

# TE OGH 2006/7/12 10Rs56/06p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.07.2006

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Dragostinoff als Vorsitzenden, die Richter des Oberlandesgerichtes Mag.Ziegelbauer und Mag.Atria sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Ewald Novak (AG) und Johanna Skuk (AN) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei I\*\*\*\*\*, wegen EUR 4.236,69 s.A., infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 22.11.2005, 18 Cgs 159/05m-7, gemäß §§ 2 ASGG, 492 Abs. 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDas Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Dragostinoff als Vorsitzenden, die Richter des Oberlandesgerichtes Mag.Ziegelbauer und Mag.Atria sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Ewald Novak (AG) und Johanna Skuk (AN) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei I\*\*\*\*\*, wegen EUR 4.236,69 s.A., infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 22.11.2005, 18 Cgs 159/05m-7, gemäß Paragraphen 2, ASGG, 492 Absatz eins, ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Sozialrechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten erster Instanz.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig.

## Text

Begründung:

Der Kläger war bei der Firma B\*\*\*\*\* GmbH vom 22.3.2004 bis 6.8.2004 als Bauarbeiter beschäftigt.

Die Modalitäten der Lohnauszahlung waren bei der B\*\*\*\*\* GmbH nicht geregelt. Es gab keinen fixen Auszahlungstermin. Die Lohnperiode war jeweils ein Kalendermonat. Die Arbeitnehmer bekamen Akontozahlungen. Den restlichen, von den laufenden Akontozahlungen nicht gedeckten Lohn einer Lohnperiode bekamen die Arbeitnehmer erst im Laufe des nächsten Kalendermonats bezahlt. Auch diesbezüglich gab es keine Regelung, keinen fixen Termin, an dem die Arbeitnehmer den restlichen Lohn der vergangenen Lohnperiode gemeinsam mit einer

Gehaltsabrechnung bekommen sollten. Bis einschließlich Mai 2004 funktionierten die Lohnzahlungen insofern, als die Arbeitnehmer im Laufe der nächsten Lohnperiode, das heißt für April im Laufe des Mai, den Restlohn bekommen haben.

Mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 4.5.2004 wurde über das Vermögen der B\*\*\*\*\* GmbH das Ausgleichsverfahren eröffnet. Mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 29.7.2004 wurde der Anschlusskonkurs eröffnet.

Den Lohn für Juni und Juli 2004 hat der Kläger nicht erhalten. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung des Masseverwalters gemäß § 25 KO mit Schreiben vom 2.8.2004. Den Lohn für Juni und Juli 2004 hat der Kläger nicht erhalten. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung des Masseverwalters gemäß Paragraph 25, KO mit Schreiben vom 2.8.2004.

Mit Teilbescheid vom 20.4.2005 zuerkannte die beklagte Partei dem Kläger Insolvenz-Ausfallgeld im Gesamtbetrag von EUR 988,- für Ansprüche auf laufendes Entgelt und Taggeld vom 30.7.2004 bis 6.8.2004, auf anteilige Weihnachtsremuneration vom 22.3.2004 bis 31.5.2004 sowie vom 30.7.2004 bis 6.8.2004 samt Kosten (Anstaltsakt AS 36 f).

Mit dem klagegegenständlichen Bescheid vom 22.6.2005 lehnte die beklagte Partei den darüber hinausgehenden Antrag des Klägers auf Insolvenz-Ausfallgeld für Ansprüche auf laufendes Entgelt und Taggeld vom 1.6.2004 bis 29.7.2004 sowie auf anteilige Weihnachtsremuneration vom 1.6.2004 bis 29.7.2004 im Gesamtbetrag von EUR 4.236,69 ab (Beil./A).

In der dagegen erhobenen Klage brachte der Kläger vor, dass er nicht gegen die Austrittsobliegenheit des § 3a Abs. 3 IESG verstoßen habe. Zentrale Frage sei in diesem Zusammenhang die zumutbare Länge der vom Dienstnehmer zu setzenden Nachfrist. Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Anschlusskonkurses sei jedoch das Entgelt der nächsten Entgeltperiode noch nicht fällig gewesen. Weder die Ausgleichs- noch die Konkursöffnung sei dem Kläger bekannt gewesen und habe er erst durch das Kündigungsschreiben des Masseverwalters von letzterem Kenntnis erhalten. In der dagegen erhobenen Klage brachte der Kläger vor, dass er nicht gegen die Austrittsobliegenheit des Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG verstoßen habe. Zentrale Frage sei in diesem Zusammenhang die zumutbare Länge der vom Dienstnehmer zu setzenden Nachfrist. Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Anschlusskonkurses sei jedoch das Entgelt der nächsten Entgeltperiode noch nicht fällig gewesen. Weder die Ausgleichs- noch die Konkursöffnung sei dem Kläger bekannt gewesen und habe er erst durch das Kündigungsschreiben des Masseverwalters von letzterem Kenntnis erhalten.

Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung und brachte dazu vor, dass der Kläger gemäß § 3a Abs. 3 IESG wegen der ersten nicht vollständigen Zahlung des laufenden Entgelts, nämlich des Entgelts für Juni 2004, nach Setzung einer Nachfrist jedenfalls noch im Juli 2004 seinen vorzeitigen Austritt erklären hätte müssen. Der Höhe nach wurde das Klagebegehren von der beklagten Partei außer Streit gestellt. Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung und brachte dazu vor, dass der Kläger gemäß Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG wegen der ersten nicht vollständigen Zahlung des laufenden Entgelts, nämlich des Entgelts für Juni 2004, nach Setzung einer Nachfrist jedenfalls noch im Juli 2004 seinen vorzeitigen Austritt erklären hätte müssen. Der Höhe nach wurde das Klagebegehren von der beklagten Partei außer Streit gestellt.

Mit dem nun angefochtenen Urteil hat das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben, wobei es seiner Entscheidung den anfangs wiedergegebenen, im Berufungsverfahren nicht mehr strittigen Sachverhalt zugrunde legte.

In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, dass nach den getroffenen Feststellungen davon auszugehen sei, dass die Fälligkeit des Juni-Lohnes erst mit Ablauf des Juli eingetreten sei. Den Kläger habe daher die Obliegenheit getroffen, unter Setzung einer angemessenen Nachfrist den Juni-Lohn gegen Ende Juli einzufordern. Der Anschlusskonkurs sei aber bereits am 29.7.2004 eröffnet worden. Dem Kläger gebühre daher Insolvenz-Ausfallgeld auch für den Zeitraum vom 1.6. bis 29.7.2004.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der beklagten Partei aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im gänzlich klageabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Der Kläger beantragt in seiner Berufungsbeantwortung, der Berufung

nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt. Auf Grund der ausschließlich erhobenen Rechtsrüge legt das Berufungsgericht der rechtlichen Beurteilung den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt zugrunde (§§ 2 ASGG, 498 Abs. 1 ZPO). Die Berufungswerberin bringt vor, dass der Kläger auf Grund des offenen Lohnes für Juni 2004 nach Setzung einer angemessenen Nachfrist jedenfalls noch im Juli 2004 gemäß § 3a Abs. 3 IESG verpflichtet gewesen wäre, seinen berechtigten vorzeitigen Austritt zu erklären. Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt. Auf Grund der ausschließlich erhobenen Rechtsrüge legt das Berufungsgericht der rechtlichen Beurteilung den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt zugrunde (Paragraphen 2, ASGG, 498 Absatz eins, ZPO). Die Berufungswerberin bringt vor, dass der Kläger auf Grund des offenen Lohnes für Juni 2004 nach Setzung einer angemessenen Nachfrist jedenfalls noch im Juli 2004 gemäß Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG verpflichtet gewesen wäre, seinen berechtigten vorzeitigen Austritt zu erklären.

Dazu hat das Berufungsgericht erwogen:

§ 3a IESG regelt das Ausmaß des Insolvenz-Ausfallgeldes für laufendes Entgelt einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen vor der Insolvenz (§ 3a Abs. 1 IESG), bei Eröffnung des Konkurses oder Anschlusskonkurses § 3a Abs. 2 IESG) sowie bei Ausgleichseröffnung und Anordnung der Geschäftsaufsicht (§ 3a Abs. 3 IESG). Ist einmal ein Insolvenztatbestand im Sinne der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens eingetreten, ändert auch die spätere Eröffnung eines Anschlusskonkurses nichts daran, dass für die nach Ausgleichseröffnung bis zur Konkurseröffnung anfallenden laufenden Entgelte nicht § 3a Abs. 1 IESG zur Anwendung gelangt. In der Zeit zwischen der Ausgleichseröffnung und der Eröffnung des Anschlusskonkurses sind vielmehr die Bestimmungen des § 3a Abs. 3 IESG über den Ausgleich heranzuziehen (8 Obs 19/01d, 8 Obs 14/04y). Im Fall der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens gebührt Insolvenz-Ausfallgeld jedenfalls für das laufende Entgelt bis zum Ende des Monats, in dem die Ausgleichseröffnung erfolgt ist (§ 3a Abs. 3 erster Satz IESG). Paragraph 3 a, IESG regelt das Ausmaß des Insolvenz-Ausfallgeldes für laufendes Entgelt einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen vor der Insolvenz (Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG), bei Eröffnung des Konkurses oder Anschlusskonkurses (Paragraph 3 a, Absatz 2, IESG) sowie bei Ausgleichseröffnung und Anordnung der Geschäftsaufsicht (Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG). Ist einmal ein Insolvenztatbestand im Sinne der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens eingetreten, ändert auch die spätere Eröffnung eines Anschlusskonkurses nichts daran, dass für die nach Ausgleichseröffnung bis zur Konkurseröffnung anfallenden laufenden Entgelte nicht Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG zur Anwendung gelangt. In der Zeit zwischen der Ausgleichseröffnung und der Eröffnung des Anschlusskonkurses sind vielmehr die Bestimmungen des Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG über den Ausgleich heranzuziehen (8 Obs 19/01d, 8 Obs 14/04y). Im Fall der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens gebührt Insolvenz-Ausfallgeld jedenfalls für das laufende Entgelt bis zum Ende des Monats, in dem die Ausgleichseröffnung erfolgt ist (Paragraph 3 a, Absatz 3, erster Satz IESG).

