

Zeitschrift für

# ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Sonderheft

*Schriftleitung* Theodor Tomandl, Martin Risak  
*Redaktion* Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Bernhard W. Gruber,  
Harald Kaszanits, Thomas Neumann,  
Michael Reiner, Franz Schrank

März 2012

2a

97 – 140

Sonderheft

## ZAS-Seminar 2011

Beiträge

### **Der blaue Montag und andere Dienstverhinderungen**

*Johannes Gärtner, Karin Boonstra-Hörwein,  
Ruth Siglär und Werner Marschitz* ➤ 100

### **Neues aus der Gesetzgebung 2011** *Anna Ritzberger-Moser* ➤ 107

**Neue Judikatur zum Arbeitsrecht in Österreich und in Europa**  
*Michael Reiner* ➤ 114

### **Dienstverhinderung aufgrund psychischer und physischer Krankheiten** *Martin Risak* ➤ 118

### **Der Detektiv als Retter in der (Beweis-)Not** *Bernhard Hainz* ➤ 127

**Vulkanausbrüche, Naturkatastrophen und andere Fälle höherer Gewalt  
– arbeitsrechtliche Auswirkungen** *Georg Schima* ➤ 131

# Dienstverhinderung aufgrund psychischer und physischer Krankheiten

## Eine kritische Analyse von Judikatur und Praxis

ZAS 2012/23

§ 8 AngG;  
§ 2 EFZG;  
§ 1154 b ABGB

Krankenstand;  
Krankheit;  
Organ-  
transplantation;  
Arztbesuch;  
künstliche  
Befruchtung

Wenngleich die Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Kern schon seit langem Teil des Arbeitsrechtsbestands sind, so werfen sie in der Praxis immer wieder zahlreiche Probleme auf. Der Beitrag erarbeitet deshalb in einem ersten Schritt die historische Entwicklung sowie die sozialpolitischen Hintergründe, um dann auf einzelne Fallgruppen wie zB psychische Krankheiten, Arztbesuche und Organtransplantationen einzugehen, anhand derer sich grundlegende Abgrenzungsfragen darstellen lassen. Abschließend wird auf die in Einzelfällen auch beim Krankenstand gebotene Interessenabwägung eingegangen.

Von Martin Risak<sup>1)</sup>

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
  - 1. Ausgangsbasis
  - 2. Zur historischen Entwicklung
  - 3. Die sozialpolitischen Wertungen
- B. Zum systematischen Aufbau des Entgeltfortzahlungstatbestands bei Krankheit
- C. Zum Krankheitsbegriff des Entgeltfortzahlungsrechts
  - 1. Begriffsdefinition
  - 2. Unterschiede zum Sozialversicherungsrecht
- D. Die Abgrenzung im Einzelfall
  - 1. Psychische Krankheiten

- 2. Arztbesuche
- 3. Organspende
- E. Interessenabwägung auch bei Krankenständen?

### A. Einleitung

#### 1. Ausgangsbasis

Fällt die Arbeitsleistung des AN wegen Krankheit aus, so stellt sich die Frage, wer in diesem Fall das wirt-

<sup>1)</sup> Der Autor wurde bei der Abfassung dieses Beitrags durch ein Marie Curie International Outgoing Fellowship im Rahmen des 7. EG-Rahmenprogramms unterstützt.

schaftliche Risiko zu tragen hat. Dieses besteht in zweifacher Weise:

- das **Leistungsrisiko**: Wer trägt die Folgen des Nichterbringens der vereinbarten Arbeitsleistung? Ist dies der AG oder hat der AN insb die Differenz zwischen dem Wert der eigenen Leistung und jenem einer allfälligen Ersatzleistung zu bezahlen?
- Das **Entgeltrisiko**, das im allgemeinen Zivilrecht als Preisgefahr bezeichnet wird:<sup>2)</sup> Ist das Arbeitsentgelt trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung zu bezahlen oder nicht?

Nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen über die Leistungsstörungen entfällt der Anspruch des Gläubigers (im Fall des AV: des AG), wenn die Leistung unmöglich wird (§§ 918, 1447 ABGB). Von einer Unmöglichkeit ist grds bei jedem Unterbleiben der Dienstleistung auszugehen – entweder wegen des Charakters der Arbeitsleistung als Fixschuld oder wegen der Probleme iZm der Nachleistung.<sup>3)</sup> Der Schuldner (der AN) verliert dann seinen Anspruch auf das Entgelt, dh er trägt die Preisgefahr (arbeitsrechtlich: das Entgeltrisiko), außer in dem Fall, dass der Gläubiger (der AG) die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Hat jedoch der Schuldner (der AN) die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, so kann der Gläubiger (dh der AG) für den Leistungs-ausfall Schadenersatz verlangen.<sup>4)</sup>

Diese Risikoverteilung wird im Arbeitsrecht für zahlreiche Fälle der Leistungsstörungen – so auch die Dienstverhinderung in Folge von Krankheit – **modifiziert**, wobei vor allem das Entgeltrisiko eine explizite Regelung erfahren hat, auf die sogleich näher einzugehen ist. Hinsichtlich des **Leistungsrisikos** bestehen hingegen keine expliziten arbeitsrechtlichen Regelungen, es ist somit auf allgemeines Schadenersatzrecht zu rekurrieren. Damit spielt in erster Linie das Verschulden des AN am Unterbleiben der Leistung für den Ersatz der daraus resultierenden Schäden eine besondere Rolle. Dies ist jedoch für den Fall der Krankheit dahingehend abgeändert, dass es aufgrund der auch bei leichter Fahrlässigkeit angeordneten Entgeltfortzahlung (insb § 8 Abs 1 AngG; § 2 Abs 1 EFZG) erst bei grober Fahrlässigkeit zu einer Haftung des AN kommen kann.

Was die **Beendigung des Dienstverhältnisses** betrifft, spielen im Fall der Krankheit die gesetzlich festgeschriebenen Entlassungsgründe eine besondere Rolle, wobei in erster Linie die dauernde Dienstunfähigkeit in Betracht kommt. Für den Entlassungsgrund des Unterlassens der Dienstleistung bedarf es des Fehlens eines rechtmäßigen Hinderungsgrundes.<sup>5)</sup> Da die Krankheit jedoch einen solchen darstellt, kommt eine auf diesen Tatbestand gestützte Entlassung – abgesehen von Extremfällen (zB vorsätzliche Selbstschädigung) – nicht in Betracht.

Hinsichtlich des **Entgeltrisikos** bestehen für den Krankheitsfall explizite gesetzliche Regelungen,<sup>6)</sup> die auf mehrere Elemente abstellen. Nach diesen muss es sich um eine

- Dienstunfähigkeit handeln, die
- die Folge einer Krankheit oder eines Unglücksfalls ist und
- diese darf weder vorsätzlich noch durch grobe Fahrlässigkeit des AN herbeigeführt worden sein.
- Weiters sind Melde- und Nachweispflichten zu wahren.

Im Folgenden ist kurz auf die Entwicklung der einschlägigen Normen sowie auf die sozialpolitische Grundlage der Durchbrechung des Synallagmas im Falle der Krankheit einzugehen – dies deshalb, da daraus wesentliche Wertungen des Gesetzgebers abgeleitet werden können, die in Zweifelsfällen bei einer teleologischen Interpretation eine wichtige Rolle spielen können.

## 2. Zur historischen Entwicklung

Was die Tragung des Entgeltrisikos im Falle der Krankheit betrifft, ist die gesetzliche Entwicklung kurz in Erinnerung zu rufen: Die Urfassung des ABGB lastete dieses noch dem AN auf, da nach der Regel des § 1311 der bloße Zufall denjenigen trifft, „in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet“.<sup>7)</sup> Deshalb konnte der AN nur dann Entgeltfortzahlung verlangen, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch den AG verschuldet war. Erst die 3. Teilnovelle des ABGB<sup>8)</sup> führte dann generell die Entgeltfortzahlung durch den AG ein – dies jedoch noch beschränkt auf die Dauer einer Woche.<sup>9)</sup> Die Materialien<sup>10)</sup> führen dazu aus, dass „die heutige wirtschaftliche Abwägung der Interessen im Gegenteile [verlange], das ein Teil der seine Person treffenden Gefahr dem Dienstnehmer abgenommen werde, wie das auch früher schon vom Standpunkte der Humanität geübt wurde (s. schon die Wiener-Gesinde-Ordng. v. 1810, § 81) und in neueren Gesetzen verordnet ist (Art 60 HGB).“ Eine eingehende Diskussion erfuhr neben der Frage, inwieweit Leistungen aus der Krankenversicherung anzurechnen sind, auch, ob diese Entgeltfortzahlungsbestimmung unter die zwingenden Vorschriften einzureihen sei: In der Beratung wurde argumentiert, „Es geht nicht an, den Grad der Verbindlichkeit, den eine Norm des Dienstverhältnisses haben soll, ausschließlich nur vom Standpunkt der Unternehmer zu beurteilen und die Erwägung vollständig zu übergehen, ob nicht die legitimen Interessen der Dienstnehmer es erfordern, daß die Anwendung der Norm von Gesetzeswegen gesichert und den Fährlichkeiten und Zufälligkeiten der sogenannten freien Vereinbarung entzogen werde.“<sup>11)</sup> Die Juridische Kommission kam aber dennoch zu der Überzeugung, § 1154b ABGB nicht mit zwingender Wirkung auszugestalten und begründete dies mit der Notwendigkeit flexibler Gestaltungsmöglichkeiten: „[...] die Unternehmungen, welche durch die Normen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches getroffen werden, in ihrer Verschiedenartigkeit nicht zu ermessen sind und daß daher die Gesetzgebung zwar berufen ist, der Vertragsgestaltung durch gewissen Bestimmungen die Regel zu geben, jedoch Bedenken tragen muß, diese Bestimmung in allen

2) Kozio/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>11</sup> (2006) 49.

3) Siehe dazu Etmayer, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (2008) 57 ff mZn.

4) Etmayer, Leistungsstörungen 106; s auch schon Lederer, Grundriss des österreichischen Sozialrechts<sup>2</sup> (1932) 146.

5) So bspw OGH 4 Ob 105/84 öRdA 1985, 315.

6) § 8 AngG; § 2 EFZG; § 1154 b ABGB.

7) Binder, Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche (1980) 43.

8) RGBI 1916/69.

9) Dasselbe galt übrigens für die „anderen wichtigen seine Person betreffenden Gründe“; dieser Entgeltfortzahlungsanspruch wurde hingegen – anders als jener bei Krankheit – in den nachfolgenden 100 Jahren kaum mehr ausgeweitet.

10) 78 BlgHH 21. Session 215.

11) 78 BlgHH 21. Session 217.

Fällen als unabänderlich hinzustellen.“ Wie man un schwer ersehen kann, wurde schon vor rund 100 Jahren der Ausgleich zwischen Effizienz und Arbeitnehmerschutz heftig diskutiert und führte damals zu einer sehr flexiblen Lösung<sup>12)</sup> – diese wurde dann im Laufe der Zeit nach und nach in einer stärkeren Berücksichtigung der AN-Interessen eingeschränkt<sup>13)</sup> und ist heute zwingend ausgestaltet. Sie hat freilich hinsichtlich ihrer praktischen Relevanz massiv an Bedeutung verloren – so wurde die Entgeltfortzahlung der Arbeiter mit den Mitteln der kollektiven Rechtsgestaltung sukzessive weiterentwickelt und dann schließlich 1974 im EFZG<sup>14)</sup> geregelt. Die darin vorgeschriebene Versicherungslösung wurde durch das ARÄG 2000<sup>15)</sup> aufgegeben und der Anspruch hinsichtlich dessen Länge an jenen der Angestellten angepasst.<sup>16)</sup>

Freilich spielen die **Sondergesetze** eine hervorragende Rolle, wie insb das AngG, dessen Entgeltfortzahlungsregelung auf jene des (ebenfalls dispositiven) Art 60 AHBG<sup>17)</sup> zurückgeht, wonach der Handlungsgehilfe für die Dauer von sechs Wochen des Gehalts oder Unterhalts nicht verlustig geht, wenn er durch „unverschuldetes Unglück“ an der Leistung seiner Dienste „zeitweise“ verhindert war.<sup>18)</sup> Durch §§ 8 und 9 HandlungsgehilfenG<sup>19)</sup> wurde der Anspruch dann zu einem unabdingbaren und stand auch bei leichtem Verschulden zu. Die noch immer in ihrer Systematik unverändert seit 1921 in Kraft stehende Regelung des § 8 AngG nimmt dann nur mehr im Detail Veränderungen vor, wie insb das Anwachsen des Entgeltfortzahlungsanspruches nach Seniorität.

### 3. Die sozialpolitischen Wertungen

In der Erklärung von Philadelphia der ILO von 1944 findet sich der immer wieder zitierte einprägsame Satz: „*Labor is not a commodity*“, was zumeist mit „Arbeit ist keine (bloße) Ware“ übersetzt wird. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der AN seine Leistung durch das Zurverfügungstellen seiner Person erbringt und deshalb auch als solche zu achten ist. Dies betrifft unter anderem den Aspekt, dass es aus gesundheitlichen Gründen zu Leistungsausfällen kommen kann, was in anderen Worten auch in den Materialien der 3. Teilnovelle des ABGB zum Ausdruck kommt, wo von „Humanität“ als Grundlage der Entgeltfortzahlungspflicht gesprochen wird.

Interessant ist freilich, dass sich im Rechtsbestand der ILO keine Pflicht des AG findet, dem AN im Falle der Krankheit Entgelt fortzuzahlen, sondern Staaten lediglich die Verpflichtung zum Aufbau einer Krankenversicherung (KV) treffen soll. Das auch von Österreich ratifizierte ILO-Übereinkommen C024 über die KV der AN in Gewerbe und Handel und der Hausgehilfen aus 1927<sup>20)</sup> sieht deshalb in Art 3 für den Fall der Krankheit auch ein Krankengeld vor. Dieses kann jedoch ruhen, solange der Versicherte infolge der Arbeitsunfähigkeit seinen gewöhnlichen Arbeitsverdienst nicht einbüßt (Art 3 Z 3 lit b ILO-C024). Damit ist es möglich, das Entgeltrisiko auch auf den AG zu verlagern, so wie dies in Österreich geschehen ist.

Die Regeln über die Entgeltfortzahlung gründen auf der Überlegung, dass der AN zur Bestreitung des Lebensunterhalts auf die Verwertung seiner Arbeitskraft

angewiesen ist – findet dies, aus welchen Gründen auch immer, nicht statt und fließt somit aufgrund der synallagmatischen Verbindung von Arbeit und Entgelt zweiteres nicht, so ist sein Lebensunterhalt gefährdet. Die Regelungen zum Ausgleich dieses Einkommensausfalls dienen somit dem Zweck, dass der AN aus bestimmten, von der Rechtsordnung als wichtig anerkannten Gründen seiner Arbeit fernbleiben kann, ohne sich Sorgen um die Sicherung seiner Grundbedürfnisse machen zu müssen. Wann ist ein solcher Grund aber nun anerkennenswert? Im Fall der Krankheit dient der Lohnersatz dem Gesundheitsschutz des AN – dem Schutz vor Überanstrengung und Überbelastung, der Wiederherstellung der Gesundheit sowie der Regeneration<sup>21)</sup> und damit letztlich dem langfristigen Erhalt seiner Arbeitskraft.

Wie das ILO-Übereinkommen C024 und auch die Entwicklung der allgemeinen Entgeltfortzahlungsbestimmungen zeigen, ist die in erster Linie vom Gesetzgeber gewählte Lösung für die Einkommenssicherung des AN bei Krankheit im allgemeinen Arbeitsrecht nicht die Belastung des AG, sondern der Aufbau einer Versicherung, die dem AN seinen Lebensunterhalt für den Zeitraum der Krankheit als Versicherungsleistung in Form eines Krankengeldes sichert. Was ist nun der Grund, den AG direkt mit dem Entgeltrisiko im Falle der Krankheit zu belasten und dieses nicht zu mediatieren? Das dürfte unterschiedliche Gründe haben, es lassen sich folgende Ansätze finden:

- Die gesetzliche KV soll entlastet werden.<sup>22)</sup>
- Da Krankenstände bei größeren Unternehmen häufiger auftreten, führt eine Versicherungslösung dazu, dass kleine und mittelgroße Unternehmen (KMUs) diese indirekt mitfinanzieren – ein Effekt, der vom Gesetzgeber nicht erwünscht ist und 2000 zur Abschaffung der Versicherungslösung für Arbeiter geführt hat.<sup>23)</sup> Eine Gegensteuerung erfolgt nunmehr tw durch die Erstattung nach § 153 b ASVG.
- Im Falle von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sollen dem AN unmittelbar vom AG jene Nachteile ersetzt werden, die ihm aus seiner Berufstätigkeit iwS erwachsen.<sup>24)</sup>
- Wenn AG unmittelbar mit den Krankenstandskosten belastet werden, besteht ein größerer Anreiz für betriebliche Maßnahmen der allgemeinen Gesundheitsförderung.

12) Sehr positiv bspw Lederer, Grundriss 149.

13) Siehe dazu Binder, Zusammenspiel 44 f.

14) BGBl 1974/399.

15) BGBl I 2000/44.

16) Siehe dazu Drs, Entgelt ohne Arbeit – Eine Durchbrechung des arbeitsvertraglichen Synallagmas? (unveröffentl Habilitationsschrift 2005) 56.

17) RGBl 1863/1.

18) Dazu Binder, Zusammenspiel 49 ff.

19) RGBl 1910/20.

20) BGBl 1929/102.

21) Drs, Entgelt ohne Arbeit 182.

22) Drs, Entgelt ohne Arbeit 182; so auch schon Lederer, Grundriss<sup>2</sup> 148.

23) Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 (ARÄG 2000) BGBl I 2000/44; s dazu insb die ErläutAB 189 BlgNR 21. GP.

24) Drs, Entgelt ohne Arbeit 183 unter Hinweis auf OGH 4 Ob 108/82 ARD 3501/8/83.



→ Aus den Sonderbestimmungen lässt sich ableiten, dass eine intensivere Beziehung zwischen AN und AG auch eine stärkere Einbeziehung des AG in die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall rechtfertigen kann: Hinsichtlich der in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Diensten (des Hausgesindes) wird darauf hingewiesen, dass als Korrelat zur intensiv(er)en Freiheitsbeschränkung die Dienstenordnungen durchwegs die Pflicht zur besonderen Sorge im Erkrankungsfall vorsahen.<sup>25)</sup> Hinsichtlich des Angestelltenrechts wird mit der besonderen Vertrauensbeziehung zwischen dem Handlungsgehilfen und dem Kaufmann argumentiert, der dessen privilegierte Stellung auch in dieser Hinsicht begründen soll.<sup>26)</sup>

Es zeigt sich somit, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nicht unbedingt durch das AN-Schutzprinzip (dem man durch eine Versicherungsleistung ebenso gerecht werden könnte), sondern vor allem durch die Fürsorgepflicht sowie die Entgeltzahlungspflicht begründet werden kann. Die unterschiedliche Intensität der persönlichen Beziehung einerseits (und die damit in Beziehung stehende besonders starke Fürsorgepflicht andererseits) bzw der besondere Wert der Arbeitsleistung des AN (und die als Gegenleistung dafür gewährte längere EFZ durch den AG) können die unterschiedlichen Regelungen über die Entgeltfortzahlung begründen und damit in ihrer Differenzierung auch vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz bestandfest machen. Dass darüber hinaus offensichtlich noch eine weitere Verhaltenssteuerung des AG bezweckt wird, lässt sich anhand von einzelnen Beispielen nachweisen, wird jedoch vom Gesetzgeber nicht unbedingt eindeutig artikuliert.

## B. Zum systematischen Aufbau des Entgeltfortzahlungstatbestands bei Krankheit

Die einschlägigen Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall<sup>27)</sup> enthalten alle, was nicht unbedingt überrascht, einen Hinweis darauf, dass eine Dienstunfähigkeit die Folge einer **Krankheit** oder eines **Unglücksfalls** sein muss. Dies ist insoweit von Bedeutung, als damit eine Abgrenzung zu den sonstigen Entgeltfortzahlungsgründen (insb jenen der „anderen wichtigen, die Person betreffenden Gründe“ in § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB) bzw dem Bereich der AN-Sphäre erfolgt, in dem keine Entgeltfortzahlung durch den AG stattfindet.

Damit sowohl der Freistellungs- als auch der Entgeltfortzahlungsanspruch ausgelöst werden, muss die Krankheit (bzw der Unglücksfall) eine **Arbeitsunfähigkeit** des AN bewirken, dh eine derartige Intensität entfalten, die es ihm unmöglich macht, seine geschuldeten Leistungen zu erbringen.<sup>28)</sup>

Weiters darf die Krankheit nicht vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden sein – es ist damit dem AG nicht nur die Entgeltfortzahlung bei Zufall, sondern auch im Falle des **Verschuldens** auferlegt. Die Materialien zur 3. TN des ABGB<sup>29)</sup> begründen dies damit, „daß [...] nicht nur die Frage des Ver-

schuldens im konkreten Fall oft sehr schwer zu beantworten ist, sondern daß sogar ein gewisser Grad von Unvorsichtigkeit bei der Natur mancher Arbeiten zur Gewohnheit wird, ja unter Umständen gerade der dienstbeflissene Arbeiter für seine Person mehr wagt, als ganz klug ist; [...]“. Es geht somit nicht nur um Fragen der Beweisbarkeit und der Praktikabilität, sondern um die sich im Recht häufig zu findende „Gute Tropfen, böse Tropfen“-Argumentation, die insb im Zusammenhang mit den Haftungserleichterungen des DNHG eine Rolle spielt: wenn der AG aus der erhöhten Risikogeneignetheit des AN in dienstlichen Belangen einen wirtschaftlichen Vorteil ziehen kann, so soll er auch das Risiko der ihm so zur Gewohnheit gewordenen Verhaltensweisen in dessen Privatsphäre tragen.

Als weitere Elemente des Entgeltfortzahlungsanspruchs des AN im Falle der Krankheit kommen Melde- und Nachweispflichten hinzu. In den folgenden Ausführungen soll vor allem der Begriff der Krankheit im Entgeltfortzahlungsrecht näher beleuchtet werden.

## C. Zum Krankheitsbegriff des Entgeltfortzahlungsrechts

### 1. Begriffsdefinition

Die einschlägigen Bestimmungen enthalten – anders als das SV-Recht – keine Legaldefinition, weshalb der Bedeutungsgehalt nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln ist. IdS wird deshalb auch grds vertreten, dass der Krankheitsbegriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter Einbeziehung des aktuellen medizinischen Verständnisses festzustellen sei, wobei aber auch die Definitionen in verwandten Gesetzesstellen zu berücksichtigen sind.<sup>30)</sup> Konkreter wird bspw angeführt, dass es sich um Ereignisse handle, die den Menschen abweichend vom normalen Verlauf der Dinge unerwartet treffen und durch welche die körperliche Integrität oder das Allgemeinbefinden des AN beeinträchtigt wird.<sup>31)</sup> Diese Definition ist mE deshalb problematisch, da sie ohne Notwendigkeit zusätzliche Elemente („abweichend vom normalen Verlauf“, „unerwartet“) einführt, die weitere Interpretationsprobleme aufwerfen und den weit definierten Anspruch einschränken können. Deshalb ist einer weiteren und offeneren Umschreibung wie jener der „**durch gesundheitliche Gründe hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit**“<sup>32)</sup> der Vorzug zu geben.

Krankheit und Unglücksfall (gemeint ist damit der Unfall<sup>33)</sup>) werden in den einschlägigen Bestimmungen alternativ genannt und grundsätzlich gleich behandelt – zu Recht wird darauf hingewiesen, dass eine Abgren-

25) *Binder*, Zusammenspiel 46 unter Hinweis auf *Morgenstern*, Österreichisches Gesinderecht (1912) 139 ff.

26) So bspw *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>7</sup> (2011) 98.

27) § 8 AngG; § 2 EFZG; § 1154 b ABGB.

28) Siehe dazu eingehend bspw *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG<sup>8</sup> (2007) § 8 Rz 82 ff.

29) 78 BlgHH 21. Session 216.

30) So bspw *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG<sup>8</sup> § 8 Rz 47; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 6/605.

31) *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 6/606.

32) *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 1154 b Rz 22; ähnlich *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II<sup>7</sup> (2011) 147.

33) So bspw *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II<sup>7</sup>, 147; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG<sup>8</sup> § 8 Rz 50.

zung weder notwendig noch gefordert ist, ziehen doch aus arbeitsrechtlicher Sicht<sup>34)</sup> beide Tatbestände die gleichen Rechtsfolgen nach sich.<sup>35)</sup>

## 2. Unterschiede zum Sozialversicherungsrecht

Hingewiesen wird in der Literatur darauf, dass keine völlige Übereinstimmung mit dem kv-rechtlichen Krankheitsbegriff des § 120 ASVG besteht, demnach eine Krankheit ein „regelwidriger Körper- oder Geisteszustand ist, der eine Krankenbehandlung notwendig macht“.<sup>36)</sup> Beim „Krankenstand“ ist die Notwendigkeit der Krankenbehandlung („Behandlungsbedürftigkeit“) nicht unerlässliches Tatbestandsmerkmal.<sup>37)</sup> So sind als Krankheit iS des Arbeitsrechts auch sogenannte Gebrechen einzustufen, für die das SV-Recht eigene (Sach-)Leistungen<sup>38)</sup> bzw als Einkommensersatzleistung eben kein Krankengeld, sondern eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit vorsieht. Da der Anspruch auf Entgeltfortzahlung zeitlich begrenzt ist, trägt der AG hier kein „unendliches“ Risiko – idR wird er in solchen Fällen ohnehin mit der Beendigung des DV reagieren. Das Arbeitsrecht privilegiert derartige Beendigungen insofern, als es bei dauernder Dienstunfähigkeit eine Entlassung ermöglicht (§ 27 Z 2 AngG; § 82 lit b GewO), bei hoher Krankenstandshäufigkeit kann damit eine personenbedingte Kündigung gerechtfertigt werden.<sup>39)</sup> Es ist jedoch auf der anderen Seite zu beachten, dass dem AG das Risiko der Entgeltfortzahlung für die gesetzlich festgelegten Zeiträume uU auch über die Dauer des AV hinaus auferlegt ist. Dies wird zumeist damit begründet, dass der AG aus der Beendigung des DV keinen Vorteil ziehen und nicht dazu angereizt werden soll, deswegen das DV zu beenden – dahinter steht jedoch eindeutig die Wertung, das AN-Interesse am zumindest temporären Erhalt seiner wirtschaftlichen Existenzgrundlage zu fördern, und zwar auch dann, wenn keine Arbeitsleistung erbracht wird oder sogar nicht einmal mehr ein AV besteht.

Unter einem zweiten Aspekt ist die Krankheit iS des Entgeltfortzahlungsrechts ebenso weiter als jener des SV-Rechts: Als Krankheiten sind auch jene Beeinträchtigungen des Wohlbefindens anzusehen, die zwar einer Krankenbehandlung zugänglich wären, bei denen es aber keiner Krankenbehandlung iS der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen bedarf wie zB Schnupfen, Kopfschmerzen oder Erschöpfungszustände – Korrektiv soll dabei sein, dass auch die „Bagatellkrankheit“ oder „-verletzung“ jedenfalls an der Verrichtung der Dienste hindern muss.<sup>40)</sup> Problematisch ist dies insofern, als hier ja keine Leistungen aus der SV anfallen, der AG jedoch den AN dazu verpflichtet kann, eine Krankenstandsbestätigung vorzulegen. Sollte die SV – völlig zu Recht – die Kostenübernahme für die ärztliche Untersuchung und Bestätigung ablehnen, so hat mE der AG die Auslagen zu tragen.

Nicht zuletzt wegen dieses Aspektes gibt es auch Gegenstimmen, die unter Berufung auf die parallele ökonomische Funktion von Entgeltfortzahlung und Krankengeld<sup>41)</sup> sowie die Relevanz der sv-rechtlichen Krankenschreibung im Arbeitsrecht<sup>42)</sup> eine idente Interpretation befürworten. Wie bereits oben ausgeführt, soll zwar so-

wohl die gesetzliche KV (und uU auch die PensionsV) ebenso wie die Entgeltfortzahlung durch den AG eine Lohnersatzfunktion erfüllen. Wem das Risiko in welchem Ausmaß zugewiesen ist, kann jedoch differieren, sodass ein Gleichklang nicht schon prinzipiell bestehen muss. Die soeben dargelegten Beispiele zeigen mE sehr gut, dass sich der Krankheitsbegriff im Arbeits- und Sozialrecht nicht völlig deckt.

## D. Die Abgrenzung im Einzelfall

### 1. Psychische Krankheiten

Schon aus der oben vorgenommenen Definition ergibt sich, dass es keinen Unterschied macht, ob die Krankheit psychischen oder physischen Ursprungs ist. Psychische Ursachen haben jedoch in den letzten 15 Jahren massiv an Bedeutung gewonnen, weshalb es sich lohnt, kurz auf ihre Besonderheiten einzugehen. Die im Auftrag von HVStVt, AUVA sowie von WKÖ und AK erstellten Fehlzeitenreports der letzten Jahre<sup>43)</sup> belegen den klaren Aufwärtstrend der psychischen Erkrankungen, der sich vor allem seit Mitte der 1990iger Jahre beschleunigte und der auch in anderen Ländern wie bspw Deutschland zu beobachten sei. Erkrankungen der Psyche sind die einzige Krankheitsgruppe, die zwischen 1994 und 2008 (von einem niedrigen Niveau ausgehend) einen absoluten Zuwachs an Fehlzeiten je Beschäftigten verzeichnete. Es wird dabei jedoch betont, dass von diesen Zahlen die tatsächliche Bedeutung von psychischen Problemen für das Krankenstandsgeschehen nicht unmittelbar abzulesen sei. Einerseits sei davon auszugehen, dass sich im Zeitverlauf die Bereitschaft der Ärzte, gesundheitliche Probleme dem psychischen Bereich zuzuschreiben, tendenziell erhöht habe. Andererseits werden vermutlich zahlreiche Krankenstände, die mitunter auch eine psychische Ursache haben, aufgrund ihrer Symptomatik bei der Diagnoseerfassung anderen Krankheitsgruppen zugeschrieben.<sup>44)</sup> Die große Bedeutung von psychischen Belastungen und Erkrankungen für die Arbeitswelt kann jedenfalls auch durch andere Quellen bestätigt werden: Umfragen haben wiederholt gezeigt, dass Depressionen, Stress und Angstkrankheiten zu den gesundheitlichen Problemen zählen, die am häufigsten von Beschäftigten im Zusammenhang mit ihrer Erwerbstätigkeit erwähnt

34) Anders insb beim Entgeltfortzahlungszuschuss nach § 53 b ASVG; s dazu *Melzer-Azodanloo*, Zuschuss an Dienstgeber zur Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder Unfall, *ecolex* 2006, 411, 500.

35) *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG<sup>8</sup> § 8 Rz 50.

36) Siehe dazu bspw *Binder* in *Tomandl*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (21. Erg-Lfg) 203 mzn.

37) So *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht (17. Lfg 2011) Kap XII Rz 37. Zur historischen Entwicklung *Binder*, Zusammenspiel 192.

38) So *Binder*, Zusammenspiel 193.

39) Bspw OGH 9 ObA 120/91 ZAS 1992/19 (*Karl*); 8 ObA 178/00 k SZ 74/2. Siehe auch *Karl*, Die krankheitsbedingte Kündigung, ZAS 1992, 152; *B. Fischer*, Häufige Krankenstände als Kündigungsgrund, *ecolex* 2002, 899.

40) *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG<sup>8</sup> § 8 Rz 48.

41) *Mazal*, Komm zu OGH ZAS 1987/19.

42) *Spitzl*, Die Krankenschreibung im Sozialrecht, ZAS 2003, 148 (154).

43) *Leoni*, Fehlzeitenreport 2009 – Krankheits- und unfallbedingte Fehlzeiten in Österreich (2010) 55; *ders*, Fehlzeitenreport 2010 – Krankheits- und unfallbedingte Fehlzeiten in Österreich (2011).

44) So können bspw Allergien, Magenschmerzen, Kreislaufprobleme uÄ eine Folge von Stress und psychischen Belastungen sein, ohne dass die daraus resultierenden Krankenstände Problemen der Psyche zugeschrieben werden.

werden.<sup>45)</sup> Außerdem sind psychische Erkrankungen bei den österreichischen Männern die zweithäufigste und bei den Frauen die häufigste Ursache von Invaliditätspensionen.<sup>46)</sup>

In jüngerer Zeit hatte sich auch die Rsp wiederholt mit Teilaspekten von psychischen Krankheiten zu beschäftigen, die die Schwierigkeiten der Praxis im Umgang mit diesen zeigen: In 8 ObA 82/10<sup>g47)</sup> ging es um einen Austritt wegen Gesundheitsgefährdung, der damit begründet wurde, dass beim AN aufgrund einer **Konfliktsituation am Arbeitsplatz** eine schwerwiegende depressive Erkrankung vorliege, die ihm die Fortsetzung seiner Tätigkeit nicht mehr zumutbar mache. Der OGH hielt fest, dass arbeitsbedingte Auseinandersetzungen des AN mit seinem untergebenen Mitarbeiter zumindest die wesentliche Mitursache für sein Krankheitsbild dargestellt hätten. Weil der AG für eine vollkommene Trennung der arbeitsbezogenen Bereiche des AN und seines Kontrahenten nicht Sorge tragen konnte, war er auch nicht in der Lage, das Konfliktpotenzial zu beseitigen, weshalb der Austritt gerechtfertigt war. Ebenso sprach der OGH in 8 ObA 78/10<sup>v48)</sup> aus, dass bei Vorliegen einer relevanten psychischen Belastungssituation auch ein **negatives Arbeitsklima** einen vorzeitigen Austritt rechtfertigen könne. Selbst dann, wenn die AN eine sensitive Persönlichkeit aufweise, lasse sich die Ausprägung der Beschwerdesymptomatik auf die Verschlechterung des Arbeitsklimas ab einem bestimmten Zeitpunkt zurückführen und sei somit ursächlich – könne der AG keine Abhilfe schaffen, so sei der Austritt ebenfalls gerechtfertigt.

Diese Beispiele zeigen sehr gut das Spannungsverhältnis zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des AN, das bei psychischen Erkrankungen wegen der immer noch bestehenden Stigmatisierung besonders groß sein kann, und dem Informationsinteresse des AG, der ohne Fakten über den Gesundheitszustand des AN kaum in der Lage sein wird, die Arbeitsbedingungen derart zu gestalten, dass der „krank machende“ Arbeitsplatz entschärft wird. Ich habe andernorts<sup>49)</sup> diese Problematik anhand des Rückkehrgesprächs untersucht und vertreten, dass die Fürsorgepflicht den AG dazu anhält, Informationen darüber einzuholen, inwieweit der AN nach einer Rückkehr aus dem Krankenstand ausreichend einsatzfähig ist und welche Einschränkungen bestehen. Auf der anderen Seite soll der Austritt des AN ultima ratio sein, er hat somit alles ihm Zumutbare zu unternehmen, seine Arbeitsfähigkeit bei dem konkreten AG zu erhalten. Dazu zählt auch die Aufklärung des AG darüber, dass Änderungen des Arbeitsplatzes aus gesundheitlichen Gründen notwendig sind<sup>50)</sup> – die Diagnose muss nicht offengelegt werden, sehr wohl aber die sich daraus ergebenden Einschränkungen und notwendigen Änderungen der Arbeitsbedingungen.

