

# TE OGH 1989/8/30 9ObA201/89 (9ObA202/89, 9ObA203/89)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.08.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon-Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Bauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Fellner und Dr. Dengscherz als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Parteien 1.) Roland U\*\*\*, Kraftfahrer, Wien 3., Schrottgasse 5/1/5,

2.)

Walter P\*\*\*, Kraftfahrer, Wien 11., Kopalgasse 48/10,

3.)

Gottfried H\*\*\*, Kraftfahrer, Köln 21, Helenenwall 17, BRD, alle vertreten durch Dr. Robert Krepp, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Hilde K\*\*\*, Mietwagenunternehmerin, Wien 20., Jägerstraße 35, vertreten durch Dr. Georg Grießer, Rechtsanwalt in Wien, wegen zu 1.) 45.511,61 S netto sA und Rechnungslegung (Streitwert 150.000 S), zu 2.) 164.163,60 S netto sA und Rechnungslegung (Streitwert 150.000 S) und zu 3.) 71.004,60 S netto sA und Rechnungslegung (Streitwert 150.000 S), infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23.Jänner 1989, GZ 32 Ra 46/88-48, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 22.Oktober 1987, GZ 7 Cga 583/84-41, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

## Spruch

1.) Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird teilweise bestätigt, sodaß es als Teilurteil zu lauten hat:

"Das Begehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, den Klägern binnen 14 Tagen darüber Rechnung zu legen, welche Beträge sie für vom Erstkläger in der Zeit vom 1.10.1982 bis 12.5.1984, vom Zweitkläger in der Zeit vom 5.7.1980 bis 12.5.1984 und vom Drittkläger in der Zeit vom 22.2.1982 bis 12.5.1984 ausgeführte Fahrten ihren Mietwagenkunden als Trinkgeld für den Fahrer in Rechnung gestellt und vereinnahmt hat, wird abgewiesen."

Die Entscheidung über die Kosten des Teilurteils bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

