

# TE OGH 1979/2/20 4Ob125/78

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.02.1979

## Norm

ABGB §1158 Abs2

Angestelltengesetz §19 Abs1

Angestelltengesetz §19 Abs2

Angestelltengesetz §40

## Kopf

SZ 52/21

## Spruch

Ob bei - insoweit teilnichtiger - Vereinbarung einer mehr als einmonatigen (§ 19 Abs. 2 AngG; § 1158 Abs. 2 ABGB) Probezeit ab dem Beginn des zweiten Monates ein befristetes Dienstverhältnis oder aber ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit anzunehmen ist, hängt allein vom Willen der Parteien ab Abgrenzung zwischen einem Probendienstverhältnis (Dienstverhältnis auf Probe) und einem zeitlich begrenzten Dienstverhältnis zur Probe

OGH 20. Feber 1979, 4 Ob 125/78 (LG Innsbruck 1 Cg 22/78; ArbG Innsbruck Cr 555/77)

## Text

Die Klägerin behauptet, daß sie vom Beklagten ab 1. Juli 1977 gegen ein monatliches Bruttogehalt von 11 768.40 S samt Anhang angestellt, am 1. September 1977 jedoch ohne hinreichende Gründe fristlos entlassen worden sei. Da ihr der Beklagte das Entgelt für September 1977 noch gezahlt habe, gebühre ihr der eingeklagte Betrag als Kündigungsentschädigung samt anteiligen Sonderzahlungen für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1977.

Der Beklagte hat dieses Begehren dem Gründe und der Höhe nach bestritten. Das Dienstverhältnis sei für eine Probezeit von drei Monaten abgeschlossen und wegen unzureichender Arbeitsleistung der Klägerin am 1. September 1977 beendet worden.

Die Klägerin bezeichnet dieses Vorbringen als unrichtig; eine Befristung ihres Dienstverhältnisses sei ebensowenig vereinbart worden wie eine dreimonatige Probezeit.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens hätten die Parteien ein mit 30. September 1977 befristetes Dienstverhältnis abgeschlossen. Der durch die vorzeitige Auflösungserklärung des Beklagten unberührt gebliebene Anspruch der Klägerin auf das Entgelt für diese drei Monate sei vom Beklagten voll befriedigt worden. Der Beklagte habe zwar irrigerweise angenommen, daß er das Dienstverhältnis während der vereinbarten Dauer jederzeit lösen könne; der Abschluß eines Probendienstverhältnisses im Sinne des § 19 Abs. 2 AngG könne jedoch nur dann angenommen werden, wenn die Parteien - was hier nicht geschehen sei - die fristlose Lösbarkeit innerhalb der Probezeit - vereinbart hätten.

Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Das Berufungsgericht führte die Verhandlung gemäß § 25 Abs. 1 Z. 3 ArbGG von neuem durch und kam dabei zu folgenden Sachverhaltsfeststellungen:

Der Beklagte betreibt neben einer Kaffeerösterei auch den Handel mit Bohnenkaffee. Als sich die Klägerin auf Grund einer Zeitungsanzeige bei ihm meldete, wurde sie auf die Schwierigkeiten des Vertreterberufes sowie darauf hingewiesen, daß sie der erste Vertreter weiblichen Geschlechtes beim Beklagten sei. In der Folge kam es zwischen den Parteien zum Abschluß eines mündlichen Dienstvertrages, mit welchem die Klägerin ab 1. Juli 1977 beim Beklagten als Vertreterin angestellt wurde. Die Klägerin sollte vereinbarungsgemäß ein Fixum von 3500 S brutto im Monat und eine Provision von 10% des Umsatzes aus den von ihr gebrachten Aufträgen erhalten; in den "schwachen" Monaten sollte das Fixum so erhöht werden, daß die Klägerin den Mindestlohn nach dem Kollektivvertrag der Handelsangestellten erreichen würde. Der Beklagte vereinbarte mit der Klägerin, daß er es vorerst mit ihr auf drei Monate probieren wolle; er erwähnte dabei ausdrücklich, daß sowohl er als auch die Klägerin innerhalb der drei Monate das Dienstverhältnis jederzeit lösen könne. Tatsächlich war der Beklagte der Meinung, das Dienstverhältnis mit der Klägerin innerhalb der drei Monate jederzeit einseitig auflösen zu können. Da er mit den Leistungen der Klägerin unzufrieden war, sprach er am 1. September 1977 ihre Entlassung aus. Auf Intervention des Klagevertreters zahlte der Beklagte der Klägerin für September 1977 einen Betrag von 12 311.15 S brutto. Bei diesem Gespräch mit dem Klagevertreter vertrat der Beklagte - ebenso wie auch in weiteren Gesprächen - die Auffassung, daß eine Probezeit von drei Monaten vereinbart worden sei.

Rechtlich ging das Berufungsgericht davon aus, daß die Vereinbarung, jemanden probeweise auf drei Monate anzustellen, nach der Rechtsprechung dann, wenn die jederzeitige Lösbarkeit des Dienstverhältnisses während dieser Probezeit nicht bedungen war, überhaupt kein Dienstverhältnis auf Probe im Sinne des § 19 Abs. 2 AngG, sondern nur ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit zur Probe begründe. Werde dagegen, wie hier, die jederzeitige Lösbarkeit des Dienstverhältnisses entgegen § 19 Abs. 2 AngG für eine längere als eine einmonatige Probezeit vereinbart, dann sei nicht die ganze Vereinbarung ungültig, sondern nur die freie Lösbarkeit auf einen Monat beschränkt; das Dienstverhältnis laufe dann bis zum Ablauf der bedungenen Probezeit - hier also noch weitere zwei Monate - als befristetes Dienstverhältnis weiter. Im konkreten Fall hätte also das Dienstverhältnis der Klägerin mit 30. September 1977 geendet; bis zu diesem Zeitpunkt sei aber die Klägerin vom Beklagten voll entlohnt worden. Ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung bis Ende Dezember 1977 bestehe bei dieser Sachlage nicht zu Recht.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision der Klägerin nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Gemäß § 19 Abs. 2 AngG kann ein Dienstverhältnis auf Probe nur für die Höchstdauer eines Monats vereinbart und während dieser Zeit von jedem Vertragsteil jederzeit gelöst werden. Wie das Berufungsgericht zunächst richtig erkannt hat, wird durch den Abschluß eines "provisorischen Dienstverhältnisses auf vorläufig ein Jahr", durch die Vereinbarung, jemanden "provisorisch auf die Dauer von drei Monaten probeweise anzustellen", durch eine "probeweise Aufnahme" auf bestimmte Zeit oder durch ähnliche Abmachungen kein solches Dienstverhältnis auf Probe, sondern ein zeitlich begrenztes Dienstverhältnis zur Probe begründet. Die Erprobung ist dabei nur das - rechtlich unerhebliche - Motiv des Vertragsabschlusses; das Dienstverhältnis selbst ist auf bestimmte Zeit abgeschlossen, der Dienstgeber behält sich aber - unverbindlich - die Erneuerung des Dienstverhältnisses nach Ablauf der bestimmten Vertragszeit vor. Ein

Probendienstverhältnis im Sinne des § 19 Abs. 2 AngG kann in diesen Fällen nur dann angenommen werden, wenn die jederzeitige fristlose Lösbarkeit des Dienstverhältnisses während der vertraglich festgelegten "Probezeit" ausdrücklich vereinbart wird (SZ 25/198 = Arb. 5468 = EvBl. 1952/359 = SozM I A d 9; Arb. 5061; Arb. 8198 = EvBl. 1966/309 = SozM I A d 693; vgl. auch Arb. 8974 = SozM I A d 1005 = ZAS 1973, 60; Floretta in Floretta - Spielbühler - Straßer, Arbeitsrecht I, 164; Martinek - Schwarz, AngG [3], 325 f. § 19 Anm. 8; Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz, 85).

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ist im konkreten Fall eine Vereinbarung zustande gekommen, wonach "sowohl die Klägerin als auch der Beklagte innerhalb der drei Monate das Dienstverhältnis jederzeit auflösen" könne; die Parteien haben damit nach den obigen Rechtsausführungen zwar ein Dienstverhältnis auf Probe im Sinne des § 19 Abs. 2 AngG begründet, gleichzeitig aber die Probezeit entgegen dieser Gesetzesstelle mit mehr als einem Monat bemessen. Welche Rechtsfolgen eine solche Vereinbarung einer längeren als der gesetzlich zulässigen Probezeit nach sich zieht, ist in Rechtsprechung und Lehre bisher nicht einheitlich beantwortet worden:

Der OGH hat zu dieser Frage - soweit ersichtlich - seit dem Inkrafttreten des Angestelltengesetzes 1921 nicht Stellung genommen; er hatte aber in einer Entscheidung zu § 19 Abs. 2 des Handlungsgehilfengesetzes 1910 - welche Gesetzesstelle allerdings zum Unterschied von § 19 Abs. 2 AngG angeordnet hatte, daß "ein auf Probe vereinbartes Dienstverhältnis während des ersten Monats der Probezeit von beiden Teilen jederzeit aufgelöst werden" könne - die Auffassung vertreten, daß in derartigen Fällen nur der erste Monat als Probemonat zu qualifizieren, nach seinem Ablauf aber das Dienstverhältnis als auf bestimmte Zeit eingegangen anzusehen sei (5. Febr 1913, Spr 218 = NowakNF 1474 = AC 3139 = Fuchs 91 = GIUNF 6294).

