

# TE OGH 1988/6/29 90bA141/88

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.06.1988

## 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. Reinhard Drössler und Helmut Mojescick als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Leopold P\*\*\*, Kraftfahrer, Wien 21., Schererstraße 50/3/1, vertreten durch Dr. Reinhard Kohlhofer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Anton S\*\*\* Gesellschaft mbH, Transportunternehmen und Kanalräumungsbetrieb, Wien 11., Döblerhofgasse 20 b, vertreten durch Dr. Andreas Steiger, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 224.740 brutto sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 12. Februar 1988, GZ 32 Ra 144/87-10, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 13. August 1987, GZ 17 Cga 1618/87-6, 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 S 8.495,85 (darin S 772,35 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war bei der Beklagten seit 25.Juli 1966 als Kraftfahrer beschäftigt. Mit Schreiben vom 10.Oktober 1986 erklärte er seinen vorzeitigen Austritt aus dem Arbeitsverhältnis. Mit der vorliegenden Klage begeht er den der Höhe nach unbestrittenen Betrag von S 224.740 brutto sA an restlicher Urlaubsentschädigung, Entgeltendifferenz (Überstunden) und Abfertigung. Die Beklagte habe bei Berechnung des Urlaubsentgeltes und des Krankengeldes stets die während der letzten 13 Wochen erbrachten Überstunden berücksichtigt, so daß diese Berechnungsweise konkludent vereinbart worden sei. Demnach stünden dem Kläger für die Urlaubs- und Krankheitstage ab 10.Juli 1987 noch ein Urlaubsentgelt und ein Entgeltfortzahlungsanspruch von insgesamt S 20.276 zu. Ab März 1986 habe die Beklagte zwar die Ermittlung dieser Ansprüche darauf abgestellt, daß nur die während der Arbeitsverhinderung zu erwartenden Überstunden abzugelten seien, aber vorerst trotz mehrmaliger mündlicher Mahnung weder für das Urlaubsentgelt noch für die Entgeltfortzahlung überhaupt Überstunden berücksichtigt. Erst über schriftliche Aufforderung habe die Beklagte den von ihr nach der geänderten Berechnungsart ermittelten Betrag von S 7.235 brutto überwiesen. Die dem Kläger zustehende Differenz von S 13.041 brutto sei offen geblieben. Aus diesem Grunde und weil die Beklagte ab 24. März 1986 weder für das Urlaubsentgelt noch für das Krankengeld Überstunden berücksichtigt habe, sei der Kläger berechtigt vorzeitig ausgetreten.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe erstmals mit Schreiben vom 23.September 1986

darauf hingewiesen, daß bei der Auszahlung des Kranken- und Urlaubsentgelts die durchschnittlichen Überstunden nicht berücksichtigt worden seien. Nach Überprüfung habe sich die Beklagte sofort bereit erklärt, die Differenz zur berechtigten, noch nicht verfallenen Forderung nachzuzahlen. Die Beklagte sei deshalb von der Berücksichtigung eines Überstundendurchschnitts zur Entgeltermittlung abgegangen, weil diese Berechnungsweise einige Arbeitnehmer benachteiligt habe. Die nunmehrige Einbeziehung der Überstunden entspreche den einschlägigen gesetzlichen und kollektivvertraglichen Bestimmungen. Der Kläger habe nichts mehr zu fordern; sein Austritt sei nicht gerechtfertigt erfolgt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf im wesentlichen folgende Feststellungen:

Die Beklagte ermittelte seit 1974 die Höhe des Krankengeldes und des Urlaubsentgelts für alle Arbeitnehmer in der Weise, daß sie die jeweils in den letzten 13 Arbeitswochen vor Beginn des Krankenstandes bzw. des Urlaubs geleisteten durchschnittlichen Überstunden berücksichtigte und anteilig in die Entgelthöhe einbezog. Diese Vorgangsweise wurde, ohne daß darüber mit dem Kläger oder den anderen Arbeitnehmern gesprochen worden wäre, bis Anfang 1986 gehandhabt.