2.) Im übrigen (hinsichtlich der von den Klägern erhobenen Zahlungsbegehren) werden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben und die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Kläger waren als Mietwagenchauffeure, und zwar der Erstkläger ab 1.10.1982, der Zweitkläger ab 5.7.1980 und der Drittkläger ab 22.2.1982 bei der beklagten Partei beschäftigt. Die Kläger arbeiteten ausschließlich als Mietwagenfahrer. Mit Schreiben vom 12.5.1984 erklärten die Kläger ihren vorzeitigen Austritt, weil ihnen zustehende Entgelte trotz Mahnung nicht gezahlt worden seien; der Drittkläger überdies, weil er am 8.5.1984 vom mit der Geschäftsführung betrauten Ehegatten der Beklagten vor einer Kollegin und einem Unternehmensfremden aus nichtigem Anlaß gröblich beschimpft und mit Tötlichkeiten bedroht worden sei. Der Erstkläger begehrt die Zahlung eines Betrages von 45.511,61 S netto, der Zweitkläger eines solchen von 64.163,60 S netto und der Drittkläger eines solchen von 71.004,60 S netto; alle drei Kläger begehren überdies Rechnungslegung. Zwischen den Streitteilen sei ein Grundlohn von 40 S netto für bis zu 173 Monatsstunden vereinbart worden. Für Überstunden habe die Beklagte anstelle des gesetzlichen Zuschlages von 50 % nur 6 S an Zuschlag gezahlt. Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall seien nur ausgehend vom Grundlohn und nicht vom tatsächlichen während der letzten 13 Wochen bezogenen Entgelt gezahlt worden. Die beklagte Partei sei überdies trotz Mahnung mit der Zahlung des laufenden Lohnes im Verzug gewesen. Der Austritt sei wegen Nichtzahlung des laufenden Lohnes sowie Nichtzahlung der zustehenden Überstundenzuschläge erklärt worden. Der Drittkläger machte überdies geltend, er sei von dem mit der Unternehmensführung beauftragten Gatten der Beklagten vor anderen Personen aus nichtigem Anlaß gröblich beschimpft worden. Zeiten einer Arbeitsbereitschaft seien nicht angefallen, da die Kläger auch außerhalb der Lenkzeit, die für Fahrten im Auftrag von Kunden der beklagten Partei angefallen seien, laufend mit Agenden für die beklagte Partei wie Besorgungen, Wagenwaschen, Bürodienste etc. befaßt worden seien. Eine Trennung in Lenkzeit und sonstige Aktivzeiten sowie Bereitschaftszeit sei auch niemals vorgenommen worden. Den Klägern stehe daher für die die Normalarbeitszeit übersteigende Inanspruchnahme durch die beklagte Partei der gesetzliche Überstundenzuschlag zu. Die Beklagte habe auch einem Großteil der Kunden einen 10 %igen Trinkgeldzuschlag in Rechnung gestellt, ohne diesen Zuschlag an die Kläger weiterzugeben. Kunden der beklagten Partei hätten wegen dieser rechnermäßigen Belastung an die Kläger kein Trinkgeld geleistet. Nur in einigen Fällen, in denen die Kläger von Kunden hiervon erfahren hätten, sei es den Klägern gelungen, die Herausgabe eines bescheidenen Teiles dieses Trinkgeldes von der beklagten Partei zu erreichen. Die beklagte Partei sei zur Herausgabe der gesamten unter diesem Titel für von den Klägern geleisteten Fahrten vereinnahmten Beträge verpflichtet. Da die Höhe der Beträge nicht bekannt sei, sei das Rechnungslegungsbegehren berechtigt. Ein Kollektivvertrag habe für die Dienstverhältnisse der Kläger nicht Anwendung gefunden, sodaß auch allfällige kollektivvertragliche Verfallsfristen den Ansprüchen der Kläger nicht entgegenstünden.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage. Die Austritte seien unberechtigt erfolgt. In der Arbeitszeit seien auch Zeiten einer Arbeitsbereitschaft enthalten, die geringer oder gar nicht entlohnt werden müßten. Die Kläger hätten zum Großteil nur Bereitschaftsdienst zu leisten gehabt, nämlich die Anwesenheit im Hotel H\*\*\* bis zur Erteilung eines Fahrauftrages. Die tatsächliche Arbeitszeit hätte nie 173 Stunden monatlich überschritten. Die Bereitschaftsstunden seien, soweit insgesamt 173 Stunden monatlich überschritten worden seien, mit einem Zuschlag von 6 S zum Normalarbeitslohn abgegolten worden. Da echte Überstunden nicht geleistet worden seien, sei auch eine entsprechende Zahlung nicht erfolgt. Der gegenüber einigen Kunden verrechnete Trinkgeldzuschlag stehe den Klägern nicht zu. Ein Trinkgeldzuschlag sei nur in wenigen Rechnungen ausnahmsweise dann verzeichnet worden, wenn besonders hohe Spesen und Vermittlungsgebühren aufgelaufen seien. Zum Ausgleich hierfür sei unter dem Titel "Trinkgeldzuschlag" eine Rechnungspost aufgenommen worden. Den Erstkläger beträfen dabei 5 Rechnungen mit einem Zuschlag von 853 S (im folgenden werden 4 Rechnungen über einen Gesamtbetrag von 799 S ausgewiesen), den Zweitkläger 4 Rechnungen mit einem Zuschlag von insgesamt 3.678 S und den Drittkläger 4 Rechnungen mit einem Zuschlag von insgesamt 401,90 S. Sonstige Ansprüche stünden den Klägern nicht zu. Beschimpfungen des Drittklägers durch den Gatten der Beklagten könnten schon deshalb den Austritt nicht rechtfertigen, weil dieser Grund nicht unverzüglich geltend gemacht worden sei. Die beklagte Partei habe die Gewerbeberechtigung nicht nur zum Betrieb eines Mietwagenunternehmens, sondern auch zum Betrieb einer Tankstelle und Garage sowie eines Kfz-Handels. Es seien daher Verfallsklauseln der für diese Branchen geltenden Kollektivverträge anzuwenden, nach denen allfällige rückständige Entgelte verfristet seien. Das Erstgericht wies das Begehren der Kläger ab, wobei es seiner Entscheidung im wesentlichen nachstehende Feststellungen zugrundelegte:

Von der Zahl der Beschäftigten und vom Beschäftigungsumfang her gesehen steht im einheitlich geführten Betrieb der Beklagten das Mietwagengewerbe bei weitem im Vordergrund. Viel geringer ist die Tätigkeit in den beiden Garagen, in denen die Mietfahrzeuge abgestellt, getankt und gewartet werden. Noch geringer ist die Tätigkeit als Handelsbetrieb, der nur der Anschaffung, dem Verkauf und der Ausstattung mit Ersatzteilen der Mietwagen dient. Für den Handelsbetrieb sind keine eigenen Dienstnehmer tätig. Für das Mietwagengewerbe besteht kein Kollektivvertrag. Bei der Einstellung der Kläger wurde eine Entlohnung von 40 S brutto pro Stunde und 60 S brutto pro Überstunde vereinbart. Ohne ausdrückliche Vereinbarung werden drei Wochenlöhne zweimal jährlich an alle Mietwagenfahrer als Sonderzahlungen gezahlt. Die Errechnung des jeweiligen Lohnes des Mietwagenfahrers erfolgt in der Form, daß die Fahrer Stundenlisten führen und die tatsächlichen Fahrzeiten sowie die sogenannten Bereitschaftszeiten täglich stundenmäßig eintragen. In der Bereitschaftszeit müssen die Fahrer für Fahrtaufträge im Hauptlokal der Beklagten (Hiltongebäude) erreichbar sein. In dieser Zeit führen die Fahrer die Wagenwäsche durch, wobei Erreichbarkeit über Funk besteht. Weiters erhalten die Fahrer in dieser Zeit gelegentlich Regiefahrtenaufträge zur Erledigung für die Ehegatten K\*\*\*. Durchschnittlich erfordern die Wagenwäsche wöchentlich 3 Stunden, die Regiefahrten 5 bis 10 Stunden monatlich. Nach den Stundenlisten wird die monatliche Gesamteinsatzzeit errechnet. Für 173 monatliche Arbeitsstunden werden 40 S netto, für die restlichen Stunden 46 S netto verrechnet, und zwar unabhängig davon, wieviel Stunden Bereitschaftsdienst und tatsächliche Fahrzeit jeweils in der Gesamtstundenanzahl enthalten sind. Der sich so ergebende Gesamtbetrag wird mit einem Teilbetrag von 5.620 S monatlich als Banküberweisung als Lohn an den Fahrer ausgezahlt und scheint unter Rückrechnung auf den entsprechenden Bruttobetrag im Lohnkonto als Monatslohn auf. Der Restbetrag wird in zwei Teilbeträgen bar als Diäten an die Fahrer gezahlt. Die Verrechnungsart wurde vor Jahren zur Ersparung von Lohnsteuer und Sozialversicherung gewählt, wobei der vereinbarte Nettolohn von 40 S brutto auf 40 S netto aufgewertet und von einem Überstundenlohn von 46 S netto ausgegangen wurde. Unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeitragsbelastung von etwa 33 % und völliger Steuerfreiheit der Überstundenzuschläge beträgt der Nettolohn ausgehend von einem Bruttolohn von 40 S 26,40 S und von einem Überstundenlohn von 60 S brutto 43,40 S. Ein weiterer Grund für die Umwertung der Bruttostundensätze in Nettobeträge war, daß die Zahlungen, wie Schmutz- und Waschzulagen, pauschaliert und dem Stundensatz hinzugeschlagen wurden. Dies war allen Fahrern, auch den Klägern, bekannt. Unter Zugrundelegung der Aufteilung in Arbeits- und Bereitschaftszeit (monatlicher Durchschnitt des Jahres 1983: Erstkläger 220,96 Stunden, davon 80,71 Arbeitsstunden und 140,25 Bereitschaftszeit, Zweitkläger 313 Stunden, davon 92,12 Arbeits- und 220,88 Bereitschaftszeit und Drittkläger 257,90 Stunden, davon 116,09 Arbeits- und 141,81 Bereitschaftszeit) sind alle Stunden ordnungsgemäß abgerechnet und bezahlt worden. Unter Zugrundelegung der Berechnung der Kläger, die zwischen tatsächlicher Arbeits- und Bereitschaftszeit nicht unterscheiden, sind die begehrten Beträge offen. Der "Trinkgeldzuschlag" wird in prozentueller Höhe bei angloamerikanischen und in je einem Fall bei französischen und österreichischen Kunden hinzugerechnet. Für die erste Kundengruppe und den Franzosen erfolgte dies wegen besonders hoher Telefon- und sonstiger Manipulationskosten. Im Fall des österreichischen Kunden erfolgte die Trinkgeldverrechnung, weil dieser einen Beleg über das tatsächliche Trinkgeld des Fahrers verlangte. Der Zuschlag wurde als Gutschrift rückverrechnet und in der Folge vom Kunden direkt an den Fahrer gezahlt. Eine Weitergabe von Trinkgeldzuschlägen durch die Beklagte an den Fahrer erfolgte grundsätzlich nicht. Dies war auch nicht vereinbart. Nur Trinkgelder, die der Kunde an die Beklagte zahlte, wurden, sofern der Kunde mit Beleg zahlte, zu etwa 70 % an den Fahrer ausgezahlt, restliche 30 % zur Zahlung von Steuern von der Beklagten einbehalten. Am 8.5.1984 kam es zwischen Adolf K\*\*\* und dem Drittkläger wegen der Zahlung der Überstundenentgelte zu einem Streit. Hierbei rief K\*\*\* dem Drittkläger zu: "Du feiges Schwein, kum auß, wennst Dich traust". Die Äußerung hätte nur eine Angestellte im Büro hören können, sodaß K\*\*\* von der Privatanklage der Ehrenbeleidigung rechtskräftig freigesprochen wurde. Am 9.5.1984 äußerte sich Adolf K\*\*\* neuerlich im Zuge eines Streites sinngemäß dahin, der Drittkläger sei ein Schwein und wolle die Firma ruinieren. Der Drittkläger beriet sich hierüber am 10. und 11.5.1984 mit Gewerkschaftsvertretern und trat am 12.5.1984 vorzeitig aus. Rechtlich verneinte das Erstgericht das Vorliegen berechtigter Austrittsgründe. Zwar seien die Lohnansprüche der Kläger nicht verfallen, weil deren Tätigkeit unter keinen Anwendungsbereich eines entsprechenden Kollektivvertrages falle. Für die reine Fahrertätigkeit der Kläger könnten nicht die für die Garagen- oder Handelsarbeiter geltenden Kollektivverträge herangezogen werden, weil es sich nicht um artverwandte Tätigkeiten handle. Die eingeklagten Entgeltrückstände bestünden jedoch nicht zu Recht, weil bloße Bereitschaftszeiten geringer als sonstige Arbeitszeiten entlohnbar seien, sodaß hier die Umrechnung der Stundensätze in der festgestellten Form so erfolgt sei, daß damit auch geleistete Überstunden im Gesamtlohn

