

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

16.09.1986

**Geschäftszahl**

14Ob21/86

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kuderna und Dr. Riedler sowie die Besitzer Dr. Robert Müller und Dr. Gerald Mezricky als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Robert B\*\*\*, Redakteur, Innsbruck, Schneeberggasse 171, vertreten durch Dr. Andreas Brugger, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Paul K\*\*\*, Verleger, Schwaz, Gilmstraße 21, vertreten durch Dr. Dietmar Ritzberger, Rechtsanwalt in Schwaz, wegen S 141.312,50 sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten vom 24. Jänner 1985, GZ 1 a Cg 29/84-19, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeitsgerichtes Innsbruck vom 5. September 1984, GZ 2 Cr 83/84-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 8.142,15 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 565,65 Umsatzsteuer und S 1.920,- Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

**Text**
**Entscheidungsgründe:**

Der Kläger war seit 1. Dezember 1982 als Redakteur beim Beklagten angestellt. Er begehrt S 141.312,50 brutto sA. Zur Begründung führte er aus: Der Beklagte habe ihn gegen Ende des Jahres 1983 aufgefordert, sich um eine andere Beschäftigung umzusehen, und ihm im Falle einer anderweitigen Anstellung eine weitere Tätigkeit als Nebenbeschäftigung in Aussicht gestellt. Der Kläger habe den Beklagten dann darüber informiert, daß eine Zusammenarbeit mit dem Verlag der Zeitung "Die Presse" möglich sei. Der Beklagte sei damit einverstanden gewesen, daß sein Fernschreiber für die Übermittlung von Beiträgen des Klägers an "Die Presse" gegen Erstattung der Kosten benützt werde. Am 29. Dezember 1983 habe der Beklagte dem Kläger mitgeteilt, er sei wegen notwendiger Einsparungen gezwungen, das Dienstverhältnis mit Jahresende zu lösen. Am 2. Jänner 1984 habe den Kläger jedoch ein Schreiben des Beklagtenvertreters erreicht, wonach das Dienstverhältnis zum 31. März 1984 aufgelöst worden sei, der Beklagte aber feststellen habe müssen, daß der Kläger ohne sein Einverständnis zumindest für einen weiteren Verleger Artikel verfaßt habe, nämlich für "Die Presse"; dabei habe der Kläger unberechtigt den Fernschreiber des Beklagten benützt. Die Vorgangsweise des Klägers verwirkliche einen Entlassungsgrund nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag. Der Beklagte spreche daher die Entlassung aus. Schon vorher habe der Beklagte dem Kläger fernschriftlich mitgeteilt, daß er einen vom Kläger geäußerten Urlaubswunsch nicht zur Kenntnis nehme und, falls der Kläger seiner Arbeit nicht nachkomme, dies als Entlassungsgrund ansehen werde. Der Beklagte habe es abgelehnt, dem Kläger die ihm wegen ungerechtfertigter Entlassung gebührende Kündigungsschädigung von S 89.250 (drei Monatsgehälter zu S 29.750) und Urlaubsschädigung für 7 Wochen unverbrauchten Urlaubs in Höhe von S 52.062,50, jeweils brutto, zu bezahlen. Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im wesentlichen ein: Das Dienstverhältnis zwischen den Parteien sei im Dezember 1983 einvernehmlich zum 31. März 1984 durch Kündigung aufgelöst worden. Zwischen den Parteien sei vereinbart worden, daß der Kläger seinen Urlaub in dieser Zeit konsumieren könne. Nach Abschluß dieser Vereinbarung habe der Beklagte feststellen müssen, daß der Kläger ohne Wissen und Willen des Beklagten für einen anderen Verleger unter Benützung des Fernschreibers des Beklagten einen Artikel verfaßt habe. Deshalb sei die Entlassung des Klägers ausgesprochen

worden. Die Vorgangsweise des Klägers habe den Beklagten sowohl nach § 27 Z 1 AngG als auch nach § 15 des Kollektivvertrages für die bei Wochenzeitungen angestellten Redakteure zur Entlassung berechtigt.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 5. September 1984 brachte der Beklagte noch vor, der Kläger habe sich schon früher verschiedener - näher bezeichneter - Verstöße schuldig gemacht.