Ein weiterer Punkt sei außerdem kurz an dieser Stelle angesprochen, hinsichtlich derer sich die psychische Krankheit von der physischen in ihren Auswirkungen unterscheidet: Während bei einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer physischen Krankheit idR davon ausgegangen werden kann, dass jegliche Sportausübung<sup>51)</sup> oder berufliche Tätigkeit ein genesungsschädigendes Verhalten darstellt, ist dies bei einer psychischen Krankheit gar nicht so einfach, wie eine andere aktuelle

Entscheidung zeigt: In diesem Fall war eine AN wegen ihrer Symptomatik nach Mobbing (Schlafstörungen, Depressionen, Anpassungsstörungen durch Belastungen) krankgeschrieben worden. Durch eine sehr aktiv agierende Detektivin wurde die AN dazu angehalten, bei ihr eine einmalige Nagelbehandlung durchzuführen – der OGH sah eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit nach § 27 Z 1 letzter Fall AngG als ungerechtfertigt an. Es könne schon in Zweifel gezogen werden, ob sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung auch ein Gebot ableiten lässt, einmalige, doch ziemlich überschaubare und nach dem ersten Eindruck nicht besonders belastende Tätigkeiten zu unterlassen. Aber selbst wenn man dies bejahen sollte, sei zu prüfen, ob es sich um einen betonten und offenkundigen Verstoß gegen ein aus der allgemeinen Lebenserfahrung ersichtliches Gebot für das Verhalten während dieser Art der Krankheit handelt, was der OGH verneint. AG ist es daher mehr als nachdrücklich zu empfehlen, weitere Informationen bei vermutetem Fehlverhalten im Krankenstand einzuholen und insb den AN mit dem Vorwurf vor Ausspruch der Entlassung zu konfrontieren – ansonsten besteht ein großes Risiko, dass eine derartige leichtfertig ausgesprochene Entlassung ungerechtfertigt ist.

## 2. Arztbesuche

Am Beispiel des Arztbesuchs kann die Abgrenzung der Entgeltfortzahlung wegen Krankheit von der Entgeltfortzahlung aus sonstigen wichtigen Gründen anschaulich dargestellt werden. Diese ist deshalb von Bedeutung, da das Gesetz unterschiedliche Zeiträume für die Entgeltfortzahlung vorsieht und diese auch an im Detail unterschiedliche Voraussetzungen knüpft.

Ein Arztbesuch kann aus unterschiedlichen Gründen stattfinden:

- Einerseits kann der Arzt während eines Krankenstandes als **Behandlungsmaßnahme betreffend das die Dienstunfähigkeit auslösende Leiden** aufgesucht werden. Dieser Fall ist unproblematisch, da die Dienstunfähigkeit in Folge Krankheit hier die Abwesenheit wegen des Arztbesuches überlagert.<sup>52)</sup> Dies gilt auch bspw für psychotherapeutische Leistungen im Zusammenhang mit einer Dienstunfähigkeit wegen einer psychischen Krankheit.
- Es kann aber auch zwar eine Krankheit iS eines akuten Gesundheitsproblems vorliegen (zB Zahnschmerzen, Erkältung, kleinerer Unfall), die aber den **AN nicht dienstunfähig macht** – erst der Arztbesuch zur Abklärung des Zustandes oder auch zur

45) Dupré, Berufsbedingte Gesundheitsschäden in der EU 1998 – 1999 – Eurostat, Statistik kurz gefasst (2001) 3 ff.

46) Biffi/Leoni/Mayrhuber, Arbeitsbedingte Erkrankungen und Invalidität. Schätzung der gesamtwirtschaftlichen Kosten mit dem Schwerpunkt auf physischen Belastungen (2008).

47) wbl 2011/163; ähnlich auch zum Auseinandergehen einer privaten Beziehung zwischen AN und AG OGH 9 ObA 130/09 x JBl 2010, 666; zu einem Ehepaar als AG und AN OGH 9 ObA 47/88 infas 1989, A 64.

48) Infas 2011, A 32.

49) Risak, Arbeitgeberrechte im Krankenstand, ZAS 2010, 52 (57).

50) Dazu ausführlich Mosler, Austritt wegen Gesundheitsgefährdung, öRdA 1990, 195 mZn.

51) OGH 9 ObA 128/10 d JBl 2011, 398 – Fußballspiel bei Beschwerden im Schulter- und Rückenbereich.

52) Vgl Vogt in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (18. Lfg 2011) Kap XII Rz 85.



Behandlung führt zu einer Abwesenheit vom Dienst. Dies kann auch ein chronisches körperlichen oder psychisches Leiden sein, das jedoch nicht zu einer Dienstunfähigkeit führt, aber eine regelmäßige Therapie (Wechseln eines Verbandes, Physio- oder Psychotherapie) notwendig macht. Hier führt lediglich der auf die Krankheit zurückzuführende Arztbesuch oder eine sonstige Therapiemaßnahme einschließlich der Wegzeiten zu einer Dienstverhinderung. Dazu wird vertreten, dass der kurzfristige Arztbesuch ohne anschließenden Krankenstand zu den „sonstigen Dienstverhinderungsgründen“ zu zählen sei, selbst wenn kurzfristig der Krankheitsbegriff erfüllt werde. Ein Indiz dafür sei, dass auch die Kollektivvertragspraxis die nachweislich notwendige ärztliche bzw. zahnärztliche Behandlung, sofern sie außerhalb der Arbeitszeit nicht möglich ist, zu den sonstigen Verhinderungsgründen zählt.<sup>53)</sup> Dies lasse sich neben Praktikabilitätsabwägungen insb. damit begründen, dass die Kontingente für Krankheit und Unglücksfall in Wochen bemessen werden, und das Mindestausmaß für einen „Krankenstand“ auch aus vielen anderen Bestimmungen wohl die Zählheit „ein Tag“ sein sollte.<sup>54)</sup> Daraus soll sich ergeben, dass Krankenstände, die kürzer als einen Tag andauern, nicht auf das Krankenstandskontingent zu verbuchen sind, sondern als nicht kontingentierte Dienstverhinderung aus sonstigem Grund zu qualifizieren sind. Die zeitliche Begrenzung wäre diesfalls unschädlich, da weniger als ein Tag ohnehin als „verhältnismäßig kurz“ anzusehen ist. Diese – zugegeben AN-freundliche – Ansicht überzeugt jedoch nicht, da der Gesetzgeber mE die Dienstverhinderung wegen „Krankheit“ in einem eigenen Entgeltfortzahlungstatbestand geregelt und von diesem Kurzkrankenstände gerade nicht ausgenommen hat. Hinsichtlich jener Maßnahmen, die nicht sofort erfolgen müssen, sondern hinsichtlich derer eine gewisse Planbarkeit besteht, ist mE eine Interessenabwägung vorzunehmen, womit sich die Zuordnungsproblematik zumindest in dieser Hinsicht entschärft (s. Pkt. E.).

- Die dritte Gruppe von Arztbesuchen sind jene, welche von „gesunden“, an sich **arbeitsfähigen Arbeitnehmern** vorgenommen werden, wie eine Gesundenuntersuchung (§ 132 b ASVG), Vorsorgeuntersuchungen, regelmäßige Kontrollen (zB Zahnarzt oder Gynäkologe) oder Einstellungsuntersuchungen. Diese können mangels des Vorliegens von Krankheit nicht mehr diesem Entgeltfortzahlungsfall zugeordnet werden und sind entweder, wenn der AG diese angeordnet hat (Einstellungsuntersuchung, Eignungs- und Folgeuntersuchungen nach §§ 49 ff ASchG), ohnehin vom AG zu bezahlende Dienstzeit oder stellen einen sonstigen wichtigen persönlichen Grund dar. Da der AN in zweiterem Fall keine akuten Beschwerden aufweist, ist hier eine Interessenabwägung anzustellen (dazu Pkt. E.).
- Eine Untergruppe dieser Arztbesuche von gesunden AN stellen ambulant vorgenommene **kosmetische Behandlungen** (zB Einspritzen von Botox, Entfernung von Tätowierungen) dar. Sofern diese nicht

der Beseitigung anatomischer oder funktioneller Krankheitszustände oder der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit dienen bzw. ihnen sonstige berufliche Ursachen zu Grunde liegen,<sup>55)</sup> stellen diese nicht einmal einen wichtigen persönlichen Grund dar und verpflichten den AG deshalb auch nicht zur Entgeltfortzahlung. Schwieriger ist die Einordnung von kosmetischen Behandlungen, die einen Spitalsaufenthalt zur Folge haben – hier ist der AN aufgrund seines gesundheitlichen Zustandes zwar dienstunfähig, scheitern wird die Entgeltfortzahlung jedoch daran, dass der AN seine Arbeitsunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt hat.<sup>56)</sup>