abgedeckt seien. Die strittigen Trinkgeldzuschläge seien keine im üblichen Sinn, sondern reine Rechnungszuschläge. Ein Anspruch der Kläger auf Rechnungslegung bestehe somit nicht.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger nicht Folge. Es erachtete die gerügten Verfahrensmängel für nicht gegeben und trat der Beweiswürdigung des Erstgerichtes bei. Soweit die Kläger ihrer Rechtsrüge zugrundelegten, daß die beklagte Partei im Zeitpunkt des Austrittes trotz Mahnung mit der Zahlung von laufendem Entgelt in Rückstand gewesen sei, gingen sie nicht von den Feststellungen aus, zumal diese Behauptung nicht als erwiesen angenommen worden sei. Beweisergebnisse hiezu lägen nicht vor. Daß der Gatte der Beklagten den Drittkläger beschimpft habe, könne dessen Austritt nicht rechtfertigen, weil dieser erst mehrere Tage später erklärt und der Austrittsgrund daher nicht unverzüglich geltend gemacht worden sei. Die von den Klägern erhobenen Ansprüche auf Leistung der Überstundenentlohnung bestünden nicht zu Recht. Grundsätzlich könne für Zeiten einer bloßen Arbeitsbereitschaft oder des Zuwartens ein geringeres Entgelt als für die reine Arbeitszeit bedungen werden. Den Klägern sei bekannt gewesen, daß es unterschiedlich behandelte Dienstzeiten, nämlich Lenkzeiten und Zeiten sogenannter Arbeitsbereitschaft gebe, und sie hätten auch Kenntnis von der unterschiedlichen Entlohnung gehabt. Die Entgeltberechnung sei auf dieser Basis ab und schon vor dem Eintritt der Kläger durchgeführt worden. Daß in die Arbeitszeit der Lenker die Bereitschafts- oder sonstigen Aktivzeiten einzurechnen seien, ändere nichts daran, daß lohnrechtlich die unterschiedliche Belastung durch unterschiedliches Entgelt bewertet werden könne. Auch dem Rechnungslegungsbegehren komme keine Berechtigung zu. Eine Zusage, daß bei jedem Kunden ein Trinkgeldanspruch bestehe und ein Trinkgeld erzielt werden könne, sei nicht erfolgt. Die Kläger hätten auch in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Möglichkeit gehabt, Trinkgeld zu erhalten. Wenn die Beklagte in wenigen Fällen zur Abdeckung erwachsener Mehrkosten, die sonst auf die Kunden nicht überwälzbar gewesen wären, Trinkgeldzuschläge verrechnet habe, so bestehe ein Anspruch der Kläger auf Herausgabe dieser Beträge nicht, zumal die Kunden keine Verpflichtung zur Leistung von Trinkgeld getroffen habe. Dafür, daß über die von der klagenden Partei offengelegten Fälle hinaus Trinkgeldzuschläge verrechnet worden seien, bestehe kein Hinweis. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der klagenden Parteien aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der Klagebegehren abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist teilweise berechtigt.

Die Kläger haben vorgebracht, die beklagte Partei habe Kunden gegenüber Trinkgeldzuschläge in Rechnung gestellt. Diese Beträge stünden ihnen zu; die genaue Höhe dieser verrechneten Zuschläge sei ihnen nicht bekannt, woraus sich der Anspruch auf Rechnungslegung ergebe.