Der Kläger entgegnete, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn sich der Beklagte auf die Tätigkeit des Klägers für "Die Presse" als Entlassungsgrund berufe, obwohl er dem Kläger schon früher mitgeteilt habe, er habe nichts gegen eine gleichzeitige Beschäftigung für andere Zeitschriften einzuwenden, und der Beklagte durch die Betätigung des Klägers keine Nachteile erlitten habe. Der Beklagte habe der Nebentätigkeit des Klägers zugestimmt und sei damit schlüssig von dem gemäß dem Kollektivvertrag gegebenen Erfordernis der Schriftform für eine solche Vereinbarung abgegangen. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und traf folgende wesentliche Feststellungen:

Das Aufgabengebiet des Klägers als Redakteur beim Beklagten war die redaktionelle Gestaltung des "Innsbrucker Brennpunkt", einer Lokalzeitschrift, welche jede Woche gratis an die Haushalte in Innsbruck-Stadt und Umgebung in einer 5.000 Stück übersteigenden Auflage je Nummer verteilt wird. Der Vertrieb erfolgt im Postversand. Unabhängig von dieser Zeitschrift ist der Beklagte auch Medieninhaber und Verleger des "Schwazer Brennpunkt". Dem Dienstverhältnis zwischen den Streitparteien lag kein schriftlicher Dienstvertrag zugrunde. Es war mündlich vereinbart, daß das monatliche Entgelt des Klägers S 29.750 brutto betragen solle, wobei dieser Betrag ein sogenanntes Spesenpauschale in Höhe von S 5.000 enthielt. Dieses Spesenpauschale wurde unabhängig vom Vorliegen einer Spesenabrechnung monatlich brutto für netto als Gehaltsbestandteil ausbezahlt. Ferner war zwischen den Streitparteien ein Urlaub von 6 Wochen pro Jahr festgelegt worden. Der Kläger arbeitete in den Jahren 1982 und 1983 daneben auch bei der Zeitschrift "Die Brücke" mit. Diese Zeitschrift wurde jedoch bereits im Jahr 1983 eingestellt. Anlaufstelle für diese Zeitschrift war das Büro des Beklagten in Innsbruck, wo auch administrative Arbeiten erledigt und Redaktionssitzungen abgehalten wurden. Der Beklagte war zwar nicht Medieninhaber dieser Zeitschrift, es war ihm aber bekannt und er war damit einverstanden, daß die Anschrift des "Innsbrucker Brennpunkt" auch im Impressum der "Brücke" angeführt wurde. Als deren verantwortlicher Redakteur im presserechtlichen Sinn war im Impressum der Kläger angeführt; er schrieb auch ab und zu Artikel für "Die Brücke". Diese Tätigkeit des Klägers erfolgte ohne schriftliche Zustimmung, jedoch mit Wissen und Einverständnis des Beklagten. Der "Innsbrucker Brennpunkt" befand sich in den Jahren 1982/1983 in einer Aufbauphase. Die wirtschaftliche Situation war in diesem Zeitraum schlecht. Der Beklagte beabsichtigte daher, gleich wie beim "Schwazer Brennpunkt", mit zwei oder drei freien Mitarbeitern auszukommen und für die Zukunft ohne ständigen Redakteur das Auslangen zu finden. Dies teilte er dem Kläger im Verlauf des Sommers und Herbstes 1983 mehrmals mit. Er forderte den Kläger bei diesen Gesprächen auf, sich um eine neue Anstellung zu bemühen. Der Beklagte stellte dem Kläger im Rahmen dieser Gespräche in Aussicht, er könne neben seiner Tätigkeit bei einer anderen Zeitschrift den "Innsbrucker Brennpunkt" als freier Mitarbeiter gegen Bezahlung eines Entgelts weiterhin betreuen. Dem Kläger war die finanzielle Situation dieser Zeitschrift bekannt. Er war daher seit Sommer 1983 bemüht, eine Anstellung bei einer anderen Zeitung zu finden. Einem vom Kläger für die Zeit um Weihnachten 1983 geäußerten Urlaubswunsch trat der Beklagte mit dem Hinweis entgegen, er werde es als Entlassungsgrund betrachten, wenn der Kläger seiner Arbeit nicht nachkomme. Die Bemühungen des Klägers um eine Neuanstellung hatten um diese Zeit Erfolg. Er vereinbarte zwischen Weihnachten 1983 und Neujahr ein Gespräch mit der "Presse". Der Beklagte war damit einverstanden, daß der Kläger für einen Tag nach Wien fliege, um diesem Termin nachzukommen. Der Kläger vereinbarte eine freie Mitarbeit bei der Zeitung "Die Presse" ab 1. Jänner 1984. Er informierte den Beklagten am Tag nach dieser Besprechung über diese Vereinbarung, wobei einvernehmlich festgelegt wurde, daß der Kläger den Fernschreiber des Beklagten zum Zwecke des Absetzens von Artikeln an "Die Presse" verwenden dürfe, die dann die entsprechenden Unkosten an den Beklagten ersetzen sollte. Bei diesem Gespräch am Tag nach der Rückkehr des Klägers aus Wien wurde zwischen den Streitparteien auch festgelegt, daß man sich im neuen Jahr zusammensetzen werde, um die weitere Form der Zusammenarbeit nunmehr genau festzulegen. Der Kläger verfaßte bis 2. Jänner 1984 zwei Artikel für "Die Presse". Er schrieb diese Artikel jeweils nach der Dienstzeit und setzte sie auch nach der Dienstzeit vom Fernschreiber des Beklagten ab. Wann der erste Artikel geschrieben wurde, läßt sich nicht genau feststellen. Der zweite Artikel erfolgte jedenfalls nach dem erwähnten Gespräch zwischen den Streitparteien. Nicht festgestellt werden konnte, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses stattgefunden hätte.

