

# TE OGH 1968/6/11 4Ob21/68

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.06.1968

## Norm

ABGB §37

Angestelltengesetz §1

Angestelltengesetz §29

4. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz §18

Journalistengesetz §1

Journalistengesetz §8

Journalistengesetz §13

## Kopf

SZ 41/69

## Spruch

Österreichisches Recht ist anzuwenden, wenn ein Vertrag in Österreich Rechtswirkungen hervorrufen soll und die geltend gemachten Ansprüche auf zwingenden österreichischen Normen beruhen.

Soweit das Journalistengesetz nichts Abweichendes regelt, ist das Angestelltengesetz auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Zeitungsunternehmungen und ihren Mitarbeitern anwendbar. Dazu gehört auch § 29 AngG.

Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag eines Journalisten.

Veräußerung der Zeitungsunternehmung nach § 8 JournG.

Entscheidung vom 11. Juni 1968, 4 Ob 21/68.

I. Instanz: Arbeitsgericht Wien; II. Instanz: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien.

## Text

Der Kläger behauptet, am 19. November 1959 von der K. & Sch.-Verlag AG. als Auslandskorrespondent für die damals von diesem Verlag herausgegebenen Zeitschriften "Revue", "Bravo" und "Das Schönste" mit einem monatlichen Garantiehonorar von 800 DM angestellt worden zu sein. Dieses Honorar sei mit Vertrag 2. August 1963 auf 2000 DM erhöht worden. Er sei verpflichtet gewesen, bei keiner in der Bundesrepublik Deutschland oder in der Schweiz erscheinenden Illustrierten mitzuarbeiten. Dieses Vertragsverhältnis sei zwar mit Schreiben vom 29. September 1964 zum 31. Dezember 1964 vom genannten Verlag gekündigt worden, doch sei es am 26. Oktober 1964 bei einer Aussprache mit dem Chefredakteur Jochen St. zu einem neuen Vertragsabschluß gekommen, wobei der Kläger weiterhin zur Korrespondententätigkeit verpflichtet worden sei, jedoch gegen ein monatliches Pauschalhonorar von 800 DM und ein Spesenpauschale von 400 DM. Im Juli 1965 seien die Gesellschaftsanteile am Verlag an den S.-Verlag in H. veräußert worden, der wieder die Rechte am Zeitschriftentitel "Revue" an die Beklagte verkauft habe. Diese habe den bisher beim K. & Sch.-Verlag tätigen Mitarbeitern die Übernahme des Vertragsverhältnisses zu den bisherigen

Bedingungen angeboten, womit der Kläger einverstanden gewesen sei; er sei somit in der Folge weiterhin für die Beklagte in W. als Auslandskorrespondent tätig gewesen. Mit Schreiben der Beklagten vom 10. September 1965 sei der Vertrag zum 31. Dezember 1965 aufgekündigt worden. Diese Kündigung sei mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 8 JournG. rechtsunwirksam, weil darnach der Vertrag erst ein Jahr nach der Veräußerung des Unternehmens kündbar gewesen sei.

Mit der am 7. März 1966 eingebrachten Klage begehrte der Kläger zunächst die Feststellung, daß sein Dienstverhältnis ungekündigt aufrecht bestehe, sowie die Leistung eines Betrages von 15.360 S. Im Zuge des erstgerichtlichen Verfahrens ließ er das Feststellungsbegehren fallen und, dehnte das Leistungsbegehren auf den Betrag von 96.000 S aus. Diesem Betrag entsprechen die vereinbarten Bezüge von monatlich zusammen 1200 DM für das Jahr 1966.