Da die Einsatzdauer der Arbeitnehmer der Beklagten bereits lange voraus feststeht, steht auch im vorhinein fest, welche Überstunden für den einzelnen Arbeitnehmer anfallen. Es ist daher für Zeiten eines Urlaubs oder Krankenstandes genau feststellbar, welche Überstunden zu erbringen gewesen wären. Andererseits benachteiligte die Berücksichtigung der durchschnittlichen Überstunden in den letzten 13 Wochen für die Entgeltfortzahlung einige Arbeitnehmer. Die Beklagte stellte daher Anfang des Jahres 1986 die Berechnungsweise allgemein dahin um, daß mit dem Urlaubsentgelt und Krankengeld jene Überstunden bezahlt werden, die ohne Arbeitsverhinderung geleistet worden wären.

Beide Berechnungsmethoden sind für die Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum berücksichtigt, an sich einkommensneutral. Es hängt vom Zufall der Überstundendichte zu den jeweiligen Zeiten ab, ob es für den Arbeitnehmer günstiger ist, anhand der durchschnittlich zuvor geleisteten Überstunden oder nach den zu erwartenden Überstunden entlohnt zu werden.

Der Kläger war im Jahre 1986 vom 24. März bis 29. März, vom 10. Juli bis 12. Juli, am 31. Juli, vom 1. August bis 9. August, vom 18. August bis 30. August sowie vom 29. September bis 10. Oktober auf Urlaub und am 2. Juni sowie vom 15. Juli bis 30. Juli krank. Er erhielt für diese Zeiten wohl Urlaubsentgelt und Krankengeld, doch verabsäumte es die Beklagte, dabei auch die Überstunden abzugelten. Da mehrere mündliche Mahnungen nichts fruchteten, forderte der Kläger mit Schreiben vom 23. September 1986 für die Zeit ab 24. März 1986 eine Nachzahlung von insgesamt S 16.000 brutto. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 26. September 1986 die Forderung des Klägers für die Zeit vom 24. bis 29. März 1986 wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung als verfallen ab und wies hinsichtlich der übrigen Zeitspanne darauf hin, daß der Kläger nur jene Überstunden gezahlt erhalte, die er ohne Verhinderung durch Urlaub oder Krankheit geleistet hätte. Die Beklagte überwies den dieser Berechnungsweise entsprechenden Betrag von S 7.235 brutto am 7. Oktober 1986 an den Kläger. Mit Schreiben vom 10. Oktober 1986 erklärte der Kläger seinen vorzeitigen Austritt aus dem Arbeitsverhältnis.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß sich die Höhe des weiterzuzahlenden regelmäßigen Entgelts sowohl nach § 6 Abs 3 UrlG als auch nach § 3 Abs 3 EFZG nach dem sogenannten Ausfallsprinzip richte, wonach dem Arbeitnehmer jenes Entgelt zu zahlen sei, das ihm gebührt hätte, wenn er nicht auf Urlaub oder krank gewesen wäre. Artikel IX Z 1 des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe (Arbeiter) normiere, daß für die Fortzahlung des Lohnes bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung regelmäßig geleistete Überstunden zu berücksichtigen seien. Bestehe demnach eine feststehende Einteilung der Arbeitszeit, auf Grund derer sich eine regelmäßige Leistung von Überstunden ergebe, sei jenes Entgelt zu zahlen, das dem Arbeitnehmer nach der Arbeitszeiteinteilung gebühre. Die von der Beklagten seit Anfang 1986 vorgenommene Berechnungsweise entspreche dem Gesetz. Da beide Berechnungsarten für die Arbeitnehmer im Einzelfall einmal günstiger oder ungünstiger sein könnten, weil die Höhe des weiterzuzahlenden Entgelts davon abhänge, in welchen Zeitraum der Urlaub oder der Krankenstand falle, seien beide Ermittlungsmethoden gleichwertig. Der Kläger könne daher aus der jahrelang nicht dem Gesetz entsprechenden Berechnung keinen Anspruch darauf ableiten, daß sein Entgeltfortzahlungsanspruch weiterhin nach der alten Berechnungsweise ermittelt werde. Da ihm die behauptete Differenz an Überstundenentgelt nicht zustehe, sei er unbegründet ausgetreten, so daß ihm weder eine Urlaubsentschädigung noch eine Abfertigung gebühre.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichtes und führte ergänzend aus, daß § 82 a GewO 1859 das Austrittsrecht des Arbeitnehmers nur dann begründe, wenn ihm der Arbeitgeber die bedungenen Bezüge ungebührlich vorenthalte. Die Berücksichtigung der zu leistenden Überstunden sei gesetzeskonform erfolgt. Soweit der Kläger durch längere Zeit Zahlungsrückstände geduldet habe, sei es ihm verwehrt gewesen, diesen Umstand zum Anlaß eines plötzlichen Austritts zu nehmen. Die Beklagte habe auf Grund des Schreibens des Klägers jedenfalls sofort die richtig ermittelte Entgeltdifferenz nachgezahlt, so daß der Kläger daraus keinen Austrittsgrund ableiten könne.

Soweit die Beklagte ab Anfang 1986 von einer früheren Übung abgegangen sei, möge allenfalls eine objektive Rechtswidrigkeit vorgelegen sein. Über das Bestehen des höheren Nachzahlungsanspruches seien aber verschiedene Rechtsmeinungen vertretbar. Die Beklagte habe nicht wissen müssen, daß ihre Vorgangsweise ungerechtfertigt und unrechtmäßig gewesen sei. Im übrigen sei die Beklagte berechtigt gewesen, von der jahrelangen betrieblichen Übung hinsichtlich der Entgeltermittlung abzugehen, da die neue Berechnungsweise gesetzeskonform sei und für die Arbeitnehmer auf längere Sicht gesehen, keine Nachteile bringen könne.

Gegen dieses Urteil richtet sich die aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision des Klägers mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne des Klagebegehrens abzuändern.

Die Beklagte beantragte in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Gemäß § 82 a lit d GewO 1859, erster Tatbestand, kann ein Arbeitnehmer vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Kündigung die Arbeit verlassen, wenn der Arbeitgeber ihm die bedungenen Bezüge ungebührlich vorenthält. Der vorzeitige Austritt des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis ist sohin nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt vorenthält und dieses Vorenthalten ungebührlich erfolgte. Da der Kläger seinen Austritt im wesentlichen mit der Nichtzahlung einer Entgeltdifferenz rechtfertigt, ist vorerst zu prüfen, ob dem Kläger der geltendgemachte Nachzahlungsanspruch zusteht.

