

# TE OGH 1988/9/28 9ObA191/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.1988

## 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. Maier und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Josef Fellner und Hermann Peter als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Christoph S\*\*\*, Angestellter, Wien 12., Rotenmühlgasse 13/5/19, vertreten durch Dr. Georg Grießer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei D\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, Purkersdorf, Wintergasse 50-52, vertreten durch Dr. Hans Pernkopf, Rechtsanwalt in Wien, wegen 78.141,94 S brutto sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. April 1988, GZ 31 Ra 28/88-33, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 12. November 1987, GZ 5 Cga 5003/87-26, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 4.243,80 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 385,80 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kollektivvertrag für das graphische Gewerbe Österreichs enthält ua folgende Bestimmungen über die Arbeitszeit:

§ 11 Normale wöchentliche Arbeitszeit

1. Die normale wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden. Die normale wöchentliche Arbeitszeit hat in der Zeit zwischen 7.00 Uhr und 18.00 Uhr zu liegen. ....

§ 14 Schichtarbeit

1. Schichtarbeit ist jene Arbeitsweise, bei der sich die tägliche Arbeitszeit von Dienstnehmern der gleichen Sparte aneinanderreicht, so daß in zwei oder drei Schichten produziert werden kann.

2. Es ist gestattet, die Wochenarbeitszeit auf fünf oder sechs Wochentage aufzuteilen, doch darf die effektive Wochenarbeitszeit dadurch nicht überschritten werden. ....

3.

Die Besetzung der Schichten soll wöchentlich wechseln.....

4.

In der Nachtschicht beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 39 Stunden...."

Der Kläger war bei der Beklagten ab 26. November 1979 beschäftigt. Er wurde auf seinen Wunsch zum Kopierer ausgebildet und etwa ein Jahr nach seinem Eintritt regelmäßig wöchentlich abwechselnd mit dem anderen bei der Beklagten beschäftigten Kopierer von 6.00 Uhr bis 14.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr eingesetzt. Am 3. September 1985 wurde der Kläger entlassen. Der Kläger begehrt 82.041,94 S brutto sA an Kündigungsentschädigung, Abfertigung und Urlaubsentschädigung. Auf Grund eines ärztlichen Ratschlages habe der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 11. Dezember 1984 mitgeteilt, daß er aus gesundheitlichen Gründen außer Stande sei, Nacharbeit zu leisten. Dies habe die Beklagte zur Kenntnis genommen und den Kläger - mit Ausnahme von zwei oder drei Fällen, in denen er auf ausdrückliches Ersuchen der Beklagten wegen der besonderen Dringlichkeit ausnahmsweise einer Tätigkeit in der Nacht zugestimmt habe - nur in der Normalarbeitszeit bis 22.00 Uhr eingesetzt. Zu seiner Überraschung sei dem Kläger am Freitag, dem 30. September 1985, mitgeteilt worden, daß er in der ersten Septemberwoche für die Nachtschicht eingeteilt worden sei. Der Kläger habe sich sofort gegen diese Einteilung ausgesprochen und auf seine Nacharbeit ausschließende Vereinbarung mit der Beklagten hingewiesen. Am 2. September 1985 sei der Kläger zur normalen Arbeitszeit erschienen, aber vom Betriebsleiter darauf hingewiesen worden, daß seine Arbeitszeit erst um 18.00 Uhr beginne. Der Kläger habe sich lediglich zur Arbeit in der normalen Arbeitszeit bereit erklärt und erneut darauf hingewiesen, daß es ihm aus gesundheitlichen Gründen vom Arzt verwehrt worden sei, in der Nacht zu arbeiten. Die Psoriasis-Erkrankung des Klägers sei der Beklagten seit Jahren bekannt gewesen; eine wechselnde Belastung verstärke das Krankheitsbild. Bei der Arbeit von 18.00 Uhr bis 6.00 Uhr früh habe es sich nicht um zulässige Schichtarbeit gehandelt, sondern um einseitige Anordnung von Nacharbeit außerhalb der Normalarbeitszeit und um Überschreitung des zulässigen Ausmaßes an Überstunden. Daß die Beklagte sich mit einer Teilleistung von 18.00 Uhr bis 22.00 Uhr begnügt hätte, habe sie dem Kläger gegenüber nicht zum Ausdruck gebracht; andererseits habe der Kläger nicht annehmen können, daß sich die Beklagte mit einer derartigen in die Normalarbeitszeit fallenden Teilleistung zufrieden geben werde. Die Arbeitsverweigerung sei nicht pflichtwidrig gewesen, weil der Kläger lediglich den Rat seines Arztes, im Hinblick auf seine Erkrankung keine Nacharbeit zu leisten, befolgt habe. In eventu werde ein Mitverschulden der Beklagten eingewendet, weil sie auf 8 Stunden Arbeitsleistung bestanden habe und dem Kläger nicht mitgeteilt habe, daß sie auch mit einer Arbeitsleistung von 18.00 Uhr bis 22.00 Uhr zufrieden sei.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger habe die Beklagte nicht davon in Kenntnis gesetzt, daß er aus gesundheitlichen Gründen keine Nacharbeit leisten könne; das Schreiben vom 11. Dezember 1984 sei der Beklagten nicht zugekommen. Am 30. August 1985 sei die Änderung für die erste Septemberwoche besprochen und seien auch die entsprechenden Nachtschichten eingeteilt worden. Der Kläger habe seine Einteilung für 18.00 Uhr bis 6.00 Uhr zur Kenntnis genommen, ohne wegen seiner angeblichen gesundheitlichen Probleme oder entgegenstehender Vereinbarungen Vorbehalte zu machen. Am Montag, dem 2. September 1985, sei der Kläger überraschend um 14.00 Uhr im Betrieb erschienen. Als ihm der Betriebsleiter erklärt habe, daß sein Dienst erst um 18.00 Uhr beginne, habe der Kläger geantwortet, er sei nicht bereit, 12 Stunden zu arbeiten. Daraufhin sei ihm mitgeteilt worden, er müsse nur 8 Stunden arbeiten, habe aber zum Schichtwechsel um 18.00 Uhr seinen Dienst anzutreten. Zugleich sei er darauf hingewiesen worden, daß er im Falle der Verweigerung die Entlassung zu gewärtigen habe. Der Kläger sei am 2. September 1985 um 18.00 Uhr nicht zur Arbeit erschienen. Als der Kläger am folgenden Tag um 14.00 Uhr in den Betrieb der Beklagten gekommen sei und auf seinem Verhalten beharrt habe, sei die Entlassung ausgesprochen worden. Psoriasis sei kein Hindernis für Nacharbeit. Die Arbeitsleistung des Klägers sei teilbar gewesen. Eine Tätigkeit des Klägers von 18.00 Uhr bis 22.00 Uhr hätte für die Beklagte den Vorteil gehabt, daß der Betriebsleiter Harald S\*\*\* die Arbeit des Klägers erst um 22.00 Uhr hätte übernehmen müssen.

Das Erstgericht gab der Klage hinsichtlich eines Teilbetrages von 3.900 S brutto sA (Urlaubsabfindung) statt, wies das Mehrbegehren von 78.141,94 S brutto sA ab und stellte folgenden Sachverhalt fest:

Der Beklagten war von Anfang an bekannt, daß der Kläger an Psoriasis leidet. Der Betriebsleiter Harald S\*\*\* fragte den Kläger, ob diese Erkrankung übertragbar sei und ob die beim Kopieren verwendeten Chemikalien diese Krankheit beeinflussen könnten. Ferner wurde besprochen, daß der Kläger fallweise Nachtdienst leisten müsse, weil die Beklagte nur zwei Kopierer beschäftige und bei fallweisen Aushilfsarbeiten vier bis sechs Wochen pro Jahr auch Schichten von 18.00 Uhr bis 6.00 Uhr zu verrichten seien. Der Kläger wies nicht darauf hin, daß er wegen seiner Erkrankung diese Nachtschichten nicht leisten könne. Nachtschichten sind wegen der steuerfreien Nachtzulage bei den im graphischen

Gewerbe beschäftigten Arbeitnehmern im allgemeinen begehrt. Der Kläger teilte der Beklagten nicht mit, daß sich der durch den Schichtwechsel bedingte Schlafrhythmuswechsel nachteilig auf seine Erkrankung auswirke und dadurch neue Ausbrüche der Krankheit hervorgerufen werden; er legte der Beklagten diesbezüglich auch kein ärztliches Zeugnis vor. Lediglich mit Schreiben vom 11. Dezember 1984 teilte der Kläger der Beklagten mit, daß er nicht bereit sei, in der Nacht 12 Stunden (von 18.00 Uhr bis 6.00 Uhr früh) zu arbeiten. Er mache die Beklagte darauf aufmerksam, daß er 12 Stunden Arbeit in der Nacht (die ganze Woche) aus gesundheitlichen Gründen nicht verkraften könne. Vom Betriebsleiter Harald S\*\*\* wurde dem Kläger daraufhin mitgeteilt, daß er zu Überstundenleistungen nicht gezwungen werden könne; er müsse jedoch ab 18.00 Uhr 8 Stunden arbeiten. Damit erklärte sich der Kläger einverstanden. Zuletzt arbeitete der Kläger im Jänner und März 1985 "zumindest teilweise" in der Nachtschicht von 18.00 Uhr bis 6.00 Uhr früh. Am Nachmittag des 30. August 1985 teilte Harald S\*\*\* dem Kläger mit, daß er in der kommenden Woche für die Schicht von 18.00 Uhr bis 6.00 Uhr eingeteilt sei. Der zweite Kopierer war für die Schicht von 6.00 Uhr bis 18.00 Uhr eingeteilt. Gegen diese Schichteinteilung erhob der Kläger keine Einwände. Da er jedoch mangels Erfüllung seiner Gehaltswünsche bei der Beklagten ohnehin ausscheiden wollte, holte er eine Rechtsauskunft ein und trat am Montag, dem 2. September 1985, seinen Dienst nicht um 18.00 Uhr, sondern um 14.00 Uhr an. Als Harald S\*\*\* den Kläger entdeckte, stellte er ihn zur Rede und warf ihm vor, daß er seinen Dienst nicht um 18.00 Uhr, sondern schon um 14.00 Uhr - während der Dienstzeit des zweiten

Kopierers - angetreten habe. Der Kläger erklärte dem Betriebsleiter, aus gesundheitlichen Gründen könne er nicht 12 Stunden arbeiten, er könne nur von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr arbeiten. Harald S\*\*\* forderte daraufhin den Kläger auf, nach Hause zu gehen und um 18.00 Uhr wieder zum Dienst zu erscheinen; zu Überstunden könne der Kläger nicht gezwungen werden, er müsse aber ab 18.00 Uhr 8 Stunden arbeiten; wenn er seinen Dienst um 18.00 Uhr nicht antrete, werde er entlassen werden. Der Kläger entfernte sich daraufhin ohne weitere Erklärung und trat seinen Dienst um 18.00 Uhr nicht an. Da das Nichterscheinen des Klägers zur Arbeit für die Beklagte überraschend war, mußte der Betriebsleiter für den Kläger einspringen. Als der Kläger am nächsten Tag um 14.00 Uhr seine Arbeit antreten wollte, wurde er vom Betriebsinhaber gefragt, ob er krank sei. Als der Kläger dies verneinte, sprach der Betriebsleiter die Entlassung aus. Eine gelegentliche Umstellung von Tagschicht auf Nachtschicht kann nicht zu einem Streß führen, der die Psoriasis-erkrankung negativ beeinflussen oder sonst eine erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigung des Klägers verursachen könnte. Lediglich ein Wechsel auf Tag- und Nachtschicht für einen längeren lückenlosen Zeitraum von etwa einem halben Jahr würde zu einer Verschlechterung der Erkrankung des Klägers führen.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß der Kläger, der sich bei seiner Ablehnung der angeordneten Nachtschicht nicht auf Verletzung von Gesetzen oder Kollektivvertragsbestimmungen berufen habe, die Leistung der Arbeit unbegründet verweigert habe, so daß die Entlassung gerechtfertigt sei.

Das Berufungsgericht bestätigte das nur in seinem abweisenden Teil angefochtene Ersturteil, übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes und vertrat die Rechtsauffassung, der Kläger habe schon dadurch, daß er am 2. September 1985 nicht wenigstens während des in seine bisherige Schicht fallenden Zeitraumes von 18.00 Uhr bis 22.00 Uhr gearbeitet habe, pflichtwidrig und schuldhaft ein erhebliches Ausmaß an Arbeitszeit versäumt, zumal die Beklagte dem Kläger die Entlassung nur für den Fall angedroht habe, daß er um 18.00 Uhr nicht zur Arbeit erscheine, nicht aber für den Fall, daß er nicht 8 Stunden lang arbeite.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

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

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

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

Zu Unrecht wendet sich der Revisionswerber aber auch gegen die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes.

Da der Kläger und der andere mit Kopierarbeiten beschäftigte Arbeitnehmer der Beklagten regelmäßig wöchentlich abwechselnd von 6.00 Uhr bis 14.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr eingesetzt wurden, leistete der Kläger in diesem Zeitraum Schichtdienst im Sinne des § 4 Abs 8 AZG sowie des § 14 Z 1 und 3 KV; soweit der von der Beklagten

als Arbeitgeber in Ausübung ihres Weisungsrechtes angeordnete Arbeitseinsatz des Klägers am 2. September 1985 in den Zeitraum vor 22.00 Uhr fiel, lag er daher jedenfalls im Rahmen der für den Kläger geltenden Normalarbeitszeit. Entgegen der Ansicht des Revisionswerbers kann der Beklagten in diesem Zusammenhang kein Vorwurf gemacht werden, daß sie dem Kläger nicht zu erkennen gab, sie hätte eine Teilleistung auch nur bis 22.00 Uhr entgegengenommen. Zieht man in Betracht, daß der Kläger auch nach Übermittlung des Schreibens vom 11. Dezember 1984 - in dem er eine Nachtschicht von 12 Stunden aus gesundheitlichen Gründen abgelehnt hatte - im Jänner und März 1985 Nachtschicht - wenn auch nicht bis 6.00 Uhr früh - geleistet hatte, dann konnte die Beklagte den am 2. September 1985 erhobenen Einwand des Klägers, er könne aus gesundheitlichen Gründen nicht 12 Stunden arbeiten, er könne nur von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr arbeiten, nur dahin verstehen, daß ihm lediglich die Leistung von mehr als 8 Stunden Nachtarbeit unzumutbar sei und konnte davon ausgehen, daß der Kläger nach Reduktion der Schicht auf 8 Stunden um 18.00 Uhr zur Arbeit erscheinen werde. Selbst wenn der Kläger einen Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung der Arbeitsleistung über 22.00 Uhr hinaus gehabt hätte, hatte die Beklagte daher keinen Anlaß, ihm zu erklären, daß ihr auch mit einer Arbeitsleistung nur bis zu diesem Zeitpunkt gedient gewesen wäre. Aber auch mit der Anordnung, für eine Woche Schichtarbeit von 18.00 Uhr bis 2.00 Uhr früh zu leisten, verstieß die Beklagte weder gegen Bestimmungen des AZG noch des KV noch auch gegen die mit dem Kläger getroffene Individualvereinbarung. Da die beklagte Partei den Kläger anlässlich der auf seinen Wunsch erfolgten Ausbildung zum Kopierer darauf hingewiesen hatte, daß fallweise Nachtschichten ab 18.00 Uhr erforderlich sein werden, und der Kläger dies zur Kenntnis nahm, war die von der Beklagten angeordnete Änderung der Schichteinteilung durch die mit dem Kläger getroffene Individualvereinbarung gedeckt. Soweit der Revisionswerber ausführt, es habe sich um eine durch die Individualvereinbarung nicht gedeckte völlige Neuordnung der Arbeitszeit gehandelt, ist ihm entgegenzuhalten, daß weder behauptet noch bewiesen wurde, daß mit der Anordnung vom 30. August 1985 die Schichteinteilung auf Dauer geändert wurde. Ebenso aktenwidrig