jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2004/4/21 9ObA131/03k

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.04.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Ernst Galutschek und Gerhard Prochaska als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. Gerhard W*****, Arzt, *****, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Republik Österreich, Bundesministerium für Landesverteidigung, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, wegen Feststellung eines aufrechten Dienstverhältnisses, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 10. September 2003, GZ 9 Ra 29/03f-30, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Arbeits- und Sozialgericht vom 22. Mai 2002, GZ 5 Cga 263/99w-25, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten der Rekursbeantwortung sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Zwischen der beklagten Partei und dem am 12. 8. 1949 geborenen Kläger wurde am 8. 2. 1988 mit Wirkung ab 1. 2. 1988 ein Dienstvertrag als Heeresvertragsarzt für die Garnison W*****, B*****-Kaserne, auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Im § 1 dieses Dienstvertrages wird darauf hingewiesen, dass dem Einzeldienstvertrag die Gesamtvereinbarung, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich und der Österreichischen Ärztekammer, vom 22. August 1979, samt den dort festgesetzten Bedingungen und Verpflichtungen zugrunde gelegt wird. Laut Punkt IV dieser Gesamtvereinbarung übernimmt ein Heeresvertragsarzt die ärztliche Betreuung bzw Untersuchung der Wehrpflichtigen des ordentlichen und außerordentlichen Präsenzdienstes, der zeitverpflichteten Soldaten, der Vertragsbediensteten, die zur Ausübung einer Offiziers- oder Unteroffiziersfunktion herangezogen werden, die Untersuchung aller Soldaten auf Dienstfähigkeit sowie die Untersuchung von Wehrpflichtigen der Reserve, die sich zur Ableistung eines außerordentlichen Präsenzdienstes gemeldet haben. Gemäß Punkt VI Abs 15 ist der Heeresvertragsarzt verpflichtet, seinen Dienst an Werktagen in der Zeit von 7 bis 12 Uhr (Dienststunden) - je nach Bedarf - zu versehen. Nach Punkt XI dieser Gesamtvereinbarung kann das Dienstverhältnis beiderseits unter Einhaltung der Kündigungsfrist zum 15. und zum Ende eines Kalendermonats mit eingeschriebenem Brief gekündigt werden, wobei die Kündigungsfrist bei einer Dauer des Dienstverhältnisses von einem Jahr oder weniger einen Monat,