Wie die Vorinstanzen richtig erkannten, gehen die Bestimmungen der §§ 6 Abs 3 UrlG und 3 Abs 3 EFZG vom sogenannten Ausfallsprinzip aus. Demnach hat der Arbeitnehmer während seines Urlaubs oder eines Krankenstandes grundsätzlich jenes Entgelt zu erhalten, das er verdient hätte, wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht2 I 154 und 156; Arb.10.355 ua). Nach § 2 Abs 2 des gemäß § 6 Abs 5 UrlG abgeschlossenen Generalkollektivvertrags über den Begriff des Entgelts gemäß § 6 UrlG gelten auch Überstundenpauschalien sowie Leistungen für Überstunden, die auf Grund der Arbeitszeiteinteilung zu erbringen gewesen wären, wenn der Urlaub nicht angetreten worden wäre, als Bestandteil des regelmäßigen Entgelts. Eine gleiche Bestimmung enthält § 2 Abs 2 des Generalkollektivvertrages über den Begriff des Entgelts gemäß § 3 EFZG. Besteht daher - so wie hier - eine feststehende Einteilung der Arbeitszeit, auf Grund derer sich eine im voraus bestimmte Überstundenleistung ergibt, ist jenes Entgelt zu zahlen, das entsprechend der Arbeitszeiteinteilung dem Arbeitnehmer gebührte, wenn er nicht auf Urlaub oder im Krankenstand wäre, sondern gearbeitet hätte (Cerny Urlaubsrecht4 100 f; Basalka Komm. z. UrlG § 6 Erl.20; Cerny EFZG2 72; Basalka Komm. z. EFZG § 3 Erl.21). Hingegen kommt eine Berechnung der Überstunden nach einem vor dem Urlaubsantritt oder dem Krankenstand liegenden Durchschnittszeitraum entgegen der Ansicht des Revisionswerbers nur subsidiär und nur dann in Betracht, wenn nicht feststeht, welche Überstunden der Arbeitnehmer in diesen Zeiten geleistet hätte (vgl. Cerny Urlaubsrecht4 102). Richtig ist, daß § 6 Abs 5 UrlG und § 3 Abs 5 EFZG vorsehen, daß die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgelts durch Branchenkollektivvertrag abweichend von den Absätzen 3 und 4 geregelt werden kann. Eine solche Regelung ist jedoch hinsichtlich der für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen der §§ 6 Abs 3 UrlG und 3 Abs 3 EFZG durch den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe nicht erfolgt. Artikel IX Z 1 des Kollektivvertrages ordnet lediglich an, daß für die Fortzahlung des Lohnes bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit die Bestimmungen des EFZG gelten sollen, wobei Überstundenpauschalien bzw. regelmäßig geleistete Überstunden zu berücksichtigen seien. Den Erläuterungen zum Kollektivvertrag ist die im wesentlichen mit den Generalkollektivverträgen übereinstimmende Auffassung zu entnehmen, daß Überstundenpauschalien sowie Leistungen für Überstunden, die auf Grund der Arbeitszeiteinteilung zu erbringen gewesen wären, wenn keine Verhinderung eingetreten wäre, anzurechnen seien. Seien regelmäßig Überstunden geleistet worden, seien diese zu berücksichtigen, es sei denn, daß sie infolge einer

wesentlichen Änderung des Arbeitsanfalls nicht oder nur in geringerem Ausmaß zu leisten wären. Artikel X des Kollektivvertrages verweist hinsichtlich des Urlaubs lediglich auf die Bestimmungen des UrlG. Auch wenn Artikel IX hinsichtlich der Fortzahlung des Entgelts bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit nicht zwischen den Leistungsfällen der Überstunden, die auf Grund der Arbeitszeiteinteilung zu erbringen sind, und jenen, die vor der Arbeitsverhinderung regelmäßig geleistet wurden, differenziert, ist daher entgegen der Ansicht des Revisionswerbers nicht davon auszugehen, daß diese Bestimmung des Kollektivvertrages eine andere Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgelts normieren wollte als die genannten Generalkollektivverträge, zumal sich der Begriff der Regelmäßigkeit in erster Linie auf die Wiederholung und Verteilung der Überstunden bezieht und sich hinsichtlich des zu berücksichtigenden Zeitraums im Branchenkollektivvertrag diesbezüglich kein Anhaltspunkt findet. Es ist daher den Vorinstanzen darin beizupflichten, daß die Beklagte die Überstundenentgelte bei Ermittlung der Entgeltweiterzahlung für Urlaub und Krankheit der Rechtslage entsprechend berücksichtigte. Dem auch in der Revision aufrechterhaltenen Einwand, der Kläger habe schon auf Grund der bisherigen betrieblichen Übung, welche Inhalt seines Arbeitsvertrages geworden sei (Arb.9.786, 9.812; 4 Ob 126/83 ua), einen Anspruch darauf, daß die Überstundenentgelte in der vor der Umstellung gehandhabten Berechnungsweise Berücksichtigung finden müßten, ist ohne weitere Erörterung eines solchen Anspruchsgrundes schon entgegenzuhalten, daß die in Betracht kommenden Bestimmungen des UrlG und des EFZG zwingendes Recht sind (§ 12 UrlG, § 6 EFZG). Von diesen Regelungen könnte ebenso wie von den Bestimmungen der Generalkollektivverträge nur abgegangen werden, wenn die Einzelvereinbarung für den Kläger günstiger wäre (Cerny EFZG2 77; Cerny Urlaubsrecht4 136). Im vorliegenden Fall haben aber die Parteien ausdrücklich außer Streit gestellt, daß die Überstunden zwar im vorhinein feststellbar sind, daß sie aber im Verlauf eines Jahres nicht regelmäßig anfallen, so daß die beiden Berechnungsweisen je nach dem, wann der betreffende Arbeitnehmer erkrankt oder auf Urlaub geht, einmal zu seinen Gunsten und einmal zu seinem Nachteil ausfalle; auf einen längeren Zeitraum gesehen, seien beide Berechnungsmethoden einkommensneutral. Es trifft daher nicht zu, daß die Änderung der Berechnungsweise schlechthin eine Entgeltkürzung bewirkt hätte. Ein bloßes Abstellen auf den Anlaßfall, wie es der Revisionswerber begehrte, hätte zur Folge, daß es jeder Arbeitnehmer der Beklagten in der Hand hätte, die Berücksichtigung der Überstunden einerseits im Sinne der "günstigeren Vereinbarung" zu fordern und andererseits nach der dem Gesetz und den Kollektivverträgen entsprechenden Rechtslage, wenn diese für ihn vorteilhafter ist. Daraus folgt, daß der Günstigkeitsvergleich nicht auf einen willkürlich herausgegriffenen, isolierten Zeitabschnitt abgestellt werden kann.

Auch wenn der Kläger sohin keinen Anspruch auf den der Höhe nach unbestrittenen Differenzbetrag von S 13.041 brutto hat, ist - obgleich in der Revision nicht aufgegriffen - weiters zu prüfen, ob sein Austritt nicht schon auf Grund der längeren Nichtzahlung des ebenfalls der Höhe nach unstrittigen Betrages von S 7.235 brutto gerechtfertigt war. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes hat der Kläger die Zahlungsrückstände nämlich nicht hingenommen, sondern die Nachzahlung seines Entgelts mehrmals mündlich eingemahnt. Die Beklagte hatte durch die Nichtberücksichtigung der Überstunden bei der Entgeltfortzahlung seit März 1986 einen rechtswidrigen Dauerzustand geschaffen, wobei sie - unabhängig von den verschiedenen Berechnungsmethoden - jedenfalls wissen mußte, daß ihre Vorgangsweise unrechtmäßig war. Sie hätte daher jederzeit mit der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger rechnen müssen, ohne daß es auf Grund der langen Dauer der Entgeltschmälerung noch einer schriftlichen Zahlungsaufforderung oder einer formellen Nachfristsetzung bedurft hätte (Arb.9.082, 10.147, 10.218, 10.471). Nach den Feststellungen machte der Kläger aber vorerst von seinem Austrittsrecht nicht Gebrauch, sondern forderte die Beklagte mit Schreiben vom 23.September 1986 ohne Nachfristsetzung schriftlich auf, ihm S 16.000 brutto nachzuzahlen. Die Beklagte überwies dem Kläger den der richtigen Berechnungsweise entsprechenden Betrag von S 7.235 brutto am 7.Oktober 1986. Daß dieser Betrag nicht bis 10.Oktober 1986 auf dem Konto des Klägers gutgebucht worden wäre (vgl. Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser Arbeitsrecht2 I 140; Schwarz-Löschnigg Arbeitsrecht 228; SrM I A d 1184; 14 Ob A 501/87), wurde nie behauptet. Damit war aber der rechtswidrige Zustand, der naturgemäß so lange zum vorzeitigen Austritt berechtigt, als er andauerte (Martinek-Schwarz AngG6 565), vor der Erklärung des Austritts beendet. Auf die in der Revision aufgestellte Behauptung, der Kläger sei innerbetrieblichem Druck ausgesetzt gewesen, ist nicht einzugehen, da mangels eines diesbezüglichen Vorbringens in erster Instanz dazu jegliche Feststellungen fehlen. Die Kostenentscheidung ist in den §§ 41 und 50 ZPO begründet.

#### **Anmerkung**

E14495

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00141.88.0629.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19880629\_OGH0002\_009OBA00141\_8800000\_000

**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)