

# TE OGH 1993/2/10 90bA288/92

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.02.1993

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Maier und Dr.Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Mayer und Dr.Stein als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei F\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\*, Arbeiter, \*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\*, Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei C\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*, vertreten durch \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* dieser vertreten durch \*\*\*\*\*, Rechtanwalt \*\*\*\*\*, wegen S 93.596,26 brutto abzüglich S 9.203,-- netto (Revisionsinteresse S 56.158,40 brutto s.A.), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 3. August 1992, GZ 33 Ra 48/92-26, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Teilarteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 13. November 1991, GZ 6 Cga 529/91-21, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger war seit 27.7.1987 bei der Beklagten als Monteur beschäftigt. Er wurde von der Dienstgeberin zum 1.9.1990 gekündigt und während der Kündigungsfrist am 23.8.1990 entlassen.

Der Kläger begeht S 93.956,26 brutto abzüglich S 9.203,-- netto an Kündigungsentschädigung, Sonderzahlungen, Abfertigung, Urlaubsentschädigung, Überstundenentgelt und offenen Prämien und brachte vor, er sei ungerechtfertigt entlassen worden.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger habe sich ab 20.8.1990 wegen einer Handverletzung krank gemeldet; am 22.8.1990 sei er abends außerhalb der ärztlich bewilligten Ausgehzeit in einem Fitness-Center bei Stemmübungen beobachtet worden. Der Kläger sei daher zu Recht entlassen worden.

Das Erstgericht sprach dem Kläger mit Teilurteil die der Höhe nach außer Streit stehenden Beträge (Kündigungsentschädigung, anteilige Sonderzahlungen und Abfertigung) in der Gesamthöhe von S 56.158,40 brutto s.A. zu. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Der Kläger meldete sich ab 20.8.1990 wegen einer Handverletzung krank. Die Krankenkasse anerkannte einen Krankenstand vom 20.8.1990 bis 6.9.1990. Am 22.8.1990 um ca. 15.00 Uhr versuchten Mitarbeiter der Beklagten, den Kläger in seiner Wohnung zu erreichen, trafen ihn aber nicht an und erfuhren, daß er beim Bodybuilding sei und erst um 21.00 Uhr nach Hause komme. Daraufhin begab sich einer der beiden Mitarbeiter der Beklagten am Abend in das Fitness-Center L\*\*\*\*\*\*, wo er den Kläger um ca. 19.00 Uhr beim Ausführen von Stemmübungen beobachtete. Auch am nächsten Tag versuchten Mitarbeiter der Beklagten, den Kläger um 16.05 Uhr in der Wohnung zu erreichen, trafen ihn aber nicht an. Sie erfuhren, daß der Kläger erst um 23.00 Uhr heimkommen werde. Als Ausgehzeit war in der Krankenstandsbestätigung die Zeit von 9.00 Uhr bis 14.00 Uhr angeführt.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ergänzte das Erstgericht die getroffenen Feststellungen dahin, daß nicht mit Sicherheit festgestellt werden konnte, ob der Kläger auch mit der verletzten Hand Übungen durchgeführt habe; die beklagte Partei habe daher den ihr obliegenden Beweis für das Vorliegen eines Entlassungsgrundes nicht erbracht.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil im Sinne einer gänzlichen Klageabweisung ab. Es folgerte aus den Beweismitteln, auf die das Erstgericht die Feststellung gestützt hatte, daß der Kläger während des Krankenstandes Stemmübungen ausgeführt habe, daß er hiebei auch die verletzte Hand eingesetzt habe. Da das Üben mit einer verletzten Hand zumindest geeignet sei, die Genesung zu verzögern, sei dem Kläger während des Krankenstandes eine beharrliche Pflichtenverletzung im Sinne des § 82 lit f GewO anzulasten.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus den Revisionsgründen der Aktenwidrigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der Wiederherstellung des Ersturteiles abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Die behauptete Mangelhaftigkeit liegt vor.

Die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung erstatteten Ausführungen des Erstgerichtes, daß nicht festgestellt werden könne, ob der Kläger auch mit der verletzten Hand Übungen durchgeführt habe, sind als Ergänzung der Feststellung anzusehen, daß der Kläger während des Krankenstandes Stemmübungen gemacht hat. Das Berufungsgericht hat nun - ohne die Beweise zu wiederholen - die vorliegenden Beweise anders als das Erstgericht dahin gewürdigt, daß der Kläger bei den Stemmübungen auch die verletzte Hand eingesetzt hat. Das Berufungsgericht hätte aber bei Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes gemäß den §§ 463 Abs 1 und 488 ZPO eine Beweiswiederholung durchführen müssen. Das Abgehen von den Denkgesetzen nicht widersprechenden Feststellung des Erstgerichtes, daß nicht erwiesen sei, ob der Kläger bei den Stemmübungen auch die verletzte Hand einsetzte, begründet ohne Wiederholung sämtlicher zu diesem Thema aufgenommener Beweise einen Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens im Sinne des § 503 Z 2 ZPO (siehe auch Fasching ZPR2, Rz 1806) und führt zur Aufhebung des Berufungsurteiles und Rückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (siehe 5 Ob 171/74; 7 Ob 760/79; 7 Ob 628/89 ua).

Der Revision war daher im Sinne des Eventualantrages Folge zu geben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

### **Anmerkung**

E32423

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1993:009OBA00288.92.0210.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19930210\_OGH0002\_009OBA00288\_9200000\_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)