



**FRITSCH
KOLLMANN
ZAUHAR**
UND PARTNER

An das
Landesgericht für Zivilrechtssachen
Graz als Arbeits- und Sozialgericht
Marburgerkai 49
8010 Graz

Graz, am 19.05.2017

**32 Cga 97/15f
6 Ra 87/16k**

Klagende Partei: Dr. A

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

Vollmacht besteht gemäß § 30 Abs 2 ZPO
Die gefertigten Anwälte begehren Zahlung
sämtlicher Kosten zu ihren Händen (§ 19a RAO)

Fritsch Kollmann Zauhar
und Partner Rechtsanwälte

Dr. Bernd Fritsch em.
Dr. Klaus Kollmann,
Immobilienökonom (EBS)
MMag. Dr. Werner Stegmüller
Mag. Dr. Christoph Zauhar, Bakk. LL.M.

Beklagte Partei: Universität

vertreten durch: Dr. Reinhard Tögl
Rechtsanwalt

wegen: €

AUSSERORDENTLICHE REVISION

zweifach



In umseits näher bezeichneter Arbeitsrechtssache erhebt die klagende Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz zu 6 Ra 87/16k vom 05.04.2017, nach Zustellung desselben am 21.04.2017, sohin binnen offener Frist, nachstehende

AUSSERORDENTLICHE REVISION

an den Obersten Gerichtshof und führt aus wie folgt:

A) Anfechtungserklärung:

Das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz zu 6 Ra 87/16k vom 05.04.2017, mit welchem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 29.06.2016 zur GZ 32 Cga 97/15f nicht Folge gegeben wurde, wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten.

B) Revisionsgründe:

Als Revisionsgründe werden die

die *unrichtige rechtliche Beurteilung* gemäß § 503 Z 4 ZPO und die
Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens gemäß § 503 Z 2 ZPO

angezogen.

C) Zur Zulässigkeit nach § 502 ZPO:

Das Berufungsgericht hat im Berufungsurteil die ordentliche Revision für nicht zulässig erklärt, da die Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht vorliegen würden, da eine Rechtsfrage, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, nicht zu lösen sei. Eine weitere Begründung, weshalb das Berufungsgericht zu dieser Auffassung gelangt ist, ist nicht vorliegend.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes liegt aber nicht nur eine, sondern liegen mehrere Rechtsfragen erheblicher Bedeutung gegenständlichem Fall zugrunde.



1. Das Gesamtverhalten des Arbeitnehmers

Das Berufungsgericht stützt sich darauf, dass als Entlassungsgrund das Gesamtverhalten herangezogen werden kann, lässt jedoch vollkommen außer Beachtung, dass sowohl die einzelnen Ereignisse als auch insbesondere der Anlassfall eine gewisse Mindestintensität aufzuweisen haben sowie das Gesamtverhalten innerhalb eines begrenzten Zeitrahmens insgesamt eine Mindestintensität zu erreichen hat und weicht es daher von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ab (vgl. beispielsweise OGH am 25.6.2013, 9 Ob A 73/13w; RIS-Justiz RS0029600). In diesem Zusammenhang ist auch die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers krass fehl beurteilt worden durch das Berufungsgericht und ist ein Korrigieren einer drastischen Fehlbeurteilung, welche mit einer jedenfalls nicht zu vertretbaren Rechtsansicht kumuliert ist, eine mit Sicherheit im Interesse der Rechtssicherheit der Gesamtbevölkerung liegende Rechtsfrage erheblicher Bedeutung. Hier ist ein grober Auslegungsfehler im Sinne der Rechtssicherheit zu korrigieren. Die grobe Fehlbeurteilung des Berufungsgerichtes hat zur Folge, dass das Gesamtverhalten herangezogen wurde, ohne dass der Anlassfall näher geprüft worden wäre und sohin von einer gerechtfertigten Entlassung ausgegangen wurde, weshalb die Lösung dieser Rechtsfrage jedenfalls als präjudiziell für diesen Fall anzusehen ist. Da es sich um eine grobe Fehlbeurteilung des Berufungsgerichtes handelt, welche im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes steht, welche über diesen Fall hinausgeht, da bei Ausspruch der Entlassung unter Heranziehung des Gesamtverhaltens von Arbeitnehmern auch der dann ausschlaggebende (zur Entlassung führende) Sachverhalt eine Mindestintensität aufzuweisen hat und dies sicher nicht nur diesen Fall, sondern viele Arbeitnehmer betrifft, ist von einer erheblichen Rechtsfrage auszugehen. Konkret stellt sich also die wichtige Frage, ob die Außerachtlassung der Beurteilung der Mindestintensität des Anlassfalles zu einer gerechtfertigten Entlassung führen kann. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob das Gesamtverhalten insgesamt eine gewisse Mindestintensität in einem bestimmten Zeitrahmen zu erreichen hat, um eine Entlassung zu rechtfertigen, da der im konkreten Fall betrachtete Zeitraum des Berufungsgericht sehr lang ist (konkret acht Monate) und nur sehr wenige verhaltensrelevante Ereignissen von äußerst geringer bzw. keiner Intensität betrachtet wurden.

2. Der unverzügliche Ausspruch und die Verfristung:

Die Entlassung muss unverzüglich nach Bekanntwerden des Grundes ausgesprochen werden. Selbst bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft als Arbeitgeber muss die Entlassung ohne schuldhaftes Zögern ausgesprochen werden (RIS-Justiz RS0031571). Der Arbeitgeber hat sich aber doch etliche Tage, sohin sehr viel Zeit, bei Ausspruch der Entlassung gelassen, ohne dass das Zögern in der von Anfang an klaren Sachlage begründet wurde, es lad auch nicht in der Natur des Dienstverhältnisses (RIS-Justiz RS0029328). Es widerspricht der Rechtssicherheit wenn das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abweicht, was gegenständlich passierte. Gegen die Rechtsprechung wurde dem Arbeitgeber



durch das Erstgericht aber auch durch das Berufungsgericht weit mehr Zeit zugebilligt (vgl. OGH am 29.09.2010, 9 ObA 84/10h). Auch hier ist unverzügliches Handeln angezeigt, was gegenständlich nicht passierte. Dies geht über den Einzelfall hinaus, da Klarheit über die Verhältnisse so schnell wie möglich geschaffen werden muss. Es ist dem Entlassungsgrund immanent, dass eine Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Bei derart langem Zuwarten wird die Zumutbarkeit in Frage zu stellen sein.

Im Zuge der Zumutbarkeit bzw. der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung wird jedenfalls auch zu hinterfragen sein, welche Konsequenz das Verhalten des Arbeitnehmers gehabt hat. War das Verhalten des Arbeitnehmers, welches zur Entlassung führte, ohne weitere Folgen behaftet, so kann letztlich wohl eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht angenommen werden. Es liegt daher insofern eine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung vor, als auch bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften hinsichtlich der Unverzüglichkeit des Ausspruchs ein strenger Maßstab auch in Anbetracht der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung anzulegen ist und auch auf die Konsequenzen des Handelns des Arbeitnehmers abzustellen sein wird. Zu hinterfragen ist, ob denn eine Weiterbeschäftigung tatsächlich unzumutbar i.S. eines Entlassungsausspruches sein kann, wenn aufgrund des Anlassfalls keinerlei Folgen eingetreten sind und auch nicht zu befürchten waren. Für diesen Fall sind diese Fragen präjudiziell, da bei verzögertem Ausspruch der Arbeitnehmer von einer Verfristung und somit von einer Weiterbeschäftigung ausgehen darf. Hinsichtlich der mangelnden Folgen wird man davon ausgehen können, dass der Grund nicht so schwer wiegt, dass eine Entlassung tatsächlich rechtfertigbar wäre. Über den Fall hinaus sind diese aufgeworfenen Fragen von Bedeutung, da es mit Sicherheit nicht einen Einzelfall darstellt, dass ein zum Anlass für die Entlassung als ausschlaggebendes bezeichnetes Verhalten letztlich keine gravierenden Folgen hat und dennoch eine Entlassung ausgesprochen wurde und zudem nicht unverzüglich ohne Sachgrund klare Verhältnisse geschaffen werden, sondern erst noch ein weiteres Gespräch ohne konkreten Termin angeboten wurde.

3. Die Verhaltensbeeinflussungen und Provokationen des Arbeitgebers:

Zudem wirft dieser Sachverhalt die Rechtsfrage auf, ob es letztlich als kein Entlassungsgrund zu werten ist, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers durch jenes des Arbeitgebers maßgeblich beeinflusst bzw. provoziert wurde. Es geht daher um die Rechtsfrage, ob eine Entlassung ungerechtfertigt ist, wenn das Verhalten durch Maßnahmen und Verhalten des Arbeitgebers herbeigeführt bzw. provoziert wird. Diese Frage ist essentiell im Hinblick auf die Rechtsentwicklung, weil Rechtsprechung auf diesem Gebiet fehlt und geht dieser Sachverhalt über den Einzelfall hinaus, da es sehr viele Menschen der Bevölkerung betreffen wird, dass sie als Arbeitnehmer Verhaltensweisen setzen, die durch Verhalten des Arbeitgebers nachweislich beeinflusst bzw. verursacht wurden. Die Lösung gegenständlichen Sachverhalts hängt von dieser Rechtsfrage mit Sicherheit ab, da letztlich für den Kläger die essentiellen Arbeitsverhältnisse und Kompetenzen nicht geklärt waren und auch Mitarbeiter seiner Arbeitsgruppe und Kollegen dazu veranlasst wurden, sich



nicht an Vereinbarungen mit ihm zu halten, ihm Informationen vorzuenthalten, ihn anzulügen und den Kontakt mit ihm abzusprechen, was dazu führte, dass sich der Kläger in der Tat provoziert fühlte und seiner vertraglichen und gesetzlichen Rechte immer mehr beraubt. Ihm wurden auch feste Zusicherungen, die ihm als Universitätsprofessor bei der Einstellung im Zuge des Berufungsverfahrens schriftlich gemacht wurden, einfach nicht eingehalten, weil man ihn „loswerden“ wollte (Fr. C wurde nicht eingestellt).

