

TE OGH 1977/11/22 4Ob148/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.1977

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Leidenfrost als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzing und Dr. Friedl, sowie die Beisitzer Dr. Alfred Kepl und Mag. Karl Dirschmied als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P*, Kellner, *, vertreten durch Dr. Norbert Ropper, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei E*, Gasthausinhaber, *, vertreten durch Dr. Heinz Paradeiser, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen S 2.347,96 samt Anhang, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Berufungsgerichtes in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten vom 8. August 1977, GZ 31 Cg 29/77-15, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeitsgerichtes Salzburg vom 5. Mai 1977, GZ Cr 679/77-10, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Es wird der Revision Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, daß das Urteil des Erstgerichtes wieder hergestellt wird.

Der Kläger ist schuldig dem Beklagten die mit S 838,48 (einschließlich S 16,-- Barauslagen und S 60,88 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit S 1.084,41 (einschließlich S 96,-- Barauslagen und S 73,21 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger behauptet, daß er beim Beklagten als Kellner beschäftigt gewesen und am 27. November 1976 ohne wichtigen Grund fristlos entlassen worden sei. Es gebühre ihm daher eine Kündigungsentschädigung in der (nicht bestrittenen) Höhe von S 2.347,96.

Der Beklagte beantragte Abweisung des Klagebegehrens, da der Kläger zu Recht entlassen worden sei, weil er die Weisung des Beklagten, sich nicht im Lokal des Beklagten mit Gästen aufzuhalten, trotz mehrmaliger Abmahnung mißachtet habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte fest:

Der Kläger war etwa 3 Monate bis 27. November 1976 als Kellner ohne Inkasso im Lokal des Beklagten („S*-Restaurant“) in Salzburg beschäftigt. Es bestand eine allgemeine Anweisung des Beklagten, daß im Betrieb Beschäftigte auch nach Dienstschuß nicht im Lokal zusammen mit Gästen konsumieren dürfen. Diese Anweisung wurde grundsätzlich von sämtlichen Beschäftigten des Beklagten eingehalten; sie war dem Kläger auch bekannt.

Etwa 14 Tage vor dem 27. November 1976 saß der Kläger nach Dienstschluß mit einem Gast an einem Tisch des Lokales. Als der Beklagte dies merkte, rief er den Kläger zu sich und forderte ihn auf, das Lokal zu verlassen. Dieser Aufforderung kam der Kläger auch ohne Widerspruch nach.

Am 27. November 1976 um ca 18.00 Uhr bei Dienstschluß des Klägers nahm dieser in dem vor der Küche des Lokales befindlichen Teil des Restaurants wie üblich das Abendessen ein. Es ist dies ein Tisch, etwas abgesondert von den übrigen Tischen an welchen die Gäste konsumieren. Dieser Tisch kann auch von Gästen benützt werden, wenn sonst keine andere Möglichkeit im Lokal vorhanden ist. Grundsätzlich ist dieser Tisch aber für das Personal reserviert. Der Kläger hat an seinem Entlassungstag an diesem Tisch sein Essen alleine eingenommen. Angrenzend an diesen Tisch befindet sich der Stammtisch des Fußballvereines A*. An diesem Tisch saßen zu diesem Zeitpunkt einige Gäste, mit denen der Kläger bekannt war. Das Abendessen hatte der Kläger in Dienstkleidung (schwarze Hose, weißes Hemd, Trachtenkrawatte und grünes Gilet) eingenommen. Nachdem der Kläger sein Abendessen beendet hatte, ging er in die Garderobe und zog sich seine Jacke an. Als der Kläger wieder in das Lokal zurückkehrte, setzte er sich über Aufforderung des Gastes H* an den Stammtisch des Fußballvereines A*. H* lud den Kläger auf ein Gläschen Wein ein. Der Kläger trank sein Glas Wein. Daraufhin kam der Beklagte und forderte den Kläger auf, das Lokal zu verlassen. Der Kläger erwiderte, daß er noch sitzen bleibe. Dann ging der Beklagte wieder weg. Als der Beklagte nach einigen Minuten wieder zurückkehrte und sah, daß der Kläger noch immer am Tisch saß, sagte der Beklagte zu F*, der als Koch im Lokal des Beklagten beschäftigt war und den Vorfall aus der angrenzenden Küche verfolgen konnte, er solle dem Kläger ausrichten, daß er endlich gehen solle. F* teilte diesen Auftrag dem Kläger mit. F* sollte dem Kläger lediglich ausrichten, daß er endlich das Lokal verlassen solle. Von einer Entlassung war zu diesem Zeitpunkt noch keine Rede. Der Kläger sagte daraufhin F*, er solle dem Beklagten ausrichten, daß ihm dies egal sei und er noch sitzen bleibe, da er eingeladen worden sei. Dies teilte F* dem Beklagten mit. Daraufhin ging der Beklagte wiederum zum Tisch, an welchem der Kläger saß, wo eine Diskussion zwischen Kläger und Beklagten stattfand, in welcher der Beklagte den Kläger nochmals aufforderte, endlich das Lokal zu verlassen. Der Kläger blieb aber weiter einige Minuten am Tisch sitzen. Dann stand der Kläger auf und holte sich aus der Garderobe ein Sackerl. Als der Kläger wieder in das Lokal zurückkehren wollte, wurde er in der Küche vom Beklagten aufgehalten und von diesem nochmals aufgefordert, daß er das Lokal beim Hintereingang, wie es im Betrieb des Beklagten üblich war, verlassen solle. Da der Kläger dieser Aufforderung wiederum nicht nachkam und sich wieder am Stammtisch des Vereines A* niedersetzen wollte, teilte der Beklagte dem Kläger mit, daß es jetzt Schluß sei, daß er sich nicht mehr länger vor den Gästen lächerlich machen lasse, und sprach die Entlassung des Klägers aus. Als der Kläger noch immer nicht das Lokal verließ, wurde ihm vom Beklagten angedroht, die Polizei zu holen. Daraufhin hat dann der Kläger das Lokal durch den Lokaleingang verlassen.

