

# TE OGH 1991/9/25 9ObA158/91

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.09.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Gamerith und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Sylvia Krieger und Margarethe Heidinger als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*, kaufmännische Angestellte, \*\*\*\*\* vertreten durch Mag. J\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, Bediensteter der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich, \*\*\*\*\* dieser vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwalt \*\*\*\*\* wider die beklagte Partei Landeshauptstadt Linz, vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwälte \*\*\*\*\* wegen Feststellung (Streitwert 51.000 S), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. November 1990, GZ 13 Ra 88/90-7, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz als Arbeits- und Sozialgericht vom 27. Juni 1990, GZ 13 Cga 95/90-3, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. den Beschuß

gefaßt:

## Spruch

Die Revision wird, soweit sie Nichtigkeit geltend macht, verworfen.

II. zu Recht erkannt:

Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 4.077 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 679,50 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war seit 13. März 1978 als Bedienerin im Schul- und Sportamt der beklagten Partei beschäftigt. Nach § 5 des schriftlichen Dienstvertrages vom 26. Juni 1978 sind auf das Dienstverhältnis die Bestimmungen der Vertragsbedienstetenordnung der beklagten Partei (VBO) in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

In der VBO finden sich folgende Regelungen:

" ..... Ansprüche bei Dienstverhinderung

§ 15

....

(5) Tritt innerhalb von sechs Monaten nach Wiederantritt des Dienstes abermals eine Dienstverhinderung durch Krankheit oder infolge desselben Unfalles ein, so gilt sie als Fortsetzung der früheren Dienstverhinderung. ....

(9) Hat die Dienstverhinderung ein Jahr gedauert, so gilt das Dienstverhältnis jedenfalls mit Ablauf dieser Frist als beendet, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Bei der Berechnung der Dauer der Dienstverhinderung ist die Bestimmung des Abs 5 sinngemäß anzuwenden. ....

## Kündigung

### § 28

(1) Der Dienstgeber kann in Dienstverhältnis nur schriftlich, und wenn es ununterbrochen ein Jahr gedauert hat, nur mit Angabe des Grundes kündigen. Der einjährige Zeitraum verlängert sich auf zwei Jahre, wenn das Ausmaß der Wochenarbeitszeit weniger als die Hälfte der für einen vollbeschäftigen Vertragsbediensteten vorgeschriebenen Arbeitszeit beträgt.

(2) Ein Grund, der den Dienstgeber nach Ablauf der im Abs 1 genannten Frist zur Kündigung berechtigt, liegt insbesondere vor:

- a) wenn der Vertragsbedienstete seine Dienstpflicht gröblich verletzt, sofern nicht die Entlassung in Frage kommt;
- b) wenn der Vertragsbedienstete sich für eine entsprechende Verwendung als geistig oder körperlich ungeeignet erweist;
- c) wenn der Vertragsbedienstete den im allgemeinen erzielbaren angemessenen Arbeitserfolg trotz Ermahnungen nicht erreicht, sofern nicht die Entlassung in Frage kommt ...

## Vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses

### § 31

(1) Das Dienstverhältnis kann, wenn es für bestimmte Zeit eingegangen wurde (§ 3 Abs 3), vor Ablauf dieser Zeit, sonst aber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teil aus wichtigen Gründen gelöst werden.

(2) Ein wichtiger Grund, der den Dienstgeber zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses (Entlassung) berechtigt, liegt insbesondere vor,

- a) wenn sich nachträglich herausstellt, daß der Vertragsbedienstete die Aufnahme in das Dienstverhältnis durch unwahre Angaben, ungültige Urkunden oder durch Verschweigen von Umständen erschlichen hat, die seine Aufnahme nach den Bestimmungen dieser Ordnung oder anderer Vorschriften ausgeschlossen hätten;
- b) wenn der Vertragsbedienstete sich einer besonders schweren Verletzung der Dienstpflichten oder einer Handlung oder einer Unterlassung schuldig macht, die ihn des Vertrauens des Dienstgebers unwürdig erscheinen läßt, insbesondere wenn er sich Tätilichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen Vorgesetzte oder Mitbedienstete zuschulden kommen läßt oder wenn er sich in seiner dienstlichen Tätigkeit oder im Zusammenhang damit von dritten Personen Vorteile zuwenden läßt;
- c) wenn der Vertragsbedienstete seinen Dienst in wesentlichen Belangen erheblich vernachlässigt oder ohne einen wichtigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit die Dienstleistung unterläßt;
- d) wenn der Vertragsbedienstete sich weigert, seine Dienstverrichtungen ordnungsgemäß zu versehen oder sich dienstlichen Anordnungen seiner Vorgesetzten zu fügen;
- e) wenn der Vertragsbedienstete eine unstatthafte Nebenbeschäftigung betreibt und diese trotz Aufforderung nicht aufgibt;
- f) wenn der Vertragsbedienstete sich eine im § 21 Abs 3 und 4 angeführte Bescheinigung arglistig beschafft oder mißbräuchlich verwendet. ...."

Die Klägerin war seit dem Jahre 1985 zu folgenden Zeiten im Krankenstand: 21. Oktober bis 17. November 1985, 15. April bis 13. Mai 1986, 3. September 1986, 13. Oktober bis 22. November 1986, 20. Oktober bis 15. November 1987, 25. und 26. Jänner 1988, 28. April bis 3. Juli 1988, 6. Oktober 1988 bis 1. Oktober 1989 und ab 2. Jänner 1990.

Die beklagte Partei setzte die Klägerin mit Schreiben vom 8. Jänner 1990 davon in Kenntnis, daß ihr Dienstverhältnis gemäß § 15 Abs 9 VBO am 6. Jänner 1990 geendet habe. Die Klägerin war bereits vor diesem Zeitpunkt begünstigte Behinderte im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG).

Die Klägerin begehrte die Feststellung, daß ihr Dienstverhältnis aufrecht sei. Mit § 15 Abs 9 VBO werde sittenwidrig eine auflösende Bedingung für das Dienstverhältnis normiert, da der Eintritt der Bedingung bei Vertragsabschluß gänzlich unbestimmt und nicht vom Willen der Klägerin abhängig gewesen sei; damit werde aber auch die zwingende Kündigungsfrist des 1159 b ABGB, vor allem der besondere Kündigungsschutz nach dem BEinstG, umgangen. Darüber hinaus handle es sich um eine überraschende Klausel nach § 864 a ABGB, die nicht Vertragsbestandteil geworden sei.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wandte ein, das Dienstverhältnis der im Bereich der Hoheitsverwaltung tätigen Klägerin unterliege dem VBG 1948, das in dessen § 24 Abs 9 bei einjährigem Krankenstand die Auflösung des Dienstverhältnisses ex lege vorsehe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß in Oberösterreich lediglich die Gemeindebediensteten außerhalb der Städte mit eigenem Statut in den Geltungsbereich des VBG 1948 einbezogen worden seien und daher für die von der beklagten Partei beschäftigten Vertragsbediensteten kraft Individualvereinbarung die VBO gelte, soweit nicht zwingende Vorschriften des ABGB bzw des Angestelltengesetzes entgegenstünden. Da die VBO weitgehend den Regelungen des VBG 1948 nachgebildet sei, handle es sich bei § 15 Abs 9 VBO nicht um eine überraschende oder sittenwidrige Vertragsklausel.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge und änderte das Ersturteil im Sinne des Klagebegehrens ab. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 50.000,- übersteige. Das Berufungsgericht vertrat gleichfalls - mit ausführlicher Begründung - die Rechtsauffassung, daß die gegenständliche Vertragsbestimmung nicht ungewöhnlich sei; die Bestimmung sei aber im Falle der Klägerin, die unbestrittenmaßen schon bei Abschluß des Dienstverhältnisses begünstigte Behinderte gewesen sei, gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Sie sehe als maßgebliche Bedingung gerade eine Dienstverhinderung durch Krankheit vor, also speziell in jenem Bereich, in dem der Klägerin der besondere Schutz durch das Behinderteneinstellungsgesetz zugute kommen sollte; entscheidend sei, daß die Regelung des § 15 Abs 9 VBO jede und damit auch eine mit der Behinderung im Zusammenhang stehende Krankheit umfasse.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus den Revisionsgründen der Nichtigkeit, der Mängelhaftigkeit des Verfahrens, der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Wiederherstellung des Ersturteils abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Die behauptete Nichtigkeit liegt nicht vor, da - wie der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung vom 29. Mai 1991, 9 Ob A 68/91, ausgesprochen hat - der als Mitglied des Berufungssenates beigezogene fachkundige Laienrichter Dr. W\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* weder ausgeschlossen noch befangen war.

Auch die Revisionsgründe der Mängelhaftigkeit des Verfahrens und der Aktenwidrigkeit liegen nicht vor § 510 Abs 3 ZPO), weil die von der Revisionswerberin unter diesen Revisionsgründen bekämpfte Annahme des Berufungsgerichtes, die Klägerin sei schon im Zeitpunkt der Begründung ihres Dienstverhältnisses begünstigte Behinderte gewesen, wie zur Rechtsrüge auszuführen sein wird, nicht entscheidungswesentlich ist.

## **Rechtliche Beurteilung**

Im Ergebnis zu Unrecht bekämpft die Revisionswerberin auch die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes.

Das Land Oberösterreich hat von den Ländern eingeräumten, durch die B-VG-Novellen 1974 und 1981 erweiterten Regelungskompetenz bezüglich des Dienstrechtes der Bediensteten der Gemeinden nur teilweise Gebrauch gemacht. Die Bediensteten der Städte mit eigenem Statut sind vom Geltungsbereich des oberösterreichischen Gemeindebedienstetengesetzes 1982 LGBI 1/1982 idF LGBI 78/1982, 34/1984, 96/1985 und 55/1989 ausgenommen (§ 1 leg cit). Auch von den vorangegangenen Regelungen des oberösterreichischen Gemeindebedienstetengesetzes 1952, LGBI 44/1952 idF LGBI 6/1957, 18/1967, 24/1970, 50/1978 und 46/1981 sowie des oberösterreichischen Gemeindeangestelltengesetzes LGBI 16/1921 idF LGBI 38/1924 und 13/1934 waren die Bediensteten der Städte mit eigenem Statut nicht erfaßt. Lediglich das Dienstrecht der Beamten der Städte mit eigenem Statut wurde vom

Landesgesetzgeber mit dem Statutargemeinden-Beamtengesetz LGBl 37/1956 geregelt.

Auf die Dienstverhältnisse der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigten Bediensteten der oberösterreichischen Städte mit eigenem Statut sind mangels landesgesetzlicher Regelung die primär geltenden Bestimmungen des ABGB bzw des Angestelltengesetzes und der entsprechenden Nebengesetze anzuwenden (siehe VfSIg 2168 und Just, Die Bundesverfassungsnotelle 1962 in ihren Auswirkungen auf das Dienstrecht der Gemeindebediensteten, DRdA 1963, 233 ff (234), sowie zu Art IX Abs 2 B-VG-Novelle 1974 Martinek-Schwarz AngG7 116 f).

Das Arbeitsverhältnis der als Bedienerin im Schul- und Sportamt der beklagten Partei beschäftigten Klägerin ist daher grundsätzlich nach den Bestimmungen des ABGB zu beurteilen. Der Vertragsbedienstetenordnung der beklagten Partei kommt lediglich die Bedeutung einer kraft einzelvertraglicher Vereinbarung gültigen lex contractus zu.

Nach der zufolge Aufzählung im § 1164 Abs 1 ABGB zwingenden Bestimmung des § 1158 Abs 1 und 4 ABGB endet das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde; ist es aber ohne Zeitbestimmung eingegangen worden, kann es durch Kündigung gelöst werden.

Wie Schrammel in "Resolutivbedingung im Arbeitsverhältnis", ZAS 1984, 221 ff (221) zutreffend darlegt, hat die Regelung des § 1158 Abs 1 ABGB vor allem das befristete Arbeitsverhältnis im Auge. Bei der Befristung steht fest, daß der Zeitpunkt, mit dem das Recht enden soll, kommen wird; er ist insofern gewiß ("dies certus an"). Während nun die Lehre (insbesondere Adler-Höller in Klang V2, 307; Kramer, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 159 ff (166 f); Floretta in Floretta-Spielbüchler-Strasser Arbeitsrecht I3 252; mit Einschränkungen Schwarz-Löschnigg Arbeitsrecht 4 196, sowie Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz AngG7 356) Resolutivbedingungen generell als unzulässig erachtet, ist der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung ZAS 1984, 227 (mit einer dem Ergebnis zustimmenden Besprechung von Schrammel aaO) von der Zulässigkeit auch einer nicht ausschließlich vom Willen des Arbeitnehmers abhängigen (siehe Schwarz-Löschnigg aaO mwH) Resolutivbedingung ausgegangen. Hiebei handelte es sich jedoch - worauf Schrammel aaO 223 und Schwarz-Löschnigg aaO hinweisen - um eine Bedingung, deren Eintritt zu einem bestimmten Stichtag zu beurteilen war; da eine derartige Resolutivbedingung ohne größere Schwierigkeiten durch eine Befristungsabrede substituiert werden kann und durch die Vereinbarung der Resolutivbedingung lediglich das Motiv der Vertragsbeendigung zum Vertragsinhalt erhoben wird, kann die Vereinbarung noch als zulässige Zeitbestimmung im Sinne des § 1158 Abs 1 und 4 ABGB angesehen werden.

Ist aber, wie im vorliegenden Fall, nicht nur der Eintritt des als auflösende Bedingung vereinbarten Ereignisses ungewiß, sondern steht darüber hinaus auch ein für die Beurteilung des Eintrittes oder Nichteintrittes der Bedingung maßgeblicher Stichtag nicht auch nur annähernd fest, dann läßt sich die Vereinbarung nicht als Zeitbestimmung im Sinne der §§ 1158 Abs 1 und 4 ABGB sowie 19 Abs 1 und 20 Abs 1 AngG deuten. Eine derartige Resolutivbedingung ist vielmehr unwirksam, so daß das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber einseitig nur mehr durch Kündigung oder Entlassung gelöst werden kann.

Selbst wenn man nun der - schon im Hinblick auf eine allfällige Umgehung des Mitwirkungsrechtes der Personalvertretung problematischen - Ansicht Schrammels aaO 223, die Vereinbarung eines Entlassungsgrundes als Resolutivbedingung sei zulässig, folgte, wäre für die Revisionswerberin nichts gewonnen, da § 15 Abs 9 VBO " .... ohne daß es einer Kündigung bedarf ...." im Zusammenhang mit § 31 VBO, der die Entlassung nur wegen eines schuldhaften Verhaltens des Dienstnehmers vorsieht, dagegen spricht, eine Erkrankung im Sinne der erstgenannten Bestimmung als einen den im § 31 VBO demonstrativ aufgezählten Entlassungsgründen gleichkommenden Tatbestand zu werten. Eine Erkrankung im Sinne des § 15 Abs 9 VBO entspricht vielmehr den in § 28 VBO gleichfalls nur demonstrativ aufgezählten Kündigungsgründen. Wäre aber die Erkrankung der Klägerin nur als Kündigungsgrund zu werten, bedürfte eine Kündigung zufolge des - mangels einer Ausnahmsbestimmung - auch auf Dienstnehmer der Länder und Gemeinden anzuwendenden § 8 Abs 2 BEinstG der - hier nicht vorliegenden - vorherigen Zustimmung des Behindertenausschusses.

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:009OBA00158.91.0925.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19910925\_OGH0002\_009OBA00158\_9100000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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