

TE OGH 1988/11/30 9ObA274/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.11.1988

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. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Robert Müller und Dr. Bernhard Schwarz als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Hermann H***, Arbeiter, Frohnleiten, Gschwendt 30, vertreten durch Dr. Reinhard Tögl, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei T*** Gesellschaft mbH, Bruck an der Mur, Oberdorferstraße 14, vertreten durch Dr. Michael Zsizsik, Rechtsanwalt in Bruck an der Mur, wegen 75.606,59 S sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. Juli 1988, GZ 8 Ra 51/88-28, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Kreisgerichtes Leoben als Arbeits- und Sozialgericht vom 26. November 1987, GZ 22 Cga 27/87-22, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird in seinem bestätigenden Teil bestätigt, im übrigen aber dahin abgeändert, daß das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 15.985,90 S bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 4.725 S Barauslagen und 1.023,72 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist seit 10. April 1972 bei der Beklagten beschäftigt, übt seit 1979 die Funktion eines Vorsitzenden des Arbeiterbetriebsrates aus und ist seither in dieser Funktion freigestellt. Der Kläger mußte vor seiner Freistellung in erheblichem Ausmaß Überstunden leisten, sodaß ihm auch während seiner Freistellung Überstunden im bisherigen Ausmaß vergütet wurden. Der Kläger begehrt für den Zeitraum August 1985 bis Dezember 1986 restliches Entgelt von 75.606,59 S brutto sA. Es sei Einvernehmen erzielt worden, daß dem Kläger für die Dauer seiner Freistellung 250 Arbeitsstunden, davon 58 Überstunden mit 50 %igem Zuschlag und 24 Überstunden mit 100 %igem Zuschlag, weitergezahlt würden. Tatsächlich habe der Kläger bis einschließlich Juli 1985 die ausdrücklich vereinbarte Lohnfortzahlung erhalten. Erstmalig im August 1985 sei die Beklagte von dieser einvernehmlich festgelegten Lohnfortzahlung abgegangen und habe einseitig die Überstundenanzahl reduziert. Dies sei zu Unrecht erfolgt, weil die Entgeltfortzahlung in einem bestimmten Ausmaß ausdrücklich vereinbart worden sei und überdies der Kläger im Falle seiner tatsächlichen Weiterbeschäftigung nach wie vor Überstunden im ursprünglich zugrundegelegten Ausmaß hätte

leisten müssen, wenn man auf vergleichbare Arbeitnehmer (Maschinisten) abstelle. Trotz der Vereinbarung beschränke der Kläger sein Begehren auf 235 Arbeitsstunden pro Monat, davon 43 Überstunden mit 50 %igem und 24 Überstunden mit 100 %igem Zuschlag.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger habe vor seiner Freistellung in erheblichem Ausmaß Überstunden geleistet, sodaß ihm das entsprechende Entgelt gemäß §§ 116, 117 ArbVG weitergezahlt worden sei. Seither seien die Überstundenleistungen im Unternehmen der Beklagten erheblich reduziert und daher das dem Kläger weitergezahlte Entgelt angepaßt worden.

Das Erstgericht gab der Klage mit einem Betrag von 4.152,18 S brutto samt 4 % Zinsen aus 2.526,78 S vom 1. Juli 1986 bis 31. Dezember 1986 und aus 4.152,18 S seit 1. Jänner 1987 statt und wies das Mehrbegehren von 71.454,41 S brutto sA ab.

