

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Sonderheft

Schriftleitung Theodor Tomandl, Martin Risak
Redaktion Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Bernhard W. Gruber,
Harald Kaszanits, Thomas Neumann,
Michael Reiner, Franz Schrank

März 2012

2a

97 – 140

Sonderheft

ZAS-Seminar 2011

Beiträge

Der blaue Montag und andere Dienstverhinderungen

*Johannes Gärtner, Karin Boonstra-Hörwein,
Ruth Siglär und Werner Marschitz* ➤ 100

Neues aus der Gesetzgebung 2011 *Anna Ritzberger-Moser* ➤ 107

Neue Judikatur zum Arbeitsrecht in Österreich und in Europa
Michael Reiner ➤ 114

Dienstverhinderung aufgrund psychischer und physischer Krankheiten *Martin Risak* ➤ 118

Der Detektiv als Retter in der (Beweis-)Not *Bernhard Hainz* ➤ 127

**Vulkanausbrüche, Naturkatastrophen und andere Fälle höherer Gewalt
– arbeitsrechtliche Auswirkungen** *Georg Schima* ➤ 131

Vulkanausbrüche, Naturkatastrophen und andere Fälle höherer Gewalt – arbeitsrechtliche Auswirkungen

Unterbleibt die Arbeitsleistung infolge von Naturkatastrophen, interessiert vor allem die Frage, ob bzw. bis zu welchem Ausmaß der Arbeitgeber das Entgeltrisiko zu tragen hat. Dabei geht es vor allem um die Reichweite der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und deren Abgrenzung zueinander sowie um die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe wie „*Umstände, die auf Seiten des Dienstherrn liegen*“, „*andere wichtige, die Person des Dienstnehmers betreffende Gründe*“ bzw. „*verhältnismäßig kurze Zeit*“. In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, ob Kollektivverträge in gesetzliche Entgeltfortzahlungsbestimmungen verschlechternd eingreifen können bzw. ob diese im Rahmen des Arbeitsverhältnisses abbedungen werden können.

Von Georg Schima

Inhaltsübersicht:

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>A. Naturkatastrophe als rechtmäßiger Dienstverhinderungsgrund</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sonstige Dienstverhinderungsgründe 2. Entlassung und Kündigungen bei längeren Abwesenheiten <ol style="list-style-type: none"> a) Mögliche Entlassungstatbestände bei längerer Abwesenheit b) Kündigung von abwesenden bzw. vermissten Personen c) Zustellung von Kündigungen und Entlassungen bei Ortsabwesenden | <p>B. Urlaubsverbrauch bei naturkatastrophenbedingter Abwesenheit</p> <p>C. Entgeltfortzahlung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Preisgefahr nach allgemeinem Zivilrecht 2. Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB <ol style="list-style-type: none"> a) Gesetzlicher Tatbestand des § 1155 ABGB b) Abbedingung des § 1155 ABGB 3. Entgeltfortzahlung gem § 1154 b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG <ol style="list-style-type: none"> a) Gründe für die Dienstverhinderung in der AN-Sphäre b) Verhältnismäßig kurze Zeit iSd § 1154 b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG → |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

ZAS 2012/25

§ 1154 b Abs 5,
§ 1155 ABGB;
§ 8 Abs 3 AngG

OGH 16. 12. 1987,
9 ObA 202/87;
OGH 24. 2. 1988,
9 ObA 42/88

Naturkatastrophe;
Dienst-
verhinderung;
Entgelt-
fortzahlung;
Abbedingung

- c) Regelung der Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 3 AngG in Angestellten-KV
- d) Regelungen der Entgeltfortzahlung gem § 1154 b Abs 5 ABGB in Arbeiter-KV
- e) Rechtsprechung zur Lohnfortzahlungsbestimmung im Handelsarbeiter-KollV
- f) Auslegung von Lohnfortzahlungsbestimmungen in Handelsarbeiter-KollV/ Metaller-KollV

A. Naturkatastrophe als rechtmäßiger Dienstverhinderungsgrund

Können AN infolge einer Naturkatastrophe, infolge extremer Schneefälle oder nach einem Jahrhunderthochwasser ihren Arbeitsplatz nicht rechtzeitig erreichen und ihre Arbeit daher nicht (rechtzeitig) antreten, ist zunächst zu klären, ob die betroffenen AN einen Verdienstentgang bzw unfreiwilligen Urlaubsverbrauch oder gar den berechtigten Ausspruch einer Entlassung zu befürchten haben.

Weiters ist zu fragen, ob sich ein AN, der infolge einer Naturkatastrophe seinen Urlaubsort nicht rechtzeitig verlassen kann und daher nach Beendigung des vereinbarten Urlaubs nicht rechtzeitig am Arbeitsplatz erscheint, auf einen rechtmäßigen Hinderungsgrund berufen kann¹⁾ oder ob der AG eine Entlassung gem § 27 Z 4 AngG wegen Unterlassens der Dienstleistung während einer den Umständen nach erheblichen Zeit aussprechen kann?

Bei der Beantwortung dieser Fragen ist zu beachten, dass das Kriterium „*der unterlassenen Dienstleistung während einer den Umständen nach erheblichen Zeit*“ iSd § 27 Z 4 AngG idR bereits nach einem nur eintägigen Dienstversäumnis erfüllt sein wird.²⁾ Außerdem ist der AG selbst bei objektiver Pflichtwidrigkeit der Unterlassung der Dienstleistung nicht zur Entlassung berechtigt, wenn dem AN mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls aus besonderen Gründen eine vertragsgemäße Arbeitsleistung nicht zugemutet werden kann und er sich insofern auf einen rechtmäßigen Dienstverhinderungsgrund berufen kann.

1. Sonstige Dienstverhinderungsgründe

Neben Krankheit oder Unglücksfall kommen auch andere wichtige die Person des AN betreffende Gründe als rechtmäßige Dienstverhinderungsgründe in Betracht.³⁾

Die Lehre unterteilt diese anderen wichtigen Dienstverhinderungsgründe – gestützt auf § 8 Abs 3 AngG und § 1154 b Abs 5 ABGB – im Wesentlichen in drei Fallgruppen und zwar in

- Gründe nach Sitte und Herkommen,
- in öffentlich-rechtliche Hinderungsgründe und
- in tatsächliche Hinderungsgründe.⁴⁾

Im Mittelpunkt dieses Beitrages steht die dritte Fallgruppe der **faktischen Hinderungsgründe**: Die Rsp bejahte den Entgeltanspruch eines AN gem § 1154 b Abs 5 ABGB in einem Anlassfall, wo der AN wegen einer vorübergehenden Einstellung seines Massenverkehrsmittels infolge von Schneeverwehungen seinen Arbeitsort nicht erreichen konnte und die Arbeitsleistung aus diesem Grund unterblieb.⁵⁾ Auch wurde das

Vorliegen eines rechtmäßigen, die Entgeltfortzahlung auslösenden Verhinderungsgrundes im Fall einer AN bejaht, die bedingt durch einen Eisenbahnstreik ihren Arbeitsplatz nicht erreichen konnte.⁶⁾ Der OGH⁷⁾ ging von einem die Entgeltfortzahlung auslösenden Verhinderungsgrund aus, als ein AN infolge außerordentlich starker Schneefälle nicht in der Lage war, seinen Arbeitsplatz zu erreichen. Ein Ereignis, das dem AN keine Wahl lässt, sich für die Verrichtung der Arbeit oder die Erfüllung einer außerdienstlichen Pflicht zu entscheiden, sondern ihn wegen unmittelbarer Einwirkung faktisch daran hindert, Arbeit zu verrichten, wird von der Rechtsprechung als wichtiger Verhinderungsgrund anerkannt.⁸⁾

Demnach sind auch Gründe, die den AN durch ihre **unmittelbare Einwirkung**, wie dies bei **Naturereignissen** der Fall ist, an der Arbeitsleistung hindern, als **wichtige Dienstverhinderungsgründe** iSd § 8 Abs 3 AngG und § 1154 b Abs 5 ABGB anerkannt.

