

# TE OGH 1989/4/5 9ObA292/88

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.04.1989

## 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.Maier sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Hans Vorrath (Arbeitgeber) und Jürgen Mühlhauser (Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Helmut N\*\*\*, Margistratsbeamter, Graz, Kärntner Straße 459, vertreten durch Dr.Candidus Cortolezis, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagten Parteien

1.) Peter K\*\*\*, Kaufmann, Graz, Tummelplatz 3,

2.)

Desiderius D\*\*\*, Kaufmann, Vösendorf, Deutschstraße 1,

3.)

K\*\*\* KG Desiderius D\*\*\*, Vösendorf,

Deutschstraße 1, alle vertreten durch Dr.Werner Thurner und Dr.Peter Schaden, Rechtsanwälte in Graz, wegen S 666.567 sA (Revisionsstreitwert S 654.557,67 sA), infolge Revision der klagenden und der erstbeklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 6.April 1988, GZ 7 Ra 7/88-25, womit infolge Berufung der klagenden und der erstbeklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 7.September 1987, GZ 31 Cga 1009/87-17 zum Teil bestätigt und zum Teil abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Revisionen wird zum Teil Folge gegeben. Das Urteil des Berufungsgerichtes wird dahin abgeändert, daß es einschließlich des unangefochten gebliebenen und des bestätigten Teils als Teilurteil zu lauten hat:

"1.) Die Forderung der klagenden Partei besteht den beklagten Parteien gegenüber mit S 443.636,67 sA zu Recht und mit

S 222.930,33 sA nicht zu Recht.

2.) Die eingewendeten Gegenforderungen der beklagten Parteien bestehen mit S 41.972,-- zu Recht und mit S 834.914,50 bis zur Höhe der Klageforderung nicht zu Recht.

3.) Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, dem Kläger S 401.664,67 samt 4 % Zinsen seit 12.Dezember 1986 binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

4.) Das Mehrbegehren, die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, dem Kläger S 264.902,33 samt 14 % Zinsen seit 12.Dezember 1986 und 10 % Zinsen aus S 401.664,67 seit 12. Dezember 1986 binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen, wird abgewiesen.

5.) Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz wird der Endentscheidung vorbehalten."

Hingegen wird das angefochtene Urteil im Umfang der Entscheidung über die von den Beklagten weiters eingewendete Gegenforderung von S 46.874,56 aufgehoben und die Arbeitsrechtssache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zur allfälligen Verhandlung und neuerlichen Urteilsfällung zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Der Erstbeklagte war Alleininhaber der protokollierten Firma "Ludwig G\*\*\* Kaffee-, Tee, Gewürz-, Spirituosenimporte, Gewürzmühlen, Kaffee-Großrösterei" mit einer Betriebsstätte in Klagenfurt sowie eines unter der Bezeichnung "Asmara-Kaffee" geführten Unternehmens in Graz. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz eröffnete über das Vermögen des Erstbeklagten am 25.Mai 1984 das Ausgleichsverfahren und am 1.März 1985 den Anschlußkonkurs. Es bestellte Rechtsanwalt Dr.Josef F\*\*\* zum Ausgleichs- und Masseverwalter. Über Vorschlag des Erstbeklagten bediente sich der Masseverwalter der Hilfe des Klägers, der als Vollstreckungsbeamter des Magistrats mit der Eintreibung von Getränkesteuern befaßt war und über eine gewisse Sachkenntnis verfügte.

Der Masseverwalter betraute den Kläger insbesondere mit der Kontrolle der Geschäftstätigkeit des Erstbeklagten. Der Kläger erbrachte Leistungen, die der Konkursmasse und damit auch dem Erstbeklagten zugutekamen. Am 15.Juli 1985 schloß der Masseverwalter mit dem Kläger einen Konsulentenvertrag, der mit rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses enden sollte und in dem ein monatlicher Werklohn von S 17.000 brutto bzw. S 10.000 netto vereinbart war. Ein vom Erstbeklagten angestrebter Zwangsausgleich schien nur möglich, wenn einer der Kaffeelieferanten der Konkursmasse ca. S 10 Mill zugeführt hätte. Dem Kläger und dem Erstbeklagten gelang es, die Drittbeklagte als einen der Hauptgläubiger dazu zu bewegen, diese Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Rückzahlung sollte aus einem erzielbaren Jahresgewinn von S 5,5 Mill finanziert werden. Noch bevor am 20.September 1985 über den beantragten Zwangsausgleich abgestimmt wurde, wurden zur Sicherung der Rückzahlung der von der Drittbeklagten zur Verfügung gestellten Geldmittel am 19.September 1985 eine Reihe von Verträgen geschlossen:

1.) Mit Gesellschaftsvertrag errichteten der Erstbeklagte und die Gattin des Klägers, Ulrike N\*\*\*, unter der Firma "Asmara-G\*\*\* Kaffee- Tee- Gewürze und Spirituosen" eine Gesellschaft mbH mit dem Sitz in Graz (kurz Vorgesellschaft). Das Stammkapital betrug S 510.000. Hierzu sollte der Ersbeklagte das Geschäftsvermögen seiner beiden Unternehmen im Wert von S 400.000 als Sacheinlage einbringen und die Gattin des Klägers Ulrike N\*\*\* eine Stammeinlage von S 110.000 einzahlen. Die Rechtswirksamkeit dieses Gesellschaftsvertrages war von der rechtskräftigen Aufhebung des anhängigen Konkursverfahrens abhängig.

