

# Fortzahlung erfolgsbezogener Entgeltbestandteile bei Betriebsstilllegungen?

## Zur Risikotragung bei erfolgsabhängigen Entgelten

*Daphne Aichberger-Beig, Wien*

### Übersicht:

- I. Zugang zu dem Thema und persönliche Widmung
- II. Themenstellung: Entgeltfortzahlung erfolgsabhängiger Entgelte bei Betriebsstilllegungen?
- III. Stand der Diskussion
  - A. Judikatur
  - B. Literatur
- IV. Eigene Stellungnahme
  - A. Gleichklang des § 1155 ABGB mit der Risikotragung im Werkvertragsrecht
  - B. Vertragsauslegung
  - C. Dispositivität
- V. Zusammenfassung

### I. Zugang zu dem Thema und persönliche Widmung

Auf eine Anregung von Herrn Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Mazal* geht zurück, dass ich mich intensiv mit der Risikotragung des Arbeitgebers gem § 1155 ABGB beschäftigt habe. Herr Prof. *Mazal* hat mir – nach meiner langjährigen Tätigkeit am Institut für Zivilrecht – damit das Tor zu einem für mich besonders spannenden Thema geöffnet, weil viele der Streitfragen zu § 1155 ABGB mit dem ungeklärten Verhältnis der Bestimmung zum allgemein-zivilrechtlichen Leistungsstörungenrecht zusammenhängen. Die vertragliche Risikotragung zählt zu den Kernthemen der Zivilrechtsdogmatik; die Gespräche mit Herrn Prof. *Mazal* haben meinen Blick aber auch für die besondere sozialpolitische Dimension arbeitsrechtlicher Lösungen geschärft. Es ist mir daher eine große Ehre und Freude, dem Jubilar den folgenden Beitrag zu widmen, in dem ich eine der Zweifelsfragen zu § 1155 ABGB herausgreife.

### II. Themenstellung: Entgeltfortzahlung erfolgsabhängiger Entgelte bei Betriebsstilllegungen?

Der AN behält gem § 1155 Abs 1 ABGB seinen Entgeltanspruch, wenn er leistungsbereit ist, aber die Arbeitsleistung aufgrund von Umständen auf Seite des AG unterbleibt. § 1155 Abs 1 ABGB kommt zB dann zur Anwendung, wenn ein AN während des Laufs der Kündigungsfrist frei gestellt wird oder dann, wenn der AN die Arbeitgeberkündigung erfolgreich anfecht und während des Kündigungsschutzverfahrens vom AG nicht beschäftigt wurde.

Der Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 1155 Abs 1 ABGB erfasst unstrittigerweise auch erfolgsabhängige Entgelte (zB Provisionen).<sup>1)</sup> Entsprechend dem sog. Ausfallsprinzip steht dem AN gem § 1155 Abs 1 ABGB dasjenige Entgelt zu, das er – hypothetisch – bei Erbringung der Arbeitsleistung verdient hätte. Wird also zB ein AN während des Laufs der Kündigungsfrist freigestellt, so ist unbestritten, dass der AG dem AN für diese Zeit nicht nur den Zeitlohn, sondern auch hypothetisch erzielbare erfolgsabhängige Entgelte zu zahlen hat. Die Rsp orientiert sich dabei am Durchschnitt der letzten zwölf repräsentativen Monate, sofern der Verdienst nicht aufgrund besonderer Umstände (zB Preisreduktionen) im Zeitraum der Nicht-Beschäftigung höher oder niedriger gewesen wäre.<sup>2)</sup>

