

# TE OGH 2004/8/26 80bA79/04g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.08.2004

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Sektionschef Dr. Manfred Matzka und Mag. Manuela Majeranowski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Helmut P\*\*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei A\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, wegen EUR 32.642,86 sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Mai 2004, GZ 11 Ra 41/04k-16, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die außerordentliche Revision wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

## **Text**

Begründung:

Bis 1993 war der seit 1964 bei der Sparkasse tätige Kläger Vorstandsdirektor einer Sparkasse. Als diese fusioniert wurde, wurde er Regionalleiter, später (1999) Hauptgeschäftsstellenleiter. Mit dem neuen Dienstvertrag sollte für den Kläger gehaltsmäßig keine Verschlechterung eintreten. Im Dienstvertrag findet sich ua folgende Regelung:

"Punkt 2.2. Zu diesem Gehalt gebührt Ihnen eine pensionsanrechenbare Überstundenpauschale in Höhe von 17 Normalüberstunden und 10 Überstunden für Sonntags- Feiertags- und Nachtarbeit. Die Überstundenpauschale wird 12-mal jährlich bezahlt. Damit sind sämtliche Mehrarbeitsleistungen abgegolten".

Im Folgenden wird dann auf die Bestimmungen der Betriebsvereinbarungen sowie des Angestelltengesetz verwiesen, die so weit gelten sollen, soweit der Vertrag nichts anderes bestimmt. Im Zuge einer weiteren Fusionierung in den Jahren 2001, 2002 fiel die Funktion des Klägers als Hauptgeschäftsstellenleiter weg. Er wurde von der Beklagten auch nicht zum Verkaufsleiter bestellt. Es war schwierig, eine entsprechende Position für ihn zu finden. Über ein Vorruhestandsmodell konnte keine Einigung erzielt werden, ebensowenig über die Verwendung in einer Einmann-Filiale, die in weiterer Folge dann auch geschlossen wurde. Die Beklagte entschloss sich, den Kläger dienstfrei zu stellen und stellte in diesem Zusammenhang auch die Zahlung des Überstundenpauschales ein.

Die Vorinstanzen haben übereinstimmend den Anspruch des Klägers auf Weiterzahlung dieses Überstundenpauschales bejaht.

## Rechtliche Beurteilung

Soweit es nun die Beklagte als erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO geltend macht, ob§ 1155 ABGB auch auf eine Überstundenpauschale anzuwenden sei, wenn ein unkündbarer Dienstnehmer auf Grund seines Verhaltens nicht mehr im Betrieb verwendet werden könne, ist ihr schon vorweg entgegenzuhalten, dass die Dienstfreistellung nach den klaren Feststellungen im Wesentlichen auf die zahlreichen Umstrukturierungen bei der Beklagten zurückzuführen ist. Im Übrigen hat die Beklagte nur geltend gemacht, dass der Kläger eine Mitverantwortung an verschiedenen Ausfällen beim Kreditgeschäft trage und auf die Organisationsänderungen nicht entsprechend eingegangen sei. Ein detailliertes Vorbringen zur Frage der Unkündbarkeit des Klägers hat die Beklagte in erster Instanz gar nicht erstattet. Soweit es nun die Beklagte als erhebliche Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO geltend macht, ob Paragraph 1155, ABGB auch auf eine Überstundenpauschale anzuwenden sei, wenn ein unkündbarer Dienstnehmer auf Grund seines Verhaltens nicht mehr im Betrieb verwendet werden könne, ist ihr schon vorweg entgegenzuhalten, dass die Dienstfreistellung nach den klaren Feststellungen im Wesentlichen auf die zahlreichen Umstrukturierungen bei der Beklagten zurückzuführen ist. Im Übrigen hat die Beklagte nur geltend gemacht, dass der Kläger eine Mitverantwortung an verschiedenen Ausfällen beim Kreditgeschäft trage und auf die Organisationsänderungen nicht entsprechend eingegangen sei. Ein detailliertes Vorbringen zur Frage der Unkündbarkeit des Klägers hat die Beklagte in erster Instanz gar nicht erstattet.

Es entspricht nun der ständigen Judikatur, dass der Arbeitnehmer, dann wenn er vom Arbeitgeber dienstfrei gestellt wird, nach § 1155 ABGB jedenfalls Anspruch auf das Entgelt hat, das ihm gebührt, wenn er die Dienste verrichtet hätte. Davon sind auch Überstundenentgelte und allfällige Zuschläge umfasst (vgl dazu etwa Krejci in Rummel ABGB3 § 1155 Rz 22 mwN; Pfeil in Schwimann ABGB2 § 1155 Rz 15). Dass dies auch für Überstundenpauschale gilt, hat der Oberste Gerichtshof beispielsweise in der Entscheidung Arb 10.781 ausgesprochen. Es entspricht nun der ständigen Judikatur, dass der Arbeitnehmer, dann wenn er vom Arbeitgeber dienstfrei gestellt wird, nach Paragraph 1155, ABGB jedenfalls Anspruch auf das Entgelt hat, das ihm gebührt, wenn er die Dienste verrichtet hätte. Davon sind auch Überstundenentgelte und allfällige Zuschläge umfasst vergleiche dazu etwa Krejci in Rummel ABGB3 Paragraph 1155, Rz 22 mwN; Pfeil in Schwimann ABGB2 Paragraph 1155, Rz 15). Dass dies auch für Überstundenpauschale gilt, hat der Oberste Gerichtshof beispielsweise in der Entscheidung Arb 10.781 ausgesprochen.

