

IM NAMEN DER REPUBLIK

Teilurteil

Oberlandesgericht  
Innsbruck



22.7.2008

20  
/

13 Ra 43/08h

Das Oberlandesgericht Innsbruck hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Hörbiger als Vorsitzenden und die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Kerl und Dr. Kohlegger sowie die fachkundigen Laienrichterninnen Mag. Gabriele Herlitschka (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Karin Waldacher (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Mitglieder des Senates in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei **[REDACTED]** vertreten durch Dr. Anton Dierigl, Rechtsanwalt in 6063 Rum, wider die beklagte Partei **LAND TIROL**, vertreten durch die Tiroler Landesregierung, diese vertreten durch den Bediensteten **[REDACTED]**, Abteilung Justizariat des Amtes der Tiroler Landesregierung, 6020 Innsbruck, Wilhelm-Grell-Straße 17, dieser vertreten durch **[REDACTED]** Innsbruck, wegen (ausgedehnt) brutto EUR 2.695,07 s.Ng. über die Berufung der beklagten Partei (ON 16) gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 25.2.2008, 42 Cga 122/07y-14, in nichtöffentlicher Sitzung (§§ 2 Abs 1 ASGG, 492 ZPO) beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird **t e i l w e i s e** Folge gegeben und die bekämpfte Entscheidung in dem die Bewilligung des symbolischen Ersatzbegehrens von EUR 1,-- samt 4 % Zinsen seit 22.1.2007 für die Rückstufung von Februar 2007 bis August 2007 betreffenden Teil **aufgehoben** und die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung **zurückverwiesen**.

II. Im Übrigen wird der Berufung **keine** Folge gegeben, sondern die bekämpfte Entscheidung insoweit als **Teilurteil** bestätigt, sodass sie diesbezüglich wie folgt zu lauten hat:

"1. Die Klagsforderung besteht mit EUR 1.533,81 zu Recht.

2. Die Gegenforderung besteht nicht zu Recht.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Handen des Klagsvertreters binnen 14 Tagen brutto EUR 1.533,81 samt 4 % Zinsen aus EUR 533,81 seit 1.4.2007, 4 % Zinsen aus EUR 200,-- seit 1.5.2007, 4 % Zinsen aus EUR 200,-- seit 1.6.2007, 4 % Zinsen aus EUR 200,-- seit 1.7.2007, 4 % Zinsen aus EUR 200,-- seit 1.8.2007 sowie 4 % Zinsen aus EUR 200,-- seit 1.9.2007 zu bezahlen.

Das Mehrbegehren von EUR 1.161,36 samt 4 % Zinsen seit 1.3.2007 wird **abgewiesen**.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin zu Handen des Klagsvertreters binnen 14 Tagen die mit EUR 283,01 (darin enthalten EUR 125,86 an Barauslagen und EUR 26,19 an Umsatzsteuer) bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz zu ersetzen."

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen zu Handen des Klagsvertreters die mit EUR 592,01 (darin enthalten EUR 98,67 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

IV. Die (ordentliche) Revision gegen den bestätigenden Teil der Berufungsentscheidung ist **n i c h t** zulässig.

## **Entscheidungsgründe:**

Die Klägerin legte im Jahr 2000 die Matura ab. Sie begann nach einem Auslandsjahr das Studium der Ernährungswirtschaft an der Berufspädagogischen Akademie in Innsbruck, das sie im Juli 2004 mit der Diplomprüfung für das Lehramt für den ernährungswirtschaftlichen und hauswirtschaftlichen Fachunterricht angeschlossen. Dieses 6-semestriges Diplomstudium befähigt zum Fachunterricht an berufsbildenden mittleren und höheren Schulen. Darauf wird im Zeugnis der Diplomprüfung im Beiblatt zum Diplomprüfungszeugnis und im Diplom selbst ausdrücklich hingewiesen (Beilagen H, J und K). Der Klägerin war somit klar, dass sie mit ihrer Ausbildung nicht an Hauptschulen und Polytechnischen Schulen unterrichten kann, da das Anstellungserfordernis dafür der Abschluss der Pädagogischen Akademie gewesen wäre. Die Klägerin glaubte subjektiv, sie sei aufgrund ihres Studienabschlusses für Hauptschulen überqualifiziert. Denn Ernährung und Haushalt wird in der Hauptschule als Nebenfach geführt. An Hauptschulen wird nur drei Stunden Ernährung und Haushalt unterrichtet, an der Höheren Bundeslehranstalt zB fünf Stunden Fächer, die in den Bereich Ernährungswirtschaft fallen.

Noch vor Beendigung ihres Studiums trat der Direktor der Polytechnischen Schule St. Johann, Sepp Freiner, an die Klägerin mit dem Wunsch heran, ob sie Interesse daran hätte, im Fachbereich Tourismus an seiner Schule zu unterrichten. Dieser Fachbereich war kurz zuvor neu eingerichtet worden und neu aufzubauen. Vor allem ging es auch darum, eine Betriebsküche zu führen und ein Übungsrestaurant zu betreiben. Dafür wollte Direktor Sepp Freiner keinen Kochlehrer mit Hauptschulausbildung, sondern eine Person mit spezieller Ausbildung und Praxiserfahrung, wie sie die Klägerin vorweisen konnte. Auch Direktor Sepp Freiner

war der Überzeugung, dass die Klägerin für den Unterricht an der Polytechnischen Schule überqualifiziert sei und teilte dies der Klägerin auch mit.

Die Stellenbewerbung der Klägerin erfolgte in der Weise, dass sie ihre Zeugnisse an Direktor Sepp Freiner übersendete, der diese an das Amt der Tiroler Landesregierung weiterleitete. Mit dem Amt der Tiroler Landesregierung trat die Klägerin direkt nicht in Kontakt.

Direktor Sepp Freiner leitete die Zeugnisse der Klägerin mit einem "sehr befürwortenden" Schreiben an das Amt der Tiroler Landesregierung weiter und bemerkte, dass eine wirkliche Fachkraft wie die Klägerin notwendig sei. Direktor Sepp Freiner ging davon aus, dass eine Ausnahmesituation vorliege und war er der Auffassung, die Klägerin besonders unterstützen und befürworten zu müssen, weil sie ansonsten wegen ihrer Überqualifizierung die Stelle nicht bekommen würde.

Noch vor Beginn des Schuljahrs 2004, nämlich im September 2004, konnte Direktor Sepp Freiner über das EDV-System einsehen, dass die Klägerin nach dem Entlohnungsschema II L, Entlohnungsgruppe I 2a 2, eingestuft worden war. Bei einer niedrigeren Einstufung hätte Direktor Sepp Freiner der Klägerin abgeraten, den Dienst anzutreten und sie dazu ermutigt, für sich eine Sonderregelung zu erkämpfen.

Beginn des Dienstverhältnisses war der 13.9.2004. In dieser Zeit wurde der Klägerin der schriftliche Dienstvertrag übermittelt, den sie auch unterfertigte. Die im Dienstvertrag ausgewiesene Einstufung auf Entlohnungsschema II L, Entlohnungsgruppe I 2a 2, hinterfragte die Klägerin nicht, weil sie annahm, dass die Beklagte als ihr Dienstgeber aufgrund der Zeugnisse ohnehin die richtige Einstufung wählen werde. Über ihr Verlängerungsansuchen erhielt die Klägerin auch weitere Dienstverträge für das Schuljahr 2005/2006 (1.9.2005-31.8.2006) und für das

Schuljahr 2006/2007 (1.9.2006-31.8.2007). Auch in diesen Dienstverträgen erfolgte die Einstufung nach Entlohnungsschema II L, Entlohnungsgruppe I 2a 2. Die Klägerin ist nach wie vor an der Polytechnischen Schule in St. Johann tätig. Im Herbst 2007 wurde mit ihr aber kein neuer Dienstvertrag abgeschlossen.

Die Klägerin unterrichtete Ernährungslehre in der Tourismuskasse sowie Küchenführung. Darüber hinaus unterrichtete die Klägerin Deutsch, Turnen und politische Bildung.

Im Februar 2007 erhielt die Klägerin einen Anruf vom Amt der Tiroler Landesregierung, wonach ihr Abschlusszeugnis bei der Pädagogischen Akademie fehle. Nachdem die Klägerin dieses - verständlicherweise - nicht vorweisen konnte, wurde ihr mitgeteilt, sie sei in das falsche Entlohnungsschema eingestuft und sie hätte zu hohe Bezüge vereinbart, die sie rückerstatten müsse. Dies lehnte die Klägerin aber ab. Mit Schreiben vom 13.3.2007 wurde ihr schriftlich der Genuss von Überbezügen und die rückwirkende Herabsetzung auf die Beschäftigungsart: *"Lehrerin des Entlohnungsschemas II L, Entlohnungsgruppe I 2b 1"* mitgeteilt. Beginnend mit Februar 2007 wurde der Bezug der Klägerin ohne ihr Einverständnis und ohne Unterfertigung eines neuen Dienstvertrags auf das Entgelt der Stufe II L Entlohnungsgruppe I 2b 1 herabgesetzt.

Im Februar 2007 erfolgte noch kein Abzug von Übergehüssen aus dem Vorjahr. Im März 2007 wurden der Klägerin unter dem Titel *"Übergeuss Rückzahlung Vorjahr"* EUR 533,81 abgezogen. In den Folgemonaten April-August 2007 wurde jeweils eine Rate von EUR 200,-- mit der Bezeichnung *"Übergeuss Rückzahlung Vorjahr"* einbehalten. Nicht feststellbar ist, ob es sich dabei um Brutto- oder Nettobeträge handelt. Die der Klägerin von September 2004 bis einschließlich Jänner

2007 ausbezahlte Differenz zwischen der Einstufung II L I 2a 2 statt II L I 2b 1 betrug insgesamt EUR 8.286,87. Der Bruttobezug der Klägerin im Jänner 2007 lag bei EUR 1.936,55, im Februar 2007 bei EUR 1.589,35.

In diesen Grundzügen ist der Sachverhalt im Berufungsverfahren unstreitig.

Mit der am 3.9.2007 beim Erstgericht eingelangten, in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 21.11.2007 ausgedehnten (S 2 ON 8 = AS 26) sowie in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 25.2008 modifizierten (S 3 ON 13 = AS 44) Klage begehrte die Klägerin EUR 2.695,07 brutto (Februar 2007: EUR 1.160,26; März 2007: EUR 533,81; April-August 2007: je EUR 200,--) samt 4 % Staffeinzinsen an zu Unrecht einbehaltenen angeblichen Überbezügen und symbolisch EUR 1,-- samt 4 % Zinsen als Ausgleich für die unberechtigte Rückstufung von Februar 2007 bis August 2007. Sie brachte dazu zusammengefasst vor, die Beklagte habe sie mit Beginn Februar 2007 zu Unrecht von der in den Dienstverträgen enthaltenen Entlohnungsgruppe I 2a 2 in die Entlohnungsgruppe I 2b 1 je des Entlohnungsschemas II L zurückgestuft. Wäre der Vertrag nicht so ausgefertigt worden, hätte die Klägerin die Arbeitsstelle gar nicht angetreten und hätte auf den Abschluss eines Sondervertrags gedungen; in diesem Fall hätte die Schulbehörde die dann von der Klägerin eingenommene Planstelle, die nicht auf eine ordnungsgemäß geprüfte Wirtschaftslehrerin gelaute habe, unbesetzt lassen müssen. Die Klägerin habe die Arbeitsleistungen nach Entlohnungsgruppe I 2a 2 erbracht und der Beklagten die weitere Anstellung einer zusätzlichen Lehrperson in dieser Entlohnungsgruppe erspart. Die Schulbehörde habe sich bei der Einstufung nicht geirrt. Es sei ihr von Anfang an klar gewesen, dass nur die Klägerin aufgrund ihrer besseren Ausbildung die geforderten Unterrichtsleistungen erbringen habe können. Eine ordnungsgemäße Abrechnung der angeblichen Überbezüge sei nicht

erfolgt. Allfällige Überbezüge habe die Klägerin gutgläubig verbraucht, zumal sie aufgrund aller zugänglichen Informationen davon ausgehen habe können, dass ihre Einstufung und ihre Entlohnung richtig gewesen seien.

Die Beklagte bestreitet, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete zusammengefasst ein, die Einstufung der Klägerin in Entlohnungsgruppe I 2a 2 statt richtig I 2b 1 je Entlohnungsschema II L sei irrtümlich erfolgt, wie sich unter anderem aus § 44 VBG 1948 ergebe. Die Einstufungsvorschriften des VBG seien zwingend und könnten nicht einmal durch sondervertragliche Regelung geändert werden. Gutgläubiger Verbrauch liege nicht vor, weil die Klägerin an der Rechtmäßigkeit ihrer Einstufung in die Entlohnungsgruppe I 2a 2 aus mehreren Gründen zweifeln hätte müssen:

- Die Berufspädagogische Akademie berechtige nicht für den Einsatz an Pflichtschulen, sondern nur für den Einsatz an mittleren und höheren Schulen.

Dies ergebe sich aus den Zeugnissen der Klägerin.

- Jemandem, der die Aufnahme in ein Dienstverhältnis als Landesvertragslehrerin anstrebe, sei die Kenntnis der maßgeblichen Einstufungsvorschriften zumutbar. Welche Voraussetzungen für die Einreihung in die Verwendungsgruppe/Entlohnungsgruppe I 2a 2 für Lehrerinnen an Polytechnischen Schulen erforderlich sind, ergebe sich aus einer einzigen Bestimmung, nämlich jener des Art II Z 2 der Anlage zum LDG 1984.

- Es entspreche den Gepflogenheiten des Geschäftslebens, dass sich Bewerber um eine Stelle über die zu erwartende Bezahlung erkundigen. Das Vertrauen in die "fehlerfreie" Vorgangsweise des Dienstgebers könne den Dienstnehmer nicht von jeglicher eigener Erkundung entpflichten.

Da die Einstufung in die Entlohnungsgruppe I 2a 2 unrichtig erfolgt sei, gebe sie keinen Titel für die vereinbarten Übergüsse ab. Die Rückforderung sei rechtmäßig. Allfällig berechtigten Klagsansprüchen könnten die insgesamt von September 2004 bis einschließlich Jänner 2007 geleisteten Überzahlungen von EUR 8.286,87 aufrechnungsweise entgegen gehalten werden.

Mit dem bekämpften Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren - unter Ausspruch des Zu-Recht-Bestehens der Klagsforderung in dieser Höhe und Ausspruch des Nicht-zu-Recht-Bestehens der Gegenforderung - mit brutto EUR 1.534,81 samt 4 % Staffeinzinsen statt (P 1. bis 3.), wies das Mehrbegehren von EUR 1.161,36 samt 4 % Zinsen seit 1.3.2007 ab (P 4.) und erlegte der Beklagten die mit EUR 283,01 bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz der Klägerin zum Ersatz auf.

Diesem Erkenntnis legte das Erstgericht neben dem eingangs der Berufungsentscheidung wiedergegebenen, unstrittigen, auch noch auf den S 9-16 (AS 79-94) der Urschrift bzw der Ausfertigungen (ON 14) enthaltenen Sachverhalt zugrunde, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann. Vor allem ging das Erstgericht davon aus, dass

- die Klägerin aus nachgenannten Überlegungen keinen Grund hatte, an der Richtigkeit ihrer Einstufung zu zweifeln (S 11, 12 ON 14 = AS 83, 85):

- ihr war von Direktor Feiner vermittelt worden, dass sie überqualifiziert sei;
- in Gesprächen mit den Kollegen an der Polytechnischen Schule St. Johann stellte die Klägerin fest, dass es niemanden gibt, der weniger verdient;
- der Polytechnische Lehrgang beschäftigt sich mit Schülern der gleichen Altersgruppe wie die berufsbildenden mittleren und höheren Schulen;

- das Studium der Klägerin dauert wie die Hauptschul Ausbildung sechs Semester, die Studenten schließen mit dem gleichen Titel ab;
- der Fachbereich Tourismus an der Polytechnischen Schule in St. Johann geht weit über die Ausbildung Ernährung und Haushalt an Hauptschulen hinaus, da eine Betriebsküche zu führen ist, ein Übungsrestaurant vorhanden ist und die Schüler speziell auf die Berufe Koch, Kellner, Bäcker etc vorbereitet werden sollen;
- in der Ausbildung der Klägerin wurde die richtige Einstufung von Lehrpersonen nicht unterrichtet;
- die Klägerin im Jahr 2004 ein Auto im Gegenwert von EUR 6.700,-- angeschafft und im Herbst 2004 auf einen Bausparvertrag insgesamt EUR 2.000,-- einbezahlt hatte, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch bei ihren Eltern in St. Johann wohnte und dort nur einen Unkostenbeitrag von EUR 100,-- monatlich entrichten musste (S 14 erster Absatz ON 14 = AS 89);
- die Klägerin im Oktober 2006 nach Innsbruck übersiedelte, eine Wohnung in Hötting mit einer Bruttomiete von EUR 250,-- bezog (aaO);
- die Klägerin seit Jänner 2007 bei ihrem Freund in Rum wohnhaft ist und mit diesem gemeinsam die Wohnung einrichtete, wobei die Klägerin für die Einrichtung ca. EUR 2.000,-- bis EUR 3.000,-- entrichten musste und seit Jänner 2007 einen Mietkostenbeitrag von EUR 200,-- monatlich an ihren Freund entrichtet (aaO);
- im Februar 2008 zwischen EUR 4.000,-- und EUR 5.000,-- Guthaben auf ihrem Gehaltskonto verfügte und im Februar 2007 jedenfalls nicht mehr als

EUR 4.000,-- auf ihrem Gehaltskonto verfügte (S 14 dritter Absatz ON 14 = AS 89);

- auf ein von der Klägerin vor Arbeitsbeginn angelegtes Sparbuch seit diesem Zeitpunkt keine Einzahlungen mehr tätigte (S 14 zweiter Absatz ON 14 = AS 89)

