

TE OGH 1990/6/13 9ObA105/90

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.06.1990

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 Dr. Gamerith und Dr. Jelinek sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Monika Angelberger und Franz Eckner als Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Gert H***, Musiker, Wien 4., Heumühlgasse 20, vertreten durch Dr. Herbert Schachter, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei V*** N*** T***, Wien 1.,

Elisabethstraße 22/9, vertreten durch Dr. Karl E. Leitinger und Dr. Wolf Reckendorfer, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung und S 697.202,40 brutto sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 15. Dezember 1989, GZ 34 Ra 102/89-45, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 3. April 1989, GZ 4 Cga 5002/88-38, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, daß das Ersturteil wiederhergestellt wird. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei auch die mit S 67.680,60 bestimmten Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens (darin S 7.940,10 Umsatzsteuer und S 20.040,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger, der im Oktober 1964 von der beklagten Partei als ständig verpflichtetes Orchestermitglied mit Anspruch auf Definitivum als Trompeter engagiert worden ist, begeht die Feststellung, daß sein Dienstverhältnis zur beklagten Partei aufrecht sei; er begeht ferner die Zahlung eines Betrages von zuletzt S 697.202,40 brutto sA mit dem wesentlichen Vorbringen, er sei am 2.2.1984 von der beklagten Partei gekündigt worden; dies jedoch zu Unrecht, weil sich die beklagte Partei über die auf ihn anzuwendenden Bestimmungen des Definitivums hinweggesetzt habe. Am 28.3.1984 sei er ungerechtfertigt entlassen worden. Die beklagte Partei bestreitet das Klagsvorbringen, beantragt kostenpflichtige Klagsabweisung und wendet im wesentlichen ein, die Entlassung des Klägers sei zu Recht erfolgt, weil er unberechtigt auf Kur gefahren sei; im zweiten Rechtsgang brachte sie noch Ergänzendes zur behaupteten Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers vor. Überdies sei er nicht definitives Orchestermitglied gewesen, sodaß sie ihn kündigen können.

Das Erstgericht gab im ersten Rechtsgang der Klage Folge. Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung über die Frage der Definitivstellung des Klägers an das Erstgericht zurück; der beigesetzte Rechtskraftvorbehalt wurde nicht ausgenutzt.

Im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht dem Klagebegehren wiederum Folge und traf folgende wesentliche

Feststellungen:

Der Kläger wurde im Jahr 1964 als ständig verpflichtetes Orchestermitglied mit Anspruch auf Definitivum angestellt und hiebei als III./I. Trompeter bezeichnet. Nach § 4 Abs 2 der Allgemeinen Dienstvertragsbestimmungen (ADB) hat die Zuerkennung des Definitivums unter der Voraussetzung einer freien definitiven Stelle nach Vollendung einer fünfjährigen Dienstzeit zu erfolgen. Sollten für eine definitive Stelle mehrere Mitglieder, die gleichzeitig den Anspruch auf das Definitivum erreicht haben, in Betracht kommen, so entscheidet in erster Linie ihre künstlerische Eignung, in zweiter Linie ihre soziale Lage. Der Musiker muß keinen Antrag auf Verleihung des Definitivums stellen; der Kläger hat einen solchen Antrag auch nicht gestellt. Normalerweise gab die beklagte Partei dem Musiker nichts Schriftliches über das Definitivum; sie tat es nur dann, wenn ein Musiker mit dem Anspruch auf Definitivum ein solches Schreiben wollte. Ein Anzahl von Musikern war, ohne daß sie etwas Schriftliches bekommen hätten, seit mehr als 20 Jahren als Orchestermitglieder bei der beklagten Partei und waren definitiv gestellt. Das Definitivum ist bei der beklagten Partei automatisch eingetreten, wenn ein Musiker mit Anspruch auf Definitivum fünf Jahre bei der beklagten Partei beschäftigt und eine Planstelle frei war. Seit Einführung des Definitivums am 1.1.1965 gab es keinen Fall, in dem die beklagte Partei einen Musiker nach fünfjähriger Zugehörigkeit gekündigt hätte. Am 9.9.1977 teilte die beklagte Partei dem Kläger mit, daß er ab sofort die planmäßige Trompeterstelle I./II. eines krankheitshalber ausgeschiedenen Kollegen zugeteilt erhalte; der Kläger akzeptierte dies ausdrücklich. Anfang 1982 wurde der Kläger von der beklagten Partei gemäß § 22 Abs 2 ADB aufgefordert, eine ASVG-Pension zu beantragen, andernfalls das Schreiben als Kündigung gelte. Der Kläger kam dieser Aufforderung nach; sein Antrag und die diesem folgende Klage blieben jedoch erfolglos. Der Kläger geht Nebenbeschäftigung, und zwar als Lehrer am Konservatorium von Eisenstadt im Ausmaß von fünf Wochenstunden und seit 1974 als Leiter des Wiener Hofburg-Orchesters nach; diese Tätigkeit war der beklagten Partei seit Anbeginn bekannt. § 14 ADB gestattet den Orchesterangehörigen jede standeswürdige Nebenbeschäftigung, sofern es die Dienstpflichten zulassen. Nicht gerechtfertigt sind Dauerverträge mit einem anderen Dienstgeber.

Am 31.1.1984 kündigte die beklagte Partei den Kläger zum 30.9.1984. Am 11.3.1984 meldete der Kläger im Sekretariat der beklagten Partei einen beabsichtigten Kuraufenthalt für die Zeit vom 22.3. bis 13.4.1984; dieses Schreiben wurde an den Direktor der beklagten Partei weitergeleitet. Der Kläger war vom 5. bis 9.3.1984 krank gemeldet, vom 10.3. bis inklusive 22.3.1984 hatte er dienstfrei, ab 23.3.1984 war er diensteingeteilt. Am 22.3.1984, als er sich bereits nach Loipersdorf zur Kur begeben hatte, wurde er von seiner Frau verständigt, daß an diesem Tag ein Schreiben der beklagten Partei eingetroffen sei, worin ihm mitgeteilt wurde, daß ihm mangels eines entsprechenden Antrages keine Dienstfreistellung ab 22.3.1984 gewährt werde und er sich zu den Proben ab 23.3.1984 einzufinden habe. Für den Fall des Nichterscheins wurde ihm die Entlassung in Aussicht gestellt. Der Kläger fuhr daraufhin am 23.3.1984 in der Früh nach Wien und meldete sich um 8.20 Uhr krank. Am Nachmittag suchte er zur Ordinationszeit seine Hausärztin auf, die ihm seine Arbeitsunfähigkeit bestätigte. Noch am selben Tag wurde er von der beklagten Partei entlassen.

Rechtlich folgerte das Erstgericht, daß auch der Kläger definitiv gestellt sei, weil die zur Erlangung des Definitivums aufgestellten Voraussetzungen - fünfjährige Tätigkeit in anwartschaftlicher Stellung und eine freie

Planstelle - aufschiebende Bedingungen seien, die bewirkten, daß das Definitivum auch ohne Antragstellung automatisch erlangt werde, wenn diese - wie beim Kläger - eingetreten seien. Auch nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und der Fürsorgepflicht des Dienstgebers sei die beklagte Partei verpflichtet, eine Definitivstellung des Klägers zu akzeptieren. Daß die Entlassung grundlos erfolgte, hat das Erstgericht bereits im ersten Rechtsgang (ON 13 S 13 f) dargelegt; das Berufungsgericht hat diese Rechtsansicht im ersten Rechtsgang mit ausführlicher Begründung gebilligt (ON 25 S 14 ff, 19). Das Berufungsgericht änderte im zweiten Rechtsgang die erstgerichtliche Entscheidung im Sinn der gänzlichen Klagsabweisung ab. Es vermied, sich mit der umfangreichen Beweisrüge auseinanderzusetzen, indem es im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung die Meinung vertrat, es handle sich bei der Feststellung des Erstgerichtes, daß das Definitivum automatisch eintrete, wenn ein Musiker mit Anspruch darauf fünf Jahre bei der beklagten Partei beschäftigt und eine Planstelle frei sei, lediglich um die "kritiklose Wiedergabe der Auffassung von Zeugen", somit um keine dem Tatsachenbereich zuzuordnende Feststellung, sondern nur um die Wiedergabe von Schlußfolgerungen der Zeugen. Diese "unreflektiert übernommenen Schlußfolgerungen" unterlägen der Überprüfung durch das Berufungsgericht im Rahmen des Berufungsgrundes der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Die nach Meinung des Berufungsgerichtes richtige rechtliche Beurteilung führe dazu, daß aufgrund des § 4 Abs 2 ADB die Definitivstellung ohne Zuerkennung im Sinn einer positiven Handlung der beklagten Partei nicht erlangt werden könne; da bezüglich des Klägers eine solche nicht vorliege, sei er nicht definitiv gestellt und

hätte demnach mangels eines besonderen vertraglichen Kündigungsschutzes gekündigt werden können. Das Dienstverhältnis des Klägers ende daher noch vor dem im Kündigungsschreiben genannten Endtermin durch Entlassung am 23.3.1984, und zwar unabhängig davon, ob ein Entlassungsgrund vorgelegen sei oder nicht. Da der Kläger, wie schon aus seinem Feststellungsbegehren hervorgehe, den aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses behaupte, sei sein Leistungsbegehren als Erfüllungsanspruch gemäß § 1155 ABGB zu werten und daher nicht zu prüfen, ob ihm aus dem völlig verschiedenen Rechtsgrund des Schadenersatzes nach § 29 Abs 1 AngG ein Anspruch zustehe. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagsstattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

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

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt und aus rechtlichen Erwägungen im Sinn der Wiederherstellung des Ersturteils spruchreif. Die Meinung des Berufungsgerichtes, das Erstgericht habe keine ausdrücklichen Feststellungen darüber getroffen, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen einer fünfjährigen Tätigkeit in anwartschaftlicher Stellung und einer freien Planstelle die Definitivstellung automatisch erfolge, ist völlig unrichtig und geradezu unverständlich. Das Erstgericht hat vielmehr ausdrücklich Feststellungen in diesem Sinn getroffen (S 6 oben), die es durch umfangreiche Detailfeststellungen, wie die Definitivstellung in anderen Fällen gehandhabt wurde, ergänzt hat (S 5 bis 7); es hat sich auch in der Beweiswürdigung eingehend damit auseinandergesetzt (S 10), wie es zu diesen Feststellungen kam, nämlich durch eine von § 4 Abs 2 ADB abweichenden Übung. Wenn das Berufungsgericht gegen diese vom Erstgericht getroffenen Feststellungen Bedenken hatte, hätte es die erstgerichtliche Beweiswürdigung durch Beweiswiederholung überprüfen müssen; dieser Aufgabe durfte es sich nicht durch die unzulässige Verlagerung eindeutiger Tatsachenfeststellungen in den Bereich rechtlicher Beurteilung entziehen.

Unrichtig ist überdies die Behauptung des Berufungsgerichtes, der Kläger habe sich nie auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt. Er hat sich vielmehr ausdrücklich auf die allgemeine Übung bezüglich der Definitivstellung berufen (AS 222). Das Berufungsgericht hat sich ferner darüber hinweggesetzt, daß es bereits im ersten Rechtsgang mit Bindungswirkung erkannt hat, daß die Entlassung ungerechtfertigt war (ON 25 S 14 ff, 19). Die Meinung des Berufungsgerichts, der Kläger habe keine Ersatzansprüche, sondern nur Erfüllungsansprüche geltend gemacht, ist ebenfalls verfehlt. Wenn der Kläger auch sein Begehren wegen der von ihm behaupteten Definitivstellung primär auf die Feststellung des noch aufrecht bestehenden Dienstverhältnisses gerichtet hat, ergibt sich aus seinem Vorbringen doch mit hinreichender Deutlichkeit, daß er sein Leistungsbegehren hilfsweise auch auf die aufgrund ungerechtfertiger Entlassung zustehenden Schadenersatzansprüche stützt, zumal er den Rechtsgrund des § 1155 ABGB nicht ausdrücklich geltend gemacht hat.

Trotz all dieser Mängel des Berufungsurteils ist aber die Sache bereits im Sinne des Klagebegehrens spruchreif. Von einem Teil der weitwendigen Beweisrüge in der Berufung erkennt die beklagte Partei selbst, daß sie für den Verfahrensausgang unerheblich ist. Im übrigen betrifft sie nur die bei der beklagten Partei geübte Vorgangsweise; sie hätte daher nur für den Zuspruch aus dem Rechtsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes Bedeutung. Eine Auseinandersetzung damit erübrigt sich aber, weil die der rechtlichen Beurteilung zuzuordnende Auslegung des § 4 Abs 2 ADB ergibt, daß die Definitivstellung trotz der Verwendung des Wortes "Zuerkennung" ipso iure eintritt, wenn für einen freien Dienstposten nur ein Bewerber mit Anspruch auf Definitivstellung vorhanden ist. Der Oberste Gerichtshof kann nämlich die vom Berufungsgericht im ersten Rechtsgang geäußerte Rechtsansicht nicht teilen, daß es auch in diesem Fall zur Erlangung der Definitivstellung einer aktiven Zuerkennungshandlung der beklagten Partei bedürfe. Dies ist nur der Fall, wenn mehrere Mitglieder gleichzeitig Anspruch auf das Definitivum haben. Dann hat nämlich die Auswahl für die definitive Stelle nach näherer Abwägung der im Einzelfall bedürftigen Kriterien (in erster Linie künstlerische Eignung; in zweiter Linie soziale Lage) zu erfolgen, was eine Automatik ausschließt. Die beklagte Partei hat jedoch nicht behauptet, daß es keinen freien Dienstposten für den Kläger gegeben hätte oder daß Mitkonkurrenten vorhanden gewesen wären. Für die Berücksichtigung solcher Umstände wäre sie behauptungs- und beweispflichtig gewesen. War aber kein Konkurrent vorhanden, so hatte der Kläger nach Ablauf der fünfjährigen Dienstzeit, sobald ein Dienstposten frei wurde - ein solcher war spätestens 1977 (Ausscheiden von L***) vorhanden -, das Recht, definitiv gestellt zu werden. Die beklagte Partei hatte keine rechtliche Möglichkeit, dies zu verhindern.

Hieraus ergibt sich zwingend, daß die Definitivstellung automatisch erfolgt. Einer aktiven Zuerkennungshandlung kommt in diesem Fall nur eine deklaratorische Bedeutung zu. Der Kläger ist somit nicht frei kündbar.

Daß die Entlassung ungerechtfertigt erfolgte, hat bereits das Berufungsgericht im ersten Rechtsgang ausführlich dargelegt (ON 25 S 14 ff, 19), sodaß es genügt, auf die diesbezüglichen zutreffenden Ausführungen zu verweisen (§ 48 ASGG). Die beklagte Partei hat auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichtet; der Kläger ist am 23.3.1984 und in der Folge nicht ungerechtfertigt vom Dienst ferngeblieben.

Zutreffend hat auch das Berufungsgericht bereits im ersten Rechtsgang erkannt, daß ein vertraglicher Ausschluß der freien Kündbarkeit wie ein gesetzlicher Kündigungsschutz wirkt. Daher bringt in einem solchen Fall eine ungerechtfertigte Entlassung das Arbeitsverhältnis nicht zur Auflösung. Der Arbeitnehmer kann neben der Feststellung des aufrechten Bestandes seines Dienstverhältnisses die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes als Erfüllungsanspruch gemäß § 1155 ABGB fordern.

Die beklagte Partei bekämpfte das Leistungsbegehr der Höhe nach nicht; sie behauptete nur, der Kläger müsse sich seinen Verdienst aus dem Hofburg-Orchester anrechnen lassen. Hiebei übersieht sie aber, daß sie diese Nebentätigkeit gebilligt und die Zustimmung nicht widerrufen hat; eine Anrechnung scheidet daher schon deshalb aus. Es ist daher sowohl das Feststellungs- als auch das Leistungsbegehr des Klägers berechtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E21032

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1990:009OBA00105.9.0613.000

Dokumentnummer

JJT_19900613_OGH0002_009OBA00105_9000000_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