Die Beklagte macht im Folgenden geltend, dass sich der Widerrufsvorbehalt aus dem Kollektivvertrag bzw der Betriebsvereinbarung ergebe. Dem ist entgegenzuhalten, dass § 61 Abs 4 des von der Beklagten vorgelegten Sparkassen-Kollektivvertrags vorsieht, dass für laufend anfallende Überstundenleistungen im Einvernehmen mit dem Betriebsrat bzw bei Fehlen eines solchen mit dem betreffenden Angestellten das Entgelt gegen jederzeitigen beiderseitigen Widerruf auch in Form eines monatlich höchstens 12-mal im Jahr auszahlbaren Überstundenpauschales festgesetzt werden kann. Wenn hier die Vorinstanzen übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass mit dem Kläger ein Überstundenpauschale ohne Widerrufsmöglichkeit vereinbart war, handelt es sich um eine Auslegung eines Vertrages im Einzelfall, die regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO darstellt (vgl Kodek in Rechberger ZPO § 502 Rz 3). Eine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung kann darin jedenfalls nicht gesehen werden. Ist doch besonders darauf hinzuweisen, dass es hier nach dem festgestellten Willen der Parteien darum ging, dem Kläger sein bisheriges Gehalt auch im Zuge der Umstrukturierungen weiter zu belassen. Die Beklagte macht im Folgenden geltend, dass sich der Widerrufsvorbehalt aus dem Kollektivvertrag bzw der Betriebsvereinbarung ergebe. Dem ist entgegenzuhalten, dass Paragraph 61, Absatz 4, des von der Beklagten vorgelegten Sparkassen-Kollektivvertrags vorsieht, dass für laufend anfallende Überstundenleistungen im Einvernehmen mit dem Betriebsrat bzw bei Fehlen eines solchen mit dem betreffenden Angestellten das Entgelt gegen jederzeitigen beiderseitigen Widerruf auch in Form eines monatlich höchstens 12-mal im Jahr auszahlbaren Überstundenpauschales festgesetzt werden kann. Wenn hier die Vorinstanzen übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass mit dem Kläger ein Überstundenpauschale ohne Widerrufsmöglichkeit vereinbart war, handelt es sich um eine Auslegung eines Vertrages im Einzelfall, die regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO darstellt vergleiche Kodek in Rechberger ZPO Paragraph 502, Rz 3). Eine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung kann darin jedenfalls nicht gesehen werden. Ist doch besonders darauf hinzuweisen, dass es hier nach dem festgestellten Willen der Parteien darum ging, dem Kläger sein bisheriges Gehalt auch im Zuge der Umstrukturierungen weiter zu belassen.

Im Wesentlichen das Gleiche gilt hinsichtlich der weitgehend inhaltsgleichen Bestimmungen des § 61 Abs 3 der

Betriebsvereinbarung 1966. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, dass die Beklagte gar keinen Widerruf im Sinne dieser Bestimmungen vorgenommen hat. Auch vermag die Beklagte nicht darzustellen, inwieweit sie ein dahingehendes Vorbringen konkret erstattet hätte. Das Vorliegen einer "Dienstverhinderung" im Sinne des letzten Satzes dieser Bestimmung macht die Beklagte nicht geltend. Im Wesentlichen das Gleiche gilt hinsichtlich der weitgehend inhaltsgleichen Bestimmungen des Paragraph 61, Absatz 3, der Betriebsvereinbarung 1966. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, dass die Beklagte gar keinen Widerruf im Sinne dieser Bestimmungen vorgenommen hat. Auch vermag die Beklagte nicht darzustellen, inwieweit sie ein dahingehendes Vorbringen konkret erstattet hätte. Das Vorliegen einer "Dienstverhinderung" im Sinne des letzten Satzes dieser Bestimmung macht die Beklagte nicht geltend.

