

# TE OGH 1988/1/13 140bA46/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.01.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Gamerith und Dr.Maier sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Pipin Henzl und Dr.Bernhard Schwarz als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Karl S\*\*\*, Pensionist, Salzburg, Hüttenbergstraße 6, vertreten durch Dr.Berndt Sedlazeck, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei T\*\*\* U\*\*\* I\*\*\*

Gesellschaft mbH & Co KG, Hannover, Karl Wiechert-Allee 23, BRD, vertreten durch Dr.Herbert Trojer, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen S 776.299,96 brutto sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Berufungsgerichtes in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten vom 5.Mai 1986, GZ 31 Cg 34/85-29, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeitsgerichtes Salzburg vom 9.Jänner 1985, GZ Cr 244/84-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 22.567,65 (darin S 1.506,15 Umsatzsteuer und S 6.000,- Borauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger begehrt von der Beklagten S 776.299,96 brutto sA an Entgelt für die Zeit vom 1.März 1981 bis 31.Juli 1983 entsprechend dem Kollektivvertrag für Dienstnehmer im Reisebürogewerbe, Kündigungsentschädigung und Abfertigung. Er sei seit 1.Mai 1956 als Gebietsvertreter im Dienst der Beklagten gestanden. Dieses Rechtsverhältnis sei in Wahrheit ein Angestelltendienstverhältnis gewesen, da der Kläger in die Organisation und in die Betriebshierarchie der Beklagten eingegliedert gewesen sei. Er sei weisungsgebunden gewesen und habe eine feste Dienstzeit einzuhalten gehabt, welche die festgesetzte 40-Stunden-Woche bei weitem überstiegen habe. Er habe als Ortsbeauftragter in Golling eine Filiale der Beklagten betrieben und sei einer persönlichen Arbeitspflicht unterlegen. Demgemäß habe die Salzburger Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte mit Bescheid vom 29. Februar 1984 festgestellt, daß für ihn für die Dauer des Dienstverhältnisses Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs 1 Z 1 ASVG und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs 1 lit. a AIVG bestanden habe. Mit Schreiben vom 26. Juli 1983 habe ihn die Beklagte ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zum 2.Oktober 1983 gekündigt, obwohl eine Kündigung erst zum 31.März 1984 möglich gewesen wäre.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Der Kläger sei unter anderem für sie auf Grund von befristeten Verträgen wie andere selbständige Unternehmer als Zielort-Reiseleiter tätig gewesen. Nach den jeweils für eine Saison abgeschlossenen Verträgen habe der Kläger selbständig und in Eigeninitiative Kunden der Beklagten in Golling betreut.

Seine Tätigkeit habe neben der Betreuung der Touristen die Beschaffung von Betten sowie die Kontrolle und die Überwachung von Leistungsträgern umfaßt. Ohne persönliche Abhängigkeit habe er eigenwirtschaftlich und nach eigenem Plan Ausflüge veranstaltet und von den jeweils von ihm herangezogenen Unternehmern Provisionen bezogen. Er habe seine Tätigkeiten auch delegieren und für andere Reiseveranstalter Leistungen erbringen können. Er sei weder wirtschaftlich noch persönlich in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen. Seine Bezahlung sei nicht nach aufgewendeter Arbeitszeit, sondern nach der Anzahl der jeweils betreuten Gäste erfolgt. Lediglich in touristischen Belangen habe für den Gebietsbeauftragten der Beklagten ein Kontroll- und Weisungsrecht hinsichtlich des Klägers, der im übrigen hauptberuflich in führender Position bei der Salzburger Gebietskrankenkasse gearbeitet habe, bestanden. Das befristete Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien sei mit Ende der Saison 1983 ausgelaufen; eine Kündigung des Klägers sei nie erfolgt und sei mangels eines Arbeitsverhältnisses auch nicht erforderlich gewesen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß nach dem Inhalt der zwischen den Streitparteien getroffenen jeweiligen Vereinbarungen sowohl Elemente eines Arbeitsvertrages als auch solche eines Werkvertrages zu erkennen seien. Entscheidend sei aber, daß der Kläger seine Tätigkeit für die Beklagte neben seinem Hauptberuf ausgeübt habe, daß das Vertragsverhältnis jederzeit lösbar gewesen sei, daß der Kläger seine Tätigkeit frei gestalten und sich auf seine Kosten vertreten habe lassen können, daß er nicht lohnsteuerpflichtig und nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen sei. Die Betreuung der Reisenden durch den Kläger am Zielort habe nicht zum Betrieb der Beklagten als Reiseveranstalter gehört. Im Zusammenhalt mit der vereinbarten Vergütung in Form eines Tagespauschales und der Möglichkeit, auch für Konkurrenzunternehmen tätig zu werden, hätten eindeutig die Elemente eines freien Mitarbeitervertrages überwogen. Dem Kläger stünden daher die auf das Vorliegen eines Angestelltenverhältnisses gegründete Ansprüche nicht zu. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es verhandelte die Rechtssache gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ArbGG von neuem und legte seiner Entscheidung im wesentlichen folgende zusammengefaßte Feststellungen zu Grunde:

Der Kläger war bis zu seiner Pensionierung hauptberuflich Bediensteter der Salzburger Gebietskrankenkasse, die ihn von 1958 bis 1962 dienstfrei gestellt hatte. Bis etwa 1962 übte er die Funktion eines Vizebürgermeisters der Gemeinde Zell am See aus. Weiters war er dort noch Geschäftsführer einer Seilbahngesellschaft und betrieb ein Farbengeschäft. Überdies nahm er 1958 eine Tätigkeit als Reiseleiter für das R\*\*\* T\*\*\* auf, das im Jahr 1976 mit den R\*\*\* H\*\*\*, S\*\*\* und Dr.T\*\*\* zur Beklagten

fusioniert wurde, ohne daß es dadurch zu einer Änderung des Tätigkeitsbereiches des Klägers kam.

Die Beklagte ist hierarchisch gegliedert. An ihrer Spitze steht ein Vorstand; diesem untergeordnet sind die Bereichsleiter, die Regionalbeauftragten und die Gebietsbeauftragten, welche alle Arbeitnehmer der Beklagten sind. An den angebotenen Zielorten ist jeweils eine selbständige Reiseleitung eingesetzt, deren Funktion in Österreich teils durch Einzelpersonen und in den letzten Jahren überwiegend durch inländische Reisebüros (etwa T\*\*\* L\*\*\*) ausgeübt wird. Mit dem Kauf eines Pauschalarrangements erwirbt der Kunde von der Beklagten den Anspruch auf Transport vom Heimatort zum Zielort, auf Unterkunft und Verpflegung sowie auf ein Freizeitprogramm am Zielort. Zu diesem Freizeitprogramm kommen noch von den jeweiligen Reiseleitern organisierte Sonderveranstaltungen, die zwar im Katalog angeboten, aber nicht im Pauschalpreis der Reise enthalten sind. Zum Zwecke der Durchführung dieses Programms und der Betreuung der Gäste am Zielort traf die Beklagte mit den einzelnen Reiseleitern pro Saison sogenannte Zielort-Vereinbarungen, die befristet waren und jährlich neu abgeschlossen wurden.

Nach den mit dem Kläger abgeschlossenen Zielortvereinbarungen sollte er als freier und selbständiger Mitarbeiter der Beklagten tätig werden. Ein Arbeitsverhältnis war nicht beabsichtigt. Er hatte keine zweite Lohnsteuerkarte; seine Einkünfte wurden zur Einkommensteuer veranlagt. Für den Fall der Nichterfüllung von Vertragspflichten waren keine "Disziplinarmaßnahmen" vorgesehen. Vereinbarungsgemäß oblag dem Kläger im wesentlichen der Betteneinkauf und die organisatorische Durchführung der Zimmerreservierungen, der Transfer der Gäste vom Bahnhof oder erforderlichenfalls vom Flughafen zum Quartier und die Betreuung der Gäste im Zielort. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Zielortreiseleiter in Golling hatte der Kläger dazu vorerst in den Monaten Oktober bis November jeden Jahres mit den Vertragshäusern von T\*\*\* in Golling die erforderlichen Verträge zur Unterbringung der Reisegäste während der folgenden Sommersaison abzuschließen. Innerhalb eines vorgegebenen Zimmerkontingents suchte er nach seinem Ermessen Hotels und Zimmervermieter auf, um mit ihnen Preise auszuhandeln und das Unterhaltungsprogramm abzustimmen. Bei der Auswahl der Häuser und bei der Gestaltung des Freizeitprogrammes hatte er freie Hand. In den Monaten Jänner bis April jeden Jahres teilte er sodann die einlangenden Buchungen der Sommergäste auf die

Vertragshäuser auf. Bei Ausübung dieser organisatorischen Haupttätigkeit war der Kläger an keine bestimmten Arbeitszeiten gebunden. Es lag im Belieben des Klägers, der bei der Salzburger Gebietskrankenkasse eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden hatte, wann und wie er diese Arbeiten durchführte. In den Monaten Oktober bis Dezember wendete er solchermaßen insgesamt ca. 50 Stunden für die Beklagte auf und in den Monaten Jänner bis April einige Stunden jeweils an den Sonntagnachmittagen.