nach zwei Jahren Dauer zwei Monate und nach drei Jahren Dauer drei Monate betragen soll. Zu den Pflichten des Heeresvertragsarztes gehört insbesondere die Abhaltung der täglichen Visite, die Untersuchung der Soldaten bei der Einstellung, bei der Entlassung und nach den jeweiligen militärischen Erfordernissen, die ärztliche Begutachtung bzw Beurteilung der Dienstfähigkeit aller Soldaten für den Dienst im Bundesheer, die Anordnung weiterer Behandlungsmaßnahmen, die Abgabe von Krankenberichten für die Truppe, die Veranlassung von Einweisungen in Krankenhäuser, die Zuweisung von fachärztlichen Untersuchungen, die Wahrnehmung sanitärgesetzlicher Auflagen, die Vornahme von periodischen Untersuchungen des Küchenpersonals im Sinne des Bazillenausscheidergesetzes, die Begehung der Küchen, Unterkünfte, Lagerräume, Verpflegsmagazine etc, die Überwachung der Beachtung der für den Sanitätsdienst geltenden Gesetze, Verordnungen und Erlässe, die Bearbeitung sanitätsdienstlicher Verwaltungsagenden, die ärztliche Beratung des Truppenkommandanten in konkreten Fällen, darüber hinaus in allgemeinen Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge, der Hygiene sowie in Fragen der leistungsmäßigen Belastung der Soldaten.Zwischen der beklagten Partei und dem am 12. 8. 1949 geborenen Kläger wurde am 8. 2. 1988 mit Wirkung ab 1. 2. 1988 ein Dienstvertrag als Heeresvertragsarzt für die Garnison W*****, B*****-Kaserne, auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Im Paragraph eins, dieses Dienstvertrages wird darauf hingewiesen, dass dem Einzeldienstvertrag die Gesamtvereinbarung, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich und der Österreichischen Ärztekammer, vom 22. August 1979, samt den dort festgesetzten Bedingungen und Verpflichtungen zugrunde gelegt wird. Laut Punkt römisch IV dieser Gesamtvereinbarung übernimmt ein Heeresvertragsarzt die ärztliche Betreuung bzw Untersuchung der Wehrpflichtigen des ordentlichen und außerordentlichen Präsenzdienstes, der zeitverpflichteten Soldaten, der Vertragsbediensteten, die zur Ausübung einer Offiziers- oder Unteroffiziersfunktion herangezogen werden, die Untersuchung aller Soldaten auf Dienstfähigkeit sowie die Untersuchung von Wehrpflichtigen der Reserve, die sich zur Ableistung eines außerordentlichen Präsenzdienstes gemeldet haben. Gemäß Punkt römisch VI Absatz 15, ist der Heeresvertragsarzt verpflichtet, seinen Dienst an Werktagen in der Zeit von 7 bis 12 Uhr (Dienststunden) - je nach Bedarf - zu versehen. Nach Punkt römisch XI dieser Gesamtvereinbarung kann das Dienstverhältnis beiderseits unter Einhaltung der Kündigungsfrist zum 15. und zum Ende eines Kalendermonats mit eingeschriebenem Brief gekündigt werden, wobei die Kündigungsfrist bei einer Dauer des Dienstverhältnisses von einem Jahr oder weniger einen Monat, nach zwei Jahren Dauer zwei Monate und nach drei Jahren Dauer drei Monate betragen soll. Zu den Pflichten des Heeresvertragsarztes gehört insbesondere die Abhaltung der täglichen Visite, die Untersuchung der Soldaten bei der Einstellung, bei der Entlassung und nach den jeweiligen militärischen Erfordernissen, die ärztliche Begutachtung bzw Beurteilung der Dienstfähigkeit aller Soldaten für den Dienst im Bundesheer, die Anordnung weiterer Behandlungsmaßnahmen, die Abgabe von Krankenberichten für die Truppe, die Veranlassung von Einweisungen in Krankenhäuser, die Zuweisung von fachärztlichen Untersuchungen, die Wahrnehmung sanitärgesetzlicher Auflagen, die Vornahme von periodischen Untersuchungen des Küchenpersonals im Sinne des Bazillenausscheidergesetzes, die Begehung der Küchen, Unterkünfte, Lagerräume, Verpflegsmagazine etc, die Überwachung der Beachtung der für den Sanitätsdienst geltenden Gesetze, Verordnungen und Erlässe, die Bearbeitung sanitätsdienstlicher Verwaltungsagenden, die ärztliche Beratung des Truppenkommandanten in konkreten Fällen, darüber hinaus in allgemeinen Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge, der Hygiene sowie in Fragen der leistungsmäßigen Belastung der Soldaten.

Das Erstgericht stellte fest, dass auf die im Einzelnen festgestellten Tätigkeiten des Klägers eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 11,972 Stunden entfiel. Für Zusatztätigkeiten beim Handgranatenwerfen sowie bei Notfällen außerhalb der Dienstzeit von 7 bis 12 Uhr wurde der Kläger "gesondert honoriert". Mit Schreiben des Bundesministeriums für Landesverteidigung vom 8. 10. 1999 wurde das Dienstverhältnis des Klägers mit Ablauf des 15. 1. 2000 aufgekündigt. Grund für diese Kündigung ist unstrittig der Umstand, dass die Garnison W***** mit Ende 1999 aufgelassen wurde. Dem Kläger wurde eine Ersatzstelle in S***** angeboten, was von diesem jedoch im Hinblick auf seinen Ordinationsstandort in W***** abgelehnt wurde.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass das zwischen den Streitteilen bestehende Dienstverhältnis über den 15. 1. 2000 hinaus aufrecht besteht. Sein Dienstvertrag zur beklagten Partei unterliege den Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes. § 32 Abs 4 VBG sehe zwar vor, dass das Dienstverhältnis wegen der Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen gekündigt werden kann, wenn eine Weiterbeschäftigung in einer Einstufung des Vertragsbediensteten entsprechenden Verwendung im Versetzungsbereich seiner Personalstelle nicht möglich ist, doch genieße der Kläger den Kündigungsschutz nach dieser Bestimmung, weil er bereits vor Ausspruch der Kündigung das 50. Lebensjahr vollendet und bereits 10 Jahre in einem

Dienstverhältnis zur beklagten Partei zugebracht habe.Der Kläger begehrt die Feststellung, dass das zwischen den Streitteilen bestehende Dienstverhältnis über den 15. 1. 2000 hinaus aufrecht besteht. Sein Dienstvertrag zur beklagten Partei unterliege den Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes. Paragraph 32, Absatz 4, VBG sehe zwar vor, dass das Dienstverhältnis wegen der Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen gekündigt werden kann, wenn eine Weiterbeschäftigung in einer Einstufung des Vertragsbediensteten entsprechenden Verwendung im Versetzungsbereich seiner Personalstelle nicht möglich ist, doch genieße der Kläger den Kündigungsschutz nach dieser Bestimmung, weil er bereits vor Ausspruch der Kündigung das 50. Lebensjahr vollendet und bereits 10 Jahre in einem Dienstverhältnis zur beklagten Partei zugebracht habe.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Das Dienstverhältnis des Klägers unterliege nicht dem Vertragsbedienstetengesetz, sondern entsprechend der zum Inhalt des Einzelvertrages gewordenen Gesamtvereinbarung aus dem Jahre 1979 den Bestimmungen des ABGB, sodass ein Kündigungsschutz schon aus diesem Grunde nicht bestehe. Selbst wenn das Vertragsbedienstetengesetz anzuwenden sei, greife die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 3 Z 2 VBG ein, wonach das Vertragsbedienstetengesetz keine Anwendung auf Personen finde, die unverhältnismäßig kurze Zeit, wenn auch regelmäßig, oder nur fallweise verwendet werden; als unverhältnismäßig kurze Zeit gelte eine Beschäftigung im Ausmaße von weniger als einem Drittel der für die Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Wochendienstleistung. Die vertraglichen Dienstleistungen des Klägers lägen weit unter diesem Drittel.Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Das Dienstverhältnis des Klägers unterliege nicht dem Vertragsbedienstetengesetz, sondern entsprechend der zum Inhalt des Einzelvertrages gewordenen Gesamtvereinbarung aus dem Jahre 1979 den Bestimmungen des ABGB, sodass ein Kündigungsschutz schon aus diesem Grunde nicht bestehe. Selbst wenn das Vertragsbedienstetengesetz anzuwenden sei, greife die Ausnahmebestimmung des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, VBG ein, wonach das Vertragsbedienstetengesetz keine Anwendung auf Personen finde, die unverhältnismäßig kurze Zeit, wenn auch regelmäßig, oder nur fallweise verwendet werden; als unverhältnismäßig kurze Zeit gelte eine Beschäftigung im Ausmaße von weniger als einem Drittel der für die Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Wochendienstleistung. Die vertraglichen Dienstleistungen des Klägers lägen weit unter diesem Drittel.

Der Kläger bestritt dieses Vorbringen und führte aus, dass ihn seine vertraglichen Dienstleistungen zumindest 30 Stunden pro Woche in Anspruch genommen hätten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass das Vertragsbedienstetengesetz grundsätzlich auf die Dienstverhältnisse von Heeresvertragsärzten anzuwenden sei. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit des Klägers betrage aber nur knapp 30 % der Vollarbeitszeit, weshalb er der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 3 Z 2 VGB unterfalle und das Vertragsbedienstetengesetz wegen unverhältnismäßig kurzer Zeit dienstlicher Inanspruchnahme des Klägers nicht gelte. Seine Kündigung sei daher wirksam ausgesprochen worden.Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass das Vertragsbedienstetengesetz grundsätzlich auf die Dienstverhältnisse von Heeresvertragsärzten anzuwenden sei. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit des Klägers betrage aber nur knapp 30 % der Vollarbeitszeit, weshalb er der Ausnahmebestimmung des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, VGB unterfalle und das Vertragsbedienstetengesetz wegen unverhältnismäßig kurzer Zeit dienstlicher Inanspruchnahme des Klägers nicht gelte. Seine Kündigung sei daher wirksam ausgesprochen worden.

Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichtes auf und verwies die Arbeitsrechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass Dienstverhältnisse von Heeresvertragsärzten, wie auch das des Klägers, grundsätzlich den Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 unterliegen. Richtig sei auch, dass das Vertragsbedienstetengesetz dann keine Anwendung zu finden habe, wenn Personen nur unverhältnismäßig kurze Zeit im Sinn des § 1 Abs 3 Z 2 VBG verwendet würden. Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes könne aber nicht nur jene Dienstzeit für die Bemessung herangezogen werden, welche der Kläger in der Rahmendienstzeit von 7 bis 12 Uhr an Werktagen tatsächlich geleistet habe, sondern es dürften diejenigen Arbeitsleistungen, die außerhalb dieser Rahmendienstzeiten erbracht worden seien, nicht außer Betracht bleiben, zumal auch in der Gesamtvereinbarung Dienstleistungen vorgesehen seien, welche zu anderen Zeiten erbracht werden müssten. Die "gesonderte Honorierung" allein sei für die Annahme eines weiteren, gesonderten Vertragsverhältnisses nicht ausreichend, vielmehr müsse noch erörtert werden, welche Dienstleistungen tatsächlich einer gesonderten Vereinbarung unterlegen seien und welche im Rahmen des "normalen" Dienstvertrages erbracht worden seien. Erst dann könne abschließend beurteilt werden, ob nur unverhältnismäßig kurze Dienstleistungen des