Mehrere Entscheidungen erster und zweiter Instanz (LG Wien, 31. März 1932, RZ 1933, 47; GewG Innsbruck 12. April 1935, Arb. 4532; LG Wien, 5. Oktober 1936, ZBl. 1937/19; ArbG Wien, 31. August 1951, SozM I A a 1) hatten sich dieser Rechtsansicht dann auch zu § 19 Abs. 2 AngG angeschlossen: Die Vereinbarung einer mehr als einmonatigen Probezeit sei weder schlechthin ungültig noch könne sie ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit von Anfang an begründen; es liege vielmehr während des ersten Monats ein Dienstverhältnis auf Probe im Sinne des § 19 Abs. 2 AngG vor, welches mit dem Beginn des zweiten Monats in ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit übergehe und als solches in jedem Fall mit dem Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ende; ein Dienstverhältnis dieser Art könne daher im ersten Monat von beiden Vertragsteilen jederzeit, danach aber nur noch aus wichtigen Gründen (§ 25 AngG) vorzeitig aufgelöst werden.

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum hatten bereits Mayer - Mallenau - Grünberg (AngG[2], 111 f. § 19 Anm. 3) die Auffassung vertreten, daß ein von vornherein für länger als einen Monat eingegangenes Dienstverhältnis auf Probe nach Ablauf des ersten Monats für die restliche Vertragsdauer wie ein Dienstverhältnis mit Zeitbestimmung im Sinne des § 19 Abs. 1 AngG wirke. Auch Ehrenzweig (2. Aufl. II/1, 497 bei und in FN 169) war der gleichen Meinung, hielt aber eine vorzeitige Kündigung "mit der geringsten zulässigen Frist" für möglich.

Im Gegensatz dazu war Pisko (Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, 108) der Auffassung, daß bei Vereinbarung einer einen Monat übersteigenden Probezeit im Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 AngG das Dienstverhältnis nach dem ersten Monat in ein solches auf unbestimmte Zeit übergehe; nur dort, wo der - mit § 19 Abs. 2 Handlungsgehilfengesetz insoweit wörtlich übereinstimmende - § 1158 Abs. 2 ABGB zur Anwendung komme, sei von einem Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit (für die restliche Vertragsdauer) auszugehen.

Nach dem Zweiten Weltkrieg hatten zunächst Adler - Höller (in Klang[2] V, 322 zu § 1158 Abs. 2 ABGB) im Einklang mit der oben angeführten Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß ein für längere Zeit als einen Monat abgeschlossenes Probendienstverhältnis mit dem Beginn des zweiten Monats in ein befristetes Dienstverhältnis übergehe, welches vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer durch Kündigung nicht mehr gelöst werden könne. Diese Rechtsansicht - welcher in jüngster Zeit übrigens auch Floretta (a. a. O.) beigetreten ist - wird aber von Martinek -

Schwarz (a. a. O., 324 f.) als bedenklich bezeichnet: Die Vereinbarung einer längeren als der gesetzlich zulässigen Probezeit sei insoweit teilweise nichtig, als nur ein Monat als Probemonat anerkannt werden könne; der restliche Zeitraum könne aber schon deshalb nicht in ein befristetes Arbeitsverhältnis umgedeutet werden, weil eine solche Kombination nach redlicher Verkehrsauffassung der Absicht der Parteien nicht unterstellt werden könne. Es bleibe daher nichts anderes übrig, als dem einen Monat übersteigenden Probezeitraum keine Bedeutung zuzumessen und ihn zufolge der Nichtigkeitswirkung als nicht vorhanden zu betrachten; an den gültig vereinbarten Probemonat schließe sich infolgedessen ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit an.