Als Gegenleistung war in den jeweiligen Saisonverträgen die Zahlung einer sogenannten Kopfquote pro eingetroffenem Gast vereinbart. Da der Kläger im Jahre 1958 noch in Zell am See gewohnt hatte, wurden ihm die Auslagen für Kost und Quartier bis 1960 aus einem Unterhaltskonto, das durch Beiträge der Hotel- und Gastronomiebetriebe in Höhe von 1 % des jeweiligen Gästevoucherwerts gespeist wurde, ersetzt. Als der Kläger das Zimmer in Golling nicht mehr benötigte, erhielt er für die bisher gezahlten Kosten keine Abgeltung. Nach den jeweils abgeschlossenen Zielortvereinbarungen hatte der Kläger auch für eine angemessene Repräsentanz der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin zu sorgen, Sprechstunden abzuhalten und im Notfall für die Gäste erreichbar zu sein. Es stand ihm aber frei, wo er seine Auskunftsstelle einrichtete und wann er die Sprechstunden abhielt. Der Kläger hatte es nämlich zur Bedingung der Übernahme der Reiseleitertätigkeit gemacht, daß er in der Einteilung seiner Arbeitszeit völlig frei sei. Am Beginn seiner Tätigkeit konnte er dazu das Büro des Verkehrsvereins Golling, das er mit einem Schild "T\*\*\*-R\*\*\*" ausgestattet hatte, mitbenützen. In der Folge wurden ihm von anderen Reisebüros, die sich dadurch ein Geschäft erwarteten unentgeltlich Räume zur Verfügung gestellt. So benützte er unter anderem das Büro der Firma D\*\*\* & Co für seine Sprechstunden, wobei ihn eine Angestellte des Reisebüros während seiner Abwesenheit vertrat. Er brachte in der Sommersaison auch insgesamt 40 bis 50 Gäste des Reisebüros D\*\*\* & Co gegen ein Entgelt von S 12,- pro Person in Vertragshäusern der Beklagten in Golling unter. Die Beklagte hatte keine Bedenken dagegen, daß die örtlichen Reiseleiter auch Gäste anderer Reiseunternehmen mitbetreuten. Während der Kläger sein Büro in den Räumen des Reiseunternehmers S\*\*\* unterhielt, vermittelte er auch zusätzliche Ausflugsfahrten für die Gäste der Beklagten, die im Pauschalpreis nicht inbegriffen waren, und ohne Einholung einer Zustimmung der Beklagten auch für Gäste der Reiseunternehmungen "A\*\*\*", einer Konkurrentin der Beklagten, wofür er von S\*\*\* fallweise Provisionszahlungen erhielt. Eine Zustimmung der Beklagten war nicht erforderlich, da diese von ihren Reiseleitern nur erwartete, daß sie nicht für ihren unmittelbaren Direktkonkurrenten N\*\*\* tätig werden. Der Kläger verfügte über keine eigene Büroausstattung, sondern benutzte die Büromaschinen und das Telefon des Reisebusunternehmens gegen teilweisen Kostenersatz bis 1982 mit. Nach einem Zerwürfnis mit S\*\*\* jun., der das alleinige Vertretungs- und Abschlußrecht für Freizeitarrangements des Klägers nicht anerkennen wollte, entfaltete der Kläger seine Bürotätigkeit schließlich in den Räumen des Reisebüros D\*\*\*, wovon er die Beklagte bei der Eröffnung des neuen Büros aber nicht verständigte. In der Sommersaison vom Mai bis Oktober bestand die Aufgabe des Klägers darin, die eingetroffenen Gäste am Bahnhof zu begrüßen und sie in ihre Quartiere einzuweisen. Er hielt zu einem von ihm festgesetzten Zeitpunkt eine Informationsstunde ab und organisierte eine Fahrt nach Salzburg, wo er die Gäste durch die Stadt führte. Neben der Erfüllung dieses Pauschalarrangements, worüber es von Seiten der Beklagten keine Vorschriften für dessen Durchführung gab, konnte der Kläger aus eigener Initiative wobei es ihm überlassen blieb, inwieweit er sich den Gästen der Beklagten weiter widmen wollte - noch ein zusätzliches Wochenfreizeitprogramm entwickeln. Er bot unter anderem Sonderkonditionen im Hallenbad an und organisierte einen Fahrrad- und Schiverleih (ab 1978 wurde Golling auch Winterzielort), Wanderungen, den Erwerb einer Wandernadel, Grillabende und dgl. Der Kläger hatte dabei völlig freie Hand, da die Beklagte davon ausging, daß er mit den örtlichen Gegebenheiten bestens betraut sei. Um nicht in gewerberechtliche Schwierigkeiten zu kommen, bediente sich der Kläger beim Verleih von Fahrrädern und Schiern, die zum Teil von ihm und zum Teil von der Beklagten angeschafft worden waren, einzelner Reisebüros in Golling, die eine entsprechende Konzession hatten. Die Beklagte informierte er über die Auswahl der Geschäftspartner und über die Abwicklung der Verleihtätigkeit, aus der er Leistungen der Entleiher bezog, nicht. In diesem Zusammenhang war es auch Sache des Klägers, bei den in Betracht kommenden Reisebusunternehmen die günstigsten Konditionen für die Ausflugsfahrten auszuhandeln. Obgleich nach der Zielortvereinbarung der für den einzelnen Reiseleiter zuständige Gebietsbeauftragte der Beklagten gegenüber dem örtlichen Vertragspartner in allen touristischen Belangen zur Kontrolle und Weisung befugt war, unterstand der Kläger als T\*\*\*-Reiseleiter für Golling niemandem. Er betrachtete zwar die Zentrale in München als seine "vorgesetzte Vertragsstelle", doch war ihm bewußt, daß er als Reiseleiter tun und lassen konnte, was er wollte, sofern nur am Ort eine ordnungsgemäße Betreuung erfolgte. Wenn die Beklagte "Bitten" an ihn richtete, betrafen diese ausschließlich touristische Belange, wie den Einkauf von Bettenkontingenten, die Aufnahme neuer Gastronomiebetriebe, Aushandlung von Preisvorteilen bezüglich des

Freizeitprogramms und dgl. Auf die Arbeitszeit des Klägers, seine Arbeitseinteilung und den Arbeitsablauf nahm sie keinen Einfluß. Vom Kläger wurde nur ein bestimmter Arbeitserfolg erwartet. Auch der Gebietsbeauftragte der Beklagten gab dem Kläger weder Weisungen betreffend den Arbeitsort, die Arbeitseinteilung oder die Arbeitszeit, noch kontrollierte er dessen Reiseleitertätigkeit. Er war aber bemüht, eigene Ideen für die Ausgestaltung des Freizeitprogramms einzubringen. Der Kläger griff diese Anregungen entweder auf oder lehnte sie als nicht sachgemäß ab, ohne daß eine solche Weigerung für ihn irgendwelche Konsequenzen gehabt hätte. Nachdem der Arbeitsanfall durch stetige Zunahme des Gästeaufkommens bis 1968 stark gestiegen war, setzte der Kläger für seine Tätigkeit auch Vertreter, insbesondere seine Gattin ein, ohne darüber Rücksprache mit der Beklagten oder deren Gebietsbeauftragten zu halten. Das Gästeaufkommen in Golling entwickelte sich von ca. 300 Sommergästen im Jahre 1958 bis zu etwa 4.200 Saisongästen im Jahre 1964. In der Folge ging die Gästezahl wieder zurück; sie lag in den letzten 3 Jahren in der Sommersaison bei 400 bis 500, in der Wintersaison bei 100 bis 200. Dazu kamen seit 1975 noch etwa 100 "T\*\*\*-E\*\*\*-Gäste" per Sommer, welche der Kläger ebenfalls mitbetreute. In den Jahren 1967 bis 1969 betrieb der Kläger auch noch die Reiseleitung der Beklagten in Zell am See, wobei der Zielortvertrag von der Gattin des Klägers abgeschlossen worden war. Der Kläger war nicht verpflichtet, seine Reiseleitertätigkeit persönlich zu erbringen. Er suchte auch nie um Erlaubnis an, Vertreter einsetzen zu dürfen. Der Einsatz von Vertretern lag vielmehr allein in seiner Entscheidungsbefugnis. Der Kläger hätte auch während der Saison auf Urlaub gehen können. Eine Urlaubsregelung bestand nicht. Für die Beklagte war nur wesentlich, daß die touristischen Belange im Zusammenhang mit der Gästebetreuung und der Abwicklung des Gästebetriebes am Zielort reibungslos verliefen. Als der Kläger einmal während der Saison Urlaub nahm, teilte er dies lediglich dem Gebietsbeauftragten mit. Während seines Urlaubs konnten die im Zielort anwesenden Gäste allfällige Meldungen und Reklamationen in dem Reisebüro, in dem der Kläger gerade seinen Bürobetrieb eingerichtet hatte, anbringen.

Bis zum Jahre 1976 (Fusionierung der Beklagten) war es üblich, daß jeweils während der Saison an Hand der vorgelegten Buchungszahlungen eine Hochrechnung über allenfalls anlaufende Kosten erstellt wurde und jeder Reiseleiter Woche für Woche einen Pauschalbetrag, bestehend aus der Kopfquote der ankommenden Gäste zuzüglich der Kosten der im Pauschalarrangement beinhalteten Veranstaltungen, ausgezahlt erhielt. Über diese wöchentlichen Beträge in der Höhe von etwa S 20.000,- führte der Kläger ein Einnahmen-Ausgabenbuch, in das er die jeweiligen Leistungen eintrug und verrechnete. Im Jahre 1976 schaffte die Beklagte die Finanzierung des Unterhaltsfonds mit 1,5 % des jeweiligen Gästevoucherwertes durch die Leistungsträger ab. Die Beklagte erklärte sich zum Ausgleich bereit, das sogenannte Kopfgeld zu erhöhen. Den Reiseleitern wurde nahegelegt, nicht mehr auf die Voucherwertzahlungen zu bestehen. Trotz der Abschaffung dieses durch die Leistungsträger gespeisten Reiseleiterunterhaltsfonds kassierte der Kläger weiterhin durch mehrere Saisonen hindurch noch zusätzliche Provisionen in Höhe von 1,5 % des Voucherwertes. Er verwahrte sich gegen ein Abgehen von dieser Regelung und der Gebietsbeauftragte der Beklagten ließ ihm diesbezüglich für die Zukunft freie Hand. Der Gebietsbeauftragte versuchte zwar, den Kläger zur Weiterleitung jener Provisionen an die Beklagte zu bewegen, die er in eigenwirtschaftlicher Tätigkeit vom Autobusunternehmer S\*\*\* für zusätzliche Ausflugsfahrten für Gäste der Beklagten erhalten hatte, doch war der Kläger dazu nicht immer bereit. Auch aus diesem eigenwilligen Verhalten des Klägers zog die Beklagte keine Konsequenzen. Für seine Tätigkeit zwischen den Saisonen bezog der Kläger kein Entgelt.

Die Beklagte hatte den örtlichen Reiseleitern Werbematerial zur Verfügung gestellt, das sie entsprechend einzusetzen hatten. Der Kläger erhielt aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und Vereinheitlichung auch Briefpapier (ab 1967), Formulare (für Bettenkontingentvereinbarungen mit Leistungsträgern, Quittungsheft, Kassabuch, Provisionsabrechnung für die Autobusausflüge, Umbuchungen, Verlängerungen, Stornierungen), Prospekte und Anzeigetafeln sowie eine Stampiglie der Beklagten ("T\*\*\*-Reiseleitung Golling"). Die von der Beklagten den Reiseleitern und deren Verwandten aus Restbeständen billigst angebotene Reiseleiteruniform trug der Kläger zwar fallweise; er war dazu aber nicht verpflichtet. Nach den jeweiligen Zielortvereinbarungen hätte der Kläger die Beklagte über das Auftreten und die Geschäftsentwicklung bei Konkurrenzveranstaltungen auf dem laufenden zu halten und sie über alle wesentlichen touristischen Belange zu informieren gehabt; der Kläger verfaßte aber auch nach Aufforderung durch die Beklagte oder deren Gebietsbeauftragten die Berichte über die touristische Situation in Golling nur in unregelmäßigen Abständen und fertigte fallweise überhaupt keine Berichte ab, ohne daß diese Versäumnisse Konsequenzen für ihn gehabt hätten. Letztlich waren nur mehr die Gebietsbeauftragten verpflichtet, einen Saisonabschlußbericht zu erstatten. Die örtlichen Reiseleiter wurden zwar um Berichte gebeten; diese mußten jedoch nicht zwingend abgeliefert

werden. Von einer regelmäßigen Berichtspflicht war keine Rede. 1983 übergab der Gebietsbeauftragte der Beklagten dem Kläger eine Broschüre mit wichtigen Telefonnummern und Richtlinien für das Verhalten eines Reiseleiters im Notfall. Bestimmungen darüber, wie der Inhalt des Heftes aufzufassen sei, gab es dazu nicht.