Solch ein geschildertes, höchst fragwürdiges Verhalten seitens des Arbeitgebers ist mit Sicherheit abträglich und provoziert den Arbeitnehmer unverhältnismäßig und sittenwidrig, der Arbeitgeber verletzte hierbei auch erheblich seine Fürsorgepflicht. Das verteidigende Verhalten des Arbeitnehmers dann als Entlassungsgrund zu werten, kann sicherlich nicht im Sinne des Arbeitsrechtes sein, sondern muss hier eine Abwägung stattfinden und der Arbeitnehmer jedenfalls geschützt werden. Eine Solche gebotene Abwägung des schädlichen Gesamtverhaltens des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer wurde von den beiden Gerichten nicht durchgeführt, auch das Verhalten des Arbeitgebers wurde nicht berücksichtigt und ins Verhältnis zum Verhalten des Arbeitnehmers gesetzt. Die Lösung dieser Frage betrifft nicht nur gegenständlichen Fall, sondern hat für eine Vielzahl von Fällen Bedeutung, da im alltäglichen Zusammenarbeiten oben näher geschilderte Konstellation mit Sicherheit oft vorzufinden sein wird.

4. Die verschlechternde Versetzung vor der Entlassung:

Auch ist das Berufungsgericht im Hinblick auf die erfolgte, nicht durch den Arbeitsvertrag des Klägers gedeckte verschlechternde Versetzung von der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes eklatant abgewichen und ist auch hier von einer erheblichen Rechtsfrage auszugehen. Der Begriff der Verschlechterung ist weit zu interpretieren (vgl. *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 30) und ist jede Änderung zum Nachteil des Arbeitnehmers als Verschlechterung zu qualifizieren (vgl. RIS-Justiz RS0051209). Gegenständlich wurde der Kläger direkt dem Vizerektor für Forschung zugeordnet (Beilage ./4) und ist hier jedenfalls von einer, nicht durch den Arbeitsvertrag des Klägers gedeckten, Verschlechterung auszugehen, insbesondere deshalb, da ihm unbegründet der gesamte Institutsapparat entzogen wurde und auch Personalressourcen, wie oben beschrieben, nicht mehr zur Verfügung standen. Die konkrete Situation des Arbeitnehmers vor und nach der Versetzung ist zu beurteilen (vgl. *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKom² §101 ArbVG Rz31), was letztlich auch nicht passierte.

Eine Klausel im Arbeitsvertrag des Klägers, auf welche das Berufungsgericht hinweist „(...) Diese Zuordnung kann aus organisatorischen oder anderen sachlichen Gründen verändert werden“ darf jedenfalls nicht so ausgelegt werden, dass dem Arbeitnehmer letztlich ohne seine Zustimmung gar kein Institut mehr zur Verfügung steht. Zudem ist auch jeglicher organisatorische oder sachliche Grund nicht angegeben worden und aus der Änderung der Zuordnung nicht ersichtlich. Diese durchaus unklare Formulierung



(„Zuordnung“) kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers ausgelegt werden dürfen und die Tatsache des Entziehens von Personal und des Institutsapparates (siehe u.a. Beilagen ./3, ./9 und ./DDD, Protokolle der Tagsatzungen vom 04.11.2015 und 29.06.2016 sowie insbesondere die Feststellungsklage mit GZ 24 Cga 94/15 f) muss jedenfalls eine verschlechternde Versetzung darstellen. So lässt die Formulierung in der dann erfolgten „Zuordnung zum Vizerektor für Forschung“ durch ihre Unklarheit viel Interpretationsfreiheit und provoziert hierdurch weitere unklare Verhältnisse für den Arbeitnehmer (Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber); sie lässt unter anderem offen, ob die Zuordnung wechselt oder zusätzlich ist, direkt oder indirekt, versetzend oder anders, fachlich oder disziplinar oder administrativ wirken soll und ob sich die Zuordnung auf eine konkrete, namentlich nicht genannte Person oder nur das allgemeine Amt des Vizerektors für Forschung bezieht, und ob sie einen weiteren oder neuen Vorgesetzten impliziert und welche Kompetenzen dieser Vorgesetzte hat (fachlich oder disziplinar oder administrativ); weitere Implikationen für den Kläger und das Budget, die Mitarbeiter und die Projekte der Arbeitsgruppe des Klägers bleiben ebenfalls ungeklärt. Ob eine Zuordnung, die nicht zu einem Institut erfolgt, überhaupt rechtens ist, ist ungeklärt.

Es geht nicht klar aus dem Arbeitsvertrag hervor, was mit „Zuordnung aus organisatorischen oder anderen sachlichen Gründen“ gemeint ist. Auch die Interpretation dieser Klausel ist eine erhebliche Rechtsfrage, da sie in vielen Arbeitsverträgen als Standardformulierung verwendet wird (so auch z.B. an der Universität für).

Es wurde hier eine eklatante Fehlbeurteilung seitens des Berufungsgerichtes vorgenommen, welche durch den Obersten Gerichtshof zu korrigieren sein wird. Es wurde bereits durch den Obersten Gerichtshof in ähnlich gelagerten Fällen entschieden, dass wenn einem Neurochirurgen die Betreuung der Patienten zur Gänze entzogen wird (vgl. OGH am 28.11.2002, 8 ObA 202/02t) oder auch einem Arbeitnehmer die Leiterfunktion entzogen wird (RIS-Justiz RS0051194), dies eine verschlechternde Versetzung darstellt (vgl. Mayr, Arbeitsrecht § 101 ArbVG E 9a, 10 (Stand 1.2.2016, rdb.at)). In Anlehnung an diese Rechtsprechung muss auch dieser Fall jenen soeben genannten Fällen gleich gelagert sein und auch hier eine verschlechternde Versetzung angenommen werden. Das Berufungsgericht entschied daher entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes. Dies ist im konkreten Fall von hoher Relevanz, da bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen diese verschlechternde Versetzung eine Entlassung nicht ausgesprochen werden dürfte. War demnach die Zuordnung zum Vizerektor für Forschung unwirksam, so hätte der Kläger auch niemanden umgangen sondern seinen Freistellungsantrag an vollkommen richtiger Stelle beim Dekan der Fakultät deponiert und würde somit der angebliche Entlassungsgrund des „Umgehens von Hierarchien“ wegfallen. Im Hinblick auf das Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung ist hier jedenfalls von einer erheblichen Rechtsfrage auszugehen, welche nicht nur relevant für die Lösung gegenständlichen Falles ist.



Angemerkt sei hier auch noch, dass selbst im Falle eine rechtsgültigen Versetzung zum Vizerektor für Forschung nicht erwiesen ist, dass der Kläger beim Stellen des Freistellungsantrag bewusst „Hierarchien umging“, da der Institutsleiter, an dem der Antrag zuerst gerichtet wurde, sich durch seine explizite Ablehnung des Freistellungsantrags ohne Grundangabe am 06.08.2015 aufgrund konkludentes Handelns weiterhin als ein Vorgesetzter des Klägers für zuständig erklärte und der direkte Vorgesetzte des Institutsleiters unbestritten der Dekan der Fakultät ist, der in dieser Funktion auch Vorgesetzter des Vizerektors für Forschung ist (Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016).

5. Die dienstliche Ortsungebundenheit eines Universitätsprofessors und § 22 Abs 7 KollIV:

Auch wirft die Ortsgebundenheit bzw. -ungebundenheit eines Universitätsprofessors mit Sicherheit eine erhebliche Rechtsfrage auf, die über die Grenzen dieses zu beurteilenden Falles hinausgehen. Aus dem Kollektivvertrag für Universitätsbedienstete geht hervor, dass Universitätsprofessoren im Hinblick auf die Arbeitszeit bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Forschung/Entwicklung und Erschließung der Künste nur insoweit örtlich an die Universität gebunden sind, als es die Zusammenarbeit mit anderen Universitätsangehörigen erfordert und andere universitäre Aufgaben sonst beeinträchtigt würden (§ 31 Abs 9 KollIV). Insbesondere ist ein Universitätsprofessor inhaltlich und methodisch (einschließlich Kommunikationsmethoden) in der Forschung frei und ungebunden (Wissenschaftsfreiheit nach Art. 17 und 17a des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBI. Nr. 142/1867 sowie auch §2 UG), so dass eine Verhinderung bzw. Verweigerung der Forschung (z.B. Nichtgenehmigung der entsprechenden Freistellung) sowie eine Kündigung oder gar Entlassung wegen Forschungsleistungen fundamental widerrechtlich ist (§ 22 Abs 7 KollIV). Die Prüfung von § 22 Abs 7 KollIV wurde vom Berufungsgericht komplett ignoriert und von der ersten Instanz ebenfalls. Besteht letztlich keine Ortsgebundenheit, so hätte es auch des Antrages auf „Freistellung bis zu einem Monat unter Belassung der Bezüge“ für den „Zweck“ der „Forschungsleistung“ (Beilage ./16) nicht bedurft, so wurde der Antrag durch den Kläger nur mangels besseren Wissens über seine Irrelevanz versehentlich gestellt.

Rechtsprechung zu diesem Gebiet besteht nicht und geht diese Frage über den Einzelfall hinaus, da es aufgrund der verankerten Wissenschaftsfreiheit klarer Vorgaben bedarf, inwiefern ein Universitätsprofessor beim Nachgehen seiner Tätigkeit an die Örtlichkeit gebunden ist und inwiefern er separat einen genehmigungsbedürftigen Freistellungsantrag stellen muss hierfür. Allenfalls ist der nach wie vor im elektronischen System der Beklagten vorzufindende Antrag auf Freistellung ein Relikt aus der Zeit, in welcher Universitätsprofessoren als Beamte einzustufen waren. Dieser Aspekt ist vor allem auch unter dem Aspekt der Wissenschaftsfreiheit zu beurteilen, da es doch Universitätsprofessoren frei steht, wie sie ihre Forschung betreiben und auf welche Weise der wissenschaftliche Austausch und die fachliche Kommunikation mit Kollegen an anderen Orten stattfindet, d.h. ob zum Beispiel eine Reise zu einem Treffen für die Kommu-



nikation durchgeführt wird oder nur ein Telefonat oder eine E-Mail. Gegenständlich war auch vor Ort keine Zusammenarbeit mit anderen erforderlich oder lag eine Beeinträchtigung anderer universitärer Aufgaben vor. Würde man gegenständliche Causa damit beantworten, dass aufgrund der Ortsungebundenheit von Universitätsprofessoren eine Freistellung gar nicht notwendig gewesen wäre, so könnte dann auch die Beantragung einer solchen an vermeintlich falscher Stelle nicht als Entlassungsgrund gewertet werden können.

