

RECHT & RFG FINANZEN FÜR GEMEINDEN

Herausgeber **Robert Hink, Alois Steinbichler**
Schriftleitung und Redaktion **Markus Achatz, Peter Pilz**
Redaktion **Alexander Enzinger, Christoph Grabenwarter, Raimund Heiss,
Ferdinand Kerschner, Wolfgang Meister, Alfred Riedl**

02
Juni 2011

49 – 96

Schwerpunkt

Freiwilligentätigkeit

Katastrophenhilfsdienst vs Arbeitsvertrag *Florian Burger* ➔ 52

Die Besteuerung von Vereinen – ein kurzer Überblick
Ernst Reisner und Wolfgang Eibisberger ➔ 56

Übersicht

Steuer-Radar ➔ 61

Beiträge

Direkte Demokratie in der Gemeinde

Anna Gamper ➔ 66

Rechnungshofkontrolle der Gemeinden

Katharina Pabel ➔ 76

Aktuelle Judikatur der Höchstgerichte *Otto Taucher* ➔ 62

Beeinflussung der Wahlwerbung *Daniela Urban* ➔ 72

Verfahrenshandlungen von Gemeindeorganen im Widerstreit
mit dem Organisationsrecht *Mathis Fister* ➔ 79

Akademisierung der Pflege und das fehlende Gesamtkonzept
Gerd Hartinger ➔ 86

Rechnungslegung für Gemeinden in der Schweiz –
Vorbild für Österreich? (Teil 1)
Magdalena Kuntner und Barbara Schallmeiner ➔ 92

Katastrophenhilfsdienst versus Arbeitsvertrag

Zur Störung des Arbeitsvertrags durch Freiwilligenarbeit

RFG 2011/13

§ 8 Abs 3 AngG;
§ 1154 b Abs 5, 6
ABGB

Feuerwehr;
Freiwilligendienst;
Entgeltfortzahlung;
wichtiger
Verhinderungsgrund

Ein Haus brennt, das Notzeichen wird abgesetzt, die Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr springen von ihren Arbeitsplätzen auf – soeben noch am Schreibtisch oder an der Werkbank, jetzt im brandlöschenden Einsatz für die Allgemeinheit. Während sie unter dem Applaus der Schaulustigen Leben retten, blicken ihre Arbeitgeber auf leere Bürosessel und liegengeliebenes Werkzeug.

Von Florian Burger

A. Ausgangslage

Bei Verkehrsunfällen, Brandkatastrophen, Lawinenabgängen, Überschwemmungen, Hagelstürmen und vielen anderen Katastrophenereignissen sind sie für Maßnahmen zum Schutz von Leben, Gesundheit und Umwelt unverzichtbar: Freiwillige. Für Katastrophenhilfs- und Rettungsdienste sind in Österreich mehr als 413.000 Personen mit durchschnittlich 3,8 Stunden pro Woche engagiert; davon sind 71,1% erwerbstätig.¹⁾ Unzweifelhaft leisten sie einen wichtigen Beitrag zum Wohl des Gemeinwesens, an dem jede Gemeinde interessiert ist.

Arbeitnehmer (AN) befinden sich wegen ihres Arbeitsvertrags jedoch in einem Spannungsfeld zu ihrem Freiwilligenengagement: Nicht selten wird ihr Einsatz während ihrer Arbeitszeit gefordert. Zwar hat der Arbeitgeber (AG) als Teil des Gemeinwesens auch Interesse an einem funktionierenden Katastrophenschutz, doch wird er durch den Ausfall seiner Arbeitskraft stärker belastet als andere. Muss die Allgemeinheit auf den unselbständig beschäftigten Freiwilligen verzichten oder der AG diesen Abgang dulden? Und wird der AG durch Übernahme einer Entgeltfortzahlungspflicht (EFZ-Pflicht) zum besonderen finanziellen Träger des Gemeinwesens?

B. Entgeltfortzahlungsanspruch?

Kann ein Schuldner eine vertragliche Leistung entgegen seinem Versprechen nicht erbringen, verliert er seinerseits seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Dieser Grundsatz des *do-ut-des* im bürgerlichen Recht spiegelt sich auch im Arbeitsrecht wider, dort als prägnante Regel „Ohne Arbeit kein Lohn“: Auch wenn unentgeltliche Arbeitsverträge nicht ausgeschlossen sind, ist das Arbeitsentgelt synallagmatisch mit der Arbeitsleistung verknüpft. Erbringt der AN daher keine Arbeitsleistung, ist ihm der AG auch kein Entgelt schuldig.

Freilich erfährt das Arbeitsrecht einige Ausnahmen von diesem Grundsatz und belässt zum Schutz des AN ihm den Anspruch auf Entgelt, auch wenn er keine Arbeitsleistung erbringt. Die Übernahme dieses Kostenrisikos wird auch als Ausdruck der Fürsorgepflicht des AG verstanden.²⁾ Der Ausnahmecharakter verlangt aber eine entsprechende normative Regelung, etwa in Form

einer Gesetzesbestimmung, eines Kollektivvertrages, einer anderen kollektiven Rechtsquelle oder einer vertraglichen Vereinbarung. Ist daher im Arbeitsvertrag eine Fortzahlungsverpflichtung während der Teilnahme an Katastropheneinsätzen vereinbart, besteht auch ein Rechtsanspruch auf Auszahlung des Entgelts.

Ausdrückliche kollektivvertragliche Regelungen finden sich nur außerhalb des privatwirtschaftlichen Sektors. So gewähren bspw § 14 Abs 2 Z 8 KollV für die Dienstnehmer der Bundesanstalt Statistik Österreich und § 18 Z 2 Allgemeine Vertragsbedingungen für Dienstverträge bei den ÖBB eine EFZ für die Dauer des jeweiligen Einsatzes, während P 33.1 KollV der Diözese Graz-Seckau dies nur bis zu drei Arbeitstage pro Arbeitsjahr vorsieht; § 12 Abs 3 KollV Buchhaltungsagentur des Bundes überlässt hingegen die Entscheidung zur EFZ dem Einzelfall.

Für den Großteil der AN sind daher insb die **gesetzlichen EFZ-Pflichten des § 1154 b Abs 5 ABGB für Arbeiter und § 8 Abs 3 AngG für Angestellte** ins Auge zu fassen. Beide Bestimmungen, die seit dem ARÄG 2000³⁾ zur Heranführung der Arbeitergruppe an die Angestelltengruppe den nahezu identischen Wortlaut besitzen,⁴⁾ geben dem AN einen Anspruch auf Fortzahlung seines Entgelts, „wenn er durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit“ an seiner Arbeitsleistung verhindert wird.

Wichtige Gründe sind dabei nicht nur unmittelbar auf den AN einwirkende Ereignisse wie etwa Verkehrsstörungen,⁵⁾ die ihn an der Erbringung seiner Arbeitsleistungen zwingend hindern. Anerkannt sind auch aus Recht, Sitte oder Herkommen ergebende „Pflichten“ des AN, bei denen die vertragliche Pflicht zur Arbeitsleistung zurückzustellen ist.⁶⁾ Dabei ist das Interesse des AN auf bezahlte Freistellung mit dem Interesse

1) Statistik Austria, Struktur und Volumen der Freiwilligenarbeit in Österreich (2008).

2) Vgl Grünberg, Das österreichische Angestelltenrecht (1926) 97; Krejci in Rummel, ABGB I⁹ (2000) § 1154 b Rz 1.

3) BGBl I 2000/44.

4) Drs, Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht. Das Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000, RdW 2000/453, 479 (480).

5) Vgl etwa Burger, Entgeltfortzahlung bei Luftraumsperrern, ZAS 2010/48, 293.

6) StRsp zB OGH 22. 2. 1966, 4 Ob 12/66 Arb 8194 = öRdA 1966, 131; 14. 2. 1967, 4 Ob 9/67 Arb 8350 = ARD 1958/6/67 = öRdA 1968, 31 (Lechner) = EvBl 1968/73, 133.

des AG an der Arbeitsleistung abzuwägen; eine höherwertige Pflicht rechtfertigt im Einzelfall das Fernbleiben vom Dienst.⁷⁾ Mit der Wichtigkeit des Dienstverhinderungsgrunds Hand in Hand geht auch das zweite Tatbestandsmerkmal des Verschuldens. Das Verschulden ist dabei „kein echtes Verschulden“⁸⁾ und „nicht im technischen Sinn zu verstehen“⁹⁾ sondern als eine Obliegenheitsverletzung zu begreifen.¹⁰⁾ Dem AN wird bei der Verhinderung seiner Arbeitsleistung der Vorwurf gemacht, zumutbare Vorsorgemaßnahmen nicht getroffen zu haben.¹¹⁾ Diese Vorsorgemaßnahmen gehen in zwei Richtungen:

- Zum einen darf der Dienstverhinderungsgrund nicht durch ein dem AN vorwerfbares Verhalten verursacht worden sein,
- zum anderen hat er wichtige Termine in erster Linie in seiner Freizeit wahrzunehmen.

