

# TE OGH 2003/2/13 8ObA203/02i

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.02.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer und Dr. Lovrek sowie die fachkundigen Laienrichter Prof. Dr. Elmar Peterlunger und Robert Hauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Emmerich S\*\*\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwälte Steflitsch OEG in Oberwart, und der Nebeninterventientin auf Seiten des Klägers L\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Rolf Schuhmeister, Dr. Walter Schuhmeister, Rechtsanwälte in Schwechat, wider die beklagten Parteien 1. Anton H\*\*\*\*\*, 2. Karl W\*\*\*\*\*, vertreten durch Kolarz & Donnerbauer, Rechtsanwaltspartnerschaft in Stockerau, wegen EUR 30.644,17 sA und Feststellung, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. April 2002, GZ 9 Ra 8/02s-59, womit infolge Berufung der klagenden Partei und des Zweitbeklagten das Urteil des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Arbeits- und Sozialgericht vom 5. Juli 2001, GZ 6 Cga 185/99f-45, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 46 Abs 1 ASGG zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die außerordentliche Revision wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels Vorliegens der Voraussetzungen des Paragraph 46, Absatz eins, ASGG zurückgewiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Die gerügte Mängelhaftigkeit, die in einem Verstoß gegen § 498 Abs 1 ZPO verwirklicht sein soll, liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Vertragsgegenstand der Arbeitnehmerüberlassung ist die Bereitstellung eines Dienstnehmers zum Zwecke der Arbeitsleistung (RIS-Justiz RS0021287). Die Zurverfügungstellung einer Arbeitsmaschine samt Überlassung einer Arbeitskraft gegen Entgelt ist Sachmiete verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag (vgl RIS-Justiz RS0020656), jedenfalls dann, wenn es dem Mieter überlassen ist, wie er die Arbeitsmaschine zusammen mit der Arbeitskraft verwendet (vgl Geppert, AÜG 23). Stellte der Beklagte dem Generalunternehmer (wie im vorliegenden Fall der Zweitbeklagte der Nebeninterventientin) lediglich einen Bagger samt Fahrer zur Verfügung, der nach den Anweisungen des Generalunternehmers einzusetzen war, dann handelte es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG, da die Überlassung von Arbeitskräften durch den Vermieter von Maschinen gemäß § 1 Abs 2 Z 3 AÜG nur dann vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn die überlassene Arbeitskraft zur Inbetriebnahme,

Wartung oder Reparatur der Maschinen oder zur Einschulung von Arbeitnehmern des Beschäftigers erforderlich ist und der Wert der Sachleistung überwiegt (vgl 9 ObA 84/93 = DRdA 1994/11, 141 mit Anm von Apathy; Geppert aaO 21 ff). Auf das Zurverfügungstellen eines Baggers mit Fahrer treffen diese Voraussetzungen nicht zu. Die gerügte Mängelhaftigkeit, die in einem Verstoß gegen Paragraph 498, Absatz eins, ZPO verwirklicht sein soll, liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Vertragsgegenstand der Arbeitnehmerüberlassung ist die Bereitstellung eines Dienstnehmers zum Zwecke der Arbeitsleistung (RIS-Justiz RS0021287). Die Zurverfügungstellung einer Arbeitsmaschine samt Überlassung einer Arbeitskraft gegen Entgelt ist Sachmiete verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag vergleiche RIS-Justiz RS0020656), jedenfalls dann, wenn es dem Mieter überlassen ist, wie er die Arbeitsmaschine zusammen mit der Arbeitskraft verwendet vergleiche Geppert, AÜG 23). Stellte der Beklagte dem Generalunternehmer (wie im vorliegenden Fall der Zweitbeklagte der Nebenintervenientin) lediglich einen Bagger samt Fahrer zur Verfügung, der nach den Anweisungen des Generalunternehmers einzusetzen war, dann handelte es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG, da die Überlassung von Arbeitskräften durch den Vermieter von Maschinen gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG nur dann vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn die überlassene Arbeitskraft zur Inbetriebnahme, Wartung oder Reparatur der Maschinen oder zur Einschulung von Arbeitnehmern des Beschäftigers erforderlich ist und der Wert der Sachleistung überwiegt vergleiche 9 ObA 84/93 = DRdA 1994/11, 141 mit Anmerkung von Apathy; Geppert aaO 21 ff). Auf das Zurverfügungstellen eines Baggers mit Fahrer treffen diese Voraussetzungen nicht zu.