2.) Die Drittbeklagte schloß, mit Ulrike N\*\*\* einen Treuhandvertrag, in dem sie erklärte, den Geschäftsanteil an der soeben errichteten "Asmara-G\*\*\* Kaffee- Tee- Gewürze und Spirituosen Gesellschaft mbH" nicht auf eigene Rechnung, sondern als Treuhänderin der Drittbeklagten, die ihr den Betrag von S 110.000 zur Verfügung gestellt habe, erworben zu haben. Sie verpflichtete sich, über ihren treuhändischen Geschäftsanteil nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Drittbeklagten zu verfügen, alle ihr zukommenden Gewinnanteile an die Drittbeklagte auszuzahlen bzw. nach deren Weisung zu verwenden, ihr Stimmrecht nach den Weisungen der Drittbeklagten auszuüben und ihren Geschäftsanteil unentgeltlich an die Drittbeklagte abzutreten. Sie verpflichtete sich ferner, den Namen der Treugeberin ohne deren Zustimmung nicht preiszugeben.

3.) Im Hinblick auf die für die Annahme des Zwangsausgleiches erforderliche Zuführung von S 10 Mill schlossen der Erstbeklagte und Ulrike N\*\*\* im Namen der Vorgesellschaft mit der Drittbeklagten einen Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft. Die Drittbeklagte sollte bis zur Rückzahlung ihrer wertgesicherten Einlage und Zahlung weiterer S 7,680.000 mit 70 % am Gewinn und mit 5 % am Verlust beteiligt sein. Überdies verpflichtete sich die Vorgesellschaft zum Kaffeebezug von der Drittbeklagten. Die stille Gesellschaft sollte mit der rechtskräftigen Aufhebung des Konkursverfahrens beginnen.

4.) Die Drittbeklagte verpflichtete sich gegenüber dem Erstbeklagten, diesem nach Ende der Beteiligung an der stillen Gesellschaft den treuhändischen Geschäftsanteil zu verschaffen. Die Rechtswirksamkeit dieser Vereinbarung war ebenfalls von der rechtskräftigen Aufhebung des Konkursverfahrens abhängig.

5.) Nach dem zwischen der Vorgesellschaft und dem Erstbeklagten abgeschlossenen Dienstvertrag sollte dieser als Angestellter der Drittbelegten gegen ein monatliches Entgelt von S 45.000 netto tätig werden. Das Dienstverhältnis sollte mit dem Tag der Aufhebung des Konkursverfahrens beginnen und mit dem Erlöschen der stillen Gesellschaft enden.

6.) Als Gesellschafter der Vorgesellschaft bestellten der Erstbeklagte und Ulrike N\*\*\* den Kläger zum Geschäftsführer.

7.) Nach der Abstimmung über den Zwangsausgleich schloß die Vorgesellschaft mit dem Kläger am 26.September 1985 in Vösendorf einen Geschäftsführervertrag, der unter anderem wie folgt lautet:

".....

#### § 2

Herr Helmut N\*\*\* übt seine handelsrechtliche Geschäftsführertätigkeit nebenberuflich aus, da er hauptberuflich Magistratsbeamter ist. Es wird davon ausgegangen, daß für diese Geschäftsführertätigkeit etwa ein Aufwand von 20 Stunden pro Woche erforderlich ist .....

#### § 3

Herr Helmut N\*\*\* erhält ein monatliches, im nachhinein fälliges Geschäftsführerhonorar in der Höhe von S 30.000 brutto (inkl. MWSt.) ..... (wertgesichert 14mal im Jahr).  
Sonstige Aufwendungen wie Fahrtkosten, Telefongebühren etc.  
werden Herrn Helmut N\*\*\* gesondert abgegolten .....

#### § 4

Sollte dieser Geschäftsführervertrag, aus welchem Grund immer, innerhalb von 3 Jahren ab Abschluß desselben enden, so erhält Herr Helmut N\*\*\* eine Entschädigung in der Höhe eines sechsfachen Monatsbezuges .....

#### § 5

Klargestellt wird, daß dieser Geschäftsführervertrag kein Dienstvertrag ist.

#### § 6

Im Hinblick darauf, daß Herr Helmut N\*\*\* während der Dauer des über das Vermögen des Herrn Peter K\*\*\* anhängigen Konkurses diesem wesentliche Hilfestellung geleistet hat, die Herrn Peter K\*\*\* den Abschluß des Zwangsausgleiches ermöglichte bzw. erleichterte und somit die durch diese Leistungen gewonnenen Vorteile der neu gegründeten Firma "Asmara-G\*\*\*

Kaffee- Tee- Gewürze und Spirituosen Gesellschaft mbH" zugutekommen, verpflichtet sich diese, innerhalb eines Monats ab Beginn dieses Geschäftsführervertrags, ohne Anrechnung auf den laufenden Bezug, einen einmaligen Betrag von S 200.000 plus 20 % MWSt als Konsulentenentgelt an Herrn Helmut N\*\*\* auszuzahlen."

