

wand zu rechtfertigen. Zudem fällt ins Gewicht, daß die Orthesenbehandlung die frühere Wiederaufnahme einer beruflichen Tätigkeit erlaubt, als dies mit einer herkömmlichen Gipsversorgung der Fall wäre.

Die gegenständliche Knieorthese wäre daher seitens der Krankenanstalt als Teil der ärztlichen Behandlung für die zum Zweck der Ausheilung erforderliche Zeit (vorübergehend) zur Verfügung zu stellen gewesen. Eine Beistellungspflicht seitens der KV scheidet damit jedenfalls aus.<sup>45)</sup>

### III. Erstattungspflicht seitens der Krankenkasse?

Anton T. hat somit die Kosten einer Leistung getragen, welche ihm *im Rahmen der Anstaltspflege* zur Verfügung zu stellen gewesen wäre.

Nun sieht § 27 Abs 2 KAG (und die dazu ergangenen landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen) ua vor, daß „orthopädische Hilfsmittel“ die keine „therapeutischen Behelfe“ darstellen, Leistungen der Krankenanstalt sind, die mit den allgemeinen Pflegegebühren nicht abgegolten sind. Sollte deshalb das fallgegenständliche „Orthopädieprodukt“ kein *therapeutischer Behelf* sein, wäre eine *Erstattungspflicht der Krankenkasse* noch näher zu prüfen. Dies ist jedoch nicht der Fall: Zwar findet sich weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien eine Erläuterung dessen, was unter einem „therapeutischen Behelf“ iSd § 27 Abs 2 KAG zu verstehen ist. Schon der Wortsinn legt jedoch offen, daß damit alle Orthopädieprodukte gemeint sind, die zu dem Zweck eingesetzt werden, eine Heilung oder Besserung von behandlungsbedürftigen Körperzuständen zu erreichen.<sup>46)</sup> Es kommt also auf

<sup>45)</sup> Vgl § 133 Abs 5 ASVG; § 62 Abs 5 B-KUVG; § 90 Abs 1 lit c GSVG.

den Zweck an, der mit dem Einsatz eines bestimmten Hilfsmittels verfolgt wird. Besteht dieser darin, einem operierten Knie für die Dauer des natürlichen Heilungsvorganges Halt und Stabilität zu geben, so kann an einem therapeutischen Einsatz überhaupt kein Zweifel bestehen.

Somit ist die gegenständliche Knieorthese Teil jener Leistungen der Krankenanstalt, die mit den allgemeinen Pflegegebühren abgegolten sind, weshalb eine Zahlungspflicht der Krankenkasse auszuschließen ist.

### IV. Lösung

Anton T. hat damit die Kosten einer Leistung übernommen, welche die öffentliche Krankenanstalt im Rahmen der Anstaltspflege ihm zu erbringen verpflichtet war und welche mit den allgemeinen Pflegegebühren abgegolten gewesen wäre. Daß diese Leistung seitens einer privaten Orthopädiefirma erbracht wurde, ändert an diesem Befund nichts, da es auch der öffentlichen Krankenanstalt grundsätzlich unbenommen ist, gewisse Leistungen unter Einschaltung privater Drittfirmen zu erbringen. Die Kosten dafür hätte nach dem Gesetz jedoch der Krankenanstaltenträger zu übernehmen gehabt.

Anton T. hat damit eine Forderung beglichen, welche nach dem Gesetz der Krankenanstaltenträger zu erfüllen gehabt hätte. Gem § 1042 ABGB kann Anton T. beim Krankenanstaltenträger Rückersatz fordern.

Walter M. Grömmner — Bernd A. Oberhofer  
(Innsbruck)

<sup>46)</sup> Vgl Tanzer, *Therapeutische Behelfe, orthopädische Hilfsmittel und Körperersatzstücke*, SozSi 1975, 462; zur Abgrenzung von Körperersatzstücken, die therapeutische Behelfe iSd § 27 Abs 2 KAG sind und solchen, die nicht diesem Zweck dienen, vgl KRSIlg 903.

## Aus der Praxis — für die Praxis

### Probezeit und Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung

Über Antrag der gesetzlichen Interessenvertretung der Leiharbeitsunternehmen hatte sich der OGH in einem weiteren Verfahren nach § 54 Abs 2 ASGG (20. 11. 1991, 9 Ob A 602/91) mit der Frage des Entgeltanspruchs bei überkollektivvertraglicher Entlohnung im Beschäftigterbetrieb und mit der Möglichkeit der Vereinbarung einer Probezeit oder eines befristeten Probearbeitsverhältnisses auseinanderzusetzen und faßte folgenden Feststellungsbeschuß:

1. Die überlassene Arbeitskraft hat während der Zeit der Überlassung — sofern hiedurch das während der Überlassungsfreien Zeit zu gewährende Entgelt (Grundanspruch) überschritten wird — Anspruch auf das im Beschäftigterbetrieb zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt, nicht aber auf ein höheres überkollektivvertragliches Entgelt (Istlohn) der dort beschäftigten Stammarbeiter.

2. Zu Beginn des zwischen einem Überlasser und

der zu überlassenden Arbeitskraft bestehenden Arbeitsverhältnisses ist die Vereinbarung einer Probezeit — mit jederzeitiger beiderseitiger Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses — in der Höchstdauer eines Monats zulässig.

3. Eine kurze Befristung des Arbeitsverhältnisses zwischen einem Überlasser und der zu überlassenden Arbeitskraft auf eine zur Erprobung der Arbeitskraft erforderliche Zeit ist bei hochqualifizierten Arbeitskräften sachlich gerechtfertigt, wenn eine einmonatige Probezeit zur Feststellung der Qualifikation nicht ausreicht.

Ein weiterer Antrag auf Feststellung, daß sich das der überlassenen Arbeitskraft während der Überlassungsfreien Zeit gebührende angemessene ortsübliche Entgelt (Grundanspruch) nach einem für derartige Arbeiten in Betracht kommenden, möglichst sach einschlägigen Kollektivvertrag (KollV) für Arbeitnehmer (AN) dieser Art, in einem größeren örtlichen Bereich, nicht aber nach dem atypischen höheren Entgeltniveau einzelner (Monopol-)Betriebe bestimmt, wurde abgewiesen.

In der Begründung zum ersten Rechtsatz führte der OGH aus, daß die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft in § 10 Abs 1 AÜG geregelt sind, wobei grundsätzlich ein angemessenes, ortsübliches Entgelt gebührt (Grundanspruch). Bei der Beurteilung der Angemessenheit für die Dauer der Überlassung ist auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren AN für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen. Unter Hinweis auf die EB zur RV (450 BlgNR 17. GP) und *Schrank* (ZAS 1991, 41) sprach der OGH aus, daß der klare Wortlaut des § 10 Abs 1 dritter Satz AÜG eine Auslegung in Richtung Ist-Lohn-Anspruch (wie sie von den Antragsgegnern ÖAKT und ÖGB gefordert wurde) nicht zulasse, und auch aus der allgemeinen Norm des § 2 Abs 3 AÜG läßt sich in diese Richtung nichts gewinnen. Schwierigkeiten bereitet lediglich die sich aus der einleitenden Passage „Bei der Beurteilung der Angemessenheit...“ abzuleitende Bezugnahme auf Satz 1 des § 10 Abs 1 AÜG, welche bei wörtlicher Auslegung zur Folge hätte, daß dann, wenn zufolge eines auf den Überlasserbetrieb normativ anzuwendenden KollV nach Satz 2 dieser Bestimmung die subsidiäre Regelung des Satzes 1 (siehe OGH 20. 11. 1991, 9 Ob A 196/91) nicht zum Tragen käme, auf den für den Beschäftigterbetrieb anzuwendenden KollV nicht Bedacht zu nehmen wäre, wie dies *Mazal* (Arbeitskräfteüberlassung 39) zu bedenken gibt.

Einer solchen am reinen Wortlaut orientierten Auslegung ist nach Meinung des OGH der Boden entzogen, da nach hA das Entgelt des einschlägigen KollV als angemessen gilt (*Martinek — M. Schwarz — W. Schwarz*, AngG<sup>7</sup>, 198; *W. Schwarz — Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>4</sup>, 249; *Martinek*, FS-Floretta 237 ff). Geht man daher davon aus, daß der für den Überlasserbetrieb normativ geltende KollV die Angemessenheit des überlassungsunabhängigen Grundentgeltanspruchs der Arbeitskraft konkretisiert (s auch *B. Schwarz*, DRdA 1988, 428 ff), dann ist Satz 3 des § 10 Abs 1 AÜG auch auf ein nach Satz 2 dieser Bestimmung gebührendes Grundentgelt iSe Bedachtnahme auf eine für die überlassenen AN günstigere kollektivvertragliche Entgeltregelung des Beschäftigterbetriebes anzuwenden und der Ausdruck „bleiben unberührt“ in Satz 2 nur auf Satz 1 dieser Bestimmung zu beziehen (s *Grillberger*, WBl 1988, 313 ff). Des weiteren ist der Ausdruck „Bedachtnahme“ verpflichtend und nicht nur iSe Empfehlung zu verstehen, wobei ein höherer Grundentgeltanspruch unberührt bleibt. Mit den Worten „Bedacht nehmen“ soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht alle Bestimmungen des KollV des Beschäftigterbetriebes, die sich auf den Entgeltanspruch der AN beziehen, für überlassene Arbeitskräfte ohne Modifikation nach dem Sinn der Bestimmung angewendet werden können (vgl auch *Leutner — B. Schwarz — Ziniel*, AÜG 109). Nicht erfaßt sind daher in Betriebsvereinbarungen geregelte Entgeltansprüche, gleichgültig, ob es sich um unzulässige „freie“ oder um zulässige Betriebsvereinbarungen handelt. Mit dieser Meinung schließt sich der OGH der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung an (so auch *Geppert*, AÜG 116 f; *Leutner — B. Schwarz — Ziniel*, aaO 109 f; *Ziniel*, DRdA 1988, 176 ff; *Grillberger*, aaO 318; *B. Schwarz*, aaO 431; *Kerschner*, DRdA 1989, 134 ff, und *Schrank*, aaO 52 f). Lediglich *Uhlen-*

*hut* (SozSi 1988, 524) plädierte für die Berücksichtigung des Ist-Lohnes.

Zur Probezeitfrage verwies der OGH auf seine Entscheidung vom 28. 8. 1991, 9 Ob A 161/91 und stellte klar, daß die Zielsetzungen des AÜG der allgemein zulässigen Erprobungsmöglichkeit durch Vereinbarung einer Probezeit im Höchstausmaß von einem Monat nicht entgegenstehen. Problematisch wird eine solche Vereinbarung allerdings dann, wenn nach kurzen Unterbrechungen des Beschäftigungsverhältnisses eine Neuaufnahme mit neuerlicher Probezeit von einem Monat vorgenommen wird, wobei der Verdacht der Umgehung der Entgeltfortzahlungspflicht naheliegt.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Vereinbarung eines befristeten Probearbeitsverhältnisses verwies der OGH auf § 11 Abs 2 Z 4 AÜG, wonach mit dem grundsätzlichen Befristungsverbot zum Schutz der Arbeitskraft verhindert werden soll, daß das wirtschaftliche Risiko des Überlassers auf die Arbeitskraft abgewälzt wird. Eine sachliche Rechtfertigung kann daher nur dann angenommen werden, wenn die Befristung nicht einer solchen Risikoverschiebung dient. Mit dem Hinweis, daß der OGH gem § 54 Abs 4 Satz 1 ASGG über den Feststellungsantrag auf der Grundlage des darin angegebenen Sachverhalts zu unterscheiden habe, verwies er bezüglich der grundsätzlichen Probleme auf die EB und *Geppert* (aaO 143 f) und ging bei der Behandlung der Problemstellung davon aus, daß nach den Angaben der Antragstellerin die zulässige Probezeit von einem Monat bei qualifizierten Arbeitern, etwa qualifizierten Facharbeitern oder Spitzenfacharbeitern nach den Metallarbeiter-KollVen, insb bei Metallarbeitern an EDV-gesteuerten Maschinen (CAM) und bei hochqualifizierten Angestellten im allgemeinen nicht ausreicht, um deren Qualifikation verläßlich festzustellen. Gemeinsam mit *Grillberger* (aaO 316) vertrat daher der OGH die Auffassung, daß dem Überlasser ein berechtigtes Interesse an der ausreichenden Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten der Arbeitskraft zuzubilligen ist. In den Fällen, in denen die zulässige Probezeit zur Erprobung tatsächlich nicht ausreicht, ist daher die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die kurze Dauer der zur Feststellung der Kenntnisse und Fähigkeiten eines qualifizierten AN unbedingt erforderlichen Zeit sachlich gerechtfertigt und unter den weiteren Voraussetzungen des § 11 Abs 1 Z 2 AÜG insoweit zulässig.

Zum abgewiesenen Antrag betreffend die Interpretation des unbestimmten Gesetzesbegriffes der Ortsüblichkeit der Entlohnung stellte der OGH klar, daß sich für ein Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 2 ASGG nur Sachverhalte eignen, aus denen eindeutige Rechtsfolgen abgeleitet werden können (vgl *Gamerith*, DRdA 1988, 303 ff), und es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, den Anwendungsbereich unbestimmter Gesetzesbegriffe ohne Berücksichtigung der im Einzelfall gegebenen besonderen Umstände generell und abstrakt einzugrenzen oder die möglichen Fallgruppen zu variieren und jeweils rechtlich zu beurteilen (siehe OGH 1988/DRdA 1990, 35 [*Grillberger*]; OGH 1990/DRdA 1991, 224 [*Mazal*]).

In der Zwischenzeit wurde dieses Problem in der Entscheidung vom 20. 11. 1991, 9 Ob A 196/91 abgehandelt und der Rahmen der Ortsüblichkeit umschrieben.

*Karl Dirschmied (Wien)*