Klägers vorgelegen hätten. Schon dadurch, dass Einberufungs- bzw Entlassungstermine im Kalenderjahr stark schwankten, bedürfe es einer auf das Kalenderjahr abgestellten Prüfung der Wochendienstleistung des Klägers. Dabei sei jeweils die vom Kläger pro Jahr tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung mit der von einem vollbeschäftigten Vertragsbediensteten tatsächlich zur erbringenden Arbeitsleistung zu vergleichen. Bei der Ermittlung der durchschnittlichen Wochenstundenzahl seien auch Urlaubs- und Feiertage zu berücksichtigen, was vom Erstgericht ebenfalls nicht beachtet worden sei. Darüber hinaus sei das Verfahren auch deshalb mangelhaft geblieben, weil ein beantragter Sachverständigenbeweis nicht aufgenommen worden sie.Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichtes auf und verwies die Arbeitsrechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass Dienstverhältnisse von Heeresvertragsärzten, wie auch das des Klägers, grundsätzlich den Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 unterliegen. Richtig sei auch, dass das Vertragsbedienstetengesetz dann keine Anwendung zu finden habe, wenn Personen nur unverhältnismäßig kurze Zeit im Sinn des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, VBG verwendet würden. Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes könne aber nicht nur jene Dienstzeit für die Bemessung herangezogen werden, welche der Kläger in der Rahmendienstzeit von 7 bis 12 Uhr an Werktagen tatsächlich geleistet habe, sondern es dürften diejenigen Arbeitsleistungen, die außerhalb dieser Rahmendienstzeiten erbracht worden seien, nicht außer Betracht bleiben, zumal auch in der Gesamtvereinbarung Dienstleistungen vorgesehen seien, welche zu anderen Zeiten erbracht werden müssten. Die "gesonderte Honorierung" allein sei für die Annahme eines weiteren, gesonderten Vertragsverhältnisses nicht ausreichend, vielmehr müsse noch erörtert werden, welche Dienstleistungen tatsächlich einer gesonderten Vereinbarung unterlegen seien und welche im Rahmen des "normalen" Dienstvertrages erbracht worden seien. Erst dann könne abschließend beurteilt werden, ob nur unverhältnismäßig kurze Dienstleistungen des Klägers vorgelegen hätten. Schon dadurch, dass Einberufungs- bzw Entlassungstermine im Kalenderjahr stark schwankten, bedürfe es einer auf das Kalenderjahr abgestellten Prüfung der Wochendienstleistung des Klägers. Dabei sei jeweils die vom Kläger pro Jahr tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung mit der von einem vollbeschäftigten Vertragsbediensteten tatsächlich zur erbringenden Arbeitsleistung zu vergleichen. Bei der Ermittlung der durchschnittlichen Wochenstundenzahl seien auch Urlaubs- und Feiertage zu berücksichtigen, was vom Erstgericht ebenfalls nicht beachtet worden sei. Darüber hinaus sei das Verfahren auch deshalb mangelhaft geblieben, weil ein beantragter Sachverständigenbeweis nicht aufgenommen worden sie.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig ist, weil gesicherte Rechtsprechung zur Auslegung des § 1 Abs 3 Z 2 VBG fehle.Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig ist, weil gesicherte Rechtsprechung zur Auslegung des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, VBG fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der beklagten Partei aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben, in der Sache selbst zu entscheiden und das Urteil des Erstgerichtes wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses gestellt, bzw. beantragt, dem Erstgericht noch ergänzende Aufträge zu erteilen.

Die klagende Partei beantragte, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO), dass in dem Fall, da die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 3 Z 2 VBG 1948 nicht greift, von einem Dienstverhältnis auszugehen ist, welches den zwingenden Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 unterliegt, welche auch durch Vereinbarung nicht abbedungen werden können. Die vertraglichen Grundlagen des konkreten Falles sind jenen vergleichbar, welche der Entscheidung 9 ObA 182/88 = Arb 10.779 zugrunde liegen, sodass auf die dortigen Erwägungen verwiesen werden kann.Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO), dass in dem Fall, da die Ausnahmebestimmung des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, VBG 1948 nicht greift, von einem Dienstverhältnis auszugehen ist, welches den zwingenden Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 unterliegt, welche auch durch Vereinbarung nicht abbedungen werden können. Die vertraglichen Grundlagen des konkreten Falles sind jenen vergleichbar, welche der Entscheidung 9 ObA 182/88 = Arb 10.779 zugrunde liegen, sodass auf die dortigen Erwägungen verwiesen werden kann.