Ab diesem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt "nur dann, wenn der Arbeitnehmer infolge der ersten nicht vollständigen Zahlung des ihm zukommenden Entgelts wegen ungebührlicher Schmälerung oder Vorenthaltung des gebührenden Entgelts seinen berechtigten vorzeitigen Austritt erklärt" (§ 3a Abs. 3 zweiter Satz IESG). In diesem Fall gebührt Insolvenz-Ausfallgeld längstens für drei (dem Monat der Ausgleichseröffnung folgende) Monate (§ 3a Abs. 5 IESG). Ab diesem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt "nur dann, wenn der Arbeitnehmer infolge der ersten nicht vollständigen Zahlung des ihm zukommenden Entgelts wegen ungebührlicher Schmälerung oder Vorenthaltung des gebührenden Entgelts seinen berechtigten vorzeitigen Austritt erklärt" (Paragraph 3 a, Absatz 3, zweiter Satz IESG). In diesem Fall gebührt Insolvenz-Ausfallgeld längstens für drei (dem Monat der Ausgleichseröffnung folgende) Monate (Paragraph 3 a, Absatz 5, IESG).

Im gegenständlichen Fall wurde das Ausgleichsverfahren am 4.5.2004 eröffnet. Die Ansprüche auf laufendes Entgelt für Mai 2004 sind nicht strittig, da der Kläger den Monatslohn noch vom Arbeitgeber bezahlt erhielt und ihm für die auf den Monat Mai 2004 entfallende anteilige Weihnachtsremuneration Insolvenz-Ausfallgeld zuerkannt wurde. Der Anschlusskonkurs wurde am 29.7.2004 eröffnet. Auch für das laufende Entgelt (Lohn und Weihnachtsremuneration) ab dem 30.7.2004 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit 6.8.2004 wurde dem Kläger Insolvenz-Ausfallgeld zuerkannt.

Strittig ist ausschließlich der Anspruch des Klägers auf Insolvenz-Ausfallgeld für das laufende Entgelt für den Zeitraum ab 1.6.2004 (Monatserster nach der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens) bis einschließlich 29.7.2004 (Eröffnung des

Anschlusskonkurses). Der Berufungswerberin ist zunächst zuzugestehen, dass die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, wonach die Fälligkeit des Lohnes einer Lohnperiode im konkreten Fall erst mit Ablauf der nächstfolgenden Lohnperiode eingetreten sei, somit also der Juni-Lohn erst mit Ablauf des Juli fällig geworden sei, nicht überzeugt. Abgesehen davon, dass selbst der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren zur Fälligkeit des laufenden Lohnes bloß vorbrachte, dass er wegen Vorenthaltung des Juni-Lohnes spätestens vor der Fälligkeit des nächsten Monatslohnes hätte austreten müssen bzw. zum Zeitpunkt der Eröffnung des Anschlusskonkurses der Juli-Lohn noch nicht fällig gewesen sei (ON 5, Seite 3 = AS 13), er somit selber von der Fälligkeit des Monatslohns mit jeweiligen Monatsende ausging, kann eine Vereinbarung der Fälligkeit des Monatslohnes erst mit Ablauf der nächstfolgenden Lohnperiode auch nicht auf Grundlage der getroffenen Feststellungen angenommen werden.