### 3. Organspende

Anderes könnte wegen der unterschiedlichen Interessenlage nicht nur des AN, sondern auch der Rechtsgemeinschaft im Fall der Organspende gelten. Nach § 120 a ASVG ist einer Krankheit iS des KV-Rechts gleichzuhalten, wenn ein Versicherter in nicht auf Gewinn gerichteter Absicht einen Teil seines Körpers zur Übertragung in den Körper eines anderen Menschen spendet. Der Versicherungsfall der Krankheit gilt mit dem Zeitpunkt als eingetreten, in dem die erste ärztliche Maßnahme gesetzt wird, die der späteren Entnahme des Körperteiles voranzugehen hat.<sup>57)</sup> Dahinter stehender Zweck ist es, diese gesellschaftlich erwünschte Verhaltensweise zu fördern und dem Spender ebenfalls Leistungen aus der KV angeeignet zu lassen. Der OGH geht diesbezüglich sehr weit und leitet aus § 150 a ASVG über die Kostentragung für die Anmelde- und Registrierungskosten des Organempfängers den allgemeinen Grundsatz ab, dass notwendige Vorleistungen für eine Organtransplantation zur notwendigen und zweckmäßigen Krankenbehandlung des potenziellen Organempfängers zählen. Sogar die Untersuchung potenzieller Organspender wird deshalb aus Mitteln der KV finanziert, selbst wenn diese nicht krankenversichert sind.<sup>58)</sup>

Fraglich ist nun, ob die Organspende und die dafür erforderlichen Vorbereitungen als Krankheit iS des Entgeltfortzahlungsrechts zu qualifizieren sind. Dabei ist es wesentlich, zwischen der Organentnahme selbst und den damit in der Regel einhergehenden Störungen des körperlichen Wohlbefindens einerseits und den Vorbereitungen (idR Untersuchungen) andererseits zu unterscheiden. Wie *Dusak*<sup>59)</sup> schon vor einiger Zeit korrekt argumentiert hat, kann Ersteres als Krankheit angesehen werden, da die Begriffsdefinition weit ist und der Ursache abseits des Vorsatzes des AN keine Bedeutung zukommt. Problematisch kann hingegen sein, dass der AN die Dienstunfähigkeit als Folge der Organentnahme bewusst in Kauf nimmt und dies eigentlich „Vorsatz“ darstellen würde. *Dusak* argumentiert im

53) *Petrovic*, Entgeltfortzahlung bei Arztbesuch, RdW 1984, 281; *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Kap XII Rz 85.

54) *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Kap XII Rz 85.

55) *Krejci* in *Rummel* § 1154 b Rz 28.

56) So auch *Rauch*, „Schönheitsoperation“ und Aufenthaltsbestätigung einer Krankenanstalt, ASoK 2003, 259.

57) § 120 a Abs 1 ASVG letzter Satz.

58) OGH 10 ObS 70/97 k öRdA 1999/9 (*Mosler*).

59) Hat der Organspender einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung? RdW 1988, 48.



Kern damit, dass die Organspende ein moralisch nicht nur zu billigendes, sondern sogar wünschenswertes Verhalten sei und deshalb wertungsmäßig eine Versagung der Entgeltfortzahlung dazu im Widerspruch stehe. Dies ist sicherlich zutreffend, mE ist jedoch stärker darauf abzustellen, wem in diesem Fall das Entgeltisiko tatsächlich zugemutet werden soll – dem AG oder der KV? Die explizite gesetzliche Regelung im KV-Recht, die mit BGBl 1973/31 eingeführt wurde,<sup>60)</sup> scheint nämlich in die Richtung zu deuten, dass sich der Gesetzgeber der Problematik bewusst war. Dadurch, dass er sie nur im KV-Recht geregelt hat, hat er mE jedoch zu erkennen gegeben, dass die Regelung des Entgelttrisikos in erster Linie auch dort angesiedelt sein soll, dh dass der Spender einen Anspruch auf Krankengeld haben soll. Der Mangel einer expliziten Regelung im Arbeitsrecht lässt mE den Schluss zu, dass das Entgeltisiko in einem derartigen Fall bei der KV zu verorten ist und nicht dem AG auferlegt werden soll. Der AN ist somit mE auf das Krankengeld aus der KV zu verweisen.

Zu prüfen ist freilich noch weiter, ob die Organspende nicht den Entgeltfortzahlungstatbestand der Dienstverhinderung aus wichtigem persönlichen Grund verwirklicht (§ 1154b ABGB; § 8 Abs 3 AngG).<sup>61)</sup> Es geht dabei nach der gängigen Formel um Gründe, die dem AN zuzurechnen sind und ihn durch unmittelbare Einwirkung an der Dienstleistung hindern (Fall 1) oder die nach Recht, Sitte, Herkommen wichtig genug erscheinen, um ihn davon abzuhalten (Fall 2).<sup>62)</sup> Meines Erachtens zählen die Organentnahme selbst und die daraus resultierenden Folgen zum Fall 1,<sup>63)</sup> die Voruntersuchungen hingegen zu Fall 2. Bei Zweitem ist jedoch eine Grenze betreffend nahe Verwandte einzuziehen. Der AG ist somit unter diesem Titel sehr wohl entgeltfortzahlungspflichtig, dies aber nur für einen kürzeren Zeitraum („verhältnismäßig kurze Zeit“) – damit ist eine sachgerechte Differenzierung hinsichtlich der Risikoverschiebung möglich.

## E. Interessenabwägung auch bei Krankenständen?

Der OGH hat in einer E<sup>64)</sup> zu einer Dienstverhinderung aus wichtigem Grund bemerkt, dass bei jenen Rechtfertigungsgründen, die nicht bereits gesetzlich festgelegt sind – wie Krankenstände und Pflegefreistellungen –, jeweils im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des AG und jenen des AN vorzunehmen sei. Dies ist sicherlich für den „Normalfall“ der akuten Krankheit korrekt, entzieht sich die daraus resultierende Dienstabwesenheit des AN idR jeglicher Einflussmöglichkeit. Anderes gilt hingegen wohl in den Fällen, in denen eine **Planbarkeit des Krankenstandes** möglich ist, wie bei Kontrollterminen, Psychotherapiesitzungen, geplanten Kuraufenthalten oder auch Operationen. Hier wird aber dennoch festgehalten, dass ein AN eine gesundheitlich bedingte Operation oder eine bewilligte Kur nicht im Interesse des AG aufschieben müsse.<sup>65)</sup> Dies soll selbst dann gelten, wenn aus gesundheitlichen Gründen eine Verschiebung möglich sein sollte – im Gegensatz zum Urlaubsverbrauch bedürfe

gerade der Krankenstand keines Einvernehmens von AN und AG und auch keiner Interessenabwägung. In der Nichtberücksichtigung der AG-Interessen könne daher kein grobes Verschulden gesehen werden. Lediglich im Einzelfall könnten zwingende dienstliche Gründe eine Verweigerung der Dienstfreistellung rechtfertigen. Die infolge Arbeitsablaufes und vorgegebener Termine besonders wünschenswerte Anwesenheit des AN reiche dafür aber nicht aus.<sup>66)</sup>