Der Erstbeklagte unterzeichnete diesen vom Kläger verfaßten Vertrag; der Zweitbeklagte, der Komplementär der Drittbelegten ist, und Dkfm.Friedrich W\*\*\*, der bevollmächtigter Vertreter der Drittbelegten war, paraphierten die Urkunde auf beiden Seiten jeweils in der linken unteren Ecke. Ulrike N\*\*\* hätte den Vertrag unterschrieben, wenn es der Kläger verlangt hätte. Der Kläger hielt aber ihre Unterschrift für unnötig, weil ohnehin der Zweitbeklagte und Dkfm.W\*\*\* den Vertrag unterfertigt hatten. Es steht nicht fest, daß über den Urkundeninhalt hinaus Erklärungen abgegeben wurden, aus denen sich die Bedeutung der Unterschrift des Zweitbeklagten und des Dkfm.W\*\*\* ergeben.

8.) In einer schriftlichen Nachtragsvereinbarung (offenbar vom selben Tag) wurde festgehalten:

"Das Entgelt für Herrn Helmut N\*\*\* aus seiner Geschäftsführertätigkeit ist beginnend ab 1.Oktober 1985 zur Auszahlung zu bringen."

Diesen Nachtrag unterfertigte der Zweitbeklagte neben einem Stampiglienabdruck der Drittbeklagten. Überdies setzte Dkfm.W\*\*\* seine Paraphe darunter.

Da es dem Erstbeklagten gelang, die Mittel für die Ausgleichserfüllung anderweitig aufzutreiben, kam es weder zur Leistung der Sach- und Bareinlagen in die Vorgesellschaft noch zur Handelsregistereintragung noch zur Aufnahme der Betriebstätigkeit. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von den Beklagten die Zahlung von S 666.567 sA, bestehend aus dem Geschäftsführerentgelt vom 11.Juni 1986 bis 31.Dezember 1986 samt anteiligen Sonderzahlungen, aus Barauslagen und aus Leistungen gemäß den §§ 4 und 6 des Geschäftsführervertrages. Die Ehegattin des Klägers sei in die Verträge nur deshalb als Partnerin aufgenommen worden, um zu verschleiern, daß ein Konkursgläubiger mit dem Gemeinschuldner Vereinbarungen schließe. Der zwischen der Vorgesellschaft und ihm abgeschlossene Geschäftsführervertrag sei daher vom Erst- und Zweitbeklagten sowie vom Prokuristen der Drittbeklagten, Dkfm.Friedrich W\*\*\*, verbindlich unterfertigt und erst im Dezember 1986 vom Kläger durch vorzeitigen Austritt gelöst worden. Er habe zwar im Juni 1986 erfahren, daß es Bestrebungen gebe, von der geplanten Finanzierung abzugehen, er habe aber von einem definitiven Rücktritt der Beklagten nichts gewußt. Seine Aufforderungen an den Erstbeklagten, die Sacheinlage einzubringen, und an die Drittbeklagte, der Treuhänderin die Bareinlage zur Verfügung zu stellen, seien erfolglos geblieben. Die Beklagten beantragten, das Klagebegehren abzuweisen. Die Vereinbarungen hätten erst nach rechtskräftiger Beendigung des Insolvenzverfahrens, die mit der rechtskräftig gewordenen Aufhebung des Konkurses am 6.Juni 1986 erfolgt sei, wirksam werden können. Dem Erstbeklagten sei im Einvernehmen mit dem Zweitbeklagten und der Drittbeklagten gelungen, sich von den wirtschaftlich knebelnden Verträgen zu befreien und eine finanziell günstigere Lösung zu finden. Die am 19.September 1985 abgeschlossenen Verträge, die nur der Erstbeklagte unterzeichnet habe, seien noch vor ihrer Rechtswirksamkeit am 20.Mai 1986 aufgehoben worden, so daß dem Kläger keinerlei Ansprüche zustünden, zumal er auch nie als Geschäftsführer tätig geworden sei.

Für den Fall des Zurechtbestehens der geltend gemachten Forderungen wandten die Beklagten folgende Gegenforderungen aufrechnungsweise ein:

1.) Einen Betrag von S 700.000 als Ersatz des Schadens, der dem Erstbeklagten dadurch entstanden sei, daß es der Kläger als Handlungsbevollmächtigter des Masseverwalters unterlassen habe, Kaffee-Einkaufsverträge zur Ausführung zu bringen (S. 24);

2.) einen Betrag von S 97.874,56, den der Kläger an Honoraransprüchen (S 51.000) und Barauslagen (S 46.874,56) gegenüber dem Masseverwalter zuviel verrechnet und den ihm dieser irrtümlich ausgezahlt habe (S. 25);

3.) einen Betrag von S 8.886,50 an nicht bezahlten Warenentnahmen aus dem Betrieb des Erstbeklagten (S. 25) und

4.) einen Betrag von S 117.000, bestehend aus der Differenz des vom Masseverwalter für Oktober 1985 bis Juni 1986 zuviel gezahlten Entgelts. Der Masseverwalter habe dem Kläger nur ein Honorar von monatlich S 17.000 brutto zugesichert, ihm aber monatlich S 30.000 brutto ausgezahlt (S. 95).

Das Erstgericht erkannte die Klageforderung gegenüber dem Erstbeklagten mit S 443.636,67 sA und die Gegenforderung mit S 972 sA als zu Recht bestehend und gab dem Klagebegehren hinsichtlich des Erstbeklagten mit S 442.664,67 zuzüglich 4 % Zinsen seit 12.Dezember 1986 statt. Hinsichtlich des Erstbeklagten wies es das Mehrbegehren und hinsichtlich des Zweit- und der Drittbeklagten das gesamte Klagebegehren ab. Es traf im wesentlichen noch folgende Feststellungen:

Zweck der Zusammenkunft am 26.September 1985 in den Räumlichkeiten der Drittbeklagten in Vösendorf war der Abschluß des Geschäftsführervertrags und die Abklärung der Agenden des Erstbeklagten. Der Kläger forderte ursprünglich ein höheres Entgelt, da er den Wegfall eines Einkommens aus seiner Lehrtätigkeit beim Wirtschaftförderungsinstitut ausgeglichen haben wollte. Der Kläger ließ sich jedoch zu einer Reduzierung der Entgeltforderung bewegen, weil ihm der Erstbeklagte und der Zweitbeklagte namens der Drittbeklagten schriftlich zusicherten, ab 1.Jänner 1986 weitere S 10.000 monatlich nachzuzahlen, wenn es ihm gelinge, die Rückzahlung des Betrages von S 10 Mill bis 1.Jänner 1988 zu erreichen. Überdies unterzeichneten der Zweitbeklagte namens der Drittbeklagten und Dkfm.W\*\*\* eine Erklärung, nach der das Entgelt des Klägers aus seiner Geschäftsführertätigkeit

bereits ab 1. Oktober 1985 auszuzahlen sei. Von dieser Vereinbarung wurde der Masseverwalter durch den Kläger und den Erstbeklagten verständigt. Der Massverwalter nahm zur Kenntnis, daß der Kläger rückwirkend ab 1. Oktober 1985 das "volle Geschäftsführerentgelt" zu erhalten habe und zahlte bis zur Konkursaufhebung monatlich S 30.000 zuzüglich der Sonderzahlungen aus.

Die Unterzeichner des Gesellschaftsvertrages vom 26.September 1985 sahen in jenen Beträgen, die sich der Kläger nach § 4 der Vereinbarung zusichern ließ, einerseits einen Anreiz, um die S 10 Mill möglichst schnell hereinzuwirtschaften, und andererseits eine finanzielle Absicherung des Klägers in Art einer Abfertigung dagegen, daß es dem Erstbeklagten gelingen sollte, sich seinen am 19. September 1985 begründeten vertraglichen Beziehungen zum Zweitbeklagten und zur Drittbeklagten zu entziehen und dadurch die Geschäftsführertätigkeit des Klägers überflüssig zu machen. Der Kläger wußte nämlich, daß seine Geschäftsführertätigkeit nach der Ansicht und den Erklärungen aller Beteiligten entweder gar nicht aufgenommen werden oder beendet sein sollte, wenn es dem Erstbeklagten gelänge, den ihm von der Drittbeklagten zur Verfügung zu stellenden Betrag anderweitig, d.h. ohne Ausführung der Verträge vom 19.September 1985, aufzubringen.

Ab 19.September 1985 erschien der Kläger täglich für eine oder mehrere Stunden in den Geschäftslokalen des Erstbeklagten. Er führte dort im Auftrag des Masseverwalters verschiedene Tätigkeiten durch. Er prüfte die Warenbestellungen, die Kassabücher, den Fakturaus- und -eingang, den vom Erstbeklagten geführten Schriftverkehr und die Werbemaßnahmen. Er telefonierte mit Kaffeelieferanten und verminderte den enormen Warenschwund durch Einführung von Registrierkassen. Er kündigte einen Angestellten und mietete Geschäftsräume. Am 28.Februar 1986 kam es zwischen dem Erstbeklagten und dessen Brüdern und dem Kläger zu einer Auseinandersetzung, bei der dem Kläger die Geschäftsschlüssel abgenommen wurden. Obwohl der Kläger die Schlüssel wieder erhielt, verlegte er einen Teil seiner Tätigkeit in die Kanzlei des Massverwalters.

Auch für den Kläger war zu erkennen, daß der Erstbeklagte bestrebt war, aus den für ihn nachteiligen Verträgen wieder herauszukommen. Der Erstbeklagte mußte zwar die ihm von der Drittbeklagten zur Verfügung gestellte Bankgarantie über S 10 Mill kurzfristig ausnützen, es war für ihn aber absehbar, daß er selbst S 7 Mill aufbringen werde und der Drittbeklagten diesen Betrag bis 1. Juli 1986 zurückzahlen könne. Es kam daher am 20.Mai 1986 zu einer schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Erstbeklagten, dem Zweitbeklagten und der Drittbeklagten, in welcher der Erstbeklagte die Zahlung von S 7 Mill bis 1.Juli 1986 zusicherte, wogegen sich der Zweitbeklagte und die Drittbeklagte unter einer Reihe von Bedingungen (wie etwa die Übernahme allfälliger Abfertigungs- und Entschädigungsansprüche des Klägers in das alleinige Zahlungsversprechen des Erstbeklagten) einverstanden erklärt, die am 19.September 1985 geschlossenen Verträge "noch vor ihrer Rechtswirksamkeit" aufzuheben.

Mit Beschuß vom 12.Mai 1986 wurde der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsausgleiches aufgehoben. Dieser Beschuß wurde am 6.Juni 1986 rechtskräftig.

