jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1999/9/1 9ObA139/99b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.09.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Christoph Kainz und Franz Höllebrand als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden und widerbeklagten Partei Peter H*****, Pflasterermeister, *****, vertreten durch Dr. Roland Neuhauser, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte und widerklagende Partei C***** GesmbH, *****, vertreten durch Dr. Walter Leeb, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 87.500,- brutto abzüglich S 19.886,40 netto sA (Klage) bzw. S 40.753,80 sA (Widerklage), über die Revision der klagenden und widerbeklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22. Februar 1999, GZ 10 Ra 274/98g-26, womit über Berufung der klagenden Partei das Teilurteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 28. Juli 1998, GZ 10 Cga 6/97t-19, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende und widerbeklagte Partei ist schuldig, der beklagten und widerklagenden Partei die mit S 4.871,04 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 811,84 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger und Widerbeklagte (in der Folge: Kläger) begehrt von der Beklagten und Widerklägerin (in der Folge: Beklagte) S 87.500,-

brutto (Entgeltansprüche und anteilige Sonderzahlungen für die Zeit vom 1. 8. 1996 bis zum 31. 1. 1997) abzüglich erhaltener S 19.886,40 netto. Er sei seit 1. 8. 1996 aufgrund eines Dienstvertrages als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Beklagte tätig gewesen. Am 4. 12. 1996 sei er unbegründet entlassen worden.

Die Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Der Kläger habe sich im Dienstvertrag auch verpflichtet, für die Beklagte die Gewerbeberechtigung zu erwirken. In Erwartung der Erfüllung dieser Verpflichtung habe die Beklagte den Kläger zur Sozialversicherung angemeldet, ihm sein erstes Gehalt ausgezahlt und weitere Auslagen getätigt. Der Beklagte sei jedoch von der Wirtschaftskammer nicht als gewerberechtlicher Geschäftsführer akzeptiert worden, weil er bereits vier derartige Funktionen ausübe. Der Kläger habe nur geringes Interesse gezeigt, dieses Hindernis zu beseitigen. Als am 4. 12. 1996 gewiß gewesen sei, daß der Kläger keine Gewerbeberechtigung für die Beklagten erwirken werde, sei sie vom Vertrag zurückgetreten und habe wegen der dienstrechtlichen Komponente des Vertrages die fristlose Entlassung ausgesprochen. Überdies werde der Dienstvertrag wegen Irrtums über die persönlichen Eigenschaften des Klägers - dieser habe die für den Erwerb der Gewerberechtigung durch die Beklagte erforderlichen persönlichen Eigenschaften nicht mitgebracht - angefochten. Den ihr entstandene Schaden wendete die Beklagte

kompensando als Gegenforderung ein. Schließlich erhob sie eine Widerklage auf Zuspruch dieses nunmehr mit S 40.753,80 sA bezifferten Schadens.

Das Erstgericht wies mit Teilurteil das Klagebegehren ab. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Weder der Kläger noch seine Gattin haben Kenntnisse über die Voraussetzungen für die Funktion eines gewerberechtlichen Geschäftsführers.

Der Kläger schloß mit der Beklagten einen als "Dienstvertrag" bezeichneten Vertrag über die "Anstellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer" ab, in dessen Präambel die Beklagte ihre Absicht festhielt, ihren Unternehmensgegenstand in die Ausübung des Gewerbes des Pflasterers zu ändern. In Pkt. II des Vertrages wurde ausgeführt, daß die Klägerin zu diesem Zweck eines gewerberechtlichen Geschäftsführers bedürfe und die Anmeldung der Gewerbetätigkeit sowie die Erteilung der Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Zum Aufgabenbereich des Klägers gehöre auch die Erwirkung einer Gewerbeberechtigung. In Pkt III des Vertrages wurde vereinbart, daß der Kläger "für die anfängliche Erwirkung der Gewerbeberechtigung und die damit verbundenen Wege sowie die laufende Erfüllung der den gewerberechtlichen Geschäftsführer einer GesmbH treffenden Verpflichtungen" ein monatliches Gehalt von S 12.500,- vierzehnmal jährlich erhalte. Der Vertrag trete mit 1. 8. 1996 in Kraft.Der Kläger schloß mit der Beklagten einen als "Dienstvertrag" bezeichneten Vertrag über die "Anstellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer" ab, in dessen Präambel die Beklagte ihre Absicht festhielt, ihren Unternehmensgegenstand in die Ausübung des Gewerbes des Pflasterers zu ändern. In Pkt. römisch II des Vertrages wurde ausgeführt, daß die Klägerin zu diesem Zweck eines gewerberechtlichen Geschäftsführers bedürfe und die Anmeldung der Gewerbetätigkeit sowie die Erteilung der Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Zum Aufgabenbereich des Klägers gehöre auch die Erwirkung einer Gewerbeberechtigung. In Pkt römisch III des Vertrages wurde vereinbart, daß der Kläger "für die anfängliche Erwirkung der Gewerbeberechtigung und die damit verbundenen Wege sowie die laufende Erfüllung der den gewerberechtlichen Geschäftsführer einer GesmbH treffenden Verpflichtungen" ein monatliches Gehalt von S 12.500,- vierzehnmal jährlich erhalte. Der Vertrag trete mit 1. 8. 1996 in Kraft.