Überhaupt sind die Notwendigkeit und der Charakter solch einer Freistellung zu hinterfragen, dies vor allem im Zusammenhang mit der statuierten Wissenschaftsfreiheit. **Gänzlich neues Neuland der Rechtsprechung ist, ob eine Freistellung zu dienstlichen Forschungszwecken genehmigungs- oder nur anzeigepflichtig ist, ob sie jederzeit oder nur eingeschränkt, begründet oder unbegründet verweigert werden darf, und dergleichen mehr.** Zu dieser Rechtsfrage fehlt Rechtsprechung und geht sie über diesen Fall hinaus, da die Frage der Stellung und der Notwendigkeit eines Freistellungsgesuches zu Forschungszwecken alle Universitätsprofessoren und viele wissenschaftliche Dozenten an Universitäten betrifft. Für diesen Fall ist die Beantwortung dieser Frage präjudiziell, da bei Ermangelung der Notwendigkeit der Stellung solch eines Gesuches auch ein Entlassungsgrund nicht vorliegen würde, ebensowenig, wenn der Freistellungsantrag rein informativen Charakter hat oder ohne Begründung nicht abgelehnt werden darf.

Ebenso ungeklärt ist die Frage, wie sehr eine Universität Vorschriften bzgl. der konkreten Forschungstätigkeit im Rahmen der Freistellung machen darf; so ist offen, ob z. B. im konkreten Fall die Korrektur einer Dissertation und das damit verbundenen Literaturstudium für künftige Projekte die Ansprüche an eine gegebenenfalls zu stellende Freistellung zu Forschungszwecken erfüllen. Es ist rechtlich völlig ungeklärt, ob ein Professor an seine initialen Angaben im elektronischen System der Universität zur näheren Planung der Forschungsleistungen während der Freistellung gebunden ist oder im gewissen Umfang abändern darf (z.B. aufgrund der sehr kurzfristige Genehmigung der Freistellung durch den Arbeitgeber), sie überhaupt machen musste oder nur freiwillig als eventuell nebensächliche Information von beispielhaftem Charakter für die Planung eingab. Auch mögliche Sanktionen gegen Universitätsprofessoren im Hinblick auf die Schwere von Forschungsdienstabweichungen wären rechtliches Neuland.

6. Die Entlassungsbestimmung des § 23 Abs 2 KollIV

Jedenfalls auch als erhebliche Rechtsfrage wird zu behandeln sein, dass die Bestimmung des § 23 Abs 2 KollIV entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichtes nicht so ausgelegt werden kann, dass dem Kläger letztlich eine Entlassungsanfechtung überhaupt gar nicht zusteht. Diese Rechtsansicht ist jedenfalls nicht vertretbar und besteht keinerlei Rechtsprechung hierzu vom Obersten Gerichtshof. Aus der Formulierung des § 23 Abs 2 KollIV kann keinesfalls der durch das Berufungsgericht vertretene Standpunkt geschlossen werden. Eine derart krasse Fehlbeurteilung wird durch den Obersten Gerichtshof zu korrigieren sein. Die Interpretation ist jedenfalls gesetzwidrig und widerspricht den zugesicherten Rechten laut dem



Arbeitsverfassungsgesetz. Durch den Kollektivvertrag können die zwingenden Vorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes jedenfalls nicht ausgehöhlt werden dürfen. Diese Rechtsfrage geht über den Einzelfall hinaus, da die Aushöhlung des Arbeitsverfassungsgesetzes durch einen Kollektivvertrag einen Großteil der Bevölkerung betreffen wird und ist zudem präjudiziell für diesen Fall.

7. Die Organisation einer Universität und die Leitungskompetenzen eines Universitätsprofessors:

Es geht aus §§ 20, 27 UG sowie § 25 Abs 2 KollIV nicht klar hervor, welche Kompetenzen man als ein angestellter Universitätsprofessor als Arbeitsgruppenleiter hat, insbesondere die Bedeutung der Leitung einer Arbeitsgruppe an der Universität. So ist offen, in welcher Art und inwiefern hat ein Arbeitsgruppenleiter eine Vorgesetztenfunktion inne (fachlich/disziplinar/administrativ) und welche Rechte und Pflichten hat er als solcher. Laut Arbeitsvertrag und den vertraglichen Berufungsvereinbarungen mit der Beklagten wurde der Kläger jedoch zum Arbeitsgruppenleiter an seinem Institut bestellt und war als Vorgesetzter für sein wissenschaftliches und allgemeines Personal verantwortlich. Es bedarf der Auslegung, hier konkret, ob Arbeitsgruppen auch „andere“ Organisationseinheiten im Sinne der §§ 20 und 27 UG sind, da die Beklagte sowie die Zeugen gänzlich unterschiedliche Aussagen hierzu treffen. Für diesen Sachverhalt fehlt oberstgerichtliche Rechtsprechung. Diese Frage geht jedoch über den Einzelfall hinaus, um Klarheit über die (möglichen) Organisationsstrukturen von Universitäten zu erhalten. Für den gegenständlichen Fall ist dies wesentlich, da damit klar wäre, dass es tatsächlich keine klaren Vorgaben hinsichtlich der Organisationsstruktur gibt sowie für die Beurteilung, ob eine verschlechternde Versetzung vorlag – hierfür müssen nämlich die Kompetenzen eines Arbeitsgruppenleiters vor und nach der strittigen Zuordnung des Klägers zum Vizerektor für Forschung eindeutig definiert identifizierbar sein – was sich wiederum unmittelbar auf die rechtliche Beurteilung des von der Beklagten geltend gemachten Entlassungsgrund der „Erschleichung der Freistellung“ auswirkt.

8. Bindung einer Universität an die eigenen Berufungszusagen an Universitätsprofessoren:

Höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt gänzlich zur Frage, inwieweit eine Universität an die schriftlichen Zusagen, die sie einem angestellten Universitätsprofessor im Rahmen seiner Berufung gemacht hat, gebunden ist und welche Bedeutung es hat, wenn sich die Universität eben nicht an diese Zusagen hält. Vorliegend wurde dem Kläger seitens des Vizerektors für Personal sowie der Personalabteilung die Besetzung bzw. Vertragsverlängerung von durch die vertragliche Berufungsvereinbarungen zugestandene Personalstellen grundlos verweigert was u.a. auch im Kontext einer verschlechternden Versetzung, siehe oben, von erheblicher Bedeutung für die Gültigkeit der Entlassung des Klägers ist. Ob eine solch eklatante Nichteinhaltung ihrer Berufungszusage für eine Universität bedeutungslos bleibt, ist von Interesse für alle derzeitigen und künftigen Universitätsprofessoren, die sich bei der Annahme der Universitätsprofessur auf die versprochene Ausstattung einschließlich Personal verlassen können müssen, denn ohne adäquate



Ausstattung und Personal ist ihre Berufsausübung unmöglich und somit auch die Freiheit der Wissenschaft massiv beeinträchtigt.

D) Ausführung der Revisionsgründe:

1. Die unrichtige rechtliche Beurteilung gemäß § 503 Z4 ZPO

Vorweg sei festgehalten, dass eine Änderung der rechtlichen Argumentation einer Partei bzw. die Geltendmachung eines neuen Gesichtspunktes bei der rechtlichen Beurteilung zulässig ist, sofern die hierzu erforderlichen Tatsachen bereits im Verfahren erster Instanz behauptet oder festgestellt wurden (RIS-Justiz RS0016473).

1.1 Zum Gesamtverhalten des Arbeitnehmers

Das Berufungsgericht hat als Entlassungsgrund die Vertrauensunwürdigkeit i.S.d. § 27 Z 1 AngG herangezogen und diese im Wesentlichen mit dem Gesamtverhalten des Klägers begründet. Das Vertrauen kann durch einzelne Handlung oder durch wiederholte Verfehlungen verloren gehen (vgl. OGH 4 Ob 101/58) und kann daher auch das Gesamtverhalten als Entlassungsgrund herangezogen werden, wobei eine Kumulierung von Bagatellen keine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung darstellt (vgl. *Pfeil* in Zell-Komm² § 27 AngG Rz 27). Nach Rsp des Obersten Gerichtshofes ist es aber so, dass bei Heranziehung des Gesamtverhaltens der eigentliche Anlass für den Entlassungsausspruch jedenfalls eine gewisse Mindestintensität erreichen muss, um die jedem Entlassungsausspruch immanente Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung gerade ab diesem Zeitpunkt begründen zu können (vgl. OGH am 25.6.2013, 9 Ob A 73/13w). Nach Ausführungen des Berufungsgerichtes habe der Kläger bereits Probleme mit der hierarchischen Struktur und der Kompetenzverteilung gehabt und nahm an Terminen nicht mehr teil. Weiters wird auf das „Verhalten“ gegenüber Herrn M hingewiesen, wobei das Verhalten von Herrn M selbst vollkommen unberücksichtigt blieb. Letzten Endes wurde die Entlassung jedoch aufgrund der Freistellung und nach ihrer Beantragung ausgesprochen war diese ausschlaggebend. Diese streitgegenständliche Freistellung wird somit als der geforderte Anlassfall zu werten sein müssen. Auch ein sich über einen längeren Zeitraum erstreckendes "Gesamtverhalten" kann eine Entlassung wegen berechtigten Vertrauensverlust rechtfertigen, jedoch muss auch der eigentliche Anlass – wie bereits erläutert - eine gewisse Mindestintensität aufweisen (OGH am 26.2.2014, 9 Ob A 18/14h). Zwar stellt das Berufungsgericht, wie auch bereits das Erstgericht, auf dieses Gesamtverhalten ab, unterlässt aber weitere Ausführungen zur geforderten mindestens vorliegenden Intensität und setzt es sich hiermit auch gar nicht auseinander. Auch dass das Verhalten eines Universitätsprofessors im Anlassfall und sein Gesamtverhalten innerhalb eines begrenzten Zeitraums eine bestimmte Mindestintensität für eine rechtliche Relevanz und begründeten Vertrauensverlust aufgrund der statuierten Wissenschaftsfreiheit sehr deutlich zu übersteigen hat, wird von den Gerichten ignoriert und nicht diskutiert.



