

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras und Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Mag. Thomas Kallab als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei J\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Norbert Moser, Rechtsanwalt in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei D\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Holzer, Mag. Kofler, Mag. Mikosch, Dr. Kasper, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen Feststellung, in eventu Anfechtung, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 18. Oktober 2012, GZ 7 Ra 63/12g-40, den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO iVm § 2 Abs 1 ASGG).

### **B e g r ü n d u n g :**

1. Die geltend gemachten Mängel des Berufungsverfahrens liegen - wie der Oberste Gerichtshof geprüft hat - nicht vor.

Der Kläger hat sich schon vor November 2010 in Behandlung seines Hausarztes befunden. Die - vom Einzelfall geprägte - Würdigung des Berufungsgerichts, dass aufgrund der schon bekannten gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers eine weitere Untersuchung am 8. 11. 2010 nicht erforderlich gewesen sei, begründet weder eine „Abschneidung des Beklagtenvorbringens“ noch ein Abgehen von den Feststellungen des Erstgerichts. Auch in der Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, dass auf Basis der Gesamtheit der erstgerichtlichen Feststellungen von einer (vom Chefarzt bewilligten) Therapie in Bad Eisenkappel auszugehen sei, ist kein Abweichen von der vom Erstgericht ermittelten Tatsachengrundlage zu erblicken. Nach den Feststellungen suchte der Kläger, der sich schon im Februar 2010 auf einem Kuraufenthalt befand, aufgrund seiner massiven Wirbelsäulenprobleme um einen weiteren Aufenthalt an, der ihm für die Zeit vom 8. 11. bis 19. 11. 2010 bewilligt wurde. Der orthopädische Sachverständige hielt in seinem Gutachten dazu fest, dass in der Zeit vom 8. 11. bis 19. 11. 2010 Therapien im Kurbad Eisenkappel stattfanden.

Auf Tatsachenebene ist allerdings entscheidend, dass dem Kläger von seinem Hausarzt - nach Rücksprache mit dem Sozialversicherungsträger - eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit ausgestellt wurde. Zudem erklärte der Hausarzt ausdrücklich, dass der Kläger für den Zeitraum der

Therapien arbeitsunfähig sei und keiner Arbeit nachzugehen brauche.

**2.1** Richtig ist, dass eine (objektive) Krankheit das Fernbleiben des Dienstnehmers vom Dienst und die damit verbundene Leistungsverhinderung rechtfertigt. Ebenso richtig ist, dass sich ein Dienstnehmer im Regelfall auf eine ärztliche Krankschreibung (Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit) berufen kann und das Fernbleiben vom Dienst daher entschuldigt ist, wenn der Dienstnehmer von einem zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit berufenen Arzt in Krankenstand genommen wird und der Dienstnehmer auf die Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung vertrauen darf (RIS-Justiz RS0028875; *Burger* in *Reissner*, AngG § 8 Rz 23). Mit dem Vorliegen der ärztlichen Krankschreibung wird dem Dienstnehmer grundsätzlich der gute Glaube in seine Arbeitsunfähigkeit zugebilligt (*Heinz-Ofner* in *Reissner*, AngG § 27 Rz 62).

Dafür, dass der Kläger trotz Krankschreibung davon Kenntnis hatte oder offenbar haben musste, dass er in Wirklichkeit arbeitsfähig sei, bestehen keine Anhaltspunkte.

**2.2** Entgegen den Überlegungen der Beklagten ist im Anlassfall somit maßgebend, ob der Kläger auf die Krankschreibung seines Hausarztes vertrauen durfte. Ob aus rein fachmedizinischer Sicht Arbeitsunfähigkeit bestand, bleibt unerheblich. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass auch Kur- und Rehabilitationsaufenthalte, die helfen, den regelrechten Körper- und Geisteszustand zu erhalten, zu bessern oder wiederherzustellen, unter den Krankheitsbegriff fallen. Nur für einen Wellnessurlaub oder für Massagen eines gewerblichen Masseurs, die bloß dem Wohlbefinden und der Erholung dienen, kann dies nicht gelten (*Burger* aaO § 8 Rz 18). Die Therapien des Klägers in Bad Eisenkappel sind

nicht einem Aufenthalt nur zu Erholungszwecken gleichzuhalten.

**2.3** Mit dem der von der Beklagten zitierten Entscheidung 9 ObA 217/02f zu Grunde liegenden Sachverhalt ist der hier zu beurteilende Fall nicht vergleichbar. Im Referenzfall nahm die dortige Klägerin einen Gesprächstermin wegen eines angeblichen Begräbnisbesuchs sowie unter Hinweis auf die Abgabe eines Urlaubszettels nicht wahr. In dieser Situation sprach der Oberste Gerichtshof aus, dass sich die Klägerin auf eine unrichtige Krankheitsbestätigung des Arztes (ohne Untersuchung) nicht berufen könnte. Ob eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgelegen sei, müsse aber noch geprüft werden.

Die von der Beklagten im gegebenen Zusammenhang als erheblich aufgeworfene Rechtsfrage, ob sich ein Dienstnehmer auf eine ärztliche Krankschreibung berufen könne, obwohl er vom ausstellenden Arzt aktuell nicht untersucht worden sei, stellt sich hier nicht. Der Gesundheitszustand des Klägers, insbesondere die gesundheitliche Einschränkung im Zusammenhang mit seinen Wirbelsäulenproblemen, war dem Hausarzt bereits bekannt. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass aufgrund dieser Umstände eine weitere Untersuchung des Klägers anlässlich der Krankschreibung vom 8. 11. 2010 nicht erforderlich gewesen sei, ist jedenfalls vertretbar.