Bei der rechtlichen Beurteilung ging das Erstgericht davon aus, daß nur besondere Betriebsinteressen eine Weisung des Dienstgebers an seine Dienstnehmer über außerbetriebliches Verhalten rechtfertigen könnten. Als solches Betriebsinteresse müßte das Bestreben nach Aufrechterhaltung der Disziplin und nach Wahrung des guten Rufes des Lokales anerkannt werden. Im Gastgewerbe werde es allgemein von Gästen nicht gerne gesehen, wenn Kellner mit Gästen zusammen an einem Tisch trinken, zumal dadurch eine prompte Bedienung der übrigen Gäste oft nicht gewährleistet sei. Ob der Kellner schon Dienstschluß habe, sei meistens für die Gäste nicht erkennbar. Es sei auch schwerer, bei einem allfälligen Vorfall unter Alkoholeinfluß für Disziplin und Ordnung zu sorgen, wenn (auch) Dienstnehmer des Betriebes daran – wenn auch nur passiv – beteiligt sind. Die Weisung des Beklagten, daß Dienstnehmer seines Betriebes in seinem Lokal nicht zusammen mit Gästen konsumieren dürften, sei daher gerechtfertigt gewesen. Da der Kläger ausdrücklich die Befolgung dieser Weisung am 27. November 1976 abgelehnt habe, sei er zu Recht wegen beharrlicher Vernachlässigung seiner Pflichten entlassen worden.

Über Berufung des Klägers gab das Berufungsgericht dem Klagsbegehren statt. Es kam nach Neudurchführung der Verhandlung gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ArbGerGes zu denselben Feststellungen wie das Erstgericht und ergänzte sie dahin, daß dem Kläger vor dem Ausspruch der Entlassung diese für den Fall der Nichtbefolgung der Weisung, das Lokal zu verlassen, nie angedroht worden sei. Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß eine Entlassung wegen beharrlicher Pflichtverletzung (§ 82 lit f GewO) nur erfolgen könne, wenn zur Pflichtverletzung „das Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit und die Notwendigkeit einer der Entlassung vorangegangenen Ermahnung“ hinzutrete. Eine solche Ermahnung sei nicht erfolgt, weil dem Kläger bei keiner der mehrmaligen Aufforderungen, das Lokal zu verlassen, eine Entlassung oder irgendwelche sonstige ernstliche dienstrechtliche Maßnahmen angedroht worden seien. Dem Kläger gebühre daher die begehrte Kündigungsentschädigung. Über Berufung des Klägers gab das