Kontrovers beurteilt wird jedoch, ob § 1155 ABGB auch dann anzuwenden ist, wenn nicht eine Dienstfreistellung, sondern andere betriebliche Umstände, wie insbesondere eine Betriebsstilllegung, dazu führen, dass ein AN keine erfolgsabhängigen Entgelte erzielen konnte. Der OGH beurteilte diese Frage in zwei ähnlich gelagerten Fällen gegensätzlich. In beiden Entscheidungen waren AN aufgrund einer Betriebsstilllegung gekündigt und während des Laufs der Kündigungsfrist frei gestellt worden, weil der Betrieb bereits geschlossen war: In der einen Entscheidung sprach der OGH dem AN gem § 1155 ABGB das erfolgsbezogene Entgelt zu, das der Arbeitnehmer ohne die Betriebsstilllegung verdienen hätte können, während er in einem anderen Fall die erfolgsbezogenen Entgeltbestandteile ersatzlos entfallen ließ.

Dieser Beitrag analysiert grundlegend, wie weit die Risikoübernahme des AN bei erfolgsabhängigen Entgelten reicht. Dabei soll vor allem der in der Judikatur kontrovers beurteilte Fall der Betriebsstilllegung beleuchtet werden.

Nicht Gegenstand dieses Beitrags ist die Sonderfrage, was in jenen Ausnahmefällen gelten soll, in denen die Dienstverhinderung auf eine allgemeine Katastrophe (zB Erdbeben oder Krieg) zurückzuführen ist.<sup>3)</sup>

### III. Stand der Diskussion

#### A. Judikatur

Der OGH beschäftigte sich in insgesamt drei Entscheidungen mit der Anwendung des § 1155 bei Betriebsschließungen.

In einer Entscheidung ging es um die provisionsschmälernde Wirkung einer erst bevorstehenden Betriebsschließung (8 Ob A 87/06m, im Folgenden „Marktrückzugs-Entscheidung“).<sup>4)</sup> Der AG kündigte den AN im entscheidungsgegenständlichen Fall so rechtzeitig, dass das Dienstverhältnis vor der Betriebsschließung endete. Noch während der Laufzeit des Vertrags wurde aber bekannt, dass der AG sich vom österreichischen Markt zurückziehen wolle; infol-

1) ZB *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018) § 1155 ABGB Rz 46; *Schrammel* in *Klang*<sup>3</sup> § 1155 Rz 28 f; RIS-Justiz RS0109785; in jüngerer Zeit OGH 9 Ob A 153/14m Arb 13.205 = DRdA-Infas 2015/142.

2) RIS-Justiz RS0109785; zB OGH 9 Ob A 27/98f DRdA 1999/22, 199 (*Löschnigg*).

3) Siehe dazu zB *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2016) 219 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> (2017) Rz 6/576; *Pfeil* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 Rz 14.

4) OGH 8 Ob A 87/06m ZAS 2008/32 (*Körber-Risak*).

gedessen reduzierten sich die Umsätze und daher auch die Provisionen für die letzten Monate des Arbeitsverhältnisses. Das Höchstgericht gestand dem AN keinen Ersatz für den Provisionsrückgang zu. Der OGH verneinte die Anwendbarkeit des § 1155 ABGB, weil der AN die Dienstleistung im zeitlich bedingenen Umfang erbracht hatte, aber der klare Wortlaut des § 1155 ABGB die Nicht-Erbringung der Dienstleistung voraussetze. Er fügte hinzu, dass auch die Zugrundelegung der – in der Lehre vertretenen – These von der weitgehenden Abbedingung des § 1155 ABGB bei erfolgsabhängigen Entgelten zu demselben Ergebnis führe.

Widersprüchlich entschied der OGH in zwei Entscheidungen zu Kündigungsfreistellungen während Betriebsschließungen. Nur in einer der Entscheidungen gewährte der OGH dem freigestellten AN trotz der Betriebsschließung einen Anspruch auf dasjenige Entgelt, das er (hypothetisch) ohne die Betriebsschließung verdienen hätte können.

