

# TE OGH 2020/4/29 9ObA16/20y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.04.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Fichtenau und Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Ingomar Stupar und Mag. Werner Pletzenauer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei J\*\*\*\*\*, vertreten durch Korn & Gärtner Rechtsanwälte OG in Salzburg, gegen die beklagte Partei Eigentümergemeinschaft \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Paul Vavrovsky, Mag Christian Schrott, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen 30.771,09 EUR sA, infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 5. Dezember 2019, GZ 11 Ra 71/19v-46, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 16. Juli 2019, GZ 11 Cga 24/17s-41, Folge gegeben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

1. Dem Rekurs wird Folge gegeben und der angefochtene Beschluss aufgehoben.
2. In der Sache selbst wird zu Recht erkannt:

Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger 30.771,09 EUR brutto zuzüglich 8,58 % Zinsen aus 15.385,56 EUR vom 1. 11. 2016 bis 31. 1. 2017, aus 20.514,08 EUR vom 1. 2. 2017 bis 28. 2. 2017, aus 25.642,60 EUR vom 1. 3. 2017 bis 31. 3. 2017 und aus 30.771,09 EUR seit 1. 4. 2017 binnen 14 Tagen zu zahlen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 17.578,07 EUR (darin enthalten 2.489,14 EUR USt und 2.643,53 EUR Barauslagen) bestimmten Prozesskosten der ersten Instanz und die mit 3.866,52 EUR (darin enthalten 453,92 EUR USt und 1.143 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten der zweiten Instanz binnen 14 Tagen zu zahlen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.392,82 EUR (darin enthalten 326,97 EUR USt und 1.431 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war bei der Beklagten ab 8. 12. 1997 als Hausbesorger beschäftigt. Auf das Dienstverhältnis ist das Hausbesorgergesetz (HbG) anwendbar. Dem Kläger oblag allein die Reinhaltung, Wartung und Beaufsichtigung der Anlage, die aus 12 Stiegenhäusern mit 117 Wohnungen (davon ein Haus mit Lift) inklusive Laubengängen, sieben Reihenhäusern, 175 Tiefgaragenparkplätzen, 58 Außenparkplätzen und Zufahrten sowie Gehwegen mit teilweise Pflastersteinen besteht.

Der 1958 geborene Kläger hat seit 2013 Probleme mit der Wirbelsäule und der Schulter. Gegenüber der Hausverwaltung sprach er im April 2016 erstmals an, dass er körperliche Schwierigkeiten bei der Ausübung seines Dienstes habe und deshalb seine Arbeitszeit reduzieren wolle. Dies teilte er in der Folge auch schriftlich mit. Da keine

Zustimmung durch die Eigentümergemeinschaft erfolgte, brachte der Kläger eine „Änderungskündigung“ ein und führte darin aus, dass er die Betreuung der Außenanlage im Sommer und Winter in der großen Wohnanlage aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr durchführen könne und er daher sein Dienstverhältnis unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum 31. 10. 2016 kündige. Diese Kündigung werde unwirksam, wenn ihm spätestens bis 14. 10. 2016 schriftlich bestätigt werde, dass die Beklagte mit der Reduzierung seiner Arbeitsaufgaben einverstanden sei. Eine solche Zustimmung erfolgte nicht.

Aufgrund seines medizinischen Leistungskalküls sind dem Kläger vollschichtig leichte und mittelschwere Arbeiten und auch fallweise schwere Arbeiten möglich. Als körperliche schwere Arbeiten sind von dem vom Kläger zu erbringenden Leistungen das Schneiden bzw Pflegen von Hecken- und Sträuchern mit Heckenschere und das händische Schneeschaukeln zu definieren. Alle übrigen Tätigkeiten liegen innerhalb der medizinischen Leistungsgrenzen und sind ihm zumutbar.

Das Schneiden und Pflegen von Hecken und Sträuchern ist dem Kläger nur möglich, wenn er diese Tätigkeit in mehrere dreistündige Arbeitsblöcke aufteilen kann, was ihm aufgrund freier Zeiteinteilung möglich ist. Das händische Schneeschaukeln der 26 Hauseingänge, der acht Kellerabgänge und des Müllplatzes ist witterungsbedingt nicht in freier Zeiteinteilung auszuführen, diese Tätigkeit ist dem Kläger aufgrund der körperlichen Arbeitsschwere nicht mehr möglich. Da dem Kläger auch eine länger dauernde Zwangshaltung mit der Möglichkeit eines kurzzeitigen oder kurzfristigen Haltungswechsels noch möglich ist, liegen auch Überkopparbeiten noch innerhalb seiner Leistungsgrenzen.