Den Maßstab bildet für beide Richtungen die Zumutbarkeit. Ist zB regelmäßig jeden Morgen ein Verkehrsstau zu erwarten, hat der AN als zumutbare Vorsorgemaßnahme seinen Arbeitsweg entsprechend früher anzutreten. Gerät der AN jedoch in einen unerwarteten Verkehrsstau, der etwa wegen eines Unfalls entstanden ist, kann ihm die Unterlassung des früheren Fahrtantritts nicht vorgeworfen werden. Zumutbar ist der frühere Fahrtantritt aber wieder dann, wenn im Wetterbericht des Vortags ein Schneetreiben angekündigt wird, das Verkehrsstörungen erwarten lässt.¹²⁾ Nicht nur die Vorhersehbarkeit des Verhinderungsgrundes beeinflusst die Zumutbarkeit, sondern auch die Wichtigkeit des Grundes selbst. Bspw ist die Eheschließung des AN eine nicht nur vorhersehbare, sondern sogar von ihm freiwillig verursachte Störung des Arbeitsalltags, jedoch für ihn ein derart wichtiges soziales Ereignis, das jedenfalls einen Anspruch auf bezahlte Freizeit begründet.¹³⁾ Eine aufschiebbare ärztliche Gesundheitsuntersuchung¹⁴⁾ oder die nicht berufsbedingte Jagdprüfung¹⁵⁾ hat der AN hingegen soweit möglich außerhalb seiner Arbeitszeit zu terminieren – beide erreichen nicht den Wichtigkeitsgrad einer Eheschließung.

In diesem Spannungsfeld zwischen Vorhersehbarkeit und Wichtigkeit bewegt sich auch der Anspruch des AN auf EFZ, wenn er wegen eines Einsatzes im Rahmen des Katastrophenhilfs- oder Rettungsdienstes seinem Arbeitsplatz fernbleibt: Ein ausreichend wichtiger Grund wird immer dann bejaht, wenn der AN durch die Rechtsordnung zur **Hilfeleistung verpflichtet** ist, wie es zB § 95 StGB gebietet. Gleiches gilt für Personen, die auf behördliche Anordnung hin zur Hilfeleistung verpflichtet wurden.¹⁶⁾ Wichtig genug ist der Dienstverhinderungsgrund auch dann, wenn der AN außerhalb einer Freiwilligenorganisation, sondern spontan als Helfer tätig wird, etwa weil er selbst oder ein naher Angehöriger Opfer der Katastrophe wurde. Ein Anspruch auf EFZ besteht jedoch nur soweit die Dauer der Hilfeleistung die „*verhältnismäßig kurze Zeit*“ nicht überschreitet. Das konkrete Ausmaß dieses Tatbestandsmerkmals ist zwar strittig, doch wird die Hilfeleistung typischerweise über diese kurze Zeit nicht hinausgehen, wird sie doch überwiegend mit einer Woche angegeben, in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen auch länger.¹⁷⁾

Hinzuweisen bleibt hier aber auf zwei Umstände: Während Angestellten dieser gesetzliche Anspruch des § 8 Abs 3 AngG nicht genommen werden kann, können Kollektivverträge für Arbeiter gem § 1154b Abs 6 ABGB die wichtigen Gründe zu deren Lasten einschränken. Sollte der einschlägige Kollektivvertrag daher eine taxative Aufzählung dieser Gründe kennen, Katastrophenfälle aber nicht erwähnen, verlieren Arbeiter ihren gesetzlichen Anspruch auf EFZ. Und zweitens besteht noch eine Besonderheit bei flächendeckenden Katastrophen, die nicht nur den AN, sondern auch seinen AG treffen, denn in solchen Fällen der sog „*neutralen Sphäre*“ sinkt der EFZ-Anspruch des AN auf Null, weil der AG in diesen Situationen ausgedehnter höherer Gewalt seinerseits wegen Nichtanwendbarkeit des § 1155 ABGB zu keiner Entgeltzahlung mehr verpflichtet ist.¹⁸⁾

In den Fällen der **Hilfeleistung im Rahmen von Freiwilligenorganisationen** führt eine Rechtsgüterabwägung der kollidierenden Pflichten zu unterschiedlichen Ansichten. Eine auf *Holzer*¹⁹⁾ zurückgehende Lehrmeinung bejaht einen EFZ-Anspruch.²⁰⁾ *Holzer* begründet dies nicht nur mit der Pflicht aktiver Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr, sich bei jedem Alarm unverzüglich zur Dienstleistung einzufinden, sondern auch mit § 24 Abs 2 Ktn Landesfeuerwehrgesetz 1949, wonach Angehörigen der Feuerwehren, die als Angestellte oder Arbeiter beschäftigt sind, „aus Anlaß der Feuerwehrdienstleistung während der Arbeitszeit gegenüber ihren Arbeitskollegen keinerlei Benachteiligung in ihrem Dienstverhältnis erfahren“ dürfen. Diese wohl wegen Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG – Arbeitsrecht ist in Gesetzgebung Bundessache – verfassungswidrige Bestim-

7) Vgl dazu statt vieler *Drs*, Sonstige Dienstverhinderungsgründe, in *Resch* (Hrsg), Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (2004) 39 (42 f).