Damit liegt in derartigen Fällen auch ein das Entlassungsrecht des AG ausschließender Rechtfertigungsgrund iSd § 27 Z 4 AngG bzw § 82 lit f GewO⁹⁾ vor. Unbeachtlich ist mE in diesem Zusammenhang, dass von Verkehrsstörungen oder Naturereignissen als Massenerscheinungen idR zahlreiche AN betroffen sind.¹⁰⁾

AN, die infolge der vulkanaschebedingten Flugverbote nach dem Ausbruch des isländischen Vulkans Eyjafjallajökull vor rund eineinhalb Jahren nicht wie geplant aus dem Urlaub zurückgekehrt sind und ihren Dienst nicht nach Beendigung des Urlaubs rechtzeitig antreten konnten, konnten sich mE im Regelfall auf einen rechtmäßigen Hinderungsgrund berufen. Ihre verspätete Rückkehr an ihren Arbeitsplatz berechtigte den AG nicht zur Entlassung.¹¹⁾

2. Entlassung und Kündigungen bei längeren Abwesenheiten

a) Mögliche Entlassungstatbestände bei längerer Abwesenheit

Nur bei längeren Abwesenheiten, zB wenn ein AN nach einer Naturkatastrophe für längere Zeit vermisst wird, kann sich der AG uU auf den Entlassungsgrund gem § 27 Z 5 AngG berufen, wonach ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses

1) Die eigenmächtige Überschreitung des Urlaubs bildet grds einen Entlassungsgrund gem § 27 Z 4 AngG bzw § 82 lit f GewO, es sei denn, der AN kann sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen.

2) Kuderna, Das Entlassungsrecht² (1994) 105.

3) Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 107; Kuderna, Entlassungsrecht² 105.

4) Drs in ZellKomm § 8 AngG Rz 123; Vogt in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht Kap XII Rz 78; Drs, Sonstige Dienstverhinderungsgründe, in Resch (Hrsg), Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (2004) 43.

5) ArbG Wiener Neustadt Cr 70/48 Arb 4990.

6) ArbG Wien 1 Cr 104/65 Arb 8097.

7) OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1988, 167 ff (Schnorr); 9 ObA 42/88 Arb 10.702 – Nichterreichen des Arbeitsplatzes wegen starker Schneefälle.

8) OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1988, 168.

9) Kuderna, Entlassungsrecht² 105.

10) Das Kriterium der Ausdehnung des Ereignisses wird von Lit und Rsp für eine Beschränkung der Entgeltfortzahlungspflicht des AG gem § 1155 ABGB herangezogen (s dazu Punkt 2 dieses Beitrags).

11) Schima/Schedle, Rechtsfolgen verspäteter Rückkehr zur Arbeit, ZAS 2010, 288 ff.

dann besteht, wenn der Angestellte durch eine längere Freiheitsstrafe oder durch die Abwesenheit **während einer den Umständen nach erheblichen Zeit die Dienstleistung** unterlässt.

Bei den „vulkanaschebedingten“ Verspätungen nach Ausbruch des isländischen Vulkans Eyjafjallajökull vor rund eineinhalb Jahren kam bspw schon aufgrund der relativ „kurzen“ Abwesenheiten, die in den meisten Fällen wohl auf einige Tage beschränkt blieben, der Entlassungsgrund gem § 27 Z 5 AngG nicht zum Tragen. § 27 Z 5 AngG verlangt für das Vorliegen eines Entlassungsgrundes Abwesenheiten von erheblicher Dauer, wobei die hL – selbst bei Vorliegen eines Verschuldens des AN – eine Untergrenze von 14 Tagen heranzieht.¹²⁾ Jedenfalls können – nach der hL – Abwesenheitszeiten dann nicht als Entlassungsgrund herangezogen werden, wenn für diese ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht.¹³⁾

Der Entlassungsgrund der **Arbeitsunfähigkeit** ist (gem § 27 Z 2 AngG bzw § 82 lit b GewO) erfüllt, wenn dem AN aufgrund fehlender körperlicher, geistiger oder rechtlicher Voraussetzungen (zB wenn der AN infolge von Naturkatastrophen starke Verletzungen erleidet) die Verrichtung der vereinbarten Dienste so lange nicht möglich ist, dass dem AG nach den Umständen des Einzelfalles eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (als Richtwert geht die hM von sechs Monaten¹⁴⁾ aus).

b) Kündigung von abwesenden bzw vermissten Personen

Eine Kündigung von abwesenden – nicht besonders kündigungsgeschützten – AN ist grds jederzeit möglich, sofern nicht ein AN deshalb gekündigt wird, weil er sich auf einen berechtigten Dienstverhinderungsgrund stützt und Entgeltfortzahlung geltend macht. In diesem Fall könnte die ausgesprochene Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG wegen verpönten Motives angefochten werden.

c) Zustellung von Kündigungen und Entlassungen bei Ortsabwesenden

Problematisch kann bei der Kündigung oder Entlassung von länger abwesenden AN die Zustellung der Kündigung bzw Entlassung sein. Entlassungen und AG-Kündigungen sind zwar nicht annahmebedürftige, aber empfangsbedürftige Willenserklärungen des AG und werden daher erst nach Zugang an den Adressaten rechtswirksam. Kündigungen sind grds an die dem AG bekanntgegebene Wohnanschrift zuzustellen.¹⁵⁾ Auch wenn der AN auf Urlaub ist, braucht der AG den Urlaubsort nicht auszuforschen, sondern kann die Kündigung oder Entlassung an die ihm bekanntgegebene Wohnadresse zustellen. Versucht der AN den Zugang der Kündigungserklärung in irgendeiner Form zu vereiteln (zB Poststücke werden nicht entgegengenommen oder abgeholt) oder hat der AN dem AG eine Adressänderung nicht bekanntgegeben, kann der Zugang der Kündigung oder Entlassung fingiert werden, sodass die Kündigung oder Entlassung rechtswirksam wird, obwohl sie dem AN nicht zugegangen ist. Nach der Rsp¹⁶⁾ gilt eine Kündigung oder Entlassung als zugegangen, sobald sie in den Machtbereich des Adressaten ge-

langt ist und dieser sich unter „normalen Umständen“ von der Beendigung des AV Kenntnis hätte verschaffen können. In Fällen, wo ein AN, der infolge einer Naturkatastrophe nicht (rechtzeitig) von seinem Urlaub zurückkehren konnte, den Zugang einer Kündigung oder Entlassung idR aber nicht wider Treu und Glauben vereitelt, greift diese von der Rsp entwickelte Zugangsfiktion nicht.¹⁷⁾ Die Kündigung oder Entlassung wird idR erst mit dem tatsächlichen Zugang unmittelbar nach Rückkehr des AN rechtswirksam. Bei längeren Abwesenheiten des AN müsste daher ein Abwesenheitskurator bestellt werden, um die Kündigung oder Entlassung rechtswirksam zustellen zu können.

