

TE OGH 2010/7/27 10ObS96/10f

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.07.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Fellinger und Hon.-Prof. Dr. Neumayr sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und VPr. Susanne Höller (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Karl A***** vertreten durch Dr. Edeltraud Fichtenbauer, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch Dr. Josef Milchram und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung von Schwerarbeitszeiten, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 25. März 2010, GZ 7 Rs 161/09m-21, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht vom 11. September 2009, GZ 5 Cgs 207/08b-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben. Die Sozialrechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger war vom 11. 7. 1983 bis 10. 8. 1999 bei der S*****-AG als Lkw-Fahrer beschäftigt. Seine Aufgabe bestand darin, im Gebiet Niederösterreich Süd und Weinviertel sowie Wien Waren aus dem Zentrallager mit Lkw und Hänger an die Einzelhandelsgeschäfte in seinem Gebiet zuzustellen. Dies wurde vorwiegend in den Nachtstunden ausgeführt. Der Kläger hatte abwechselnd eine Woche Tagdienst (von 4:00/5:00 Uhr bis 16:00/17:00 Uhr) und zwei Wochen Nachtdienst (17:00 Uhr bis 5:00/6:00 Uhr), dann wieder eine Woche Tagdienst usw. Pro Kalendermonat sind rein rechnerisch zumindest sechs Nachtdienste mit jeweils sieben Nachtstunden im Sinne der Schwerarbeitsverordnung angefallen.

In der Zeit vom 23. 12. 1987 bis 28. 10. 1997 liegen beim Kläger 119 Nachtschwerarbeitsmonate vor.

Im September 1997 erlitt der Kläger einen Arbeitsunfall. Er bezog in der Zeit von September 1997 bis 28. 10. 1997 Entgeltfortzahlung und in der Zeit vom 29. 10. 1997 bis 22. 6. 1998 sowie vom 19. 7. 1998 bis 27. 4. 1999 Krankengeld. In der Zeit vom 23. 6. 1998 bis 18. 7. 1998 bezog er Übergangsgeld und in der Zeit vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999 Urlaubsentgelt. Mit 10. 8. 1999 wurde das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst.

Mit Bescheid vom 1. 8. 2008 lehnte die beklagte Partei den Antrag des Klägers auf Anerkennung von Schwerarbeitszeiten im Zeitraum vom 23. 12. 1987 bis 10. 8. 1999 ab.

Das Erstgericht stellte fest, dass die vom Kläger im Zeitraum vom 23. 12. 1987 bis 28. 10. 1997 erworbenen Beitragsmonate der Pflichtversicherung Schwerarbeitsmonate iSd § 4 Abs 3 APG/S 607 Abs 14 ASVG in Verbindung mit der Schwerarbeitsverordnung sind. Das auf Feststellung der vom Kläger im Zeitraum vom 29. 10. 1997 bis 10. 8. 1999 erworbenen Beitragsmonate der Pflichtversicherung als Schwerarbeitsmonate iSd § 4 Abs 3 APG/S 607 Abs 14 ASVG in Verbindung mit der Schwerarbeitsverordnung gerichtete Mehrbegehren wurde hingegen abgewiesen.

Über den eingangs dargelegten Sachverhalt hinaus traf es folgende Feststellung: Die Gesundschreibung ab 28. 4. 1999 erfolgte nur pro forma, damit der Kläger vor der beabsichtigten Beendigung des Dienstverhältnisses durch einverständliche Auflösung den Resturlaub verbrauchen konnte, was er in der Zeit vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999 auch gemacht hat.

In seiner rechtlichen Beurteilung gelangte das Erstgericht zu dem Ergebnis, dass der Kläger in der Zeit vom 23. 12. 1987 bis zu seinem Arbeitsunfall im September 1997 besonders belastende Berufstätigkeiten gemäß § 1 Abs 1 Z 1 Schwerarbeitsverordnung ausgeübt habe. Überdies seien die Monate vom Arbeitsunfall bis zum 28. 10. 1997, in der der Kläger pflichtversichert gewesen sei und Krankengeld bezogen habe, als Schwerarbeitsmonate zu qualifizieren. Demgegenüber würde die Zeit des Krankengeldbezugs vom 29. 10. 1997 bis 22. 6. 1998 sowie vom 19. 7. 1998 bis 27. 4. 1999 und des Übergangsgeldbezugs vom 23. 6. 1998 bis 18. 7. 1998 keine unschädlichen Arbeitsunterbrechungen darstellen und sei nicht als Schwerarbeitszeit zu zählen.