Die Wirtschaftskammer Wien teilte der Gewerbebehörde mit, daß der Kläger bereits in folgenden Unternehmen als gewerbebehördlicher Geschäftsführer ausgewiesen gewesen sei:

Peter H***** GesmbH, G*****;

Peter H***** GesmbH, Wien;

Peter H***** & S***** GesmbH, Wien;

U***** AG, Wien;

U*****AG, Zweigniederlassung Steiermark (Graz);

U***** AG, Klagenfurt

U*****AG, Zweigniederlassung Niederösterreich.

Gewerberechtlicher Geschäftsführer der Peter H***** & S*****GesmbH war aber seit Oktober 1994 nicht mehr der Kläger, sondern Walter N*****. Die Peter H***** GesmbH hat ab 1993 keine Geschäftstätigkeit mehr entfaltet. Davon hatte die Gewerbebehörde keine Kenntnis. Der tatsächliche Sachverhalt wurde der Behörde weder vom Kläger noch von seiner Gattin mitgeteilt.

Mit Schreiben vom 30. 9. 1996 brachte die Gewerbebehörde der Beklagten eine die Bestellung des Klägers zum gewerberechtlichen Geschäftsführer ablehnende Äußerung der Landesinnung Wien der Pflasterer zu Kenntnis, in der die Auffassung vertreten wurde, daß der Kläger nicht in der Lage sei, in allen genannten Betrieben im Sinn der Bestimmung des § 39 Abs 2 GewO 1994 tätig zu werden.Mit Schreiben vom 30. 9. 1996 brachte die Gewerbebehörde der Beklagten eine die Bestellung des Klägers zum gewerberechtlichen Geschäftsführer ablehnende Äußerung der Landesinnung Wien der Pflasterer zu Kenntnis, in der die Auffassung vertreten wurde, daß der Kläger nicht in der Lage sei, in allen genannten Betrieben im Sinn der Bestimmung des Paragraph 39, Absatz 2, GewO 1994 tätig zu werden.

Der Beklagtenvertreter teilte der Gewerbebehörde daraufhin mit, daß der Kläger am 29. 11. 1994 seine Geschäftsführertätigkeit für die Peter H***** & S***** GesmbH zurückgelegt habe.

Mit Schreiben vom 15. 11. 1996 sprach sich die Landesinnung Wien der Pflasterer abermals gegen die Bestellung des

Klägers zum gewerberechtlichen Geschäftsführers aus, da er noch immer Geschäftsführer zweier Betriebe - der U***** AG und der Peter H***** GesmbH - sei. Daraufhin sagte die Gattin des Klägers - nur diese wurde in dieser Angelegenheit tätig; Aktivitäten des Klägers wurden weder behauptet, noch festgestellt - der Beklagten zu, sich umgehend mit der Gewerbebehörde in Verbindung zu setzen und klarzustellen, daß die Peter H***** GesmbH keine Geschäftstätigkeit ausübe und daher der Kläger nur bei einem Unternehmen gewerberechtlicher Geschäftsführer sei.

Mit Schreiben vom 21. 11. 1996 teilte die Gewerbebehörde mit, daß nach dem derzeitigen Stand die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer mit § 39 Abs 2 GewO 1994 nicht vereinbar sei. Bei einigen urgierenden Telefonanrufen der Beklagte beharrte die Gattin des Klägers auf ihrem Standpunkt, der der Gewerbebehörde vorliegende Sachverhalt sei unrichtig. Klarstellungen gegenüber der Gewerbebehörde erfolgten aber weder durch sie noch durch den Kläger. Am 4. 12. 1996 teilte die Gattin des Klägers der Beklagten mit, daß die Peter H*****& S***** GesmbH "und Co KG" in Konkurs gegangen sei und die ruhende Peter H***** GesmbH wieder aktiviert werde. Letzteres ist tatsächlich erfolgt, wobei der Kläger gewerberechtlicher Geschäftsführer der nunmehr in "T***** GmbH" umbenannten Gesellschaft blieb.Mit Schreiben vom 21. 11. 1996 teilte die Gewerbebehörde mit, daß nach dem derzeitigen Stand die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer mit Paragraph 39, Absatz 2, GewO 1994 nicht vereinbar sei. Bei einigen urgierenden Telefonanrufen der Beklagte beharrte die Gattin des Klägers auf ihrem Standpunkt, der der Gewerbebehörde vorliegende Sachverhalt sei unrichtig. Klarstellungen gegenüber der Gewerbebehörde erfolgten aber weder durch sie noch durch den Kläger. Am 4. 12. 1996 teilte die Gattin des Klägers der Beklagten mit, daß die Peter H*****& S***** GesmbH "und Co KG" in Konkurs gegangen sei und die ruhende Peter H***** GesmbH wieder aktiviert werde. Letzteres ist tatsächlich erfolgt, wobei der Kläger gewerberechtlicher Geschäftsführer der nunmehr in "T***** GmbH" umbenannten Gesellschaft blieb.