Der Masseverwalter verständigte den Kläger von der Rechtskraft der Konkursaufhebung und teilte ihm mit, daß eine mögliche Einigung über den "Auskauf" des Erstbeklagten bevorstehe. Der Masseverwalter äußerte sich weiters dahin, daß sich der Kläger für den Fall einer solchen Einigung unmittelbar nach Konkursaufhebung auf eine reine Kontrolltätigkeit beschränken solle. Bis Ende Juni 1986 war die Vereinbarung vom 20.Mai 1986 so weit erfüllt bzw. in ihrer Erfüllung sichergestellt, daß der Zweitbeklagte dem Kläger um diese Zeit erklärte, daß seine Geschäftsführertätigkeit nicht benötigt werde. Der Kläger sah daher seine Tätigkeit in dem Unternehmen des Erstbeklagten mit Ende Juni 1986 selbst als beendet an. Die in der Klage angeführten Fahrt- und Telefonspesen sind schon vor der Aufhebung des Konkurses angefallen und wurden bereits vom Masseverwalter abgegolten. Es kann nicht festgestellt werden, daß der Kläger den Erstbeklagten dadurch geschädigt habe, daß er sich der Zuhaltung von "non-member-Kontrakten" widersetzt hätte. Es kann weiters nicht festgestellt werden, daß der Masseverwalter dem Kläger um S 33.228,80 an Fahrtspesen, S 5.833,33 an Telefonkosten, S 7.812,43 an Umsatzsteuer und S 51.000 an Geschäftsführerentgelt, zusammen um S 97.874,56 zuviel ausgezahlt habe. Es ist vielmehr erwiesen, daß der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für den Masseverwalter Barauslagen in Höhe von S 46.874,56 aufgewendet hat. Allerdings entnahm der Kläger aus der Konkursmasse Spirituosen im Gesamtwert von S 972, die er bisher nicht bezahlt hat. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß die Anstellung des Klägers als Geschäftsführer erst für die Zeit nach der rechtskräftigen Aufhebung des Konkurses gelten habe können. Dies ergebe sich aus dem notwendigen Zusammenhang mit den Verträgen vom 19. September 1985. Bis zur Konkursaufhebung habe der mit dem Masseverwalter geschlossene Konsulentenvertrag gegolten, auch wenn der Kläger bereits seit 1.Oktobe 1985

Zahlungen in Höhe des Geschäftsführerentgelts erhalten habe.

Die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Vorgesellschaft sei aber nicht nur durch die rechtskräftige Aufhebung des Konkurses bedingt gewesen, sondern nach den Erklärungen der Beteiligten auch dadurch, daß es dem Erstbeklagten nicht gelinge, die nötigen Mittel zur Finanzierung des Zwangsausgleiches anders als durch eine Realisierung der Verträge vom 19.September 1985 aufzubringen. Durch den vom Erstbeklagten bewirkten Auskauf sei diese den Vertrag auflösende Bedingung eingetreten und das Vertragsverhältnis mit Ende Juni 1986 beendet worden. Nach der Konkursaufhebung könne sich der Erstbeklagte auch nicht mehr auf die relative Unwirksamkeit der von ihm unterzeichneten Verträge berufen.

Da der Kläger rechtzeitig vor dem 1.Juli 1986 vom vertragsgemäß bevorstehenden Ende seiner Tätigkeit unterrichtet worden sei, stünden ihm auf Grund seines als freien Dienstvertrag zu qualifizierenden Geschäftsführervertrages Entgeltansprüche aus der Geschäftsführertätigkeit nur vom 11. bis 30.Juni 1986 zu. Soweit das Ende des Vertragsverhältnisses ohnehin durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung erfolgt sei, habe es keiner Auflösungserklärung bedurft. Daraus ergebe sich, daß nur eine Entgeltforderung von S 23.636,67 berechtigt sei. Für die Zeit bis 10. Juni 1986 habe der Kläger sein Entgelt einschließlich der Sonderzahlungen bereits erhalten. Offen geblieben seien aber noch die Ansprüche des Klägers nach den §§ 4 und 6 des Geschäftsführervertrages, die einerseits gerade für den Fall eines gelungenen "Auskaufs" vorgesehen waren und andererseits als Belohnung für die Hilfestellung versprochen worden seien. Alle diese Ansprüche könne der Kläger aber nur gegen den Erstbeklagten geltend machen. Eine Haftung der übrigen Beklagten gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG scheide aus, weil sie nicht als "Handelnde" anzusehen seien; als "Handelnder" könne nämlich nur ein Organ der Vorgesellschaft in Betracht kommen. Dies sei im vorliegenden Fall die beschlußfähige Mehrheit der Gesellschafter, nicht aber der Zweitbeklagte und die Drittbeklagte als bloße Treugeber eines Gesellschafters. Ihre Unterschriften auf dem Geschäftsführervertrag seien demnach nur im Sinne eines Einverständnisses mit einer von Ulrike N\*\*\* "künftig abzugebenden Zustimmungserklärung" zu deuten. Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung dahin ab, daß es das Klagebegehren mit S 440.260 und die Gegenforderung mit S 972 als zu Recht bestehend erkannte und dem Kläger unter Abweisung des Mehrbegehrens S 439.288 sA zusprach. Es stellte ergänzend fest, daß sich der im Schreiben des Klägers vom 5.Juni 1986 angeführte Betrag von S 51.000 aus dem Entgelt des Klägers für die Zeit vom 1.Juni bis 10. Juni 1986 in Höhe von S 10.000 und dem aliquoten Urlaubs- und Weihnachtsgeld für die Zeit vom 1.Mai bis 1.Oktober 1986 in Höhe von S 41.000 zusammensetze. Ferner sei nach dem Konsulentenvertrag weder eine Urlaubsbeihilfe noch eine Weihnachtsremuneration vereinbart worden. Der Masseverwalter habe den Betrag von S 41.000 irrtümlich ausgezahlt.