In rechtlicher Beurteilung folgte das Erstgericht dem Standpunkt der Beklagten, wonach gemäß den §§ 2 Abs 1 Landesvertragslehreergesetz 1966, Art II der Anlage zum Landeslehrerdiensstreitgesetz 1984, die Tätigkeit der Klägerin nicht unter die Entlohnungsgruppe I 2a 2, sondern I 2b 1 einzustufen gewesen wäre. Die Klägerin sei aber aufgrund eines Irrtums der Beamten der Beklagten falsch eingestuft worden. Da die unrichtige Entlohnungsgruppe I 2a 2 aber in den Dienstvertrag aufgenommen worden sei, sei sie auch für die Beklagte verbindlich. Ohne einer besonderen Vereinbarung oder Änderungskündigung hätte die Beklagte die Klägerin daher nicht in die niedrigere Entlohnungsgruppe rückerufen und ihr keine Gehaltsbestandteile durch Aufrechnung wieder entziehen dürfen, weil keiner der drei Irrtumsfälle des § 871 ABGB verwirklicht sei.

Daher stehe der Klägerin für den Zeitraum Februar 2007-August 2007 der begehrte symbolische Betrag von EUR 1,-- samt Nebengebühren zu. Den behaupteten Einbehalt für Februar 2007 in Höhe von EUR 1.160,26 habe die Klägerin aber nicht erwiesen; diesen Betrag könne sie auch nicht zurückfordern. Die weiteren Einbehalte von EUR 533,81 (März 2007) sowie fünfmal je EUR 200,-- (für April-August 2007) könne die Klägerin aber verlangen. Im Zweifel seien dies Bruttobeträge (S 17-19 ON 14 = AS 95-99). Mangels Zulässigkeit der Rückstufung bestehe auch die Gegenforderung der Beklagten nicht zu Recht (S 20 ON 14

= AS 101). Daraus resultiere der Bruttozuspruch von EUR 1.534,81 samt Staffelnzinsen sowie die Abweisung des Mehrbegehrens von EUR 1.160,36 samt Nebengebühren.

Aus dem 57 %igen Obliegenanteil der Klägerin resultiere nach § 43 Abs 1 ZPO der Kostenzuspruch.

Gegen den klagsstatgebenden Teil dieses Erkenntnisses sowie den Anspruch des Nicht-zu-Recht-Bestehens der Gegenforderung wendet sich nunmehr die (rechtzeitige) Berufung der Beklagten aus den Rechtsmittelgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung bzw. Beweiswürdigung sowie unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung ohne, hilfsweise unter Eingehen auf die Gegenforderung zur Gänze abzuweisen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt (S 12 ON 16 = AS 133).

In ihrer (fristgerechten) Berufsungsbeantwortung beantragt die Klägerin, dem gegnerischen Rechtsmittel den Erfolg zu versagen (S 5 ON 17 = AS 143). Mangels ausdrücklichen Antrags auf sowie mangels Notwendigkeit der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Berufsungsverhandlung war über das Rechtsmittel in nichtöffentlicher Sitzung zu befinden (§§ 2 Abs 1 ASGG, 492 ZPO). Dabei erwies es sich aus nachstehenden Erwägungen als teilweise begründet:

#### A. Zur Beweisrüge:

1.: Entgegen dem Standpunkt der Berufung (S 2-5 ON 16 = AS 113-119) sind die Angaben der Klägerin als Partei in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 25.2.2008 trotz zahlreicher Zwischenfragen der Vorsitzenden des erstinstanzlichen Senats, der beiden Laienrichter sowie des Beklagtenvertreters (insbesondere S 4-9 ON 13 = AS 45-51) im Wesentlichen widerspruchsfrei. Logische

Brüche oder innere Widersprüche der Angaben der Klägerin vermag auch die Berufung nicht überzeugend darzulegen. Darüber hinaus sind die Angaben der Klägerin zum Zustandekommen des Dienstvertrags und den vorangehenden Gesprächen mit dem Direktor der Polytechnischen Schule St. Johann, Sepp Feiner, (in S 10 ff ON 13 = AS 52 ff) in jeder Richtung vereinbar. Nennenswerte Widersprüche zwischen den Angaben dieses Zeugen und der Verantwortung der Klägerin als Partei bestehen nicht und werden insbesondere auch nicht in der Berufung überzeugend dargestellt. Wenn daher das Erstgericht mangels verwertbarer logischer Brüche oder Widersprüchlichkeiten oder ins Gewicht fallender Widersprüche mit den Schilderungen des Zeugen Sepp Feiner in allen in der Berufung bekämpften Sachverhaltsfeststellungen den Angaben der Klägerin als Partei folgte, liegt darin in den Augen des Berufungssenats kein Missgriff der freien richterlichen Beweiswürdigung nach den §§ 2 Abs 1 ASGG, 272 ZPO; dies betrifft also die Sachverhaltselemente,

- ob die Klägerin subjektiv keinen Grund hatte an der Richtigkeit ihrer Einstufung zu zweifeln (S 11, 12 ON 14 = AS 83, 85);

- wonach kein vergleichbares Mitglied des Lehrkörpers an der Polytechnischen Schule St. Johann geringere Verdienste erzielte als die Klägerin (aaO);

- dass die Ermittlung der richtigen Lohneinstufung für Lehrer wie die Klägerin an der Berufspädagogischen Akademie der Klägerin nicht unterrichtet wurde (aaO);

- wonach die Klägerin den Abschluss an der Berufspädagogischen Akademie für berufsbildende mittlere und höhere Schulen erworben hat (S 9 vorletzter Absatz ON 14 = AS 79), und

- dass die Klägerin auf ihrem Gehaltskonto im Februar 2007 jedenfalls nicht über mehr als EUR 4.000,-- verfügte (S 14 dritter Absatz ON 14 = AS 89)

ausschließlich auf die Angaben der Klägerin als Partei gründete.

- 2.: Die Beweisrüge der Berufung muss daher versagen. Sie bietet keinen Anlass dazu, von irgendeiner Sachverhaltsfeststellung des Erstgerichts abzurücken.