Es stellte folgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Der Kläger war bis zu seiner Freistellung hauptsächlich als Raupenfahrer und aushilfsweise als LKW-Fahrer beschäftigt. Er wurde meist auf Großbaustellen eingesetzt und hatte eine hohe Anzahl von Überstunden zu leisten. In den letzten drei Monaten vor der am 27. Juli 1979 beantragten Freistellung hatte der Kläger - wie die Geschäftsleitung der Beklagten vom Lohnbüro errechnen ließ - im Monatsdurchschnitt 249,5 Arbeitsstunden geleistet. Anlässlich der Freistellung kam es im Juli 1979 zu einem Gespräch zwischen der Geschäftsleitung der Beklagten (Geschäftsführer Ing. Günther H***, Direktor S***), dem Kläger und dem Landessekretär der Gewerkschaft Bau-Holz. Dem Kläger wurde hierbei zugesagt, ihm würden in Hinkunft 250 Arbeitsstunden pro Monat, davon 58 Überstunden mit 50 % und 24 Überstunden mit 100 % Zuschlag, vergütet werden. Dabei wurde weder über eine Befristung dieser Regelung noch darüber gesprochen, daß diese Regelung an die im Betrieb von Maschinisten geleisteten Überstunden gebunden sei. Der Kläger wurde nach dieser Regelung bis einschließlich Juli 1985 entlohnt. Im Baugewerbe ist seit dem Jahre 1980 eine rückläufige Tendenz festzustellen. Das Betriebsergebnis der Beklagten verschlechterte sich in den Jahren 1980 bis 1982. Wegen des schlechten Betriebsergebnisses wurden Einsparungsmöglichkeiten erkundet und dabei im Sommer 1985 vom Geschäftsführer der Beklagten festgestellt, daß der Kläger im Vergleich mit anderen im Betrieb tätigen Maschinisten einen zu hohen Lohn bezog. Der Geschäftsführer der Beklagten ließ eine Aufstellung für den Zeitraum vom 1. August 1984 bis 31. Juli 1985 erarbeiten, in die sechs Mitarbeiter der Beklagten aufgenommen wurden, die die gleiche Tätigkeit wie der Kläger ausführten, wenn dieser nicht freigestellt worden wäre. Es handelte sich um vier Raupenfahrer und zwei LKW-Fahrer, die im Hinblick auf den fallweisen Einsatz des Klägers als LKW-Fahrer einbezogen wurden. Der monatliche Durchschnittsarbeitsaufwand dieser Mitarbeiter belief sich auf 194,67 Arbeitsstunden. Nach Einholung einer Auskunft der Handelskammer Steiermark, wonach einem Betriebsratsmitglied nur jenes Entgelt gebühre, das es nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge bezogen hätte, wurde der Kläger Anfang August 1985 vom Geschäftsführer der Beklagten informiert, daß er ab August seinen monatlichen Lohn nur mehr auf Basis von 195 Arbeitsstunden erhalten werde, weil die wirtschaftliche Lage schlecht sei. Im Durchschnitt wurden an den Kläger von August 1985 bis Dezember 1986 ohne Berücksichtigung der Krankenstandsmonate Februar und März 1986 pro Monat 204,66 Arbeitsstunden bezahlt, davon 23,7 Überstunden mit 50 % Zuschlag. Sechs mit dem Kläger vergleichbare Arbeitnehmer - die als Raupenfahrer eingesetzten Maschinisten Manfred P***, Herbert W***, Erwin K*** und Vinzenz S*** sowie die als

LKW-Fahrer eingesetzten Maschinisten Johann S*** und Josef K*** - wurden in diesem Zeitraum im Monatsdurchschnitt für 203,5 Arbeitsstunden, davon 20 Überstunden mit 50 % und 3 Überstunden mit 100 % Zuschlag, entlohnt.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß das freigestellte Betriebsratsmitglied gemäß § 117 ArbVG nur so zu entlohnen sei, wie wenn es seine frühere Arbeit weiterhin verrichtete. Eine Pflicht zur Vergütung von Überstunden bestehe nur in dem Umfang, in dem das Betriebsratsmitglied ohne Freistellung wahrscheinlich Überstunden hätte leisten müssen. Das freigestellte Betriebsratsmitglied solle das betriebliche Schicksal mit anderen vergleichbaren Arbeitnehmern teilen und nicht bessergestellt werden. Mit dem seinerzeitigen Zugeständnis anlässlich der Freistellung des Klägers habe sich die Beklagte an der Tätigkeit und dem Verdienst des Klägers in den letzten drei Monaten vor der Freistellung orientiert. Obwohl die Streitparteien dies nicht näher erörterten, sei davon auszugehen, daß diese Vereinbarung entsprechend den Bestimmungen des ArbVG nur so lange Geltung haben sollte, als auch eine entsprechende Anzahl von Überstunden im Betrieb der Beklagten anfiel. Eine Vereinbarung, wonach dem Kläger für

alle Zukunft und unabhängig von der betrieblichen Entwicklung 250 Arbeitsstunden bezahlt werden sollten, sei nicht erwiesen worden. Bei Prüfung der Frage, was der Kläger verdient hätte, wäre er von August 1985 bis Dezember 1986 nicht freigestellt gewesen, sei das Entgelt anhand einer Durchschnittskarriere zu ermitteln; durch die Orientierung am Durchschnitt mehrerer Arbeitnehmer könne eine gewisse Willkür, die beim Vergleich mit einer Person Platz greifen könnte, vermieden werden. Ein derartiger Vergleich ergebe, daß dem Kläger lediglich der den anderen Arbeitnehmern im Monatsdurchschnitt gezahlte 100 %ige Überstundenzuschlag für drei Überstunden nicht gewährt worden sei; daraus resultiere ein Entgeltanspruch des Klägers von 4.152,18 S.