Die Beklagte beantragte zunächst, die Klage wegen Unzuständigkeit des Arbeitsgerichtes Wien und wegen Streitanhängigkeit zurückzuweisen. Darüber ist im abweisenden Sinn rechtskräftig entschieden worden. In sachlicher Hinsicht beantragte die Beklagte die Abweisung des Klagebegehrens mit der Begründung, daß deutsches Recht zur Anwendung komme, weil die Verträge in München abgeschlossen worden seien. Das deutsche Recht kenne jedoch eine dem § 8 JournG. entsprechende Bestimmung nicht. Die Beklagte wendete ferner ein, sie habe vom K. & Sch.-Verlag kein Zeitungsunternehmen erworben, sondern nur Rechte an dem Zeitschriftentitel "Revue". Sie sei daher nicht Rechtsnachfolgerin des Unternehmenseigentümers. Schließlich sei der Kläger nicht ständig als Korrespondent angestellt, sondern lediglich als freier Mitarbeiter tätig gewesen.

Das Erstgericht gab dem Begehren statt. Es ging von folgenden Tatsachenfeststellungen aus:

Der Kläger habe schon seit dem Jahre 1958 für den K. & Sch.-Verlag gearbeitet, damals jedoch nur nebenberuflich. Am 19. November 1959 habe er seinen ersten Dienstvertrag abgeschlossen. Als Gerichtsstand und Erfüllungsort sei München vereinbart worden. Er sei als Korrespondent für die Publikationen des Verlages in Wien aufgenommen worden, wobei er für die Zeitschriften "Revue", "Bravo" und "Das Schönste" zu arbeiten hatte. Er sei damals für diesen Verlag allein tätig gewesen, habe in Wien an seinem Wohnsitz gearbeitet, der auch gleichzeitig die Redaktion des Verlages für die von diesem herausgegebenen Zeitschriften gewesen sei. In den Jahren 1961 und 1962 sei er noch für die "Presse" tätig gewesen, habe diese Mitarbeit jedoch aufgeben müssen, weil er sich im Dienstvertrag vom 2. August 1963 verpflichtet habe, bei keiner anderen deutschsprachigen Zeitung oder Zeitschrift mitzuarbeiten. Seine Tätigkeit habe sich nun hauptsächlich auf die Zeitschrift "Revue" erstreckt und nur fallweise auf die Zeitschrift "Bravo". Auf sein Ersuchen sei ihm vom K. & Sch.-Verlag am 5. November 1964 wieder gestattet worden, auch Mitarbeiter bei anderen Tageszeitungen zu sein, wobei er aber trotzdem immer dem Verlag habe zur Verfügung stehen müssen. Nach der Übernahme der Zeitschrift "Revue" durch die Beklagte sei diese in das Vertragsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten eingetreten. Der Kläger sei in der Folge in der gleichen Weise für die Beklagte tätig gewesen wie früher für den K. & Sch.-Verlag. Die Beklagte habe mit Schreiben vom 10. September 1965 das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1965 mit der Begründung gekündigt, daß sie in Wien nicht zwei Korrespondenten benötige.

Aus diesem Sachverhalt folgerte das Erstgericht, daß das Vertragsverhältnis nach österreichischem Recht zu beurteilen sei, weil es sich bei der Vorschrift des § 8 JournG. um eine sozialpolitische Schutzvorschrift handle, daß der Kläger als ständig angestellter Mitarbeiter unter § 1 JournG. falle und daß er auch die Schutzvorschrift des § 8 JournG. für sich in Anspruch nehmen könne, weil nach dem vorgelegten, zwischen dem S.-Verlag und der Beklagten geschlossenen Vertrag nicht nur die Redaktion der Zeitschrift "Revue" von der Beklagten übernommen worden sei, diese vielmehr auch die Kündigungs- und Abfindungsansprüche der Angehörigen der Redaktion zu befriedigen habe und der Beklagten das Recht eingeräumt worden sei, das Anstellungsverhältnis dieser Personen zu kündigen oder die Kündigung vom K. & Sch.-Verlage zu verlangen. Somit sei eine organisierte Erwerbsgelegenheit, die eine selbständige Betriebsmöglichkeit biete, an die Beklagte veräußert worden, weshalb die Vorschrift des § 8 JournG. anzuwenden sei. Die begehrte Einrechnung der in der Zwischenzeit vom Kläger anderweitig verdienten Beträge finde mit Rücksicht darauf nicht statt, daß das Journalistengesetz eine dem § 29 AngG. entsprechende Bestimmung nicht kenne. Somit stehe dem Kläger das gesamte Einkommen des Jahres 1966 einschließlich des Spesenpauschales zu.