Berufungsgericht dem Klagsbegehren statt. Es kam nach Neudurchführung der Verhandlung gemäß Paragraph 25, Absatz eins, Ziffer 3, ArbGerGes zu denselben Feststellungen wie das Erstgericht und ergänzte sie dahin, daß dem Kläger vor dem Ausspruch der Entlassung diese für den Fall der Nichtbefolgung der Weisung, das Lokal zu verlassen, nie angedroht worden sei. Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß eine Entlassung wegen beharrlicher Pflichtverletzung (Paragraph 82, Litera f, GewO) nur erfolgen könne, wenn zur Pflichtverletzung „das Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit und die Notwendigkeit einer der Entlassung vorangegangenen Ermahnung“ hinzutrete. Eine solche Ermahnung sei nicht erfolgt, weil dem Kläger bei keiner der mehrmaligen Aufforderungen, das Lokal zu verlassen, eine Entlassung oder irgendwelche sonstige ernstliche dienstrechtliche Maßnahmen angedroht worden seien. Dem Kläger gebühre daher die begehrte Kündigungsentschädigung.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision des Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne einer Wiederherstellung des Urteiles des Erstgerichtes abzuändern oder es aufzuheben.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt.

Die vom Beklagten geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die darin erblickt wird, daß das Berufungsgericht sich darauf beschränkt habe, die vom Erstgericht protokollierten Aussagen der Zeugen und Parteien lediglich zu verlesen, liegt allerdings nicht vor. Da nämlich keine der Parteien gegen die Verlesung der Protokolle über die in erster Instanz aufgenommenen Beweise eine Einsprache gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ArbGerGes erhob, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, die vor dem Erstgericht vernommenen Zeugen und Parteien im Rahmen der Neudurchführung der Verhandlung selbst noch einmal zu vernehmen. Es konnte sich vielmehr, wenn es eine Beweiswiederholung nicht für erforderlich erachtete, mit der Verlesung dieser Protokolle begnügen und auf Grund des Inhaltes dieser Protokolle auch ergänzende Feststellungen treffen (SZ 36/118, 27/86 ua). Wenn gegen die Verlesung der Protokolle keine Einsprache erhoben wurde, kann die Unterlassung der neuerlichen Vernehmung von Zeugen daher im Revisionsverfahren nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden (ArbSlg 7588, 6967 ua). Die vom Beklagten geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die darin erblickt wird, daß das Berufungsgericht sich darauf beschränkt habe, die vom Erstgericht protokollierten Aussagen der Zeugen und Parteien lediglich zu verlesen, liegt allerdings nicht vor. Da nämlich keine der Parteien gegen die Verlesung der Protokolle über die in erster Instanz aufgenommenen Beweise eine Einsprache gemäß Paragraph 25, Absatz eins, Ziffer 3, ArbGerGes erhob, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, die vor dem Erstgericht vernommenen Zeugen und Parteien im Rahmen der Neudurchführung der Verhandlung selbst noch einmal zu vernehmen. Es konnte sich vielmehr, wenn es eine Beweiswiederholung nicht für erforderlich erachtete, mit der Verlesung dieser Protokolle begnügen und auf Grund des Inhaltes dieser Protokolle auch ergänzende Feststellungen treffen (SZ 36/118, 27/86 ua). Wenn gegen die Verlesung der Protokolle keine Einsprache erhoben wurde, kann die Unterlassung der neuerlichen Vernehmung von Zeugen daher im Revisionsverfahren nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden (ArbSlg 7588, 6967 ua).

In der Rechtsrüge macht aber der Beklagte mit Recht geltend, daß die Weigerung des Klägers, der Weisung des Beklagten, das Lokal zu verlassen, nachzukommen, „beharrlich“ im Sinne des § 82 lit f GewO war. Nach § 82 lit f – 2. Fall – GewO 1859 (aufrechterhalten durch § 376 Z 47 GewO 1973) kann ein Dienstnehmer, der – wie der Kläger – den Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Auflösung des Dienstverhältnisses unterliegt, sofort entlassen werden, wenn er „beharrlich seine Pflichten vernachlässigt“. Unter diesen Begriff fällt auch die Nichtbefolgung einer durch den Gegenstand der Arbeitsleistung und die Besonderheiten des Betriebes gerechtfertigten Anordnung des Dienstgebers (4 Ob 98/76). Die Anordnung des Beklagten, daß Dienstnehmer seines gastgewerblichen Betriebes in seinem Lokal auch nach Dienstscluß nicht zusammen mit Gästen konsumieren dürfen, muß aber als durch die Besonderheiten des Betriebes gerechtfertigt anerkannt werden. Bei der Beurteilung der Berechtigung einer Anordnung des Dienstgebers ist auch darauf Bedacht zu nehmen, ob durch sie berücksichtigungswürdige Interessen des Betriebes gewahrt werden sollen. Es ist aber nach der allgemeinen Anschauung für den Ruf und das Ansehen eines gastgewerblichen Betriebes abträglich, wenn Bedienungspersonal mit Gästen zusammen im Gastlokal konsumiert, in welchem allenfalls Gäste eine Bedienung durch dieses Personal erwarten. Zutreffend hat das Erstgericht darauf verwiesen, daß es für den Gast vielfach nicht ersichtlich ist, ob der betreffende Dienstnehmer des Betriebes bereits Dienstscluß hat oder nicht. Ein

allgemein gehaltenes Verbot an die Dienstnehmer, in den Gastlokalen des Betriebes mit Gästen zusammen zu konsumieren, ist daher im vorliegenden Fall durch die betrieblichen Interessen begründet, sodaß es das dienstliche und nicht das private Verhalten der Dienstnehmer betrifft. Ob es sich um ein Verhalten „außerhalb des Dienstes“ – das übrigens auch nicht immer für die Berechtigung einer Entlassung belanglos ist (Martinek-Schwarz AngG3 475 f) – handelt, ist nicht rein zeitlich, sondern nach seinem Gegenstand zu beurteilen. Da die Anordnung des Beklagten durch den Gegenstand sachlich gerechtfertigt und daher für den Kläger verbindlich war, versagt schon aus diesem Grunde seine Berufung auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Freizügigkeit der Person. In der Rechtsrüge macht aber der Beklagte mit Recht geltend, daß die Weigerung des Klägers, der Weisung des Beklagten, das Lokal zu verlassen, nachzukommen, „beharrlich“ im Sinne des Paragraph 82, Litera f, GewO war. Nach Paragraph 82, Litera f, – 2. Fall – GewO 1859 (aufrechterhalten durch Paragraph 376, Ziffer 47, GewO 1973) kann ein Dienstnehmer, der – wie der Kläger – den Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Auflösung des Dienstverhältnisses unterliegt, sofort entlassen werden, wenn er „beharrlich seine Pflichten vernachlässigt“. Unter diesen Begriff fällt auch die Nichtbefolgung einer durch den Gegenstand der Arbeitsleistung und die Besonderheiten des Betriebes gerechtfertigten Anordnung des Dienstgebers (4 Ob 98/76). Die Anordnung des Beklagten, daß Dienstnehmer seines gastgewerblichen Betriebes in seinem Lokal auch nach Dienstschluß nicht zusammen mit Gästen konsumieren dürfen, muß aber als durch die Besonderheiten des Betriebes gerechtfertigt anerkannt werden. Bei der Beurteilung der Berechtigung einer Anordnung des Dienstgebers ist auch darauf Bedacht zu nehmen, ob durch sie berücksichtigungswürdige Interessen des Betriebes gewahrt werden sollen. Es ist aber nach der allgemeinen Anschauung für den Ruf und das Ansehen eines gastgewerblichen Betriebes abträglich, wenn Bedienungspersonal mit Gästen zusammen im Gastlokal konsumiert, in welchem allenfalls Gäste eine Bedienung durch dieses Personal erwarten. Zutreffend hat das Erstgericht darauf verwiesen, daß es für den Gast vielfach nicht ersichtlich ist, ob der betreffende Dienstnehmer des Betriebes bereits Dienstschluß hat oder nicht. Ein allgemein gehaltenes Verbot an die Dienstnehmer, in den Gastlokalen des Betriebes mit Gästen zusammen zu konsumieren, ist daher im vorliegenden Fall durch die betrieblichen Interessen begründet, sodaß es das dienstliche und nicht das private Verhalten der Dienstnehmer betrifft. Ob es sich um ein Verhalten „außerhalb des Dienstes“ – das übrigens auch nicht immer für die Berechtigung einer Entlassung belanglos ist (Martinek-Schwarz AngG3 475 f) – handelt, ist nicht rein zeitlich, sondern nach seinem Gegenstand zu beurteilen. Da die Anordnung des Beklagten durch den Gegenstand sachlich gerechtfertigt und daher für den Kläger verbindlich war, versagt schon aus diesem Grunde seine Berufung auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Freizügigkeit der Person.

Die Weigerung des Klägers, der Anordnung des Beklagten Folge zu leisten, war aber auch „beharrlich“ im Sinne des § 82 lit f GewO 1859. Unter „beharrlich“ im Sinne dieser Gesetzesstelle ist die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des zum Ausdruck gelangenden Willens, die Dienste oder die Befolgung der Anordnung zu verweigern, zu verstehen. Die Weigerung muß sich daher entweder wiederholt ereignet haben oder von einer Art sein, daß auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Dienstnehmers mit Grund geschlossen werden kann (ArbSlg 8617, 9229, 4 Ob 61/76, 4 Ob 98/76 Soz I A d 1125 ua). Ob dies zutrifft muß auf Grund der Umstände des Falles beurteilt werden. Dabei kann wohl daraus, daß der Dienstnehmer trotz Androhung dienstrechtlicher Maßnahmen, insbesondere einer Entlassung, bei seiner Weigerung bleibt, auf die Ernstlichkeit und Nachhaltigkeit seiner Willenshaltung geschlossen werden; eine wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung des Entlassungstatbestandes ist aber nicht, daß die Ernstlichkeit und Nachhaltigkeit gerade daraus zu erkennen ist. Sie kann sich vielmehr auch aus anderen Umständen ergeben. Das trifft im vorliegenden Fall deswegen zu, weil der Kläger am 27. November 1976 vor dem Ausspruch der Entlassung insgesamt viermal (dreimal vom Beklagten selbst und einmal in dessen Auftrag von F*) zum Verlassen des Lokales aufgefordert wurde und er dazu ausdrücklich erklärte, daß er noch sitzen bleibe, weil er eingeladen sei, und auch in der Diskussion mit dem Beklagten vor den Gästen die Aufforderung des Beklagten ablehnte. Die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Klägers kam übrigens auch darin zum Ausdruck, daß er nach Ausspruch der Entlassung das Lokal immer noch nicht verlassen wollte und erst nach der Drohung des Beklagten, die Polizei zu holen, fortging. Die Weigerung des Klägers, der Anordnung des Beklagten Folge zu leisten, war aber auch „beharrlich“ im Sinne des Paragraph 82, Litera f, GewO 1859. Unter „beharrlich“ im Sinne dieser Gesetzesstelle ist die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des zum Ausdruck gelangenden Willens, die Dienste oder die Befolgung der Anordnung zu verweigern, zu verstehen. Die Weigerung muß sich daher entweder wiederholt ereignet haben oder von einer Art sein, daß auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Dienstnehmers mit Grund geschlossen werden kann (ArbSlg 8617, 9229, 4 Ob 61/76, 4 Ob 98/76 Soz I A d 1125 ua). Ob dies zutrifft muß auf Grund der Umstände des Falles

beurteilt werden. Dabei kann wohl daraus, daß der Dienstnehmer trotz Androhung dienstrechtlicher Maßnahmen, insbesondere einer Entlassung, bei seiner Weigerung bleibt, auf die Ernstlichkeit und Nachhaltigkeit seiner Willenshaltung geschlossen werden; eine wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung des Entlassungstatbestandes ist aber nicht, daß die Ernstlichkeit und Nachhaltigkeit gerade daraus zu erkennen ist. Sie kann sich vielmehr auch aus anderen Umständen ergeben. Das trifft im vorliegenden Fall deswegen zu, weil der Kläger am 27. November 1976 vor dem Ausspruch der Entlassung insgesamt viermal (dreimal vom Beklagten selbst und einmal in dessen Auftrag von F*) zum Verlassen des Lokales aufgefordert wurde und er dazu ausdrücklich erklärte, daß er noch sitzen bleibe, weil er eingeladen sei, und auch in der Diskussion mit dem Beklagten vor den Gästen die Aufforderung des Beklagten ablehnte. Die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Klägers kam übrigens auch darin zum Ausdruck, daß er nach Ausspruch der Entlassung das Lokal immer noch nicht verlassen wollte und erst nach der Drohung des Beklagten, die Polizei zu holen, fortging.

Da somit der Entlassungstatbestand des § 82 lit f (2. Fall) GewO 1859 vom Kläger gesetzt und er daher zu Recht entlassen wurde, hat das Erstgericht sein Begehren nach Kündigungsentschädigung mit Recht abgewiesen. Da somit der Entlassungstatbestand des Paragraph 82, Litera f, (2. Fall) GewO 1859 vom Kläger gesetzt und er daher zu Recht entlassen wurde, hat das Erstgericht sein Begehren nach Kündigungsentschädigung mit Recht abgewiesen.

Es war daher in Stattgebung der Revision das Urteil des Erstgerichtes wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E800955

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1977:0040OB00148.77.1122.000

Im RIS seit

08.01.2026

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2026

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