Gemäß § 32 Abs 4 VBG kann der Dienstgeber das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten auch wegen einer Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen kündigen, wenn eine Weiterbeschäftigung in einer seiner Einstufung entsprechenden Verwendung im Versetzungsbereich seiner Personalstelle nicht möglich ist, es sei denn, die Kündigungsfrist würde in einem Zeitpunkt enden, in dem er das 50. Lebensjahr vollendet und bereits 10 Jahre in diesem Dienstverhältnis zugebracht hat. Sowohl das Alter des Klägers als auch die Dauer seines Dienstverhältnisses würden daher für den Fall der Anwendbarkeit des VBG eine Kündigung aus Gründen der Organisationsänderung, sei es auch durch Auflassung von Kaserne und Garnison, hindern. Damit tut sich aber keine Rechtslücke auf, weil dem Dienstgeber gemäß § 6 Abs 4 VBG 1948 die Möglichkeit eingeräumt wird, in einem solchen Fall der Unkündbarkeit eine Versetzung vorzunehmen. Der Ausspruch einer solchen wurde hier nicht behauptet.Gemäß Paragraph 32, Absatz 4, VBG kann der Dienstgeber das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten auch wegen einer Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen kündigen, wenn eine Weiterbeschäftigung in einer seiner Einstufung entsprechenden Verwendung im Versetzungsbereich seiner Personalstelle nicht möglich ist, es sei denn, die Kündigungsfrist würde in einem Zeitpunkt enden, in dem er das 50. Lebensjahr vollendet und bereits 10 Jahre in diesem Dienstverhältnis zugebracht hat. Sowohl das Alter des Klägers als auch die Dauer seines Dienstverhältnisses würden daher für den Fall der Anwendbarkeit des VBG eine Kündigung aus Gründen der Organisationsänderung, sei es auch durch Auflassung von Kaserne und Garnison, hindern. Damit tut sich aber keine Rechtslücke auf, weil dem Dienstgeber gemäß Paragraph 6, Absatz 4, VBG 1948 die Möglichkeit eingeräumt wird, in einem solchen Fall der Unkündbarkeit eine Versetzung vorzunehmen. Der Ausspruch einer solchen wurde hier nicht behauptet.

Gemäß § 1 Abs 3 Z 2 VBG 1948 findet dieses Gesetz keine Anwendung auf Personen, die unverhältnismäßig kurze Zeit, wenn auch regelmäßig, oder die nur fallweise verwendet werden; als unverhältnismäßig kurze Zeit gilt eine Beschäftigung im Ausmaße von weniger als einem Drittel der für Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Wochendienstleistung. Diese Regelung galt schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Kläger, und zwar als § 1 Abs 3 lit e VBG 1948.Gemäß Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, VBG 1948 findet dieses Gesetz keine Anwendung auf Personen, die unverhältnismäßig kurze Zeit, wenn auch regelmäßig, oder die nur fallweise verwendet werden; als unverhältnismäßig kurze Zeit gilt eine Beschäftigung im Ausmaße von weniger als einem Drittel der für Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Wochendienstleistung. Diese Regelung galt schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Kläger, und zwar als Paragraph eins, Absatz 3, Litera e, VBG 1948.

