

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

06.12.1989

**Geschäftszahl**

9ObA301/89

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Franz Schrank und Franz Murmann als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Reinhard N\*\*\*, Angestellter, Bregenz, Vorkloster 39, vertreten durch Dr. Clement Achammer, Rechtsanwalt in Feldkirch, wider die beklagten Parteien I. M\*\*\* R\*\*\* I\*\*\* Dr. Peter

R\*\*\* Gesellschaft mbH & Co, Lauerach, Reitschulstraße 7,

2. M\*\*\* R\*\*\* I\*\*\* Gesellschaft mbH, ebendort,

beide vertreten durch Dr. Rolf Philipp, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen 430.470,59 S sA und Ausstellung eines Dienstzeugnisses (Revisionsstreitwert 301.779,96 S sA), infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Juni 1989, GZ 5 Ra 71/89-18, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch als Arbeits- und Sozialgericht vom 2. Februar 1989, GZ 35 Cga 83/88-11, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Beiden Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 681,12 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 113,52 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

**Text****Entscheidungsgründe:**

Der Kläger war vom 1.August 1979 bis 31.Dezember 1987 als Angestellter im Betrieb der erstbeklagten Partei, deren Komplementär die zweitbeklagte Partei ist, beschäftigt. Mit Schreiben vom 29.Juni 1987 kündigte die erstbeklagte Partei das Dienstverhältnis zum 31. Dezember 1987 auf und stellte den Kläger vom Dienst frei. Der Kläger bezog ein monatliches Bruttogehalt von 43.940 S zuzüglich eines Überstundenpauschales für 10 Überstunden pro Monat von 2.539,90 S zuzüglich 50 % Zuschlag von 1.270 S, sohin insgesamt ein Bruttogehalt von 47.749,90 S monatlich. Beim Eintritt des Klägers wurde vereinbart, daß für den Fall, daß der Kläger mehr als ein Jahr bei der erstbeklagten Partei tätig sei, sämtliche Vordienstzeiten angerechnet werden. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger 23 Dienstjahre aufzuweisen.

Der Kläger begehrt Zahlung eines Betrages von insgesamt 430.470,59 S sA und die Ausstellung eines Dienstzeugnisses. Neben anderen nicht mehr strittigen Beträgen macht der Kläger durch das Überstundenpauschale nicht abgegoltene Überstundenentgelte für 1986 von 97.349,20 S und für 1987 von 70.482,23 S geltend. Da die Berücksichtigung der Überstundenentgelte bei Bemessung der Sonderzahlungen vereinbart worden sei, gebührten dem Kläger für 1986 und 1987 an Sonderzahlungen weitere 16.224,87 S und 28.192,89 S. Bei Einbeziehung der in den Jahren 1986 und 1987 geleisteten Überstunden erhöhe sich das der Berechnung der Abfertigung zugrundegelegende Monatsentgelt um 13.334,42 S, sodaß sich für 12 Monate ein weiterer Abfertigungsanspruch von 160.013 S ergebe. Die Vereinbarung über die Überlassung eines Personalcomputers zur Abgeltung von Überstunden sei ungültig, weil die Erstbeklagte über das Gerät nicht Verfügungsberechtigt sei; darüber hinaus werde diese Vereinbarung wegen laesio enormis angefochten.

Die beklagten Parteien beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Die im Jahre 1986 geleisteten Überstunden seien durch Überlassung eines von der erstbeklagten Partei geleasteten Computers abgegolten worden. Die erstbeklagte Partei habe die Leasingraten zu zahlen. Dem Kläger stehe es frei, das Gerät nach Ablauf der Mietdauer um eine Zahlung in Höhe der letzten Leasingrate zu erwerben. Im übrigen sei der Kläger ab Juli 1986 der Verpflichtung zur Aufzeichnung der Überstunden nicht mehr nachgekommen und seien die geltend gemachten Überstundenentgelte verfallen. Es sei nicht vereinbart worden, die Überstunden bei Bemessung der Sonderzahlungen zu berücksichtigen. Die Abfertigung sei korrekt berechnet worden.

Das Erstgericht gab der Klage mit einem Betrag von 104.790,63 S brutto sA (darin das für 1987 geltend gemachte Überstundenentgelt) und 23.900 S netto sA statt und wies das Mehrbegehren auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses und auf Zahlung weiterer 301.779,96 S sA ab.