Mit Schreiben vom 29. Dezember 1983 wurde das Dienstverhältnis seitens des Beklagten zum Jahresende aufgelöst. Anlässlich eines vorher nicht angekündigten Besuches im Innsbrucker Büro am 31. Dezember 1983 fand der Beklagte einen mittels seines Fernschreibers an "Die Presse" abgeschickten Artikel des Klägers vor. Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Büro anwesend. Das Datum der Übermittlung ist aus dem Fernschreiben nicht ersichtlich und kann daher nicht festgestellt werden. Der auf das Dienstverhältnis anwendbare Kollektivvertrag legt in § 40 fest, daß ein unbefristetes Dienstverhältnis mangels einer für den Dienstnehmer günstigeren Vereinbarung mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres durch vorangegangene Kündigung gelöst werden kann, wobei die Kündigungsfrist mindestens drei Monate betragen muß.

§ 15 des anwendbaren Kollektivvertrages legt fest:

"1. Ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des eigenen Unternehmens ist den Dienstnehmern jede bezahlte oder unbezahlte Betätigung gleicher oder ähnlicher Art für andere Unternehmen untersagt.

2. Eine Verletzung dieser Bestimmung berechtigt den Dienstgeber zur fristlosen Entlassung des Dienstnehmers."

Eine schriftliche Genehmigung seitens des Beklagten zur Beschäftigung des Klägers (Verfassen von Artikeln) für "Die Presse" lag nicht vor. Mit Schreiben vom 2. Jänner 1984 wurde dem Kläger durch den Beklagtenvertreter die fristlose Entlassung mitgeteilt, wobei im Entlassungsschreiben angeführt ist, daß das Dienstverhältnis durch das vorangeführte Schreiben vom 29. Dezember 1983 als zum 31. März 1984 aufgelöst anzusehen sei. Der Anspruch aus dem Titel der Kündigungsentschädigung vom 1. Jänner bis 31. März 1984 beträgt S 89.250 brutto, die Urlaubsentschädigung für 7 Wochen S 52.062,50.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht im wesentlichen die Auffassung, die Heranziehung des Entlassungsgrundes gemäß § 15 des Kollektivvertrages verstoße im Hinblick auf die ständigen Äußerungen des Beklagten gegen Treu und Glauben. Es seien auch Überlegungen entbehrlich gewesen, ob die Auflösung laut dem Schreiben vom 29. Dezember 1983 als sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses anzusehen wäre oder als Auflösung unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Es könne jedoch davon ausgegangen werden, daß sich das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt der Entlassung im Auflösungsstadium befunden habe. Auf Grund der unberechtigten Entlassung habe der Kläger im Sinne des § 29 Abs. 2 AngG und des § 9 Abs. 1 Z 1 UrlG Anspruch auf Kündigungsentschädigung und Urlaubsentschädigung in der festgestellten Höhe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Es verhandelte die Rechtssache gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 ArbGG von neuem, legte seiner Entscheidung die oben wiedergegebenen Feststellungen zugrunde und traf die ergänzende Feststellung, daß der Kläger 7 Wochen Urlaub noch nicht konsumiert hat. Rechtlich beurteilte das Berufungsgericht das Schreiben des Beklagten vom 29. Dezember 1983 dahin, daß das Dienstverhältnis zwischen den Parteien mit Jahresende 1983 und nicht etwa mit 31. März 1984 aufgelöst worden sei. Das Erstgericht habe auch zutreffend das Vorliegen des geltend gemachten Entlassungsgrundes verneint, weil es einen gravierenden Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle, wenn der Beklagte trotz seiner mündlich - zumindest aber durch Einwilligung in die Benützung seines Fernschreibers zu diesem Zweck schlüssig - erteilten Zustimmung zu der Nebentätigkeit des Klägers sich nun auf das Formgebot des § 15 des Kollektivvertrages für die Zustimmung berufe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision des Beklagten ist nicht berechtigt.