B. Urlaubsverbrauch bei naturkatastrophenbedingter Abwesenheit

Kommt man zum Ergebnis, dass sich ein wegen einer Naturkatastrophe an seiner Dienstleistung verhandelter AN grds auf einen rechtmäßigen Hinderungsgrund berufen kann, erübrigt sich die Frage, ob vom AG einseitig der Verbrauch von (weiterem) Urlaub angeordnet werden kann.¹⁸⁾ Selbst dann, wenn der AN in concreto einen (verlängerten) Urlaub genießen konnte,¹⁹⁾ ändert dies nichts am Vorliegen eines rechtmäßigen, die Entlassung ausschließenden und darüber hinaus idR Entgeltfortzahlungsfolgen auslösenden Hinderungsgrundes. Wenn der AN zB infolge der Verhängung von Flugverboten seinen Urlaubsort nicht verlassen kann und eine weitgehend ungestörte Urlaubsverlängerung in Anspruch nehmen konnte, weil der Urlaubsort des AN von Zerstörungen verschont blieb, bestünde keine rechtliche Basis für die einseitig durch den AG erfolgende Umwidmung der „aufgedrängten Urlaubsverlängerung“ in Urlaub. Dies mag nicht ganz gerecht erscheinen, ist aber so.

Teilt ein AG einem schlecht beratenen AN, der zB wegen einer verspäteten Rückkehr aus seinem Urlaub aufgrund tatsächlicher Verhinderungsgründe (zB nach Verhängung eines vulkanaschebedingten Flugverbotes) – zu Unrecht – um seine arbeitsrechtlichen Ansprüche fürchtet, mit, er möge weiteren Urlaub in Anspruch nehmen, kann aus der widerspruchswidrigen tatsächlichen Verlängerung der ursprünglich geplanten Abwesenheit nicht auf eine konkludente Zustimmung des AN zum

12) *Kuderna*, Entlassungsrecht² 119; OGH 8 ObA 268/94 RdW 1995, 147 f.

13) *Grillberger in Löschnigg* (Hrsg), AngG II⁶ § 27 Rz 149.

14) OGH 9 ObA 154/95 ARD 4730/21/96; 9 ObA 163/93 ZAS 1994, 133 (*Gillinger*).

15) OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1998, 148 (*Schnorr*).

16) ZB OGH 8 ObA 254/94 *ecolex* 1994, 637.

17) Vgl OGH 17. 1. 1996, 9 ObA 8/96.

18) Anders ist die Urlaubsfrage nach deutschem Arbeitsrecht zu beurteilen, wo der AN bei „naturkatastrophenbedingten“ Verspätungen – wie auch sonst wegen der diesbezüglich nicht vergleichbaren Rechtslage bei faktischen Verhinderungen – keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat und daher ein Auffangen von Fehltagen durch Urlaubstage bei Berücksichtigung der urlaubsrechtlichen Grundsätze in Frage kommt. Vgl dazu *Gutzeit*, Aschestaub und Arbeitsrecht, NZA 2010, 618 f.

19) Auch ändert ein tatsächlicher Urlaubsgenuss mE nichts daran, dass die vorliegende tatsächliche Dienstverhinderung eine – hier nicht zu behandelnde – Entgeltfortzahlung des AG iSd § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154 b Abs 5 ABGB auslöst. Relevant könnte mE ein tatsächlicher Urlaubsgenuss des AN nur für die Beantwortung der Frage sein, *wie lange* der Entgeltfortzahlungsanspruch zuzuerkennen ist.

weiteren Urlaubsgenuss geschlossen werden. Vielmehr wären in einem derartigen Fall die Tage der tatsächlichen Dienstverhinderung nicht auf den Urlaub anzurechnen. Generell ist von einer konkludenten Zustimmung des AN nur dann auszugehen, wenn sein Verhalten keine Zweifel offen lässt.²⁰⁾ Liegen – Entgeltfortzahlung auslösende – tatsächliche Verhinderungsgründe vor, kann aber keinesfalls auf die konkludente Zustimmung des AN, weiteren Gebührenurlaub in Anspruch zu nehmen, geschlossen werden. Denn selbst eine ausdrückliche Zustimmung eines uninformatierten AN, wegen der Verzögerungen bei der Rückreise weiteren Gebührenurlaub zu konsumieren, um damit die verspätete Rückkehr aufzufangen, führt nicht zu einer rechtswirksamen Urlaubsvereinbarung. Für Zeiträume, in denen sonstige, die Entgeltfortzahlung auslösende und im Voraus bekannte Dienstverhinderungsgründe vorliegen, kann nämlich gem § 4 Abs 2 UrlG **keine rechtswirksame Urlaubsvereinbarung** geschlossen werden.

Gegen eine einvernehmliche Verlängerung des Urlaubes spricht aber mE dann nichts, wenn sich zB der AN dazu entscheidet, noch etwas länger an seinem Urlaubsort zu verbleiben, anstatt sich zB tage- und nächtelang den chaotischen Zuständen an ausländischen Flughäfen auszusetzen und abzuwarten, bis eine Heimreise möglich ist, oder stundenlang an Bahnhöfen in Warteschlangen zu stehen, um ein Ticket für die Heimfahrt zu ergattern.

Umgekehrt gefährdet der AN seinen Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn er sich zB nach Kenntnisnahme vom Flugverbot gar nicht darum kümmert, ob eine alternative Verkehrsverbindung gegeben und zumutbar ist. Wer in Wien arbeitet und in Venedig festsetzt, hat diesbezüglich natürlich andere Pflichten als ein Urlauber, der von Bali nicht wekommt.

