



**FRITSCH
KOLLMANN
ZAUHAR**
UND PARTNER

An den
Obersten Gerichtshof
Schmerlingplatz 11
1011 Wien

Graz, am 8.11.2017

9 ObA 68/17s

Klagende Partei: Dr. A

vertreten durch: RAe Dr. Klaus KOLLMANN
Dr. Werner STEGMÜLLER
Dr. Christoph ZAUHAR

Beklagte Partei: Universität

vertreten durch: Dr. Reinhard Tögl
Rechtsanwalt

ANTRAG AUF BESCHLUSS- und URTEILSBERICHTIGUNG



In umseits näher bezeichneter Rechtssache bringt die klagende Partei durch ihre ausgewiesenen rechtsfreundlichen Vertreter nachfolgenden

ANTRAG

auf Beschluss- und Urteilsberichtigung

i.S.d. § 430 i.V.m. § 419 ZPO ein und führt hierzu aus wie folgt:

Gemäß § 430 ZPO sind die Bestimmungen des § 419 ZPO auch auf Beschlüsse anzuwenden und kann diesem zufolge das Gericht, das den Beschluss gefällt hat, jederzeit Schreib- und Rechnungsfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten berichtigen. Die Vornahme solch einer Berichtigung kann auch in einer höheren Instanz angeordnet werden (§ 419 Abs 3 ZPO). Die Berichtigung obliegt an sich jenem Gericht, das die fehlerhafte Entscheidung erlassen hat (4 Ob 228/08w mwN), kann aber auch in höherer Instanz angeordnet werden. Dabei erfolgt die Berichtigung durch das Gericht höherer Instanz selbst.

Das Erstgericht hat zur GZ 32 Cga 97/15 f nachfolgende Feststellung getroffen:

Der Kläger, der am 10. August 2015 seinen 40. Geburtstag hatte, wurde abgeholt und fuhr am Dienstag nach Deutschland, wobei die Reisedauer einen Tag betrug.
(Urteil zur GZ 32 Cga 97/15f vom 29.06.2016, Urteilsseite 25)

Im Urteil des OLG Graz vom 05.04.2017 zur GZ 6 Ra 87/16k ist Nachfolgendes ersichtlich:

Zusammenfassend übernimmt das Berufungsgericht daher die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen gemäß § 498 Abs 1 ZPO (iVm § 2 Abs 1 ASGG) unter den dargestellten Prämissen mit Ausnahme der Feststellung, dass das Handbuch Vollmachten und Richtlinien Handbuch dem Kläger bereits bei Dienstantritt übergeben wurde, sowie mit der Einschränkung in Bezug auf die Verständigung des Betriebsrates und legt sie seiner Entscheidung zugrunde (Urteil zur GZ 6 Ra 87/16k vom 05.04.2017, Urteilsseite 29).

Das Oberlandesgericht geht sohin mit einer geringfügigen Einschränkung von den durch das Erstgericht getroffenen Feststellungen aus und legt diese der Entscheidung zugrunde. Es verweist auf Urteilsseite 11 nicht nur seinerseits auf die oben näher bezeichnete Feststellung, wonach der Kläger am 10. August 2015 (Montag) seinen 40. Geburtstag hatte und am Dienstag fuhr, sondern formuliert nochmals explizit selbst aus: „Der Kläger, der am 10. August 2015 seinen 40. Geburtstag hatte, wurde abgeholt und fuhr am Dienstag nach Deutschland, wobei die Reisedauer einen Tag betrug.“



Im Urteil des OLG Graz S. 33 findet sich nun plötzlich Nachstehendes:

„Hingegen fuhr dieser am 10. August 2015, an seinem 40. Geburtstag, nach Deutschland, wo er eine seit zwei Monaten „überfällige“ Dissertation las.“

Diese Beurteilung weicht vom festgestellten Sachverhalt ab, da der Kläger nicht am 10.08.2015 nach Deutschland fuhr, sondern erst am 11.08.2015 abends und stellte dies so auch das Erstgericht fest. Der 10.08.2015 war ein Montag, der 11.08.2015 ein Dienstag.

Diese fehlerhafte Darstellung durch das OLG hat der OGH in seiner Beurteilung übernommen (vgl. Beschluss des OGH vom 27.9.2017):

Seite 3: *„Der Kläger übergeht auch, dass der für Personal zuständige Vizerektor in Vertretung des Rektors den Antrag sodann ablehnte und ihm mitteilte, sich am 10. 8. 2015 zu einem Gespräch bereit zu halten, er dem jedoch nicht nachkam, sondern an jenem Tag – für die Beklagte unerreichbar – nach Deutschland reiste, dort aber auch nicht den angekündigten Forschungsarbeiten nachkam.“*

Seite 4: *„Wenn die Vorinstanzen vor diesem Hintergrund den Versuch des Klägers, unter Missachtung seiner Zuordnung zum neuen Dienstvorgesetzten von anderen Personen eine Dienstfreistellung zu erwirken, sowie seine folgende Abwesenheit am 10. 8. 2015 als ausreichenden Grund für eine Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 AngG ansahen, so ist dies nicht weiter korrekturbedürftig.“*

Seite 4f.: *„Dabei kommt es darauf an, wann der Beklagten der maßgebliche Sachverhalt bekannt wurde (vgl. RIS-Justiz RS0029348). Die Beklagte verfasste das Entlassungsschreiben noch an jenem Tag, an dem der Kläger trotz abgelehnter Freistellung die Reise nach Deutschland antrat und unerreichbar war.“*

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung zur GZ 9 ObA 68/17s vom 27.09.2017 nun fälschlich als *maßgeblichen* Sachverhalt für die rechtliche Beurteilung das Verhalten des Klägers angenommen, dass dieser bereits am Montag, den 10.08.2015 nach Deutschland fuhr, dies entgegen der erstgerichtlichen Feststellung, dass dies tatsächlich erst am Dienstagabend der Fall war. Diese Berichtigung ist wesentlich, da dies auch auf die rechtliche Beurteilung wichtige Auswirkung hat, insbesondere ob ein Entlassungsgrund vorliegt und inwiefern der Ausspruch der Entlassung am 10.08.2015 um 13 Uhr verfristet war und der für die Auslösung der Entlassungserklärung *maßgebliche* Sachverhalt überhaupt existiert und vor Gericht belegt und nachgewiesen wurde.



Zusammenfassend wird daher der Antrag gestellt, zufolge obiger Ausführungen, sowohl den Beschluss des OGH als auch gemäß § 419 Abs 3 ZPO das Urteil des OLG Graz hinsichtlich des falschen Reisedatums Montag, den 10.08.2015, statt korrekt Dienstag, den 11.08.2015, zu berichtigen.

Legt man den berichtigten Sachverhalt zugrunde, liegt das im Beschluss (und Urteil) beschriebene Verhalten des Klägers gar nicht vor und ist der der Entscheidung des OGH zugrundeliegende, maßgebliche Sachverhalt falsch bzw. liegt das als Entlassungsgrund herangezogene Verhalten zeitlich deutlich nach Ausspruch der Entlassung und ist somit nicht mehr heranziehbar und daher irrelevant für deren Begründung.

Die Annahme der falschen Tatsache als *maßgeblichen* Sachverhalt verletzt auch den Grundsatz des Verbots der Überraschungsentscheidung gemäß § 182a ZPO bzw. der Manuduktionspflicht, da von der Beklagten andere Entlassungsgründe, die jedoch ebenfalls falsch bzw. verfristet sind, genannt wurden. Es konnte vom OGH erwartet werden, dass er die Diskrepanz im Urteil des OLG bemerkt, gerade dann, wenn der OGH das Verhalten des Klägers am 10.08.2015 innerhalb des sehr kurzen Zeitraums bis 13 Uhr als wesentlich ansieht und zur Begründung der Entlassung heranzieht.

Da der falsche Sachverhalt erst nach der mündlichen Verhandlung und nach dem Urteil der Erstinstanz eingeführt wurde, wurde er nie besprochen und fand der Kläger hierzu auch kein rechtliches Gehör, hierdurch ist die Berücksichtigung des falschen Sachverhalts in der Entscheidung ebenfalls nicht gerechtfertigt.

Dr. A