Die Rekurswerberin weist zunächst zutreffend darauf hin, dass für die Ermittlung, welche Dienstzeit vereinbart worden war, grundsätzlich auf den erkennbaren Vertragswillen der Parteien bei Eingehen des Dienstvertrages abzustellen ist. Zutreffend haben die Vorinstanzen in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass allein die Formulierung "... an Werktagen in der Zeit von 7 bis 12 Uhr (Dienststunden) - je nach Bedarf - ..." zu unbestimmt ist, um daraus auf eine Fixstundenanzahl schließen zu können. Es bedarf daher einer über die Wortinterpretation hinausgehenden Auslegung, der auch der Schriftlichkeitsgebot des § 4 VBG nicht entgegensteht, weil es sich dabei nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, welche darüber hinausgehenden Vereinbarungen nicht ihre Wirkung nimmt (RIS-Justiz RS0115679, insbesondere 9 ObA 128/00a mwN). Einen Anhaltspunkt für den Willen der Vertragsteile könnte zunächst auch das nach Punkt VI Abs 4 der Gesamtvereinbarung gewählte Punktesystem bieten, weil dort bestimmte Leistungen zugrunde gelegt werden (Punkt VI Abs 3 Z 1 bis 3 und 5), welche einer zeitlichen Bemessung zugänglich sein könnten. Zutreffend verweist jedoch das Berufungsgericht darauf, dass Punkt VI Abs 16 der Gesamtvereinbarung auch Dienstleistungen vorsieht, welche außerhalb der vereinbarten Dienststunden anfallen können, das heißt dem Dienstvertrag unterliegen und nur gesondert honoriert werden sollen. Soferne keine gesonderte vertragliche Vereinbarung, etwa in Form eines Werkvertrages, vorliegt, sind derartige Dienstleistungen daher im Zweifel als solche im Rahmen des Dienstvertrages zu beurteilen. Sollte daher die Heranziehung des Punktesystems keinen ausreichenden Aufschluss bieten können, was derzeit noch nicht feststeht, müssen jene Erwägungen Platz greifen, welche der Entscheidung 9 ObA 126/90 (RIS-Justiz RS0081557) zugrundegelegt wurden. Danach ist jedenfalls von der insgesamt im Jahresdurchschnitt erbrachten Arbeitsleistung auszugehen, wobei sowohl bei der Ermittlung der Teilbeschäftigungszeit als auch einer vergleichbaren Vollbeschäftigungszeit Gebührenurlaub und Feiertage entsprechend zu berücksichtigen sind. Der Oberste Gerichtshof hat jüngst (8 ObA 277/01w) zu einem den Bestimmungen des AZG unterliegenden Sachverhalt ausgesprochen, dass dann, wenn eine konkrete Arbeitszeit nicht vereinbart worden ist, jedoch Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hindurch regelmäßig in Anspruch genommen wurden ("Arbeit auf Abruf"), das den Umständen angemessene Ausmaß der Arbeitszeit in jenem Umfang