C. Entgeltfortzahlung

1. Preisgefahr nach allgemeinem Zivilrecht

Nach der Sphärentheorie des allgemeinen Zivilrechts muss jeder Vertragsteil die Gefahr aller Umstände tragen, die der eigenen Sphäre zuzurechnen sind.²¹⁾ Der Schuldner haftet, wenn das Unmöglichwerden der Leistung in seine Sphäre fällt. Das ist dann der Fall, wenn er oder sein Gehilfe die Unmöglichkeit der Leistung (vorsätzlich oder fahrlässig) verschuldet oder sonst zu vertreten hat.²²⁾ Demnach haftet der Schuldner, wenn die Sache während eines von ihm verschuldeten Verzugs durch Zufall untergeht oder wenn er keine geeigneten Maßnahmen setzt, um den Untergang der Sache zu verhindern.²³⁾

Fällt die Unmöglichkeit der Leistung in die **neutrale Sphäre**, werden die gegenseitigen Verbindlichkeiten aufgehoben.²⁴⁾ Wird die Erbringung der geschuldeten Leistung nachträglich zufällig unmöglich, entfällt sowohl der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung als auch der Anspruch des Schuldners auf sein Entgelt.²⁵⁾

Der **Gläubiger** haftet, wenn die Unmöglichkeit der Leistung in seine **Sphäre** fällt. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger den vereinbarten Erfolg selbst herbeiführt und so die Erfüllung durch den Schuldner un-

möglich macht, oder die Erfüllung des Vertrages durch Verschulden des Gläubigers unmöglich wird (der Gläubiger unterlässt zB seine notwendige Mitwirkung an der Erfüllung der Leistung)²⁶⁾ oder schließlich, wenn die Erbringung der Leistung zufällig untergeht, während sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet (die Gefahr des zufälligen Untergangs geht vor Erbringung der Leistung ausnahmsweise schon auf den Gläubiger über, wenn der Gläubiger die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht angenommen hat).²⁷⁾

2. Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB

a) Gesetzlicher Tatbestand des § 1155 ABGB

§ 1155 ABGB knüpft an diese Sphärentheorie an und regelt einen Entgeltanspruch, wenn der AN im aufrechten Dienstverhältnis leistungsbereit ist, an der Aufnahme seiner Arbeit aber „*durch Umstände verhindert ist, die auf der Seite des AG liegen*“. Der AN muss sich anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist unklar, wann Umstände nicht bzw nicht mehr „*auf Seiten des Dienstgebers*“ liegen und damit der neutralen Sphäre zuzurechnen sind. Liegen die Gründe in der Sphäre des AN und ist der AN aus diesem Grund nicht arbeitsbereit, kann es zur Entgeltfortzahlung gem § 1154b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG kommen. Eine Entgeltfortzahlungspflicht gem § 1155 ABGB besteht dann, wenn das Unterbleiben der Dienstleistung dem AG zuzurechnen und der AN arbeitsbereit ist, was grds auch bei „*höherer Gewalt*“ der Fall sein kann. Der OGH vertrat in einer Entscheidung aus 1987²⁸⁾ die Auffassung, dass „*höhere Gewalt*“ dann nicht in die AG-Sphäre fällt, wenn sie neben dem einzelnen Unternehmen auch die Allgemeinheit trifft. Die Entgeltfortzahlungspflicht des AG hängt – nach dieser Ansicht – bei Unterbleiben der Dienstleistung infolge von Seuchen, Hochwasser, Erdbeben oder Energiemangel von der jeweiligen Ausdehnung der Störung bzw vom Aspekt der Allgemeinbetroffenheit²⁹⁾ ab. Demnach fallen nur lokale Überschwemmungen, nicht aber großflächige in die Risikosphäre des AG. Geht die auf höhere Gewalt zurückzuführende Störung in ihrer Auswirkung über die Sphäre des AG hinaus und betrifft in vergleichbarer Weise die Allgemeinheit, hat der AG keine Entgeltfortzahlungspflicht. Auch wenn es unbillig erscheinen würde und volkswirtschaftlich unvorteilhaft wäre, dem AG und nicht der Allgemeinheit (zB in Form von staatlichen Entschädigungszahlungen) das Risiko

20) Auch im Arbeitsrecht sind die allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen für konkludente Willenserklärungen gem § 863 ABGB zu erfüllen.

21) Vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 164.

22) §§ 920, 921 ABGB.

23) Vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2007) 47.

24) § 1447 ABGB.

25) Vgl § 1447 ABGB.

26) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ 51.

27) Vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ 51.

28) OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1988, 167 (Schnorr); 9 ObA 42/88 Arb 10.702.

29) Krejci in Rummel, ABGB⁸ § 1155 Rz 17.

bei Elementarereignissen aufzubürden, ist es aus der Sicht des AN nicht sehr einleuchtend, dass sein Entgeltanspruch davon abhängig ist, ob neben dem AG auch die Allgemeinheit betroffen ist. Neben dem Kriterium der Ausdehnung der Naturkatastrophe stellt die Rsp für die Frage der Entgeltfortzahlung darauf ab, ob sich im Zusammenhang mit Elementarereignissen das typische Betriebsrisiko des AG verwirklicht. Für einen in einem Gebirgstal der Obersteiermark gelegenen Betrieb sind durch starken Schneefall bedingte Ausfälle nicht betriebsuntypisch,³⁰⁾ weshalb dem AG das Entgeltrisiko zugewiesen wird. In der **Lehre** wird zur Abgrenzung der Sphären im Wesentlichen auf unterschiedliche Theorien abgestellt, die lokalisierende Theorie einerseits und die Einflusstheorie³¹⁾ bzw Zurechnungstheorie³²⁾ andererseits.

- Nach der mittlerweile überholten **lokalisierenden Theorie** kommt es darauf an, in welchem Bereich der der Arbeitsleistung entgegenstehende Hinderungsgrund aufgetreten ist.³³⁾ In die Sphäre des AG fallen demnach all jene eine Dienstverhinderung auslösenden Ereignisse, die die Person des AG, sein Unternehmen, die Organisation und den Ablauf des Betriebes, die Zufuhr von Rohstoffen, Energien und sonstigen Betriebsmitteln, die erforderlichen Arbeitskräfte, die Auftragslage, die Absatzlage sowie die rechtliche Zulässigkeit der betrieblichen und unternehmerischen Tätigkeit betreffen.³⁴⁾
- Nach der wohl herrschenden **Zurechnungstheorie** (die ausgehend von der Einflusstheorie entwickelt wurde), wird davon ausgegangen, dass der AG die Zurechnung des die Dienstleistung verhindernden Umstandes, der in der Person, im Unternehmen oder im Vermögen des AG aufgetreten ist, und damit die Entgeltfortzahlungspflicht abwenden kann, wenn er beweisen kann, dass der AN eine stärkere Beziehung zu dem den Arbeitsausfall bewirkenden Risiko hatte als er.³⁵⁾
- Nach der **Einflusstheorie** wird darauf abgestellt, ob das Ereignis für den AG vorhersehbar war und er die Möglichkeit gehabt hätte, durch organisatorische Maßnahmen zu reagieren.³⁶⁾ Nach dieser Ansicht hat zB der AG, der einen Unternehmensstandort in einem lawinengefährdeten Bereich wählt, für das Nichtzustandekommen der Dienstleistung infolge des Abgangs einer Lawine einzustehen. Muss ein Schiliftbetreiber den Liftbetrieb wegen hoher Lawinengefahr einstellen, trägt er – nach dieser Ansicht – das Entgeltrisiko gem § 1155 ABGB. Dasselbe gilt für Hotels im Schigebiet, die wegen hoher Lawinengefahr gesperrt werden müssen. Betriebe an hochwassergefährdeten Gebieten an der Donau müssen bei Unterbleiben der Arbeit aufgrund eines Hochwassers das Entgeltfortzahlungsrisiko genauso tragen, wie ein auf einer Ölplattform stationiertes Unternehmen, das aufgrund einer Hurrikan-Warnung seine AN abziehen muss.