Festgestellt wurde, dass die Lohnperiode jeweils ein Kalendermonat war und ist daher von einer Fälligkeit des Monatslohns mit Ende des Monats auszugehen (§ 1154 Abs. 2 ABGB). Allein die Feststellungen über die erfolgten Akontozahlungen bis zur vollständigen Begleichung erst im Laufe des Folgemonats können - alleine schon mangels eines bestimmten Erklärungsverhaltens des Arbeitnehmers - keinesfalls als konkludent vereinbarte Verschiebung des Fälligkeitstermins um ein Monat qualifiziert werden. Darüber hinaus würden einer solchen Vereinbarung der verschobenen Fälligkeit auch die zwingenden Bestimmungen des Kollektivvertrages für Bauindustrie und Baugewerbe (§ 8 Lohnberechnung und Lohnzahlung) entgegen stehen, die - soweit aus dem Anstaltsakt erkennbar - von beiden Parteien der Berechnung der Ansprüche des Klägers zugrunde gelegt wurden. Festgestellt wurde, dass die Lohnperiode jeweils ein Kalendermonat war und ist daher von einer Fälligkeit des Monatslohns mit Ende des Monats auszugehen (Paragraph 1154, Absatz 2, ABGB). Allein die Feststellungen über die erfolgten Akontozahlungen bis zur vollständigen Begleichung erst im Laufe des Folgemonats können - alleine schon mangels eines bestimmten Erklärungsverhaltens des Arbeitnehmers - keinesfalls als konkludent vereinbarte Verschiebung des Fälligkeitstermins um ein Monat qualifiziert werden. Darüber hinaus würden einer solchen Vereinbarung der verschobenen Fälligkeit auch die zwingenden Bestimmungen des Kollektivvertrages für Bauindustrie und Baugewerbe (Paragraph 8, Lohnberechnung und Lohnzahlung) entgegen stehen, die - soweit aus dem Anstaltsakt erkennbar - von beiden Parteien der Berechnung der Ansprüche des Klägers zugrunde gelegt wurden.

Richtig ist jedoch, dass ein Arbeitnehmer, der - sowie hier der Kläger - verspätete Lohnzahlungen regelmäßig hingenommen hat, diesen Umstand nicht zum Anlass eines plötzlichen Austrittes nehmen kann. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall dem Arbeitgeber eine Nachfrist zur Zahlung des offenen Lohnes setzen, welche lang genug sein muss, um den Arbeitgeber objektiv in die Lage zu versetzen, die erforderlichen Dispositionen zu treffen (RIS-Justiz RS0028967). Im konkreten Fall hätte der Kläger daher ab dem 1.7.2004 dem damals im Ausgleichsverfahren befindlichen Arbeitgeber eine Nachfrist zur Bezahlung des fälligen Juni-Lohnes setzen können und in der Folge seinen berechtigten Austritt wegen Entgeltvorenthaltung erklären können.

In Bezug auf dieses Austrittsrecht ist jedoch mit der Eröffnung des Anschlusskonkurses mit 29.7.2004 eine gravierende Änderung eingetreten. Die Nichtzahlung der ausschließlich vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner verursachten Lohnrückstände durch den Masseverwalter verwirklicht nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung den Austrittsgrund der Entgeltvorenthaltung nicht (RIS-Justiz RS0102119). Ein Austritt des Klägers nach dem 29.7.2004 wegen des offenen Juni-Lohnes wäre somit nicht mehr berechtigt gewesen bzw. jedenfalls mit einer erheblichen rechtlichen Unsicherheit behaftet gewesen. Auch der Hinweis der Berufungswerberin auf die gemäß § 46 Abs. 2 KO gegebene Qualifikation der laufenden Entgelte zwischen Ausgleich und Anschlusskonkurs als Masseforderungen ändert an diesem rechtlichen Befund nichts. Somit kann von einer Austrittsobliegenheit des Klägers als Arbeitnehmer während des Ausgleichsverfahrens nur vom 1.7. bis zum 29.7.2004 ausgegangen werden. Fraglich ist nun, ob der Kläger durch sein Untätigsein während dieses Zeitraumes gegen die Austrittsobliegenheit verstoßen hat. In Bezug auf dieses Austrittsrecht ist jedoch mit der Eröffnung des Anschlusskonkurses mit 29.7.2004 eine gravierende Änderung eingetreten. Die Nichtzahlung der ausschließlich vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner verursachten Lohnrückstände durch den Masseverwalter verwirklicht nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung den Austrittsgrund der Entgeltvorenthaltung nicht (RIS-Justiz RS0102119). Ein Austritt des Klägers nach dem 29.7.2004 wegen des offenen Juni-Lohnes wäre somit nicht mehr berechtigt gewesen bzw. jedenfalls mit einer erheblichen rechtlichen Unsicherheit behaftet gewesen. Auch der Hinweis der Berufungswerberin auf die gemäß Paragraph 46, Absatz 2, KO gegebene Qualifikation der laufenden Entgelte zwischen Ausgleich und Anschlusskonkurs als