Mit Schreiben vom 4. 12. 1996 sprach darauf die Beklagte mit der Begründung, der Kläger sei nicht in der Lage, die Funktion als gewerberechtlicher Geschäftsführer jemals auszuüben, die Entlassung aus.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß der Kläger - da ein gewerberechtlicher Geschäftsführer gemäß§ 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 mindestens die Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt sein müsse - diese Funktion nur in zwei Unternehmen ausüben könne. Somit sei es dem Kläger vom Beginn des Dienstverhältnisses an rechtlich unmöglich gewesen, der von ihm übernommenen Verpflichtung nachzukommen. Weder der Kläger noch seine Gattin hätten Handlungen zur Beseitigung dieses Hindernisses unternommen. Im Gegenteil: Zuletzt sei sogar die Geschäftstätigkeit der ruhenden Peter H***** GesmbH wieder aufgenommen worden. Daraus sei die endgültige Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen durch den Kläger abzuleiten gewesen, sodaß der sofortige Rücktritt der Beklagten vom Vertrag berechtigt gewesen sei.Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß der Kläger - da ein gewerberechtlicher Geschäftsführer gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 2, GewO 1994 mindestens die Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt sein müsse - diese Funktion nur in zwei Unternehmen ausüben könne. Somit sei es dem Kläger vom Beginn des Dienstverhältnisses an rechtlich unmöglich gewesen, der von ihm übernommenen Verpflichtung nachzukommen. Weder der Kläger noch seine Gattin hätten Handlungen zur Beseitigung dieses Hindernisses unternommen. Im Gegenteil: Zuletzt sei sogar die Geschäftstätigkeit der ruhenden Peter H***** GesmbH wieder aufgenommen worden. Daraus sei die endgültige Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen durch den Kläger abzuleiten gewesen, sodaß der sofortige Rücktritt der Beklagten vom Vertrag berechtigt gewesen sei.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Teilurteil. Nach dem Vertragsinhalt habe dem Kläger klar sein müssen, daß seine Aufgabe in der Erwirkung der Gewerbeberechtigung und in der Ausübung der Tätigkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführers bestanden habe. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei der Kläger jedoch sowohl bei der Peter H***** GesmbH als auch bei der U***** AG - und zwar sowohl bei deren Niederlassung in Wien, als auch bei Zweigniederlassungen in Graz, Klagenfurt und Lanzendorf - gewerberechtlicher Geschäftsführer gewesen. Er habe daher die Voraussetzungen für die Tätigkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Beklagten nicht erfüllt und seine vertragliche Verpflichtung von vornherein nicht einhalten können. Ob es dem Kläger vielleicht dennoch möglich gewesen wäre, durch Beibringung von Nachweisen für das Ruhen eines der Betriebe die Gewerbeberechtigung für die Beklagte zu erlangen, sei nicht relevant, weil der Kläger keine derartigen Bemühungen gesetzt habe und die Beklagte jedenfalls einen abschlägigen Bescheid erhalten habe. Der Rücktritt der Beklagten sei daher - und zwar auch rückwirkend - berechtigt gewesen. Daß Dauerschuldverhältnisse im allgemeinen nur ex nunc aufgelöst werden könnten, stehe dem nicht entgegen, weil das Vertragsverhältnis zwischen den Streitteilen inhaltlich kein

Arbeitsverhältnis gewesen sei. Dazu wäre die Verpflichtung des Klägers erforderlich gewesen, Arbeiten auszuführen, die dem Wesen eines Arbeitsverhältnisses entsprechen (Unterworfenheit des Arbeitnehmers unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit, besonders bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle und in weitgehendem Ausschluß der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers äußere). Derartiges sei hier nicht einmal behauptet worden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne der Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, bedeutet die Bezeichnung des zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrages als "Dienstvertrag" nicht, daß es sich bei dem Verhältnis der Streitteile auch wirklich um einen Dienstvertrag handelt. Vielmehr ist bei der Beurteilung auf die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen und auf die - allenfalls davon abweichende - Handhabung des Vertragsverhältnisses abzustellen (SZ 54/75; Arb 10.096; zuletzt 9 ObA 10/99g).