Trotz Betriebsschließung sprach das Höchstgericht in der „Drogeriewaren-Entscheidung“ 9 Ob A 27/98f einem als Drogist beschäftigten AN gem § 1155 ABGB die vereinbarte Umsatzprovision zu.<sup>5)</sup> Der Arbeitgeber hatte sein Geschäft einige Monate vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses geschlossen. Der OGH entschied, dass der AG dem AN für die Zeit nach der Schließung des Geschäfts die hypothetisch erzielbare Umsatzprovision zu zahlen hatte, weil die Betriebsstilllegung ein in die Arbeitgebersphäre fallender Grund sei. Er erachtete dies nicht als unbillige Härte für den AG, weil es der „Arbeitgeber in der Hand hat, die Kündigung so rechtzeitig auszusprechen, dass das Ende des Arbeitsverhältnisses mit dem Ende der Betriebstätigkeit zusammenfällt“.

Gegenteilig entschied der OGH in der „Inserate-Entscheidung“ 8 Ob A 75/08z.<sup>6)</sup> In diesem Fall war der AN zum Bezug von Provisionen für verkaufte und vollständig bezahlte Zeitungsinserate berechtigt. Die Muttergesellschaft des AG hatte entschieden, die Zeitungen einzustellen. Unverzüglich nach dieser Entscheidung der Muttergesellschaft wurde der AN gekündigt und freigestellt. Der AN verlor in dieser Entscheidung die Provision für die Dauer der Freistellung, ohne gem § 1155 dafür einen Ausgleich verlangen zu können; der OGH beurteilte die Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB nach dem hypothetischen Verlauf ohne die Freistellung, aber unter Berücksichtigung der Betriebsschließung. Der OGH begründete dies damit, dass der Arbeitnehmer gem § 1155 ABGB nur das Entgelt verlangen könne, das er bei Beschäftigung erhalten hätte und der Arbeitnehmer auch dann, wenn er nicht dienstfrei gestellt worden wäre, aufgrund der Betriebsschließung keine Provisionen lukrieren hätte können. Der OGH führte des Weiteren aus, dass auch zu berücksichtigen sei, dass nach der Provisionsvereinbarung Provisionen nur für tatsächlich akquirierte und vollständig bezahlte Inseratenaufträge zustehen sollten.

## B. Literatur

Gegen die Anwendung des § 1155 ABGB auf erfolgsabhängige Entgelte bei Betriebsstilllegungen werden in der Literatur vor allem zwei Argumente vorgebracht:

5) OGH 9 Ob A 27/98f DRdA 1999/22, 199 (Löschmigg).

6) OGH 8 Ob A 75/08z DRdA 2010/50, 507 (Kallab) = wbl 2009/81, 194 (Felten).

Die erste Argumentationslinie begründet die – auf die Dienstfreistellung beschränkte – Anwendung des § 1155 Abs 1 ABGB damit, dass mit der erfolgsabhängigen Gestaltung des Entgelts die Abbedingung des § 1155 ABGB verbunden sei. Der AN trage bei erfolgsabhängigen Entgelten das unternehmerische Risiko und unterwerfe sich den unternehmerischen Dispositionen des AG.<sup>7)</sup> Andernfalls würde jeder betriebliche Umstand, der zu einer Senkung des Gewinns oder Umsatzes und daher auch einer Minderung erfolgsabhängiger Entgelte führe, Ausgleichsansprüche auslösen.<sup>8)</sup>

Das zweite Argument stützt sich darauf, dass der Tatbestand des § 1155 ABGB das Unterbleiben der Dienstleistung voraussetze. § 1155 ABGB soll demgemäß erstens nicht anwendbar sein, wenn der AN die Arbeitsleistung im vollen zeitlichen Ausmaß erbracht hat, und zweitens auch dann nicht einschlägig sein, wenn – auch ohne Freistellung – die Betriebsschließung zum Entfall erfolgsbezogener Entgelte geführt hätte.<sup>9)</sup>

