

# TE OGH 2000/9/6 9ObA161/00t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.09.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Wilhelm Koutny und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Michael S\*\*\*\*\* Schlosser, \*\*\*\*\* vertreten durch Mag. Wolfgang Kleinhappel, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Susanne S\*\*\*\*\* Hausfrau, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Reinhard Schuster, Rechtsanwalt in Hainburg, wegen S 408.547,82 sA (Revisionsinteresse S 154.638,41 brutto abzüglich S 22.500 netto), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. Februar 2000, GZ 8 Ra 143/99d-53, womit das Urteil des Landesgerichtes Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 8. Februar 1999, GZ 9 Cga 57/97y-43, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die in ihrem das Klagebegehren abweisenden Teil als unangefochten von dieser Entscheidung unberührt bleiben, werden im übrigen dahin abgeändert, dass sie einschließlich der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile zu lauten haben:

"Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei S 408.547,82 brutto sA zu zahlen, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 122.056,20 (darin S 20.342,70 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz und die mit S 26.488,40 (darin S 2548,10 Umsatzsteuer und S 10.600 Barauslagen) bestimmte Kosten des Verfahrens zweiter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S

6.760 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 422,50 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger begehrte von der Beklagten S 408.547,82 brutto sA (Lohn für die Zeit vom 1. 7. 1995 bis 24. 1. 1997, 936 Überstunden, Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration sowie Urlaubsentschädigung). Er sei vom 1. 7. 1995 bis 24. 1. 1997 bei der Beklagten - seiner damaligen Lebensgefährtin - als Würstelverkäufer beschäftigt gewesen, wobei er von Montag bis Donnerstag je 11 Stunden und an Freitagen 8 Stunden gearbeitet habe. Das Dienstverhältnis sei durch

Dienstgeberkündigung am 24. 1. 1997 beendet worden. Er habe während der gesamten Dauer des Dienstverhältnisses keinen Lohn erhalten. Der Berechnung seiner Ansprüche liege der Kollektivvertrag für das Gastgewerbe (Buffethilfe mit Inkasso) zugrunde.

Die Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Im ersten Rechtsgang stellte sie "Beginn und Ende des Dienstverhältnisses und Beendigungsart" außer Streit, wendete aber ein, dass der Kläger maximal zwei Stunden pro Tag gearbeitet habe. Der gesamte Lohn sei ausgezahlt bzw vom Kläger selbst einbehalten worden.

Das Erstgericht wies im ersten Rechtsgang das Klagebegehren ab, das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Entscheidungen der Vorinstanzen wurden jedoch vom Obersten Gerichtshof in Stattgebung einer außerordentlichen Revision des Klägers aufgehoben und die Arbeitsrechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Im zweiten Rechtsgang erklärte die Beklagte, nunmehr nicht mehr außer Streit zu stellen, dass zwischen den Streitteilen ein Dienstverhältnis vereinbart worden sei. Der Kläger sei Mitunternehmer bzw Alleinunternehmer gewesen; es sei kein Merkmal eines Dienstverhältnisses vorgelegen. Der Würstelstand sei Wunsch und Idee des Klägers gewesen, der jedoch die erforderlichen Bewilligungen und Kredite nicht bekommen hätte. Er habe jedoch das Sagen gehabt. Das gesamte Inventar sei aufgrund eines Aufteilungsverfahrens an ihn zurückgegeben worden. Überdies erklärte die Beklagte, nunmehr zurückzunehmen, "dass nicht .... vorgebracht worden sei, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes liege nicht vor".

Ferner behauptete die Beklagte erkennbar diverse Gegenforderungen, die jedoch im Revisionsverfahren nicht mehr von Interesse sind.

Mit Urteil vom 8. 2. 1999 stellte das Erstgericht die Klageforderung mit S 154.638,41 brutto und die Gegenforderung der Beklagten mit S

22.500 netto als zu Recht bestehend fest und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger S 154.638,41 brutto abzüglich S 22.500 netto zu zahlen. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren des Klägers wies es ab. Es ging dabei von folgenden Feststellungen aus:

Der Kläger, der mit der Beklagten damals zusammenlebte, hatte die Idee, einen Würstelstand zu eröffnen. Er konnte das dafür notwendige Inventar einbringen. Dafür sollte er S 40.000 bis S 50.000 erhalten. Da der Kläger vorbestraft war, sollte die Beklagte die Konzession erwirken. Sie pachtete auch den notwendigen Grund, weil der Kläger keinen Pachtvertrag bekam. Es wurde erörtert, dass der Kläger bei der Beklagten, auf deren Namen der Betrieb laufen sollte, angestellt werde, und zwar - um Exekutionen zu entgehen - mit einem das Existenzminimum unterschreitenden Betrag. Im Betrieb sollte die Beklagte ausschenken und beim Zusammenräumen mithelfen. Sie nahm für den Betrieb des Würstelstandes einen Kredit von S 150.000 auf; der Kläger hätte keinen geförderten Kredit bekommen. Der Würstelstand wurde am 1. 7. 1995 in Betrieb genommen. Er war von Montag bis Donnerstag jeweils von 7.30 Uhr bis 18.00 oder 19.00 Uhr und am Freitag bis 16.00 Uhr geöffnet. Der Kläger kochte. Was gekocht wurde, wurde von ihm vorgeschlagen und gemeinsam beschlossen. Den Einkauf übernahm die Beklagte. Die Bestellung von Getränken übernahm nach Anweisung der Beklagten der Kläger. Die Preisgestaltung war Sache der Beklagten. Die Einnahmen händigte der Kläger der Beklagten aus. Was vom Gewinn, der 1995 S 80.000 und 1996 S 120.000 betrug, an den Kläger ging, kann nicht mehr festgestellt werden. Lohnzahlungen erhielt der Kläger nicht. Seine genauen Arbeitszeiten sind nicht feststellbar. Hauptsächlich war während der Öffnungszeiten der Kläger anwesend. In die Zeit des Betriebs des Würstelstandes fiel der vorwiegend vom Kläger durchgeführte Hausbau. Im Zuge der gemeinsamen Lebensführung der Streitteile zahlte die Beklagte monatlich ca S 3.000 für den gemeinsamen Unterhalt, S 1.000 für Zigaretten und für gemeinsame Ausflüge. Außerdem zahlte sie S 38.000 an Raten für das Motorrad des Klägers, sowie "Putzereikosten, Aufwendungen für Sauftouren des Klägers, Rubbellose und Mickey-Mouse-Hefte für das Kind des Klägers". Aus den Einnahmen aus dem Würstelstand entnahm der Kläger Beträge von nicht mehr feststellbarer Höhe.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass die Beklagte nur die Außerstreitstellung betreffend die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses widerrufen habe; hinsichtlich der Frage, ob die Vereinbarung der Streitteile inhaltlich ein Arbeitsverhältnis gewesen sei, sei jedoch die Außerstreitstellung nicht zurückgenommen worden. Außerdem könne den Streitteilen, die den Kläger mit ihrer Regelung vor Exekutionen hätten schützen wollen, nicht unterstellt werden, dass ihre Vereinbarung nicht den Tatsachen entspreche, weil sie sich sonst des Vergehens der Vollstreckungsvereitelung schuldig gemacht hätten. Die Beklagte sei daher verpflichtet, dem Kläger den

kollektivvertraglichen Mindestlohn zu zahlen. Das Ausmaß der Arbeitsleistungen des Klägers werde in Anwendung des § 273 ZPO mit vier Stunden täglich im Zeitraum 1. 7. 1995 bis 24. 1. 1997 geschätzt. Aufwendungen der Beklagten für den Kläger seien nicht als Lohnzahlungen anzuerkennen. Lohnzahlungen seien nicht feststellbar gewesen. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass die Beklagte nur die Außerstreitstellung betreffend die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses widerrufen habe; hinsichtlich der Frage, ob die Vereinbarung der Streitteile inhaltlich ein Arbeitsverhältnis gewesen sei, sei jedoch die Außerstreitstellung nicht zurückgenommen worden. Außerdem könne den Streitteilen, die den Kläger mit ihrer Regelung vor Exekutionen hätten schützen wollen, nicht unterstellt werden, dass ihre Vereinbarung nicht den Tatsachen entspreche, weil sie sich sonst des Vergehens der Vollstreckungsvereitelung schuldig gemacht hätten. Die Beklagte sei daher verpflichtet, dem Kläger den kollektivvertraglichen Mindestlohn zu zahlen. Das Ausmaß der Arbeitsleistungen des Klägers werde in Anwendung des Paragraph 273, ZPO mit vier Stunden täglich im Zeitraum 1. 7. 1995 bis 24. 1. 1997 geschätzt. Aufwendungen der Beklagten für den Kläger seien nicht als Lohnzahlungen anzuerkennen. Lohnzahlungen seien nicht feststellbar gewesen.

Von den Gegenforderungen der Beklagten sei das Benützungsentgelt für die neun Monate dauernde Benützung des Hauses der Beklagten durch den Kläger und seine nunmehrige Familie berechtigt. Dieses werde gemäß § 273 ZPO mit S 2.500 monatlich geschätzt. Von den Gegenforderungen der Beklagten sei das Benützungsentgelt für die neun Monate dauernde Benützung des Hauses der Beklagten durch den Kläger und seine nunmehrige Familie berechtigt. Dieses werde gemäß Paragraph 273, ZPO mit S 2.500 monatlich geschätzt.

Das von beiden Seiten angerufene Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Zur Berufung der Beklagten führte es im Wesentlichen aus:

Das Erstgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Zurückziehung der Außerstreitstellung durch die Klägerin nur darauf bezogen habe, dass zwischen den Streitteilen kein Arbeitsverhältnis vereinbart worden sei; hingegen sei nach dem Parteenvorbringen weiterhin vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen. Aber selbst dann, wenn man davon ausgehe, dass die formale Außerstreitstellung eines Arbeitsverhältnisses zurückgenommen worden sei, liege nach dem festgestellten Sachverhalt kein Gesellschaftssondern ein Arbeitsverhältnis vor. Dies ergebe sich daraus, dass der Kläger in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten den Vorgaben der Beklagten unterworfen gewesen sei. Diese habe auch die Tageslosung zur Gänze vereinnahmt und den Kläger am Geschäftsgewinn und am Verkaufserlös des Standes nicht beteiligt. Die Mitwirkungs- und Entscheidungsrechte des Klägers hätten sich im Wesentlichen darauf beschränkt, was gekocht werde.

Die in § 46 Abs 1 ASGG normierten Voraussetzungen für die Zulassung der Revision seien nicht gegeben. Die in Paragraph 46, Absatz eins, ASGG normierten Voraussetzungen für die Zulassung der Revision seien nicht gegeben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten wegen Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage in unvertretbarer Weise verkannt hat; sie ist auch berechtigt.

Zurecht macht die Beklagte zunächst geltend, dass die Meinung der Vorinstanzen, auch nach dem Vorbringen der Parteien im zweiten Rechtsgang müsse vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden, jeglicher Rechtfertigung entbehrt. Die Ausführungen, der Widerruf der Außerstreitstellung der Vereinbarung beziehe sich nur auf die Vereinbarung, nicht aber auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, ist schon für sich allein unverständlich. Dazu kommt aber, dass die Beklagte - was die Vorinstanzen völlig verschweigen - ausdrücklich behauptet hat, dass der Kläger Mit- bzw Alleinunternehmer gewesen und dass "überhaupt kein Merkmal eines Dienstverhältnisses vorgelegen" sei. Trotzdem vom Zugeständnis des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auszugehen (zur Bedeutung eines solchen Zugeständnisses vgl im übrigen die in diesem Verfahren ergangene Vorentscheidung DRdA 1999, 476), ist

unvertretbar. Zurecht macht die Beklagte zunächst geltend, dass die Meinung der Vorinstanzen, auch nach dem Vorbringen der Parteien im zweiten Rechtsgang müsse vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden, jeglicher Rechtfertigung entbehrt. Die Ausführungen, der Widerruf der Außerstreitstellung der Vereinbarung beziehe sich nur auf die Vereinbarung, nicht aber auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, ist schon für sich allein unverständlich. Dazu kommt aber, dass die Beklagte - was die Vorinstanzen völlig verschweigen - ausdrücklich behauptet hat, dass der Kläger Mit- bzw Alleinunternehmer gewesen und dass "überhaupt kein Merkmal eines Dienstverhältnisses vorgelegen" sei. Trotzdem vom Zugeständnis des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auszugehen (zur Bedeutung eines solchen Zugeständnisses vergleiche im übrigen die in diesem Verfahren ergangene Vorentscheidung DRdA 1999, 476), ist unvertretbar.

Das Berufungsgericht hat allerdings die Frage des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auch an Hand des festgestellten Sachverhaltes geprüft. Auch den dazu angestellten Überlegungen kann aber nicht beigeplichtet werden.

Nach der Rechtsprechung sind von einem Lebensgefährten erbrachte Leistungen grundsätzlich unentgeltlich, es sei denn, dass ein von ihm bewiesener besonderer Rechtsgrund für die Entgeltlichkeit gegeben ist (RdW 1999, 487 mwN). Als ein derartiger Rechtsgrund kommt auch ein zwischen den Parteien bestehendes Arbeitsverhältnis in Betracht, das - wie bereits in der im ersten Rechtsgang ergangenen Entscheidung DRdA 1999, 476 ausgeführt wurde - auch konkludent vereinbart werden kann. Der Beklagte ist aber zuzustimmen, dass auch die Vereinbarung einer Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht kommt, die ebenfalls konkludent erfolgen kann und nicht voraussetzt, dass sich die Parteien der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren (8 ObA 284/97s = infas 1998, 105). Da der Kläger seine Ansprüche ausschließlich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gestützt hat, braucht hier nur geprüft zu werden, ob zwischen den Streitteilen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat; ist dies nicht der Fall, ist das Klagebegehren - ohne dass weitere Überlegungen über allfällige zwischen den Parteien bestehende anderen Rechtsbeziehungen erforderlich sind - abzuweisen.

Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Arbeitsvertrag vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, somit durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle - nicht notwendig auch Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit - äußert. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Arbeitsvertrages gehören die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, dessen disziplinäre Verantwortung, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die persönliche Fürsorge- und Treuepflicht sowie die organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers (SZ 70/52). Wenngleich die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht alle allgemein vorliegen müssen (SZ 70/52), kann daher unter den hier festgestellten Umständen vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht die Rede sein.

Vor allem fehlen jegliche Hinweise darauf, dass der Kläger der funktionellen Autorität der Beklagten (als Arbeitgeber) unterworfen war. Nach den Feststellungen war der Würstelstand vielmehr ein gemeinsames Projekt, in das der Kläger nicht nur seine Arbeitsleistung, sondern auch das Inventar eingebracht hat, und das deshalb im Namen der Beklagten geführt wurde, weil der Kläger keine Konzession bekommen hätte. Dass im Rahmen dieses Projektes eine gewisse Arbeitsteilung erfolgt, die etwa dazu führt, dass ein Teil die Finanzierung, die Preisgestaltung und Ähnliches übernimmt, bedeutet noch nicht, dass der andere Teil in einer einem Arbeitsverhältnis entsprechende Weise seiner funktionellen Autorität unterworfen ist. Dass die Arbeit im Würstelstand nur an dessen Standort und während der Öffnungszeiten erfolgen kann, liegt auf der Hand und sagt über den Rechtsgrund der Zusammenarbeit der Streitteile nichts aus. Anhaltspunkte für eine darüber hinausgehende Fremdbestimmtheit des Klägers fehlen völlig. Die Vorinstanzen gehen selbst davon aus, dass der Kläger im Schnitt nur etwa 4 Stunden täglich gearbeitet hat und keine Arbeitszeitvereinbarung getroffen wurde. Ebenso entspricht der Umstand, dass der Kläger während der gesamten Zeit des Betriebes des Würstelstandes keinerlei regelmäßige Lohnzahlungen erhalten hat, gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Vielmehr war es nach den Feststellungen so, dass der Kläger in nicht mehr feststellbarer Höhe Geld entnahm und außerdem von der Beklagten aus den Einnahmen des Standes das gemeinsame Leben finanziert wurde. Daher ist es auch durch die Feststellungen nicht gedeckt, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, dass der Kläger keinen Anteil am (ohnedies nur sehr geringen) Gewinn erhalten hat. Von einer ausschließlich fremdbestimmten Tätigkeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, kann daher nicht die Rede sein. Auch der Umstand, dass der Kläger unstrittigerweise keinen Urlaub genommen hat, spricht für die Annahme, dass die Parteien in Wahrheit kein Arbeitsverhältnis vereinbarten oder auch nur praktizierten und die Anmeldung des Klägers zur

Sozialversicherung, der nach der Rechtsprechung für die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses ohnehin keine entscheidende Bedeutung zukommt (infas 1998, 105 uva), nur dazu diente, aus naheliegenden Gründen gegenüber der Sozialversicherung das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vorzugeben.

Alles in allem liegen daher die für die Annahme eines Arbeitsverhältnisse erforderlichen Voraussetzungen nicht vor. Da der Kläger seinen Anspruch ausschließlich aus einem Arbeitsverhältnis ableitet, ist seine Klage daher abzuweisen, ohne dass es weiterer Erörterungen bedarf, ob zwischen den Streitteilern (wofür beachtliche Hinweise vorliegen) ein Gesellschaftsvertrag zustandegekommen ist.

In Stattgebung der Revision waren daher die Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Der von der Beklagten für das nunmehrige Rechtsmittelverfahren überhöht verzeichnete Ansatz (S 154.638,41 brutto zuzüglich - statt [richtig] abzüglich - 22.500 netto) war richtigzustellen. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die Paragraphen 41., 50 ZPO. Der von der Beklagten für das nunmehrige Rechtsmittelverfahren überhöht verzeichnete Ansatz (S 154.638,41 brutto zuzüglich - statt [richtig] abzüglich - 22.500 netto) war richtigzustellen.

#### **Anmerkung**

E59075 09B01610

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

ECLI:AT:OGH0002:2000:009OBA00161.00T.0906.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20000906\_OGH0002\_009OBA00161\_00T0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)