

# TE OGH 1988/6/15 9ObA108/88

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.06.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Bauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich Stefan und Leo Samwald als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. Silvia A\*\*\*, Journalistin, Wien 4., Rienößlgasse 3/13 a, vertreten durch Dr. Friedrich Weber, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei K\*\*\* Z\*\*\* UND D\*\*\* AG (als Medieninhaber der periodischen Druckschrift "W\*\*\*"), Wien 7., Lindengasse 52, vertreten durch Dr. Gottfried Korn, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 261.186,-- brutto s.A. und Ausstellung eines Dienstzeugnisses (Gesamtstreitwert S 271.186,-- s.A.) infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 17. Dezember 1987, GZ 33 Ra 83/87-32, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeitsgerichtes Wien vom 2. Dezember 1986, GZ 9 Cga 2100/84-23 (richtig: 9 Cr 2100/84-23), bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 13.471,05 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 875,55 Umsatzsteuer und S 3.840,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin bekundete im Herbst 1981 gegenüber dem Chefredakteur der "W\*\*\*", Dr. Hans M\*\*\*, ihr Interesse, für die Zeitung zu arbeiten. Zuvor war sie 3 Jahre lang für die Redaktionen der Zeitschriften "F\*\*\*" und "P\*\*\*" tätig. Dr. M\*\*\* erklärte der Klägerin, daß ein Dienstposten nicht frei sei, sie jedoch als freie Mitarbeiterin tätig sein könne. Die Klägerin bot Dr. M\*\*\* an, eine Serie über Stundenpläne in der Schule zu verfassen, wofür sie den entsprechenden Auftrag erhielt. Die Klägerin war in der Folge von November 1981 bis Mai 1983 für die "W\*\*\*" tätig. Sie verfaßte in dieser Zeit 44 Beiträge, die mit durchschnittlich S 1.500,-- honoriert wurden. Der Monatsverdienst der Klägerin lag zwischen S 2.000,-- und S 4.000,--. Sie war zur Sozialversicherung nicht gemeldet und unterlag der Einkommensteuer. Angestellte Redakteure hatten das Lay out für ihre Beiträge zu erstellen, Fotos herauszusuchen, an den Redaktionskonferenzen und sonstigen Besprechungen teilzunehmen und die Korrekturen zu lesen. Mit diesen Tätigkeiten war die Klägerin nicht befaßt. Sie machte keinen Umbruch und auf ihre Frage wurde ihr erklärt, daß sie als freie Mitarbeiterin an den Redaktionssitzungen nicht teilzunehmen habe. Die Arbeitszeit eines angestellten Redakteurs beginnt um 9 Uhr und endet um 18 Uhr, wird jedoch nicht streng gehandhabt. Die Klägerin hatte keine feste Arbeitszeit und hat auch keine diesbezüglichen Weisungen erhalten. Sie wurde manchmal gefragt, wann sie in der Redaktion sein werde, damit die Arbeitstermine abgestimmt werden können. Hinsichtlich der Beiträge, welche die

Klägerin zu erarbeiten hatte, wurden ihr sowohl vom jeweiligen Ressortleiter als auch vom Chefredakteur Aufträge erteilt, wen sie zu kontaktieren und mit wem sie zu sprechen hatte. Die Klägerin hat nie eine Weisung erhalten, einen Artikel zu schreiben. Sie nahm freiwillig an Pressefahrten teil; eine Weisung zur Teilnahme wurde nicht erteilt. Sie arbeitete 30 bis 40 Stunden pro Woche, doch war die Qualität ihrer Arbeit nicht so beschaffen, daß sie diesen Aufwand gerechtfertigt hätte. Objektiv gesehen war die Arbeit der Klägerin kein "Full-time-Job". Während der Zeit ihrer Tätigkeit für die W\*\*\* trat die Klägerin neuerlich an den Chefredakteur Dr. M\*\*\* heran, weil sie wissen wollte, ob sie bei der Zeitung angestellt werde. Eine Zusage in dieser Richtung wurde ihr nicht erteilt. Als durch das beabsichtigte Ausscheiden einer Redakteurin die Aussicht auf einen freien Dienstposten bestand, machte Dr. M\*\*\* der Klägerin ebenfalls keine Zusage, sondern erklärte ihr nur, daß sie für eine Anstellung in Frage komme. Er hatte allerdings im Lauf der Zeit den Eindruck gewonnen, daß die Klägerin sich weder durch eine besondere Recherchierfreudigkeit noch durch besondere Kontaktfreudigkeit auszeichnete. Wenn es im Rahmen von Recherchen erforderlich war, Personen mehrmals anzurufen, erweckte die Klägerin den Eindruck, daß sie innere Hemmungen habe. Als Klaus K\*\*\* Leiter des Ressorts "Kultur" wurde, fand er die Klägerin neben drei angestellten Redakteuren und einigen freien Mitarbeitern in diesem Ressort vor. Die Klägerin arbeitete zu diesem Zeitpunkt nicht nur für dieses Ressort, sondern auch für die Ressorts "Innenpolitik" und "Wirtschaft". Auch K\*\*\* erteilte der Klägerin keine Weisungen, ein bestimmtes Thema zu erarbeiten; in kollegialen Gesprächen wurde vielmehr erarbeitet, was in der nächsten Nummer gebracht werden solle. Er erteilte der Klägerin jedoch Aufträge, einen von ihr gelieferten Beitrag umzuarbeiten, da er sonst den Artikel mangels Qualität nicht hätte bringen können. Themenvorschläge hat auch die Klägerin erstattet. Die von ihr gelieferten Beiträge wurden von K\*\*\* gemeinsam mit ihr durchgegangen. Die Beiträge der Klägerin waren sowohl in Stil wie auch in der Recherche etwas hölzern. Es kam auch vor, daß K\*\*\* einen Artikel selbst umschrieb, wenn die Klägerin nicht mehr anwesend war.

Die Klägerin begehrte die Zahlung eines Betrages von S 261.186,- brutto s.A. sowie die Ausstellung eines Dienstzeugnisses. Sie sei zu Unrecht als freie Mitarbeiterin behandelt worden. Unter Berücksichtigung der hauptberuflichen Inanspruchnahme und der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit sei tatsächlich ein Angestelltenverhältnis vorgelegen. Die beklagte Partei sei daher verpflichtet, ihr die Differenz zwischen den ausbezahlten Entgelten von S 57.000,- und dem kollektivvertraglichen Lohn samt Sonderzahlungen und Urlaubsentschädigung zu zahlen und ein Dienstzeugnis auszustellen.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage. Mit der Klägerin sei nur ein freier Arbeitsvertrag, nicht aber ein Angestelltenverhältnis begründet worden; sie habe nur als freie Mitarbeiterin weisungsgebunden Beiträge verfaßt, jedoch nicht an den Redaktionssitzungen teilgenommen und keinen Umbruch besorgt. Sie habe keine Anwesenheitspflicht gehabt und die Bezahlung sei nur nach dem Umfang der gelieferten Artikel erfolgt.

Das Erstgericht wies das Begehren der Klägerin ab. Das Verlangen der Klägerin, als Redakteurin angestellt zu werden, sei von der beklagten Partei abgeschlagen worden und sie sei ausdrücklich mit einer Tätigkeit als freie Mitarbeiterin einverstanden gewesen. Es sei ihr nur für den Fall, daß ein Dienstposten im Redaktionsteam frei werde, eine Anstellung unverbindlich in Aussicht gestellt worden. Die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Klägerin habe diese - objektiv betrachtet - zeitlich nicht überwiegend beansprucht. Die von ihr erbrachte Tätigkeit habe nicht der Arbeitsbelastung eines angestellten Journalisten entsprochen. Die Tatsache allein, daß die Klägerin jeden Morgen etwa ab 9 Uhr sich in den Redaktionsräumen aufgehalten habe, setze nicht die Notwendigkeit hiefür voraus und lasse nicht den Schluß zu, daß die Klägerin während ihrer (gesamten) Anwesenheit im Büro auch kreativ journalistisch gearbeitet habe. Da der Klägerin bewußt gewesen sei, daß die beklagte Partei mit ihr keinen Anstellungsvertrag habe eingehen wollen, sei ein solcher Vertrag auch nicht stillschweigend zustande gekommen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Es verneinte das Vorliegen von Verfahrensmängeln und übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes. Rechtlich führte das Berufungsgericht aus, daß der anlässlich der Ablehnung des Wunsches der Klägerin, als Redakteurin angestellt zu werden, geäußerte Vorschlag Dr. M\*\*\*, sie könne als freie Mitarbeiterin Artikel liefern, als Angebot zu werten sei, gelieferte Beiträge für unbestimmte Zeit im Fall ihrer Veröffentlichung zu honorieren. Die Klägerin sei in den Produktionsmechanismus der beklagten Partei nicht einmal teilweise eingegliedert und auch nicht zu einer regelmäßigen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen. Wohl habe sie sich bemüht, möglichst viele Aufträge zu erhalten und sich als geeignete Bewerberin für einen freiwerdenden Dienstposten zu präsentieren. Ihr sei jedoch bewußt gewesen, daß ihre Tätigkeit jederzeit von anderen freien Mitarbeitern hätte substituiert werden können. Sie habe auf die Gestaltung der Zeitung keinen Einfluß gehabt und es sei ihr auch die

Überprüfung des Druckes nicht obliegen. Eine persönliche Abhängigkeit der Klägerin von der beklagten Partei habe nicht bestanden, die Klägerin sei weitgehend selbstständig tätig gewesen, sodaß die Voraussetzungen für die Annahme eines freien Arbeitsvertrages vorlägen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin aus den Revisionsgründen der Aktenwidrigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Der Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit liegt nur vor, wenn Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen werden, also auf einem bei Darstellung der Beweisergebnisse unterlaufenen Irrtum beruhen. Ein Irrtum bei Wiedergabe der vom Erstgericht gezogenen rechtlichen Schlußfolgerungen - in diesem Teil der angefochtenen Entscheidung ist die bekämpfte Wendung enthalten, daß die Klägerin durch die Tätigkeit bei der W\*\*\* nicht überwiegend

beansprucht worden sei - begründet keine Aktenwidrigkeit. Unter dem Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit führt die Klägerin weiters aus, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß die Feststellungen des Erstgerichtes, sie sei an keine Arbeitszeit gebunden gewesen und ein angestellter Redakteur habe etwa dreimal so viel zu tun wie ein freier Mitarbeiter, unbekämpft geblieben sei; tatsächlich finde diese Feststellung in den Beweisergebnissen keine Deckung. Mit diesen Ausführungen wird aber keine Aktenwidrigkeit, sondern ein Mangel des Berufungsverfahrens geltend gemacht. Die klagende Partei stützt ihr Rechtsmittel insofern auf die Behauptung, das Berufungsgericht habe es unterlassen, sich in wesentlichen Punkten mit den geltend gemachten Berufungsgründen auseinanderzusetzen. Dieser Mangel liegt jedoch nicht vor. Daß die Klägerin nicht an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden war, blieb im Berufungsverfahren tatsächlich unbestritten, sodaß das Berufungsgericht keine Veranlassung hatte, auf eine Prüfung dieser Feststellung einzugehen. Welchen zeitlichen Umfang die Tätigkeit eines freien Mitarbeiters im Verhältnis zu der eines angestellten Redakteurs im allgemeinen hatte, ist für die hier zu klärende Rechtsfrage nicht ausschlaggebend, sodaß dieser Feststellung keine wesentliche Bedeutung zukommt.

Soweit im Rechtsmittel primäre Verfahrensmängel geltend gemacht werden, ist darauf zu verweisen, daß angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, deren Vorliegen vom Berufungsgericht verneint wurde, mit Revision nicht geltend gemacht werden können (SZ 22/106; EFSIg. 49.387; 10 Ob S 23/87; 9 Ob A 139/87 ua). Die in der Revision gerügte Unterlassung der Aufnahme und Erörterung von Beweisen durch das Erstgericht war bereits Gegenstand von Ausführungen in der Berufung; das Berufungsgericht hat das Vorliegen eines Verfahrensmangels verneint. Eine neuerliche Überprüfung dieser Frage im Revisionsverfahren ist ausgeschlossen.

Auch die Rechtsrüge ist nicht berechtigt.

Geht man vom festgestellten Sachverhalt aus, dann wurde durch die Tätigkeit der Klägerin tatsächlich ein Arbeitsverhältnis im Sinn des § 1151 ABGB nicht begründet. Wohl kommt dabei der Frage, ob die beklagte Partei tatsächlich einen Arbeitsvertrag abschließen wollte, keine wesentliche Bedeutung zu. Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages hängt nicht vom Willen der vertragschließenden Parteien und von der von ihnen allenfalls gewählten Bezeichnung ab, sondern primär vom Inhalt ihrer (ausdrücklich oder schließlich) getroffenen Vereinbarungen. Auf dieser Grundlage ist unabhängig von der Bezeichnung der von den Parteien gewollten Vertragsform die Qualifikation des Vertrages als (echter) Arbeitsvertrag oder freier Arbeitsvertrag zu entscheiden (DRDA 1985, 395, mit zustimmender Besprechung von Wachter). Damit ist aber für die klagende Partei nichts gewonnen.

Der Arbeitsvertrag iS des § 1151 ABGB ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also durch seine Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet, welche sich in organisatorischer Gebundenheit insbesonders an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle - nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit - äußert (Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 121); für den Arbeitsvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, welcher in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist (Florella-Spielbüchler-Strasser Arbeitsrecht2 I, 16). Im Gegensatz dazu steht der

sogenannte "freie Arbeits-(Dienst-)Vertrag", welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit (Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil, 72; Koziol-Welser8 I 367), weitgehend selbstständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens verpflichtet (Floretta-Spielbüchler-Strasser aaO, 17; Martinek-Schwarz AngG6, 26 ff). Gerade die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet den freien Arbeitsvertrag vom (echten) Arbeitsvertrag iS des § 1151 Abs 1 ABGB (EvBl 1977/112, 239; Arb. 9714 ua). Der freie Arbeitnehmer verpflichtet sich ebenso wie der abhängige Arbeitnehmer nicht dazu, ein bestimmtes Werk herzustellen oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Der freie Arbeitnehmer ist vielmehr nur dazu verhalten, dem Vertragspartner auf eine gewisse Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Es geht beim freien Arbeitsvertrag um die vertraglich eingeräumte Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Vertragspartners, also die Bereitschaft, eine gewisse Zeit hindurch bloß gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen. Charakteristisch für den freien Arbeitsvertrag ist, daß bei ihm nicht jenes Maß an persönlicher Abhängigkeit gegeben ist, das zur Qualifikation als "echter" (= "abhängiger") Arbeitsvertrag führen würde (Wachter, DRDA 1984, 407).

Überprüft man nach diesen Kriterien die Tätigkeit der Klägerin für die beklagte Partei, so kann selbst unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des Journalistenberufes (vgl. Arb. 7621, 8535, 9714) nicht gesagt werden, daß die Eingliederung der Klägerin in den Betrieb der "W\*\*\*" ein solches Ausmaß erreicht hätte, daß hiedurch ihre Freizügigkeit in ähnlicher Art und Weise eingeschränkt worden wäre, wie die (echter) Arbeitnehmer in derartigen Berufen. Entscheidend ins Gewicht fällt, daß die Klägerin nicht an eine Arbeitszeit gebunden war, keine Anwesenheitspflicht hatte, an den Redaktionssitzungen nicht teilnahm, keine Fotos auszuwählen hatte und auch mit dem Umbruch und der Korrektur nicht beschäftigt war. Es bestand daher gegenüber einem angestellten Redakteur eine ungleich losere Bindung zum Betrieb des Zeitungsunternehmens. Da die Klägerin an eine Arbeitszeit nicht gebunden war und mit den vorgenannten termingebundenen, vom einzelnen Redakteur überwiegend zeitlich nicht disponiblen Tätigkeiten nicht befaßt war, wurde eine persönliche Abhängigkeit, wie sie für einen Arbeitnehmer typisch ist, nicht begründet. Daß sich die Klägerin häufig in den Redaktionsräumen aufhielt, offenbar weil sie eine Übernahme in ein echtes Arbeitsverhältnis anstrebte, ändert daran nichts, weil sie dazu nicht verpflichtet war. Aus dem Umstand, daß die Klägerin anlässlich der Abstimmung von Arbeitsterminen jeweils gefragt wurde, wann sie wieder in die Redaktion kommen werde, ergibt sich, daß die beklagte Partei von einer regelmäßigen Anwesenheit der Klägerin nicht ausging. Ihre Arbeit betreffende Weisungen sprechen nicht gegen die Annahme eines freien Arbeitsvertrages, zumal es auch bei dieser Vertragsgestaltung dem Vertragspartner obliegt, die Einzelleistungen zu konkretisieren (Wachter aaO, 407), wobei die Erteilung gewisser Richtlinien zur Durchführung der Tätigkeit unumgänglich ist. Daß die Klägerin auf bestimmte Themen hingewiesen wurde, deren Bearbeitung die Redaktion im Auge hatte, und Änderungswünsche bezüglich Stil und Inhalt der gelieferten Beiträge geäußert und von ihr befolgt wurden, bezog sich nur auf den Inhalt der Tätigkeit, begründete jedoch mangels Verpflichtung zu dieser Tätigkeit keine persönliche Abhängigkeit. Daß die Klägerin ausschließlich für die beklagte Partei tätig war und ihrer Tätigkeit einen beträchtlichen Zeitaufwand widmete, ist nicht entscheidend, wobei im übrigen die Höhe der bezogenen Einkünfte auch gegen die Annahme einer wirtschaftlichen Abhängigkeit spricht. Der Hinweis der Revisionswerberin auf die Bestimmungen der §§ 1158 bis 1159 c ABGB läßt unberücksichtigt, daß die Anwendbarkeit dieser Normen einen "echten" Arbeitsvertrag zur Voraussetzung hat. Ein solcher lag jedoch, wie bereits dargelegt, im Fall der Klägerin nicht vor, so daß dem von einer solchen Annahme aber ausgehenden Klagebegehren die Berechtigung fehlt.

Der Revision muß daher ein Erfolg versagt bleiben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E14722

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00108.88.0615.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880615\_OGH0002\_009OBA00108\_8800000\_000

© 2026 JUSLINE

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

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