Im übrigen billigte das Berufungsgericht die Rechtsansicht des Erstgerichtes. Es führte ergänzend aus, daß die am 20.Mai 1986 zwischen der Drittbeklagten und dem Erstbeklagten abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung nicht in die bereits bedingt erworbenen Rechte des Klägers eingreifen habe können. Bis 6.Juni 1986 habe der zwischen dem Kläger und dem Masseverwalter vereinbarte Konsulentenvertrag mit der Abänderung gegolten, daß der Kläger mit Zustimmung des Erstbeklagten ab 1.Oktober 1985 das "Geschäftsführergehalt" in Höhe von S 30.000 brutto pro Monat erhalten sollte. Dieser Betrag sei bis zur Konkursaufhebung gezahlt worden. Bis dahin habe der Kläger seine Tätigkeit durchwegs im Rahmen des Konsulentenvertrags entfaltet. Ab 11.Juni 1986 sei er auf Grund des Geschäftsführervertrags Geschäftsführer der Vorgesellschaft gewesen. Er sei dabei in einem freien Dienstverhältnis gestanden, das nicht den Bestimmungen des Angestelltengesetzes unterlegen sei und mit 30.Juni 1986 geendet habe. Soweit das Erstgericht anteilige Sonderzahlungen in Höhe von S 3.376,67 zugesprochen habe, übersehe es, daß dem Kläger für die Zeit vom 1.Mai bis 1.Oktober 1986 ohnedies schon anteilige Sonderzahlungen in Höhe von S 41.000 gezahlt worden seien. Da die Vorgesellschaft lediglich vom Erstbeklagten und der Gattin des Klägers als Treuherrin gegründet worden sei, lasse sich weder aus dem Gesellschaftsverhältnis noch aus der Treuhandschaft eine Haftung der Zweitbeklagten und der Drittbeklagten ableiten. Auch ein allfälliger Schuldbeitritt komme nicht in Betracht. Hinsichtlich der Gegenforderung von S 97.874,56 sei von den Beklagten in erster Instanz keine Aufrechnungserklärung abgegeben worden. Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen beider Teile. Der Kläger bekämpft die Abweisung des Mehrbegehrens von S 215.269,67 sA hinsichtlich des Erstbeklagten und die Abweisung des Klagebegehrens im Ausmaß von S 655.529,67 hinsichtlich der übrigen Beklagten; er macht als Revisionsgründe Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend und begeht die Abänderung der angefochtenen Entscheidung dahin, daß der Erstbeklagte zu einer weiteren Zahlung von S 215.269,67 sA und der Zweit- und die Drittbeklagte zur Zahlung von S 655.529,67 sA zur ungeteilten Hand mit dem Erstbeklagten verurteilt

werde. Der Erstbeklagte ficht das Urteil hinsichtlich seines klagestattgebenden Teils an und beantragt unter Ausführung der Revisionsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens. Beide Parteien stellen hilfsweise Aufhebungsanträge und beantragen in ihren Revisionsbeantwortungen, der Revision der Gegenseite keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionen sind zum Teil berechtigt.

Der von beiden Parteien geltend gemachte Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt - mit Ausnahme des gerügten Nichteingehens auf die eingewendete Gegenforderung in Höhe von S 46.874,56 - nicht vor (§ 510 Abs. 3 ZPO).

Zur Revision des Klägers:

Hinsichtlich des Entstehens des Rechtsverhältnisses eines Geschäftsführers zur Gesellschaft mbH ist zwischen der organschaftlichen Bestellung und dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag zu unterscheiden. Auch wenn § 20 GmbHG eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers und § 35 Abs. 1 Z 5 GmbHG eine Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung vorsehen, kann der Anstellung eines Geschäftsführers nicht nur ein Dienstvertrag, sondern auch ein sogenannter freier Dienstvertrag, ein Werkvertrag oder ein Auftragsverhältnis zugrundeliegen (vgl. Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht, 103 mwH). Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 ABGB vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, sohin durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle äußert. Wesentlich für den Arbeitsvertrag ist eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist oder, wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Arbeitsvertrages gehören ferner die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, dessen disziplinäre Verantwortung, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zugutekommt, die persönliche Fürsorge- und Treuepflicht sowie die organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, der die Verfügung über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers erhält (vgl. Krejci in Rummel, ABGB § 1151 Rz 36 ff; Kuderna, ASGG § 51 Erl 14;

Spielbüchler in Florella-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht 3 36 ff;

Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht 99 ff; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 66 ff, 121; Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht I 28 ff; Jarbornegg, HVG § 1 40 ff; Sprung-König, ZAS 1985, 166; Csebrebyak-Geppert-Maßl-Rabofsky, ABGB und Arbeitsvertragsrecht 177 ff; Arb 8030, 10.060, 10.096; JBI 1987, 332; 14 Ob A 46/87 ua). Die Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeit und der wirtschaftlichen Unselbständigkeit können in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten. Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen. Im Gegensatz dazu steht der sogenannte freie Dienstvertrag, welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, weitgehend selbstständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens verpflichtet. Vor allem die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbstständig zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet den freien Dienstvertrag vom echten Arbeitsvertrag nach § 1151 ABGB (JBI 1987, 332 mwH). Dem Kläger ist zwar beizupflichten, daß die rechtliche Qualifikation eines Vertrages nicht vom Willen der vertragschließenden Parteien und der von ihnen gewählten Bezeichnung abhängt, sondern primär vom Inhalt ihrer ausdrücklich oder schlüssig getroffenen Vereinbarungen (Tomandl aaO 75 ff; Arb 9972;

DRDA 1986/23 uva). Soweit er aber einwendet, er sei in einem echten Arbeitsverhältnis zur Vorgesellschaft gestanden, ist ihm entgegenzuhalten, daß er nach den Feststellungen als hauptberuflicher Magistratsbeamter keine so weitreichenden Bindungen einging, wie sie für einen Arbeitsvertrag typisch sind. Er sollte seine Geschäftsführertätigkeit nur nebenberuflich ausüben und dafür ohne Einteilung der Arbeitszeit etwa 20 Stunden pro Woche aufwenden. Seine Tätigkeit ging nicht über den Umfang eines Konsulentenvertrages hinaus und beschränkte sich nach Wirksamwerden der Vereinbarung lediglich auf eine Kontrollfunktion. Seine schuldrechtliche Beziehung zur Vorgesellschaft kann sohin nicht einem Arbeitvertrag, sondern nur dem Begriff des "freien Dienstvertrages" unterstellt

werden (vgl. Spielbüchler aaO 39; GesRZ 1985, 142; Arb 9538 ua).

Daraus folgt, daß auf den Kläger allenfalls diejenigen arbeitsrechtlichen Normen, die nicht von einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen, anzuwenden wären, nicht aber die Vorschriften des Angestelltengesetzes über Kündigungstermine und Kündigungsfristen (Sprung-König aaO 171; Arb 5957, 6087, 10.055 ua).

Aber auch eine analoge Anwendung der Kündigungsbestimmungen des ABGB

kommt hier nicht in Betracht (9 Ob A 160/87), da der freie

Dienstvertrag des Klägers nicht einseitig gelöst (vgl. Wachter, DRdA

1984, 414), sondern vereinbarungsgemäß durch den Eintritt der

auflösenden Bedingung beendet worden ist.

Dem Kläger ist aber darin beizupflichten, daß auch der

Zweit- und die Drittbeiklagte für seine Forderung zu haften haben.

Zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses am 6.Juni

1986 waren die Bedingungen der Aufhebungsvereinbarung vom 20.Mai

1986 noch nicht erfüllt, so daß die Vereinbarungen vom 19.September

1985 vorerst wirksam wurden. Wie das Berufungsgericht zutreffend

ausführte, wurde der Geschäftsführervertrag zwischen der (bedingt)

errichteten Vorgesellschaft und dem Kläger geschlossen. Gemäß § 2

Abs. 1 GmbHG besteht die Gesellschaft als solche vor der Eintragung

in das Handelsregister nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft

gehandelt, so haften die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand.

Der Abschluß des Anstellungsvertrages erfolgt auch im

Gründungsstadium durch Beschuß der Gesellschafter, die insoferne

mangels anderer Organe der Gesellschaft als Handelnde im Sinne des

§ 2 Abs. 1 GmbHG anzusehen sind (vgl. Reich-Rohrwig aaO 67 ff, 70 f;

Wünsch, Kommentar zum GmbHG § 2 Erl 22 ff; GesRZ 1981, 178 ua). Soweit daher sämtliche Beklagten den Geschäftsführervertrag net haben, durfte der Kläger - mangels gegenteiliger Äußerungen - darauf vertrauen, daß ihm gegenüber sämtliche Beklagten als Handelnde im Sinne des § 2 Abs. 1 GmbHG auftreten wollten und aufgetreten sind. Daß er auch tatsächlich darauf vertraut hat, ergibt sich aus der Feststellung, daß er die (weitere) Unterschrift seiner Gattin (als treuhänderische Gesellschafterin) für unnötig erachtete.