1.2 Zur Mindestintensität des Verhaltens des Arbeitnehmers

In Bezug auf diese geforderte Mindestintensität wird jedenfalls darauf Bedacht zu nehmen sein, welche Konsequenz diese „Verfehlung“ der Beantragung der Freistellung an „falscher Stelle“ tatsächlich hatte und welche Folge es hatte, dass der Kläger nicht im Büro anwesend war (in der vorlesungsfreien Zeit). Entscheidend ist, ob das Verhalten des Angestellten nach den gewöhnlichen Anschauungen der beteiligten Kreise also nicht nach dem subjektiven Empfinden des einzelnen Arbeitgebers, sondern nach objektiven Grundsätzen - als so schwerwiegend angesehen werden muss, dass das Vertrauen des Arbeitgebers derart heftig erschüttert wird, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann und daher eine sofortige Abhilfe erforderlich ist (RIS-Justiz RS0029323; RS0029009). Das Stellen des Freistellungsgesuches an „falscher Stelle“ und somit die erst- und einmalige vorgeworfene Umgehung des Dienstweges kann allenfalls als Ordnungswidrigkeit eingestuft werden (vgl. OGH am 21.05.2007, 8 ObA 17/07v) und kann für einen Universitätsprofessor für eine Abberufung als Arbeitsgruppenleiter nicht ausreichen und somit erst recht nicht für seine Entlassung, die eine Abberufung impliziert.

Abgesehen davon blieb von beiden Gerichten ungeklärt, weshalb die Beklagte dem Kläger weiterhin eine „Umgehung der Hierarchien“ bei der Antragsstellung der Freistellung vorwirft, wenn sie doch bestätigte (Protokoll der Tagsatzung vom 26.11.2015, Seite 25), dass dem nach ihrer Darstellung zuständigen Vize-Rektor für For-schung, Prof. B , der Antrag trotz allem zugeht: „Der zweite Antrag ging zu Prof. B , den ersten hat er gar nicht gesehen.“ Der erste Antrag ging am 30.07.2015 an den damals zuständigen Institutsleiter Prof. M (Urteilsseite 10 des Berufungsgerichts).

Das jedem Entlassungstatbestand immanente Merkmal der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ermöglicht die Abgrenzung zwischen einem in abstracto wichtigen Entlassungsgrund und einem in concreto geringfügigen Sachverhalt (9 ObA 111/14k; RIS-Justiz RS0029009; vgl auch RS0029020). Eine Ordnungswidrigkeit kann jedenfalls nicht diese geforderte Mindestintensität aufwerfen, dass es zu einer gerechtfertigten Entlassung kommen kann, denn welche Konsequenz hatte dies am Ende des Tages? **Das Freistellungsgesuch betraf die vorlesungsfreie Zeit, in welcher keinerlei Verpflichtung zur Abhaltung von Lehrveranstaltung bestanden hat und die Anwesenheit auch für eine Zusammenarbeit mit anderen nicht erforderlich war.** Wo hier ein derartig gravierendes Fehlverhalten zu erblicken ist, ist nicht nachvollziehbar und kann diese (vorgeworfene) Umgehung objektiv betrachtet nicht so weit greifen, dass ein Entlassungsausspruch rechtfertigbar wäre. Bei Beurteilung des Verhaltens, welches für den Ausspruch einer Entlassung von Relevanz sein soll, wird es jedenfalls darauf ankommen, in welchem Zusammenhang dieses „Verhalten“ gesetzt wird unter spezieller Berücksichtigung der statuierten Wissenschaftsfreiheit des Universitätsprofessors und welche Konsequenzen es hat bzw. hatte. Da diese Freistellung für



Forschungszwecke letzten Endes überhaupt keine Konsequenz hatte, ist eine Mindestintensität des Anlasses objektivermaßen jedenfalls zu verneinen.

1.3 Zur Verfristung der Entlassung

Die vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses muss unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern erklärt werden (stRsp; zur Entlassung OGH 4 Ob 88/50, Arb 5229; 4 Ob 24/63, Arb 7742; 4 Ob 71/75, ZAS 1978/7, 50 [G. Winkler] = Arb 9431; 4 Ob 21/85, Arb 10.445; 14 Ob 67/86, DRdA 1989/7, 114 [Dirschmied] = Arb 10.535; zum Austritt OGH 4 Ob 109/55, Arb 6301; 4 Ob 170/55, Arb 6350). Die dogmatische Rechtfertigung für diesen Grundsatz liegt primär in der jeder vorzeitigen Auflösung wesensimmanenten Unzumutbarkeit der auch bloß kurzfristigen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (OGH 4 Ob 98/81, DRdA 1984/10, 233 [Apathy]; 4 Ob 21/85, Arb 10.445; 9 ObA 141/89, Arb 10.785; näher *Kuderna*, Entlassungsrecht² 13 ff).

Zufolge der getroffenen Feststellungen und der von der Beklagten selber angeführten Beilagen (Beilage ./3 und ./9) und insbesondere der Aussage des Vizerektors B von der Beklagten (Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 30) war der beklagten Partei bereits am 14.7.2015 bzw 22.07.2015 bekannt, dass sie sich vom Kläger trennen werde; hier war aufgrund dessen bereits beschlossen, dem Kläger die Einstellung von Frau Dr. C, einer Postdoc (ihre Stelle war im Rahmen von externen Drittmitteln eingeworben und dem Kläger klar zugesagt, Beilage ./VV), und die Vertragsverlängerung von Frau M der Sekretariatsassistentin des Klägers (Beilage ./DDD), zu verweigern, spätestens jedoch war der Beklagten die Trennung vom Kläger am 07.08.2015 vormittags bis 11.33 Uhr klar (E-Mail des Vizerektors au von der Beklagten an den Kläger, Beilage ./8 sowie Beilage ./6 der Beklagten). Auch Vizerektor H bestätigte in seiner Zeugenaussage, dass in den wöchentlichen Rektoratssitzungen eine „Entlassung mehrfach im Raum“ stand (Protokoll der Tagsatzung vom 04.11.2015, Seite 6).

Der Doktorand des Klägers, Herr M, wurde sogar von Kollegen des Klägers bereits Tage vor der Entlassung angehalten, den Kontakt abubrechen und ihn zu belügen (Beilage ./6 und Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2015).

Erst am 10.08.2015 wurde laut festgestelltem Sachverhalt der Betriebsrat gegen 13.00 Uhr (Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 4) von der soeben ausgesprochenen Entlassung informiert und innerhalb der Stadt Graz dem Kläger am 12.08.2015 durch Hinterlegung zugestellt (Urteil vom 29.06.2016, Seite 30).

Hätte die beklagte Partei dieses, als Umgehen der Hierarchien gewertete Verhalten, als dermaßen das Vertrauen erschütternd empfunden, so hätte umgehend die Entlassung ausgesprochen werden müssen. Entgegen dieser Annahme wurde jedoch zunächst ein Gesprächstermin drei Tage später ohne konkrete Zeitangabe angeboten (Beilage ./8). Es wurden auch seitens der Beklagten keinerlei Gründe genannt, weshalb es nicht sofort zum Entlassungsausspruch kam. Der Entlassung immanent ist die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auch nur kurzfristig. Unmittelbar nach Bekanntwerden des Umgehens hätte die Ent-



lassung ausgesprochen werden müssen, wäre es denn ein derart gravierender Grund gewesen, den der Kläger gesetzt hat. Auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist dazu angehalten, einen Entlassungsgrund unverzüglich geltend zu machen (vgl. RIS-Justiz RS0029273; 9 ObA 84/10h). Es gibt keine sachliche Rechtfertigung und auch nicht einmal eine Behauptung, dass etwas noch geklärt hätte werden müssen bis 10.8.2015, so dass man der Beklagten einen derart langen Zeitraum zum Entlassungsausspruch zugehen könnte. Für den Beginn des Zeitraums zur Beurteilung der Unverzüglichkeit der Kündigung ist grundsätzlich die Kenntnisnahme des die vorzeitige Auflösung rechtfertigenden Sachverhalts durch das für den Ausspruch der Entlassung bzw. Kündigung zuständige Organ maßgebend (OGH 8 Ob A 39/13p). Ausgesprochen wurde jedoch die Entlassung dann erst Tage danach. Die Beklagte hat sich sohin sehr viel Zeit gelassen und wurde zunächst auch noch nicht einmal eine Entlassung bei Bekanntwerden des Grundes ausgesprochen sondern ein Gesprächstermin angeboten, obwohl es einer Aufklärung nicht mehr bedurfte. Offenbar hielt man es doch nicht für derart unzumutbar, da man mit dem Kläger sonst nicht vorher noch ein Gespräch führen wollte. Das Verhalten wurde sohin nicht sofort zum Anlass genommen, eine Entlassung auszusprechen. Die Möglichkeit des Heranziehens dieses Grundes wird daher als verwirkt anzusehen sein. Alles andere würde im krassen Widerspruch zur bisherigen ständigen Rechtsprechung stehen.