Im hier zu beurteilenden Fall hat der Kläger eine zweifache Verpflichtung übernommen: Zum einen hat er sich verpflichtet, für die Beklagte die Gewerbeberechtigung "zu erwirken" (Daß er sich - wie er in der Revision meint - insofern nur verpflichtet habe, die Beklagte - etwa durch Informationen - in die Lage zu versetzen, die Gewerbeberechtigung zu erlangen, ist mit dem klaren Wortlaut der Vereinbarung nicht vereinbar. Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, daß vor der Gewerbehörde als Partei die Beklagte auftreten muß, weil dieser Umstand nicht ausschließt, daß sie sich dabei eines Dritten bedient). Ferner übernahm der Kläger die Verpflichtung künftig die "den gewerberechtlichen Geschäftsführer einer GesmbH treffenden Verpflichtungen" auszuüben. Diese beiden Verpflichtungen sind unterschiedlich zu qualifizieren.

Soweit es der Kläger übernommen hat, für die Beklagte die Gewerbeberechtigung zu erwirken, hat er es übernommen, einen konkreten Erfolg herbeizuführen. Mit der Herbeiführung dieses Erfolges, durch den überhaupt erst die Voraussetzungen für eine laufende Tätigkeit des Klägers für die Beklagte geschaffen worden wäre, wäre dieser Teil der vertraglichen Verpflichtungen erfüllt und beendet gewesen. Dieser Teil der Vereinbarung stellt daher keinen Arbeitsvertrag dar. Arbeitnehmer ist, wer ein "Wirken" (also Dienste), aber kein "Werk", schuldet, weil der Arbeitnehmer - anders als der Werkunternehmer - die Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber und demgemäß nach dessen Weisungen zu leisten hat. Wer hingegen ein Werk, also den Erfolg der Arbeit, schuldet, muß die Art und Weise, wie dieser Erfolg zustandekommen soll, im allgemeinen selbst zu bestimmen haben, weil er andernfalls eine Gewähr für dessen Herbeiführung nicht übernehmen könnte (SZ 57/1; SZ 64/79; DRdA 1994,127). Die Vereinbarung, für den Vertragspartner die Gewerbeberechtigung zu erwirken, stellt daher - mag ihre Erfüllung auch einer laufenden, auf Zeit abgestellten Tätigkeit für den Vertragspartner vorausgehen, keinen Arbeitsvertrag dar; ob sie als Werkvertrag oder als Auftragsverhältnis zu qualifizieren ist (zur Abgrenzung: Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 119 zu §§ 1165, 1166) hängt von der (hier nicht konkret festgestellten) Art der vom Kläger zu erbringenden Leistung ab (hier wohl eher Geschäftsbesorgung), braucht aber nicht geklärt werden, weil die Beklagte in jedem Falle von dieser Vereinbarung wirksam zurückgetreten ist.Soweit es der Kläger übernommen hat, für die Beklagte die Gewerbeberechtigung zu erwirken, hat er es übernommen, einen konkreten Erfolg herbeizuführen. Mit der Herbeiführung dieses Erfolges, durch den überhaupt erst die Voraussetzungen für eine laufende Tätigkeit des Klägers für die Beklagte geschaffen worden wäre, wäre dieser Teil der vertraglichen Verpflichtungen erfüllt und beendet gewesen. Dieser Teil der Vereinbarung stellt daher keinen Arbeitsvertrag dar. Arbeitnehmer ist, wer ein "Wirken" (also Dienste), aber kein "Werk", schuldet, weil der Arbeitnehmer - anders als der Werkunternehmer - die Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber und demgemäß nach dessen Weisungen zu leisten hat. Wer hingegen ein Werk, also den Erfolg der Arbeit, schuldet, muß die Art und Weise, wie dieser Erfolg zustandekommen soll, im allgemeinen selbst zu bestimmen haben, weil er andernfalls eine Gewähr für dessen Herbeiführung nicht übernehmen könnte (SZ 57/1; SZ 64/79; DRdA 1994,127). Die Vereinbarung, für den Vertragspartner die Gewerbeberechtigung zu erwirken, stellt daher - mag ihre Erfüllung auch einer laufenden, auf Zeit abgestellten Tätigkeit für den Vertragspartner vorausgehen, keinen Arbeitsvertrag dar; ob sie als Werkvertrag oder als Auftragsverhältnis zu qualifizieren ist (zur

Abgrenzung: Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 119 zu Paragraphen 1165,, 1166) hängt von der (hier nicht konkret festgestellten) Art der vom Kläger zu erbringenden Leistung ab (hier wohl eher Geschäftsbesorgung), braucht aber nicht geklärt werden, weil die Beklagte in jedem Falle von dieser Vereinbarung wirksam zurückgetreten ist.

Der dagegen erhobene Einwand des Revisionswerbers, daß zum Zeitpunkt des Rücktrittes nicht eindeutig habe gesagt werden können, daß die Gewerbebehörde den Kläger wegen seiner für andere Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten nicht als gewerberechtlichen Geschäftsführer akzeptieren werde, verkennt den unmißverständlichen Wortlaut des Schreibens der Behörde vom 21. 11. 1996, in dem die beantragte Geschäftsführerbestellung als mit § 39 Abs 2 GewO nicht vereinbar bezeichnet wurde. Daß der Kläger nicht mehr gewerberechtlicher Geschäftsführer der Peter H*****& S***** GesmbH war, war der Behörde zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt. Trotz wiederholter Urgenzen durch die Beklagte hatten der (überhaupt untätige) Kläger bzw. seine Frau keine Maßnahmen getroffen, die Einwände der Gewerbebehörde gegen seine Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer auszuräumen. Die Gattin des Klägers hatte den Standpunkt vertreten, daß die Weigerung der Gewerbebehörde darauf zurückzuführen sei, daß diese zu Unrecht davon ausgehe, daß der Kläger als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Peter H*****GesmbH tätig sei; tatsächlich entfalte diese Gesellschaft jedoch keine Tätigkeit. Diesen Sachverhalt der Gewerbebehörde mitzuteilen bzw. glaubhaft zu machen, unternahmen der Kläger und seine Gattin keinen Versuch. Im Gegenteil:Der dagegen erhobene Einwand des Revisionswerbers, daß zum Zeitpunkt des Rücktrittes nicht eindeutig habe gesagt werden können, daß die Gewerbebehörde den Kläger wegen seiner für andere Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten nicht als gewerberechtlichen Geschäftsführer akzeptieren werde, verkennt den unmißverständlichen Wortlaut des Schreibens der Behörde vom 21. 11. 1996, in dem die beantragte Geschäftsführerbestellung als mit Paragraph 39, Absatz 2, GewO nicht vereinbar bezeichnet wurde. Daß der Kläger nicht mehr gewerberechtlicher Geschäftsführer der Peter H*****& S***** GesmbH war, war der Behörde zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt. Trotz wiederholter Urgenzen durch die Beklagte hatten der (überhaupt untätige) Kläger bzw. seine Frau keine Maßnahmen getroffen, die Einwände der Gewerbebehörde gegen seine Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer auszuräumen. Die Gattin des Klägers hatte den Standpunkt vertreten, daß die Weigerung der Gewerbebehörde darauf zurückzuführen sei, daß diese zu Unrecht davon ausgehe, daß der Kläger als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Peter H*****GesmbH tätig sei; tatsächlich entfalte diese Gesellschaft jedoch keine Tätigkeit. Diesen Sachverhalt der Gewerbebehörde mitzuteilen bzw. glaubhaft zu machen, unternahmen der Kläger und seine Gattin keinen Versuch. Im Gegenteil:

Bei einem Telefonat vom 4. 12. 1996 teilte die Gattin des Klägers der Beklagten mit, daß die Peter H***** GesmbH - und damit auch die Tätigkeit des Klägers als gewerberechtlicher Geschäftsführer - wieder aktiviert werde. Damit war aber klar, daß der Kläger endgültig nicht bereit war, das von ihm (seiner Gattin) als Grund für die Haltung der Gewerbebehörde bezeichnete Hindernis zu beseitigen, sondern durch sein Verhalten seine Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer noch weiter erschwerte und damit unmöglich machte: § 39 Abs 2 GewO 1994 verlangt vom gewerberechtlichen Geschäftsführer, sich im Betrieb "entsprechend zu betätigen", worunter eine Tätigkeit zu verstehen ist, die es dem Geschäftsführer ermöglicht, die gewerbliche Tätigkeit des Betriebes ausreichend zu beobachten und zu kontrollieren (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, Rz 16 zu § 39). Nach § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 muß der Geschäftsführer, wenn - wie hier - die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungpflichtiger Arbeitnehmer sein. Nach der Rechtsprechung des VwGH muß sichergestellt sein, daß der Geschäftsführer zu der vom Gesetz geforderten Betätigung in der Lage ist und keine "bloße Scheinerfüllung" der gesetzlichen Anforderungen vorliegt (Grabler/Stolzlechner/Wendl, aaO Rz 17 zu § 39). Die Annahme eines Versuches einer solchen "Scheinerfüllung" drängt sich aber geradezu auf, wenn der in Aussicht genommene Geschäftsführer bereits als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Hauptniederlassung einer Bau AG in Wien und ihre drei Zweigniederlassungen in Graz, Klagenfurt und Langenzersdorf und überdies für eine weitere Gesellschaft an zwei Standorten (Wien und Gablitz) tätig ist und trotzdem die Bestellung für einen weiteren Betrieb anstrebt (siehe die Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH in Grabler/Stolzlechner/Wendl, aaO Rz 18, 19 und 35 zu § 39). In dieser Situation angesichts des schon von der Gewerbebehörde eingenommenen Standpunktes die Aktivierung der Peter H***** GesmbH anzukündigen, mußte daher die endgültige Vereitelung der beabsichtigten Geschäftsführerbestellung bedeuten. Wenn aber ein Vertragspartner die Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht ernsthaft und endgültig verweigert oder durch sein besonderes Verhalten vereitelt hat, kann die Setzung einer Nachfrist unterbleiben, da sie sinnlos wäre (SZ 58/152; JBl

1988, 241; RIS-Justiz RS0018371; zuletzt 1 Ob 2172/96k; Reischauer in Rummel, ABGB**2 Rz 14 zu§ 918 ABGB). Ungeachtet des Umstandes, daß die Beklagte dem Kläger keine Nachfrist setzte, war daher ihr Rücktritt von diesem Teil der Vereinbarung - bei dem es sich um kein Dauerschuldverhältnis handelt - wirksam. Daß dem Kläger aus einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung Ansprüche auf eine über das von ihm bereits Empfangene hinausgehende Vergütung zustehe, hat er mit keinem Wort geltend gemacht und ist nach den Feststellungen auch nicht anzunehmen, weil daraus ein aus seinem Verhalten resultierender Nutzen der Beklagten nicht erkennbar ist (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I10 245).Bei einem Telefonat vom 4. 12. 1996 teilte die Gattin des Klägers der Beklagten mit, daß die Peter H***** GesmbH - und damit auch die Tätigkeit des Klägers als gewerberechtlicher Geschäftsführer - wieder aktiviert werde. Damit war aber klar, daß der Kläger endgültig nicht bereit war, das von ihm (seiner Gattin) als Grund für die Haltung der Gewerbebehörde bezeichnete Hindernis zu beseitigen, sondern durch sein Verhalten seine Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer noch weiter erschwerte und damit unmöglich machte: Paragraph 39, Absatz 2, GewO 1994 verlangt vom gewerberechtlichen Geschäftsführer, sich im Betrieb "entsprechend zu betätigen", worunter eine Tätigkeit zu verstehen ist, die es dem Geschäftsführer ermöglicht, die gewerbliche Tätigkeit des Betriebes ausreichend zu beobachten und zu kontrollieren (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, Rz 16 zu Paragraph 39,). Nach Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 2, GewO 1994 muß der Geschäftsführer, wenn - wie hier - die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungpflichtiger Arbeitnehmer sein. Nach der Rechtsprechung des VwGH muß sichergestellt sein, daß der Geschäftsführer zu der vom Gesetz geforderten Betätigung in der Lage ist und keine "bloße Scheinerfüllung" der gesetzlichen Anforderungen vorliegt (Grabler/Stolzlechner/Wendl, aaO Rz 17 zu Paragraph 39,). Die Annahme eines Versuches einer solchen "Scheinerfüllung" drängt sich aber geradezu auf, wenn der in Aussicht genommene Geschäftsführer bereits als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Hauptniederlassung einer Bau AG in Wien und ihre drei Zweigniederlassungen in Graz, Klagenfurt und Langenzersdorf und überdies für eine weitere Gesellschaft an zwei Standorten (Wien und Gablitz) tätig ist und trotzdem die Bestellung für einen weiteren Betrieb anstrebt (siehe die Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH in Grabler/Stolzlechner/Wendl, aaO Rz 18, 19 und 35 zu Paragraph 39,). In dieser Situation angesichts des schon von der Gewerbebehörde eingenommenen Standpunktes die Aktivierung der Peter H***** GesmbH anzukündigen, mußte daher die endgültige Vereitelung der beabsichtigten Geschäftsführerbestellung bedeuten. Wenn aber ein Vertragspartner die Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht ernsthaft und endgültig verweigert oder durch sein besonderes Verhalten vereitelt hat, kann die Setzung einer Nachfrist unterbleiben, da sie sinnlos wäre (SZ 58/152; JBl 1988, 241; RIS-Justiz RS0018371; zuletzt 1 Ob 2172/96k; Reischauer in Rummel, ABGB**2 Rz 14 zu Paragraph 918, ABGB). Ungeachtet des Umstandes, daß die Beklagte dem Kläger keine Nachfrist setzte, war daher ihr Rücktritt von diesem Teil der Vereinbarung - bei dem es sich um kein Dauerschuldverhältnis handelt - wirksam. Daß dem Kläger aus einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung Ansprüche auf eine über das von ihm bereits Empfangene hinausgehende Vergütung zustehe, hat er mit keinem Wort geltend gemacht und ist nach den Feststellungen auch nicht anzunehmen, weil daraus ein aus seinem Verhalten resultierender Nutzen der Beklagten nicht erkennbar ist (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I10 245).