Masseforderungen ändert an diesem rechtlichen Befund nichts. Somit kann von einer Austrittsobligenheit des Klägers als Arbeitnehmer während des Ausgleichsverfahrens nur vom 1.7. bis zum 29.7.2004 ausgegangen werden. Fraglich ist nun, ob der Kläger durch sein Untätigsein während dieses Zeitraumes gegen die Austrittsobligenheit verstoßen hat.

Weder der Gesetzeswortlaut, noch die Gesetzesmaterialien geben einen Hinweis darauf, ab welchem Zeitraum des Hinnehmens eines Entgeltrückstandes ein Arbeitnehmer die Obliegenheit zum Austritt nach § 3a Abs. 3 IESG (bzw. für den Fall des Konkursverfahrens nach der Berichtstagsatzung gleichlautend normiert in § 3a Abs. 2 Z 5 IESG) verletzt. Weder der Gesetzeswortlaut, noch die Gesetzesmaterialien geben einen Hinweis darauf, ab welchem Zeitraum des Hinnehmens eines Entgeltrückstandes ein Arbeitnehmer die Obliegenheit zum Austritt nach Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG (bzw. für den Fall des Konkursverfahrens nach der Berichtstagsatzung gleichlautend normiert in Paragraph 3 a, Absatz 2, Ziffer 5, IESG) verletzt.

Die gegenständlichen Bestimmungen des § 3a IESG wurden durch das BGBl I 1997/107 in das IESG eingefügt. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (737 BlgNR 20.GP 9 ff) sprechen bloß davon, dass mit den genannten Bestimmungen die "Zwangskreditfunktion" des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds für Ansprüche auf laufendes Entgelt während des Insolvenzverfahrens eingeschränkt werden soll. Wenn die erläuternden Bemerkungen weiters davon sprechen, dass Insolvenz-Ausfallgeld für solche laufenden Entgelte "in Zukunft nur noch dann gebühren (soll), wenn der Arbeitgeber (im Konkurs die Masse) auf Grund einer schriftlichen Bestätigung des Ausgleichs- bzw. Masseverwalters nicht zahlen kann und daher der Arbeitnehmer seinen berechtigten vorzeitigen Austritt wegen der nicht erfolgten Zahlung erklären muss", unterlegen sie der Bestimmung über die Ausfallhaftung nach § 3a Abs. 4 IESG wohl einen weiteren Inhalt, als aus dem Gesetzestext abgeleitet werden kann, da die Obliegenheit zum vorzeitigen Austritt keinesfalls an eine vorherige Erklärung des Masseverwalters oder Ausgleichsverwalters über die Zahlungsunfähigkeit gebunden ist. Sie zeigen damit jedoch deutlich die Absicht des Gesetzgebers, dass von einer Obliegenheitsverletzung wohl erst bei einer für den Arbeitnehmer ganz klar erkennbaren und nicht nur vorübergehenden Entgeltvorenthaltung ausgegangen werden soll. Die gegenständlichen Bestimmungen des Paragraph 3 a, IESG wurden durch das BGBl römisch eins 1997/107 in das IESG eingefügt. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (737 BlgNR 20.GP 9 ff) sprechen bloß davon, dass mit den genannten Bestimmungen die "Zwangskreditfunktion" des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds für Ansprüche auf laufendes Entgelt während des Insolvenzverfahrens eingeschränkt werden soll. Wenn die erläuternden Bemerkungen weiters davon sprechen, dass Insolvenz-Ausfallgeld für solche laufenden Entgelte "in Zukunft nur noch dann gebühren (soll), wenn der Arbeitgeber (im Konkurs die Masse) auf Grund einer schriftlichen Bestätigung des Ausgleichs- bzw. Masseverwalters nicht zahlen kann und daher der Arbeitnehmer seinen berechtigten vorzeitigen Austritt wegen der nicht erfolgten Zahlung erklären muss", unterlegen sie der Bestimmung über die Ausfallhaftung nach Paragraph 3 a, Absatz 4, IESG wohl einen weiteren Inhalt, als aus dem Gesetzestext abgeleitet werden kann, da die Obliegenheit zum vorzeitigen Austritt keinesfalls an eine vorherige Erklärung des Masseverwalters oder Ausgleichsverwalters über die Zahlungsunfähigkeit gebunden ist. Sie zeigen damit jedoch deutlich die Absicht des Gesetzgebers, dass von einer Obliegenheitsverletzung wohl erst bei einer für den Arbeitnehmer ganz klar erkennbaren und nicht nur vorübergehenden Entgeltvorenthaltung ausgegangen werden soll.