Zu den im Revisionsverfahren noch strittigen Zahlungsbegehren traf es folgende wesentliche Feststellungen:

Für den Zeitraum ab 1.Jänner 1986 vereinbarte der Kläger mit der erstbeklagten Partei die Abgeltung von 10 Überstunden monatlich mit einem Pauschale sowie die Berücksichtigung dieses Pauschales bei Bemessung der Sonderzahlungen. Dem Geschäftsführer der beklagten Parteien Mag. Helmut R\*\*\* war bekannt, daß der Kläger erheblich mehr als die pauschalierten Überstunden leisten werde und vereinbarte mit ihm, daß allfällige durch das Pauschale nicht abgegoltene Überstunden zu bezahlen oder anderweitig abzugelten seien. Darüber, ob auch diese Überstunden bei Bemessung der Sonderzahlungen zu berücksichtigen seien, wurde nicht gesprochen. Der Kläger legte ab etwa Mai 1986 keine Überstundenaufzeichnungen mehr vor; dies wurde von der Geschäftsleitung kommentarlos zur Kenntnis genommen. Im Jahre 1986 leistete der Kläger insgesamt 346 Überstunden und damit 226 Überstunden über die Pauschalierung hinaus. Im Frühjahr 1987 fragte Mag. Helmut R\*\*\* den Kläger, ob er die Überstunden nunmehr ausbezahlt erhalten wolle, worauf der Kläger entgegnete, er habe zwischenzeitig einen Personalcomputer zur Verfügung erhalten; damit seien die im Jahre 1986 geleisteten Überstunden abgegolten. Über dieses Gespräch wurde folgende, von Mag. Helmut R\*\*\* gezeichnete Aktennotiz verfaßt:

"Aktennotiz vom 22. April 1987

In Ergänzung zur Aktennotiz betreffend Dienstvertrag N\*\*\*

Reinhard vom 2.Dezember 1986 wird festgehalten:

Für die Erstellung der Unterlagen "Überdispositionen Saison 4 und 6", "Erstretourenvergleiche", Unterlagen für Finanzamtberufung und anderer Sonderleistungen, sowie zur weiteren PC-Ausbildung erhält Herr N\*\*\* Reinhard einen VRZ-AT-PC mit Drucker. Dies ist eine Abgeltung für die das Überstundenpauschale übersteigenden Überstunden. Weiters soll er dadurch in der Lage sein, diesbezügliche Arbeiten zu Hause, insbesondere auch an Wochenenden durchführen zu können.

Es ist Herrn N\*\*\* ausdrücklich gestattet, den PC auch für den privaten Bereich zu benutzen.

Diese Benutzungsbewilligung erstreckt sich auf die Dauer des Leasingvertrages und Herr N\*\*\* kann durch Bezahlung einer Monatsmiete nach Abschluß des Leasingvertrages die gesamte Anlage erwerben."

Bezüglich der Überstundenleistungen 1987 brachte Mag. Helmut R\*\*\* zum Ausdruck, daß diese auf andere Weise bezahlt werden. Der Personalcomputer wurde von der beklagten Partei mit Leasingvertrag vom 30.April 1987 geleast und zwar zu einer monatlichen Miete von 2.662 S inklusive 20 % Umsatzsteuer. § 6 dieses Leasingvertrages lautet:

"Der Vermieter ist Eigentümer der Mietsache, der Mieter der nutzungsberechtigte Inhaber. Der Mieter darf den Mietgegenstand nicht veräußern, verpfänden, mit Rechten Dritter belasten oder Dritten überlassen, insbesondere ihn nicht weitervermieten. Der Mieter muß den Mietgegenstand vom Zugriff Dritter freihalten und dem Vermieter Vollstreckungsmaßnahmen, insbesondere Pfändung und Ansprüche aus angeblichen Vermieterpfandrechten, die Einleitung eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Ausgleichsverfahrens sowie eines Konkursverfahrens sofort anzeigen und schriftlich bestätigen."

Im Jahre 1987 leistete der Kläger insgesamt 8 Überstunden im Verhältnis 1 : 1, 149,5 Überstunden im Verhältnis 1 : 1,5 und 111 Überstunden im Verhältnis 1 : 2. Daß der Kläger darüber hinaus noch 80 Überstunden (PC) im Jahre 1987 geleistet hätte, wurde nicht erwiesen.

Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses wurde vom Kläger die Rückstellung des Personalcomputers verweigert. Im Zuge des Verfahrens erklärte die erstbeklagte Partei, sie werde die Miete bis zur Beendigung des Leasingvertrages zahlen. Sodann könne der Kläger gegen eine Zahlung in Höhe der letzten Rate das Eigentum an dem Gerät erwerben.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß die Überstunden für das Jahr 1986 durch die Überlassung des Personalcomputers abgegolten worden seien. Die Überstunden für das Jahr 1987 seien nicht verfallen, weil die erstbeklagte Partei ihrer Aufzeichnungspflicht nicht nachgekommen sei, obwohl ihr bekannt gewesen sei, daß der Kläger enorme, durch das Pauschale nicht abgegoltene Überstundenleistungen erbringe. Nach Anrechnung des Überstundenpauschales sei der vom Kläger geltend gemachte Betrag von 70.482,23 S brutto an weiterem Überstundenentgelt jedenfalls berechtigt. Die Abfertigung sei lediglich nach dem für den letzten Monat gebührenden Entgelt zu berechnen; dem hätten die beklagten Parteien durch Einbeziehung des

Überstundenpauschales Rechnung getragen. Auch bei Berechnung der Sonderzahlungen sei entsprechend der getroffenen Vereinbarung nur das Überstundenpauschale zu berücksichtigen gewesen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers teilweise Folge, bestätigte das Ersturteil hinsichtlich der Abweisung eines Begehrens von 160.815,15 S sA und änderte es im übrigen dahin ab, daß es dem Kläger einen weiteren Betrag von 140.964,46 S brutto sA zuerkannte.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes und vertrat die Rechtsauffassung, daß die Vereinbarung über die Überlassung des Personalcomputers zur Abgeltung der Überstunden durch allenfalls damit in Widerspruch stehende Verpflichtungen der erstbeklagten Partei aus dem Leasingvertrag nicht berührt werde. Mit dem wirtschaftlichen Vorteil aus der Überlassung des Gerätes sei der dem Kläger für im Jahre 1986 geleistete Überstunden zustehende Entgeltanspruch voll abgegolten worden, insbesondere wenn man berücksichtige, daß es sich um einen Bruttolohnanspruch handle. Mangels Vereinbarung seien die durch das Pauschale nicht abgegoltenen Überstunden nicht bei Bemessung der Sonderzahlungen zu berücksichtigen. Hingegen seien die bis zur Dienstfreistellung regelmäßig geleisteten Überstunden in die Bemessungsgrundlage für die Abfertigung einzubeziehen. Lege man daher die in der ersten Hälfte des Jahres 1987 geleisteten, mit dem Pauschale nicht abgegoltenen Überstunden zugrunde, ergebe sich ein monatlicher Durchschnittswert von 11.747,04 S, der in die Bemessungsgrundlage für die Abfertigung zusätzlich einzubeziehen sei. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen beider Parteien aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Der Kläger beantragt Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne des vollen Klagebegehrens; die beklagten Parteien beantragen Abänderung im Sinne einer Wiederherstellung des Ersturteils. Hilfsweise wird von beiden Parteien ein Aufhebungsantrag gestellt. Beide Parteien beantragen, jeweils der Revision der Gegenseite nicht Folge zu geben.

## **Rechtliche Beurteilung**

Beide Revisionen sind nicht berechtigt.

### **1. Zur Revision des Klägers:**

Die erstbeklagte Partei hat ihre Verpflichtung, dem Kläger während der Dauer des Leasingvertrages die Benützung des Personalcomputers samt Drucker zu verschaffen, bisher erfüllt. Die Frage, ob die Überlassung der gemieteten Geräte an den Kläger den von der erstbeklagten Partei mit dem Leasinggeber geschlossenen Vereinbarungen entspricht, berührt die Gültigkeit der mit dem Kläger getroffenen Abmachungen nicht, weil die vertragliche Bindung aus dem Leasingvertrag der erstbeklagten Partei die Erfüllung ihrer gegenüber dem Kläger übernommenen Verpflichtung nicht geradezu unmöglich (§ 878 ABGB) macht. Es muß der erstbeklagten Partei überlassen bleiben, wie sie trotz dieser Bindung - etwa durch Vereinbarung einer entsprechenden Änderung des Leasingvertrages - ihre Verpflichtung mit dem Kläger erfüllt. Dem Einwand des Klägers, der Abgeltungsvertrag sei unwirksam, weil der Wert des Gerätes nicht den Wert der mit dem Pauschale nicht abgegoltenen Überstunden erreiche, hat das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, daß bei Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils des Klägers aus der Vereinbarung nicht auf den Wert des Gerätes nach Ablauf der Mietdauer, sondern auf den gesamten verschafften Nutzen abzustellen ist, der auch die Gebrauchsüberlassung während der Dauer des Leasingvertrages und die Verwendung des Gerätes auch für den privaten Gebrauch inkludiert. Der Kläger hat seinen im Verfahren erster Instanz erhobenen Einwand der Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes nicht durch ein entsprechendes Sachvorbringen über den Wert der Gegenleistung konkretisiert. Da die Belastung der erstbeklagten Partei aus dem für 60 Monate unkündbar abgeschlossenen Leasingvertrag bei einer monatlichen Miete von 2.218,33 S netto (ohne Umsatzsteuer) insgesamt 133.099,80 S beträgt, kann auch nicht von vornherein davon ausgegangen werden, daß die von der erstbeklagten Partei zu erbringende Gegenleistung - nach Abzug der Finanzierungskosten - einen geringeren Barwert hätte als das damit abgeglichene Entgelt für Überstunden im Betrag von 97.349,20 S. Ein Anspruch auf Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuß besteht nur dann, wenn er einzel- oder kollektivvertraglich festgelegt wurde (siehe Martinek-Schwarz, AngG6 324). Weihnachtsremuneration und Urlaubsbeihilfe gebühren nach der Gehaltsordnung zum hier anzuwendenden Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs in Höhe von 100 % des Novembergehaltes bzw. des im Zeitpunkt des Urlaubsantrittes zustehenden Monatsbruttogehaltes. Gehalt im Sinne dieser Gehaltsordnung ist - wie sich auch aus den weiteren dort getroffenen Regelungen ergibt - das für die Arbeitsleistung während der Normalarbeitszeit monatlich in gleichbleibender Höhe zu leistende Entgelt (vgl. IndS 1980/1216; Martinek-Schwarz aaO 326; Meches-Schön, Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs mit Stand 1.1.1987, 100). Überstundenentgelte sind daher in die Bemessungsgrundlage nur insoweit einzubeziehen, als dies einzelvertraglich vereinbart wurde. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß daraus, daß die Parteien die Einbeziehung des monatlich in gleichbleibender Höhe zu leistenden Überstundenpauschales in die Sonderzahlungen vereinbart haben, nicht die Absicht erschlossen werden kann, auch noch das Entgelt für die unregelmäßig geleisteten zusätzlichen Überstunden in gleicher Weise zu berücksichtigen.