Aus der in der Revision hervorgehobenen Feststellung, dass die Nebenintervenientin den Zweitbeklagten mit der Beistellung eines Baggers samt Baggerfahrer zwecks Durchführung von Zuschüttarbeiten beauftragte, lässt sich der Abschluss eines Werkvertrages zwischen der Nebenintervenientin und dem Zweitbeklagten nicht ableiten:

Vertragsgegenstand war gerade nicht die eigenverantwortliche Herstellung des gewünschten Erfolges (vgl dazu Krejci in Rummel<sup>3</sup> §§ 1165 f Rz 133 mH auf SZ 49/48, ferner RIS-Justiz RS0021302), sondern die Zurverfügungstellung eines Baggers samt Fahrer gegen Entgelt, der an die Weisungen der an der Baustelle anwesenden Verantwortlichen der Nebenintervenientin gebunden war. Zutreffend und im Einklang mit der Rechtsprechung (insbesondere DRdA 1994/11, 141) ist daher das Berufungsgericht zum Ergebnis gelangt, dass kein Werkvertrag, sondern ein Dienstnehmerüberlassungsvertrag vorlag. Vertragsgegenstand war gerade nicht die eigenverantwortliche Herstellung des gewünschten Erfolges vergleiche dazu Krejci in Rummel<sup>3</sup> Paragraphen 1165, f Rz 133 mH auf SZ 49/48, ferner RIS-Justiz RS0021302), sondern die Zurverfügungstellung eines Baggers samt Fahrer gegen Entgelt, der an die Weisungen der an der Baustelle anwesenden Verantwortlichen der Nebenintervenientin gebunden war. Zutreffend und im Einklang mit der Rechtsprechung (insbesondere DRdA 1994/11, 141) ist daher das Berufungsgericht zum Ergebnis gelangt, dass kein Werkvertrag, sondern ein Dienstnehmerüberlassungsvertrag vorlag.

Ob der Zweitbeklagte über eine Bewilligung im Sinn des § 257 GewO 1994 verfügte, ist nicht entscheidend: Die Formulierung in § 1 Abs 3 AÜG lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass es nicht auf das tatsächliche Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob die Pflicht zu Erwirkung einer solchen besteht (vgl 8 ObA 28/01b). Ob der Zweitbeklagte über eine Bewilligung im Sinn des Paragraph 257, GewO 1994 verfügte, ist nicht entscheidend: Die Formulierung in Paragraph eins, Absatz 3, AÜG lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass es nicht auf das tatsächliche Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob die Pflicht zu Erwirkung einer solchen besteht vergleiche 8 ObA 28/01b).

Im Umfang der vom Berufungsgericht bestätigten Abweisung eines Teilbegehrens (Schmerzengeld) gegenüber dem Erstbeklagten, der die Verletzung des Klägers im Zuge von Zuschüttarbeiten verursachte, zeigt die Revision ebenfalls keine erhebliche Rechtsfrage auf: Das Erstgericht ist nicht davon ausgegangen, dass der Erstbeklagte die Höhe des Klagebegehrens ausdrücklich oder schlüssig zugestanden habe. Dieser Auffassung schloss sich das Berufungsgericht an und verwarf die entsprechende, in der Berufung erhobene Rüge des Klägers. Der Würdigung des Gerichtes, ob ein Geständnis vorliegt oder nicht, liegt richterliches Ermessen zugrunde, das im Rahmen einer Verfahrensrüge überprüft werden kann (vgl SZ 66/59). Haben aber - wie hier - zwei Instanzen diese vorliegende Verfahrensfrage übereinstimmend gelöst, kann ein behaupteter Verfahrensverstoß in dritter Instanz nicht mehr geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963). Im Umfang der vom Berufungsgericht bestätigten Abweisung eines Teilbegehrens (Schmerzengeld) gegenüber dem Erstbeklagten, der die Verletzung des Klägers im Zuge von Zuschüttarbeiten verursachte, zeigt die Revision ebenfalls keine erhebliche Rechtsfrage auf: Das Erstgericht ist nicht davon ausgegangen, dass der Erstbeklagte die Höhe des Klagebegehrens ausdrücklich oder schlüssig zugestanden habe. Dieser Auffassung

schloss sich das Berufungsgericht an und verwarf die entsprechende, in der Berufung erhobene Rüge des Klägers. Der Würdigung des Gerichtes, ob ein Geständnis vorliegt oder nicht, liegt richterliches Ermessen zugrunde, das im Rahmen einer Verfahrensrüge überprüft werden kann vergleiche SZ 66/59). Haben aber - wie hier - zwei Instanzen diese vorliegende Verfahrensfrage übereinstimmend gelöst, kann ein behaupteter Verfahrensverstoß in dritter Instanz nicht mehr geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963).

Sowohl das Erstgericht wie auch das Berufungsgericht haben bei Bemessung des Schmerzengeldanspruches des Klägers gegenüber dem Erstbeklagten die Dauer und Intensität der Schmerzen nach ihrem Gesamtbild, die Schwere der Verletzung und das Maß der psychischen wie auch der physischen Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes des Klägers berücksichtigt. Hat aber das Berufungsgericht bei seiner Ausmessung alle sich aus dem Gesetz ergebenden Umstände hinreichend berücksichtigt, ist dem Obersten Gerichtshof eine Überprüfung der Höhe des Schmerzengeldes mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage verwehrt (siehe RIS-Justiz RS0042887, insbes SZ 58/80, zuletzt 7 Ob 160/01g).

#### **Anmerkung**

E68625 8ObA203.02i

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

ECLI:AT:OGH0002:2003:008OBA00203.02I.0213.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20030213\_OGH0002\_008OBA00203\_02I0000\_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)