

# TE OGH 2011/1/21 9ObA3/11y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.01.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf und Hon.-Prof. Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter KR Mag. Paul Kunsky und Georg Eberl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Gabriele D\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Wolfgang Kofler, Mag. Helmut Holzer, Mag. Klaus Mikosch, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wider die beklagte Partei L\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Eva Maierhofer, Rechtsanwältin in Klagenfurt, wegen 12.220,22 EUR brutto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 18. November 2010, GZ 8 Ra 87/10s-30, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. Mai 2010, GZ 34 Cga 156/08d-26, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 838,44 EUR (darin enthalten 139,74 EUR an USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war vom 2. 8. 2006 bis zu ihrer Entlassung am 27. 6. 2008 bei der Beklagten als Teilzeitbeschäftigte (25 Wochenstunden) mit einem Bruttomonatslohn von 914,63 EUR beschäftigt. Unstrittig anzuwenden ist der Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe in der Dienstleistung, in Information und Consulting. Bei der Einstellung hatte sie ihre Dienstzeugnisse vorgelegt. Sie arbeitete bei der Beklagten, die eine Karosseriefachwerkstatt mit Lackiererei betreibt, im Empfangsraum. Dabei hatte sie die Reparaturaufnahme und die Schadensabwicklung mit den Versicherungen sowie die Rechnungslegung und die Personaldatenverwaltung durchzuführen. Dazu gehörten unter anderem die Eintragung der Kundendaten in die EDV-Programme, der Kontakt mit den Kunden, die Vorbereitung der Rechnungen, die Kassenführung und Kontrolle, aber auch das Mahnwesen.

Nachdem die Klägerin im Zuge eines Krankenstands der zweiten für diese Arbeiten eingesetzten Teilzeitbeschäftigten nicht bereit war, auf Dauer Vollzeit zu arbeiten, stellte die Beklagte eine weitere Mitarbeiterin ein. Die Klägerin fühlte sich ignoriert und hinausgedrängt. Sie war dann ab 5. 5. 2008 krank, klagte über Schlafstörungen und litt an Herpes. Der sie behandelnde Arzt schrieb als Diagnose nach ihrer Darstellung ihres schlechten Gefüls am Arbeitsplatz „Mobbing“ und riet ihr, Abstand von der belastenden Situation zu bekommen. Auch bei weiteren Untersuchungen

wurden Schlafstörungen und Agitiertheit sowie eine depressive Symptomatik festgestellt und der Krankenstand letztlich bis 22. 6. verlängert. Die Klägerin war auch tatsächlich ab 5. 5. krank und litt an einer Anpassungsstörung aufgrund der subjektiv empfundenen Belastung in ihrem Umfeld.

Der berufliche Werdegang der Klägerin hatte diese nach Abschluss der Handelsschule und eines Ausbildungslehrgangs zum Steuersachbearbeiter sowie Buchhaltungskursen und einer Lehrlingsausbildnerprüfung auch zur Ausbildung als Nageldesignerin im Jahr 2002 geführt. Diese Tätigkeit übte sie aber nur im privaten Umfeld (Freundinnen) im Abstand von 2 Wochen aus, und auch das nur bis Jänner 2008.

Als die Beklagte während des Krankenstands versuchte, die Klägerin zu erreichen, sah sie bei der Telefonnummer der Klägerin im Telefonbuch, dass dort ein „Nagelstudio“ vermerkt war. In der Meinung, dass der Krankenstand vorgetäuscht sei, beauftragte die Beklagte eine Detektei. Die Detektivin rief bei der Klägerin an und wollte unbedingt eine Behandlung ihrer Nägel. Die Klägerin war dazu nicht bereit. Als die Detektivin darauf verwies, dass sie ein dringendes Vorstellungsgespräch habe, war die Klägerin einverstanden, ihr davor noch einen Termin zu geben. Sie behandelte die Detektivin - diese war sehr interessiert und es gab umfangreiche Gespräche - etwa drei bis vier Stunden, was im Hinblick auf die fremdbestimmte Arbeit während eines längeren Zeitraums und den damit verbundenen Stress einer Genesung abträglich war und die Krankenstandsdauer in einem nicht feststellbaren Umfang verlängerte. Die Kosten der Detektei betrugen 1.004,50 EUR, jene der Kollegin, die für die Klägerin während des Krankenstands arbeitete 944 EUR brutto. Im Einzelnen wurde auch noch das Berufsbild von Bürokaufleuten festgestellt, sowie dass die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit diesem im Wesentlichen entspricht.