Die letzte, mit 1. Oktober 1983 befristete Zielortvereinbarung schloß der Kläger mit der Beklagten für den Sommer 1983 ab. Nach dieser Vereinbarung erhielt der Kläger ein Kopfgeld von DM 12,-- pro Gast und einen Betrag von je S 100,-- für bestimmte Sonderleistungen wie "Begrüßungsobstler", Ortsinformationsrundgang, Wanderungen, Diavortrag, Fahrt nach Salzburg und Stadtführung. Mit Schreiben vom 24. August 1983 teilte die Beklagte dem Kläger mit, daß die Zielortvereinbarung für Sommer 1984 nicht erneuert werde, da man von einer weiteren Zusammenarbeit absehe.

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß nach der Parteienabsicht der Vertragswille zwar darauf gerichtet gewesen sei, daß der Kläger als selbständiger Reiseleiter tätig werden sollte, daß aber auf Grund der zwingenden Bestimmungen der §§ 1151 f ABGB, 1 f AngG zu prüfen sei, ob nicht dennoch überwiegende Kriterien eines abhängigen Arbeitsverhältnisses vorgelegen sei. Betrachte man die verschiedenen Tätigkeiten des Klägers für die Beklagte, so ergebe sich, daß der Betteneinkauf und die organisatorische Durchführung der Reservierungen sowie der Transfer der Gäste jeweils eine in sich abgeschlossene Leistung beinhaltet hätten und sohin als Erbringung eines Werkes anzusehen seien. Eine zeitliche Bindung des Klägers entspringe nur den vorgegebenen Ankunfts- und Abfahrtszeiten der Gäste, die sich zwangsläufig aus den Buchungen und nicht aus den Wünschen der Beklagten ergeben hätten. Ebenso entspreche ein von der Beklagten vorgeschriebenes Bettenkontingent nur einer Zielvorgabe, sei aber keineswegs als abhängige Arbeitsleistung unter Leitung und Führung der Beklagten anzusehen. Wohl habe die Beklagte dem Kläger Arbeitsmaterial übermittelt und ihm für gewisse Vorgänge, wie Umbuchungen, Rückbuchungen und Verlängerungen, Formulare zur Verfügung gestellt, doch seien diese Mittel des Arbeitgebers im Hinblick auf die freie Wahl des Büros und die Benützung der übrigen Büroeinrichtung für die Erbringung der Leistung des Klägers nur von untergeordneter Bedeutung gewesen. Die vom Kläger verlangte Information über touristische Belange gehe, soweit sie erteilt worden sei, nicht über das hinaus, was etwa auch bei selbständigen Handelsvertretern üblich sei.

Im Bereich der Gästebetreuung habe der Kläger eine typische Dienstleistung erbracht. Hingegen überwiege bei der Organisation der Zusatzveranstaltungen wiederum der Werkcharakter der Leistungen. Den Kläger habe keine persönliche Arbeitspflicht getroffen; er sei vielmehr berechtigt gewesen, sich vertreten zu lassen und habe von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht. Ausflüge und Veranstaltungen habe er wie ein Unternehmer geplant und ausgeführt. Daneben sei er auch noch eigenwirtschaftlich tätig geworden und habe Gäste anderer Reiseunternehmen mitbetreut. Er sei von der Beklagten nicht nach geleisteter Arbeitszeit entlohnt worden, sondern habe ein festes Entgelt für jeden eingetroffenen Gast erhalten. Er sei damit in bezug auf sein Entgelt marktabhängig gewesen. Während die Interessen der Beklagten nicht vorwiegend mit dem Zielort Golling verknüpft gewesen seien, habe es am Kläger gelegen, seine Einkünfte durch ein attraktives Programm für die Gäste zu steigern. Überdies habe er sein Einkommen im Rahmen der vertraglichen Beziehungen zur Beklagten durch gesonderte Provisionsvereinbarungen mit den Leistungsträgern selbst günstig gestalten können.

Die vom Kläger behaupteten zahlreichen Weisungen der Beklagten hätten im wesentlichen nur den vereinbarten Arbeitserfolg betroffen, wie es auch für den Werkvertrag typisch sei. Weisungen bezüglich Arbeitsort, Arbeitszeit und Arbeitsausführung seien nicht festgestellt worden. Der Einsatz von Werbematerial sei kein Indiz für eine persönliche Abhängigkeit. Wohl habe die Beklagte als "riesige Organisation" versucht, den Kläger durch vielerlei Mitteilungen und Anweisungen zu "vereinnahmen", doch sei es ihr nie gelungen, sich dabei gegenüber dem Kläger über den festgesetzten Vertragsrahmen hinaus durchzusetzen. Das Erfordernis einer Abrechnung und der dafür erforderlichen Wochenangaben über die Zahl der Gäste begründe ebenfalls keine persönliche Abhängigkeit. Es sei keinerlei Beweis erbracht worden, daß die Beklagte in das arbeitsbezogene Verhalten der Tätigkeit des Klägers eingegriffen habe. Es habe vielmehr auf Seiten des Klägers eine für einen Arbeitnehmer untypische Selbstbestimmung und Dispositionsfreiheit geherrscht. Die verschiedenen marktstrategischen Vorstellungen der Beklagten (der Reiseleiter am vorgeschobenen Schreibtisch der Firma, Außenstelle, Auge und Ohr der Firma, Hausmitteilung und dgl.) hätten nichts daran geändert, daß der Kläger als Reiseleiter in Wahrheit tun und lassen habe können, was er wollte. Es sei der Beklagten stets nur darauf angekommen, daß der Zielort ordnungsgemäß betreut werde. Nicht die Beklagte habe dem Kläger ein Programm vorgeschrieben, sondern dieser habe das Programm selbst erstellt, der Beklagten mitgeteilt und es in freier Disposition durchgeführt. Die Beklagte habe sich gegen den Kläger in entscheidenden Punkten nicht durchsetzen können. Aus dem tatsächlichen Ablauf der Reiseleitertätigkeit des Klägers und dem Verhalten beider Teile

im Verlaufe der Jahre lasse sich erkennen, was wirklich gewollt gewesen sei. Demnach sei aber weder ein Arbeitsverhältnis beabsichtigt gewesen noch sei die tatsächliche Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen ein solches mangels persönlicher Abhängigkeit begründet worden oder etwa im Laufe der Zeit entstanden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision des Klägers mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinne des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragte in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

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 - nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit - äußert. Wesentlich für den Arbeitsvertrag ist eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist oder, wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Arbeitsvertrages gehören ferner die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, dessen disziplinierte Verantwortung, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zugute kommt, 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, 281; Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser Arbeitsrecht 2 I 3, 15 ff; Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht 99 ff; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 66 ff, 121; Mayer-Maly Marold, Österr. Arbeitsrecht I 28 ff; Jabornegg HVG § 1 40 ff; Sprung-König ZAS 185, 166; Csebrenyak-Geppert-Maßl-Rabofsky, ABGB und Arbeitsvertragsrecht 177 ff, Arb. 8.030, 10.060, 10.096, JBl. 1987, 332 ua). Die Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle gemeinsam vorliegen und können auch in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten (Arb. 9.845, 9.972; DRdA 1986/23). Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen. Im Gegensatz dazu steht der sogenannte freie Arbeitsvertrag, welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens verpflichtet. Vor allem die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet den freien Arbeitsvertrag vom echten Arbeitsvertrag nach § 1151 ABGB (JBl. 1987, 332 mwH).

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß die rechtliche Qualifikation eines Vertrages nicht vom Willen der vertragsschließenden Parteien und der von ihnen gewählten Bezeichnung abhängt, sondern primär vom Inhalt ihrer ausdrücklich oder schlüssig getroffenen Vereinbarungen, also von der einvernehmlichen besonderen Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen (Tomandl aaO 75 ff; Arb. 9.972; DRdA 1986/23 ua.). Der Revisionswerber räumt zwar ein, daß es auf die tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses ankomme, verläßt aber weitgehend den Boden des von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalts, soweit er lediglich zu den Ausführungen des Berufungsgerichtes zur Beweis- und Rechtsrüge Stellung nimmt und die darin enthaltenen Erwägungen isoliert als "Feststellungen" hervorhebt. Damit bekämpft er zum Teil in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Vorinstanzen und übersieht, daß das Berufungsgericht nicht nur die vorgelegten Urkunden, sondern alle Beweismittel eingehend gewürdigt hat und ausdrücklich davon ausgegangen ist, daß die Beklagte zwar versucht habe, den Kläger in ihrer Organisation zu "vereinnahmen", daß ihr dies aber wegen des selbständigen Verhaltens des Klägers nie gelungen ist. Prüft man anhand der für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen die für einen Arbeitsvertrag wesentliche persönliche Abhängigkeit als kombinatorischen Tatbestand im Sinne eines beweglichen Systems der Bestimmungselemente (Krejci aaO Rz 61) ergibt sich auch nach den vom Revisionswerber für entscheidend gehaltenen Kriterien keineswegs das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zwischen den Streitparteien.

Den Kläger traf keine persönliche Arbeitspflicht. Es stand ihm frei, für seine Tätigkeit ohne Rücksprache mit der Beklagten Vertreter einzusetzen wie auch er selbst seine Gattin hinsichtlich der Reiseleitung Zell am See vertreten

hatte. Der Einsatz von Vertretern lag allein in seiner Entscheidungsbefugnis, und er machte von dieser Möglichkeit nach den Feststellungen auch Gebrauch. Ebenso hatte er freie Hand in der Urlaubsgestaltung, ohne diesbezüglich von einer Zustimmung der Beklagten abhängig gewesen zu sein, der es nur darauf ankam, daß die Abwicklung des Gästebetriebes am Zielort reibungslos verlief. Wer aber übernommene Arbeiten nach Gutdünken generell anderen Personen delegieren darf, ist in der Durchführung der ihm auferlegten Pflichten nicht fremdbestimmt und daher kein Arbeitnehmer (Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht 2 I 16; Krejci aaO Rz 38 mwH; Arb. 5.957, 6.689). Daß diese Vertretungsmöglichkeit nur fallweise erfolgen hätte dürfen und nur für bestimmte Situationen gedacht gewesen sei, wurde entgegen der Ansicht des Revisionswerbers nicht festgestellt. Ein entscheidendes Merkmal der Fremdbestimmung ist auch die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, daß diesbezüglich zwischen den sachlichen Weisungen, die den Arbeitserfolg an sich betreffen und daher auch im Werkvertrags- und im freien Arbeitsverhältnis vorkommen, und den persönlichen Weisungen, welche die Art und Weise der Tätigkeit unmittelbar betreffen, zu unterscheiden ist (vgl. Arb. 9.876). Arbeitsvertragstypisch sind Weisungen über die Art und Weise der Durchführung der obliegenden Arbeiten (Krejci aaO Rz 48). Diese Unterscheidung findet sich auch in der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses der Streitparteien. Während nach den jeweiligen Zielort-Vereinbarungen der für den einzelnen Reiseleiter zuständige Gebietsbeauftragte der Beklagten gegenüber dem örtlichen Vertragspartner in allen "touristischen Belangen" zur Kontrolle und Weisung befugt war, unterstand der Kläger als Zielortreiseleiter niemandem. Er konnte vielmehr feststelltermaßen tun und lassen was er wollte. Der Gebietsbeauftragte der Beklagten gab dem Kläger weder Weisungen betreffend den Arbeitsort, die Arbeitseinteilung oder die Arbeitszeit, noch kontrollierte er dessen Reiseleitertätigkeit. Damit ist aber entgegen der Ansicht des Revisionswerbers