#### B. Zur Rechtsrüge:

- 1.: Zunächst ist wohl dem Standpunkt der Berufung - und insoweit auch dem Senat erster Instanz (S 17 ON 14 = AS 95) - zu folgen, dass die Einstufung der Klägerin im Dienstvertrag unrichtig war (näher unten 2.). Es ist aber dem Standpunkt der Berufsbeurteilung beizutreten, wonach, anders als in der Berufung vermutet, die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Verbrauch der Überbezüge bei der Klägerin vorliegen (unten 3.). Dies bedeutet, dass die "Rückstufung" der Klägerin beginnend mit Februar 2007 berechtigt und das symbolische Leistungsbegehren von EUR 1,-- s.Ng. für diesen Zeitraum unberechtigt sind. Im Übrigen ist der Berufung der Erfolg zu versagen:

- 2.: Wie in der Berufung nach Überzeugung des Rechtsmittelssenats richtig dargestellt wird, ist die Einstufung der Klägerin nicht nur unrichtig, sondern auch für die Zukunft unverbindlich:

- 2.1.: Für die Klägerin gilt das Landesvertragslehrgesetz 1966, BGBl 172/1966 idGF BGBl I 2/2008. Gemäß § 2 Abs 1 lit a Landesvertragslehrgesetz 1966 gilt das Vertragsbedienstetengesetz (VBG) 1948, BGBl 86/1948 idGF BGBl I 96/2007. Für die Einstufung der Klägerin ist zunächst auf eine allenfalls bestehende **positive Einstufungsregelung** zurückzugreifen (9 ObA 66/01y ua veröffentlicht in RdA 2002, 157). Nach § 2 Abs 2 lit i

Landesvertragslehrergesetz 1966 ist bezüglich der Voraussetzung für die Einreihung in die Entlohnungsgruppen Art II der Anlage zum Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984, LDG 1984, BGBl 302/1984 idGF BGBl I 96/2007, anzuwenden. Gemäß Art II Z 2 P 1. der Anlage zum LDG 1984 sind Lehrer an Hauptschulen, Sonderschulen und - wie die Klägerin - an Polytechnischen Schulen in Verwendungsgruppe L 2a 2 einzustufen, wenn sie - soweit hier relevant - ein der Verwendung entsprechendes Diplom gemäß AStG an einer Pädagogischen Akademie erworben haben. Über ein solches Diplom verfügt die Klägerin aber nicht. Sie hat vielmehr ein Diplom an einer Berufspädagogischen Akademie erworben. Gemäß Art II Z 4 P 1. sind unter anderem Lehrer an Polytechnischen Schulen, soweit sie nicht die Ernennungserfordernisse für eine der Verwendungsgruppen L 2a oder eine höhere Verwendungsgruppe erfüllen und auch nicht in Z 2 erfasst werden, wie die Klägerin, in Verwendungsgruppe L 2b 1 einzustufen. Richtigerweise hätte die Klägerin daher in Verwendungsgruppe L 2b 1 eingestuft und dies in den jeweiligen Dienstverträgen zum Ausdruck gebracht werden müssen.

2.2.: Im Dienstvertrag der Klägerin ist wohl unrichtig die Verwendungsgruppe L 2a 1 (und nicht richtig L 2b 1) angeführt. Sowohl mangels Vorliegens einer **materiellen** Ausnahmesituation, wie sie § 36 Abs 1 VBG vorschwebt, als auch mangels der **formalen Voraussetzung** der Genehmigung der zuständigen Oberbehörde (Tiroler Landesregierung) ist daher die unrichtige höhere Einstufung der Klägerin in ihren Dienstverträgen (Verwendungsgruppe L 2a 2) wirkungslos:

Einerseits ist der Inhalt des Dienstvertrags für die Einstufung des Vertragsbediensteten irrelevant (9 ObA 21/06p; 9 ObA 66/01y). Andererseits sind die Einstufungsvorschriften des VBG 1948 - hier § 48 VBG 1948 und Art II der Anlage zum LDG 1984 - zwingendes Recht; von ihnen kann grundsätzlich nicht abgegangen

werden (9 ObA 21/06p; 9 ObA 66/01y; 4 Ob 138/65, ArbSig 8160; 4 Ob 115/79, Rda 1981/10 [Waas]; RIS-Justiz RS0081810). Die Geltung dieser zwingenden Einstufungsvorschriften ist nicht einmal von der Vereinbarung im Dienstvertrag abhängig (9 ObA 66/01y).

Auch die - gemäß § 2 Abs 1 lit a Landesvertragslehrgesetz 1966 anwendbare - Bestimmung des § 36 VBG 1948 ändert daran nichts: Sowohl im unmittelbaren als auch im mittelbaren Anwendungsbereich des VBG 1948 sind Sondervereinbarungen im Sinn des § 36 VBG 1948 nicht unbeschränkt, sondern nur in Ausnahmefällen zulässig, die infolge ihrer besonderen Lage im Einzelfall nach den zwingenden Normen des VBG 1948 nicht ohne weiteres eingeordnet werden können und daher einer abweichenden Sonderregelung bedürfen (8 ObA 13/08g; 9 ObA 129/04t; 8 ObA 82/04y ZB für das Salzburger L-VBG; 8 ObA 50/99g). Welcher "Ausnahmefall" hier vorliegt, der es im wenigstens mittelbaren Geltungsbereich des VBG 1948 erfordern würde, die - abschließenden - Einstufungsvorschriften der Anlage zum LDG 1984 zu Gunsten der Klägerin als Dienstnehmerin zu ändern, ist hier nicht ersichtlich (vgl 8 ObA 13/08g). Die partielle Dispositivität der Bestimmungen des VBG 1948 im engen Rahmen begründeter Ausnahmefälle (*Löschnigg* VBG als Inhalt des Arbeitsvertrages gemäß § 128 UG 2002, Unilex 2005/1-2, 12; 9 ObA 129/04t) aktiviert sich hier folglich nicht.

Ganz abgesehen davon bedürfte selbst eine solche Sondervereinbarung in zulässigen Ausnahmefällen gemäß den §§ 2 Abs 1 lit a Landesvertragslehrgesetz 1966, 36 Abs 1 VBG 1948 nicht nur materiell des Vorliegens eines Ausnahmefalles, sondern auch **formell** der Bezeichnung als "Sonderverträge" und der Genehmigung des Bundeskanzlers (9 ObA 49/06f), bei

Landessonderdienstverträgen der Zustimmung der Landesregierung (9 OBA 251/00b ZB betreffend das Steiermärkische Landesvertragsbedienstetengesetz).

Die Schutzfunktion des § 36 Abs 1 VBG 1948 zu Gunsten des Dienstgebers und der Allgemeinheit der Steuerzahler liegt darin, dass eine nachgeordnete Dienststelle allein einen Sondervertrag nicht eingehen kann (Ziehensack VBG § 36 Rz 9a; 9 OBA 49/06f; 9 OBA 251/00b; 8 OBA 223/94, SZ 67/141 = ArbSlg 11.237; RIS-Justiz RS0029324). Fehlt die erforderliche Genehmigung des Vertrags, scheidet der Vertrauensschutz aus; der Vertrag ist rechtsunwirksam (*Eccher/Purtscheller* Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts [§ 867 ABGB] JBI 1977, 561 [563]; *Rummel* in *Rummel* ABGB<sup>3</sup> I § 867 Rz 7; 9 OBA 49/06f; SZ 61/141 wie vor). Nach der Formulierung des § 36 Abs 1 VBG 1948 ist auch eine **konkludente Genehmigung** konkludent entstandener Sonderverträge **ausgeschlossen** (OGH wie vor; RIS-Justiz RS0029331). Die Betonung des Ausnahmecharakters im Gesetz gebietet eine strenge Auslegung (9 OBA 49/06f; RIS-Justiz RS0008975). Eine Genehmigung der Verträge der Klägerin durch die Tiroler Landesregierung hat die Klägerin nicht behauptet; eine solche Genehmigung ist nach dem Inhalt der Dienstverträge auch nicht erfolgt (ZB Beilage 1) und wurde vom Erstgericht zu Recht auch nicht festgestellt (S 11 und 12 ON 14 = AS 83, 84).

Mit dem in der Berufung zutreffend dargestellten Befund, dass der unrichtige Inhalt der Einstufung in den Dienstverträgen der Klägerin (Beilage 1) in Verwendungsgruppe L 2a 2 sowohl mangels Vorliegens einer Ausnahmesituation im Sinn des § 36 Abs 1 VBG 1948 als auch mangels der formellen Voraussetzung der Genehmigung der Oberbehörde (Tiroler Landesregierung) der Dienstverträge gemäß § 36 Abs 1 VBG 1948 weil gegen zwingende gesetzliche Einstufungsvorschriften (Anlage zum LDG 1984) verstoßend unwirksam und daher keine Grundlage für die

von der Klägerin begehrten höheren Bezüge abzugeben vermag, ist für die Berufung aber - wie in der Berufsbeurteilung zutreffend erwähnt und bereits vom erstinstanzlichen Senat der Sache nach richtig (S 17 dritter Absatz und 19 dritter Absatz ON 14 = AS 95, 99) hervorgehoben wurde - noch nichts gewonnen:

Für die Einstufung eines Vertragsbediensteten - und gemäß § 2 Abs 1 lit a Landesvertragslehreergesetz 1966 auch eines Landes-Vertragslehrers wie der Klägerin - kommt es aber nicht auf den Inhalt des Dienstvertrags (9 ObA 21/06p; 9 ObA 66/01y), sondern ausschließlich auf die **tatsächlich geleisteten Dienste** an (9 ObA 21/06p; RdA 2002, 157; 4 Ob 17/74, ArbSig 9233; 9 ObA 16/90; RIS-Justiz RS0082007). Dies resultiert aus dem betrieblichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der auch für Vertragsbedienstete - und gemäß § 2 Abs 1 lit a Landesvertragslehreergesetz 1966 auch für Landes-Vertragslehrer wie die Klägerin - Gültigkeit hat (9 ObA 21/06p; RIS-Justiz RS0060204, RS0031488, RS0031453). Dass Arbeitnehmer wegen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (RIS-Justiz RS0060204) vom Dienstgeber nicht nach ihrer formellen Einstufung oder nach der von ihnen besetzten Planstelle bzw. nach dem Stellenplan, sondern nach ihrer **tatsächlichen Verwendung** zu entloohnen sind, hat bereits der erstinstanzliche Senat zutreffend hervorgehoben (S 17 dritter Absatz ON 14 = AS 95) und entspricht der Rechtsprechung des OGH sowohl für privatrechtliche (9 ObA 21/04k ua JBI 2005, 323; 8 ObA 110/01m; je ÖBB-Bedienstete; RIS-Justiz RS0060204 [T28]) als auch für öffentlich-rechtliche Dienstgeber, auch wenn es sich um - wie hier - privatrechtliche Dienstverhältnisse handelt (*Thurnhart* Sonderverträge im öffentlichen Dienst gemäß § 36 VBG ZfV 2002/1142; 9 ObA 49/06f ua ecolex 2007/62 = Zfhr 2007/4; JBI 2005, 323; 9 ObA 66/01y; 4 Ob 162/83, ArbSig 10.313; 4 Ob 53/72, ArbSig 9092; RIS-Justiz RS0031488). Die bloße **Bevornzung** einer Minderheit - an der Poltechnischen

Schule St. Johann nur der Klägerin - kann nach der Rechtsprechung des OGH aber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz noch nicht verletzen (ecolex 2007/62 wie vor; 8 ObA 8/05t, Rda 2006/17 [*Eichinger*]; RIS-Justiz RS0016815, RS0060204).

Die Klägerin hat in der Tagssatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 25.2.2008 (S 17 ON 13 = AS 59) vorgebracht, dass sie alle Tätigkeiten ausgeführt und geleistet hat, die normalerweise von Landes-Vertragslehrern an Polytechnischen Schulen in der Verwendungsgruppe L 2a 2 (Diplom gemäß ASG an einer Pädagogischen Akademie) erbracht werden. Das Erstgericht hat dazu auch festgestellt, dass die Klägerin Ernährungslehre und Küchenführung in der Tourismuskasse und im Übrigen - wenn auch nicht feststeht, in welchem Bereich - die Fächer Deutsch, Turnen sowie Politische Bildung unterrichtet hat (S 13 dritter Absatz ON 14 = AS 87). Diese Feststellung blieb im Berufungsverfahren unbekämpft. Sie ist aber nicht ausreichend, um beurteilen zu können, ob die Klägerin tatsächlich jene Tätigkeiten erbracht hat, die eine Landes-Vertragslehrerin an Polytechnischen Schulen mit Diplom an einer Pädagogischen (und nicht wie die Klägerin berufspädagogischen) Akademie leistet (Art II Z 2 P 1. der Anlage zum LDG 1984). Denn mangels wirksamer vertraglicher Vereinbarung - durch die Anführung der Verwendungsgruppe L 2a 2 im Dienstvertrag wurden zwingende Einstufungsbestimmungen des VBG ohne wirksamen Sondervertrag nach § 36 VBG verletzt - könnte die Klägerin Anspruch auf höhere Bezahlung nach dem der rechtswidrigerweise im Dienstvertrag enthaltenen Verwendungsgruppe L 2a 2 nur dann erworben haben, wenn ihre **tatsächliche Verwendung** auf einem Arbeitsplatz erfolgt wäre, den objektiv die Bewertung nach Verwendungsgruppe L 2a 2 gemäß

Art II Z 2 P 1. der Anlage zum LDG BGBl 302/1984 idgF BGBl I 96/2007 verrichtet hätte (9 OBA 21/06p).

3.: Daher kann noch nicht abschließend beurteilt werden, ob die Klägerin - aufgrund der von ihr tatsächlich verrichteten Dienste - die Entlohnung nach Verwendungsgruppe L 2a 2 - und nicht nur wie von der Beklagten nach Verwendungsgruppe L 2b 1 zugestanden - zusteht oder nicht. Dies muss aber noch **nicht zur Aufhebung der gesamten bekämpften Entscheidung** führen, weil nach den wie oben zu A. dargestellt unbedenklichen Feststellungen des Erstgerichts die **Voraussetzungen für den gutgläubigen Verbrauch** der bis einschließlich Jänner 2007 ausbezahlten (höheren) Bezüge jedenfalls vorliegen:

3.1.: Die Beklagte macht sowohl mit ihrer Aufrechnung (ihrem Einbehalt) von Gehaltsbestandteilen der Klägerin ab März 2007 und ihrer Gegenforderung die **Rückgängigmachung einer ungerechtfertigten Bereicherung** der Beklagten geltend (*Löschnigg Arbeitsrecht*<sup>10</sup> 313 f; 9 OBA 53/05t, SZ 2005/110; 8 OBA 176/02v); Wer irrtümlich eine Nichtschuld bezahlt, kann das Geleistete gemäß § 1431 ABGB zurückfordern (*Löschnigg* 313 f, SZ 2005/110). Die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Einstufung einer Leistung als Nichtschuld trifft den Rückfordernden (SZ 2005/110; RIS-Justiz RS0033564). Werden - wie hier - Bezüge irrtümlich angewiesen, obwohl sie (möglichstweise: siehe oben 2.) nicht oder nicht in diesem Umfang gebühren, so können sie vom Arbeitgeber zurückgefordert werden (SZ 2005/110; 8 OBA 289/01h; Präs 1025/28, SZ 11/86 = Jud 33). Lediglich im Fall **redlichen Verbrauchs** durch den Arbeitnehmer ist die Rückforderung ausgeschlossen (OGH wie vor). Der gute Glaube des Arbeitnehmers wird nicht nur durch seine auffallende Sorglosigkeit als Zahlungsempfänger ausgeschlossen, sondern schon dann, wenn er zwar nicht nach seinem **subjektiven Wissen**, aber bei

**objektiver Beurteilung** an der Rechtmäßigkeit des ihm ausbezahlten Betrags auch nur zweifeln musste (OGH wie vor und 8 OBA 226/92, RdA 1993, 225 [Trost]; 9 OBA 197/92, RdA 1993, 214 [Wachter]; RIS-Justiz RS0010271, RS0033826). Bei der Beurteilung der Frage, ob der Zahlungsempfänger unredlich war und daher die irrtümliche Zahlung nicht gutgläubig verbrauchen konnte, handelt es sich um eine Beurteilung eines Einzelfalles, der keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO abzugeben vermag (9 OBA 25/05z; 8 OBA 289/01k). Entscheidend ist dafür, ob dem Zahlungsempfänger bei einer **einigermassen sorgfältigen Prüfung** die unrichtige Einstufung und die überhöhte Leistung auffallen hätte müssen (8 OBA 289/01k).

3.2.: Nach den Feststellungen des Erstgerichts hatte die Klägerin aber keinen Grund an der Richtigkeit ihrer Einstufung und der erhöhten Bezüge zu zweifeln:

- Einerseits lauteten sämtliche drei Dienstverträge auf die Entlohnungsgruppe L 2a 2 (S 12 vierter Absatz ON 14 = AS 85);
- andererseits hatte ihr Direktor Sepp Feiner vermittelt, dass sie ohnehin für ihre Beschäftigung überqualifiziert sei (S 11 zweiter, dritter und drittlezter Absatz ON 14 = AS 83);

- in Gesprächen mit Kollegen an der Polytechnischen Schule St. Johann stellte die Klägerin fest, dass niemand im Lehrkörper einen niedrigeren Verdienst

- der Polytechnische Lehrgang beschäftigt sich mit Schülern der gleichen Altersgruppe wie die berufsbildenden mittleren und höheren Schulen (S 11

letzter Absatz ON 14 = AS 83);

- das Studium der Klägerin dauert wie die Hauptschullehrerausbildung 6 Semester, die Studenten schließen mit dem gleichen Titel ab; er stammt nur von einer **berufspädagogischen** und nicht von einer pädagogischen Akademie (S 9 letzter Absatz, 10 erster Absatz, 12 erster Absatz ON 14 = AS 79, 81, 85);
- der Fachbereich Tourismus an der Polytechnischen Schule in St. Johann geht weit über die Ausbildung Ernährung und Haushalt an Hauptschulen hinaus, da eine Betriebsküche zu führen ist, ein Übungsrestaurant zu betreiben ist und die Schüler speziell auf die Berufe Koch, Kellner, Bäcker usw vorbereitet werden sollen (S 12 zweiter Absatz ON 14 = AS 85);
- im Rahmen der Ausbildung der Klägerin wurde die richtige entlohnungsmäßige Einstufung von Lehrpersonen nicht unterrichtet (S 12 dritter Absatz ON 14 = AS 85);
- die Klägerin unterrichtete nicht nur Ernährungslehre (in der Tourismuskasse), sondern auch Küchenführung (in der Tourismuskasse) sowie die Fächer Deutsch, Turnen und politische Bildung (S 13 dritter Absatz ON 14 = AS 87);
- die richtige Einstufung eines Landes-Vertragslehrers insbesondere nach § 48 VBG 1948 und Anlage zum LDG 1984 ist an sich schon ein sich in der Regel nur fortgeschritten ausgebildeten Juristen erschließender Vorgang; jedenfalls würde es aber die Sorgfaltspflichten eines Dienstnehmers überspannen, wollte man von ihm im Rahmen der geschuldeten einigergmaßen sorgfältigen Prüfung (8 OBA 289/01k) die **Einhaltung einer Rechtsauskunft des Dienstgebers** zur von diesem mehrfach vorgenommenen Einstufung und gehaltlichen Dotierung verlangen.

3.3.: Aus all diesen Überlegungen vertritt daher der Berufungssenat den Standpunkt, dass zu Gunsten der Klägerin der Nachweis des gutgläubigen Verbrauchs der Überbezüge gegeben ist, zumal sie in den Jahren 2004 bis 2007 erhebliche Anschaffungen im Gesamtwert von EUR 8.700,-- bis EUR 9.700,-- tätigte sowie im Herbst 2004 auf einen Bausparvertrag eine namhafte Teilzahlung von EUR 2.000,-- erbrachte, ab Oktober 2007 erhebliche Wohnungskosten von monatlich EUR 250,-- bis EUR 200,-- zu leisten hatte und ab Februar 2007 zu keinem Zeitpunkt mehr als EUR 4.000,-- bis EUR 5.000,-- Guthabensstand auf ihrem Gehaltskonto verbuchen konnte (S 14 ON 14 = AS 89).

4.: Selbst wenn also das ergänzende Verfahren ergeben sollte, dass die Klägerin keine Dienste erbracht hat, die die Einstufung in die höhere Verwendungsgruppe rechtfertigen könnten und daher ein objektiver Überbezug vorliegt, kann die Beklagte die **bis Ende Jänner 2007** geleisteten Beträge wegen des **gutgläubigen Verbrauchs** der Klägerin nicht mehr zurückverlangen. Insoweit war daher die bekämpfte Entscheidung unter Ausspruch des Nicht-zu-Recht-Bestehens der Gegenforderung als Teilurteil zu bestätigen.

Nur die Entscheidung über den als **Ersatz für die Rückstufung ab Februar 2007 bis August 2007** geltend gemachten symbolischen Betrag von EUR 1,-- s.Ng. hängt daher von der Frage ab, ob die Klägerin ab diesem Zeitpunkt Dienste geleistet hat, die die Weiterbezahlung des höheren Entgelts rechtfertigen oder nicht. Nur in diesem Umfang muss es daher zur Aufhebung der bekämpften Entscheidung und Rückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung kommen.

### C. Verfahrensrechtliches:

1.: Der Erfolg der Berufung (im Umfang des Klagebegehrens von EUR 1,--

s.Ng.) fällt kostenrechtlich nicht ins Gewicht. Es kann daher gemäß den §§ 50, 41, 40 ZPO auch in dem Teilurteil und in der Berufungsentscheidung über die bisherigen Verfahrenskosten beider Instanzen abschließend entschieden werden. Im erstinstanzlichen Verfahren ergeben sich durch die Teilaufhebung und Teilbestätigung rechnerisch keine Unterschiede, sodass es insoweit bei der erstinstanzlichen Kostenentscheidung verbleiben kann. Im Berufungsverfahren ist der Berufungserfolg der Beklagten kostenmäßig zu vernachlässigen, sodass die Klägerin Anspruch auf **Kosten** ihrer Berufsbeantwortung hat (§§ 2 Abs 1 ASGG, 50, 41, 40 ZPO). Das fortgesetzte Verfahren vor dem Erstgericht wird sich daher nur mehr auf den symbolischen Streitwert von EUR 1,-- s.Ng. erstrecken.

2.: Das Berufungsgericht konnte sich - wie durch mehrere Zitate belegt - in allen erheblichen Fragen auf eine herrschende Rechtsprechung des Höchstgerichts stützen. Darüber hinaus stellt die Frage, ob nach den Charakteristika des zu beurteilenden Einzelfalls die Voraussetzungen für den gutgläubigen Verbrauch vorliegen, keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO dar. Der **weitere Rechtszug** nach dem § 502 Abs 1 und Abs 5 Z 4 ZPO erweist sich daher gegen den bestätigenden Teil als nicht zulässig, worüber gemäß den §§ 2 Abs 1 ASGG, 500 Abs 2 Z 3 ZPO ein eigener Anspruch in den Tenor der Berufungsentscheidung aufzunehmen war. Hinsichtlich des teilaufhebenden

Erkenntnisses treffen dieselben Erwägungen zu, sodass die Einfügung eines Rechtskraftvorbehalts im Sinn des § 519 Abs 2 ZPO entbehrlich war.

Oberlandesgericht Innsbruck  
in Arbeits- und Sozialrechtssachen,  
Abt. 3, am 9. Juli 2008.



**Dr. Johann Hörbiger**  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:

