



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn sowie die fachkundigen Laienrichter Prof. Mag. Dr. Thomas Keppert und Mag. Manuela Majeranowski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei N***** D*****, vertreten durch Dr. Hanno Lecher, Rechtsanwalt in Dornbirn, wider die beklagte Partei J***** B***** GmbH, *****, vertreten durch Pitschmann & Santner Anwaltspartnerschaft in Feldkirch, wegen 10.313,33 EUR sA (Revisionsinteresse), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. September 2010, GZ 15 Ra 72/10s-40, mit dem das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Arbeits- und Sozialgericht vom 10. März 2010, GZ 35 Cga 191/08x-36, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird **nicht Folge** gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 768,24 EUR (darin 128,04 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung zu zahlen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger war seit 1. 10. 2001 bei der Beklagten als Metallarbeiter tätig. Vom 19. 3. 2008 bis 9. 5. 2008 befand er sich aufgrund subjektiv wahrgenommener Schmerzen im

Schulter- und Rückenbereich im Krankenstand. Bei der erstmaligen Untersuchung des Klägers stellte ein Arzt die Diagnose Lumbago (= Lendenwirbelsäulenschmerzen) und bestätigte die Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Ergebnis vom 19. 3. bis 18. 4. 2008. Ein weiterer Arzt folgte dieser Diagnose und verlängerte die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis Freitag, 2. 5. 2008. Am 1. 5. 2008 bestritt der Kläger für einen Fußballclub ein Fußballspiel, wurde während des gesamten Spiels eingesetzt und erzielte auch ein Tor. Am 5. 5. 2008 konsultierte er einen dritten Arzt, der eine Dorsallumbalgie feststellte und den Kläger bis 9. 5. 2008 krank schrieb. Spezielle Anordnungen, die der Kläger während seiner Arbeitsunfähigkeit zu beachten hatte, wurden von den behandelnden Ärzten nicht ausgesprochen. Als der Personalleiter der Beklagten am 8. 5. 2008 von der Teilnahme des Klägers am Fußballspiel Kenntnis erlangte, lud er ihn zu einem Gespräch für den Folgetag. Nach den Gründen seines Krankenstands befragt, antwortete der Kläger nach seiner damaligen Überzeugung, dass er Schmerzen im Bereich der Schulter und des Schlüsselbeins aus einem mehrere Jahre zurückliegenden Verkehrsunfall habe, die akut seien und auftreten würden, wenn er Gewichte hebe und die Schulter beanspruche. Seine Teilnahme am Fußballspiel am 1. 5. 2008 bestritt er und antwortete, dass ein anderer Spieler mit seinem Spielerpass am Spiel teilgenommen habe, da er befürchtete, bei einer wahrheitsgemäßen Beantwortung der Fragen seines Vorgesetzten seine Arbeit zu verlieren. In der Folge recherchierte der Personalleiter die Teilnahme des Klägers am Fußballspiel, erhielt vom zweiten Arzt schriftlich bestätigt, dass die Teilnahme an einem Fußballspiel bei der gestellten Diagnose auf jeden Fall kontraindiziert wäre und sprach am 9. 5. 2008 telefonisch die Entlassung des Klägers aus. Er

begründete sie damit, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger aufgrund seiner Vertrauensunwürdigkeit unzumutbar sei, da sich das Fußballspiel negativ auf den weiteren Heilungsverlauf ausgewirkt habe und so die Verlängerung des Krankenstands herbeigeführt worden sei, wobei er die Entlassung auch dann ausgesprochen hätte, wenn der Kläger die Teilnahme am Fußballspiel zugegeben hätte.

Vom 13. 7. 2008 bis 15. 7. 2008 stand der Kläger aufgrund einer Nierenkolik in stationärer Behandlung im Landeskrankenhaus Hohenems. Bereits am 14. 7. 2008 kam es zu einem Spontanabgang des die Aufnahme bedingenden Harnleitersteins. Durch die Kolik hatte der Kläger unter heftigen Schmerzen im Rückenbereich zu leiden, die jedoch unmittelbar nach Abgang des Steins verschwunden waren.

Durch ein im erstinstanzlichen Verfahren eingeholtes urologisches Sachverständigengutachten tauchte die Möglichkeit eines Nierensteins als Ursache für die beim Kläger in seinem Krankenstand aufgetretenen Schmerzen auf, was zu folgenden Feststellungen führte:

Für einen medizinischen Laien sind die Unterschiede zwischen Lumbago-Beschwerden und den Schmerzen, die ein Nierenstein verursacht, nur schwer erkennbar. Aus medizinisch-urologischer Sicht ist es möglich, dass beim Kläger bereits am 1. 5. 2008 der später abgegangene Nierenstein vorhanden war. Ebenso wenig ist auszuschließen, dass auch die Krankenstände des Klägers seit dem 19. 3. 2008 auf den Nierenstein zurückzuführen waren. Durch die Teilnahme am Fußballspiel am 1. 5. 2008 wurde in Bezug auf den Nierenstein der Heilungsverlauf nicht beeinflusst. Wenn sich der Nierenstein noch im Nierenbecken befand, wäre es aus urologischer Sicht möglich, dass ein Allgemeinmediziner aufgrund der Schilderung der

Beschwerden des Klägers auch über einen längeren Zeitraum nicht erkennt, dass ein Nierenstein besteht. Die Teilnahme an einem Fußballspiel wäre bei Vorliegen einer Lumbago kontraindiziert gewesen. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Kläger vor seiner Teilnahme am Fußballspiel und auch danach aufgrund einer Lumbago arbeitsunfähig war. Er war aber subjektiv dieser Ansicht.

Der **Kläger** beehrte den Zuspruch von 11.728,33 EUR brutto sA an Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Überstunden und Urlaubersatzleistung, da seine Krankheit, wegen der er arbeitsunfähig war, nicht dergestalt gewesen sei, dass die Teilnahme am Fußballspiel seinen Heilungsverlauf verzögert oder gefährdet habe. Auch begründe sein Verhalten keine Vertrauensunwürdigkeit.

Das **Erstgericht** gab der Klage statt. Es vertrat die Ansicht, dass die Teilnahme des Klägers am Fußballspiel grundsätzlich geeignet gewesen sei, den Krankenstand zu verlängern und den Genesungsprozess zu verzögern. Auch der Kläger habe wissen müssen, dass Fußballspielen der Besserung von Rückenschmerzen nicht zuträglich sei. Dies gelte aber nur im Zusammenhang mit orthopädisch begründeten Rückenbeschwerden, während das Beweisverfahren erbracht habe, dass die Beschwerden des Klägers auch auf einen Nierenstein zurückzuführen sein könnten. Damit habe der Kläger aber - wenn man nicht der Ansicht sei, dass sich die Teilnahme an einem Fußballspiel im Krankenstand von vornherein verbiete - ohne es zu wissen keine allgemein gebotenen Verhaltensweisen verletzt, denn bei Vorliegen eines Nierensteins sei die Teilnahme an einem Fußballspiel nicht geeignet gewesen, den Genesungsprozess zu verzögern. Der Kläger habe daher den ihm obliegenden

Beweis erbracht, dass keine Verletzung allgemein gebotener Verhaltensweisen vorliege. Damit wäre es an der Beklagten gelegen gewesen, unter Beweis zu stellen, dass die Verhaltensweise des Klägers konkret geeignet gewesen sei, den Heilungsprozess zu verzögern. Dies sei ihr nicht gelungen. § 82 GewO kenne keinen allgemeinen Tatbestand der Vertrauensunwürdigkeit (Leugnen der Teilnahme am Fußballspiel). Für eine „beharrliche“ Pflichtverletzung biete der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte. Die Entlassung sei ungerechtfertigt. Ein Mitverschulden des Klägers daran sei zu verneinen. Zwar habe er den offensichtlichen Anschein erweckt, während des Krankenstands einer seiner Genesung nicht förderlichen Betätigung nachzugehen. Auch habe er in seinem Leugnen der Teilnahme am Fußballspiel verharret. Allerdings sei dieses Verhalten nicht wesentlicher Auslöser der Entlassung gewesen, da ihn der Personalleiter der Beklagten auch bei einem Eingeständnis entlassen hätte. Unter diesen Umständen und auch deswegen, weil die Entlassung nicht berechtigt und der Kläger selbst der Meinung gewesen sei, nicht arbeitsfähig zu sein, finde die Mitverschuldensregel des § 1162c ABGB keine Anwendung.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten im Hinblick auf 10.313,33 EUR brutto sA Folge und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 1.415 EUR brutto sA (Überstundenentgelt, Urlaubersatzleistung). Einem Arbeitnehmer, der aufgrund stärkerer Beschwerden im Schulter- und Rückenbereich wochenlang im Krankenstand sei, müsse schon aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung klar sein, dass die Teilnahme an einem Fußballspiel, noch dazu über die gesamte Spieldauer, im wettkampfmäßigen Meisterschaftsbetrieb während des

Krankenstands regelmäßig zumindest abstrakt geeignet sei, den Genesungsprozess zu verzögern und damit den Krankenstand zu verlängern. Die Beweislast für einen Rechtfertigungsgrund, der das Entlassungsrecht des Arbeitgebers wegen des ansonsten pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers aufhebe, treffe den Arbeitnehmer. Es wäre daher Sache des Klägers gewesen zu behaupten und zu beweisen, dass er nicht die allgemein gebotenen Verhaltensweisen verletzt habe. Dazu hätte er auch beweisen müssen, dass die Ursache seiner - die Arbeitsunfähigkeit bedingenden - Schmerzen die Nierensteinkrankheit gewesen sei, da in diesem Fall die Teilnahme am Spiel nicht weiter schädlich gewesen wäre, was ihm nicht gelungen sei. Der Kläger habe aber auch die zweifellos zulässigen Fragen der Beklagten im Zusammenhang mit seiner Teilnahme am Fußballspiel massiv wahrheitswidrig beantwortet. Damit sei er in seiner Pflichtenverletzung verharret und habe daher den Entlassungstatbestand des § 82 lit f zweiter Fall GewO verwirklicht. Die Beklagte habe ihr Entlassungsrecht auch nicht durch Verspätung verwirkt. Die Revision sei zulässig, da höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Beweislastverteilung im Zusammenhang mit der Wiederherstellung der Arbeitskraft bzw einem dieser abträglichen Verhalten des Arbeitnehmers für den Fall, dass die Ursache des Krankenstands nicht feststehe, fehle.

Die Revision ist zulässig, aber **nicht berechtigt**.

Vorzustellen ist, dass der Entlassungsgrund eines unbefugten Fernbleibens des Klägers von der Arbeit iSd § 82 lit f erster Fall GewO hier ausscheidet, weil der Kläger auf die Richtigkeit der ihm im Krankenstand ausgestellten ärztlichen Bescheinigungen vertrauen durfte (vgl RIS-Justiz RS0028875), wodurch sein Fernbleiben von der Arbeit

gerechtfertigt war.

Zu prüfen ist dagegen die Verwirklichung des Tatbestands der „beharrlichen Pflichtverletzung“ iSd § 82 lit f zweiter Fall GewO. Dieser Entlassungstatbestand wird durch den Verstoß gegen die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Verpflichtung erfüllt, sich im Falle einer Krankheit und einer dadurch ausgelösten Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wiederhergestellt wird. Der Arbeitnehmer darf insbesondere die Anordnungen des Arztes oder, wenn solche infolge der allgemeinen Lebenserfahrung entbehrlich sind, die Gebote der allgemein üblichen Verhaltensweisen nicht betont und offenkundig verletzen. Ob ein Zuwiderhandeln tatsächlich zu einer Verlängerung des Krankenstands führt, ist in diesem Zusammenhang belanglos; es genügt die Eignung, den Genesungsprozess zu verzögern (RIS-Justiz RS0060869; RS0029337). Dies fußt, wie das Berufungsgericht zutreffend aufzeigte, auf der Erwägung, dass der Arbeitgeber die Gefährdung seiner dienstlichen Interessen fürchten muss, wenn der Arbeitnehmer nicht die für die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit notwendigen ärztlichen Anordnungen befolgt, sondern ihnen offen zuwider handelt und damit auch die auf die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gerichteten dienstlichen Interessen des Arbeitgebers verletzt (RIS-Justiz RS0029456).

Die Beweislast für das Vorliegen eines Entlassungsgrundes und die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale liegt beim Arbeitgeber, er trägt daher das Risiko der Entlassung (RIS-Justiz RS0029127, RS0028971). Beweismängel über die einen wichtigen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bildende Pflichtwidrigkeit gehen zu seinen Lasten (vgl RIS-Justiz

RS0029127 [T3]). Ob ein Tatbestand einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Lösung darstellt, ist dabei nicht nach der subjektiven Einschätzung des Erklärenden, sondern stets nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen (RIS-Justiz RS0028585; vgl auch RIS-Justiz RS0029107). Erläuternd wurde dazu festgehalten, dass es dem Dienstgeber obliegt, sich über den zu erwartenden Heilungsverlauf ausreichend zu informieren, widrigenfalls er das Risiko einer unberechtigten Entlassung eingeht (RIS-Justiz RS0029107 [T5] = 9 ObA 68/02v).

Die vom Berufungsgericht zur Beweislastverteilung ins Treffen geführte Rechtsprechung, dass die Beweislast für einen Rechtfertigungsgrund, der das Entlassungsrecht des Arbeitgebers wegen des ansonsten pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers aufhebt (RIS-Justiz RS0029534), beim Arbeitnehmer liegt, wurde zum Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit entwickelt, denn in einem solchem Fall liegt das Recht des Arbeitgebers zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits in der Verletzung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die von diesem sodann mit einem „rechtmäßigen Hinderungsgrund“ (vgl § 27 Z 4 AngG) gerechtfertigt werden kann, von ihm daher auch unter Beweis zu stellen ist. Die Rechtfertigung einer Pflichtwidrigkeit setzt freilich erst den Beweis derselben voraus, der aber dem Arbeitgeber obliegt (RIS-Justiz RS0029534 [T2]).

Wenn der Arbeitgeber nun, wie dargelegt, das Vorliegen eines Entlassungsgrundes nicht nach seiner subjektiven Einschätzung beurteilen darf, sondern es auf „objektive Gesichtspunkte“ anzukommen hat, muss zur Objektivierung eines nach dem Anschein pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers im Krankenstand im Regelfall

die fachkundige Diagnose und Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt ausreichen. Auch mit einer sorgfältig erstellten ärztlichen Diagnose ist nämlich kaum je auszuschließen, dass jemand noch ein anderes - vielleicht besonders seltenes und nach dem Beschwerdebild nicht indiziertes - Leiden aufweist, das eine alternative Behandlung und ein anderes Verhalten des Arbeitnehmers im Krankenstand erfordert hätte, das im Diagnosezeitpunkt aber nicht erkennbar war. Mangels Erkennbarkeit kann eine solche Eventualität bei der vom Arbeitgeber angestellten Überprüfung einer - hier aufgrund des Fußballspiels - indizierten Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers im Krankenstand auch nicht berücksichtigt werden. Nicht anders als ein Arbeitnehmer darf sich in dieser Situation vielmehr auch ein Arbeitgeber, sofern er keine Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis anderer Umstände hat, auf die Richtigkeit einer ärztlichen Diagnose und Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers verlassen, wenn er dessen mögliche Gefährdung des Heilungsverlaufs beurteilt.

Gleichermaßen ist zu bedenken, dass auch der Arbeitnehmer im Krankenstand Wissen darüber benötigt, wie er sich zu verhalten hat, um seine Genesung zu fördern und sich nicht dem Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens auszusetzen. Orientierungspunkt dafür kann ihm dabei idR ebenfalls nur die Diagnose seines Arztes sein, aus der aber die für die Heilung nötigen Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers im Krankenstand resultieren, mögen sie vom Arzt nun explizit ausgesprochen worden sein oder - wenn solche infolge der allgemeinen Lebenserfahrung entbehrlich sind - als allgemein übliche Verhaltensweisen geboten sein. Hält sich der Arbeitnehmer wider besseres Wissen nicht daran, liegt auch aus seiner Perspektive ein „objektiv“

pflichtwidriges Verhalten im Krankenstand vor. Eben das hat die Beklagte hier unter Beweis gestellt.

Unter welchen Voraussetzungen dem Arbeitnehmer in einer solchen Konstellation der Nachweis frei steht, dass sein Verhalten im Krankenstand aufgrund einer erst nach der Entlassung hervorgekommenen anderen Diagnose der Genesung doch nicht abträglich war, braucht hier nicht weiter geprüft zu werden, weil der Kläger einen solchen Nachweis nicht erbracht hat.

Das Berufungsgericht hat das Vorliegen des Entlassungsgrundes nach § 82 lit f zweiter Fall GewO daher zu Recht bejaht.

Die Rechtsprechung zu all jenen Fällen, in denen einem Arbeitnehmer iSd § 1162c ABGB ein Mitverschulden an einer Entlassung gegeben wurde, wenn er dem Arbeitgeber nicht einen ihm bekannten Rechtfertigungsgrund bekannt gab, „wenn sein Verhalten bei dem Arbeitgeber - objektiv betrachtet - den Anschein pflichtwidrigen Verhaltens erwecken kann“ (zB 9 ObA 108/05f, 8 ObA 23/08b ua), begründet dazu keine Differenz: Zwar liegt jenen Entscheidungen zugrunde, dass der „Anschein pflichtwidrigen Verhaltens“ die jeweilige Entlassung nicht rechtfertigte. Hier kommt aber hinzu, dass der Anschein eines dem Heilungsverlauf abträglichen Verhaltens durch die ärztlichen Bestätigungen ausreichend objektiviert wurde.

Dass die Beklagte dem Kläger vor dem Ausspruch der Entlassung noch eine Eigenkündigung nahelegte, nimmt ihr entgegen der Revision nicht das Entlassungsrecht. Mit seinen weiteren Ausführungen zur Verfristung der Entlassung ist der Kläger auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts zu verweisen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten:

Im Krankenstand eines Arbeitnehmers darf auch der Arbeitgeber grundsätzlich auf die Richtigkeit einer ärztlichen Diagnose vertrauen. Eine die Entlassung rechtfertigende beharrliche Pflichtverletzung liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber ein Verhalten des Arbeitnehmers nachweist, das nach dieser Diagnose geeignet war, den Heilungsverlauf zu gefährden, mag auch aufgrund einer später hervorgekommenen anderen Diagnose eine mögliche Unschädlichkeit des Verhaltens nicht ausgeschlossen sein.

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

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 28. Februar 2011
Dr. R o h r e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: