

# TE OGH 2007/1/31 8ObA85/06t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 31.01.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Helwig Aubauer und Dr. Ernst Boran als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Aydin A\*\*\*\*\*\*, vertreten durch NM Norbert Moser Rechtsanwaltsgeellschaft mbH in Klagenfurt, wider die beklagte Partei I\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Müller-Strobl und andere, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen EUR 5.085,93 sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 1. August 2006, GZ 7 Ra 61/06d-15, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Arbeits- und Sozialgericht vom 12. April 2006, GZ 31 Cga 81/05g-10, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 582,92 (darin enthalten EUR 97,16 an USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit EUR 983,74 (darin enthalten EUR 66,62 an USt und EUR 584,- an Pauschalgebühren) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der seit September 1999 bei der Beklagten als Kraftfahrer tätige Kläger äußerte im September 2004 gegenüber der Beklagten, dass er lieber im Lager arbeiten und regelmäßige Arbeitszeiten haben würde. Auch deutete er an, dass er im Geschäftslokal seiner Frau mitarbeiten möchte. In weiterer Folge wurde er im Lager eingesetzt, und zwar beim Schlichten von Isoliergläsern unter anderem mit einem Hallenkran. Da er dafür aber nicht die erforderliche Berechtigung aufwies, wurde er zu anderen einfachen Beladungsarbeiten eingesetzt. Bereits vor seinem Wechsel zum Lagerarbeiter strebte er eine einvernehmliche Auflösung zur Wahrung des Abfertigungsanspruches an, womit die beklagte Partei nicht einverstanden war. Nach seinem Wechsel zu den Lagerarbeiten im Jahr 2004 war er dann 2005 62 Tage im Krankenstand, 2 Tage wurden als unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst verbucht. Da allgemein in diesem Bereich auf Grund der Gefährlichkeit der Tätigkeit eher hohen Krankenstände auftreten, fielen die Krankenstände des Klägers nicht auf. Er klagte dann im Juli 2005 gegenüber seinem Vorgesetzten über Rückenschmerzen und sagte, dass er seine zuletzt ausgeübte Tätigkeit nicht mehr weiter ausüben könne. Er wurde aufgefordert, eine ärztliche Bestätigung über die Rückenprobleme beizubringen, dann würde man weiter sehen. Auf Grund seiner Beschwerden wurde er aber schon vorläufig von den Beladungsarbeiten abgezogen und vorerst bei Reinigungsarbeiten eingesetzt,

bei denen Bruchglas zusammenzukehren war, was aber nicht in großen Mengen und nicht in größeren Gewichten anfiel. Intern überlegte die Beklagte auch, den Kläger auf einen zu schaffenden Arbeitsplatz zur Erstellung von Touren und Ladeleistung zur Optimierung des Arbeitsplatzes einzusetzen, wo er im Wesentlichen keine körperlichen Tätigkeiten, sondern Computerarbeiten zu verrichten gehabt hätte. Sein Vorgesetzter wollte überhaupt vorweg einmal eine entsprechende ärztliche Bestätigung haben und sprach den Kläger darauf auch mehrfach an. Dieser war, nachdem er im Juli 2005 zwei Wochen im Krankenstand war und im August 6 Tage auf Urlaub, ab 1. September bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung des Klägers am 12. 9. 2005 zum 13. 10. 2005 bis auf einmal vier- bzw zwei Tage im Krankenstand. Bei seiner Kündigung am 12. 9. 2005 verwies der Kläger auf „gesundheitliche Gründe“ und dass ihm sein Arzt bestätigt habe, dass er auf Grund eines Bandscheibenvorfalles keine schweren Lasten heben oder tragen könne und sein Arbeitsplatz aber mit solchen Tätigkeiten verbunden sei. Dem legte er auch einen Befund eines Facharztes für Orthopädie und orthopädische Chirurgie bei, aus dem sich ergab, dass beim Kläger seit Jahren immer wiederkehrende belastungsabhängige Schmerzen im Rücken mit Ausstrahlung in beiden Beinen bestanden und zwei Bandscheibenvorfälle diagnostiziert wurden. Weiter wurde empfohlen, dass Heben und Tragen schwerer Gegenstände zu vermeiden. Die Beklagte reagierte auf das Kündigungsschreiben des Klägers mit einem Schreiben, indem sie Kündigung zur Kenntnis nahm, aber darauf hinwies, dass sie dem Kläger mit sofortiger Wirkung einen zumutbaren Ersatzarbeitsplatz im bisherigen Arbeitsbereich zuweise, bei dem das Tragen und Heben schwerer Lasten vermieden werde.