Die Klägerin begehrte mit ihrer Klage einerseits die der Höhe nach unstrittige Lohndifferenz zwischen der bei ihr vorgenommenen Einstufung in die Verwendungsgruppe II des Kollektivvertrags und der ihr tatsächlich zustehenden Verwendungsgruppe III des Kollektivvertrags und andererseits die Kündigungsentschädigung wegen unberechtigter Entlassung. Im Hinblick auf ihre tatsächlich ausgeübte Tätigkeit stehe ihr die höhere Einstufung zu. Die Entlassung sei unberechtigt. Die Klägerin habe der Detektivin die Nägel nur deshalb gemacht, weil diese darauf gedrängt hatte.

Die Beklagte wendete zusammengefasst ein, dass die Tätigkeit der Klägerin zutreffend in die Verwendungsgruppe II eingestuft worden sei, da sie weder die erforderliche Selbständigkeit noch die inhaltliche Qualifikation für die Einstufung in die Verwendungsgruppe III aufgewiesen habe. Die Entlassung sei vor allem deshalb berechtigt erfolgt, da es einen Vertrauensmissbrauch darstelle, wenn die Klägerin während des Krankenstandes Tätigkeiten verrichte, die ihrer Genesung abträglich seien. Im Ergebnis sei die Klägerin auch gar nicht krank gewesen. Von einer Provokation oder Anstiftung durch die Detektivin könne nicht die Rede sein. Kompensando wendete die Beklagte die Detektivkosten in Höhe von 1.004,50 EUR und die Kosten für die Mehrarbeit der anderen Mitarbeiterin in Höhe von 944 EUR ein.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und erkannte dabei die eingewendete Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend. Es folgerte rechtlich, im Wesentlichen ausgehend von dem einleitend dargestellten Sachverhalt, dass nach der Verwendungsgruppe II des unstrittig anzuwendenden Kollektivvertrags Personen einzureihen seien, die einfache, nicht schematische oder mechanische Tätigkeiten nach gegebenen Richtlinien oder genauen Arbeitsanordnungen verrichten, für die in der Regel nur eine kurze Einarbeitung erforderlich ist, wie etwa Schreibkräfte, Fakturistinnen mit einfacher Verwendung, Telefonistinnen und Angestellte in Call-Service-Center mit einfacher Auskunftserteilung, qualifizierte kaufmännische und administrative Hilfskräfte, Inkassantinnen ohne facheinschlägige Berufsausbildung, Verkäuferinnen im Detailgeschäft sowie EDV-mäßige Erfassung und Sicherung von Daten und Texten. Hingegen seien in der Verwendungsgruppe III Angestellte einzustufen, die nach allgemeinen Richtlinien und Weisungen technische oder kaufmännische Arbeiten im Rahmen des ihnen erteilten Auftrags selbstständig erledigen, wie etwa Bürokräfte mit Korrespondenztätigkeit, Bürokräfte in der Buchhaltung, Bürokräfte mit einfacher Fremdsprache, Angestellte im Büro, Lager und Versand mit facheinschlägiger Berufsausbildung etc.

Die von der Klägerin durchgeföhrten Tätigkeiten seien als qualifizierte bürokaufmännische Tätigkeiten einzustufen, die das Anspruchsniveau eines Lehrberufs mit Lehrabschluss erfüllen. Es handle sich um Tätigkeiten mit geistig mittelschweren Anforderungen, die überwiegend selbstständiges Handeln in komplexen Kommunikationsstrukturen durch das Führen von Kundengesprächen bei Anwendung entsprechender EDV-technischer Programme erforderten.

Die Entlassung sei nicht berechtigt, da die Angestellten zwar grundsätzlich verpflichtet seien, sich während des Krankenstands so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wiederhergestellt werde. Auch sei dem