Durch die Fremdvergabe der dem Kläger nicht mehr möglichen Tätigkeit des händischen Schneeschaukelns würden sich jährlich Durchschnittskosten von 3.334 EUR netto mit durchschnittlich 240 EUR Anfahrtskosten ergeben.

Der Kläger begehrt von der Beklagten 30.771,09 EUR brutto sA und bringt vor, aufgrund der Bestimmungen des Hausbesorgergesetzes habe er Abfertigungsansprüche nach dem Arbeiter-Abfertigungsgesetz (ArbAbfG) in Höhe von sechs Monatsentgelten erworben. Dieser Anspruch stehe ihm zu, weil aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Voraussetzungen eines berechtigten vorzeitigen Austritts vorlägen. Dass an Stelle des vorzeitigen Austritts eine Kündigung erklärt worden sei, sei nicht abfertigungsschädlich. Der monatliche Verdienst habe 4.813,35 EUR brutto betragen. Dazu kämen Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration.

Die Beklagte bestritt und brachte vor, das Dienstverhältnis habe zum 31. 10. 2016 durch Arbeitnehmerkündigung geendet. Eine dauerhafte Gesundheitsgefährdung des Klägers liege nicht vor. Eine Umdeutung in einen berechtigten vorzeitigen Austritt sei nicht möglich, da die Voraussetzungen nicht vorlägen. Da die Verzögerung mit der Auszahlung selbst im Fall einer Klagsstattgebung nicht auf einer unberechtigten Rechtsansicht der Beklagten beruhe, seien die Zinsen in der geltend gemachten Höhe jedenfalls nicht gerechtfertigt. Im Übrigen wurde das Klagebegehren der Höhe nach außer Streit gestellt.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Grundsätzlich gebühre eine Abfertigung auch dann, wenn bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer aus dem Inhalt der Auflösungserklärung ein wichtiger Auflösungsgrund erkennbar sei, der Arbeitnehmer formal aber nur kündige. Der Kläger habe in seiner Kündigung auf „gesundheitliche Gründe“ verwiesen. Der daher zu prüfende Austrittsgrund des § 26 AngG setze Arbeitsunfähigkeit voraus. Es komme darauf an, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldeten Aufgaben nicht mehr erbringen könne. Dem Kläger seien alle Tätigkeiten außer Schneeschaukeln möglich und zumutbar. Da ihn keine persönliche Arbeitspflicht treffe, könne er die Arbeiten auch durch Dritte verrichten lassen. Diese Fremdvergabe sei ihm aufgrund der festgestellten Kosten jedenfalls zumutbar.

Der Berufung des Klägers gab das Berufungsgericht Folge, hob das angefochtene Ersturteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Der Kläger habe sich auf seine gesundheitliche Beeinträchtigung, also einen Austrittsgrund nach § 26 Z 1 AngG berufen. Der erste Fall dieser Bestimmung liege vor, wenn der Angestellte unfähig sei, seine Tätigkeit fortzusetzen. Dabei müsse die Einschränkung von so langer Dauer sein, dass nach den Umständen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Der zweite Fall liege vor, wenn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses die Gesundheit gefährde. Dem Kläger sei jedoch nur ein Teil des Winterdienstes nicht zumutbar. Es handle sich dabei um eine saisonale Einschränkung. Der Kläger habe auch die Möglichkeit, im Verhinderungsfall die Arbeiten durch Dritte durchführen zu lassen. Er habe auch nicht behauptet, dass ihm eine Fremdvergabe nicht zumutbar gewesen wäre. Damit sei er nicht zur sofortigen

Vertragsbeendigung berechtigt gewesen. Allerdings habe das Erstgericht das Vorbringen des Klägers, dass die körperlich anstrengende Arbeit sein Tinnitusleiden verstärke, nicht geprüft und dazu keine Feststellungen getroffen. Dies könnte dazu führen, dass er auch im Kündigungszeitpunkt seine Tätigkeit nicht erfüllen konnte bzw sie ihm nicht zumutbar gewesen sei. Zur Prüfung dieser Umstände sei die Entscheidung des Erstgerichts aufzuheben.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil zur Frage der Austrittsberechtigung eines Hausbesorgers bei Vorliegen eines bloß jahreszeitlich eingeschränkt bestehenden Grundes unter Berücksichtigung einer Vertretungsmöglichkeit und Vertretungspflicht noch keine Judikatur bestehe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs des Klägers mit dem Antrag, den Beschluss aufzuheben und in der Sache selbst klagsstattgebend zu entscheiden. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt den Rekurs zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig und auch berechtigt.