Die beklagte Partei hat in der Klagebeantwortung mehrere Geschäftsfälle unter Anführung der jeweils verrechneten Trinkgeldzuschläge angeführt; darüber hinaus seien an Kunden keine Trinkgeldzuschläge verrechnet worden. Die Kläger haben nicht konkret behauptet, daß in bestimmten anderen Geschäftsfällen Trinkgeldzuschläge verrechnet worden wären und auch aus dem Verfahren ergaben sich keine Hinweise in dieser Richtung. Die urteilsmäßige Verpflichtung zur Rechnungslegung ist jedoch erfüllt, wenn eine formell vollständige Rechnung gelegt wurde. Dem hat die beklagte Partei aber bereits durch die Ausführungen in der Klagebeantwortung entsprochen. Zur Aufrechterhaltung des Rechnungslegungsbegehrens bis zum Schluß der Verhandlung bestand nach Erfüllung des Begehrens durch die beklagte Partei keine Veranlassung mehr. Diesem Umstand hätten die Kläger durch entsprechende Einschränkung ihres Begehrens Rechnung zu tragen gehabt (JBl.1957, 361). Das Begehren auf Rechnungslegung wurde daher zu Recht abgewiesen.

Beizutreten ist den Ausführungen der Vorinstanzen auch, soweit sie zum Ergebnis gelangen, daß der Austritt des Drittklägers wegen der Beschimpfung durch den Zeugen K\*\*\* verspätet geltend gemacht wurde. Es genügt, auf die diesbezüglich zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (§ 48 ASGG). Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, daß kollektivvertragliche Verfallsfristen den Ansprüchen der Kläger nicht entgegenstehen, wird im Revisionsverfahren nicht mehr releviert. Dieser Rechtsansicht ist beizutreten. Gemäß § 9 ArbVG findet dann, wenn ein mehrfach kollektivvertragsangehöriger Arbeitnehmer über zwei oder mehrere Betriebe verfügt, auf die Arbeitnehmer der jeweilige dem Betrieb in fachlicher und örtlicher Beziehung entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Diese Regelung findet gemäß § 9 Abs.2 leg.cit. sinngemäß Anwendung, wenn es sich um Haupt- und Nebenbetriebe oder um

organisatorische oder fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen handelt. Die Beklagte besitzt nach ihrem Vorbringen neben der Berechtigung zum Betrieb des Mietwagengewerbes eine Gewerbeberechtigung für Groß- und Kleinhandel mit Kraftfahrzeugen sowie für den Verkauf von Treibstoffen für Kraftfahrzeuge, sämtliche mit Standort Wien 20., Jägerstraße 35. Mag auch zufolge des geringen Umfanges der übrigen Gewerbebetriebe eine strenge organisatorische Trennung im Verwaltungsbereich nicht bestehen, so ergibt sich doch aus dem Verfahren, daß das Mietwagengewerbe tatsächlich nicht an dieser Anschrift, sondern im Hotel H\*\*\* geführt wurde. Dort standen die Fahrzeuge zur Verfügung, es war ein Büro eingerichtet und die Kläger hatten sich, sofern sie nicht unterwegs waren, dort für Fahraufträge bereitzuhalten. Abgesehen davon, daß diese anderen Gewerbebetriebe in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung gegenüber dem Mietwagengewerbe gänzlich in den Hintergrund traten - diese dienten im wesentlichen nur der Ausübung des Mietwagengewerbes - , ergibt sich bereits hieraus eine organisatorische Trennung, welche die Voraussetzungen des § 9 Abs.1 und 2 ArbVG erfüllt.

Die gleichen Grundsätze, die bei Kollision von zwei Kollektivverträgen Anwendung zu finden haben, haben auch dann zu gelten, wenn ein Unternehmer neben einem Gewerbebetrieb, der einem Kollektivvertrag unterworfen ist, einen Gewerbebetrieb führt, für den ein Kollektivvertrag nicht besteht. Analog zu § 9 ArbVG ist in diesen Fällen die Frage zu lösen, ob ein Kollektivvertrag Anwendung zu finden hat bzw. ob bestimmte Arbeitsverhältnisse einem Kollektivvertrag nicht unterworfen sind. Da im vorliegenden Fall dem Betrieb des Mietwagengewerbes, in dem die Kläger tätig waren, die überwiegende wirtschaftliche Bedeutung zukam und dieser de facto von den anderen Gewerbebetrieben organisatorisch getrennt war, ist davon auszugehen, daß für das Arbeitsverhältnis der Kläger die Kollektivverträge, die für die sonstigen Gewerbebetriebe der Beklagten in Geltung stehen, keine Anwendung zu finden haben (idS auch 9 Ob A 83/89).