Beispiele aus der Rsp: AN eines witterungsbedingt vorübergehend stillgelegten Betriebes haben einen Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 1155 ABGB.³⁷⁾ Das Gleiche gilt für einen Lehrling, der im Baugewerbe witterungsbedingt nicht beschäftigt werden kann.³⁸⁾

Das Unterbleiben der Dienstleistung aufgrund eines Schneechaos in einem Betrieb, der in einem Gebirgstal gelegen ist, ist dem AG zuzurechnen.³⁹⁾ AN, die infolge eines nicht regelmäßig auftretenden Hochwassers ihre Arbeit im Betrieb nicht aufnehmen konnten, wurde der Entgeltfortzahlungsanspruch versagt.⁴⁰⁾

b) Abbedingung des § 1155 ABGB

§ 1155 ABGB ist in § 1164 ABGB nicht als einseitig zwingende Bestimmung genannt und daher grds dispositiv. KollV und Arbeitsverträge können daher die Entgeltfortzahlungsansprüche gem § 1155 ABGB modifizieren. Vor allem in ArbeiterkollV ist sehr häufig die Dauer des Anspruches limitiert (zB der Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn aufgrund einer Betriebsstörung nicht gearbeitet werden kann, ist sehr häufig auf eine oder mehrere Wochen beschränkt). Bei Überlassungen gilt allerdings § 10 Abs 2 AÜG⁴¹⁾ zwingend.

Bei einer **arbeitsvertraglichen Abbedingung** ist zu prüfen, ob die Abbedingung vor dem Hintergrund des § 879 ABGB zulässig ist. Nichtigkeit gem § 879 ABGB kann vorliegen, wenn das Abbedingen gegen den Zweck einer Verbotsnorm verstößt oder wegen Überwälzung des Unternehmerrisikos als sittenwidrig zu qualifizieren ist.

Eine sittenwidrige Überwälzung des Unternehmerisikos liegt bspw vor, wenn mit einem AN eine Vereinbarung von Arbeit auf Abruf getroffen wird, nach der Zeiten der Rufbereitschaft nicht angemessen abgegolten werden, sodass das Risiko der Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB unzulässig auf den AN übertragen wird und der AN das Risiko der Nichtbeschäftigung aus betrieblichen Gründen trägt (umsatzschwache Zeiten etc). Rahmenarbeitsverträge, die weder eine Vereinbarung über das Ausmaß noch über die Lage der Arbeitszeit enthalten, weil die tatsächlichen Arbeitseinsätze im Einzelnen – je nach Bedarf des AG – vereinbart werden sollen und eine Entgeltspflicht des AG nur für konkret zustande gekommene Arbeitseinsätze entstehen soll, sind infolge einer unzulässigen Abbedingung des § 1155 ABGB sittenwidrig.⁴²⁾ Unzulässig ist eine Abbedingung des § 1155 ABGB vor allem dann, wenn der Entgeltanspruch schon bei „betriebstypischen“ Unsicherheiten des Geschäftsverlaufes (zB wechselnder Kundenfrequenz) oder bei Störungen, die der AG verschuldet hat, entfallen soll. Keine Bedenken bestehen mE bei der Abbedingung des § 1155 ABGB im Falle

30) OGH 9 ObA 42/88 Arb 10.702 – laut Sachverhalt kam zutreffend (auch) mangels Arbeitsbereitschaft des AN ein Anspruch gem § 1155 ABGB nicht in Betracht, zutreffend wurde ein Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 1154 b ABGB bejaht.

31) *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1155 Rz 14.

32) *Schrammel in Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁷ (2011) 159.

33) *Schrammel AR II*⁷ 159 (verweist auf die früher herrschende lokalisierende Theorie).

34) OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1988/21, 167 (*Schnorr*).

35) *Schrammel*, AR II⁷ 159.

36) *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1155 Rz 14.

37) VwGH 471/62 Arb 7764.

38) OGH 4 Ob 39/83 ZAS 1983, 227 (*Andexlinger/Filzmoser*).

39) OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1988, 167 (*Schnorr*).

40) EA St. Pölten Reg I 97/24/4 Arb 3320.

41) „Ist eine Arbeitskraft nachweislich zur Leistung bereit und kann sie nicht oder nur unter dem vereinbarten Ausmaß beschäftigt werden, gebührt das Entgelt auf Basis der vereinbarten Arbeitszeit.“

42) Vgl dazu *Heilegger*, Rahmenarbeitsverträge und Arbeit nach Bedarf – gesetzliche Schranken, *öRdA* 2011, 293 ff.

von für den Betrieb untypischen und nicht vorhersehbaren Störungen (zB Brand, Lieferstörungen aufgrund politischer Störungen). Auch ist die zeitliche Beschränkung des Entgeltfortzahlungsanspruches gem § 1155 ABGB zulässig. Eine Vereinbarung, wonach bspw für länger andauernde Störungen die Entgeltfortzahlung auf die ersten zwei Wochen beschränkt wird, ist mE zulässig.

Ob eine zulässige Abbedingung des § 1155 ABGB vorliegt oder bereits eine unzulässige Überwälzung des Unternehmerrisikos, ist anhand einer Abwägung der Interessen des AG an der Abbedingung der Entgeltfortzahlungspflicht mit den Interessen des AN an der Belassung der Entgeltfortzahlungspflicht beim AG zu beurteilen. Für die Zulässigkeit der Abbedingung spricht es, wenn dem AN gleichzeitig mit der Abbedingung gewisse zusätzliche Vorteile eingeräumt werden (zB der AN darf uneingeschränkt anderweitigen Verdienstmöglichkeiten nachgehen), insb, wenn das Risiko für den AN kontrollierbar und kalkulierbar ist. Ein AN, der eine zulässige Nebenbeschäftigung ausübt, kann während einer Dienstfreistellung die entstehenden Entgelteinbußen kompensieren. Zu prüfen ist auch, inwieweit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des AG durch die Belassung des Entgeltrisikos in seiner Sphäre beeinträchtigt wird. Die Überwälzung von betriebstypischen Risiken ist idR unzulässig. Eine angemessene zeitliche Beschränkung der Entgeltfortzahlung ist nicht zu beanstanden, sodass es unproblematisch ist, wenn der AG für den Fall von Betriebsstörungen das Entgeltisiko auf einen bestimmten Zeitraum (zB zwei Wochen) beschränkt.