8) *Krejci* in *Rummel* § 1154 b Rz 44.

9) *Dusak*, Hat der Organspender einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung? RdW 1988, 48 (49).

10) So *Heinz-Ofner*, Andere wichtige Dienstverhinderungsgründe des Arbeitnehmers, öRdA 2008, 114 (123); *Krejci* in *Rummel* § 1154 b Rz 44.

11) Vgl *Laminger*, Sonstige Dienstverhinderungen von A-Z (2003) 37. Auch *Dusak*, RdW 1988, 48 (49), stellt auf „die zumutbare Sorgfalt“ ab.

12) *Laminger*, Dienstverhinderungen 25; AG Wien 22. 10. 1952, 4 Cr 1152/52 ARD 551/12/53.

13) Vgl statt vieler *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg* (Hrsg), AngG I⁸ (2007) § 8 Rz 200.

14) *Blauensteiner/Kraft/Sablatnig/Tuma*, Handbuch der Entgeltfortzahlung² (2001) Rz 460; *Laminger*, Dienstverhinderungen 8; *Petrovic*, Entgeltfortzahlung bei Arztbesuch, RdW 1984, 281; *Trattner*, Arztbesuch und Dienstzeit, ASoK 2005, 6.

15) OGH 12. 10. 1988, 9 ObA 227/88 ARD 4037/14/88 = öRdA 1989, 423 = infas 1989, A 117 = RdW 1989, 139.

16) Praktisch alle landesgesetzlichen Katastrophenhilfegesetze kennen eine Verpflichtung, bei Bedarf erforderliche Hilfsmaßnahmen auf Anordnung der Behörde zu leisten.

17) Vgl *Burger*, ZAS 2010/48, 293 (295 FN 33).

18) Vgl bspw *Gerhartl*, Entgeltfortzahlung: Probleme der neutralen Sphäre, öRdA 2007, 19; *Naderhirn*, Gedanken zur Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei höherer Gewalt, öRdA 2005, 17.

19) *Holzer*, Die Dienstverhinderung aus anderen wichtigen die Person des Dienstnehmers betreffenden Gründen, öRdA 1970, 107 (117); *ders* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG-Kommentar (Austauschheft 2008) § 8 AngG Rz 51.

20) *Mazal/Engelbrecht*, Der Angestelltendienstvertrag² (1999) 50 FN 150; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 8 Rz 204 (ebenfalls mit dem Argument des Benachteiligungsverbots für Mitglieder Freiwilliger Feuerwehren); *Pfeil* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB V⁸ (2006) § 1154 b Rz 12.

mung wurde jedoch mit Ktn LGBL 1971/1 Z 25 vor 40 Jahren aus dem Rechtsbestand entfernt.

ME begründet der Einsatzfall zwar für sich die moralisch höherwertige Pflicht, welche die Pflicht zur Arbeitsleistung in den Hintergrund treten lässt, weil vorrangig das Gemeinwohl und nicht der AN von seinen altruistischen Hilfsdiensten profitiert. Doch kommen diese Einsatzfälle – anders als die spontane Hilfeleistung – regelmäßig vor, weshalb dem AN Vorsorgemaßnahmen zumutbar sind, indem er sich etwa während seiner Arbeitszeit für diese freiwilligen Hilfsdienste nicht zur Verfügung stellt. Oder anders gewendet: Dass der AN wegen der Hilfeleistung seine Arbeit nicht erbringen kann, wird von ihm selbst „verschuldet“. Dementsprechend gebührt ihm gesetzlich kein Anspruch auf EFZ, wenn er seinen Arbeitsplatz verlässt.²¹⁾ Wenn gleich der OGH einmal die Dienstleistung in einer Freiwilligen Feuerwehr unter Bezugnahme auf *Holzer* der öffentlich-rechtlichen Zeugnispflicht gleichstellte,²²⁾ fehlt eine klärende höchstgerichtliche Rsp.