Die Kläger haben das Begehren auf Zahlung der sich aus der von der beklagten Partei in der Klagebeantwortung gelegten Abrechnung ergebenden Trinkgeldzuschläge nachträglich (mündliche Streitverhandlung 5.6.1987) erhoben. Das Berufungsgericht legte das in diesem Zusammenhang erstattete Vorbringen der beklagten Partei dahin aus, daß diese die Berechtigung des von den Klägern erhobenen Anspruches auf Zahlung der ausgewiesenen Trinkgeldzuschläge zugestanden habe; obwohl auf dieser Grundlage dem Begehren in diesem Umfang stattzugeben gewesen wäre, hat das Berufungsgericht die Klage dennoch auch in diesem Punkt abgewiesen. Das von der beklagten Partei hiezu erstattete Vorbringen gestattet aber keineswegs den Schluß, daß diese das Begehren der Kläger anerkannt habe. Wohl findet sich in der Klagebeantwortung im unmittelbaren Anschluß an die summenmäßige Zusammenfassung der errechneten Trinkgeldzuschläge bezüglich des Erst- und Zweitklägers jeweils die Bemerkung, weitere Ansprüche bzw. weitergehendere Ansprüche beständen nicht zu Recht. Dies könnte wohl darauf hinweisen, daß die beklagte Partei davon ausgeht, daß diese Beträge den Klägern zustehen. Dagegen spricht allerdings die Feststellung, daß die beklagte Partei die Trinkgeldzuschläge jeweils zur Deckung von außergewöhnlichen Spesen des Unternehmens in Rechnung gestellt habe und mit diesen Beträgen eigene Kosten abzudecken beabsichtigte. Diese Frage wird im weiteren Verfahren zu erörtern und die beklagte Partei zu einer eindeutigen Stellungnahme zu den unter diesem Titel erhobenen Begehren der Kläger aufzufordern sein.

Die Kläger haben die Berechtigung der erklärten Austritte unter anderem darauf gestützt, daß die Beklagte trotz Mahnung mit der Zahlung des laufenden Lohnes in Verzug gewesen sei. Darüber finden sich in den Entscheidungen der Vorinstanzen keine Feststellungen. Vorgelegt wurden dazu vom Erst- und Drittkläger Mahnschreiben betreffend einen Lohnrückstand für März 1984. Ob die beklagte Partei mit der Zahlung dieses Betrages im Zeitpunkt des Austrittes tatsächlich säumig war, blieb ungeprüft. Der Meinung des Berufungsgerichtes, daß sich das Fehlen von Beweisergebnissen über die verspätete Lohnzahlung zum Nachteil der Kläger auswirke, ist verfehlt. Die Verpflichtung zur Zahlung des Lohnes wurde nicht bestritten. Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung ist jedoch die beklagte Partei beweispflichtig. Diese hat dazu vorgebracht, daß im Zeitpunkt des Austrittes sämtliche den Klägern zustehenden Ansprüche bezahlt waren und hat hiezu auch Beweise angeboten. Durch Aufnahme dieser bisher übergangenen Beweise wird zu klären sein, ob die Beklagte mit der Zahlung des laufenden Lohnes im Zeitpunkt des Austrittes im Verzug war. Erst aufgrund von entsprechenden Feststellungen wird eine Beurteilung der Frage möglich sein, ob der von den Klägern geltend gemachte Austrittsgrund gegeben war. Ob die Nichtzahlung der von den Klägern für Überstunden begehrten Beträge einen Austrittstatbestand erfüllt, hängt von der Berechtigung dieser Forderung ab, über die, wie unten darzustellen sein wird, nicht abschließend abgesprochen werden kann.

Einen Teil ihrer Forderungen haben die Kläger auf die Behauptung gestützt, die Beklagte sei während der gesamten