Arbeitgeber grundsätzlich das Recht zuzugestehen, geeignete Nachforschungen anzustellen, um Verdachtsmomente abzuklären. Entlassungen, die jedoch auf vom Detektiv provozierten Verhalten beruhten, seien als ungerechtfertigt anzusehen. Dies sei hier im Ergebnis zu bejahren. Hätte die Klägerin doch ohne das insistierende Bemühen der Detektivin unter Vorgabe eines dringenden Vorstellungstermins die Tätigkeit nicht ausgeführt. Daher seien die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche insgesamt berechtigt, nicht aber die von der Beklagten eingewendeten Gegenforderungen.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichts und schloss sich auch der rechtlichen Beurteilung an. Es verwies zur Frage der Einstufung der Klägerin weiters darauf, dass nach § 17 des Kollektivvertrags die Angestellten nach der Art ihrer vorwiegend ausgeübten Tätigkeit einzureihen seien. Ferner erachtete es ebenfalls die ausgesprochene Entlassung als unberechtigt. Ein genesungsfeindliches Verhalten des Dienstnehmers wegen des Verstoßes gegen die Interessen des Dienstgebers könne den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit grundsätzlich verwirklichen. Auch stehe es dem Arbeitgeber durchaus zu, durch Testpersonen bzw. Detektive ein verpöntes Verhalten zu ermitteln. Es sei aber sittenwidrig und unzulässig, den Arbeitnehmer durch aktives Anstiften zu einem den Entlassungsgrund verwirklichenden Verhalten zu bewegen. Wegen der Zurechenbarkeit der Vorgehensweise der Detektivin zur Beklagten scheide auch ein Ersatz der Detektivkosten aus. Die ursprüngliche Behauptung der Beklagten, dass ein vorgetäuschter Krankenstand vorgelegen sei, habe sich nicht bewahrheitet. Dementsprechend komme auch ein Ersatz der Arbeitskosten der anderen Arbeitnehmerin nicht in Betracht.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Rechtsprechung zur Frage des Einflusses der Anstiftung zu einem genesungsfeindlichen Verhalten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Entlassung nicht vorliege.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision der Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt.

Zur Frage der Einstufung der Klägerin kann im Wesentlichen auf die zutreffende Begründung der Vorinstanzen verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Die Ausführungen der Revision weichen insoweit auch weitgehend vom festgestellten Sachverhalt ab, dass sie zugrundelegen, dass die Kostenvoranschläge vom Geschäftsführer oder dem Werkstättenleiter erstellt wurden, während dies nach den Feststellungen auch Aufgabe der Klägerin war. Soweit die Revision vom festgestellten Sachverhalt abweicht, kann die Rechtsruhe einer weiteren Behandlung nicht zugeführt werden (Kodek in Rechberger ZPO3 § 503 Rz 22 mwN).

Zutreffend haben die Vorinstanzen auch darauf verwiesen, dass allein der Umstand, dass der Klägerin bekannt war, dass sie von der Beklagten in der Verwendungsgruppe II eingestuft wurde, an dem zufolge § 3 ArbVG zwingenden Anspruch auf richtige Einstufung in den Kollektivvertrag nichts ändern kann.

Zur Frage der Berechtigung der Entlassung stützt sich die Beklagte im Wesentlichen darauf, dass schon die bloße Eignung des Verhaltens des Arbeitnehmers während des Krankenstands, den Genesungsprozess zu verzögern, für die Entlassung ausreiche. Dies sei hier durch die Nagelbehandlung der Detektivin verwirklicht. Durch den Berufsverlauf und die Bezeichnung als Nagelstudio im Telefonbuch habe die Beklagte auch den Verdacht gehabt, dass die Klägerin den Krankenstand nur vortäusche. Der telefonische Hinweis auf ein dringendes Vorstellungsgespräch durch die Detektivin könne nicht als Anstiftung unter Vorgabe wahrheitswidriger Behauptungen eingestuft werden. Grundsätzlich sei es zulässig, hier auch verdeckt Kontrollen vorzunehmen und die Klägerin auf die Probe zu stellen.

Unter den Tatbestand der Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 letzter Fall AngG fällt nach ständiger Rechtsprechung jede Handlung oder Unterlassung eines Angestellten, die mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit oder auf ihre Rückwirkung auf das Arbeitsverhältnis den Angestellten des dienstlichen Vertrauens seines Arbeitgebers unwürdig erscheinen lässt, weil dieser befürchten muss, dass der Angestellte seine Pflichten nicht mehr getreu erfüllen werde, sodass dadurch die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet sind (RIS-Justiz RS0029547 mwN; Friedrich im AngG-Kommentar § 27 Rz 72). Bei der Beurteilung der Vertrauensunwürdigkeit kommt es vor allem darauf an, ob für den Dienstgeber vom Standpunkt vernünftigen kaufmännischen Ermessens die gerechtfertigte Befürchtung bestand, dass seine Belange durch den Angestellten gefährdet seien. Nicht das subjektive Empfinden des Dienstgebers entscheidet, sondern es ist an das Gesamtverhalten des Angestellten ein objektiver Maßstab anzulegen, der nach den Begleitumständen des einzelnen Falls und der gewöhnlichen Verkehrsauffassung ermittelt wird (RIS-Justiz RS0029833

mwN; Friedrich aaO Rz 73).