anzunehmen ist, der dem normalen Arbeitsbedarf im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entsprach. Dabei sei primär davon auszugehen, was aus dem Erklärungsverhalten der Vertragsparteien abzuleiten ist. Dies könne in weiterer Folge auch aus dem faktischen Vollzug erschlossen werden. Insoweit werde der Durchschnitt des geleisteten Arbeitsausmaßes einen guten Anhaltspunkt bieten. Als Durchschnittszeitraum werde regelmäßig ein einjähriger Durchrechnungszeitraum angemessen sein. Damit ist zunächst das Argument der Rekurswerberin widerlegt, dass sich aus einer Rechtsanalogie zu dem Arbeitszeitgesetz unterliegenden Arbeitsverhältnissen ein fünfjähriger Durchrechnungszeitraum ergebe. Dieser kann entgegen der Auffassung der Rekurswerberin auch nicht aus der Bestimmung des § 20 Abs 1 Z 2 VBG gewonnen werden, weil dort nur auf § 50a BDG 1979 Bezug genommen wird. Gerade diese Bestimmung ist gemäß § 20 Abs 2 dritter Satz VBG 1948 auf nichtvollbeschäftigte Vertragsbedienstete aber nur dann anzuwenden, wenn dadurch ein bestehendes oder für die Zukunft vereinbartes Beschäftigungsausmaß nicht erhöht wird. Davon kann aber hier keine Rede sein. Gemäß § 20 Abs 3 VBG wird auch die Möglichkeit nicht beschränkt, auch außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 50a und 50b BDG 1979 dienstvertraglich befristete oder unbefristete Teilbeschäftigungen zu vereinbaren. Wenngleich diese Bestimmung beim konkreten Vertragsabschluss noch nicht gegolten hat, ist völlig unbestritten, dass das Eingehen von "normalen" Teilzeitbeschäftigungen im Rahmen des VBG immer zulässig war.Die Rekurswerberin weist zunächst zutreffend darauf hin, dass für die Ermittlung, welche Dienstzeit vereinbart worden war, grundsätzlich auf den erkennbaren Vertragswillen der Parteien bei Eingehen des Dienstvertrages abzustellen ist. Zutreffend haben die Vorinstanzen in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass allein die Formulierung "... an Werktagen in der Zeit von 7 bis 12 Uhr (Dienststunden) - je nach Bedarf - ..." zu unbestimmt ist, um daraus auf eine Fixstundenanzahl schließen zu können. Es bedarf daher einer über die Wortinterpretation hinausgehenden Auslegung, der auch der Schriftlichkeitsgebot des Paragraph 4, VBG nicht entgegensteht, weil es sich dabei nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, welche darüber hinausgehenden Vereinbarungen nicht ihre Wirkung nimmt (RIS-Justiz RS0115679, insbesondere 9 ObA 128/00a mwN). Einen Anhaltspunkt für den Willen der Vertragsteile könnte zunächst auch das nach Punkt römisch VI Absatz 4, der Gesamtvereinbarung gewählte Punktesystem bieten, weil dort bestimmte Leistungen zugrunde gelegt werden (Punkt römisch VI Absatz 3, Ziffer eins bis 3 und 5), welche einer zeitlichen Bemessung zugänglich sein könnten. Zutreffend verweist jedoch das Berufungsgericht darauf, dass Punkt römisch VI Absatz 16, der Gesamtvereinbarung auch Dienstleistungen vorsieht, welche außerhalb der vereinbarten Dienststunden anfallen können, das heißt dem Dienstvertrag unterliegen und nur gesondert honoriert werden sollen. Soferne keine gesonderte vertragliche Vereinbarung, etwa in Form eines Werkvertrages, vorliegt, sind derartige Dienstleistungen daher im Zweifel als solche im Rahmen des Dienstvertrages zu beurteilen. Sollte daher die Heranziehung des Punktesystems keinen ausreichenden Aufschluss bieten können, was derzeit noch nicht feststeht, müssen jene Erwägungen Platz greifen, welche der Entscheidung 9 ObA 126/90 (RIS-Justiz RS0081557) zugrundegelegt wurden. Danach ist jedenfalls von der insgesamt im Jahresdurchschnitt erbrachten Arbeitsleistung auszugehen, wobei sowohl bei der Ermittlung der Teilbeschäftigungszeit als auch einer vergleichbaren Vollbeschäftigungszeit Gebührenurlaub und Feiertage entsprechend zu berücksichtigen sind. Der Oberste Gerichtshof hat jüngst (8 ObA 277/01w) zu einem den Bestimmungen des AZG unterliegenden Sachverhalt ausgesprochen, dass dann, wenn eine konkrete Arbeitszeit nicht vereinbart worden ist, jedoch Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hindurch regelmäßig in Anspruch genommen wurden ("Arbeit auf Abruf"), das den Umständen angemessene Ausmaß der Arbeitszeit in jenem Umfang anzunehmen ist, der dem normalen Arbeitsbedarf im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entsprach. Dabei sei primär davon auszugehen, was aus dem Erklärungsverhalten der Vertragsparteien abzuleiten ist. Dies könne in weiterer Folge auch aus dem faktischen Vollzug erschlossen werden. Insoweit werde der Durchschnitt des geleisteten Arbeitsausmaßes einen guten Anhaltspunkt bieten. Als Durchschnittszeitraum werde regelmäßig ein einjähriger Durchrechnungszeitraum angemessen sein. Damit ist zunächst das Argument der Rekurswerberin widerlegt, dass sich aus einer Rechtsanalogie zu dem Arbeitszeitgesetz unterliegenden Arbeitsverhältnissen ein fünfjähriger Durchrechnungszeitraum ergebe. Dieser kann entgegen der Auffassung der Rekurswerberin auch nicht aus der Bestimmung des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 2, VBG gewonnen werden, weil dort nur auf Paragraph 50 a, BDG 1979 Bezug genommen wird. Gerade diese Bestimmung ist gemäß Paragraph 20, Absatz 2, dritter Satz VBG 1948 auf nichtvollbeschäftigte Vertragsbedienstete aber nur dann anzuwenden, wenn dadurch ein bestehendes oder für die Zukunft vereinbartes Beschäftigungsausmaß nicht erhöht wird. Davon kann aber hier keine Rede sein. Gemäß Paragraph 20, Absatz 3, VBG wird auch die Möglichkeit nicht beschränkt, auch außerhalb des Anwendungsbereiches

der Paragraphen 50 a und 50b BDG 1979 dienstvertraglich befristete oder unbefristete Teilbeschäftigungen zu vereinbaren. Wenngleich diese Bestimmung beim konkreten Vertragsabschluss noch nicht gegolten hat, ist völlig unbestritten, dass das Eingehen von "normalen" Teilzeitbeschäftigungen im Rahmen des VBG immer zulässig war.

Sollte sich daher der Parteiwille nur durch die tatsächliche Übung erschließen lassen, ist die vom Berufungsgericht gewählte Ermittlungsmethode, nämlich die Heranziehung eines Jahresdurchschnitts unter Berücksichtigung von Feiertagen und Urlaubszeiten, richtig. Dabei wird zunächst das erste Jahr nach Vertragsschluss einen wesentlichen Anhaltspunkt bieten können. Sollten sich in der Folgezeit einvernehmlich nachhaltige, das heißt nicht nur kurzfristige Änderungen in der Verwendung des Klägers ergeben haben, können auch diese nicht außer Betracht bleiben. Hiefür finden sich im Beweisverfahren Hinweise durch eine Einstufung in ein höheres Punktesystem, welche keinesfalls, wie von der beklagten Partei eingewendet, nur einseitig erfolgt sein kann. Auch in einem solchen Fall der Veränderung kann daher der darauf folgende Jahresdurchschnitt ein wesentliches Element für die (ergänzende) Ermittlung des Willens der Vertragsteile sein.