Die Zeiten des Bezugs von Urlaubsentgelt seien grundsätzlich unschädliche Arbeitsunterbrechungen, während Zeiten eines Bezugs einer Urlaubsentschädigung oder einer Kündigungsentschädigung nicht zu den Schwerarbeitszeiten zu zählen seien. Im konkreten Fall komme dem Bezug von Urlaubsentgelt im Zeitraum vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999 der Charakter einer Urlaubsersatzleistung zu und stelle sich daher als Beendigungsanspruch dar, der nicht zu den Zeiten einer Schwerarbeit gezählt werden dürfe. Dies ergebe sich einerseits aus dem Begriff „Arbeitsunterbrechung“ in der Schwerarbeitsverordnung, andererseits daraus, dass es den Parteien des Arbeitsvertrags zur Disposition stehe, ob sie das Dienstverhältnis sofort beenden und eine Ersatzleistung für Urlaubsentgelt ausgezahlt werde oder die Restdauer des Arbeitsverhältnisses dem Konsum des Resturlaubs anpassen. Dies gelte im konkreten Fall umso mehr, als die Gesundschreibung des Klägers nur pro forma erfolgt sei. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Arbeitnehmer im konkreten Fall besser gestellt sein sollte als ein Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber gekündigt werde, ohne seinen noch offenen Urlaubsanspruch bei aufrechtem Dienstverhältnis verbrauchen zu können.

Ausschließlich gegen die Abweisung des Mehrbegehrens betreffend die Feststellung der Zeit vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999 als Beitragsmonate der Pflichtversicherung im Sinne der Schwerarbeitsverordnung erhob die klagende Partei Berufung aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. In der Tatsachenrüge wandte sie sich gegen die Feststellung über die nur pro forma erfolgte Gesundschreibung. In der Rechtsrüge führte sie aus, dass das Erstgericht bei richtiger Tatsachenfeststellung erkennen hätte müssen, dass (wie bei jedem anderen Versicherten) ein Urlaubsverbrauch bei aufrechtem Arbeitsverhältnis vorgelegen sei, der keine schädliche Arbeitsunterbrechung im Sinne der Schwerarbeitsverordnung darstelle. Auf dieser Grundlage wäre festzustellen gewesen, dass der Kläger auch in der Zeit vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999 Schwerarbeitsmonate erworben habe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei nicht Folge. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichts mit Ausnahme jener, dass die Gesundschreibung des Klägers ab 28. 4. 1999 nur pro forma erfolgt sei, als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung und sah die Rechtsrüge als unberechtigt an.

Zwar würde grundsätzlich der Urlaubsverbrauch in seinen zeitlichen Grenzen Schwerarbeit nicht beenden. Im konkreten Fall habe jedoch der Urlaub des Klägers an einen knapp mehr als eineinhalbjährigen Krankenstand angeschlossen und das Arbeitsverhältnis sei nach Beendigung des Krankenstandes nur mehr für die Dauer des Verbrauchs des offenen Resturlaubs aufrecht erhalten worden. Die tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit iSd § 1 Abs 1 Schwerarbeitsverordnung wie vor dem Krankenstand sei demnach nach Ende des Krankenstandes am 27. 4. 1999 trotz des bis 10. 8. 1999 aufrechten Arbeitsverhältnisses nicht mehr vorgesehen gewesen.

Unabhängig davon, aus welchen Gründen die Gesundschreibung des Klägers ab 28. 4. 1999 erfolgt sei, und unbedeutlich des aufrechten Bestehens der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung während des Verbrauchs

des Resturlaubs bilde die Zeit des Verbrauchs von Resturlaub zwischen Beendigung eines über die Zeiten der Entgeltfortzahlung hinausgehenden Krankenstandes und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ohne dass die vor dem Krankenstand ausgeübte Tätigkeit iSd § 1 Abs 1 Schwerarbeitsverordnung vom Versicherten (wieder) verrichtet werden sollte, keine außer Betracht bleibende Arbeitsunterbrechung iSd § 4 Satz 2 Schwerarbeitsverordnung.