Das Berufungsgericht wies das Begehren ab. Es ging davon aus, daß der Kläger wohl bis Ende 1964 Angestellter im Sinne des § 1 JournG. gewesen sei, daß er aber mit seinem damaligen Dienstgeber, dem K. & Sch.-Verlag gegen Ende 1964 vereinbart habe, künftig nur als Mitarbeiter bei der "Revue" tätig zu sein. Eine fixe Arbeitszeit und ein fixer Arbeitsplatz sei ebenso wenig vereinbart worden, wie ein allfälliger Urlaubsanspruch, auch sei dem Kläger mit

schriftlichem Nachtrag vom 5. November 1964 die Mitarbeit an Tageszeitungen zugestanden worden. Schließlich habe er für seine Einkünfte aus seiner Tätigkeit Einkommensteuer abgeführt und selbst die Sozialversicherungsbeiträge entrichtet. Aus diesen Tatsachen ergebe sich die rechtliche Schlußfolgerung, daß der Kläger beim K. & Sch.- Verlag seit Ende 1964 nicht mehr als Angestellter im Sinn des Journalistengesetzes oder des Angestelltengesetzes, sondern als freier Redakteur tätig gewesen sei, dessen Vertragsverhältnis den Bestimmungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unterliege. Somit stehe dem Kläger ein Anspruch nach § 8 JournG. nicht zu, weshalb sich auch die Prüfung der Frage erübrige, ob auf das vorliegende Vertragsverhältnis deutsches oder österreichisches Recht anzuwenden sei.

Der Oberste Gerichtshof hob die Urteile der Untergerichte auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zurück.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Im Vordergrund steht die Beantwortung der Frage, ob auf den vorliegenden Fall, auf den an sich § 37 ABGB. (Vertragsabschluß in Deutschland) anzuwenden ist, deutsches oder österreichisches Recht zur Anwendung zu kommen hat. Im ersteren Fall könnte dem Begehren Berechtigung nicht zuerkannt werden, weil das deutsche Recht eine dem § 8 JournG. entsprechende Bestimmung nicht kennt. Der Kläger stützt auch sein Begehren nur auf diese dem österreichischen Recht eigentümliche Bestimmung.

Nach ständiger Rechtsprechung (z. B. OGH. vom 4. April 1951, SZ. XXIV 93, v. 24. Juni 1959, HS. 342 = ZfRV. 1961, 18) ist Österreichisches Recht dann anzuwenden, wenn der zu beurteilende Vertrag in Österreich Rechtswirkungen hervorrufen soll und die geltend gemachten Ansprüche auf zwingenden österreichischen Normen beruhen. Diese Rechtsauffassung wird auch von der überwiegenden Lehre vertreten (Walker - Verdroß - Satter in Klang Komm.[2] I/1 S. 242, Walker, Internationales Privatrecht[5] S. 406, 418, Bolla, Grundriß des österreichischen internationalen Privatrechts S. 103, Köhler, Internationales Privatrecht[3] S. 152, 156, Schnitzer, Handbuch des Intern. Privatrechts[4] II, S. 713, Raape, Intern. Privatrecht[5] S. 462 ff.). Schwind, Der Begriff des ordre public im österreichischen Recht, ÖstStA. 1951 S. 30 ff., stützt diese Auffassung auf die österreichische Vorbehaltsklausel und führt S. 32 aus, daß als dem Zweck eines inländischen Gesetzes widerstrebend auch alle jene ausländischen Rechtssätze anzusehen seien, die etwa arbeitsrechtliche oder soziale Schutzvorschriften mißachten. Wenn in der Revisionsbeantwortung auf die Ausführungen Gamillschegs, Internationales Arbeitsrecht, verwiesen wird, so ist dem entgegenzuhalten, daß sich diese in erster Linie nicht auf österreichische Rechtsverhältnisse beziehen. Gamillscheg weist S. 68 übrigens selbst darauf hin, daß sich in Österreich gewisse Anklänge an die Ansicht finden, daß die Arbeitsgesetze als Gesetze der öffentlichen Ordnung unabhängig von sonstigen Anknüpfungsregeln angewendet werden. Hier handelt es sich aber nur um zwingende Vorschriften des österreichischen Rechts.