1. Unstrittig ist auf das Arbeitsverhältnis das Hausbesorgergesetz (HbG) und auf den Anspruch auf Abfertigung das Arbeiter-Abfertigungsgesetz (ArbAbfG) anzuwenden. Nach § 2 Abs 1 ArbAbfG gebührt dem Arbeitnehmer eine Abfertigung, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Auf diese Abfertigung sind die §§ 23 und 23a des AngG in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Nach § 23 Abs 7 AngG besteht ein Anspruch auf Abfertigung, vorbehaltlich der in § 23a AngG enthaltenen Ausnahmen nicht, wenn der Angestellte kündigt, wenn er ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt oder wenn ihn ein Verschulden an der vorzeitigen Entlassung trifft.

2. Richtig haben die Vorinstanzen darauf hingewiesen, dass dem Begehren des Arbeitnehmers auf Abfertigung nicht entgegensteht, dass er nicht formell seinen Austritt erklärte, sondern kündigte, wenn aus dem Inhalt der das Arbeitsverhältnis auflösenden Erklärung klar erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer einen wichtigen Lösungsgrund für sich in Anspruch nimmt (RS0060132).

3. Das Dienstverhältnis des Hausbesorgers kann von jedem Teil aus wichtigen Gründen aufgelöst werden (§ 19 Abs 1 HbG), § 21 HbG enthält eine nur demonstrative Aufzählung von Austrittsgründen (arg „insbesondere“).

Der Kläger hat in seinem Auflösungs schreiben darauf hingewiesen, dass er kündigt, weil er sich aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sieht, die Arbeit weiter zu führen. Auch wenn im HbG eine § 26 Z 1 AngG entsprechende Regelung fehlt, wird, wenn der Arbeitnehmer unfähig wird, seine Arbeit zu leisten oder diese ohne Schaden für seine Gesundheit nicht mehr fortsetzen kann, in der Regel eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und damit ein Grund für einen berechtigten Austritt anzunehmen sein.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Kläger einen Teil der Leistungen, zu denen er regelmäßig verpflichtet ist, aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erbringen kann. Dabei ist davon auszugehen, dass es sich um eine dauerhafte Einschränkung handelt und mit einer Wiederherstellung der vollen Leistungsfähigkeit nicht zu rechnen ist. Damit liegt grundsätzlich eine partielle Arbeitsunfähigkeit vor.

4. Wenn das Berufungsgericht dazu darauf verweist, dass die Tätigkeiten, zu denen der Kläger nicht mehr in der Lage ist, aktuell im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bzw im Zeitraum der Kündigungsfrist nicht zu leisten waren, kommt es darauf nicht an. Diese Tätigkeiten zählten auch im Zeitpunkt der Kündigung zu den Aufgaben des Klägers. Er war verpflichtet, sollte witterungsbedingt eine Schneeräumung erforderlich sein, die entsprechenden Arbeiten verrichten. Dabei hatte er keinen Einfluss darauf, wann, ob und in welchem Umfang diese Arbeiten witterungsbedingt notwendig werden. Von Seiten der Beklagten war bereits zuvor abgelehnt worden, ihn von diesem Teil seiner Pflichten zu entbinden. Damit ist aber davon auszugehen, dass der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung einen Teil seiner beruflichen Aufgaben, deren Erfüllung jederzeit notwendig werden konnte, aus gesundheitlichen Gründen nicht erfüllen konnte.

5. Nach § 17 Abs 1 HbG hat der Hausbesorger, wenn er verhindert ist, seinen Obliegenheiten nachzukommen, auf seine Kosten für eine Vertretung durch eine andere geeignete Person zu sorgen. Dies gilt solange nicht, als der Hausbesorger infolge einer plötzlich auftretenden Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unfall dieser Pflicht nicht nachzukommen vermag.

Für die Fälle der Dienstverhinderung wegen Krankheit oder Unfall sieht das Gesetz weiters vor, dass der Hauseigentümer dem Hausbesorger die Kosten für die Vertretung zu ersetzen hat (§ 17 Abs 2 HbG). Daraus ergibt sich,

dass nach der Wertung des Gesetzgebers bei einer plötzlichen Verhinderung wegen Krankheit oder Unfall nicht der Hausbesorger die Kosten für die Vertretung tragen soll.

Die vorliegenden dauerhaften gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers stellen allerdings keine Krankheit oder Unfall iSd § 17 HbG dar, die zu einer Überwälzung der Vertretungskosten auf den Arbeitgeber führen. Damit wäre der Kläger trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung im Fall einer Verhinderung verpflichtet, auf eigene Kosten für eine Vertretung Sorge zu tragen.