Allgemein wird davon ausgegangen, dass sich für den Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag die Verpflichtung ergibt, sich im Falle einer Krankheit und einer dadurch ausgelösten Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wiederhergestellt wird (RIS-Justiz RS0060869 mwN; Holzer im AngG-Kommentar § 8 Rz 37 mwN). Insbesondere geht es darum, dass der Arbeitnehmer Anordnungen des Arztes beziehungsweise, wenn solche infolge der allgemeinen Lebenserfahrung entbehrlich sind, die gebotenen allgemein üblichen Verhaltensweisen nicht offenkundig und betont verletzt, wobei es nicht darauf ankommt, ob ein Zuwiderhandeln dann tatsächlich zu einer Verlängerung des Krankenstands führt (RIS-Justiz RS0029337; RS0060869; Winter/Wartinger, Pflichten des Arbeitnehmers bei Krankenstand, ZAS 2010/12; Heinz-Ofner, Die Entlassungsjuridikatur zum genesungsvereitelnden Verhalten während des Krankenstandes DRdA 2007, 11; Rauch, Zulässige Kontroll- und Informationsmöglichkeiten bei Krankenständen, ASoK 2009, 400).

Vorweg geht es also darum, ob das Verhalten des Arbeitnehmers gegen Anordnungen des Arztes oder die sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergebenden Gebote der allgemein üblichen Verhaltensweisen verstößt und dies geeignet war, eine Verlängerung des Krankenstands zu bewirken.

In weiterer Folge ist zu beurteilen, ob dies betont und offenkundig war.

Erst dann könnte sich die Frage stellen, ob die Geltendmachung dieses Fehlverhaltens als Entlassungsgrund deshalb als unzulässig zu beurteilen ist, weil es der Arbeitgeber selbst durch einen Detektiv provoziert hat.

Prüft man nun das Verhalten der Klägerin, so wurden eindeutige Anordnungen des Arztes nicht festgestellt. Aufgrund des Krankheitsbildes und der Diagnosen (Schlafstörungen, Depressionen, Anpassungsstörungen durch Belastungen) musste der Klägerin aber durchaus bewusst sein, dass jede nachhaltige belastende Tätigkeit während des Krankenstands geeignet war, den Krankenstand zu verlängern. Dies ist schon aus der allgemeinen Lebenserfahrung ersichtlich.

Es kann nun aber schon in Zweifel gezogen werden, ob sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung auch ein Gebot ableiten lässt, einmalige, hier doch ziemlich überschaubare und nach dem ersten Eindruck nicht besonders belastende Tätigkeiten ebenfalls zu unterlassen. Selbst wenn man dies bejaht, ist zu prüfen, ob es sich um einen betonten und offenkundigen Verstoß gegen aus der allgemeinen Lebenserfahrung ersichtliche Gebote für das Verhalten während dieser Art der Krankheit handelt. Dies ist zu verneinen. Sind doch üblicherweise die Belastungen aus einer einzigen Nagelbehandlung im eigenen Wohnbereich nicht allzu groß. Die Dauer der Behandlung von drei bis vier Stunden hat sich hier offenbar nur durch die Gespräche mit der besonders interessierten Detektivin ergeben. Dass aber eine einzige Nagelbehandlung hier schon bei der Krankheit der Klägerin (Schlafstörungen, Depressionen, Anpassungsstörungen durch Belastungen) zu einer Heilungsverzögerung führen konnte, musste für die Klägerin zumindest nicht so offenkundig sein, dass der Verstoß durch diese Verhaltensweise als betont einzustufen wäre.

Daher sind die Vorinstanzen schon aus diesem Grunde zutreffend zu einer mangelnden Berechtigung der Entlassung gekommen. Wurde doch für den Obersten Gerichtshof bindend festgestellt, dass die Klägerin darüber hinaus keine Nebentätigkeiten während des Krankenstands vorgenommen hat.

Insgesamt war daher der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

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

## **Schlagworte**

11 Arbeitsrechtssachen,

## **Textnummer**

E96164

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

ECLI:AT:OGH0002:2011:009OBA00003.11Y.0121.000

## **Im RIS seit**

09.02.2011

## **Zuletzt aktualisiert am**

11.08.2017

**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)