Auch der von der beklagten Partei vertretenen Ansicht kann nicht gefolgt werden, daß deutsches Recht deswegen anzuwenden sei, weil der Kläger seinen Vertrag durch Übersendung seiner Berichte nach München in Deutschland zu erfüllen hatte. Die Übersendung der Berichte gehörte zwar zu den Dienstpflichten des Klägers, doch kommt es nicht auf den Ort an, in welchen diese Berichte zu übersenden waren, sondern wo die Dienstleistung erbracht wurde, nämlich die Berichte entstanden sind.

Unbekämpft ist geblieben, daß der Kläger als Mitarbeiter einer Zeitungsunternehmung mit der Verfassung von Texten betraut war, hingegen wird bestritten, daß er "angestellt" war, daß er also seine Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt hat. Das Erstgericht ging, wie oben bereits dargestellt worden ist, davon aus, daß das frühere Dienstverhältnis, das unbestrittenermaßen bis Ende 1964 bestanden hat, unter unveränderten Bedingungen fortgesetzt wurde. Hingegen stellte das Berufungsgericht fest, daß es zwischen den Parteien in dem mit Schreiben des Jochen St. vom 26. Oktober 1964 bestätigten Vertrag zu einer Neuregelung gekommen sei, derzufolge der Kläger künftig nur als Mitarbeiter der "Revue" tätig sein sollte. Es kam nach Prüfung der Tätigkeit des Klägers zu dem Ergebnis, es liege, da die für ein Dienstverhältnis sprechenden Indizien nicht zur Annahme eines solchen ausreichten, ein Grenzfall vor, sodaß auf die dem Parteiwillen entsprechende Qualifikation zurückgegriffen werden müsse. Es sei aber Absicht der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewesen, das bisher bestandene Dienstverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis umzuwandeln.

Der Oberste Gerichtshof vermag sich diesem vom Berufungsgericht entwickelten Gedankengang nicht anzuschließen. Durch das Journalistengesetz in der geltenden Fassung ist ein nach seinem § 14 zwingendes Sonderrecht für fest

besoldete hauptberuflich tätige Mitarbeiter von Zeitungsunternehmungen geschaffen worden, das sie der eigentümlichen Stellung der Redakteure und Schriftleiter anpaßt. Diese Sonderregelung sollte (Begründung der Regierungsvorlage, 403 der Beilagen, konstituierende Nationalversammlung), einerseits den Besonderheiten der Stellung der Redakteure in sozialpolitischer und gesellschaftlicher Beziehung Rechnung tragen, andererseits bestehende Lücken der Gesetzgebung über das Verhältnis der Zeitungsunternehmungen zu ihren Mitarbeitern ausfüllen. Da das Journalistengesetz jedoch das Rechtsverhältnis zwischen den Zeitungsunternehmungen und ihren Mitarbeitern nicht in allen Punkten regelt, normiert es in seinem § 13, daß die bestehenden Vorschriften über das Dienstverhältnis der Redakteure unberührt bleiben, insoweit im Journalistengesetz nichts anderes bestimmt ist. Dies bedeutet nichts anderes, als daß nunmehr das Angestelltengesetz, das an die Stelle des damaligen Handlungsgehilfengesetzes getreten ist, auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Zeitungsunternehmungen und ihren Mitarbeitern überall dort anwendbar ist, wo das Journalistengesetz keine abweichende Regelung trifft. Daraus muß aber auch geschlossen werden, daß mangels besonderer Vorschriften im Journalistengesetz die von der Judikatur herausgearbeiteten Grundsätze über das Wesen des Dienstverhältnisses und über dessen Abgrenzung gegen andere Rechtsverhältnisse, insbesondere gegen den Werkvertrag, auch auf die Rechtsbeziehungen des Journalisten angewendet werden müssen. Wenn daher nach der einheitlichen Rechtsprechung bei der Beurteilung eines Vertragsverhältnisses als Dienstverhältnis nicht die vertragliche Qualifikation, sondern in erster Linie die Art und das Wesen der vereinbarten Beschäftigung als maßgebend angesehen wird, so ist von dem gleichen Grundsatz auch bei der Beurteilung der Frage auszugehen, ob der Mitarbeiter einer Zeitungsunternehmung nach der Art der mit ihm vereinbarten Tätigkeit als Dienstnehmer unter das Journalistengesetz fällt.

Nach § 1 dieses Gesetzes gelten seine Vorschriften für alle mit der Verfassung des Textes oder mit der Zeichnung von Bildern betrauten Mitarbeitern einer Zeitungsunternehmung, die mit festen Bezügen angestellt sind und diese Tätigkeit nicht bloß als Nebenbeschäftigung ausüben. Das Wort "angestellt" ist ebenso wie nach den §§ 1, 2 AngG. nicht in dem Sinn aufzufassen, daß ein Dienstverhältnis ausdrücklich vereinbart sein müsse, sondern daß sich die vereinbarte Tätigkeit in ihrer Gesamtheit als die eines Dienstnehmers darstellt. Nur in Grenzfällen, wenn die einzelnen Merkmale dieser Tätigkeit nicht eindeutig dem Wesen des Dienstverhältnisses entsprechen, kann auf die vertragliche Qualifikation zurückgegriffen werden (OGH. vom 30. September 1952, Arb. 5514, vom 9. Juli 1953, Arb. 5767), und auch in diesem Fall muß von dem Willen beider Parteien ausgegangen werden und nicht, wie es das Berufungsgericht für genügend erachtete, nur vom Willen oder der Absicht des Dienstgebers.

Das Berufungsgericht stellte als Merkmale der Tätigkeit des Klägers, die für ein Dienstverhältnis sprechen, fest, daß ein fixes Entgelt, nämlich ein sogenanntes Pauschalhonorar zuzüglich eines monatlichen Spesenersatzes, vereinbart war, daß der Kläger Aufträge der Beklagten durchzuführen hatte, somit an diese Aufträge gebunden war, und daß schließlich seine für die Beklagte erbrachte Tätigkeit seine Erwerbstätigkeit in überwiegendem Maße in Anspruch genommen hat. Andererseits habe er aber keine fixe Arbeitszeit und keinen bestimmten Arbeitsort gehabt, er sei nicht in ein Redaktionsbüro eingegliedert gewesen und habe auch für andere Zeitungen arbeiten dürfen, woraus das Berufungsgericht die Schlußfolgerung zog, er sei wirtschaftlich von der Beklagten unabhängig gewesen. Schließlich sei auch keine Urlaubsvereinbarung getroffen worden.

Abgesehen davon, daß der Kläger behauptet, einen Urlaubsanspruch gehabt zu haben, und das Berufungsgericht die Durchführung der angebotenen Beweise unterlassen hat, könnte der Mangel einer Urlaubsvereinbarung nicht als Argument gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses herangezogen werden, weil der Urlaubsanspruch dem Dienstnehmer schon nach dem Gesetz zusteht und eine ausdrückliche Vereinbarung über das Urlaubsrecht daher nicht erforderlich ist. Auch aus der Tatsache, daß dem Kläger erlaubt war, für andere Zeitungen tätig zu sein, kann nicht der Schluß gezogen werden, der Kläger sei von der Beklagten wirtschaftlich unabhängig gewesen, zumal außer Streit gestellt wurde, daß die für die Beklagte geleistete Tätigkeit seine Erwerbstätigkeit in überwiegendem Ausmaß in Anspruch genommen hat. Desgleichen spricht der Umstand, daß der Kläger keine fixe Arbeitszeit und keinen festen Arbeitsort hatte, nicht eindeutig gegen das Bestehen eines Dienstverhältnisses. Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht die Eigenart des Journalistenberufs und da wieder die Besonderheiten der Tätigkeit eines Auslandskorrespondenten. Ab der Neuregelung des Vertragsverhältnisses hatte die Rechtsvorgängerin der Beklagten in Österreich keine Redaktion mehr, sie konnte daher den Kläger auch nicht an einen bestimmten Arbeitsort binden. Auch fehlen Anhaltspunkte, daß der Kläger an einem anderen Ort als in seiner Wohnung seine Arbeiten regelmäßig verrichtet hätte, in der er im übrigen stets für die Beklagte erreichbar sein mußte.

Bei der Beurteilung eines Vertragsverhältnisses als Dienstverhältnis und dessen Abgrenzung zu einem allfälligen Werkvertragsverhältnis kommt es in erster Linie darauf an, ob sich der Dienstgeber durch den Vertrag die Bereitschaft seines Vertragspartners zu laufenden Dienstleistungen, die nicht von vornherein im einzelnen bestimmt sind (vgl. für Journalisten arg. verb: "Arbeitsgebiet (Ressort)" im § 2 (2) Z. 1 JournG.), für eine längere Zeit gesichert hat. Beim Werkvertrag hingegen kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muß. Denn der § 1151 ABGB. stellt die Verpflichtung zur Dienstleistung für einen anderen auf eine gewisse Zeit der Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegenüber. Das Gesetz weist für den Dienstvertrag auf die Verfügung des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstleistenden hin, die nicht durch einen bestimmten Arbeitserfolg von vornherein ihre Charakterisierung erhält (OGH. vom 10. Dezember 1963, Arb. 7848 (Filmproduktionsleiter), vom 10. Dezember 1963, Arb. 7885 (Rundfunksprecher), vom 3. März 1964, Arb. 7864 (Waldarbeiter) u. a.). Ähnlich wie beim Auslandskorrespondenten liegen die rechtlichen Beziehungen bei einem zur Mitwirkung an einem Film herangezogenen Schauspieler oder Filmregisseur (OGH. vom 15. April 1958, Arb. 6854), einem Rundfunksprecher (Arb. 7885 wie oben) oder bei einem zu bestimmten Konzerten herangezogenen Chorsänger (OGH. v. 25. Juni 1963, Arb. 7783). Der Oberste Gerichtshof hat auch diese Vertragsverhältnisse als Dienstverhältnisse angesehen, denn auch dort bestand die Tätigkeit in Dienstleistungen, die sich in den Organismus des Unternehmens einordnen mußten, nicht aber in der Herstellung von einzelnen, in sich abgeschlossenen Werken. Auch der Provisionsvertreter, der gegen Provision und Spesenersatz für seinen Auftraggeber arbeitet, ist nicht selbständiger Unternehmer, wenn es nicht seiner Willkür überlassen ist, wann und ob er eine Tätigkeit entfaltet. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist er eben in den Organismus des Unternehmens eingeordnet und daher Dienstnehmer (OGH. v. 23. Februar 1965, Arb. 8030 u. a.).

Ob diese Voraussetzungen auf den vorliegenden Fall zutreffen, wird erst dann verlässlich beantwortet werden können, wenn Feststellungen über Art und Umfang der Tätigkeit des Klägers getroffen sein werden. Die Untergerichte haben zwar festgestellt, daß der Kläger an die Aufträge des Unternehmens gebunden gewesen sei. Für die Beurteilung der Tätigkeit des Klägers sind eingehende Feststellungen darüber erforderlich, worin die einzelnen Aufträge und deren Ausführung bestanden haben und welche Bedeutung den einzelnen vom Kläger erbrachten Leistungen einerseits und seiner Gesamttätigkeit andererseits für das Unternehmen zugekommen ist. Aus der Beantwortung dieser Fragen könnten sich weitere Schlußfolgerungen hinsichtlich der Einordnung des Klägers in die Organisation des beklagten Unternehmens ergeben.

Es wird auch festgestellt werden müssen, inwiefern sich die bis Ende 1964 für die Rechtsvorgängerin der Beklagten vom Kläger entfaltete Tätigkeit, abgesehen von der Änderung seiner Bezüge und der Erlaubnis, für andere Tageszeitungen zu arbeiten, von seiner nachher erbrachten Tätigkeit überhaupt unterschieden hat, nicht nur umfänglich, sondern auch sachlich. Auf Grund des früheren Vertrages waren sich die Vertragspartner über das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ja einig. Schließlich werden auch Feststellungen über die Anwesenheitspflicht des Klägers in Wien und seine jederzeitige Erreichbarkeit zu treffen sein.

Das Erstgericht wird daher zur Klärung der Frage, ob die Tätigkeit des Klägers als die eines Dienstnehmers angesehen werden kann, das Verfahren zu ergänzen haben. Auf keinen Fall könnte auf Grund der bisherigen Verfahrensergebnisse von der bloßen Absicht eines Vertragspartners in der Richtung der Begründung eines freien Mitarbeiterverhältnisses ausgegangen werden.

Für den Fall, daß das Erstgericht auf Grund des zu ergänzenden Verfahrens zur Annahme eines Dienstverhältnisses gelangen sollte, ist noch folgendes zu erwägen:

Auf die Frage, ob eine Veräußerung der Zeitungsunternehmung an die Beklagte im Sinn des § 8 JournG. vorliegt, ist das Berufungsgericht entsprechend seiner Rechtsansicht nicht eingegangen. Der Auffassung des Erstgerichtes, daß diese Frage zu bejahen ist, weil auch die Übertragung eines Teiles des Unternehmens, der eine selbständige organisierte Erwerbsgelegenheit darstellt, selbst als Übertragung eines Unternehmens anzusehen ist, ist beizustimmen. Mit Recht verweist das Erstgericht in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen Wolffs in Klang Komm.[2] VI 356. Die Feststellung des Erstgerichtes. Daß die Beklagte das für die künftige Verwaltung der "Revue" vorhandene Material und die Redaktion der "Revue" käuflich übernommen habe, daß die Kündigungs- und Abfindungsansprüche der Angehörigen der Redaktion von der Beklagten voll zu tragen seien und daß nach den Vertragsbestimmungen zu dieser Redaktion auch die bisherigen Redakteure und Korrespondenten gehörten, ist durch die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufung gegen das Ersturteil nicht entkräftet und vom Berufungsgericht übernommen worden.

Die Beklagte verweist noch auf ihre Berufungsausführungen, wonach sie den Zuspruch des Spesenpauschales von monatlich 400 DM mit der Begründung bekämpft habe, daß dem Kläger in der klagsgegenständlichen Zeit keine Spesen erwachsen sein konnten. Dagegen hat der Kläger in seiner Berufungsmittelung vorgebracht, daß es sich bei der Bezeichnung als "Pauschalhonorar" und "Spesenpauschale" nur um einen Namen gehandelt habe und daß ihm gleichbleibend monatlich 1200 DM ausbezahlt worden seien, gleichgültig, ob er Spesen hatte. Auch in diesem Belang ist das Verfahren noch nicht spruchreif. Das Erstgericht wird Feststellungen über die zwischen den Parteien in dieser Richtung getroffenen Vereinbarungen vorzunehmen haben. Sollten durch das Spesenpauschale von 400 DM nach dem Parteiwillen nur die Spesen gedeckt werden und war dieses Pauschale daher derart bemessen, daß die üblichen Spesen ungefähr diesen Betrag erreichten, dann wird eine echte Spesenvergütung anzunehmen und der Zuspruch des Pauschales abzulehnen sein. Sollte jedoch beabsichtigt gewesen sein, dem Dienstnehmer den vollen Betrag regelmäßig zu gewähren, auch wenn ihm üblicherweise nur erheblich geringere Spesen entstanden ein sollten, wird das vereinbarte Spesenpauschale ganz oder zum Teil als Bestandteil des Dienstentgeltes angesehen werden müssen.

Was schließlich die Anwendung der Bestimmung des § 29 AngG. betrifft, wonach sich der zu Unrecht entlassene oder vertragswidrig gekündigte (OGH. v. 3. Juli 1956, Arb. 6485, v. 29. April 1958, Arb. 6866) Angestellte das wegen Unterbleibens der Dienstleistung Ersparte oder durch anderweitige Verwendung Erworbene auf die nach Ablauf von drei Monaten fälligen Bezüge anrechnen lassen muß, so findet diese Bestimmung entgegen der Ansicht des Klägers auch bei den dem Journalistengesetz unterliegenden Personen Anwendung. Das Journalistengesetz regelt die Ersatzansprüche wegen vorzeitiger Entlassung oder gesetzwidriger Kündigung nicht, weshalb gemäß § 13 des Gesetzes die subsidiär auf Redakteure anzuwendenden Bestimmungen des Angestelltengesetzes heranzuziehen sind (OGH. vom 10. März 1931, Arb. 4089). Die gegenteilige Meinung Kudernas, Der Abfertigungsanspruch nach § 8 (2) JournG., RdA. 1964, S. 351, scheint dem Obersten Gerichtshof nicht überzeugend zu sein, weil das Fehlen einer Einrechnungsbestimmung im § 8 JournG. (vgl. dazu § 13 JournG.) diese Vorschrift noch nicht zu einer "günstigeren" gegenüber dem Angestelltengesetz im Sinne des Art. VII Z. 1 AngG. macht. Günstiger ist eine Bestimmung des Journalistengesetzes erst dann, wenn eine im Angestelltengesetz behandelte Frage (hier Einrechnung anderweitigen Verdienstes) im Journalistengesetz überhaupt eine Regelung gefunden hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Das bloße Stillschweigen des Gesetzes reicht nicht aus. Nun meint das Erstgericht, eine Anrechnung nach § 29 AngG. komme im vorliegenden Fall deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger nach den getroffenen Vereinbarungen berechtigt gewesen sei, auch bei anderen Zeitungen mitzuarbeiten. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß sich der Kläger infolge Unterbleibens seiner Tätigkeit für die Beklagte nichts hätte ersparen oder durch anderweitige Verwendung erwerben können. Der Kläger behauptet im Gegenteil, von seiner Gesamttätigkeit den weitaus überwiegenden Teil für die Beklagte erbracht zu haben. Es wird durch geeignete Beweisführung (§ 182 ZPO.) festzustellen sein, welcher Teil des vom Kläger in der klagsgegenständlichen Zeit erworbenen Einkommens auf jene Zeit entfallen ist, die er bei Unterbleiben seiner Vertragsauflösung für die Beklagte üblicherweise aufgewendet hätte. Hiefür ist (OGH. v. 6. September 1960, Arb. 7278) der Dienstgeber beweispflichtig.

Da die Mängel des Verfahrens bereits in der ersten Instanz unterlaufen sind, war auch das Ersturteil aufzuheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverweisen.

#### **Anmerkung**

Z41069

#### **Schlagworte**

Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag eines Journalisten Angestelltengesetz, subsidiäre Anwendung auf Journalisten Auslandskorrespondent, Anwendung zwingender österreichischer Rechtsvorschriften, Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, Veräußerung des Zeitungsunternehmens nach § 8 JournG. Dienstvertrag, Abgrenzung zum Werkvertrag, Journalist Internationales Privatrecht, Journalistenvertrag, Anwendung zwingender österreichischer Rechtsvorschriften Journalist, Anwendung zwingender österreichischer Rechtsvorschriften, subsidiäre Anwendung des Angestelltengesetzes, Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, Veräußerung der Zeitungsunternehmung nach § 8 JournG. Veräußerung des Zeitungsunternehmens nach § 8 JournG. Werkvertrag, Abgrenzung zum Dienstvertrag, Journalist Zeitungsunternehmen, Veräußerung des - nach § 8 JournG.

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

ECLI:AT:OGH0002:1968:0040OB00021.68.0611.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19680611\_OGH0002\_0040OB00021\_6800000\_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)