Andere Autoren befürworten die Anwendung des § 1155 ABGB in Fällen wie in der „Drogeriewaren- und der „Inserate-Entscheidung“, in denen AN auch ohne die Freistellung aufgrund der Betriebsschließung keine erfolgsbezogenen Entgelte erzielen hätten können. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich darauf, dass die Betriebsschließung ein arbeitgeberseitiger Hinderungsgrund für die Erzielung von erfolgsabhängigen Entgelten ist.<sup>10)</sup> Verwiesen wird auch darauf, dass ein AN, der mit der Möglichkeit zum Provisionserwerb rechnet, bei anderen Hindernissen für die Provisionserzielung nicht weniger schutzwürdig sei als bei Unterbleiben der Dienstleistung.<sup>11)</sup> Aus der Übernahme unternehmerischer Risiken bei erfolgsbezogenen Entgelten folge nicht, dass § 1155 ABGB auch hinsichtlich Betriebstilllegungen abbedungen wurde.<sup>12)</sup>

Vermittelnde Auffassungen werden von *Rebhahn* und *Felten* vertreten. *Rebhahn* argumentiert, dass auch beim Werkvertrag, bei dem das Entgelt klar erfolgsbezogen ist, eine mit § 1155 ABGB übereinstimmende Regelung in § 1168 ABGB besteht und darauf, dass die Möglichkeit zum Erwerb von erfolgsbezogenem Entgelt auch einen Teil der Gegenleistung darstellen könne.<sup>13)</sup> Im Ergebnis möchte er differenzieren zwischen der echten, zufälligen Unmöglichkeit und dem Annahmeverzug. Habe der AG sorgfaltswidrig gehandelt, so stehe dem AN ein Anspruch gem § 1155 ABGB zu, bei echtem Zufall hingegen sollen die erfolgsabhängigen Entgelte ersatzlos entfallen.

7) *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 467 (476); *Löschnigg*, Anm zu 9 Ob A 27/98f, DRdA 1999/22; *Felten*, Fortzahlung flexibler Entgeltbestandteile, in *Brodil* (Hrsg) Entgeltliches im Arbeitsrecht 39 (44); *Felten*, Anm zu 8 Ob A 75/08z, wbl 2009/81, 194 (195); *Firlei*, Arbeitsrechtliche Probleme der Sondergebühren, RdM 2014/148, 188 (198 f).

8) *Felten*, Fortzahlung flexibler Entgeltbestandteile, in *Brodil* (Hrsg), Entgeltliches im Arbeitsrecht 39 (44); *Löschnigg*, Anm zu 9 Ob A 27/98f, DRdA 1999/22, 199.

9) *Körber-Risak*, Anm zu 8 Ob A 87/06m, ZAS 2008, 225 (229); *Drs*, Anm zu 8 Ob A 87/06m, DRdA 2008, 255 (256 f); *Panin*, Entlohnung auf Provisionsbasis, Varianten – Zulässigkeitsfragen – Vertragsgestaltung, ASoK 2009, 180 (184 f).

10) *Kallab*, Anm zu 8 Ob A 75/08z, RdA 2010/50; *Preiss* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 12 AngG Rz 3; *Jabornegg* in *Löschnigg*, Angestelltengesetz<sup>10</sup> § 12 Rz 10; *Gerlach* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 12 Rz 2.

11) *Kallab*, Anm zu 8 Ob A 75/08z, DRdA 2010/50; *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1155 Rz 17.

12) *Kallab*, Anm zu 8 Ob A 75/08z, DRdA 2010/50.

13) *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1155 Rz 47.