Dauer des Dienstverhältnisses bei der Auszahlung des Urlaubsentgeltes sowie bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nur vom Grundlohn ausgegangen und habe der Berechnung dieser Ansprüche nicht das tatsächlich während der letzten 13 Wochen bezogene Entgelt zugrundegelegt. Geltend gemacht wurden die Differenzbeträge zwischen dem tatsächlich (nach der Behauptung offenbar ausgehend vom Grundlohn ohne Berücksichtigung der Mehrstunden über 173 Monatsstunden) geleisteten Zahlungen und dem unter Zugrundelegung der Bestimmungen des § 3 EFZG und § 6 URLG bzw den hiezu abgeschlossenen Generalkollektivverträgen sich ergebenden Beträgen (bei regelmäßig geleisteten Überstunden 13-Wochendurchschnitt - Arb.9878, Cerny, URLG4, 101). Zu Recht machen die Revisionswerber geltend, daß sich die Vorinstanzen mit diesem Anspruch überhaupt nicht auseinandergesetzt haben; auch in diesem Punkt erweist sich das Verfahren ergänzungsbedürftig. Nach dem Vorbringen der Kläger war zwischen den Streitteilen ein Grundlohn von 40 S netto vereinbart. Die Kläger hätten über die Normalarbeitszeit hinaus bis zu 130 Überstunden monatlich geleistet, für die die Beklagte anstelle des gesetzlichen Überstundenzuschlages nur einen Zuschlag von 6 S bezahlt habe. Die beklagte Partei hat dem die Behauptung entgegengesetzt, daß sich bei keinem der Kläger eine echte Arbeitszeit von mehr als 173 Stunden monatlich ergeben habe. Die 173 Stunden monatlich übersteigenden Zeiten seien ausschließlich Wartezeiten, Zeiten der Arbeitsbereitschaft gewesen, die geringer entlohnt worden seien. Die Vorinstanzen sind unter Zugrundelegung einer festgestellten Durchschnittsberechnung über das Verhältnis von Arbeitszeit und Bereitschaftszeit im Jahr 1983 davon ausgegangen, daß die 173 Stunden monatlich übersteigenden Arbeitszeiten der Kläger Bereitschaftszeiten gewesen seien, zumal auch unter Berücksichtigung der für Fahrzeugwaschen und Regiefahrten aufgewendeten Zeit 173 Stunden monatlich nicht erreicht worden seien. Die Revisionswerber führen dagegen nur ins Treffen, daß für Wagenwaschen und Regiefahrten ein höherer Zeitaufwand anzusetzen sei, und bekämpfen insoweit in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung. Daß, wovon die Vorinstanzen ausgingen, die reinen Fahrzeiten (einschließlich der dort eingeschlossenen Wartezeiten) erheblich unter 173 Stunden monatlich lagen, wird auch von den Klägern nicht mehr in Zweifel gezogen. Strittig ist daher die Frage, ob für Zeiten der Arbeitsbereitschaft eine geringere Entlohnung vereinbart werden kann und ob eine solche Vereinbarung getroffen wurde.

Auszugehen ist davon, daß ein für die Arbeitsverhältnisse der Kläger anwendbarer Kollektivvertrag nicht besteht. Die Lohnvereinbarung war daher ausschließlich Gegenstand des Einzelarbeitsvertrages, wobei allerdings grundsätzlich § 10 AZG zu beachten war, demzufolge für Überstunden ein Zuschlag von 50 % zu leisten ist. Die Vorinstanzen haben dazu festgestellt, daß bei der Anstellung der Kläger eine Entlohnung von 40 S brutto für jede Stunde (26,40 S netto) und eine Entlohnung von 60 S brutto (43,60 S netto je Überstunde) vereinbart worden seien. Diese Vereinbarung würde dem § 10 AZG entsprechen. Nach den Feststellungen wurde jedoch letztlich tatsächlich für 173 Stunden monatlich ein Entgelt von 40 S netto und für die darüber hinausgehenden Stunden je 46 S netto verrechnet, und zwar unabhängig davon, wieviel Stunden an Aktivzeit bzw. Bereitschaftszeit in der Gesamtstundenanzahl enthalten waren. Diese Verrechnungsart sei vor Jahren zur Ersparung von Lohnsteuer und Sozialversicherung gewählt worden, wobei der vereinbarte Bruttolohn von 40 S unter Einbeziehung verschiedener Zulagen auf 40 S netto aufgewertet und der Überstundenlohn mit 46 S netto festgelegt worden sei. Dies sei den Fahrern bekannt gewesen. Grundsätzlich kann die Arbeitsbereitschaft durch Kollektivvertrag oder Einzelarbeitsvertrag geringer entlohnt werden als die normale Arbeitsleistung. Dies ist in der österreichischen Rechtslehre unbestritten (Rungaldier, dRdA 1982, 319 ff insbesondere 320 mwN). Für eine solche geringere Entlohnung ist allerdings eine entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag erforderlich (Rainer, ZAS 1974, 214 ff insbesondere 216; Dirschmied, dRdA 1975, 44 ff insbesondere 47), wobei zu diesem geringeren Entgelt bei Überschreitung der Normalarbeitszeit ein Überstundenzuschlag gemäß § 10 AZG zu leisten ist. Fehlt eine derartige Vereinbarung, dann ist auch für Zeiten der Arbeitsbereitschaft der Normallohn und der Überstundenzuschlag (§ 10 AZG) zu zahlen (Arb 10.059, 10.356). Es stand den Parteien frei, für Zeiten einer Arbeitsbereitschaft, die außerhalb der Normalarbeitszeit lagen, eine geringere Entlohnung zu vereinbaren, die einschließlich des Überstundenentgeltes 46 S pro Stunde entsprach. Der Abschluß einer ausdrücklichen Vereinbarung hierüber wurde nicht behauptet und nicht festgestellt. Das Berufungsgericht leitet aus den Feststellungen eine schlüssig zustande gekommene Vereinbarung hierüber ab. Den Klägern sei die Verrechnungsart bekannt gewesen und sei ab ihrem Eintritt in dieser Form gehandhabt worden. Die Erfassung von Stundenzahlen sei getrennt nach Arbeitszeit und Bereitschaftszeit erfolgt. Dies hätten die Kläger hingenommen.