Zu Recht hat das Berufungsgericht schließlich der Berechnung der Abfertigung das Entgelt für die erste Hälfte des Jahres 1987 zugrundegelegt. Nach § 23 Abs.1 AngG ist Bemessungsgrundlage für die Abfertigung das dem Angestellten für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührende Entgelt; nur wenn Entgeltteile zwar

regelmäßig, aber in wechselnder Höhe anfallen, ist der Durchschnittsverdienst des letzten Jahres zu berücksichtigen (Martinek-Schwarz aaO 455). Der im Verfahren erster Instanz qualifizierte vertretene Kläger hat weder ausdrücklich behauptet, daß jeweils im zweiten Halbjahr mehr Überstunden geleistet worden seien als in der ersten Jahreshälfte, noch läßt sich derartiges aus den von ihm für 1986 und 1987 begehrten Entgeltansprüchen für zusätzlich geleistete Überstunden entnehmen. Der Kläger hat für 1986 einen Anspruch für durch das Pauschale nicht abgegoltene Überstunden von 97.349,20 S, für das Jahr 1987 einen solchen von 70.482,23 S geltend gemacht. Da der Kläger während der zweiten Hälfte des Jahres 1987 dienstfrei gestellt worden war, ergibt sich aus diesen Zahlen eher ein im Vergleich zum Gesamtjahr 1986 besonders hoher Einsatz während der ersten Hälfte des Jahres 1987. Soweit der Kläger rügt, 80 PC-Überstunden seien unberücksichtigt geblieben, ist ihm zu erwidern, daß nach den für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen der Vorinstanzen die Leistung dieser Überstunden nicht erwiesen wurde. Das Berufungsgericht hat daher der Berechnung der Abfertigung den sich für das erste Halbjahr 1987 ergebenden Monatsdurchschnittswert an durch das Pauschale nicht abgegoltenen Überstundenentgelten von 11.747,04 S mit Recht zugrundegelegt.

## 2. Zur Revision der beklagten Parteien:

Zutreffend ist das Berufungsgericht bei der Bemessung der Abfertigung nicht vom letzten Monatsbezug ausgegangen, weil der Kläger während des zweiten Halbjahres 1987 dienstfrei gestellt war. Diese Zeiten, in denen der Kläger gehindert war, das zuvor regelmäßig bezogene Entgelt in voller Höhe zu verdienen, sind bei Berechnung der Abfertigung ebensowenig zu berücksichtigen wie Zeiten, in denen der Arbeitnehmer etwa infolge Krankheit nur einen Teil des Entgeltes bezog (vgl. Martinek-Schwarz aaO 455; WBl. 1988, 438 sowie ZAS 1988/13 ÄAndexlinger/SpitzlÜ).

Beiden Revisionen war daher ein Erfolg zu versagen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 43 Abs. 1 und 50 ZPO.