällen festgelegt wird, in denen der Arbeitslose mit einem Ehegatten (Lebensgefährten) im gemeinsamen Haushalt lebt, nicht aber auch für alleinstehende Arbeitslose. Es ist keine sachliche Rechtfertigung dafür erkennbar, daß die Hilfe für Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, unter Umständen empfindlich gekürzt wird, während alleinstehende Arbeitslose die Notstandshilfe in voller (am Arbeitslosengeld und damit am früheren Arbeitseinkommen orientierter) Höhe weiter beziehen. Zwar hält der Verfassungsgerichtshof eine Kürzung der Notstandshilfe für unbedenklich, soweit sie dem Umstand Rechnung trägt, daß die Tatsache des Zusammenlebens im gemeinsamen Haushalt zu einer verhältnismäßigen **Minderung** des zur Befriedigung der notwendigen Lebensbedürfnisse erforderlichen **Aufwandes** führt. Eine solche Ersparnis scheint aber auch bei einer Durchschnittsbetrachtung nur im Verhältnis zur Höhe der jeweils gebührenden Notstandshilfe einzutreten und schlechthin keinen