Das Berufungsgericht bestätigte den stattgebenden Teil des Ersturteils und änderte es in seinem abweisenden Teil im Sinne des Klagebegehrens ab. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes und stellte ergänzend folgenden weiteren Sachverhalt fest:

Die von der Belegschaft der Beklagten geleistete Stundenzahl ging nach der Rezession in den Jahren 1980 bis 1982 zurück. Eine Reduktion des dem Kläger gezahlten Entgeltes wäre schon während des Laufes der letzten Betriebsratsperiode von Juli 1982 bis Juli 1985 möglich gewesen.

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß das Verhalten der Beklagten anlässlich der Freistellung des Klägers auf eine gewisse Großzügigkeit habe schließen lassen, weil nicht nur die Stundenanzahl von 249,5 auf 250 aufgerundet, sondern auch der Bemessung die im Baugewerbe stärksten Monate des Jahres und nicht ein Jahresdurchschnitt zugrundegelegt worden sei. Entscheidend sei aber, daß die Beklagte dem Kläger den vereinbarten "Spitzenlohn" auch in den Jahren 1980 bis 1982 und auch nachher noch bis einschließlich Juli 1985 weitergezahlt habe, obwohl sich in diesem Zeitraum die wirtschaftliche Lage des Betriebes bereits erheblich verschlechtert habe und die Überstundenleistungen beträchtlich reduziert worden seien. Bringt der Arbeitgeber durch Gewährung einer regelmäßigen Leistung ohne Betonung der Freiwilligkeit, Unverbindlichkeit und Widerruflichkeit seinen Willen, sich diesbezüglich auch für die Zukunft zu verpflichten, unzweideutig zum Ausdruck, werde ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auch auf Weitergewährung einer an sich freiwillig gewährten Leistung begründet. Während die Höhe des Entgeltes im Jahre 1979 noch im Hinblick auf die damalige Arbeitsleistung des Klägers begründet gewesen sei, sei dies ab dem Jahre 1980 nicht mehr der Fall gewesen. Der Kläger habe - durch die unveränderte Weiterzahlung des Entgeltes - einen Anspruch auf diese Leistung erworben, der einseitig nicht mehr abgeändert werden könne.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne einer gänzlichen Klageabweisung abzuändern.

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

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist teilweise berechtigt.

Die behauptete Mangelhaftigkeit liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO).

Zu Recht wendet sich die Revisionswerberin aber gegen die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes.

Gemäß § 117 Abs 1 ArbVG ist den freigestellten Betriebsratsmitgliedern das Entgelt fortzuzahlen. Die Höhe des Entgeltes richtet sich danach, was das Betriebsratsmitglied verdient hätte, wenn es während dieser Zeit gearbeitet hätte; es handelt sich um den mutmaßlichen Verdienst. Wird im Betrieb zulässig unter entsprechender Lohnkürzung Kurzarbeit geleistet, reduziert sich auch der Verdienst des Betriebsratsmitgliedes, denn es hätte auch im Falle der Beschäftigung weniger verdient. Hätte hingegen das Betriebsratsmitglied im Falle der Beschäftigung an seinem Arbeitsplatz Überstunden leisten müssen, sind auch diese samt Zuschlag zu zahlen (siehe Floretta in Floretta-Strasser Kommentar zum ArbVG, 786; ebenso Cerny, Arbeitsverfassungsgesetz 581 f, 584). Variable Entgeltbestandteile sind dann nicht mehr weiterzuzahlen, wenn die Umstände, unter denen sie vor der Freistellung gewährt wurden, weggefallen sind, etwa bei Wegfall oder erheblicher Verringerung der Überstundenleistungen im Betrieb (siehe Basalka in Adametz, Basalka, Heinrich, Kinzel, Mayr, Meches, Kommentar zum ArbVG Anm. 7 zu § 117).