3. Entgeltfortzahlung gem § 1154 b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG

Im österreichischen Arbeitsrecht wird die allgemeine Sphärentheorie, wonach jeder Vertragsteil die Gefahr aller Umstände zu tragen hat, die der eigenen Sphäre zuzurechnen sind, durch § 1154 b Abs 5 ABGB und § 8 Abs 3 AngG modifiziert. Zusätzlich zur Tragung des Entgeltrisikos gem § 1155 ABGB, wonach der AG – wie oben ausgeführt – das Entgeltrisiko trägt, wenn die Dienstleistung aus Gründen unterbleibt, die auf seiner Seite liegen und der AN zur Dienstleistung bereit ist, verpflichten § 1154 b Abs 5 ABGB und § 8 Abs 3 AngG den AG auch dann zur Entgeltfortzahlung, wenn das Unterbleiben der Dienstleistung klar der Sphäre des AN zuzurechnen und der AN nicht arbeitsbereit ist.⁴³⁾ Eine Begrenzung der Entgeltfortzahlung des AG ergibt sich aus § 1154 b Abs 5 ABGB und § 8 Abs 3 AngG insofern, als kein Verschulden des AN⁴⁴⁾ am Unterbleiben der Dienstleistung vorliegen und die Verhinderung nur „während einer verhältnismäßig kurzen Zeit“ bestehen darf.

a) Gründe für die Dienstverhinderung in der AN-Sphäre

Im Unterschied zu § 1155 ABGB setzt § 1154 b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG die Arbeitsbereitschaft des AN nicht voraus. § 1154 b Abs 5 ABGB und der gleichlautende § 8 Abs 3 AngG regeln also den Entgeltanspruch des AN, wenn das Unterbleiben der Dienst-

leistung der Sphäre des AN zuzurechnen ist, wobei jedoch die individuelle Betroffenheit des AN genügt. Nach dem Wortlaut des § 1154 b Abs 5 ABGB bzw des § 8 Abs 3 AngG ist nämlich auf (andere) wichtige Gründe abzustellen, die die Person des AN betreffen. Das Tatbestandsmerkmal der individuellen Betroffenheit ist weiter zu verstehen als das Kriterium der von § 1155 ABGB geforderten, auf der Seite des AG liegenden Umstände.⁴⁵⁾ Nach Lehre und Rsp sind nicht nur Gründe relevant, die in der Person des AN entstanden sind, sondern auch Gründe, die ihn durch unmittelbare Einwirkung an der Dienstleistung hindern oder nach Recht, Sitte oder Herkommen wichtig genug erscheinen, um den AN von der Dienstleistung abzuhalten (s dazu oben Punkt C.1.).

b) Verhältnismäßig kurze Zeit iSd § 1154 b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG

§ 1154 b Abs 5 ABGB und § 8 Abs 3 AngG verpflichten den AG zur Entgeltfortzahlung, wenn die Verhinderung eine „verhältnismäßig kurze Zeit“ dauert. Weder § 8 Abs 3 AngG noch § 1154 b Abs 5 ABGB⁴⁶⁾ definieren diesen unbestimmten Begriff näher. Die hM beruft sich auf die bis zum ARÄG 2000 in § 1154 b ABGB vorgesehene Frist von einer Woche pro Anlass,⁴⁷⁾ die als Richtschnur heranzuziehen sei. Da eine derartige absolute Frist im Gesetz nicht (mehr) vorgesehen⁴⁸⁾ ist, ist die Frage, ob eine „verhältnismäßig kurze Zeit“ überschritten wird, nach den Besonderheiten jedes Einzelfalles zu bewerten. Als Anhaltspunkt für eine Begrenzung nach oben kann davon ausgegangen werden, dass der Entgeltfortzahlungszeitraum bei anderen die Person des AN betreffenden Verhinderungsgründen jedenfalls deutlich unter dem in § 8 Abs 1 AngG bzw § 1154 b Abs 1 ABGB geregelten Zeitraum von sechs Wochen liegen muss. Neben den Besonderheiten des Einzelfalles ist auch auf die Dauer des Dienstverhältnisses Rücksicht zu nehmen ist.⁴⁹⁾ Einem AN, der von einer im Auftrag und im Interesse des AG unternommenen Dienstreise nicht zurückkehren kann, wird bspw ein längerer Zeitraum zuzugestehen sein als einem AN, der in einem von ihm selbst gewählten Urlaubsort festsetzt.

Weiters ist § 1154 b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG dahingehend unklar, ob im Fall eines über eine „verhältnismäßig kurze Zeit“ hinaus dauernden Verhinderungsgrundes der Entgeltanspruch zur Gänze entfällt

43) Vgl § 1154 ABGB und § 8 AngG.

44) Nach hL beseitigt schon leichtes (und nicht erst qualifiziertes) Verschulden den Entgeltanspruch gem § 1154 b Abs 5 ABGB – vgl dazu *Krejci in Rummel*, ABGB³ I § 1154 b Rz 33; *Melzer-Azodanloo in Löschnigg*, AngG I⁸ § 8 Rz 217; *Holzer*, Die Dienstverhinderung aus anderen wichtigen, die Person des Dienstnehmers betreffenden Gründen, öRdA 1970, 119.

45) Vgl OGH 9 ObA 202/87 ZAS 1988, 170 (*Schnorr*).

46) Seit dem ARÄG 2000 (BGBl I 2000/44), davor enthielt § 1154 b ABGB eine Höchstdauer von einer Woche.

47) *Drs in ZellKomm* § 8 AngG Rz 156, 157; *Vogt in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Kap XII Rz 92.

48) In der Stellungnahme der Industriellenvereinigung vom 11. 4. 2000, Seite 2/4 wird noch dafür eingetreten, dass die Wochenfrist beibehalten werden soll. *Holzer* (in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 8 Rz 60) meint, dass in § 8 Abs 3 AngG die einwöchige Frist bewusst mit der Begründung fallen gelassen worden sei, dass bei Verschiedenartigkeit der Verhältnisse eine von vorher festgelegte zeitliche Begrenzung nicht empfehlenswert sei.

49) Vgl dazu auch *Krejci in Rummel*, ABGB I⁸ § 1154 b Rz 40.

oder ob die Entgeltfortzahlungspflicht des AG in derartigen Fällen teilweise besteht, nämlich während der „*verhältnismäßig kurzen Zeit*“ und für den darüber hinaus gehenden Zeitraum eben nicht. Der hL⁵⁰⁾ ist zuzustimmen, dass in Fällen einer länger dauernden Dienstverhinderung der Entgeltfortzahlungsanspruch nur für jenen Zeitraum entfällt, der die „*verhältnismäßig kurze Zeit*“ übersteigt. Es wäre in keiner Weise nachvollziehbar, weshalb ein AN, der wegen einer Flugsperre vier weitere Tage an seinem Urlaubsort verbleiben „muss“, Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat, während einem AN, der – ebenso ohne sein Verschulden – mit einer erst vierzehntägigen Verspätung seinen Dienst wieder antreten kann, der Anspruch für die *gesamte* Zeitspanne versagt bleiben soll.

c) Regelung der Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 3 AngG in Angestellten-KV

In der Praxis machen die KollV-Parteien sehr häufig von der Möglichkeit Gebrauch, die Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung aus „*anderen wichtigen, die Person betreffenden*“ Gründen zu regeln. Die meisten KollV enthalten Listen, die den Verhinderungsgrund mit der dazugehörigen Dauer der Entgeltfortzahlung regeln.⁵¹⁾

§ 8 Abs 3 AngG ist im Unterschied zu § 1154b Abs 5 ABGB nicht kollektivvertragsdispositiv und entfaltet zu Gunsten der AN eine relativ zwingende Wirkung, sodass die Entgeltfortzahlungsbestimmungen des § 8 Abs 3 AngG durch KollV zu Lasten der AN nicht abbedungen werden können. AngestelltenKollV-Bestimmungen können daher nur *Mindestansprüche* bei anderen wichtigen, die Person des AN betreffenden Hinderungsgründen regeln. Ein Angestellter kann sich daher ohne weiteres auch auf nicht im KollV erwähnte, seine Person betreffende Hinderungsgründe berufen und Entgeltfortzahlung „*während einer verhältnismäßig kurzen Zeit*“ verlangen kann. Auch eine Regelung der Anspruchsdauer kann in AngestelltenkollV nur eine *Mindestdauer* bedeuten, weshalb ein Angestellter – bei entsprechendem Nachweis – einen über den KollV hinausgehenden zeitlichen Mehraufwand unter Zugrundelegung der einseitig zu seinen Gunsten zwingenden Gesetzesbestimmung fordern⁵²⁾ kann, dies jedoch auch nur für „*verhältnismäßig kurze Zeit*“ (s Punkt 3.b).