In der Literatur hat sich Gahleitner (§ 3a IESG: Sicherung des laufenden Entgelts - "Austrittspflicht" und Ausfallhaftung, ZIK 1997, 201 ff) eingehend mit der Austrittsobligenheit auseinandergesetzt und kam zu dem Ergebnis, dass die Bestimmungen des § 3a Abs. 2 Z 5 IESG sowie § 3a Abs. 3 IESG jedenfalls eine Nachfristsetzung seitens des Arbeitnehmers zulassen. Für die Dauer dieser angemessenen Nachfrist müsse zum einen berücksichtigt werden, dass der Masse- bzw. Ausgleichsverwalter eine Zahlung tatsächlich durchführen kann, zum anderen die Dauer einer erforderlichen Information und rechtlichen Beratung des Arbeitnehmers hinsichtlich der Beendigungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren. Im Ergebnis sei daher die "Austrittspflicht" des Arbeitnehmers auch dann rechtzeitig erfüllt, wenn nach einem mehrwöchigen Zeitraum, noch vor Fälligkeit des nächsten laufenden Entgelts, der Austritt erklärt wird. In der Literatur hat sich Gahleitner (Paragraph 3 a, IESG: Sicherung des laufenden Entgelts - "Austrittspflicht" und Ausfallhaftung, ZIK 1997, 201 ff) eingehend mit der Austrittsobligenheit auseinandergesetzt und kam zu dem Ergebnis, dass die Bestimmungen des Paragraph 3 a, Absatz 2, Ziffer 5, IESG sowie Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG jedenfalls eine Nachfristsetzung seitens des Arbeitnehmers zulassen. Für die Dauer dieser angemessenen Nachfrist müsse zum einen berücksichtigt werden, dass der Masse- bzw. Ausgleichsverwalter eine Zahlung tatsächlich durchführen kann, zum anderen die Dauer einer erforderlichen Information und rechtlichen Beratung des

Arbeitnehmers hinsichtlich der Beendigungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren. Im Ergebnis sei daher die "Austrittspflicht" des Arbeitnehmers auch dann rechtzeitig erfüllt, wenn nach einem mehrwöchigen Zeitraum, noch vor Fälligkeit des nächsten laufenden Entgelts, der Austritt erklärt wird.