daß der Kläger nicht in seiner gesamten Tätigkeit weisungsgebunden war, sondern nur in jenen Belangen, die wie die Reservierung der Zimmer im Rahmen eines vorgegebenen Bettenkontingents, die Abholung der Gäste oder die Einrichtung einer Auskunftsstelle den Erfolg der von der Beklagten angebotenen Reise in Erfüllung des Pauschalarrangements sicherstellen sollten (vgl. Sprung-König aaO 169). Die Art und Weise der Durchführung dieser Tätigkeiten, aber auch die Auswahl der Hotel- und Gastronomiebetriebe und die Gestaltung des Freizeitprogramms erfolgte nach der eigenen zum Teil auch eigenwirtschaftlichen Initiative des Klägers. Dabei verschlägt es nichts, daß ein Teil des Freizeitprogramms, wozu der Kläger noch zusätzliche Veranstaltungen organisieren konnte, bereits in den Katalog der Beklagten aufgenommen war, weil auch dieser Teil des Programms vom Kläger selbst erstellt worden war. Den Einwänden des Revisionswerbers, der Kläger sei als Teil des Produktionsapparates in die Betriebsorganisation eingegliedert gewesen, es habe weder bei der Bettenreservierung oder bei der Erstellung des Katalogangebotes noch bei der Durchführung des Gästebetreuungsprogramms Freiräume für ihn gegeben, ist entgegenzuhalten, daß das Berufungsgericht ausdrücklich festgehalten hat, daß weder auf Grund der Aussagen noch auf Grund der Urkunden der Beweis erbracht worden sei, die Beklagte habe mittels Weisungen auf das arbeitsbezogene Verhalten, auf das "wo, wann und wie" der Tätigkeit des Klägers eingegriffen; vielmehr habe eine für einen Arbeitnehmer untypische Selbstbestimmung und Dispositionsfreiheit geherrscht.

Auch der Versuch der Beklagten, "strategische Überlegungen" einzubringen, ist nach den maßgeblichen Feststellungen am Widerstand des Klägers gescheitert. Soweit der Kläger anhand von einzelnen schriftlichen Mitteilungen der Beklagten, Formularen, Bestätigungen und dgl. darzutun versucht, daß ihm die Beklagte ständig Weisungen erteilt hätte, geht er nicht vom festgestellten Sachverhalt aus. Eine Unterwerfung des Klägers unter betriebliche Ordnungsvorschriften wurde nicht festgestellt. Die dem Kläger 1983 übermittelte Broschüre über Richtlinien für das Verhalten eines Reiseleiters im Notfall könnte zwar eine solche Vorschrift sein, doch gab es dazu keinerlei Hinweis, wie der Kläger den Inhalt des Heftes aufzufassen habe und ob er ihn auch als bindende Vorschrift auffaßte.

Richtig ist, daß die Beklagte dem Kläger Werbematerial, Briefpapier, Formulare, Prospekte, Anzeigetafeln, und eine Stampiglie zur Verfügung stellte. Daraus könnte, soweit nicht nur Verwaltungsmechanismen zur rationellen Erfassung der Buchungen und Berechnungsgrundlage vereinheitlicht werden sollten, eine Arbeit mit Mitteln des Arbeitgebers abgeleitet werden. Den diesbezüglichen Einwänden des Revisionswerbers, auch dadurch sei der Kläger ein Teil der Organisation der Beklagten geworden, ist entgegenzuhalten, daß eine Übernahme von Werbematerial oder die Verwendung besonderer Formulare auch zwischen selbständigen Unternehmen erfolgen kann und daß sich der Kläger sein Büro am Zielort ohne jegliche Einflußnahme der Beklagten selbst einrichtete und zum Teil auf Kosten Dritter und zum Teil auf eigene Kosten betrieb. Es gab nach den Feststellungen keine Niederlassung der Beklagten am Zielort,