Dieser - auch in der Revision mehrfach zitierten - kritischen Stellungnahme von Martinek - Schwarz zur bisherigen Rechtsprechung kann nach Ansicht des erkennenden Senates nur insoweit Berechtigung zuerkannt werden, als in der Tat nicht schon jede Vereinbarung einer das gesetzliche Höchstausmaß übersteigenden Probezeit zur Annahme eines befristeten Dienstverhältnisses im Sinne des § 19 Abs. 1 AngG führen muß; es sind vielmehr durchaus auch solche Fälle denkbar, in denen ungeachtet der Vereinbarung einer mehr als einmonatigen Probezeit zwischen den Parteien schon bei Vertragsabschluß Einigkeit darüber besteht, daß das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Ablauf dieser Probezeit enden, sondern über sie hinaus fortgesetzt werden soll. Da eine gegen § 19 Abs. 2 AngG verstoßende Vereinbarung nach dem Schutzzweck dieser Verbotsnorm immer nur so weit unwirksam ist, als in ihr die freie Lösbarkeit des Vertrages auch nach Ablauf des ersten Monats vorgesehen ist, der vom gesetzlichen Verbot nicht betroffene restliche Vertragsinhalt aber voll wirksam bleibt (s. dazu Koziol - Welser<sup>[4]</sup> I, 120 f.), kann die Entscheidung daher immer nur davon abhängen, ob nach dem Willen der Parteien - von der (teil-)nichtigen Vereinbarung über die Dauer der Probezeit abgesehen - ein befristetes oder ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen werden sollte. Wird ein zwar befristetes, vereinbarungsgemäß aber innerhalb dieser Zeit von beiden Teilen frei lösbares Dienstverhältnis begründet - insbesondere also auch ein "Dienstverhältnis zur Probe" im oben dargelegten Sinn, bei welchem zusätzlich die Möglichkeit der jederzeitigen freien Auflösung bedungen wurde - dann kann zwar gleichfalls nur der erste Monat als Probemonat gelten, innerhalb dessen jeder Vertragsteil das Dienstverhältnis jederzeit frei lösen kann; nach seinem Ablauf wird dann aber im Sinne der Rechtsprechung tatsächlich - entsprechend dem Parteiwillen, welcher hier von Anfang an auf ein bloß befristetes Dienstverhältnis gerichtet war - ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit angenommen werden müssen, welches gemäß § 19 Abs. 1 AngG mit dem Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer endet.

Die im konkreten Fall von den Parteien getroffene Vereinbarung, der Beklagte wolle es "vorerst mit der Klägerin auf drei Monate probieren", würde, wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben, an sich für die Begründung eines zeitlich begrenzten Dienstverhältnisses zur Probe sprechen; auf Grund der vom Berufungsgericht zugleich als erwiesen angenommenen Abrede, daß beide Teile das Dienstverhältnis "innerhalb der drei Monate jederzeit auflösen" könnten, muß aber nach der eingangs angeführten, auch vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des OGH von der Begründung eines Probendienstverhältnisses im Sinne des § 19 Abs. 2 AngG ausgegangen werden. Da diese - zugunsten des Angestellten einseitig zwingende (§ 40 AngG) - Bestimmung die Vereinbarung einer mehr als einmonatigen Probezeit für unzulässig erklärt und insoweit daher Teilnichtigkeit vorliegt, mußte die freie Lösbarkeit des Dienstverhältnisses auf dessen ersten Monat beschränkt bleiben; für die darauffolgende Zeit ist aber mit Rücksicht darauf, daß die vom Berufungsgericht festgestellte Vereinbarung der Parteien deren Absicht erkennen läßt, zumindest vorläufig keine drei Monate übersteigende Bindung einzugehen, ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit im Sinne des § 19 Abs. 1 AngG anzunehmen, welches mit dem Ablauf der bedungenen Vertragsdauer am 30. September 1977 sein Ende gefunden hätte, vorher aber nur aus wichtigen Gründen (§ 25 AngG) einseitig aufgelöst werden konnte.

Die gegenteiligen Ausführungen der Revision sind nicht stichhältig. Wie die Klägerin richtig erkennt, kann die Frage, ob das zwischen den Parteien begründete Dienstverhältnis nach Ablauf des gesetzlich zulässigen Probemonats zwei Monate später von selbst geendet hätte oder aber nur durch eine Kündigung hätte aufgelöst werden können, nur nach dem Parteiwillen beurteilt werden. Mit ihren weiteren Ausführungen, wonach die Parteien "von vornherein eine dauernde Anstellung (der Klägerin) intendiert" hätten, entfernt sich die Revision von den im Revisionsverfahren nicht mehr überprüfbaren Feststellungen des Berufungsgerichtes. Dieses hat, wie erwähnt, auf Grund der Vernehmung von Zeugen und Parteien - und damit für den OGH bindend - die übereinstimmende Absicht der Parteien als erwiesen angenommen, es "vorerst auf drei Monate zu probieren", also das Dienstverhältnis zunächst mit dieser Zeitspanne zu

begrenzen. Eine auf den (sofortigen) Abschluß eines unbefristeten Dienstverhältnisses gerichtete Parteienabsicht hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; sie kann entgegen der Meinung der Klägerin auch nicht den von der Revision in diesem Zusammenhang angeführten Feststellungen des angefochtenen Urteils entnommen werden.

**Anmerkung**

Z52021

**Schlagworte**

Probedienstverhältnis und zeitlich begrenztes Dienstverhältnis, Zeitlich begrenztes Dienstverhältnis und Probedienstverhältnis

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1979:0040OB00125.78.0220.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19790220\_OGH0002\_0040OB00125\_7800000\_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)