Das Erstgericht wird daher seinen weiteren Feststellungen auch diese Erwägungen zugrunde zu legen haben.

Unbegründet ist die Rüge der Rekurswerberin insoweit, als sie sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichtes richtet, dass das Verfahren auch durch Aufnahme eines Sachverständigenbeweises ergänzungsbedürftig sei. Zweck des Rekurses ist nämlich nur die Überprüfung der Rechtsansicht der zweiten Instanz durch den Obersten Gerichtshof - ist diese wie hier - richtig, kann der Oberste Gerichtshof nicht überprüfen, ob die Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (Kodek in Rechberger ZPO2 Rz 5 zu § 519 ZPO).Unbegründet ist die Rüge der Rekurswerberin insoweit, als sie sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichtes richtet, dass das Verfahren auch durch Aufnahme eines Sachverständigenbeweises ergänzungsbedürftig sei. Zweck des Rekurses ist nämlich nur die Überprüfung der Rechtsansicht der zweiten Instanz durch den Obersten Gerichtshof - ist diese wie hier - richtig, kann der Oberste Gerichtshof nicht überprüfen, ob die Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (Kodek in Rechberger ZPO2 Rz 5 zu Paragraph 519, ZPO).

Sollte sich herausstellen, dass das Dienstverhältnis des Klägers den Bestimmungen des VBG 1948 unterliegt, wird auch folgendes zu beachten sein:

Eine Kündigung nach § 32 Abs 4 VBG 1948 bedingt, dass eine entsprechende Verwendung des Vertragsbediensteten im Versetzungsbereich seiner Personalstelle nicht möglich ist. Der Einwand, dass der Kläger eine ihm - offenbar informell - angebotene Ersatzstelle - offenbar ebenso informell - abgelehnt habe, reicht für die Annahme dieser notwendigen Voraussetzung jedenfalls nicht aus. Damit wurde zum einen die Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung noch nicht ausreichend schlüssig verneint. Zum anderen reicht dieser Einwand aber auch nicht hin, um die Kündigung - nachträglich - mit einer allenfalls ungerechtfertigten Weigerung des Klägers, einer nach § 6 Abs 4 VBG 1948 zulässigen Versetzung Folge zu leisten, zu rechtfertigen. Eine Versetzung in Form einer ausdrücklichen Weisung, ab einem bestimmten Zeitpunkt bei einer bestimmten anderen Dienststelle den Dienst anzutreten, wurde nämlich bisher offenbar gar nicht versucht. Aus der Äußerung des Klägers, eine ihm ersatzweise angebotene Kaserne als Dienstort abzulehnen, ist allenfalls auf das Scheitern einer einvernehmlichen Lösung, nicht jedoch auch auf die endgültige Weigerung, eine Versetzung zu befolgen, zu schließen, sodass der Versuch einer solchen nicht entbehrlich war.Eine Kündigung nach Paragraph 32, Absatz 4, VBG 1948 bedingt, dass eine entsprechende Verwendung des Vertragsbediensteten im Versetzungsbereich seiner Personalstelle nicht möglich ist. Der Einwand, dass der Kläger eine ihm - offenbar informell - angebotene Ersatzstelle - offenbar ebenso informell - abgelehnt habe, reicht für die Annahme dieser notwendigen Voraussetzung jedenfalls nicht aus. Damit wurde zum einen die Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung noch nicht ausreichend schlüssig verneint. Zum anderen reicht dieser Einwand aber auch nicht hin, um die Kündigung - nachträglich - mit einer allenfalls ungerechtfertigten Weigerung des Klägers, einer nach Paragraph 6, Absatz 4, VBG 1948 zulässigen Versetzung Folge zu leisten, zu rechtfertigen. Eine Versetzung in Form einer ausdrücklichen Weisung, ab einem bestimmten Zeitpunkt bei einer bestimmten anderen Dienststelle den Dienst anzutreten, wurde nämlich bisher offenbar gar nicht versucht. Aus der Äußerung des Klägers, eine ihm ersatzweise angebotene Kaserne als Dienstort abzulehnen, ist allenfalls auf das Scheitern einer einvernehmlichen Lösung, nicht jedoch auch auf die endgültige Weigerung, eine Versetzung zu befolgen, zu schließen, sodass der Versuch einer solchen nicht entbehrlich war.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Textnummer

E73194

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:009OBA00131.03K.0421.000

Im RIS seit

21.05.2004

Zuletzt aktualisiert am

03.01.2013

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at