Diesen Ausführungen kann aber nicht gefolgt werden. Vorerst sei darauf verwiesen, daß die Annahme des Berufungsgerichtes, daß die Stundenlisten von den Klägern getrennt nach Fahrzeit und Bereitschaftszeit zu führen waren, in den Feststellungen keine Deckung findet. Aus dem den Entscheidungen der Vorinstanzen zugrundeliegenden

Sachverhalt ergibt sich, daß die Fahrer Stundenlisten zu führen und darin die Fahr- und Bereitschaftszeiten stundenmäßig einzutragen hatten. Daß getrennte Aufzeichnungen geführt wurden, läßt sich hieraus nicht ableiten. Dagegen spricht im übrigen, daß die Beklagte vorbrachte (ON 23 und 25), die von ihr vorgenommene Trennung der Gesamtarbeitszeit in Fahrzeit und sonstige Zeiten sei aufgrund der aus den Rechnungen rekonstruierten tatsächlichen Fahrzeiten vorgenommen worden; auch der Zeuge K\*\*\* deponierte dies in diesem Sinn. Soweit das Berufungsgericht davon ausgeht, daß die Entgeltberechnung mit einem Nettobetrag von 40 S für die Normalstunde bzw. 46 S für die 173 Stunden monatlich übersteigenden Stunden ab dem Eintritt der Kläger gehandhabt worden sei, steht dies in unlösbarem Widerspruch mit der Feststellung, daß bei Begründung der Arbeitsverhältnisse ein Bruttostundenlohn von 40 S für die Normalstunde und von 60 S für eine Überstunde vereinbart wurde. Die Nettostundenregelung könnte demnach erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt sein. Ob allerdings hierüber eine Vereinbarung zustande gekommen ist, kann aufgrund des der Entscheidung der Vorinstanzen zugrundeliegenden Sachverhaltes nicht beurteilt werden. Die Feststellung, den Klägern sei die Form der Entgeltberechnung bekannt gewesen, reicht zur Annahme einer schlüssigen Änderung des Arbeitsvertrages nicht aus. Erforderlich sind genaue Feststellungen darüber, in welchem Umfang die Kläger von der Lohnregelung informiert waren - die geübte Form der Auszahlung teilweise auf Konto, teilweise unter Verkürzung von Steuern und Sozialversicherungsabgaben in barem, war zweifellos nicht geeignet, die Berechnungsgrundlage offenzulegen - sowie wann sie davon Kenntnis erhielten und wie sie darauf reagierten. Nur dann, wenn die Kläger voll darüber informiert waren, daß die Normalarbeitszeit übersteigende Bereitschaftsstunden geringer entlohnt wurden als während der Normalarbeitszeit geleistete Stunden und ein Verhalten an den Tag legten, das keinen Zweifel an ihrer Zustimmung zu einer solchen Regelung offen gelassen hätte (§ 863 ABGB), könnte eine schlüssige Zustimmung zu einer Änderung des Arbeitsvertrages in diesem Sinn angenommen werden, wobei dem Zeitmoment sowie der Gesamtauswirkung der Neuregelung der Entlohnung wesentliche Bedeutung zukommt. Eine jahrelange widerspruchslose Hinnahme der Entgeltberechnung in dieser Form in genauer Kenntnis der geänderten Stundenansätze könnte einen wesentlichen Hinweis auf eine konkludente Zustimmung geben. Zu prüfen wird auch sein, mit welchem Betrag sich die Einbeziehung der Zulagen bei Bildung des Nettostundenlohnes von 40 S zu Buche schlugen, welcher Betrag auf eine echte Lohnerhöhung entfiel und wie damit die Gesamtauswirkungen der Neuregelung auf die Einkünfte der Kläger waren. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Annahme einer konkludenten Zustimmung der Kläger gegeben sind, könnte nämlich auch der Frage Bedeutung zukommen, ob die Neuregelung insgesamt eine Besserstellung der Kläger brachte.

Erst nach Klärung dieser Umstände wird beurteilt werden können, ob zwischen den Parteien eine Vereinbarung über eine gegenüber dem malstundenlohn geringere Bezahlung der außerhalb der Normalarbeitszeit geleisteten Bereitschaftsstunden wirksam zustandekam und damit die von der Beklagten gezahlten Entgelte dem Arbeitsvertrag entsprachen.

Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 392 Abs.2 bzw. § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E18323

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:009OBA00201.89.0830.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890830\_OGH0002\_009OBA00201\_8900000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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