Der Oberste Gerichtshof hat zur Austrittsobligenheit des Arbeitnehmers im laufenden Insolvenzverfahren - soweit für das Berufungsgericht überblickbar - bisher in drei Entscheidungen Stellung genommen. In 8 ObS 8/04s erachtete das Höchstgericht bei einer Konkurseröffnung am 30.3.2001 und einer Berichtstagsatzung am 31.5.2001 sowie einem nicht erhaltenen Urlaubszuschuss (fällig mit 31.7.2001) und Novembergehalt die schriftliche Einmahnung der aushaftenden Lohnbestandteile am 20.12.2001 mit folgendem Austritt am 14.1.2002 jedenfalls im Hinblick auf den Urlaubszuschuss als verspätet im Sinne einer Verletzung der Austrittsobligenheit. In den Entscheidungen 8 ObS 14/04y sowie 8 ObS 7/05w prüfte das Höchstgericht die Frage der Verspätung eines Austrittes nicht näher, da in beiden zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen auch bei einem sofort nach der Entgeltvorenthaltung ausgesprochenen Austritt sich der durch Insolvenz-Ausfallgeld gesicherte Zeitraum nicht erweitert hätte und somit von einer Überwälzung des Risikos der Unternehmensfortführung auf den Insolvenz-Ausfallgeldfonds nicht die Rede sein könne. Dieses Argument kommt im gegenständlichen Fall jedenfalls nicht zu tragen, da der von beiden Parteien zugrunde gelegte Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe eine Kündigungsfrist bis zum Ende der Arbeitswoche vorsieht (Kollektivvertrag § 15 Punkt 1.) und somit ein noch vor der Eröffnung des Anschlusskonkurses ausgesprochener Austritt jedenfalls einen kürzeren durch Insolvenz-Ausfallgeld abgedeckten Entgeltzeitraum ergeben hätte, als den durch die spätere Kündigung des Masseverwalters ausgelösten Entgeltzeitraum bis zum 6.8.2004. Bemerkenswert ist, dass die IAF Service GmbH als Träger des Insolvenz-Ausfallgeldes im gegenständlichen wie auch in den vorhin genannten Verfahren jeweils vorbrachte, dass der Austritt bis zum Ende des Folgemonats, in dem der erste Entgeltrückstand entstanden ist, erfolgen hätte müssen, womit sie im Ergebnis die oben zitierte Auffassung von Gahleitner teilt. Der Oberste Gerichtshof hat zur Austrittsobligenheit des Arbeitnehmers im laufenden Insolvenzverfahren - soweit für das Berufungsgericht überblickbar - bisher in drei Entscheidungen Stellung genommen. In 8 ObS 8/04s erachtete das Höchstgericht bei einer Konkurseröffnung am 30.3.2001 und einer Berichtstagsatzung am 31.5.2001 sowie einem nicht erhaltenen Urlaubszuschuss (fällig mit 31.7.2001) und Novembergehalt die schriftliche Einmahnung der aushaftenden Lohnbestandteile am 20.12.2001 mit folgendem Austritt am 14.1.2002 jedenfalls im Hinblick auf den Urlaubszuschuss als verspätet im Sinne einer Verletzung der Austrittsobligenheit. In den Entscheidungen 8 ObS 14/04y sowie 8 ObS 7/05w prüfte das Höchstgericht die Frage der Verspätung eines Austrittes nicht näher, da in beiden zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen auch bei einem sofort nach der Entgeltvorenthaltung ausgesprochenen Austritt sich der durch Insolvenz-Ausfallgeld gesicherte Zeitraum nicht erweitert hätte und somit von einer Überwälzung des Risikos der Unternehmensfortführung auf den Insolvenz-Ausfallgeldfonds nicht die Rede sein könne. Dieses Argument kommt im gegenständlichen Fall jedenfalls nicht zu tragen, da der von beiden Parteien zugrunde gelegte Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe eine Kündigungsfrist bis zum Ende der Arbeitswoche vorsieht (Kollektivvertrag Paragraph 15, Punkt 1.) und somit ein noch vor der Eröffnung des Anschlusskonkurses ausgesprochener Austritt jedenfalls einen kürzeren durch Insolvenz-Ausfallgeld abgedeckten Entgeltzeitraum ergeben hätte, als den durch die spätere Kündigung des Masseverwalters ausgelösten Entgeltzeitraum bis zum 6.8.2004. Bemerkenswert ist, dass die IAF Service GmbH als Träger des Insolvenz-Ausfallgeldes im gegenständlichen wie auch in den vorhin genannten Verfahren jeweils vorbrachte, dass der Austritt bis zum Ende des Folgemonats, in dem der erste Entgeltrückstand entstanden ist, erfolgen hätte müssen, womit sie im Ergebnis die oben zitierte Auffassung von Gahleitner teilt.

Auch dem Berufungsgericht erscheint diese Auslegung vor allem auch im Interesse der Rechtssicherheit jedenfalls insoweit zutreffend, als bereits ohne das Abstellen auf nähere Umstände des Einzelfalles, wie hier etwa auf die Unkenntnis des Klägers vom Insolvenzverfahren, die Verletzung der Austrittsobligenheit im Zeitraum bis zur Fälligkeit des nächsten laufenden Entgelts nicht anzunehmen ist. Da im gegenständlichen Fall jedoch schon während des Laufes des Folgemonates der Anschlusskonkurs eröffnet wurde und damit die Austrittsobligenheit geendet hat, kann dem Kläger im Ergebnis eine Verletzung der Austrittsobligenheit nicht vorgeworfen werden. Insofern besteht eine Parallele zu dem zu 8 ObS 19/01d entschiedenen Fall, in dem der Oberste Gerichtshof eine Verletzung der Austrittsobligenheit für das nicht bezahlte Juni-Gehalt verneinte, wenn ein Austritt auf Grund der früher vereinbarten einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Ende Juni rechtlich nicht mehr in Betracht kam.

Jedenfalls kann die Bestimmung des § 3a Abs. 3 zweiter Satz IESG nicht so verstanden werden, dass ein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt nur bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch berechtigten

vorzeitigen Austritt besteht, auch wenn ein solcher vorzeitiger Austritt nicht mehr berechtigt ausgesprochen werden kann und somit die Möglichkeit eines berechtigten vorzeitigen Austritts für den Arbeitnehmer noch vor Ablauf der für eine Austrittserklärung angemessenen Nachfrist wegfällt. Jedenfalls kann die Bestimmung des Paragraph 3 a, Absatz 3, zweiter Satz IESG nicht so verstanden werden, dass ein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt nur bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch berechtigten vorzeitigen Austritt besteht, auch wenn ein solcher vorzeitiger Austritt nicht mehr berechtigt ausgesprochen werden kann und somit die Möglichkeit eines berechtigten vorzeitigen Austritts für den Arbeitnehmer noch vor Ablauf der für eine Austrittserklärung angemessenen Nachfrist wegfällt.