Das Verhalten des Klägers vor der Zuordnung Ende Juli (welche im Übrigen als verschlechternde Versetzung zu werten ist) kann jedenfalls nicht für das Gesamtverhalten, welches letztlich als Entlassungsgrund gewertet wird, herangezogen werden, da hier definitiv seitens des Arbeitgebers die Entscheidung getroffen wurde, weiterhin mit dem Arbeitnehmer zusammen zu arbeiten. Unverzüglich nach Bekanntwerden ist definitiv nicht einige Tage später. Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist hier jedenfalls in Zweifel zu ziehen. Da nicht ohne schuldhaftes Zögern gehandelt wurde, muss, sollte man tatsächlich von einem Entlassungsgrund ausgehen, von einer Verfristung ausgegangen werden.

Fraglich ist, da bereits die Einstellung von Frau Dr. C und die Vertragsverlängerung von Frau M des Personals der Arbeitsgruppe des Klägers verweigert wurde, da man sich vom Kläger trennen wollte, ob das „Umgehen der Hierarchie“ oder die vorgeworfene „mangelnde Erreichbarkeit“ nicht als vorgeschobene Gründe gewertet werden müssen, wo man doch bereits damals – bei Ablehnung der Einstellung von Dr. C am 14.07.2015 bzw. 22.07.2015 und der Nichtweiterbeschäftigung von Frau M ab 01.08.2015 sowie sogar schon am 17.06.2015 beim mündlichen Angebot eines Auflösungsvertrages (Beilage ./2) – schon wusste, dass man sich vom Kläger trennen möchte, was aufgrund des Kollektivvertrages nicht möglich war.

1.4 Zum durch den Arbeitgeber verursachtes bzw. provoziertes Verhalten

Letztlich wird es bei der rechtlichen Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens eines Entlassungsgrundes auch nicht außer Acht gelassen werden können, inwiefern ein allfälliger Entlassungsgrund selbst durch



den Arbeitgeber herbeigeführt bzw. durch den Arbeitgeber provoziert wurde. Es kann nicht sein, dass Verhalten, welches durch den Arbeitgeber wesentlich mitverursacht wird, tatsächlich zur Berechtigung des Entlassungsausspruches führen kann. Hiermit würde der stets mächtigere Arbeitgeber in eine derart günstige Position gerückt werden, die durch nichts zu rechtfertigen ist. Dieses Ungleichgewicht kann keinesfalls noch zusätzlich dadurch verstärkt werden, indem dem Arbeitgeber auch noch die Möglichkeit des Entlassungsausspruches gewährt wird, durch Verhalten des Arbeitnehmers, das durch ihn selbst provoziert wurde. Das Erstgericht hat selbst festgestellt, dass in Absprache mit Univ.-Prof. S und Dekan U, Herr M nicht wie vereinbart sich mit dem Kläger getroffen hatte und für ihn auch nicht erreichbar war (Urteilsseite 21). Es stellte auch an verschiedenen Stellen fest (beispielsweise auf Urteilsseiten 13 und 18), dass immer wieder Besprechungen stattgefunden haben, in welchen zwar Kompetenzen und Hierarchien besprochen wurden, aber nie geklärt und vom Rektor entschieden wurde.

Aus den Feststellungen geht überdies hervor, dass seitens der Beklagten bereits spätestens am 31.07.2015 (eher bereits am 17.06.2015 bzw am 04.07.2015 bzw 22.07.2015) angedacht war, sich vom Kläger zu trennen (Urteilsseiten 21 f. und ihm aufgrund dessen die bereits zugesagte Besetzung einer Post-doc-Stelle sowie die Verlängerung der Sekretariatsassistentin verweigert wurde. Es zeigt sich klar, dass seitens des Arbeitgebers Provokationen verübt wurden und Zusicherungen der schriftlichen Berufungsvereinbarung einfach nicht eingehalten wurden, die zum Verhalten des Klägers gegenüber Herrn M führten bzw beitrugen. Das Verhalten hinsichtlich M war provoziert, wurde dieser doch instruiert eben genau die Vereinbarungen mit dem Kläger nicht einzuhalten. Schließlich reiht sich auch die Angelegenheit mit Frau Dr. C und Frau M in dieses Konstrukt ein. Trotz Zusicherung wurden ihm letztlich diese Stellen nicht gewährt. Das Verhalten des Klägers war sohin durch den Arbeitgeber verursacht. Die Nichteinhaltungen der Zusicherungen aus dem Berufungsverfahren und den eingeworbenen Drittmitteln sind bereits vorgeifend auf die Entlassung erfolgt. Solch ein Vorgeifen kann keinesfalls rechens sein. Auf Urteilsseite 28f. bestätigt das Berufungsgericht selbst, dass es sich bei den von der klagenden Partei begehrten Ersatzfeststellungen „Der Mitarbeiter M wurde der klagenden Partei entzogen und angewiesen, die Anweisungen der klagenden Partei zu ignorieren. Die Einstellung von Frau Dr. C sowie die Verlängerung der Beschäftigung von Frau M wurden der klagenden Partei verweigert“ um „Maßnahmen handelt, die mit der fristlosen Beendigung des Dienstverhältnisses des Klägers im Zusammenhang stehen“.

Sofern sohin Verhalten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber provoziert wird, wird man das Verhalten zu relativieren haben. Auch hier wird man von einer Rechtsfrage erheblicher Bedeutung auszugehen haben, da es mit Sicherheit nicht nur im konkreten Fall vorkommen wird, dass durch das Verhalten des Arbeitgebers, ein Verhalten des Arbeitnehmers hervorgerufen wird, welches sodann als Entlassungsgrund



herangezogen wird. Es bedarf hier jedenfalls einer Klärung, dass solch eine Konstellation jedenfalls nicht zu Lasten des schwächer gestellten Arbeitnehmers gehen kann.

1.5 Zur Erreichbarkeit

Wenn weiters angeführt wird, dass der Kläger nicht erreichbar war, so ist dem jedenfalls entgegen zu halten, dass nach Ausspruch der Entlassungserklärung, hier konkret am 10.08.2015 um 13:00 Uhr der Arbeitgeber jedenfalls keine Leistung des Arbeitnehmers mehr erwarten wird können. Dass der Kläger angeblich nicht erreichbar war, ist zeitlich jedenfalls nach dem Entlassungsausspruch einzuordnen und ist sicherlich kein dermaßen schwerwiegender Grund, dass umgehend die Entlassung ausgesprochen werden müsste. Für die Entlassung muss dieser Grund auf jeden Fall außen vor gelassen werden, da allein die zeitliche Komponente jeder anderen Auslegung entgegen laufen würde. Zudem ist auch nicht einmal klar, was unter Erreichbarkeit zu verstehen ist. Nur weil man sich nicht umgehend in Verbindung gesetzt hat, wird man nicht von einer mangelnden Erreichbarkeit ausgehen können.

Zudem ist aus den Akten lediglich ersichtlich, dass sich der Kläger am 10.08.2015 bis 13.00 Uhr nicht mit der Beklagten in Verbindung setzte. Für die Zeit zwischen dem 10.08.2015 mittags und dem 17.08.2015 wurden überhaupt keine Feststellungen getroffen, insbesondere nicht, dass die Beklagte überhaupt versucht hätte, den Kläger zu erreichen. Es sei an dieser Stelle auch angemerkt, dass der Kläger nicht verpflichtet war, sich mit dem Betriebsrat in Kontakt zu setzen, da dieser ihm sicherlich nicht vorgesetzt war, der Betriebsrat hatte den Kläger auch um keine Antwort oder Kontaktaufnahme gebeten.

1.6 Zur Versetzung

Wenn ausgeführt wird, dass es sich um keine verschlechternde Versetzung handelte bei Direktzuordnung des Klägers zum Vizerektor für Forschung, so muss dem nochmals entschieden entgegen getreten werden. Letztlich wurde dem Kläger hierdurch sowohl Personal entzogen als auch der gesamte Institutsapparat. Institutsvorstand Prof. M sah sich laut seiner Zeugenaussage als nicht mehr zuständig an und verweigerte dem Kläger daher ohne Angabe von Gründen die Freistellung und der, Institutsvorstand Prof. S verwies den Kläger am 07.08.2015 des Gebäudes seines Instituts.

Das vollkommen unklare Schreiben der Beklagten (Beilage ./LL) lässt nämlich absolut offen, und bedarf dies der höchstrichterlichen Klärung über den Einzelfall hinaus, ob es sich um eine (im universitären Bereich durchaus übliche) ergänzende oder ersetzende Zuordnung handelt und ob sie zum Amt oder zur Person des Vizerektors erfolgt. Nicht erkennbar ist außerdem, ob der Vorgesetzte wechseln soll oder ob ein weiterer Vorgesetzter hinzukommt und welche Kompetenzen der Vorgesetzte hat bzw. die Vorgesetzten haben (fachlich/disziplinär/administrativ). Es ist auch unklar, ob es sich um eine direkte oder indirekte



Zuordnung handelt, ob sie fachlich oder disziplinar oder administrativ gemeint ist, und welche weiteren Implikationen sie mit sich bringt, zum Beispiel für das Budget, für die Mitarbeiter und die Projekte der Arbeitsgruppe. Ob eine andere als eine Zuordnung zu einem Institut überhaupt zulässig ist, bedarf ebenfalls der höchstrichterlichen Klärung. Es kann nicht sein, dass der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht dahingehend verletzt, dass er den Arbeitnehmer in vollkommen unklaren Arbeitsverhältnissen belässt, die er je nach Gusto für sich auslegen kann, so dass Mobbing Tür und Tor geöffnet sind.

Das Erstgericht, so auch das Berufungsgericht haben diesen Umstand vollkommen verkannt und ausgeführt, dass keine verschlechternde Versetzung vorliegt und unter Hinweis auf Punkt 2. des Arbeitsvertrages eine vom Vertrag gedeckte Versetzung angenommen. Es wurde verkannt, dass der Begriff der Verschlechterung weit zu interpretieren ist, so dass bereits relativ geringfügige mit der Versetzung einhergehende Änderungen als Verschlechterung gewertet werden (vgl. *Schrank in Tomandl*, ArbVG, § 101 Rz 30).

Sowohl eine vertragswidrige, als auch eine betriebsverfassungswidrige Versetzung sind rechtsunwirksam (vgl. OGH am 12. 10. 1994, 9 ObA 214/94) mit der Konsequenz, dass ihr der Arbeitnehmer nicht Folge leisten muss. Insofern hat also das betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrecht unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis und die Pflichten des betroffenen Arbeitnehmers (vgl. *Födermayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 76 (Stand 1.4.2013, rdb.at)). Weigert sich ein Arbeitnehmer, einer im Vertrag nicht gedeckten, also vertragsändernden Versetzung zuzustimmen bzw. Folge zu leisten, so befindet er sich mit seiner Vorgangsweise im Recht. Spricht der Arbeitgeber deswegen eine Entlassung aus, so ist diese ungerechtfertigt (vgl. *Reissner in ZellKomm²* § 101 ArbVG Rz 15 (Stand 1.9.2011, rdb.at)).

Eine Zustimmung erfolgte weder durch den Betriebsrat noch durch den Kläger selbst und ist der Kläger der Aufgriffsobliegenheit nachgekommen (vgl. Beilage ./MM und die Einleitung des Verfahrens zur GZ 24 Cga 94/15f des LG f. ZRS Graz als Arbeits- und Sozialgericht). Der Kläger durfte daher davon ausgehen, dass sein Freistellungsgesuch an richtiger Stelle gestellt wurde, zumal auch – wie das Erstgericht feststellte (Urteilsseite 16) – bereits im Mai 2015 ein Urlaubsgesuch durch den Dekan des Klägers genehmigt wurde. Auch hier ist eine erhebliche Rechtsfrage zu erblicken, denn bei einer Anstellung wie sie der Kläger inne hatte – mit Personalressourcen und in seinem Fall auch mit dem gesamten Institutsapparat, muss jedenfalls von einer verschlechternden Versetzung ausgegangen werden. Entzieht man wesentliche Komponenten der zugesicherten Ausstattung einschließlich Personal, das in der Berufungsverhandlung zugestanden wurde, kann es nicht sein, dass eine verschlechternde Versetzung ausgeschlossen ist. Hierin ist eine krasse Fehlbeurteilung des Berufungsgerichtes zu erkennen, die sich wesentlich auf seine Schlussfolgerungen auswirkt.



Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass wenn die Zuordnung zum Vizerektor für Forschung tatsächlich als verschlechternde Versetzung zu werten ist, das Freistellungsgesuch auch nicht an falscher Stelle gerichtet worden wäre und der der Entlassungsgrund des „Umgehens der Hierarchien“ wegfallen müsste, was wesentlich für gegenständlichen Fall ist. Letztlich war auch dieses Verhalten (die „Zuordnung“) durch den Arbeitgeber provoziert und wird man nicht einen Entlassungsgrund daraus konstruieren können. Die unklare Formulierung im Arbeitsvertrag des Klägers („Zuordnung“) bedarf der höchstrichterlichen Konkretisierung und darf keinesfalls dem Arbeitnehmer zum Nachteil gereichen. Eine – wie im Arbeitsvertrag geforderte – sachliche oder organisatorische Rechtfertigung für die geänderte „Zuordnung“ wurde im Übrigen von der Beklagten nicht geliefert. „Zuordnung“ kann keinesfalls den Entzug von Personal und Institutsapparat bedeuten.

1.7 Zur Freistellung für Forschungsleistungen (keine Dienstfreistellung)

Wissenschaftliche Tätigkeiten, wie sie durch einen Universitätsprofessor ausgeführt werden, lassen sich schwer mit strengen Arbeitszeitvorgaben vereinbaren und stehen diese in einem Spannungsverhältnis mit allzu rigiden örtlichen Bindungen. Dies folgt bereits aus älteren Vorschriften wie § 165 Abs 2 und § 172 Abs 3 BDG sowie § 49 Abs 3, § 55 Abs 3 sowie § 57 Abs 6 VBG und knüpft an diese § 31 Abs 9 KollIV für Universitätsbedienstete an. Universitätsprofessoren sind zufolge dieser Bestimmung nur insofern an ihren Arbeitsort an der Universität gebunden, als dies aufgrund der Zusammenarbeit mit anderen Universitätsangehörigen erforderlich ist oder dies durch andere universitäre Aufgaben angezeigt ist. Hier sind vor allem Prüfungen, Sitzungen oder Sprechstunden gemeint (vgl. *Pfeil*, Personalrecht der Universitäten, § 31 KollIV, Rz 15).

Der Verfassungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit das Recht unbehinderter wissenschaftlicher Forschung und das Recht auf freie Lehre der Wissenschaft umfasst. Weiters richtet sich Art 17 Abs 1 StGG dagegen, dass "Organe der Verwaltung ohne gesetzliche Grundlage in die wissenschaftliche Tätigkeit eingreifen und diese behindern oder beschränken (vgl. *Hausser*, Wissenschaftsfreiheit und universitäre Studiengestaltung, ÖJZ 1996, 97). Vor allem in Zusammenschau mit dem im StGG statuierten Recht der Wissenschaftsfreiheit und mit der Bestimmung des § 31 KollIV, wonach eine Ortsgebundenheit nur dann angenommen wird, wenn dies für eine Zusammenarbeit notwendig ist, dürfte es eines Freistellungsgesuches eines Universitätsprofessors letztlich vor allem in der vorlesungsfreien Zeit gar nicht bedürfen. Letztlich verkennen sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht nach wie vor, dass die Freistellung gar nicht notwendig gewesen wäre, da insbesondere in der vorlesungsfreien Zeit eine Zusammenarbeit in Ermangelung von Vorlesungen oder Kursen nicht vorgesehen war. Im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit obliegt es im Übrigen dem Kläger selbst die Forschungs- und Kommunikationsmethoden zu wählen, welche er für angemessen hält um seinen Anforderungen als Universitätsprofessor gerecht zu werden.



Mag zwar sein, dass der Kläger diesen Antrag gestellt hat, jedoch sagt dies noch nichts über die Notwendigkeit des Antrags und seiner Genehmigung aus. Ungeklärt blieb nämlich, ob es sich nicht vielmehr, wie Prof. R als Zeuge aussagte, um „die Bekanntgabe der Dienstausbildung an einem anderen Ort“ handelt, welche „quasi ein Recht der Professoren“ ist (Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016 S 6.). Akkurat dann, wenn er einen Freistellungsantrag stellt, wird es zum Problem und sogar zum Entlassungsgrund herangezogen. **Es gab überdies keinerlei Grund, den Antrag nicht zu genehmigen.** Auch wird die mangelnde Erreichbarkeit aufgeworfen. Erreichbarkeit kann nicht einschließen, dass man sofort und umgehend erreichbar sein muss, insbesondere außerhalb der eigenen Arbeitszeit. In Zeiten flächendeckender Mobiltelefon- bzw. Internetverbindung sollte die Erreichbarkeit jedenfalls im Prinzip kein Problem darstellen (vgl *Pfeil in Pfeil*, Personalrecht der Universitäten § 31 KollV Rz 16). **Nicht nur hinsichtlich der Ortswahl, sondern auch hinsichtlich der Arbeitszeit wird einem Universitätsprofessor große Flexibilität gesetzlich ermöglicht.** Letztlich – so geht es aus den Feststellungen hervor – wurde durch den Kläger eine Dissertation bearbeitet, welche auch mit Literaturrecherche und künftigen Projekten zusammenhängt, und wird man ihm daher einen wissenschaftlichen Hintergrund einer Reise mit Sicherheit nicht absprechen können.

Es kann nicht derart abwegig sein, dass eine Freistellung zu Forschungszwecken auch für andere Vorhaben als den Besuch von Kongressen, beantragt wird, wurde doch mit dem beantragten Inhalt die geforderte Freistellung bewilligt. **Jedenfalls auch als erhebliche Rechtsfrage zu werten ist daher die Klärung der Orts(un)gebundenheit von Universitätsprofessoren. Dies ist vor allem in Zusammenschau mit der Wissenschaftsfreiheit zu sehen. Es wird wohl aufgrund der bestehenden Wissenschaftsfreiheit nicht möglich sein, dass seitens der Universität detaillierte Vorgaben gemacht werden können, wann und wie geforscht werden soll und kann. Eine Beeinflussung würde auch durch diesen Freistellungsantrag schon anzunehmen sein, da durch diesen allenfalls eine Ortsabwesenheit zu wissenschaftlichen Zwecken untersagt werden würde und somit mittelbar in die Freiheit der Wissenschaft eingegriffen werden würde.** Auch kann eine kurzfristige Änderung nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers gereichen. Es kann wohl höchstens exemplarisch angeführt werden, was angestrebt wird zu tun.

Im konkreten Fall kann außerdem nicht unberücksichtigt bleiben – und wird dies auch allgemein von Interesse sein – dass der Kläger aufgrund der sehr langen Zeit, die die Beklagte für eine Rückmeldung an ihn letztlich benötigte, seine anvisierten Pläne für die Zeit der Freistellung überaus kurzfristig etwas ändern musste.

1.8 Zur Umgehung der fehlenden Kündigungsmöglichkeit durch Ausspruch einer rechtswidrigen Entlassung



Bereits im Zuge der Zulässigkeit angeführt wurde die Auslegung der Bestimmung des § 23 Abs 2 KollIV. Es kann jedenfalls nicht sein, dass durch die Bestimmung des Kollektivvertrages die zwingenden Vorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes über die Entlassungsanfechtung ausgehöhlt werden können. Dem Kläger steht entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichtes mit Sicherheit die Möglichkeit der Anfechtung zu. Die Auslegung des § 23 KollIV wurde jedenfalls durch das Berufungsgericht drastisch fehlbeurteilt.

Gemäß § 23 KollIV gelten für Entlassungen und vorzeitigen Austritt die gesetzlichen Bestimmungen. Zuzufolge § 29 Abs 1 AngG behält der Arbeitnehmer, wenn der Dienstgeber ihn vorzeitig entlässt, dies ohne wichtigen Grund, unbeschadet der weitergehenden vertragsmäßigen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung durch den Dienstgeber hätte verstreichen müssen. Eine Kündigungsmöglichkeit wurde zwar vereinbart, jedoch ist diese zufolge des Kollektivvertrages § 20 Abs 1 eingeschränkt vereinbar. Bei Befristungen bis zu zwei Jahren ist eine vertraglich vereinbarte Kündigungsmöglichkeit rechtsunwirksam. Bei längeren Befristungen – wie gegenständlich auch der Fall – kann eine Kündigung erst nach zwei Jahren ausgesprochen werden. Eine Kündigung durch die Universität setzt voraus, dass einer der in § 22 Abs 1 lit a bis d genannten Gründe vorliegt. Ein solcher Grund liegt jedoch nicht vor und wäre nicht nur mangels Vorliegens eines Grundes sondern auch mangels Ablauf von 2 Jahren eine Kündigung nicht möglich. Eine (Eventual)Kündigung wurde auch von der Beklagten gar nicht ausgesprochen, so dass im Falle der Rechtswidrigkeit der Entlassung das Arbeitsverhältnis auch ungekündigt weiter bestehen würde.

1.9

Auch das Berufungsgericht schließt ohne weitere und genauere Prüfung ein verpöntes Motiv und die Sozialwidrigkeit aus. Lediglich aufgrund dessen, weil der Kläger die ihm zugesicherten Vertragspunkte umsetzen wollte bzw. einforderte, so beispielsweise die Besetzung einer Sekretariatsstelle sowie eine Stelle für einen wissenschaftlichen Mitarbeiter und weil die berufungswerbende Partei aufgrund Mobbingverhaltens von Kollegen um Abhilfe bei der beklagten Partei ersuchte, wurde die Entlassung ausgesprochen.

Außerdem wird eine widerrechtliche Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit des Klägers im Kontext der Entlassung überhaupt nicht überprüft.

Auch die Sozialwidrigkeit wird nicht weiter behandelt, es fehlen diesbezüglich auch Feststellungen, dies aufgrund falscher rechtlicher Beurteilung. Die Sozialwidrigkeit ist klar vorgebracht worden durch den Kläger. Wesentliche Interessen des Klägers stehen der Entlassung entgegen. **Es stehen weder Gründe in der Person noch betriebliche Gründe gegen eine Weiterbeschäftigung. Aufgrund des Alters und der Ar-**



beitsmarktsituation ist es dem Kläger bisher und auch künftig nicht möglich einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu erlangen, weshalb Existenz und Familie massiv gefährdet sind.

Zusammenfassend wurde daher gegenständlicher Sachverhalt drastisch unrichtig beurteilt und wirft dieser einige Rechtsfragen auf, welchen erhebliche Bedeutung zugestanden werden muss.

2. Die Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens gemäß § 503 Z 2 ZPO

Es wird die Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens i.S.d. § 503 Z 2 ZPO geltend gemacht wonach das Berufungsverfahren Mängel leidet, welche, ohne die Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern geeignet war.

2.1 Beweis vom Hörensagen

Die „Feststellung“ („Die Vizerektorin DDr. H wandte sich an den Vizerektor für Personal Univ.-Prof. Dr. au , der mehrfach noch am selben Tag versuchte den Kläger zu erreichen“) ist ein Beweis vom Hörensagen (Protokoll der Tagsatzung vom 04.11.2015 S. 25) und nur durch die Aussage der Vizerektorin DDr. H „belegt“. Eine direkte Aussage des Univ.-Prof. Dr. au über den 07.08.2015 gibt es hierzu nicht, jedoch schrieb er bereits um 11:33 Uhr die E-Mail an den Kläger (Beilage ./8). Sie hatte selbst keinerlei Wahrnehmungen darüber, ob versucht wurde, den Kläger zu erreichen oder nicht, ihre wurde lediglich darüber berichtet. Es hätte aber Vizerektor Prof. au hierzu befragt werden können oder ein Einzelbindungsnachweis vorgelegt werden können, was jedoch nicht geschah.

Ebenso sagte die Vizerektorin DDr. H aus, dass der Rektor am Montag, den 10.08.2015, mehrfach versucht habe, den Kläger zu erreichen (Protokoll der Tagsatzung vom 04.11.2015, Seite 25 bzw. Urteilssseite 18 des Berufungsgerichts), jedoch gegen 13 Uhr laut Betriebsrat die Entlassung aussprach (Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2015). Für diesen „Beweis“ vom Hörensagen gibt es ebenfalls keine Bestätigung durch den Rektor selber oder einen Einzelbindungsnachweis

Auch die Geschehnisse rund um Telefonat mit der Mutter von Herrn M sind lediglich als Beweis vom Hörensagen zu qualifizieren (Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016).

Hätte man über den 07.08.2015 bzw 10.08.2015 einen direkten Beweis herangezogen, so wäre man zum Ergebnis gelangt, dass letztlich allenfalls einen halben Tag versucht wurde, den Kläger zu erreichen. Hier bereits von einer mangelnden Erreichbarkeit auszugehen wäre dann jedenfalls nicht in Frage gekommen. Die Vizerektorin DDr. H hat es selbst nicht versucht, sondern nur gehört, dass es versucht wurde. Das gesamte Verfahren hat aber bereits ergeben, dass einige Informationen, die durch Hörensagen bei der



Beklagten verbreitet wurden, nicht richtig waren, so etwa die dem Kläger unterstellte fixe Einstellungs-
sage an Frau Dr. C , die vor Gericht nicht bestätigt werden konnte. Auch über das Telefonat zwi-
schen der Mutter M und dem Kläger ist wäre man bei Aufnahme des direkten Beweises jedenfalls zu
einer abweichenden, für den Kläger günstigeren Feststellung gelangt.

Auch das Telefonat zwischen der Mutter M und dem Kläger ist als Beweis vom Hörensagen zu quali-
fizieren und wäre man bei Aufnahme des direkten Beweises jedenfalls zu einer abweichenden, für den
Kläger günstigeren Feststellung gelangt.

2.2 Unzureichende Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Rechtsfragen

Das Berufungsgericht hat sich nicht umfassend mit den aufgeworfenen Rechtsfragen beschäftigt und hat
knapp die Entlassung abgehandelt. Dass eine Verfristung des Ausspruchs der Entlassung vorliegt wird
lapidar damit abgewehrt, dass es dem Berufungswerber nicht gelungen sei, schlüssig die Verfristung dar-
zulegen, dies obwohl es sicherlich nicht an der mangelnden Schlüssigkeit zu scheitern gehabt hätte. Voll-
kommen nachvollziehbar wurde ausgeführt, weshalb von einer Verfristung auszugehen ist. Auch das Ver-
halten bzw. Fehlverhalten des Arbeitgebers wurde nicht ausreichend gewürdigt und die Intensität des
Anlassfalles nicht näher geprüft. Das verpönte Motiv und die Sozialwidrigkeit wurden ebenso kurz wie im
erstgerichtlichen Urteil – nämlich mit einem Satz – abgehandelt. Auch wurde die Zuordnung bzw. Ver-
setzung, ohne sich näher damit auseinander zu setzen, nicht näher rechtlich gewürdigt. Auch die Wissen-
schaftsfreiheit des Klägers als Universitätsprofessor wurde mit seinem Verhalten nicht abgewogen, son-
dern komplett ignoriert. Das Berufungsverfahren ist daher jedenfalls als mangelhaft zu betrachten.

Dieser Verfahrensfehler ist wesentlich, da bei umfassender Auseinandersetzung man zum Schluss gelangt
wäre, dass ein Entlassungsgrund tatsächlich nicht vorliegt und dem Klagebegehren daher stattzugeben
gewesen wäre.

2.3 Unrichtigkeit der Schlussfolgerung

In der Gewinnung tatsächlicher Feststellungen durch Schlussfolgerungen liegt selbst für den Fall der Un-
richtigkeit dieser Folgerungen keine Aktenwidrigkeit begründet. Beruhen sie auf einem mangelhaften
Verfahren oder auf einer unlogischen Gedankentätigkeit, so können sie den Revisionsgrund der Mangel-
haftigkeit des Verfahrens oder der unrichtigen rechtlichen Beurteilung bilden (RIS-Justiz RS0043189).

Es gibt zahlreiche Aussagen verschiedener Personen, die der beklagten Partei zugeordnet werden können,
welche eindeutig das Bild vermitteln, dass eben gerade nicht klar war, wie die Kompetenzverteilung auf
der Beklagten, der U , tatsächlich ausgestaltet war, welche Relevanz Arbeitsgruppen und Zuord-
nungen haben und inwiefern, wer wem überstellt bzw. unterstellt ist. Dies ist aber wesentlich, weil darin
eine Provokation des Arbeitgebers und eine Verletzung der Fürsorgepflicht aufgrund dauerhaft unklarer



Arbeitsverhältnisse zu sehen ist. Aus den Feststellungen geht klar hervor, dass lediglich Entwürfe ausgetauscht wurden (Urteilsseite 3), nicht jedoch dass es zu einer abschließenden Kompetenzklärung kam. Widersprüchlich scheint in diesem Zusammenhang die Feststellung, welche offenbar aufgrund eigenen Schlusses des Erstgerichtes abgeleitet wurde, dass die Zuständigkeiten erklärt wurden. Aus den Feststellungen, welche durch das Berufungsgericht übernommen wurde, geht hervor, dass der Kläger Leiter der Arbeitsgruppe war und Dr. T dieser Arbeitsgruppe zugeteilt war und für gewisse Projekte nach wie vor selbstständig verantwortlich war, weshalb dem Kläger nur eingeschränkter Zugriff hatte (Urteilsseite 12). Dies steht im Widerspruch zur Beilage ./6 wonach der Kläger keinerlei Personalkompetenz gehabt haben soll. Es wurde sohin offenbar ein falscher Schluss gezogen.

So heißt es widersprüchlich zu den Arbeitsgruppen:

Protokoll der Tagsatzung vom 04.11.2015, Seite 8, VRin Dr. H als Vertreterin der Beklagten:

„Die kleinste Einheit ist das Institut. Die Teams werden vom Institutsleiter zusammengestellt und sie heißen Arbeitsgruppen.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 5, Betriebsratsvorsitzende K als Zeugin:

Es gibt bei uns Arbeitsgruppen, die einen organisationsrechtlichen Status haben. Die haben auch eine entsprechende Nummer, und zwar eine Organisationseinheit Nummer. ... Der Kläger hat nach meinem Wissensstand eine gewisse Zeit eine Arbeitsgruppe am Institut von Prof. M geleitet und, wenn ich mich richtig erinnere, war das auch als eigene OE [d. h. Organisationseinheit] angeführt.

Protokoll der Tagsatzung vom 2016, Seite 15, Institutsleiter Prof. M als Zeuge:

„Es gibt auch die Möglichkeit Arbeitsgruppen einzurichten. Für die Arbeitsgruppen gibt es keine Regeln. Man macht sich das aus. ... Das Problem war, dass der Kläger als Arbeitsgruppenleiter höher gestellt war als der Projektleiter.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 18, Institutsleiter Prof. M als Zeuge:

„Eine Arbeitsgruppe ist keine Organisationseinheit.“

Auch über die Frage der Zuordnung des Dr. T besteht kein Konsens in den Akten:

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 15, Institutsleiter Prof. M als Zeuge:

„Dr. T war mir [Prof. M] zugeordnet.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 29f., Vizerektor Prof. B als Zeuge:

„Dr. T war dem Kläger als Assistent zugeordnet.“

Das Berufungsgericht übernimmt die Feststellung des Erstgerichtes, dass der Kläger Leiter der Arbeitsgruppe war und Dr. T dieser Arbeitsgruppe zugeteilt war und für gewisse Projekte nach wie vor



selbstständig verantwortlich war, weshalb dem Kläger nur eingeschränkter Zugriff hatte (Urteilsseiten 3 und 32). Andererseits stellt das Berufungsgericht aber auch fest, „Dr. T ist für diese Mitarbeiter der Vorgesetzte; der Institutsleiter bzw. der Kläger hatten auf diese Mitarbeiter keinen Zugriff (Urteilsseite 15).“

Diese sich widersprechenden Feststellungen zeigen gut auf, dass nicht nur für den Kläger, sondern auch für das Berufungsgericht wohl unklar blieb, wie sich die Leitungsfunktion des Klägers gestaltete.

Keine abschließende Erklärung der Zuständigkeiten:

Diese sich widersprechenden Feststellungen des Berufungsgerichtes lassen auch umso mehr die Feststellung fragwürdig erscheinen, dass dem Kläger die Zuständigkeiten erklärt wurden (Urteilsseiten 16 und 20). Das Berufungsgericht stützt sich dabei auf die Aussagen der Zeugen Prof. M und Prof. B (Urteilsseite 20). Jedoch haben die Aussagen der Zeugen einen anderen konkreten Inhalt, nämlich:

Protokoll der Tagsatzung vom 2016, Seite 17, Institutsleiter Prof. M als Zeuge:

Das Ergebnis der Besprechung vom 12.[01.2015] war, dass mir der Kläger eine Vereinbarung geschickt hat. ... Ich habe mich dann mit Vizerektor au beraten und habe ich gemeinsam mit Prof. au das Dokument des Klägers besprochen... Ich habe dem Kläger dann die Korrekturen zurückgesendet, bekam dann nach einigen Tagen eine Antwort über E-Mail ..., das E-Mail ging auch an das Rektorat. ... Die Vereinbarung wurde nur zurückgesandt, dass es nicht gehe... Ich habe das dann liegen gelassen und habe das Prof. B und Prof. au gezeigt.

Protokoll der Tagsatzung vom 2016, Seite 18, Institutsleiter Prof. M als Zeuge:

Eine Vereinbarung kam nicht zustande.

Protokoll der Tagsatzung vom 29.16.2016, Seite 32, Vizerektor Prof. B als Zeuge:

„Als Beispiel möchte ich den 12. Jänner auch anführen. Es wurde ein Protokoll vereinbart. Das ging 17 mal hin und her. Sie konnten sich auf keine Formulierung einigen, wo man im Raum gesessen ist.“

Aus diesen Aussagen geht klar hervor, dass lediglich Entwürfe bezüglich der Kompetenzfestlegung ausgetauscht wurden (Urteilsseite 3), nicht jedoch dass es zu einer Entscheidung oder abschließenden Kompetenzklärung kam. Dies wäre auch aus den Akten eine unlogische Schlussfolgerung. Widersprüchlich scheint in diesem Zusammenhang die Feststellung des Berufungsgerichts, welche offenbar aufgrund eigenen Schlusses abgeleitet wurde, dass die Zuständigkeiten erklärt wurden.



Das Berufungsgericht übernimmt auch die Feststellungen hinsichtlich des zeitlichen Ablaufs. Aus dem Akt selbst lässt sich jedoch ein anderer zeitlicher Ablauf entnehmen, weshalb hier ebenfalls eine falsche Darstellung durch das Erstgericht erfolgte.

Über die Zugehörigkeit zu einem Institut

Auch die Frage, zu welchem Institut der Kläger gehörte und an welchem er die notwendige Infrastruktur hätte nutzen können oder sollen, beantwortet die Beklagte widersprüchlich.

Protokoll der Tagsatzung vom 04.11.2015, Seite 15, Vizerektorin Dr. H als Vertreterin der Beklagten:

„Die Besonderheit war, dass er [der Kläger] keinen Institutsleiter über sich hat.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 15, Zeuge Prof. M als Institutsleiter:

„Die Dienstfreistellung des Klägers habe ich abgelehnt, weil ich gewusst habe, dass er mir [Prof. M] nicht mehr zugeteilt war.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 32, Vizerektor Prof. B als Zeuge:

„Es gab keine Versetzung zum Institut von Prof. S. Formal war der Kläger immer noch bei M. ... Der Kläger war nie bei Prof. S angesiedelt.“

Das Berufungsgericht übernimmt auch die Feststellungen hinsichtlich der mangelnden Erreichbarkeit für eine Besprechung am 10.08.2015 (Urteil OLG S. 18). Es gibt jedoch lediglich eine einzige Aussage von Vizerektorin H (Protokoll vom 04.11.2015, S 25) hierzu. Weitere Angaben liegen nicht vor und kann daher nicht ohne weiteres auf eine unzureichende Erreichbarkeit geschlossen werden.

Über die Zugehörigkeit zu einem Institut

Auch die Frage, zu welchem Institut der Kläger gehörte und an welchem er die notwendige Infrastruktur hätte nutzen können oder sollen, beantwortet die Beklagte widersprüchlich.

Protokoll der Tagsatzung vom 04.11.2015, Seite 15, Vizerektorin Dr. H als Vertreterin der Beklagten:

„Die Besonderheit war, dass er [der Kläger] keinen Institutsleiter über sich hat.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 15, Zeuge Prof. M als Institutsleiter:

„Die Dienstfreistellung des Klägers habe ich abgelehnt, weil ich gewusst habe, dass er mir [Prof. M] nicht mehr zugeteilt war.“

Protokoll der Tagsatzung vom 29.06.2016, Seite 32, Vizerektor Prof. B als Zeuge:

„Es gab keine Versetzung zum Institut von Prof. S. Formal war der Kläger immer noch bei M. ... Der Kläger war nie bei Prof. S angesiedelt.“



Auch wurde ohne weiteres die Feststellung übernommen, dass die E-Mail durch den Kläger am Samstag gelesen wurde. Dies steht jedoch mit der höchstrichterlichen Ansicht nicht im Einklang, welches die Auffassung vertritt, dass mittels eines E-Mails-Sendeprotokoll der Anscheinsbeweis des Zugangs eines E-Mails nicht erbracht werden kann (OGH 2 Ob 108/07g). Dies wird jedenfalls vom OGH zu korrigieren sein, wirkt sich diese Korrektur doch auf zwei angeführte Entlassungsgründe aus: Erstens unterstellt das Berufungsgericht dem Kläger, er habe mit Empfang dieser Mail (Beilage ./.8) wissen müssen, dass er seinen Antrag für eine Freistellung zu Forschungszwecken beim falschen Adressaten gestellt habe und nennt das „Umgehens seines unmittelbaren Dienstvorgesetzten“ (Urteilsseite 34) als Entlassungsgrund. Unterstellt man aber richtigerweise, dass der Kläger diese Mail nicht gelesen hat, entfällt dieser.

Weiterhin ist in dieser E-Mail auch vermerkt, der Kläger solle sich am 10.08.2015 für ein Gespräch bereithalten. Das Gericht wirft dem Kläger vor, für den Rektor am 10.08.2015 nicht erreichbar gewesen zu sein (Urteilsseiten 16, 18, 33, 34). Dies war für den Rektor ein wichtiger Grund, gegen 13.00 Uhr die Entlassung auszusprechen. Wenn jedoch richtigerweise geschlussfolgert werden muss, dass der Kläger von dieser geplanten Besprechung nicht wissen konnte, ist in höchstem Maße fraglich, ob überhaupt von „Nichterreichbarkeit“ gesprochen werden kann, wenn der Kläger bis 13.00 Uhr nicht mit dem Rektor telefoniert, schließlich sind Universitätsprofessoren grundsätzlich an keine feste Arbeitszeiten gebunden. Und selbst wenn man die Nichterreichbarkeit bejaht, so ist fraglich, ob eine Nichterreichbarkeit von einem halben Tag für eine Entlassung schwerwiegend genug ist.

E) Revisionsanträge:

Die klagende Partei stellt daher nachfolgende

REVISIONSANTRÄGE:

Der Oberste Gerichtshof als Revisionsgericht möge

der Revision Folge geben und das angefochtene Urteil dahingehend abändern, dass dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben werde;

in eventu



das angefochtene Urteil aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht (in eventu: das erstinstanzliche Gericht) zurückverweisen;

der beklagten Partei den Ersatz der Kosten des Verfahrens aller Instanzen an die beklagten Parteien gemäß § 19a RAO zu Handen des Klagevertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Dr. A

Kostenverzeichnis:

Eingabe TP3C	EUR
50 % ES	EUR
ERV-Kosten	EUR
20 % USt	EUR
S u m m e	EUR