Allein dem Umstand, dass während der Zeit des Verbrauchs des Resturlaubs die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiter bestehen bleibe, komme im konkreten Fall keine Bedeutung zu, weil nach Beendigung des Krankenstandes der Kläger bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses nur mehr seinen Resturlaub verbrauchen, nicht jedoch die vor dem Krankenstand verrichtete Tätigkeit iSd § 1 Abs 1 Schwerarbeitsverordnung wieder ausüben hätte sollen. Demnach sei der Verbrauch des Resturlaubs durch den Kläger im konkreten Fall nicht als Unterbrechung der vor seinem mehr als eineinhalb Jahre dauernden Krankenstand ausgeübten Tätigkeit nach § 1 Abs 1 Schwerarbeitsverordnung zu qualifizieren.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (10 ObS 62/04x = SSV-NF 18/70) zu § 255 Abs 4 ASVG zu verweisen, wonach von einer „Ausübung“ einer Tätigkeit bei Bezug einer Urlaubsersatzleistung nicht mehr gesprochen werden könne, obwohl diese Leistung die vorangegangene Nichtkonsumation von Naturalurlaub anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Geldersatz ausgleiche und es sich bei dieser Leistung um beitragspflichtiges Entgelt iSd § 49 ASVG handle, wodurch es gemäß § 11 Abs 1 ASVG zu einer entsprechenden Verlängerung der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung komme. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs könne im Fall des Bezugs der Urlaubsersatzleistung keine kurzfristige, für die Ausübung der Tätigkeit unschädliche Unterbrechung mehr eintreten, weil das Arbeitsverhältnis bereits beendet sei.

Im konkreten Fall sei zwar während der Zeit des Verbrauchs des Resturlaubs das Arbeitsverhältnis noch aufrecht gewesen. Eine Unterbrechung einer besonders belastenden Berufstätigkeit iSd § 1 Abs 1 Schwerarbeitsverordnung habe jedoch nach Beendigung des mehr als eineinhalbjährigen Krankenstandes nicht mehr eintreten können, weil nach der Gesundschreibung des Klägers ab 28. 4. 1999 das Arbeitsverhältnis zur S*****-AG einvernehmlich nur mehr für die Dauer des Verbrauchs des Resturlaubs aufrecht erhalten worden sei und eine an den Urlaub anschließende (Weiter-)Arbeit gar nie beabsichtigt gewesen sei.

Somit habe das Erstgericht zu Recht das Bestehen einer Arbeitsunterbrechung iSd § 4 Satz 2 Schwerarbeitsverordnung für die Zeit des Verbrauchs des Resturlaubs zwischen Beendigung des mehr als eineinhalbjährigen Krankenstandes und der einvernehmlichen Beendigung des Dienstverhältnisses verneint und das Begehrten auf Feststellung der vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999 erworbenen Beitragsmonate der Pflichtversicherung als Schwerarbeitsmonate iSd § 4 Abs 3 APG/§ 607 Abs 14 ASVG in Verbindung mit der Schwerarbeitsverordnung abgewiesen.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Auslegung des Begriffs Arbeitsunterbrechung in § 4 Satz 2 Schwerarbeiterverordnung, insbesondere dazu, ob Zeiten des Verbrauchs von Resturlaub unmittelbar anschließend an einen die Zeiten der Entgeltfortzahlung übersteigenden Krankenstand bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ohne dass eine Wiederaufnahme der vor dem Krankenstand ausgeübten Tätigkeit iSd § 1 Abs 1 Schwerarbeitsverordnung beabsichtigt gewesen sei, als Arbeitsunterbrechung gemäß § 4 Satz 2 Schwerarbeitsverordnung zu qualifizieren seien, keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der klagenden Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Feststellung des Erwerbs von Schwerarbeitsmonaten in der Zeit vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

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

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig; sie ist auch im Sinne einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung berechtigt.

Die klagende Partei führt in ihrer Revision zusammengefasst aus, dass es sich beim Zeitraum vom 28. 4. 1999 bis 10. 8. 1999, in dem während aufrechten (und nicht unterbrochenen) Arbeitsverhältnisses Urlaub in Anspruch genommen worden sei, um Ausübungszeit gehandelt habe. Entscheidend sei, ob der Kläger in der Zeit des Urlaubs, wäre er nicht im Urlaub gewesen, Schwerarbeitsmonate erworben hätte, weil er Schwerarbeit geleistet hätte. Dazu lägen aber keine Feststellungen vor. Im Allgemeinen sei (mangels gegenteiliger Feststellungen) davon auszugehen,