C. Urlaubsanspruch und Verdienstentgang?

Freilich stellt der Ausfall seines Einkommens den hilfeleistenden AN finanziell nicht zufrieden. Sein Gehalt/Lohn ist ihm aber im Falle eines Urlaubsverbrauches weiterzuzahlen. Eine sofortige **Vereinbarung eines Urlaubs** mit seinem AG für die Zeit seines Einsatzes ist mE zulässig. § 4 Abs 2 UrlG sieht vor, dass für Zeiträume, während deren der AN „sonst Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung hat“, kein Urlaub gültig vereinbart werden kann. Zweck dieser Bestimmung ist jedoch sicherzustellen, dass der AG für jene Zeiträume, für die er unter Entfall der Arbeitsleistung zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet ist, den AN nicht in einen Urlaub drängt, damit sich – sozusagen als einziger Vorteil des AG – wenigstens der Urlaubsanspruch des AN reduziert. § 4 Abs 2 UrlG gilt aber gerade nicht für entgeltlose Dienstverhinderungen, erhält der AN doch auch den Vorteil des Urlaubsentgelts. Zwar kann ein berechtigter Dienstverhinderungsgrund mit dem Erholungszweck des Urlaubs vereinbar sein mit der Folge, dass für solche Zeiten ebenfalls kein Urlaubsantritt gültig vereinbart werden kann,²³⁾ doch ist im Einsatzfall der Katastrophenhilfe- oder Rettungsdienst freiwillig – und nicht jede anstrengende Tätigkeit während eines Urlaubs schließt den Erholungszweck aus.²⁴⁾

Fraglich ist, ob der AN auch **einseitig einen Urlaub antreten** kann, wenn er zu einem Einsatz gerufen wird, um dann unter Belastung seines Urlaubskontos einen Entgeltanspruch zu besitzen. Für das Urlaubsrecht ist elementar, dass der Urlaubsverbrauch zwischen AN und AG vereinbart werden muss. Von diesem Vereinbarungsprinzip kann der AG gar nicht,²⁵⁾ der AN nur in den Ausnahmefällen der § 4 Abs 4 und § 16 Abs 3 UrlG abweichen – der hier interessierende Einsatzfall unterliegt keinem dieser Tatbestände. Bejaht wird aber daneben auch die Möglichkeit zum einseitigen Urlaubsantritt aus einer unwiderleglichen Interessenabwägung zu Gunsten des AN.²⁶⁾ § 16 Abs 3 UrlG ist eigentlich ein solcher Fall: Besteht der wichtige Dienstverhinderungsgrund in der notwendigen Pflege eines im ge-

meinsam Haushalt lebenden erkrankten Kindes, ist aber der Anspruch auf Pflegefreistellung bereits verbraucht, ist der AN zum einseitigen Urlaubsantritt ermächtigt. Damit stellt § 16 Abs 3 UrlG lediglich klar, was vor dessen Einführung die Rsp bereits dem AN zubilligte.²⁷⁾ Versagt man § 16 UrlG die Derogationswirkung,²⁸⁾ ist der AN auch im Falle des wichtigen Dienstverhinderungsgrundes des Notfalleinsatzes im Dienste des Gemeinwohls zum einseitigen Urlaubsantritt berechtigt.

Auf bundesgesetzlicher Ebene, etwa im Rahmen des Katastrophenfondsgesetzes 1997, besteht für AN, die im Rahmen ihres Engagements bei Freiwilligen Feuerwehren und anderen Katastrophenhilfsorganisationen einen Verdienstentgang erleiden, kein **Anspruch auf Entschädigung**.²⁹⁾ Es kennen aber alle landesgesetzlichen Feuerwehrgesetze, zum Teil auch Katastrophenhilfegesetze, Rettungsgesetze sowie Waldbrandbekämpfungsgesetze, einen Entschädigungsanspruch für den erlittenen Verdienstentgang, den der AN erleidet, wenn er keinen EFZ-Anspruch besitzt und auch keinen Urlaub verbraucht, wozu er auch nicht verpflichtet ist. Sollte jedoch der AG an eine EFZ-Pflicht gebunden sein, so muss er allein diese Last tragen. Lediglich § 9 Abs 1 OÖ Katastrophenschutzgesetz iVm der dazu erlassenen Verordnung, LGBL 2007/117, kennt einen Kostenersatz an den AG im Ausmaß von mehr als 50% für jene AN, die mehr als drei Tage im Rahmen der Abwehr und Bekämpfung einer Katastrophe eingesetzt waren.³⁰⁾