Wenn es die Beklagte als erhebliche Rechtsfrage des Verfahrensrechtes darstellt, ob bei Geltendmachung der Verletzung der Anleitungsplicht nach § 182 ZPO als Verfahrensmangel die im Verfahren erster Instanz unterlassene Konkretisierung der Gegenforderung schon in der Berufungsschrift erfolgen muss - was die Beklagte als Verstoß gegen das Neuerungsverbot qualifizieren würde - oder erst danach in einem fortgesetzten Verfahren, so ist auf die ständige Rechtsprechung zu verweisen, wonach die Erheblichkeit eines Mangels des erstgerichtlichen Verfahrens in der Berufung geltend zu machen ist (vgl Kodek in Rechberger ZPO § 471 Rz 6). Kann doch ein Verfahrensmangel nur dann mit Erfolg ins Treffen geführt werden, wenn er für den Verfahrensausgang relevant sein konnte. Wenn es die Beklagte als erhebliche Rechtsfrage des Verfahrensrechtes darstellt, ob bei Geltendmachung der Verletzung der Anleitungsplicht nach Paragraph 182, ZPO als Verfahrensmangel die im Verfahren erster Instanz unterlassene Konkretisierung der Gegenforderung schon in der Berufungsschrift erfolgen muss - was die Beklagte als Verstoß gegen das Neuerungsverbot qualifizieren würde - oder erst danach in einem fortgesetzten Verfahren, so ist auf die ständige Rechtsprechung zu verweisen, wonach die Erheblichkeit eines Mangels des erstgerichtlichen Verfahrens in der Berufung geltend zu machen ist vergleiche Kodek in Rechberger ZPO Paragraph 471, Rz 6). Kann doch ein Verfahrensmangel nur dann mit Erfolg ins Treffen geführt werden, wenn er für den Verfahrensausgang relevant sein konnte.

Wenn die Beklagte aber selbst im Berufungsverfahren eine Konkretisierung der Gegenforderung noch nicht vorgenommen hat, so konnte auch die Relevanz einer vom Erstgericht unterlassenen, aber allenfalls nach § 182 Abs 1 ZPO vor einer Abweisung erforderlichen Erörterung nicht beurteilt werden. Wenn die Beklagte aber selbst im Berufungsverfahren eine Konkretisierung der Gegenforderung noch nicht vorgenommen hat, so konnte auch die Relevanz einer vom Erstgericht unterlassenen, aber allenfalls nach Paragraph 182, Absatz eins, ZPO vor einer Abweisung erforderlichen Erörterung nicht beurteilt werden.

Dass es nicht ausreicht, statt der Erstattung eines konkreten Vorbringens auf die Einvernahme von Zeugen zu verweisen, entspricht ebenfalls der ständigen Rechtsprechung. (vgl RIS-Justiz RS0040318). Soweit sich die Beklagte auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 14. 7. 1978 zu 1 Ob 613/78 (= RZ 1979/8, 38) beruft und ausführt, dass die Entscheidung des Berufungsgerichtes von dieser Entscheidung des Obersten Gerichtshofes abweiche, ist ihr entgegenzuhalten, dass es im damaligen Verfahren darum ging, ob bei der Mängelrüge hinsichtlich der Nichtvernehmung einer Zeugin erneut das Beweisthema genannt werden musste. Hier geht es aber um die Frage der Erstattung eines ausreichenden Vorbringens in erster Instanz. Dass es nicht ausreicht, statt der Erstattung eines konkreten Vorbringens auf die Einvernahme von Zeugen zu verweisen, entspricht ebenfalls der ständigen Rechtsprechung. vergleiche RIS-Justiz RS0040318). Soweit sich die Beklagte auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 14. 7. 1978 zu 1 Ob 613/78 (= RZ 1979/8, 38) beruft und ausführt, dass die Entscheidung des Berufungsgerichtes von dieser Entscheidung des Obersten Gerichtshofes abweiche, ist ihr entgegenzuhalten, dass es im damaligen Verfahren darum ging, ob bei der Mängelrüge hinsichtlich der Nichtvernehmung einer Zeugin erneut das Beweisthema genannt werden musste. Hier geht es aber um die Frage der Erstattung eines ausreichenden Vorbringens in erster Instanz.

Soweit die Beklagte schließlich bemängelt, dass sich das Berufungsgericht nicht näher mit der Frage auseinandergesetzt habe, dass der Kläger ja auf Grund der Bestimmungen des Kollektivvertrages bzw der Betriebsvereinbarung unkündbar sei, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Beklagte selbst in der Berufung dazu kein näheres Vorbringen erstattet hat. Im Übrigen führt die Beklagte selbst aus, dass sie nach Abschluss eines Disziplinarverfahrens den Kläger ohnehin in den dauernden Ruhestand versetzt habe.

Insgesamt vermag es die Beklagte jedenfalls nicht, eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO darzustellen.Insgesamt vermag es die Beklagte jedenfalls nicht, eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO darzustellen.

**Textnummer**

E74427

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:008OBA00079.04G.0826.000

**Im RIS seit**

25.09.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

07.05.2012

**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)