Im zweiten Teil der Vereinbarung hat sich der Kläger zur (laufenden) "Erfüllung der den gewerberechtlichen Geschäftsführer einer GesmbH treffenden Verpflichtungen" verpflichtet. Ob dieser Teil der Vereinbarung als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, hängt davon ab, ob der Kläger nach der zwischen den Streitteilen erzielten Einigung eine dem Wesen des Arbeitsvertrages entsprechende Arbeitsleistung erbringen oder der Beklagten nur seinen Namen zur Verfügung stellen sollte, um ihr die (scheinbare) Erfüllung ihrer aus der Gewerbeordnung resultierenden Verpflichtungen zu ermöglichen. Im zuletzt genannten Fall wäre dieser Teil der Vereinbarung inhaltlich nichts anderes, als die Übereinkunft, die Anordnungen des 39 GewO 1994 durch Vortäuschung eines diesen Normen entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses zu umgehen. Eine solche Vereinbarung wäre gesetzwidrig und daher iS § 879 ABGB nichtig, wobei sich - da das übertretene Gesetz den Schutz der Allgemeinheit bezweckt - auch der Vertragspartner auf diese Nichtigkeit berufen könnte (DRdA 1999, 231; 9 ObA 34/99m).Im zweiten Teil der Vereinbarung hat sich der Kläger zur (laufenden) "Erfüllung der den gewerberechtlichen Geschäftsführer einer GesmbH treffenden Verpflichtungen" verpflichtet. Ob dieser Teil der Vereinbarung als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, hängt davon ab, ob der Kläger nach der zwischen den Streitteilen erzielten Einigung eine dem Wesen des Arbeitsvertrages entsprechende Arbeitsleistung erbringen oder der Beklagten nur seinen Namen zur Verfügung stellen sollte, um ihr die (scheinbare) Erfüllung ihrer aus der Gewerbeordnung resultierenden Verpflichtungen zu ermöglichen. Im zuletzt genannten Fall wäre dieser Teil

der Vereinbarung inhaltlich nichts anderes, als die Übereinkunft, die Anordnungen des 39 GewO 1994 durch Vortäuschung eines diesen Normen entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses zu umgehen. Eine solche Vereinbarung wäre gesetzwidrig und daher iS Paragraph 879, ABGB nichtig, wobei sich - da das übertretene Gesetz den Schutz der Allgemeinheit bezweckt - auch der Vertragspartner auf diese Nichtigkeit berufen könnte (DRdA 1999, 231; 9 ObA 34/99m).

Das Berufungsgericht vertrat in diesem Zusammenhang die Auffassung, daß zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag geschlossen worden sei, zumal eine Verpflichtung zur abhängigen Arbeitsleistung weder dem schriftlichen Vertragstext zu entnehmen noch von den Parteien behauptet worden sei. Diese Frage kann aber in Wahrheit nicht abschließend beurteilt werden, weil nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, daß die Parteien nach dem Inhalt ihrer (möglicherweise über den schriftlichen Vertragstext hinausgehenden) Willenseinigung unter den "den gewerberechtlichen Geschäftsführer der GesmbH treffenden Verpflichtungen" auch die einem Arbeitsverhältnis entsprechende Arbeitsleistung verstanden. Insofern hätte der Sachverhalt mit den Parteien erörtert werden müssen. Eine Klarstellung dieser Frage ist aber nicht erforderlich, weil dem Kläger auch im Falle der Qualifikation der in Rede stehenden Vereinbarung als Arbeitsvertrag keine Ansprüche zustehen.

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag kann in seiner Gesamtheit sinnvollerweise nur dahin ausgelegt werden, daß die dem Kläger obliegende Erwirkung der Gewerberechtigung für die Beklagte (und damit seine Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer) zwingende Voraussetzung für die laufende Tätigkeit des Klägers als gewerberechtlicher Geschäftsführer sein sollte. Den Parteien kann nicht unterstellt werden, eine "Tätigkeit" des Klägers als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Beklagten auch für den Fall vereinbart zu haben, daß mangels der Erwirkung der Gewerbeberechtigung das in Aussicht genommene Gewerbe gar nicht ausgeübt wird. Vielmehr war nach dem offenkundigen Parteiwillen die Erteilung der Gewerbeberechtigung (und die Bestellung des Klägers zum gewerberechtlichen Geschäftsführers) Bedingung für die laufende Geschäftsführertätigkeit des Klägers. Ein allenfalls von den Streitteilen geschlossener Arbeitsvertrag wäre daher durch die vom Kläger zu erwirkende Erteilung der Gewerbeberechtigung für die Beklagte bedingt, wobei diese Bedingung als aufschiebend anzusehen ist, weil eine laufende Tätigkeit des Klägers als gewerberechtlicher Geschäftsführer naturgemäß erst nach der Erteilung der Gewerbeberechtigung (und damit nach der Bestellung des Klägers zum gewerberechtlichen Geschäftsführers) geplant sein konnte und weil das bis dahin zu zahlende monatliche Entgelt offenkundig als Entgelt für die Erwirkung der Gewerberechtigung zu verstehen ist.

Eine solche Vertragsgestaltung ist unter den hier gegebenen Umständen trotz der in der Lehre geäußerten Bedenken gegen bestimmte Konstellationen des aufschiebend bedingten Arbeitsverhältnisses zulässig. Solche Bedenken wurden nämlich nur für den Fall geäußert, daß der Zeitpunkt des Bedingungseintrittes (also auch das "Wann" und nicht nur das "Ob") ungewiß ist, weil dann die Notwendigkeit, sich für den alsbaldigen Dienstantritt bereit zu halten, den Arbeitnehmer in seiner Bewegungsfreiheit unzumutbar beschränken würde; unter dieser Voraussetzung könnte eine solche Vereinbarung zumindest dann sittenwidrig sein, wenn dem Arbeitnehmer für das dauernde Bereitstehen-Müssen kein Entgelt zukäme.

(Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I4 130; Tomandl, Arbeitsrecht 22/3 14). Davon kann aber hier nicht die Rede sein, weil zum einen dem (allenfalls geschlossenen) Arbeitsvertrag die Vereinbarung vorgeschaltet war, nach der der Kläger zunächst die Gewerbeberechtigung zu erwirken hatte und schon bis zur (und für die) Erfüllung dieser Verpflichtung die vereinbarten Monatszahlungen erhalten sollte, wozu noch kommt, daß der Eintritt der Bedingung somit vom Kläger zu bewirken und zeitlich - ordnungsgemäße Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen vorausgesetzt - im wesentlichen absehbar war.

War aber der (allenfalls geschlossene) Arbeitsvertrag mit der Erteilung der Gewerbeberechtigung aufschiebend bedingt, kann der Kläger auch aus diesem Teil der Gesamtvereinbarung - weil die Bedingung nie eingetreten ist und infolge des berechtigten Rücktritts vom ersten Teil der Vereinbarung auch nicht mehr eintreten konnte - keine Entgeltansprüche ableiten. Dies erscheint auch durchaus gerechtfertigt, weil ja der Kläger nie auch nur die geringste Tätigkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Beklagten erbracht hat.

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Über diese Kosten war schon jetzt zu entscheiden, weil sich das Revisionsverfahren auf das vom Erstgericht erlassene Teilurteil als eigenen

Anfechtungsgegenstand bezieht und dessen Schicksal für die Verteilung der in diesem Prozeßabschnitt aufgelaufenen Kosten maßgeblich ist (RIS-Justiz RS0035972; zuletzt 9 ObA 354/98v; 9 ObA 181/98b; Fasching, Kommentar II 364). Die in der Revisionsbeantwortung verzeichneten Kosten waren wie im Spruch ersichtlich zu reduzieren, weil die Beklagte bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage nur auf den im Klagebegehren genannten Bruttobetrag abgestellt und nicht dessen Reduktion um S 19.886,40 netto berücksichtigt hat.Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die Paragraphen 41,, 50 ZPO. Über diese Kosten war schon jetzt zu entscheiden, weil sich das Revisionsverfahren auf das vom Erstgericht erlassene Teilurteil als eigenen Anfechtungsgegenstand bezieht und dessen Schicksal für die Verteilung der in diesem Prozeßabschnitt aufgelaufenen Kosten maßgeblich ist (RIS-Justiz RS0035972; zuletzt 9 ObA 354/98v; 9 ObA 181/98b; Fasching, Kommentar römisch II 364). Die in der Revisionsbeantwortung verzeichneten Kosten waren wie im Spruch ersichtlich zu reduzieren, weil die Beklagte bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage nur auf den im Klagebegehren genannten Bruttobetrag abgestellt und nicht dessen Reduktion um S 19.886,40 netto berücksichtigt hat.

Anmerkung

E55249 09B01399

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1999:009OBA00139.99B.0901.000

Dokumentnummer

JJT_19990901_OGH0002_009OBA00139_99B0000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at