D. Entlassungsgrund?

Wenn der AN gegen den Willen des AG seinen Arbeitsplatz verlässt, weil er im Rahmen seines Engagements zum Freiwilligendienst während seiner Arbeitszeit zu einem Einsatz gerufen wird, bleibt fraglich, ob er den Ausfall seiner Arbeitskraft überhaupt dulden muss. Immerhin erkennt für Angestellte § 27 Z 4 Fall 1 AngG

21) Ebenso BMAGS 3. 8. 1999, 10.001/340 – 4/99 ARD 5053/5/99, und dies wiederholend *Blauensteiner/Kraft/Sablatnig/Tuma*, Entgeltfortzahlung² Rz 487. Weiters *Lamingner*, Dienstverhinderungen 15 f; *Lindmayr*, ABC der Dienstverhinderungsgründe (2006) Rz 301; *Rauch*, Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Dienstverhinderung durch Schneechaos? ASoK 1999, 114 (117); *ders*, Hochwasser und Arbeitsrecht, ASoK 2002, 379 (380); unsicher *Ettmayer*, Die Risikoverteilung bei Verhinderung aus persönlichen Gründen, öRdA 2007, 193 (199). Offenlassend *Drs in Resch* 39 (50); *dies in Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 8 AngG Rz 145; *Heinz-Ofner*, öRdA 2008, 114 (119). Vgl zur ähnlichen Problematik des AN als Bürgermeisteramt, RFG 2006/27, 104.

22) OGH 12. 10. 1988, 9 ObA 227/88 ARD 4037/14/88 = öRdA 1989, 423 = infas 1989, A 117 = RdW 1989, 139.

23) So *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ (2011) § 4 Erl 10.

24) *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 5 Erl 9 mit Verweis auf Berg-, Ski- oder Schwimmlehrer.

25) Deshalb kann der AG als Ausgleich des Arbeitskräfteausfalls den AN jedenfalls nicht gegen seinen Willen „auf Urlaub schicken“.

26) *Schrank*, Einseitige Urlaubsgestaltung in besonderen Ausnahmefällen? ZAS 2004/2, 4 (7).

27) *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 16 Erl 29.

28) So *Löschnigg*, Der erweiterte Pflegefreistellungsanspruch nach § 16 UrlG, wbl 1993, 74 (78); ebenso zu anderen geeigneten Fällen eines Pflegebedarfs *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (Lfg Juli 2010) 355.

29) BMAGS 3. 8. 1999, 10.001/340 – 4/99 ARD 5053/5/99.

30) Ähnliches kannte schon § 24 Abs 2 Ktn Landesfeuerwehrgesetz 1949, doch wurde dieser Rückersatz mit Ktn LGBL 1971/1 Z 25 ebenfalls aufgehoben.

und für Arbeiter § 82 lit f GewO 1859³¹⁾ das **Unterlassen der vereinbarten Dienstleistung ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit** als Entlassungsgrund an; der AG braucht pflichtwidrige, erhebliche und schuldhaft Dienstversäumnisse nicht zu dulden.³²⁾ Ein Rechtfertigungsgrund vermag aber die an sich vorhandene Pflichtwidrigkeit im Verhalten des AN auszuschließen. Neben der Einwilligung des AG und dem pflichtwidrigen Verhalten des AG ist auch die Unzumutbarkeit eines vertragsgemäßen Verhaltens aus besonderen Gründen als Rechtfertigungsgrund anerkannt.³³⁾ Insb stellen hier all jene Fälle einen Rechtfertigungsgrund dar, die auch in eine EFZ-Pflicht münden; es wäre ja ein unauflösbarer Wertungswiderspruch, wenn der AG zwar zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet ist, gleichzeitig aber zur Entlassung berechtigt wäre. Allerdings darf im umgekehrten Fall nicht automatisch vom Fehlen einer EFZ-Pflicht auf einen berechtigten Entlassungsgrund geschlossen werden.³⁴⁾ Sollte etwa ein EFZ-Anspruch deshalb nicht bestehen, weil der Dienstverhinderungsgrund die „*verhältnismäßig kurze Zeit*“ überschreitet, bleibt das an sich pflichtwidrige Verhalten des AN gerechtfertigt.³⁵⁾ Aber wegen des „Eigenverschuldens“ des AN, das bereits auch für verhältnismäßig kurze Zeiten der Dienstabwesenheit den EFZ-Anspruch ausschließt, ist mE das pflichtwidrige Verhalten des AN nicht zu rechtfertigen.

Die berechtigte Entlassung könnte aber am Tatbestandsmerkmal „**während einer den Umständen nach erheblichen Zeit**“ scheitern: Erheblich ist ein Versäumnis, wenn es nach der Dauer der versäumten Arbeitszeit, nach Maßgabe der Dringlichkeit der zu verrichtenden Arbeit oder aufgrund des Ausmaßes des infolge des Versäumnisses nicht erzielten Arbeitserfolges oder der sonstigen dadurch eingetretenen betrieblichen Nachteile besondere Bedeutung besitzt.³⁶⁾ Entscheidend ist daher, dass die Arbeitsleistung in einer den Umständen nach erheblichen Zeit unterlassen wird, wobei die Dauer des Dienstversäumnisses unterschiedlich bewertet wird, sodass bei mildernden Umständen wie etwa das Fehlen jeglicher betrieblicher Nachteile oder die Einmaligkeit der Dienstversäumnisse sogar auch eine mehrstündige Abwesenheit nicht zur Entlassung berechtigt.³⁷⁾

Zu beachten bleibt aber Folgendes: Allen Entlassungstatbeständen – so auch jenen des § 27 Z 4 AngG und § 82 lit f GewO 1859 – wohnt das Kriterium der **Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung** inne. Danach ist der AG nur dann zur Entlassung berechtigt, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin objektiv nicht mehr zumutbar ist. Mit diesem Kriterium gelingt die Abgrenzung „*zwischen einem in abstracto wichtigen Entlassungsgrund und einem in concreto geringfügigen Sachverhalt*“.³⁸⁾ Es ist somit im Einzelfall einzuschätzen, wie weit der Ausfall seines AN dem AG zumutbar ist. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit sind neben dem Gesamtverhalten des AN ua die Schuldintensität und das Ausmaß der Verfehlung und deren tatsächliche oder mögliche Folgen und Auswirkungen auf Dritte, eine allfällige Störung der Betriebsordnung oder des Betriebsablaufs und Verletzung be-

trieblicher Interessen von Bedeutung.³⁹⁾ Von besonderer Bedeutung wird dabei auch der altruistische Aspekt des Freiwilligendienstes sein, denn der AN stellt nicht seine persönliche Bereicherung und Unterhaltung in den Vordergrund seiner Tätigkeit, sondern das Wohl der Allgemeinheit. Dieser Aspekt fehlt zB bei der Teilnahme an einem Feuerwehrausflug.⁴⁰⁾ Gelegentliches Fernbleiben von der Arbeit zur Ausübung freiwilliger Hilfsdienste ist va dann dem AG zumutbar, wenn der Ausfall der Arbeitskraft keine bedeutende Störung des Betriebsablaufs zur Folge hat. Damit ist **im Regelfall der AG nicht zur Entlassung berechtigt**.⁴¹⁾ Andererseits werden ständige Einsätze, die ein planmäßiges Abrufen der Arbeitsleistung vereiteln, letztlich den AG denkmöglich zur Entlassung berechtigen.⁴²⁾ In der Praxis wird dieser Graubereich selten auszuleuchten sein: Einerseits wird der AN bestrebt sein, sich schon vorab mit dem AG ins Einvernehmen zu setzen, andererseits kann der AG den AN meist ohne Weiteres ordentlich kündigen,⁴³⁾ wenn ihm die Belastung durch den Arbeitsausfall zu mühsam wird.

E. Zusammenfassung

Kann ein AN seine vereinbarte Arbeitsleistung deshalb nicht erfüllen, weil er ehrenamtlich Katastrophenhilfsdienste leistet, kann er in aller Regel dafür von seinem AG nicht entlassen werden, es sei denn, durch exzessives Engagement ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem AG nicht mehr zumutbar. Der AG ist nicht nur zur Duldung des Arbeitskräftenausfalls, sondern auch zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet, wenn der AN oder ein naher Angehöriger etwa als Opfer persönlich von der Katastrophe betroffen ist oder er als Ad-hoc-Helfer unmittelbar aufgrund des Gesetzes oder – was jedoch selten

31) Vgl dazu *Kuderna*, Entlassungsrecht² (1994) 102 mwN; OGH 15. 6. 1962, 4 Ob 14/62 SozM IAV/d, 477; RIS-Justiz RS0029517.

32) Vgl zB OGH 18. 4. 1978, 4 Ob 7/78 Arb 9690; 13. 11. 1984, 4 Ob 114/84 Arb 10.427; RIS-Justiz RS0029518.

33) *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG (Austauschheft 2005) § 27 Rz 290 ff; *Grillberger* in *Löschnigg* (Hrsg), AngG II⁶ (2007) § 27 Rz 108; *Kuderna*, Entlassungsrecht² 66 und 69.

34) *Kuderna*, Entlassungsrecht² 106 FN 3; *Löschnigg*, wbl 1993, 74 (78 FN 19). Auf die Unterscheidung EFZ und Entlassung hinweisend *Blauensteiner/Kraft/Sablatnig/Tuma*, Entgeltfortzahlung² Rz 457.

35) So erkennbar für jene Fälle, in denen eine erforderliche Pflegefreistellung den entgeltpflichtigen Freistellungsanspruch des § 16 UrlG überschreitet: *Kuderna*, Die Pflegefreistellung, öRdA 1977, 62 (64); *Löschnigg*, wbl 1993, 74 (78).

36) StRsp vgl RIS-Justiz RS0029495; *Kuderna*, Entlassungsrecht² 102 mwN; *Pfeil* in *ZellKomm* § 27 AngG Rz 118 mwN.

37) *Pfeil* in *ZellKomm* § 27 AngG Rz 121 f.

38) *Kuderna*, Entlassungsrecht² 60.

39) Vgl *Kuderna*, Entlassungsrecht² 62; *Sonntag* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht XVII Rz 5.

40) Berechtigte Entlassung: OGH 4. 11. 1986, 4 Ob 156/85 Arb 10.563 = ARD 3842/10/86 = infas 1987, A 82 = JBl 1987, 264 = RdW 1987, 133, wobei in diesem Fall erschwerend ins Gewicht fiel, dass der AN erst zwei Tage vorher den Verhinderungsgrund bekanntgab, obwohl er selbst schon rund zwei Wochen vorher Kenntnis davon hatte.

41) Vgl *Lindmayr*, AngG-Kurzkommentar (2007) Rz 520.

42) Vgl OGH 27. 3. 1996, 9 ObA 18/96 öRdA 1997/6, 35 (*Mosler*) im Falle aufwändiger Gebetsrituale.

43) Der allgemeine Kündigungsschutz greift meist ins Leere: Einerseits ist die Kündigung wegen zu häufiger Ausfälle durch Einsätze kein nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG verpöntes Motiv, andererseits setzt der Kündigungsschutz nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des AN durch die Kündigung voraus – ein Kriterium, das nur von einer Minderheit von AN erfüllt wird.

sein wird – einer behördlichen Anordnung zur Hilfeleistung verpflichtet ist. Im Regelfall jedoch, in dem der AN als freiwilliges Mitglied einer Katastrophenhilfsorganisation zum Einsatz beordert wird, braucht der AG den Gehalt/Lohn nicht weiterzuzahlen. Der

AN kann für diese Zeit Urlaub vereinbaren oder gar einseitig antreten. Als Mitglied einer Feuerwehr hat er aber auch Anspruch auf Entschädigung aufgrund landesgesetzlicher Vorschriften gegenüber der Gemeinde, in welcher der Einsatz erfolgte.

→ In Kürze

Arbeitnehmer können ihre vereinbarte Arbeitspflicht ignorieren, wenn sie sich ehrenamtlich zum Gemeinwohl in freiwilligen Katastrophenhilfsorganisationen (Feuerwehr, Rettung usw.) engagieren und zu einem Einsatz gerufen werden. Ein Anspruch auf Gehalt-/Lohnfortzahlung besteht idR jedoch nicht. Es kann aber ein Anspruch auf Entschädigung des Verdienstentgangs nach den Landes-Feuerwehrgesetzen bestehen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Florian Burger ist Universitätsassistent im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts.

Kontaktadresse: Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, Christoph-Probst-Platz, 6020 Innsbruck.

Tel: (0512) 507-8197

Fax: (0512) 507-2669

E-Mail: florian.burger@uibk.ac.at

Internet: www.uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Entgeltfortzahlung bei Luftraumsperrern, ZAS 2010/48, 293; Klausel „Anzeige- und Nachweispflichten des AN bei Dienstverhinderungen in seiner Sphäre“, in *Reissner/*

Neumayr (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) 747;

Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in *Resch* (Hrsg), All-in Vereinbarungen (2010) 39.

Literatur:

Heinz-Ofner, Andere wichtige Dienstverhinderungsgründe des Arbeitnehmers, öRdA 2008, 114 (123);

Holzer, Die Dienstverhinderung aus anderen wichtigen die Person des Dienstnehmers betreffenden Gründen, öRdA 1970, 107;

Reissner, Arbeitnehmerpflichten und Bürgermeisteramt. Zum Verhältnis von arbeitsvertraglichen Pflichten und politischer Tätigkeit, RFG 2006/27, 104.

→ Literatur-Tipp



Kuras, Handbuch Arbeitsrecht, 21. Aktualisierungslieferung, Loseblatt und CD-ROM (2011)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,

Fax: (01) 531 61-455,

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