Der Kläger ging auf dieses Anbot eines Ersatzarbeitsplatzes nicht ein, sondern übermittelte weitere ärztliche Befunde, in denen unter anderem eine chronische Lumboischialgie sowie Bandscheibenvorfälle diskutiert und ein Berufswechsel bzw Umschulung empfohlen wurden. Auch verwies er auf HNO-Beschwerden.

Der Kläger begehrte mit seiner Klage die der Höhe nach unstrittige Abfertigung. Er stützt sich dabei darauf, dass er das Dienstverhältnis aufgekündigt habe, weil eine Fortsetzung aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei und er der Beklagten gegenüber mehrmals auf seinen Gesundheitszustand ergebnislos hingewiesen habe. Bei den Be- und Entladearbeiten als Lagerarbeiter habe er Lasten im Ausmaß von 20 kg tragen müssen, was zu vermehrten Krankenständen wegen der Rückenbeschwerden geführt habe. Dies habe er seinem Vorgesetzten auch mitgeteilt und eine andere Tätigkeit begehrte. Bei den Tätigkeiten während seiner Krankenstände bzw den Pflegeurlauben im Geschäft seiner Gattin habe er keine schweren Arbeiten verrichten müssen. Die Fortführung seiner bisherigen Tätigkeit bei der Beklagten sei mit dem Heben und Tragen schwerer Gegenstände verbunden und ihm daher aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich. Ein konkreter anderer Arbeitsplatz sei dem Kläger auch nach seinem Kündigungsschreiben vom 12. 9. 2005 nicht zugewiesen worden. Die Ersatztätigkeit bei den Reinigungsarbeiten sei weder adäquat noch dem Gesundheitszustand des Kläger zuträglich gewesen. Er sei insgesamt zum Austritt aus gesundheitlichen Gründen berechtigt gewesen, da er bei Fortsetzung der Arbeit befürchten habe müssen, dass sich seine Gesundheit verschlechtern werde. Er sei auch nicht verpflichtet gewesen, ein ärztliches Attest vorzulegen. Es wäre allein die Sache der Beklagte gewesen, durch Zuweisung und Anbieten anderer Beschäftigungsmöglichkeiten seine Kündigung zu vermeiden. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass der Kläger schon einige Zeit von sich aus die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber unter Wahrung des Abfertigungsanspruches angestrebt habe. Dem habe die Beklagte nicht entsprochen, jedoch dem Wunsch des Klägers fortan in der Versandabteilung als Lagerarbeiter tätig zu werden. Der Kläger habe vermehrt Krankenstand und Pflegeurlaub in Anspruch genommen und während dieser Zeit im Betrieb seiner Ehegattin gearbeitet und sei nur bei Androhung der Entlassung bereit gewesen, wieder zu seiner Arbeit zurückzukehren. Die Beklagte habe auch nach dem Kündigungsschreiben beabsichtigt, den Kläger mit logistischen Arbeiten in der Versandabteilung zu beschäftigen. Darauf habe der Kläger nicht reagiert. Er sei von der Beklagten vorweg zu Reinigungstätigkeiten eingeteilt und aufgefordert worden, entsprechende ärztliche Bestätigungen vorzulegen. In der Folge sei der Kläger aber nur auf Urlaub oder im Krankenstand gewesen. Das Erstgericht wies das Klagebegehrten ab. Es ging rechtlich im Wesentlichen davon aus, dass sich der Arbeitnehmer grundsätzlich auf den Austrittsgrund des § 82a lit a der GewO über die Gefährdung der Gesundheit bei Fortsetzung der Arbeit berufen könne, wenn er seine Aufklärungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber erfülle. Der Arbeitgeber könne durch Zuweisung oder Anbieten einer anderen Beschäftigung den Austritt vermeiden. Der Kläger sei hier aber seiner Aufklärungsverpflichtung nicht nachgekommen. Die Aufforderung des Vorgesetzten zur Beibringung einer ärztlichen Bestätigung sei legitim, nach deren Vorlage habe die Beklagte ohnehin einen Ersatzarbeitsplatz angeboten. Da der Kläger darauf nicht reagiert habe, habe er auch keinen entsprechenden Austrittsgrund. Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil

erhobenen Berufung des Klägers Folge und änderte es im klagsstattgebenden Sinne ab. Es ging rechtlich dabei davon aus, dass die Gesundheitsgefährdung durch die Art der zu verrichtenden Tätigkeit hervorgerufen werden müsse, um einen Austrittsgrund nach § 82a GewO zu verwirklichen. Es sei zutreffend, dass der Arbeitnehmer vorweg dem Arbeitgeber zwar über seine Arbeitsunfähigkeit aufklären, nicht aber seine Gesundheitsbeeinträchtigung auch schon nachweisen müsse. Dies gelte im Wesentlichen auch, wenn der Arbeitgeber während der Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer ein Änderungsangebot mache. Vor der Kündigung habe die Beklagte dem Kläger nur „vorerst“ die Reinigungsarbeiten zugewiesen. Die endgültige Zuweisung eines Ersatzarbeitsplatzes stelle dies nicht dar. Auf Grund des Kündigungsschreibens sei festgestanden, dass der Kläger die für einen Lagerarbeiter erforderlichen Hebe- und Tragearbeiten nicht mehr verrichten könne. Das darauf folgende Angebot eines Ersatzarbeitsplatzes durch die Beklagte lasse jedoch nicht erkennen, welche konkreten Tätigkeit dem Kläger angeboten werde und ob diese im arbeitsvertraglich geschuldeten Bereich liege. Die Überlegungen, ihn im Rahmen der Logistik auf einen neu geschaffenen Arbeitsplatz einzusetzen, seien ihm nicht bekannt gegeben worden. Der Kläger habe damit trotz der Eigenkündigung seien Abfertigungsanspruch nicht verloren. Der Kläger begeht mit seiner Klage die der Höhe nach unstrittige Abfertigung. Er stützt sich dabei darauf, dass er das Dienstverhältnis aufgekündigt habe, weil eine Fortsetzung aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei und er der Beklagten gegenüber mehrmals auf seinen Gesundheitszustand ergebnislos hingewiesen habe. Bei den Be- und Entladearbeiten als Lagerarbeiter habe er Lasten im Ausmaß von 20 kg tragen müssen, was zu vermehrten Krankenständen wegen der Rückenbeschwerden geführt habe. Dies habe er seinem Vorgesetzten auch mitgeteilt und eine andere Tätigkeit begehrte. Bei den Tätigkeiten während seiner Krankenstände bzw den Pflegeurlauben im Geschäft seiner Gattin habe er keine schweren Arbeiten verrichten müssen. Die Fortführung seiner bisherigen Tätigkeit bei der Beklagten sei mit dem Heben und Tragen schwerer Gegenstände verbunden und ihm daher aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich. Ein konkreter anderer Arbeitsplatz sei dem Kläger auch nach seinem Kündigungsschreiben vom 12. 9. 2005 nicht zugewiesen worden. Die Ersatztätigkeit bei den Reinigungsarbeiten sei weder adäquat noch dem Gesundheitszustand des Kläger zuträglich gewesen. Er sei insgesamt zum Austritt aus gesundheitlichen Gründen berechtigt gewesen, da er bei Fortsetzung der Arbeit befürchten habe müssen, dass sich seine Gesundheit verschlechtern werde. Er sei auch nicht verpflichtet gewesen, ein ärztliches Attest vorzulegen. Es wäre allein die Sache der Beklagte gewesen, durch Zuweisung und Anbieten anderer Beschäftigungsmöglichkeiten seine Kündigung zu vermeiden. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass der Kläger schon einige Zeit von sich aus die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber unter Wahrung des Abfertigungsanspruches angestrebt habe. Dem habe die Beklagte nicht entsprochen, jedoch dem Wunsch des Klägers fortan in der Versandabteilung als Lagerarbeiter tätig zu werden. Der Kläger habe vermehrt Krankenstand und Pflegeurlaub in Anspruch genommen und während dieser Zeit im Betrieb seiner Ehegattin gearbeitet und sei nur bei Androhung der Entlassung bereit gewesen, wieder zu seiner Arbeit zurückzukehren. Die Beklagte habe auch nach dem Kündigungsschreiben beabsichtigt, den Kläger mit logistischen Arbeiten in der Versandabteilung zu beschäftigen. Darauf habe der Kläger nicht reagiert. Er sei von der Beklagten vorweg zu Reinigungstätigkeiten eingeteilt und aufgefordert worden, entsprechende ärztliche Bestätigungen vorzulegen. In der Folge sei der Kläger aber nur auf Urlaub oder im Krankenstand gewesen. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging rechtlich im Wesentlichen davon aus, dass sich der Arbeitnehmer grundsätzlich auf den Austrittsgrund des Paragraph 82 a, Litera a, der GewO über die Gefährdung der Gesundheit bei Fortsetzung der Arbeit berufen könne, wenn er seine Aufklärungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber erfülle. Der Arbeitgeber könne durch Zuweisung oder Anbieten einer anderen Beschäftigung den Austritt vermeiden. Der Kläger sei hier aber seiner Aufklärungsverpflichtung nicht nachgekommen. Die Aufforderung des Vorgesetzten zur Beibringung einer ärztlichen Bestätigung sei legitim, nach deren Vorlage habe die Beklagte ohnehin einen Ersatzarbeitsplatz angeboten. Da der Kläger darauf nicht reagiert habe, habe er auch keinen entsprechenden Austrittsgrund. Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung des Klägers Folge und änderte es im klagsstattgebenden Sinne ab. Es ging rechtlich dabei davon aus, dass die Gesundheitsgefährdung durch die Art der zu verrichtenden Tätigkeit hervorgerufen werden müsse, um einen Austrittsgrund nach Paragraph 82 a, GewO zu verwirklichen. Es sei zutreffend, dass der Arbeitnehmer vorweg dem Arbeitgeber zwar über seine Arbeitsunfähigkeit aufklären, nicht aber seine Gesundheitsbeeinträchtigung auch schon nachweisen müsse. Dies gelte im Wesentlichen auch, wenn der Arbeitgeber während der Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer ein Änderungsangebot mache. Vor der Kündigung habe die Beklagte dem Kläger nur „vorerst“ die Reinigungsarbeiten zugewiesen. Die endgültige Zuweisung eines Ersatzarbeitsplatzes stelle dies nicht dar. Auf Grund des Kündigungsschreibens sei festgestanden, dass der Kläger die für einen

Lagerarbeiter erforderlichen Hebe- und Tragearbeiten nicht mehr verrichten könne. Das darauf folgende Anbot eines Ersatzarbeitsplatzes durch die Beklagte lasse jedoch nicht erkennen, welche konkreten Tätigkeit dem Kläger angeboten werde und ob diese im arbeitsvertraglich geschuldeten Bereich liege. Die Überlegungen, ihn im Rahmen der Logistik auf einen neu geschaffenen Arbeitsplatz einzusetzen, seien ihm nicht bekannt gegeben worden. Der Kläger habe damit trotz der Eigenkündigung seien Abfertigungsanspruch nicht verloren.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht wegen der Einzelfallbezogenheit nicht als zulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil erhobene außerordentliche Revision ist zulässig und auch berechtigt. Die Revision zeigt zutreffend auf, dass sich das Berufungsgericht mit der Frage, inwieweit durch den bereits zugewiesenen Ersatzarbeitsplatz bei den Reinigungsarbeiten noch eine Gesundheitsgefährdung verbunden gewesen wäre bzw daraus ein Austrittsgrund abgeleitet werden könnte, nicht auseinandergesetzt hat.

Der hier noch anzuwendende § 2 Abs 1 Arbeiterabfertigungsgesetz iVm § 23 Abs 7 AngG sieht vor, dass grundsätzlich kein Abfertigungsanspruch gebührt, wenn der Arbeitnehmer selbst kündigt. Dazu ist festzuhalten, dass die formelle Form der Auflösung in Form einer Kündigung wie hier nach ständiger Rechtsprechung aber dann dem Abfertigungsanspruch nicht entgegensteht, wenn aus der Auflösungserklärung - ebenfalls wie hier - klar erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer einen wichtigen Lösungsgrund für sich in Anspruch nimmt, weil es sich dabei doch regelmäßig um die für den Arbeitgeber „schonendere“ Form der Beendigung handelt (vgl in diesem Sinne etwa RIS-Justiz RS0060132 mwN zuletzt 9 ObA 162/05x oder RIS-Justiz RS0031717 mwN zuletzt OGH 9 ObA 106/02g; ebenso Friedrich Angestellten-Kommentar § 25 Rz 66, kritisch allerdings Rz 67 ff, worauf aber hier schon wegen des Fehlens des Austrittsgrundes nicht näher einzugehen ist). Die wesentliche Frage liegt nun hier darin, ob sich der Kläger tatsächlich auf den von ihm geltend gemachten Austrittsgrund der Gesundheitsgefährdung berufen konnte. Der hier noch anzuwendende Paragraph 2, Absatz eins, Arbeiterabfertigungsgesetz in Verbindung mit Paragraph 23, Absatz 7, AngG sieht vor, dass grundsätzlich kein Abfertigungsanspruch gebührt, wenn der Arbeitnehmer selbst kündigt. Dazu ist festzuhalten, dass die formelle Form der Auflösung in Form einer Kündigung wie hier nach ständiger Rechtsprechung aber dann dem Abfertigungsanspruch nicht entgegensteht, wenn aus der Auflösungserklärung - ebenfalls wie hier - klar erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer einen wichtigen Lösungsgrund für sich in Anspruch nimmt, weil es sich dabei doch regelmäßig um die für den Arbeitgeber „schonendere“ Form der Beendigung handelt vergleiche in diesem Sinne etwa RIS-Justiz RS0060132 mwN zuletzt 9 ObA 162/05x oder RIS-Justiz RS0031717 mwN zuletzt OGH 9 ObA 106/02g; ebenso Friedrich Angestellten-Kommentar Paragraph 25, Rz 66, kritisch allerdings Rz 67 ff, worauf aber hier schon wegen des Fehlens des Austrittsgrundes nicht näher einzugehen ist). Die wesentliche Frage liegt nun hier darin, ob sich der Kläger tatsächlich auf den von ihm geltend gemachten Austrittsgrund der Gesundheitsgefährdung berufen konnte.

§ 82a GewO legt fest, dass der Arbeiter einen Austritt ua dann erklären kann, wenn er ohne erweislichen Schaden für seine Gesundheit die Arbeit nicht fortsetzen kann. Darunter wird eine Arbeitsunfähigkeit oder Gesundheitsgefährdung verstanden, die eine dauernde sein muss oder von einer so langen Dauer, dass nach den Umständen des Falles eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (vgl RIS-Justiz RS0060144 mwN zuletzt 8 ObA 69/04m). Bevor der Arbeitnehmer seinen Austritt wegen dieser Gesundheitsgefährdung erklären kann, ist er verpflichtet, den Arbeitgeber vor Ausübung des Austrittsrechtes auf diese Gesundheitsgefährdung aufmerksam zu machen, es sei denn, dass diese Gefährdung dem Arbeitgeber ohnehin bekannt ist oder die Verweisung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz im Rahmen des Arbeitsvertrages nach den gegebenen Umständen nicht in Betracht kommt (vgl RIS-Justiz RS0028663 mwN zuletzt OGH 8 ObA 69/04m; ähnlich RIS-Justiz RS0060148). Weitere Fragestellungen entstehen dann, wenn der Arbeitnehmer eben nicht seinen vorzeitigen Austritt erklärt, sondern seine Kündigung und dann der Arbeitgeber während der Kündigungsfrist zur Abwendung des Lösungsrechtes dem Arbeitnehmer eine zumutbare, dem Arbeitsvertrag entsprechende und die Gesundheit nicht gefährdende Ersatzbeschäftigung anbietet (vgl OGH RIS-Justiz RS0060127 mwN zuletzt 9 ObA 85/03w). Allgemein wird davon ausgegangen, dass nach der Bekanntgabe der Gesundheitsbeeinträchtigung durch den Arbeitnehmer der Arbeitgeber zwar nicht unverzüglich, wohl aber innerhalb angemessener Frist eine Ersatzbeschäftigung anzubieten hat, damit sich der Arbeitnehmer darauf einstellen kann (vgl RIS-Justiz RS0060101 mwN zuletzt 9 ObA 113/99d). Paragraph 82 a, GewO legt fest, dass der Arbeiter einen Austritt ua dann erklären kann, wenn er ohne erweislichen Schaden für seine Gesundheit die Arbeit nicht fortsetzen kann. Darunter wird eine Arbeitsunfähigkeit oder Gesundheitsgefährdung verstanden, die eine dauernde sein muss oder von einer so langen Dauer, dass nach den Umständen des Falles eine Fortsetzung des

Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist vergleiche RIS-Justiz RS0060144 mwN zuletzt 8 ObA 69/04m). Bevor der Arbeitnehmer seinen Austritt wegen dieser Gesundheitsgefährdung erklären kann, ist er verpflichtet, den Arbeitgeber vor Ausübung des Austrittsrechtes auf diese Gesundheitsgefährdung aufmerksam zu machen, es sei denn, dass diese Gefährdung dem Arbeitgeber ohnehin bekannt ist oder die Verweisung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz im Rahmen des Arbeitsvertrages nach den gegebenen Umständen nicht in Betracht kommt vergleiche RIS-Justiz RS0028663 mwN zuletzt OGH 8 ObA 69/04m; ähnlich RIS Justiz RS0060148). Weitere Fragestellungen entstehen dann, wenn der Arbeitnehmer eben nicht seinen vorzeitigen Austritt erklärt, sondern seine Kündigung und dann der Arbeitgeber während der Kündigungsfrist zur Abwendung des Lösungsrechtes dem Arbeitnehmer eine zumutbare, dem Arbeitsvertrag entsprechende und die Gesundheit nicht gefährdende Ersatzbeschäftigung anbietet vergleiche OGH RIS-Justiz RS0060127 mwN zuletzt 9 ObA 85/03w). Allgemein wird davon ausgegangen, dass nach der Bekanntgabe der Gesundheitsbeeinträchtigung durch den Arbeitnehmer der Arbeitgeber zwar nicht unverzüglich, wohl aber innerhalb angemessener Frist eine Ersatzbeschäftigung anzubieten hat, damit sich der Arbeitnehmer darauf einstellen kann vergleiche RIS-Justiz RS0060101 mwN zuletzt 9 ObA 113/99d).

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Gefährdung des Gesundheitszustandes bei Fortsetzung einer bestimmten Tätigkeit ein Dauerzustand ist, auf den sich der Arbeitnehmer jederzeit berufen kann (vgl RIS-Justiz RS0028223 mwN zuletzt 9 ObA 209/00a), dass aber dann, wenn der Arbeitgeber eine andere vom gesundheitlichen Standpunkt her zumutbare der bisherigen Tätigkeit artverwandte Tätigkeit anbietet, es am Arbeitnehmer liegt, wenigstens zu behaupten, dass die angebotene Tätigkeit außerhalb seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen liege (vgl RIS-Justiz RS0028709 mwN zuletzt 9 ObA 5/96). Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Gefährdung des Gesundheitszustandes bei Fortsetzung einer bestimmten Tätigkeit ein Dauerzustand ist, auf den sich der Arbeitnehmer jederzeit berufen kann vergleiche RIS-Justiz RS0028223 mwN zuletzt 9 ObA 209/00a), dass aber dann, wenn der Arbeitgeber eine andere vom gesundheitlichen Standpunkt her zumutbare der bisherigen Tätigkeit artverwandte Tätigkeit anbietet, es am Arbeitnehmer liegt, wenigstens zu behaupten, dass die angebotene Tätigkeit außerhalb seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen liege vergleiche RIS-Justiz RS0028709 mwN zuletzt 9 ObA 5/96).

Wesentlich ist es hier nun hervorzuheben, dass der Arbeitgeber nach Bekanntgabe der Gesundheitsbeeinträchtigung dem Kläger ohnehin eine diesem gesundheitlich offensichtlich zumutbare Tätigkeit im Lager zugewiesen hat und zwar die Reinigungstätigkeiten. Dass von diesen irgendeine Gesundheitsgefährdung ausgegangen wäre, wurde nicht festgestellt. Eine konkrete Behauptung dahin, dass der Kläger bereits vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten geltend gemacht hätte, dass die Reinigungstätigkeit außerhalb des arbeitsvertraglich geschuldeten Bereiches gelegen wäre, hat der Kläger nicht aufgestellt. Dass diese konkrete Tätigkeit, gegen deren Zuweisung sich der Kläger nicht gestellt hat, vorweg nur „vorübergehend“ zugewiesen wurde, schadet der Beklagten schon deshalb nicht, weil sie ja in weiterer Folge klar zum Ausdruck gebracht hat, dem Kläger keine diesem nicht zumutbaren Tätigkeiten zuzuweisen. Ausgehend von dieser Reinigungstätigkeit, die ihm zuletzt im Rahmen seines Arbeitsplatzes im Lager zugewiesen wurde, konnte er aber eine Gesundheitsgefährdung weder für den Zeitpunkt des Ausspruches der „Kündigung“ noch danach nachweisen.

Dann wenn der Arbeitgeber auf die vom Arbeitnehmer bekanntgegebenen Beschwerden vorweg damit reagiert, dass er dem Arbeitnehmer „vorerst“ eine diesem medizinisch zumutbare Tätigkeit zuweist, die der Arbeitnehmer widerspruchslos übernimmt und ausübt, und in weitere Folge auch zusichert, dem Arbeitnehmer nur für medizinisch zumutbare Tätigkeiten einzusetzen, kommt dem Arbeitnehmer ein Austrittsrecht aus gesundheitlichen Gründen nicht zu, bevor er nicht geltend macht, dass diese „vorerst“ zugewiesene Tätigkeit den Rahmen des Arbeitsvertrages überschreitet.

Schon deshalb erweist sich der geltend gemachte Austrittsgrund als nicht verwirklicht.

Dementsprechend war der Revision der Beklagten Folge zu geben und die Entscheidung im Sinne der Wiederherstellung des Urteiles des Erstgerichtes abzuändern.

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

### **Anmerkung**

E831148ObA85.06t

### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inARD 5759/1/07 (Adamovic, ARD 5759/6/07) = ecolex 2007/160 S 370 =ecolex 2007,370 = infas 2007,100/A41 = infas 2007 A41 = RdW 2007/436S 425 - RdW 2007,425 = Arb 12.667XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:008OBA00085.06T.0131.000

**Zuletzt aktualisiert am**

24.01.2009

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)