Der Beklagte bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichtes, das Dienstverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten sei mit dem Schreiben vom 29. Dezember 1983 durch zeitwidrige Kündigung zum 31. Dezember 1983 aufgelöst worden, - weshalb sich Ersatzpflichten des Beklagten wie im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung ergäben, - mit dem Argument, daß sich diese Folge aus § 4 Journalistengesetz nicht ergebe und die zivilrechtliche Rechtsprechung der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes gefolgt sei, wonach zeitwidrige Kündigungen zum nächsten zulässigen Zeitpunkt wirkten (Arb. 8082). Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichtes habe auch ein Vorbringen des Klägers über eine bereits vor dem 2. Jänner 1984 erfolgte Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Jahresende 1983 gefehlt, weil der Kläger nie auch nur andeutungsweise eine nicht fristgerechte Kündigung geltend gemacht habe. Das gesamte Verfahren habe sich daher lediglich auf die Frage bezogen, ob die mit Schreiben vom 2. Jänner 1984 ausgesprochene Entlassung wegen der Tätigkeit des Klägers für "Die Presse" berechtigt gewesen sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Kläger hat in der Klage vorgebracht, der Beklagte habe ihm am 29. Dezember 1983 mitgeteilt, gezwungen zu sein, das "Dienstverhältnis mit Jahresende zu lösen". Damit deckt sich die Feststellung des Erstgerichtes, "mit Schreiben vom 29. Dezember 1983 wurde das Dienstverhältnis seitens des Beklagten zum Jahresende aufgelöst (Beilage C)". Es fehlt also weder am Vorbringen noch an einer Feststellung über eine solche Auflösungserklärung. Der Umstand, daß der Kläger in der Klage den weiteren Geschehensablauf (Entlassungsschreiben vom 2. Jänner 1984; Fernschreiben vom 22. Dezember 1983 über Urlaubsablehnung und Entlassungsandrohung, Schreiben der Kammer für Arbeiter und Angestellte vom 4. Jänner 1984) darstellte und die Entlassung als nicht gerechtfertigt bezeichnete, weshalb ihm die näher ausgeführten Ansprüche zustünden, kann nicht dahin verstanden werden, daß er sein Klagebegehren ausschließlich auf den Rechtsgrund der unberechtigten Entlassung und nicht auch auf den Rechtsgrund der (fristwidrigen) Kündigung stützte. Das Fehlen von Ausführungen darüber, daß die Kündigung zeitwidrig und das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt der Entlassungserklärung bereits aufgelöst gewesen sei, schadet nicht, weil es sich dabei um Rechtsausführungen gehandelt hätte, zu denen der Kläger nicht verpflichtet war. Auch die Behauptung des Beklagten, das gesamte Verfahren habe sich nur auf die Berechtigung der Entlassung bezogen, ist durch die oben wiedergegebene Feststellung über das Schreiben vom 29. Dezember 1983 (sowie durch den Beweisbeschluß des Erstgerichtes: "auf welche Weise das Dienstverhältnis zwischen den Streitparteien aufgelöst wurde" und den Beweisbeschluß des Berufungsgerichtes: "über die Umstände der Beendigung des Dienstverhältnisses zwischen den Parteien") widerlegt. Das Berufungsgericht war daher nicht gehindert zu prüfen, ob das Klagebegehren schon auf Grund der Auflösungserklärung vom 29. Dezember 1983 berechtigt ist.