Im Ergebnis kann dem Kläger daher nach Ansicht des Berufungsgerichtes eine Verletzung der Austrittsobligenheit im Sinne des § 3a Abs. 3 IESG nicht vorgeworfen werden und gebührt dem Arbeitnehmer auch für das laufende Entgelt vom 1.6. bis zum 29.7.2004, welches innerhalb des dreimonatigen Zeitraumes des § 3a Abs. 5 IESG liegt, Insolvenz-Ausfallgeld. Im Ergebnis kann dem Kläger daher nach Ansicht des Berufungsgerichtes eine Verletzung der Austrittsobligenheit im Sinne des Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG nicht vorgeworfen werden und gebührt dem Arbeitnehmer auch für das laufende Entgelt vom 1.6. bis zum 29.7.2004, welches innerhalb des dreimonatigen Zeitraumes des Paragraph 3 a, Absatz 5, IESG liegt, Insolvenz-Ausfallgeld.

Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld gebührt jedoch nur dann und insoweit, als der Masseverwalter oder Ausgleichsverwalter schriftlich erklärt, dass die Masse bzw. der Arbeitgeber zur Zahlung nicht oder nicht vollständig in der Lage ist (§ 3a Abs. 4 IESG). Zu dieser Ausfallshaftung haben beide Parteien im bisherigen Verfahren keinerlei Vorbringen erstattet und wird das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren diese Frage mit den Parteien gemäß §§ 182, 182a ZPO zu erörtern haben. Zweckmäßigerweise wird dabei zunächst mit der beklagten Partei zu erörtern sein, ob und inwieweit sie den Einwand der Ausfallshaftung vor dem Hintergrund des bereits teilweise zuerkanntem Insolvenz-Ausfallgelds überhaupt erhebt. Da der Umfang der erforderlichen Verfahrensergänzung und auch allfälliger weiterer Beweisaufnahmen jedoch nicht absehbar ist, war die Sozialrechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld gebührt jedoch nur dann und insoweit, als der Masseverwalter oder Ausgleichsverwalter schriftlich erklärt, dass die Masse bzw. der Arbeitgeber zur Zahlung nicht oder nicht vollständig in der Lage ist (Paragraph 3 a, Absatz 4, IESG). Zu dieser Ausfallshaftung haben beide Parteien im bisherigen Verfahren keinerlei Vorbringen erstattet und wird das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren diese Frage mit den Parteien gemäß Paragraphen 182,, 182a ZPO zu erörtern haben. Zweckmäßigerweise wird dabei zunächst mit der beklagten Partei zu erörtern sein, ob und inwieweit sie den Einwand der Ausfallshaftung vor dem Hintergrund des bereits teilweise zuerkanntem Insolvenz-Ausfallgelds überhaupt erhebt. Da der Umfang der erforderlichen Verfahrensergänzung und auch allfälliger weiterer Beweisaufnahmen jedoch nicht absehbar ist, war die Sozialrechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Ausspruch über den Kostenvorbehalt gründet sich auf die §§ 2 ASGG, 52 ZPO. Der Ausspruch über den Kostenvorbehalt gründet sich auf die Paragraphen 2, ASGG, 52 ZPO.

Der fraglichen Verletzung der Austrittsobligenheit des klagenden Arbeitnehmers gemäß § 3a Abs. 3 IESG kommt eine über den gegenständlichen Rechtsfall hinausgehende Bedeutung zu. Der Rekurs gegen den im Berufungsverfahren ergangenen Beschluss war daher gemäß §§ 2 ASGG, 519 iVm § 502 ZPO zuzulassen. Der fraglichen Verletzung der Austrittsobligenheit des klagenden Arbeitnehmers gemäß Paragraph 3 a, Absatz 3, IESG kommt eine über den gegenständlichen Rechtsfall hinausgehende Bedeutung zu. Der Rekurs gegen den im Berufungsverfahren ergangenen Beschluss war daher gemäß Paragraphen 2, ASGG, 519 in Verbindung mit Paragraph 502, ZPO zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00578 10Rs56.06p

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2006:0100RS00056.06P.0712.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20060712\_OLG0009\_0100RS00056\_06P0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)