*Felten* vertritt zwar, dass § 1155 ABGB bei erfolgsabhängigen Entgelten abbedungen worden sei, aber nimmt eine ergänzende Vertragsauslegung vor. In Fällen, in denen kein Kollektivvertrag das Einkommen nach unten absichere und kein Provisionsfixum vereinbart worden ist, liege hinsichtlich Betriebsschließungen eine Vertragslücke vor. Diese sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, indem die Vereinbarung eines branchenüblichen Fixums anzunehmen sei, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der AN mit dem ersatzlosen Entfall der Provisionen einverstanden gewesen wäre.<sup>14)</sup>

#### IV. Eigene Stellungnahme

##### A. Gleichklang des § 1155 ABGB mit der Risikotragung im Werkvertragsrecht

Die Anwendung des § 1155 ABGB auf erfolgsabhängige Entgelte wird häufig mit der Begründung abgelehnt, dass § 1155 ABGB nur den Entfall von Entgelten aufgrund des Unterbleibens der Dienstleistung regelt und daher nicht anwendbar sei, wenn der Erwerb der erfolgsabhängigen Entgelte nicht durch eine Freistellung sondern aus anderen Gründen vereitelt wurde (s oben III. B. zweites Argument).

Wie im Folgenden gezeigt werden soll, ist der Regelungsgedanke des § 1155 ABGB jedoch nicht auf Fälle der Dienstfreistellung beschränkt. Zwar knüpft § 1155 Abs 1 ABGB an das Unterbleiben der Dienstleistung an. Dies liegt jedoch daran, dass § 1155 ABGB die Entlohnung entsprechend der Arbeitszeit (Zeitlohn) vor Augen hat.<sup>15)</sup> Da Zeitlohn ausschließlich von dem Arbeitsausmaß abhängig ist, kann er nur durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung geschmälert werden.

Anders ist dies jedoch bei Erfolgslohn. Ursache für die Vereitelung des Erwerbs erfolgsabhängiger Entgelte können auch andere Umstände auf Arbeitgeberseite sein als eine Dienstfreistellung, wie zB eine Betriebsschließung.<sup>16)</sup> Bei erfolgsbezogener Entlohnung treffen keineswegs alle Gefahren den Gläubiger des Entgelts (dh beim Werkvertrag den Werkunternehmer). Vielmehr enthält für den Werkvertrag, der ja dadurch charakterisiert ist, dass der Werkunternehmer für die Herstellung eines bestimmten Erfolgs entlohnt wird, § 1168 ABGB eine parallele Regelung zu § 1155 ABGB. § 1168 ABGB sieht vor, dass dem Werkunternehmer das Entgelt auch dann zusteht, wenn der geschuldete Erfolg zwar nicht eintritt, aber dies an Umständen auf Seite des Werkbestellers liegt.<sup>17)</sup> Die Erfolgsbezogenheit der Vergütung des AN steht daher der Risikotragung des AG für Umstände auf seiner Seite nicht entgegen.

Dass der Regelungsgedanke des § 1155 ABGB über Zeitlöhne und die Rechtsfolgen der Nicht-Beschäftigung hinausreicht, zeigt überdies auch § 1155 ABGB selbst in Abs 2.<sup>18)</sup> § 1155 Abs 2 ABGB ordnet an, dass der AN Ersatz ver-

14) *Felten*, Anm zu 8 Ob A 75/08z, wbl 2009, 194 (195); *Felten*, Fortzahlung flexibler Entgeltbestandteile, in *Brodil* (Hrsg), Entgeltliches im Arbeitsrecht 39 (46).

15) So auch *Körper-Risak*, Anm zu 8 Ob A 87/06m, ZAS 2008/32.

16) In diese Richtung auch *Felten*, Fortzahlung flexibler Entgeltbestandteile, in *Brodil* (Hrsg), Entgeltliches im Arbeitsrecht 39 (42 f).

17) Auf diese Parallelität hinweisend auch *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1155 ABGB Rz 17 und 47; siehe dazu auch den Herrenhausbericht zur 3. Teilnovelle HNB 78 BlgHH 21. Session, 243 (zu § 1168 ABGB).

18) Auf die Bedeutung des § 1155 Abs 2 ABGB für die Anwendbarkeit des § 1155 ABGB auf erfolgsabhängige Entgelte weisen auch *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1155 ABGB Rz 17 und *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 467 (476) hin.