dass der Kläger, wäre er nicht im Urlaub gewesen, auch völlig normal gearbeitet hätte. Die vom Berufungsgericht angestellte Vermutung, dass dem nicht so gewesen sei, sei unstatthaft, zumal die Feststellung, dass die Gesundschreibung des Klägers ab 28. 4. 1999 nur pro forma erfolgt sei, dem Berufungsurteil ausdrücklich nicht zugrunde gelegt worden sei. Letztlich nehme das Berufungsgericht auch eine unsachliche Differenzierung vor, indem es Urlaubszeiten unterschiedlich behandle, je nachdem, ob Urlaub während eines laufenden Arbeitsverhältnisses oder unmittelbar vor seinem Ende konsumiert werde. Der verfahrensrelevante Zeitraum dürfe nicht mit einem Zeitraum nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleichgestellt werden; nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte nämlich ein Versicherter die Möglichkeit, bei einem anderen Arbeitgeber Schwerarbeitszeiten zu erwerben. Aus diesem Grund gehe auch der Vergleich mit der Rechtsprechung zu „Urlaubsentschädigungszeiten“ im Fall des § 255 Abs 4 ASVG fehl, weil vom Berufungsgericht fingiert werde, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers in Wirklichkeit bereits früher einvernehmlich beendet worden sei.

Dazu wurde erwogen:

Das Berufungsgericht hat die Feststellungen des Erstgerichts mit einer Ausnahme als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung übernommen; die erstgerichtliche Feststellung zur bloßen pro forma-Gesundschreibung konnte der Berufungsentscheidung nicht zugrunde gelegt werden.

§ 4 Satz 1 Schwerarbeitsverordnung definiert einen Schwerarbeitsmonat als jeden Kalendermonat, in dem eine oder mehrere Tätigkeiten nach § 1 Abs 1 zumindest in jenem Ausmaß ausgeübt wurden, das einen Versicherungsmonat iSd § 231 Z 1 lit a ASVG begründet. Nach Satz 2 bleiben dabei „Arbeitsunterbrechungen ... außer Betracht, solange die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiter besteht“.

Beide Parteien gehen zutreffenderweise davon aus, dass Zeiten des Urlaubsverbrauchs dann Schwerarbeitszeiten begründen können, wenn während des Urlaubs, wäre fiktiv gearbeitet worden, Schwerarbeit geleistet worden wäre. In diesem Sinn wird im Urlaubsrecht - insbesondere in Bezug auf das Urlaubsentgelt (§ 6 UrlG) - fingiert, was bei einer ex ante-Sicht während des Urlaubs geschehen wäre. So hat der Arbeitnehmer grundsätzlich jenes Entgelt zu erhalten, das er aus der Perspektive des Urlaubsbeginns verdient hätte, wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte („fiktives Ausfallsprinzip“; Reissner in ZellKomm § 6 UrlG Rz 5 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Im Regelfall kann demnach davon ausgegangen werden, dass die zuvor verrichtete Arbeit während des Urlaubs - gäbe es diesen nicht - fortgesetzt worden wäre. Diese Fiktion kann aber entkräftet werden, etwa dann, wenn ein Versicherter zum Zweck des Urlaubsverbrauchs tatsächlich nur „pro forma“ gesund geschrieben wird, ohne dass er in der Lage ist, die vor dem Krankenstand verrichtete Schwerarbeit wieder aufzunehmen.

Dem Berufungsgericht ist durchaus zuzugestehen, dass der Kläger möglicherweise in der Zeit des Urlaubsverbrauchs keine Schwerarbeit verrichtet hätte; aus den der Entscheidung zugrunde gelegten Feststellungen kann dies aber nicht abgeleitet werden. Ohne die explizit nicht übernommene Feststellung läuft die Rechtsansicht des Berufungsgerichts letztlich auf eine sachlich nicht begründbare generelle Differenzierung je nach der Lage des Urlaubs hinaus: Während der Urlaubsverbrauch im Zuge eines laufenden Arbeitsverhältnisses (mit Wiederantritt der Arbeit nach Ende des Urlaubs) für den Erwerb von Schwerarbeitszeiten unschädlich wäre, würde der Urlaubsverbrauch unmittelbar vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses so behandelt, als wäre es bereits vor dem Urlaub beendet worden. Entscheidend ist demgegenüber vielmehr, ob während des Urlaubs fiktiv Schwerarbeit geleistet worden wäre; dies ist durchaus auch dann möglich, wenn gemeinsam mit dem Ende des Urlaubs auch das Arbeitsverhältnis beendet wird.

In diesem Sinn ist vom Berufungsgericht die Tatsachenrüge zu erledigen, damit aus den Feststellungen mit der gebotenen Klarheit hervorgeht, ob der Kläger in der Zeit des Urlaubs fiktiv Schwerarbeit geleistet hätte oder nicht.

Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und dem Berufungsgericht die neuerliche Entscheidung über die Berufung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

Textnummer

E94763

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:010OBS00096.10F.0727.000

Im RIS seit

15.09.2010

Zuletzt aktualisiert am

24.02.2012

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