Der Einwand, auf Grund des Treuhandvertrages (vgl. Stanzl in Klang2 IV/1 788 ff) seien lediglich der Erstbeiklagte und die Gattin des Klägers, Ulrike N\*\*\*, Gesellschaft der Vorgesellschaft gewesen, läßt den Kontext und das Umfeld der Vereinbarungen außer acht. Unabhängig davon, ob die Ehegattin des Klägers in die Verträge nur deshalb als Partnerin aufgenommen worden ist, um zu verschleiern, daß ein Konkursgläubiger mit dem Gemeinschuldner Vereinbarungen schließe, wie der Kläger vorbrachte, oder wie der Masseverwalter aussagte, damit der Name der Drittbeiklagten gegenüber der Konkurrenz nicht preisgegeben wurde, bezogen sich diese Vereinbarungen nur auf das Außenverhältnis und die Einschaltung der Gattin des Klägers beschränkte sich auf die Funktion eines sogenannten "Strohmanns" (vgl. Westermann, Handbuch der Personengesellschaften3 I Rz 113.2; Gschnitzer in Klang2 IV/1 425). Im Innenverhältnis, in dem grundsätzlich Vertragsfreiheit herrscht (vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft4 25; SZ 26/317; GesRZ 1986, 196) behielt die Machtgeberin, die der Gattin des Klägers die Bareinlage auch nie zur Verfügung gestellt hatte, dem Kläger gegenüber ihre unbeschränkte Verfügungs freiheit. Dies kommt nicht nur darin zum Ausdruck, daß die Unterfertigung des Geschäftsführervertrags durch die Gattin des Klägers (offenbar von allen Beteiligten) für überflüssig erachtet wurde, sondern auch darin, daß der Zweitbeiklagte und Dkfm.W\*\*\* einen Nachtrag unterfertigten,

wonach dem Kläger das Geschäftsführerentgelt rückwirkend ab 1. Oktober 1985 auszuzahlen sei, wobei sie auf dieser Vereinbarung sogar noch den Stampiglienabdruck der Drittbeklagten anbrachten. Wie der Kläger zutreffend aufzeigte, wollte sich die Drittbeklagte im Verhältnis der Parteien zueinander nicht hinter ihrer Treugeberschaft "verstecken", sondern sie ist ebenso wie ihr Komplementär selbst als "Handelnde" aufgetreten. Dementsprechend vereinbarten die Beklagten intern die Übernahme allfälliger Abfertigungs- und Entschädigungsansprüche des Klägers in das alleinige Zahlungsversprechen des Erstbeklagten.

Zur Revision des Erstbeklagten:

Hinsichtlich der Wirksamkeit des Geschäftsführervertrages vom 26. September 1985 ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen zu verweisen. Die Beklagten konnten von dieser Vereinbarung nicht einseitig zurücktreten, so daß dieses Vertragsverhältnis erst durch den Eintritt der auflösenden Bedingung beendet wurde. Darauf, ob der Kläger tatsächlich noch eine Geschäftsführertätigkeit entwickelte, kommt es nicht an. Abgesehen davon wurde der Betrag von S 240.000 ohnehin als Belohnung für die verdienstliche Mitwirkung des Klägers zum Zwecke des Abschlusses eines Zwangsausgleiches versprochen und der Betrag von S 180.000 sollte den Kläger gerade für den Fall absichern, daß es dem Erstbeklagten auf andere Weise gelingen sollte, sich seinen vertraglichen Verpflichtungen den übrigen Beklagten gegenüber zu entziehen.

Die Revision ist jedoch berechtigt, soweit sie die Nichtbehandlung der Gegenforderung von S 97.874,56 durch das Berufungsgericht rügt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes haben die Beklagten, denen auch die Gegenforderung des Erstbeklagten als Gesamtschuldner zugutekommt, eine Reihe von Gegenforderungen aufrechnungsweise eingewendet (S. 25 f), die im Beweisbeschuß des Erstgerichtes Berücksichtigung fanden (S. 29) und zu denen in der erstgerichtlichen Entscheidung Stellung genommen wurde (S. 119). Nach den im Berufungsverfahren hiezu getroffenen Feststellungen reduziert sich diese noch offene Gegenforderung auf den als Spesenersatz geltend gemachten Betrag von S 46.874,56, da der Betrag von S 51.000 einen Teilbetrag von S 10.000 (Entgelt des Klägers für die Zeit vom 1.Juni bis 10.Juni 1986) enthielt und der weitere Teilbetrag von S 41.000 irrtümlich ausgezahlt wurde, so daß er als Gegenforderung im Rahmen dieses Teilarteils zu berücksichtigen ist, wodurch aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes dem Kläger die anteiligen Sonderzahlungen für die Zeit vom 11. bis 30.Juni 1986 in Höhe von S 3.376,67 zustehen.

Insgesamt stehen dem Kläger sohin S 443.636,67 zu, während sich von den Gegenforderungen der Beklagten bisher die Beträge von S 700.000 (Schadenersatz), S 10.000 (Entgelt für 1.Juni 1986 bis 10. Juni 1986), S 7.914,50 (Warenentnahme) sowie S 117.000 (vom Masseverwalter gezahlte Entgeltdifferenz) als unberechtigt und die Beträge von S 41.000 (irrtümlich gezahlt) sowie S 972 (Warenentnahme) als berechtigt erwiesen haben. Hinsichtlich des vom Masseverwalter angeblich widerrechtlich ausgezahlten Entgelts in Höhe von S 117.000 brutto haben bereits die Vorinstanzen darauf verwiesen, daß sich dieser Bezug des Klägers auf die Nachtragsvereinbarung vom 26.September 1985 gründet, mit der auch der Erstbeklagte insoferne einverstanden war, als er sie dem Masseverwalter zur Kenntnis gebracht hatte. Über den daher nicht im rechtlichen Zusammenhang stehenden Betrag von S 46.874,56 an irrtümlich ausgezahlten Spesen hat das Berufungsgericht noch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung ist in § 52 Abs. 2 ZPO begründet.

#### **Anmerkung**

E17098

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:009OBA00292.88.0405.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890405\_OGH0002\_009OBA00292\_8800000\_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)