sind die Ausführungen, es habe sich nicht um Schichtarbeit gehandelt, weil der Kläger allein Kopierarbeiten zu verrichten hatte und keine Arbeitnehmer der gleichen Sparte vorhanden gewesen seien. Tatsächlich wurde der Kläger - wie es für Schichtarbeit typisch ist - von der Beklagten in zeitlicher Aufeinanderfolge zusammen mit einem anderen Arbeitnehmer für Kopierarbeiten eingesetzt. Die Schichtarbeit war auch, wie es § 4 Abs 8 AZG vorsieht, geplant, d.h. der Beginn und das Ende der Arbeitszeit waren von vornherein festgelegt. Aus welchen Gründen den Erfordernissen eines Schichtplans nach § 4 Z 8 AZG nicht Rechnung getragen worden sein soll, wird in der Revision nicht dargelegt. Daß die Schichtarbeit - von dieser Individualvereinbarung abweichend - durch Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Z 2 ArbVG geregelt gewesen wäre, hat der Kläger im Verfahren erster Instanz weder vorgebracht noch ist derartiges den Beweisergebnissen zu entnehmen. Die durch die Individualvereinbarung mit dem Kläger gedeckte fallweise Änderung des Schichtplanes bedurfte daher nicht der Zustimmung des Betriebsrates (vgl. Cerny Arbeitszeitrecht<sup>2</sup>, 57; Floretta-Strasser ArbVG<sup>2</sup> Anm.11 zu § 97; Cerny Arbeitsverfassungsgesetz 399 f). Handelte es sich aber um eine zulässige Änderung der Schichteinteilung, dann war diese Arbeit zufolge der Ausnahmsbestimmungen der §§ 4 Abs 8 AZG und 14 Z 1 und 3 KV nicht schon allein auf Grund ihrer zeitlichen Lagerung als Überstundenarbeit zu qualifizieren, zu deren Leistung der Kläger nicht verpflichtet gewesen wäre. Da dem mit Schreiben vom 11. Dezember 1984 erhobenen Einwand des Klägers, er könne aus gesundheitlichen Gründen nicht 12 Stunden in der Nachtschicht arbeiten, mit der Einschränkung der Schicht auf 8 Stunden (von 18.00 Uhr bis 2.00 Uhr früh) Rechnung getragen wurde, geht auch der Hinweis auf eine Verletzung des § 9 AZG fehl. Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe für die Verweigerung dieser zulässigerweise angeordneten Schichtarbeit lagen nicht vor. Der für das Vorliegen derartiger Gründe beweispflichtige Kläger hat nicht bewiesen, daß ihm - wie er in der Klage behauptete - damals von ärztlicher Seite der Ratschlag erteilt worden ist, im Hinblick auf seine Erkrankung keine Nachtarbeit zu leisten (der Kläger hat dies nicht einmal bei seiner Vernehmung als Partei bekundet) oder daß sich die Leistung von einer Woche Nachtschicht tatsächlich schädlich auf seinen Gesundheitszustand ausgewirkt hätte. Das vorgelegte ärztliche Zeugnis Beilage E wurde - offenbar zur Untermauerung des Prozeßstandpunktes des Klägers in dem seit 28. Oktober 1985 anhängigen Verfahren - erst am 7. Oktober 1986 und damit mehr als ein Jahr nach dem Vorfall vom September 1985 ausgestellt; die Begutachtung durch ärztliche Sachverständige der einschlägigen Fachgebiete hat ergeben, daß sich lediglich die Umstellung auf Nachtschicht für einen längeren Zeitraum von etwa einem halben Jahr negativ auf die Psoriasis-Erkrankung des Klägers auswirken könnte. Da der Kläger bei dieser Situation noch dazu ohne vorherige Ankündigung zu der über seinen Einwand auf 8

Stunden verkürzten Nachtschicht einfach nicht erschien, war dies, wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben, ein pflichtwidriges und schuldhaftes erhebliches Arbeitszeitversäumnis, mit dem der Kläger den Entlassungstatbestand des § 82 lit f erster Fall GewO verwirklichte. Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

**Anmerkung**

E15527

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00191.88.0928.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19880928\_OGH0002\_009OBA00191\_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](http://www.jusline.at)