d) Regelungen der Entgeltfortzahlung gem § 1154 b Abs 5 ABGB in Arbeiter-KV

Anders als § 8 Abs 3 AngG ist § 1154b Abs 5 ABGB kollv-dispositiv und entfaltet keine zu Gunsten des AN relativ zwingende Wirkung. Dies hat zur Folge, dass die Entgeltfortzahlungsansprüche gem § 1154b Abs 5 ABGB durch KollV zu Lasten des AN abbedungen werden können. Im ArbeiterkollV ist daher im Unterschied zu AngestelltenkollV eine abschließende Regelung von Hinderungsgründen voll rechtswirksam. Auch kann in ArbeiterkollV – anders als in AngestelltenkollV – die maximale Anspruchsdauer (einseitig) zwingend geregelt werden. Der Anwender steht daher vor der Herausforderung, diese Bestimmungen in ArbeiterkollV dahingehend zu interpretieren, ob es sich nun um eine abschließende,⁵³⁾ § 1154b Abs 5 ABGB zur Gänze verdrängende oder um eine bloß demons-

trative Aufzählung handelt, neben der § 1154b Abs 5 ABGB bestehen bleibt.

e) Rechtsprechung zur Lohnfortzahlungsbestimmung im Handelsarbeiter-KollV

Der OGH⁵⁴⁾ hatte sich vor mehr als 40 Jahren mit der Auslegung der Lohnfortzahlungsbestimmung des Punkt X des Kollektivvertrages für die Handelsarbeiter Österreichs (in der im Oktober 1969 in Kraft stehenden Fassung) zu befassen. Der Handelsarbeiter-KollV regelte (in der damals anzuwendenden Fassung) in Punkt X⁵⁵⁾ die Fortzahlung des Lohnes bei Arbeitsverhinderung. Die Absätze 1 bis 4 sahen Entgeltfortzahlungstatbestände betreffend Krankheit und Unglücksfall vor. Absatz 5 regelte detailliert einige anerkannte familiäre Verhinderungsgründe mit gleichzeitiger Angabe der Dauer der Dienstverhinderung. Andere Verhinderungsgründe, wie zB die Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung, notwendige Behördenwege oder sonstige tatsächliche Hinderungsgründe, waren überhaupt nicht geregelt. Der OGH schloss aus dem Umstand, dass die familiären Verhinderungsgründe im KollV detailliert, alle sonstigen, nicht auf familiären Verpflichtungen beruhenden Verhinderungsgründe dagegen überhaupt nicht geregelt waren, dass mit der KollV-Regelung nur familiäre Verhinderungsgründe abschließend geregelt seien. Ein Entgeltfortzahlungsanspruch wegen familiärer Verhinderungsgründe bestehe daher nur insofern, als sich der Anspruch aus der kollv Regelung ergebe. Mangels Hinweises darauf, dass von der kollektivvertraglichen Regelung auch alle anderen wichtigen, die Person des AN betreffenden Verhinderungsgründe iSd § 1154b Abs 5 ABGB umfasst werden sollten, sei aber nicht von einer taxativen Aufzählung aller wichtigen Verhinderungsgründe auszugehen. Der OGH ging vielmehr davon aus, dass für Fälle anderer (nicht auf familiären Verpflichtungen beruhender) Verhinderungen keine kollv Regelung getroffen wurde, weshalb in diesem Umfang die gesetzliche Regelung einzugreifen hätte. Der Anspruch des klagenden AN auf Lohnfortzahlung während der Dienstverhinderung wegen der Teilnahme an einer Inspektion und Instruktion nach § 33a WehrG wurde daher damals vom OGH bejaht.

f) Auslegung von Lohnfortzahlungsbestimmungen im Handelsarbeiter-KollV/Metaller-KollV

In der nunmehr in Geltung stehenden Fassung des KollV für Handelsarbeiter werden auch andere – nicht

50) Vgl zB *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 8 Rz 60; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 8 Rz 214; *Drs* in *Zell-Komm* § 8 AngG Rz 158.

51) Solche Bestimmungen und Kataloge gibt es auch in Angestellten-KollV, doch *können* diese – wie gesagt – nicht taxativ sein. Außerdem enthalten die diversen im KollV hervorgehobenen (idR familiären) Ereignisse von besonderer Bedeutung standardisierte Freistellungszeiträume, die so gut wie immer tendenziell eine Besserstellung des AN gegenüber dem bedeuten, was ihm nach dem Gesetz zustünde.

52) Vgl *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 8 Rz 214 mwN.

53) Die Mat zum ARÄG (ErläutRV 91 BlgNR 21. GP 15) verweisen ausdrücklich darauf, dass bei taxativen Regelungen eine Berufung auf § 1154b ABGB ausscheidet.

54) 2 Cg 1/70 Arb 8753.

55) KollV-Bestimmungen zitiert nach Arb 8753.

familiär bedingte Verhinderungsgründe – ausdrücklich geregelt. Punkt XII 2. lautet: „**Anspruch auf Freizeitgewährung**⁵⁶⁾ bei Entgeltfortzahlung besteht innerhalb eines Dienstjahres bis zum Höchstmaß der für den betreffenden AN jeweils geltenden wöchentlichen Normalarbeitszeit a) für Zeiten einer nachweislich notwendigen ärztlichen, zahnärztlichen oder zahntechnischen Behandlung, b) für Zeiten der Befolgung von Vorladungen zu Behörden, Ämtern und Gerichten“. ...

In Punkt XII 3. des Kollektivvertrags sind **familiäre Verhinderungsgründe** jeweils mit Angabe der Dauer der zu gewährenden Dienstverhinderung angegeben. In der nunmehr geltenden Fassung sind demnach neben familiären Gründen auch öffentlich-rechtliche Verhinderungsgründe sowie Verhinderungsgründe wegen notwendiger Arzttermine⁵⁷⁾ geregelt. Nach wie vor sind aber die sog. „**tatsächlichen Hinderungsgründe**,⁵⁸⁾“ bspw. wenn ein AN wegen einer Verkehrsstörung oder wegen eines Naturereignisses (zB infolge der vulkanaschebedingten Flugverbote in Europa vor eineinhalb Jahren) nicht zur Arbeit erscheinen kann, nicht geregelt.⁵⁹⁾ Insbesondere nach dem Wortlaut von Punkt IX 2. kann nicht davon ausgegangen werden, dass im KollV alle sonstigen wichtigen Gründe des § 1154b Abs 5 ABGB abschließend geregelt sind.⁶⁰⁾ Punkt 2. regelt den „**Anspruch auf Freizeitgewährung**“. Die „**tatsächlichen Hinderungsgründe**“ passen nicht in diese Fallgruppe. Bei Hinderungsgründen aufgrund „Sitte und Herkommen“ und rechtlichen Hinderungsgründen ist jeweils im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Interesse des AN an bezahlter Freizeit und dem Interesse des AG an der Erbringung der Arbeitsleistung vorzunehmen.⁶¹⁾ Dem AN ist in diesen Fällen ein Anspruch auf Freizeit zu gewähren, weil in seiner Sphäre ein so wichtiges Interesse vorliegt, das höher zu bewerten ist als der Nachteil des AG durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung für den erforderlichen „**verhältnismäßig kurzen**“ Zeitraum. Kann der AN wegen eines Schneechaos oder wegen Flugverbots infolge von Naturkatastrophen seinen Arbeitsplatz nicht erreichen, geht es nicht um Freizeitgewährung, sondern um einen Hinderungsgrund, der den AN wegen unmittelbarer Einwirkung faktisch darin hindert, seinen Dienst anzutreten, wobei hier der AN idR kein Wahlrecht zwischen Arbeitsverrichtung und Fernbleiben vom Dienst hat. Es sprechen mE die besseren Argumente dafür, dass faktische Verhinderungsgründe nicht abbedungen wurden, weil diese Fallgruppe der Hinderungsgründe im KollV überhaupt nicht angesprochen wurde, sodass sich die dem Handelsarbeiter-KollV unterliegenden AN im Falle einer faktischen Dienstverhinderung auf § 1154b Abs 5 ABGB berufen können.

Der Arbeiter-Kollektivvertrag für die eisen- und metallherzeugende und -verarbeitende Industrie (Metaller-KollV) regelt bspw. unter der Überschrift „**Andere Entgeltfälle** (§ 1154b ABGB)⁶²⁾“ beginnend mit Punkt 6 bis Punkt 13 zunächst anerkannte familiäre Hinderungsgründe mit gleichzeitiger Angabe der Dauer der zu gewährenden Freizeit. Einleitend heißt es: „**Der AN hat Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts, wenn er durch **folgende Fälle**⁶³⁾ an der Leistung seiner Dienste gehindert wird**“. Punkt 14 lautet: „**Der AN behält ferner den Anspruch auf das Entgelt, wenn er durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Leistung der Arbeit verhindert wird. Das gilt insbesondere [...]**“.

Hier wird also der Gesetzestext zitiert. Aus dem Wort „**insbesondere**“ ergibt sich klar, dass keine taxative Aufzählung von anderen (nicht in Punkt 6 bis 13 des KollV genannten familiären) Verhinderungsgründen erfolgen soll. Nur die in Punkt 6 bis 13 genannten familiären Verhinderungsgründe sind – bei gleichzeitiger Angabe der maximalen Anspruchsdauer – detailliert und abschließend geregelt, sodass sich der AN nicht auf weitere nicht in Punkt 6 bis 13 des KollV genannte **familiäre** Gründe berufen kann. **Tatsächliche** Hinderungsgründe kommen hingegen auch im Rahmen dieser KollV-Bestimmungen überhaupt nicht vor (siehe oben). Schon aufgrund des Hinweises auf den demonstrativen Charakter⁶⁴⁾ der Aufzählung in Punkt 14 des KollV ist nicht von einer Abbedingung der tatsächlichen Hinderungsgründe iSd § 1154b Abs 5 ABGB auszugehen. Ein dem Arbeiter-KollV unterliegender AN könnte sich bspw. im Fall einer faktischen Dienstverhinderung auf einen Entgeltanspruch gem § 1154b Abs 5 ABGB berufen. Nur eine Berufung auf andere im KollV nicht geregelte familiäre Verhinderungsgründe scheidet aus.⁶⁵⁾ →

56) Hervorhebung durch den Autor.

57) In der Lehre werden derartige Verhinderungsgründe unter den Begriff „**Gründe nach Sitte und Herkommen**“ subsumiert – vgl. dazu zB Drs in ZellKomm § 8 AngG Rz 133 f.

58) Vgl. Drs in ZellKomm § 8 AngG Rz 144.

59) Das dürfte vor allem daran liegen, dass wegen der theoretisch unendlichen Vielfalt an Sachverhaltskonstellationen jede taxative Aufzählung eine gewisse Willkür in sich birgt und die KollV-Partner dies anscheinend auch so sehen.

60) Nur daraus, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf den demonstrativen Charakter der Regelung, etwa durch die Worte „**insbesondere**“ oder „**zB**“, fehlt, kann mE noch nicht auf eine taxative Aufzählung geschlossen werden (so aber OGH 4 Ob 9/67 öRdA 1968, 31).

61) Drs in Resch, Fragen der Lohnfortzahlungspflicht 42.

62) Gemeint sind die Entgeltfortzahlungsfälle des Abs 5.

63) Hervorhebung durch den Autor.

64) „**Das gilt insbesondere [...]**“.

65) Vgl. dazu OGH 4 Ob 28/70 Arb 8753.

→ In Kürze



Wird ein Betrieb infolge einer Naturkatastrophe lahmgelegt, ist der AG für die Dauer der Störung zur Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB verpflichtet, der auch eine Anrechnungsregel enthält. Bleibt hingegen der Betrieb des AG vom Ereignis verschont und ist nur der AN nicht in der Lage, seinen Arbeitsplatz zu erreichen, weil er zB infolge eines nach einer Aschewolke verhängten Flugverbotes an einem Flughafen festsetzt, kann sich dieser auf einen Verhinderungsgrund gem § 8 Abs 3 AngG und § 1154 b Abs 5 ABGB berufen und hat ohne Anrechnung Anspruch auf Entgeltfortzahlung für einen (den Umständen entsprechenden) verhältnismäßig kurzen Zeitraum. Bei den §§ 1155 und 1154 b Abs 4 ABGB handelt es sich im Gegensatz zu § 8 Abs 3 AngG um kollektivvertraglich-dispositives Gesetzesrecht. KollV können die Entgeltfortzahlungsansprüche für Arbeiter auch zu deren Lasten innerhalb der guten Sitten beschränken.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. – HSG, ist Gründungspartner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien. Kontaktadresse: Porzellangasse 4 – 6, 1090 Wien. Tel: +43 (0)1 313 74-0, Fax: +43 (0)1 313 74-80, E-Mail: office@ksw.at, Internet: www.ksw.at

Vom selben Autor erschienen (Auszug):

Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 ff; Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern veränderter Vorstandsmitglieder, GES 2011, 259 ff; Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes“ – zugleich Anmerkungen zu OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08 t, in FS Binder (2010) 817 ff; Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand“? GeS 2010, 260 ff; Zusammenspiel zwischen gesetzlicher Pensionsversicherung und betrieblicher Altersvorsorge, in Drs, Betriebspensionsrecht (2008) 235 ff; Manager-Dienstverträge³ (2006), gem mit *Runggaldier*; Umgründungen im Arbeitsrecht (2004).

Literatur:

Resch (Hrsg), Fragen der Entgeltfortzahlung (2004); *Laming*, Sonstige Dienstverhinderungsgründe (2003).