Der Revisionswerber bekämpft im übrigen auch nicht mehr die Auslegung dieses Schreibens als Kündigung zum 31. Dezember 1983 und die Zeitwidrigkeit einer solchen Kündigung, sondern wendet gegen die Auffassung, das Dienstverhältnis sei mit 31. Dezember 1983 beendet worden, woraus sich Ersatzverpflichtungen des Beklagten wie im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung ergäben, lediglich ein, dies ergebe sich nicht aus § 4 Journalistengesetz und widerspreche der zivilrechtlichen Rechtsprechung, wonach zeitwidrige Kündigungen zum nächsten zulässigen Zeitpunkt wirkten.

Der Beklagte verkennt dabei, daß sich der Oberste Gerichtshof der vom Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung Arb. 8082 vertretenen Auffassung nicht angeschlossen hat, sondern in ständiger neuerer Rechtsprechung die Ansicht vertritt, das Dienstverhältnis werde zu dem in der Kündigung genannten Termin beendet, und für die Beurteilung der Rechtsfolgen einer solchen Beendigung seien die Bestimmungen der §§ 29 AngG, 1162 b ABGB analog heranzuziehen (Arb. 9259 mwN; 9866, 10.305 uva). Da die Revision keinerlei rechtliche Argumente gegen dieses sogenannte Schadenersatzprinzip anführt, besteht kein Grund für eine neuerliche Begründung dieser Auffassung oder gar für ein Abgehen von ihr. Eine in Sonderfällen für möglich angesehene Konversion (vgl. dazu Arb. 9259; DRdA 1983/7 und Martinek-Schwarz, AngG 6 410) kann hier schon deshalb nicht angenommen werden, weil nicht einmal der Beklagte anzugeben versucht, inwiefern aus der Kündigungserklärung oder aus Begleitumständen hervorgehe, das Dienstverhältnis werde nicht zu dem im Schreiben genannten Zeitpunkt, sondern zum nächsten zulässigen Kündigungstermin aufgelöst.

Da somit dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, daß das Dienstverhältnis mit 31. Dezember 1983 aufgelöst wurde, konnte die am 2. Jänner 1984 erklärte Entlassung schon begrifflich keine Wirkung mehr haben (vgl. Martinek-Schwarz aaO 539). Ob sie im anderen Fall unberechtigt gewesen wäre und welche Ansprüche dem Kläger dann zustünden, braucht demnach nicht geprüft zu werden. Geht man aber davon aus, daß das Dienstverhältnis auf Grund der Kündigungserklärung vom 29. Dezember 1983 zum 31. Dezember 1983 beendet wurde, dann steht dem Kläger mit Rücksicht auf § 4 Journalistengesetz, wonach die Kündigungsfrist mindestens drei Monate betragen muß, in Verbindung mit dem nach ständiger Rechtsprechung analog anzuwendenden § 29 Abs. 1 und 2 AngG eine Kündigungsentschädigung in der Höhe von drei Monatsgehältern zu, sowie weiters gemäß § 9 Abs. 1 Z 3 UrlG eine Urlaubsentschädigung für den bei Beendigung des Dienstverhältnisses noch nicht konsumierten Urlaub im Ausmaß von sieben Wochen. Gegen die Höhe dieser Ansprüche zeigt auch der Beklagte keine Bedenken mehr auf. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.