Da sich die Beklagte bei Festlegung des während der Freistellung des Klägers zu zahlenden Entgeltes an seinem Verdienst in den letzten drei Monaten orientierte, ist diese Zusage mangels besonderer Umstände, die einen über die gesetzliche Verpflichtung hinausgehenden Verpflichtungswillen erschließen lassen, gemäß §§ 914 und 915 ABGB nur dahin zu verstehen, daß die Beklagte mit dieser am bisherigen Verdienst orientierten Entgeltregelung nur ihre

gesetzliche Verpflichtung erfüllen, aber nicht weitergehende Verpflichtungen übernehmen wollte. Daraus ergibt sich, daß mit dieser die gesetzliche Verpflichtung nach § 117 Abs 1 ArbVG lediglich konkretisierenden Vereinbarung die Beklagte nicht auf ihr Recht, bei wesentlicher Änderung des an vergleichbare Arbeitnehmer gezahlten Entgeltes auch das dem Kläger weitergezahlte Entgelt anzupassen, verzichtete. Insbesondere kann daraus, daß sich die Beklagte bei Bemessung dieses Entgeltes nicht am Jahresdurchschnitt, sondern an den letzten drei - für den Kläger günstigeren - Monaten orientierte, nicht ein Verzicht auf Anpassung für den Fall einer wesentlichen Verschlechterung der Verhältnisse erschlossen werden. Eine derartige Festlegung der Leistung könnte, wie etwa die vergleichsweise Festlegung eines auch nach dem Gesetz zu leistenden Unterhaltes, allenfalls im Wege einer Auslegung nach § 914 ABGB dazu führen, daß nicht schon jede vorübergehende geringfügige und vorhersehbare Änderung des an vergleichbare Arbeitnehmer zu zahlenden Entgeltes eine Änderung auch des Entgeltes des freigestellten Arbeitnehmers zur Folge hat (vgl. Rummel in Rummel ABGB Rz 8 a zu § 901). Wenn die Beklagte daher das Absinken des Einkommens der vergleichbaren Arbeitnehmer nicht unverzüglich zum Anlaß einer Anpassung auch des dem Kläger vereinbarungsgemäß weitergezahlten Entgeltes nahm, konnte der Kläger daraus gemäß § 863 ABGB zwar auf einen Verzicht auf Anpassung für die Vergangenheit und Gegenwart, nicht aber auf einen ungleich schwererwiegenden Verzicht auf Anpassung für alle Zukunft schließen (vgl. Rummel in Rummel ABGB Rz 22 zu § 863; Schubert aaO, Rz 11 zu §§ 988, 989; MietSlg 31.130; 35.112, wonach der widerspruchslosen Entgegennahme des nicht erhöhten Zinses in der Vergangenheit nur die Bedeutung eines Verzichtes auf die Nachforderung für die früheren Zinsperioden zukommt, nicht aber für die Zukunft; ferner EvBl 1969/36, wonach auf die Umstandsklausel nur ausdrücklich und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise verzichtet werden kann). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes war die Beklagte daher berechtigt, das dem Kläger gemäß § 117 Abs 1 ArbVG zu leistende Entgelt für die Zukunft an die geänderten Verhältnisse anzupassen. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, daß der im Verfahren erster Instanz durch eine qualifizierte Person im Sinne des § 40 Abs 1 ASGG vertretene Kläger mit dem erstmals in der Berufung erstatteten Vorbringen, er habe bis zu seiner Freistellung im Jahre 1979 ein gegenüber den vergleichbaren Arbeitnehmern überdurchschnittliches Ausmaß an Überstunden geleistet, eine gemäß § 482 ZPO iVm § 63 Abs 1 ASGG unzulässige und damit auch im Revisionsverfahren unbeachtliche Neuerung geltend gemacht hat. Da sich die Revisionswerberin mit ihren Ausführungen lediglich gegen die Auffassung des Berufungsgerichtes wandte, die Beklagte sei zur Fortzahlung des Entgeltes ohne Rücksicht auf die Änderung der Verhältnisse verpflichtet, sich hingegen mit der Höhe des auch vom Erstgericht zuerkannten Betrages nicht auseinandersetzte, und damit ungeachtet der Anfechtungserklärung inhaltlich nur die Abänderung des Ersturteils durch das Berufungsgericht bekämpfte, erübrigt sich eine Stellungnahme zur Höhe des vom Erstgericht zuerkannten Betrages. Der Revision war daher teilweise Folge zu geben und das Urteil des Erstgerichtes wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 43 Abs 1, 50 ZPO.

Anmerkung

E16080

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00274.88.1130.000

Dokumentnummer

JJT_19881130_OGH0002_009OBA00274_8800000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at