Die Vorinstanzen verneinten einen Austrittsgrund trotz bestehender gesundheitlicher Beeinträchtigungen im Wesentlichen damit, dass sich der Kläger vertreten lassen kann. Dem könnte aber nur in jenen Fällen beigetreten werden, in denen dem Hausbesorger die Übernahme der Kosten für die Vertretung zumutbar sind. Die Unzumutbarkeit ist ein allen vorzeitigen Auflösungsstatbeständen immanentes Tatbestandsmerkmal (9 ObA 111/15m mwN). Da aber die dauerhafte Übernahme solcher Kosten wegen einer dauerhaften gesundheitlichen Beeinträchtigung zu einer ebenfalls dauerhaften Verminderung des dem Hausbesorger letztendlich zur Verfügung stehenden Entgelts führt, kann eine solche Zumutbarkeit – wenn überhaupt – nur in einem sehr geringen Rahmen in Betracht kommen.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass bei einer Vertretung mit jährlichen Durchschnittskosten von 3.334 EUR netto und 240 EUR Anfahrtskosten zu rechnen ist. Das bedeutet, der Kläger müsste etwa ein Monatseinkommen für eine solche Vertretung aufwenden. Unter diesen Umständen kann aber nicht mehr davon gesprochen werden, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.

6. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat sich der Kläger in erster Instanz auch ausreichend darauf berufen, dass, auch wenn keine persönliche Arbeitspflicht besteht, die Beiziehung anderer Dienstleister eine wesentliche Beeinträchtigung seines Entgelts darstellen würde, welche ihn zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt hätte. Damit hat er aber die Unzumutbarkeit der Tragung der Kosten eines Vertreters geltend gemacht.

7. Zusammengefasst ist daher davon auszugehen, dass der Kläger aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeit vollständig zu leisten, weshalb der von ihm herangezogene Austrittsgrund vorliegt. Er hat daher, da seine Kündigung aus Gründen erfolgte, die ihn auch zu einem vorzeitigen Austritt berechtigt hätten, Anspruch auf eine Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß.

Da die Abfertigung der Höhe nach außer Streit steht, war aufgrund des Rekurses des Klägers in Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen sogleich der Klage stattzugeben (§ 519 Abs 2 letzter Satz ZPO).

8. Hinsichtlich der Zinsen liegt die Behauptungslast darüber, weshalb dem Kläger der in § 49a erster Satz ASGG festgelegte Zinssatz nicht zustehen sollte, beim Beklagten (RS0116030 [T3]). Allein der Umstand, dass sich der Schuldner auf unzutreffende Tatsachenbehauptungen stützt, kann an dem Anspruch auf Zinsen nach § 49a ASGG erster Satz nichts ändern (RS0116030). Die Beklagte hat aber nur geltend gemacht, dass die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Austritt nicht vorliegen, also keine gesundheitlichen Gründe bestehen, was aber bereits auf der Tatsachenebene nicht richtig ist. Dem Kläger waren daher die Zinsen wie beantragt zuzusprechen.

9. Aufgrund der Abänderung in der Hauptsache waren auch die Kosten der Vorinstanzen neu zu bestimmen. Hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz gründet sich der Kostenausspruch auf §§ 41, 43 Abs 2 ZPO. Der Kläger ist bis zur Klageseinschränkung mit einem nur geringen Teil seiner Forderung unterlegen, dass ihm die vollen Kosten zustehen. Zu berücksichtigen sind jedoch auch die Einwendungen der Beklagten. Richtig macht diese geltend, dass die Urkundenvorlage vom 25. 4. 2017 mit dem Schriftsatz vom 24. 7. 2017 hätte erfolgen können. Eine gesonderte Honorierung ist daher nicht vorzunehmen. Die erfolglose Vertagungsbitte vom 11. 10. 2017 ist ebenfalls nicht zu honorieren. Richtig ist auch, dass nicht ersichtlich ist, wieso der Antrag auf Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet Hals-Nasen-Ohren nicht in der unmittelbar vorangegangenen Verhandlung erfolgte. Dagegen steht ein Ersatz für den Schriftsatz vom 10. 7. 2018 zu, da er auf Auftrag des Erstgerichts (und noch vor der Äußerung der Beklagten) erfolgte. Der Schriftsatz vom 21. 8. 2018 wurde in der Verhandlung verlesen. Die Beklagte hat dabei einen Erhalt dieses Schriftsatzes nicht bestritten. Die Urkundenvorlage ist daher zu honorieren. Insgesamt hat der Kläger daher zuzüglich des Schriftsatzes vom 8. 2. 2019 in erster Instanz einen Kostenersatzanspruch von 17.578,07 EUR.

Die Kostenentscheidung im Rechtsmittelverfahren gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

**Textnummer**

E128463

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:009OBA00016.20Y.0429.000

**Im RIS seit**

09.07.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

23.04.2021

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)