*Drs*<sup>67)</sup> ist dieser Ansicht zu Recht entgegengetreten und betont, dass die explizite Erwähnung der Interessenabwägung in § 4 Abs 1 UrlG lediglich ein allgemeines Prinzip ausdrücke – eine Regelung fehle beim Krankenstand wohl insb deshalb, da im Normalfall die gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu einem vom AN nicht beeinflussbaren Zeitpunkt eintreten und daher nicht verschiebbar sind. Das bedeute aber nicht, dass in jenen Fällen, in denen die Abwesenheit des AN ausnahmsweise nicht termingebunden sei, keine Interessenabwägung stattzufinden habe. Es sei danach zu unterscheiden, ob eine Operation oder ein Kuraufenthalt aus gesundheitlichen Gründen so bald als möglich durchzuführen sei oder ob dieser ohne Beeinträchtigung der Person des AN auch verschoben werden könnte. In zweitem Fall hat der AN mE das Einvernehmen mit dem AG über den beide Interessen am besten berücksichtigenden Zeitpunkt zu suchen.<sup>68)</sup>

Ordnet man **kürzere Arzt- oder sonstige Therapie-terminen** der Dienstverhinderung in Folge Krankheit zu (s dazu Punkt D.2.), so nähern sich diese sehr stark der Dienstverhinderung aus anderen wichtigen, die Person des AN betreffenden Gründen an.<sup>69)</sup> Auch bei diesem Dienstverhinderungsgrund findet sich das Erfordernis einer Interessenabwägung nicht im Gesetz, wird aber zu Recht von Rsp<sup>70)</sup> und Lehre<sup>71)</sup> gefordert. Einen Hinweis, wie eine derartige Interessenabwägung aussehen könnte, bietet die Regelung des § 3 Abs 8 MSchG, wonach Entgeltfortzahlung während einer Vorsorgeuntersuchung nur dann gebührt, wenn diese außerhalb der Arbeitszeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

Bei diesen kürzeren, in einem gewissen Umfang planbaren Dienstabwesenheiten des AN aus gesundheitlichen Gründen lassen sich folgende drei Fallgruppen unterscheiden: →

60) Damals noch als § 120 Abs 2 ASVG, sie wanderte dann mit dem 3. SRÄG 2009 (BGBl I 2009/84) in den damals neugeschaffenen § 120 a ASVG.

61) So auch *Dusak*, RdW 1988, 48; *Krejci* in *Rummel*: § 1154 b Rz 30.

62) *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>11</sup> Rz 6/656.

63) AA *Dusak*, RdW 1988, 48.

64) OGH 8 ObA 2058/96, *Trauer Kaddisch*, ZAS 1997/5 (*Apathy*). Ihm offensichtlich folgend *Schrank*, *Schuldhaftes Arbeitnehmerverhalten bei Krankenständen und Krankschreibungen*, ZAS 2003/28.

65) OGH 9 ObA 88/95 Arb 11.444; 9 ObA 27/81 infas 1991, A 118; *N. N.*, *Aus der Praxis*: § 120 Abs 1 Z 2 ASVG, *SozSi* 1984, 236.

66) Siehe die Zusammenfassung bei *Drs*, *Entgelt ohne Arbeit* 211.

67) *Entgelt ohne Arbeit* 212. Dafür hinsichtlich des Kuraufenthaltes auch *Krejci* in *Rummel*, *ABGB*<sup>2</sup> § 1154 Rz 23.

68) So *Krejci* in *Rummel*, *ABGB*<sup>2</sup> § 1154 Rz 23; anders jedoch OGH 9 ObA 88/95 RdW 1996, 333.

69) Vgl auch *Drs*, *Entgelt ohne Arbeit* 215, demnach sich ein Vergleich zu diesen Dienstverhinderungsgründen anbiete.

70) OGH 8 ObA 2058/96, *Trauer Kaddisch*, ZAS 1997/5 (*Apathy*).

71) *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>11</sup> Rz 6/656: „Im Einzelfall ist stets eine Abwägung der betrieblichen Interessen und der Interessen des AN vorzunehmen.“

- Einerseits ist der AN verpflichtet, seine Termine, wenn möglich, außerhalb der Arbeitszeit wahrzunehmen. Dies bedeutet bspw, dass ein Arzt, Psycho- oder Physiotherapietermin grds außerhalb der Arbeitszeit zu legen ist, wenn der Arzt oder Therapeut derartige Termine anbietet – wegen der freien Arztwahl ist der AN jedoch nicht gehalten, einen Arzt danach auszuwählen, ob dieser derartige Termine zB in den Abendstunden anbietet.
- Sollte der Arzt nur während der Arbeitszeit des AN ordinieren, so ist der AN gehalten, einen Termin am Tagesrand zu wählen und so seine Dienstabwesenheit möglichst gering zu halten und ein effizientes Arbeiten zu ermöglichen.
- Weiters hat der AN, insb wenn es sich um länger im Vorhinein zu planende oder sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Arzttermine oder sonstige Behandlungen handelt, das Einvernehmen mit dem AG zu suchen. Der OGH hat im Zusammenhang mit der Dienstverhinderung aus sonstigen wichtigen persönlichen Gründen betont, dass, kommt es dem AN nach der Art des Hinderungsgrundes auf einen ganz bestimmten Termin nicht an, er also frei disponieren kann, er die Herstellung eines Einvernehmens über den Zeitpunkt des Fernbleibens mit dem AG anzustreben hat.<sup>72)</sup>

72) OGH 8 ObA 2058/96, Trauer Kaddisch, ZAS 1997/5 (Apathy).

### → In Kürze

Die sich in der Praxis immer wieder stellenden Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall lassen sich zumeist durch eine teleologische Interpretation, die insb den Grund für die Tragung des Entgeltrisikos durch den AG einbezieht, befriedigend lösen. Dies lässt sich gut an den Beispielen des Arztbesuches sowie der Organentnahme zeigen. Bei „planbaren“ Krankenständen und Arztbesuchen hat der AN die Interessen des AG zu berücksichtigen.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.  
 Kontaktadresse: Hessgasse 8 – 10, 1010 Wien.  
 E-Mail: martin.risak@univie.ac.at,  
 Internet: www.univie.ac.at/arbeitsrecht

#### Vom selben Autor erschienen:

Praxishandbuch Arbeitsvertragsgestaltung (2011 gem mit Gerlach, Schrank und Höfle); Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008); Pensionsreform 2003/Altersteilzeit aktuell (2004, gem mit Jungwirth und Schrank); Risak, Arbeitgeberrechte im Krankenstand, ZAS 2010, 52.

#### Literatur:

Leoni, Fehlzeitenreporte 2009 und 2010 – Krankheits- und unfallbedingte Fehlzeiten in Österreich (2010 und 2011); Biffi/Leoni/Mayrhuber, Arbeitsbedingte Erkrankungen und Invalidität. Schätzung der gesamtwirtschaftlichen Kosten mit dem Schwerpunkt auf physischen Belastungen (2008); Eitmayer, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (2008); Spitzl, Die Krankschreibung im Sozialrecht, ZAS 2003, 148; Schrank, Schuldhaftes Arbeitnehmerverhalten bei Krankenständen und Krankschreibungen, ZAS 2003/28.

### → Literatur-Tipp



Standeker/Risak/Gether,  
**Arbeitszeit NEU (2007)**

#### 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