sondern nur eine jeweils bei anderen Unternehmen installierte Auskunftsstelle, deren Position der Beklagten fallweise gar nicht mitgeteilt wurde. Von einer Eingliederung des Klägers in den Organismus des Unternehmens der Beklagten als untergeordnetes unvollständiges und gehorchendes Organ (vgl. Krejci aaO Rz 58) konnte sohin nicht die Rede sein. Auch bezüglich der Kontrollunterworfenheit des Beklagten ist entgegen den Ausführungen in der Revision auf die Feststellungen zu verweisen, wonach die Reiseleitertätigkeit des Beklagten nicht kontrolliert wurde. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit der Kläger für die Beklagte die Erbringung der Fremdleistungen an Ort und Stelle kontrollierte, wie das Berufungsgericht nicht in den Feststellungen, sondern in der Erledigung der Rechtsrüge der Berufung ausführte, weil sich eine solche Kontrolle auf das Verhältnis des Kunden zur Beklagten bezog und andererseits jeder Vertragspartner bezüglich seiner Leistungspflicht einer Kontrolle unterworfen ist. Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages können nur solche Kontrollen sprechen, die in ihrem Umfang und in ihrer Intensität sich vom Kontrollrecht anderer Vertragstypen unterscheiden (Krejci aaO Rz 55). Daß es zu derart weitgehenden Kontrollen des Klägers gekommen wäre, ist nicht festgestellt. Auch in der Frage einer Berichtspflicht geht die Revision nicht von den Feststellungen aus, die darin gipfeln, daß die in den Zielortverträgen vereinbarten Berichte über Aufforderung nur unregelmäßig erstattet wurden und letztlich keine Pflicht zur Berichterstattung durch die örtlichen Reiseleiter bestanden hat. Der Revision ist beizupflichten, daß disziplinäre Verantwortlichkeit als ein Aspekt der Fremdbestimmung gewertet wird (Krejci aaO Rz 56) und daß als Disziplinarstrafen auch Kündigungen vorgesehen sein können. Der auf eine Erörterung einer Zeugenaussage in der Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes gestützte Einwand läßt aber außer acht, daß in den Zielortvereinbarungen für den Fall der Nichterfüllung von Vertragspflichten keine "Disziplinarmaßnahme" vorgesehen war. Um aber eine Kündigung, die an sich ein Gestaltungsrecht ist, als Disziplinarmaßnahme mit dem Gehalt eines Unwerturteils werten zu können, müßte sich die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme aus dem Gesetz, einer Arbeitsordnung, aus dem Einzeldienstvertrag oder aus einem Kollektivvertrag ergeben (ZAS 1974/24). Der Selbständige ist disziplinar nicht verantwortlich (Arb. 9.491).

Nicht zielführend ist weiters der Einwand des Revisionswerbers, den vom Berufungsgericht genannten Leistungen des Betteneinkaufes und der organisatorischen Durchführung der Reservierung sowie dem Transfer der Gäste hafte kein Werkcharakter an. Nach den ausdrücklichen Feststellungen ist es der Beklagten hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers um die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gegangen. Für die Beklagte war nur wesentlich, daß die touristischen Belange im Zusammenhang mit der Abwicklung des Gästebetriebes am Zielort und der Gästebetreuung reibungslos verliefen. Diesen Erfolg hatte der Kläger herzustellen.

Die in der Revision erwähnte Beistellung von Kost und Quartier durch die Beklagte reduziert sich nach den Feststellungen darauf, daß dem Kläger von 1958 bis 1960 aus einem Unterkonto, das durch Beiträge der Hotel- und Gastronomiebetriebe gespeist wurde, ein Auslagenersatz zukam, der in der Folge ohne Abgeltung weggefallen ist und durch weitere 23 Jahre nicht gezahlt wurde. Der Auslagenersatz ist daher kein tragfähiges Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft. Den Ausführungen des Berufungsgerichtes in seiner rechtlichen Beurteilung über eine vom Kläger behauptete Treuepflicht ist nicht die in der Revision gewünschte Feststellung zu entnehmen. Der Kläger war vielmehr keineswegs verhalten, nur für die Beklagte tätig zu werden. Er hatte nicht nur bei der Gestaltung des Freizeitprogramms freie Hand, sondern es stand ihm auch frei, Programme für andere Reiseunternehmen zu organisieren, Gäste anderer Reisebüros in den Vertragshäusern der Beklagten unterzubringen und auf dem Reisesektor eigenwirtschaftlich tätig zu werden. Darüber hinaus betrieb er einen Fahrrad- und Schiverleih. Aus dem Umfang der Inanspruchnahme des Klägers, der einen Hauptberuf ausübte, durch die Beklagte ist ebenfalls kein auf eine Arbeitnehmereigenschaft hinweisendes Merkmal abzuleiten (vgl. Krejci aaO Rz 59). Betrachtet man schließlich, welches Entgelt der Kläger von der Beklagten erhielt, so steht im Vordergrund, daß der Kläger nicht nach geleisteter Arbeitszeit, sondern mit einem Pauschalhonorar pro eingetroffenem Gast bezahlt wurde. Zusätzlich erhielt er von den Leistungsträgern noch Provisionen für die Zusatzprogramme. Er zahlte keine Lohnsteuer und entrichtete keine Beiträge zur Sozialversicherung. Seine Betriebskosten trug er, soweit solche aufliefen, selbst.

Zusammenfassend ergibt sich daraus, daß sowohl nach dem Vertragswillen der Parteien (Arb. 9.489) als auch nach der damit in Einklang stehenden Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen und in der festgestellten Tätigkeit des Klägers für die Beklagte die Elemente eines freien Dienstvertrages oder eines Werkvertrages jene Merkmale, die für ein Arbeitsverhältnis sprechen, in ihrer Zahl und Intensität bei weitem überwiegen. 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

Kollektivverträge, sondergesetzliche Abfertigungsbestimmungen und die Vorschriften des Angestelltengesetzes über Kündigungstermine und Kündigungsfristen (Sprung-König aa0 171; Arb. 5.957, 6.087, 10.055 ua). Die Vorinstanzen haben daher die Ansprüche des Klägers zu Recht abgewiesen.

Die Kostenentscheidung ist in den §§ 41 und 50 ZPO begründet.

**Anmerkung**

E13477

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:014OBA00046.87.0113.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19880113\_OGH0002\_014OBA00046\_8700000\_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](http://www.jusline.at)