**2.4** Insgesamt erweist sich die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Kläger im Zusammenhang mit seiner Therapie in Bad Eisenkappel keinen Entlassungsgrund verwirklicht hat, als nicht korrekturbedürftig.

**3.** Richtig ist, dass die Beklagte in der (letzten) Verhandlung vom 4. 5. 2012 dem Kläger vorgeworfen hat,

einen Mitarbeiter durch die Äußerung, Krankenstände regelmäßig einzusetzen, um dadurch seine Freizeit zu verlängern, zum Ungehorsam verleitet zu haben. Unrichtig ist jedoch, dass das Berufungsgericht diesen Entlassungsgrund (nur) mit dem Hinweis auf eine unzulässige Neuerung abgetan habe. Tatsächlich hat das Berufungsgericht auch eine inhaltliche Beurteilung vorgenommen und dazu festgehalten, dass ein derartiger Vorwurf aus den getroffenen Feststellungen nicht abgeleitet werden könne.

Eine Entlassung wegen Verleitung zum Ungehorsam setzt im Allgemeinen voraus, dass ein Angestellter andere Bedienstete zu entlassungsgeneigten Handlungen oder Unterlassungen auffordert. Eine mangelnde Intensität der versuchten Beeinflussung schließt die Annahme dieses Entlassungstatbestands im Allgemeinen aus (*Heinz-Ofner aaO § 27 Rz 175*).

Ein ideenbegründendes Auffordern des Klägers zur Verweigerung der Dienstleistung unter Vorspiegelung einer Krankheit kann weder dem Vorbringen der Beklagten noch der ermittelten Tatsachengrundlage entnommen werden.

4. Auch mit ihren Ausführungen zur Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens bei unberechtigter Entlassung im Zusammenhang mit dem (partiellen) Kündigungsschutz nach § 29 KVI zeigt die Beklagte keine erhebliche Rechtsfrage auf.

In der von der Beklagten zitierten Entscheidung 9 ObA 180/07x hatte der Oberste Gerichtshof die rechtlichen Konsequenzen einer nach § 29 KVI zulässigen, aber fristwidrigen Kündigung zu beurteilen. Dazu wurde festgehalten, dass die Kündigung nur aus jenen Gründen ausgeschlossen sei, die nicht in § 29 KVI genannt seien. Ausdrücklich zulässig sei sie hingegen aus solchen Gründen, die in § 29 Abs 2 lit a bis e KVI aufgezählt seien. Insoweit

bestehe daher bei Vorliegen eines zulässigen Grundes kein besonderer Kündigungsschutz.

Ebenso hielt der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung fest, dass der einzel- oder kollektivvertragliche Ausschluss der freien Kündbarkeit ähnlich wie ein besonderer gesetzlicher Kündigungs- und Entlassungsschutz wirke. Eine trotz vereinbarten Ausschlusses der freien Kündbarkeit erfolgte Kündigung sei daher nicht wirksam, sodass sie das Dienstverhältnis nicht auflöse. Im Fall einer unwirksamen Auflösung aufgrund eines besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzes habe der Dienstnehmer ein Wahlrecht zwischen der Geltendmachung der Unwirksamkeit der Auflösung und der Forderung einer Kündigungsschädigung bei rechtswidriger Beendigung.

Aus dieser Entscheidung folgt somit, dass eine Kündigung unwirksam ist, wenn ein zulässiger Kündigungsgrund nach § 29 Abs 2 KVI tatsächlich nicht vorliegt. Gleiches gilt für eine unberechtigte Entlassung, weil der Dienstgeber sonst über den Umweg der Entlassung den besonderen Kündigungsschutz umgehen könnte. Die Anordnung in § 29 Abs 7 KVI, wonach das nach den gesetzlichen Bestimmungen bestehende Recht zur Entlassung durch die Kündigungsschutzbestimmungen unberührt bleibt, stellt klar, dass (nur) eine berechtigte Entlassung das Dienstverhältnis auflöst. Bei einer ungerechtfertigten Entlassung mangelt es an einem zulässigen Grund für die Auflösung des Dienstverhältnisses. Dementsprechend wird in Abs 7 Satz 2 *leg cit* (Berechtigung, bei ungerechtfertigter Entlassung die Beendigung des Dienstverhältnisses anzuerkennen) auf das Wahlrecht des Dienstnehmers zwischen der Geltendmachung der Unwirksamkeit der Auflösung

einerseits und der Forderung von Schadenersatz andererseits Bezug genommen.

5. Schließlich spricht die Beklagte auch mit dem Mitverschuldenseinwand keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung an.

Richtig ist, dass der Oberste Gerichtshof die Mitverschuldensregel des § 32 AngG (§ 1162c ABGB) nicht nur auf Schadenersatzansprüche iSd § 29 AngG (§ 1162b ABGB), sondern auch auf sonstige beendigungsabhängige Ansprüche wie die Abfertigung und die Urlaubersatzleistung bezieht (RIS-Justiz RS0028205 [T6]; *Haider in Reissner*, AngG § 32 Rz 12). Wie das Berufungsgericht richtig ausführt, handelt es sich in allen diesen Fällen um Leistungsansprüche.

Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens kommt keineswegs nur im Zusammenhang mit einem Leistungsbegehren, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch bei einem Feststellungsbegehren in Betracht, nämlich dann, wenn sich die Feststellung auf die Haftung für künftige Schäden bezieht. Voraussetzung ist allerdings die Teilbarkeit der Verpflichtung, zu der der Beklagte verurteilt wird. Bei der Feststellung des aufrechten Fortbestands eines Dienstverhältnisses scheidet die Berücksichtigung eines Mitverschuldens aber von vornherein aus.

Mangels einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO war die außerordentliche Revision zurückzuweisen.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. Jänner 2013  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: