

# TE OGH 2011/1/25 8ObA3/11s

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.01.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Mag. Thomas Kallab als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Kurt Fassl, Rechtsanwalt in Graz, gegen die beklagte Partei Mag. F\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\*, als Insolvenzverwalter im Konkursverfahren der D\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* (40 S \*\*\*\*\*, Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz), vertreten durch Dr. Franz Krainer, Rechtsanwalt in Graz, wegen Feststellung einer Insolvenzforderung (8.998 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 2. Dezember 2009, GZ 8 Ra 77/09v-29, womit über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 28. April 2009, GZ 38 Cga 107/08k-22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

1. Das unterbrochene Verfahren wird aufgenommen. Die Bezeichnung der beklagten Partei wird wie im Kopf der Entscheidung ersichtlich berichtigt.
2. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung nunmehr wie folgt zu lauten hat:

- „1. Es wird festgestellt, dass der Klägerin im Insolvenzverfahren der D\*\*\*\*\* GmbH (40 S \*\*\*\*\*, Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz) eine Insolvenzforderung in der Höhe von 100,30 EUR brutto samt 11,19 % Zinsen aus dem Nettobetrag für die Zeit von 4. 6. 2008 bis 14. 10. 2010 zusteht.
2. Das Mehrbegehren auf Feststellung einer darüber hinausgehenden Insolvenzforderung der Klägerin wird abgewiesen.
3. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.968,85 EUR bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten 400,31 EUR USt und 567 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.205,98 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten 182,66 EUR USt und 1.110 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

A) Zum Fortsetzungsbeschluss:

Über das Vermögen der vormals Beklagten wurde nach Erhebung der Revision und der freigestellten Revisionsbeantwortung am 14. 10. 2010 das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung (mittlerweile ein

Konkursverfahren) eröffnet und der nunmehrige Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser beantragte am 3. 1. 2011 die Fortsetzung des unterbrochenen Verfahrens. Die Klageforderung sei im Insolvenzverfahren angemeldet und von ihm in der Prüfungstagsatzung bestritten worden.

Ist die Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 7 Abs 1 IO im Revisionsstadium eingetreten, dann ist der Oberste Gerichtshof zur Entscheidung über den Aufnahmeantrag und die Berichtigung der Bezeichnung der Partei, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, berufen (§ 165 Abs 1 ZPO; RIS-Justiz RS0097353 ua). Aus der vom Obersten Gerichtshof beigeschafften Forderungsanmeldung der Klägerin im Insolvenzverfahren (ON 3/23) ergibt sich, dass diese die bisherige Klageforderung zuzüglich der bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelaufenen Zinsen von 794 EUR und Kosten von 4.891 EUR im Verfahren anmeldete.

Aus Anlass der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist das Klagebegehren von Amts wegen in diesem Umfang in ein Begehr auf Feststellung einer Insolvenzforderung zu ändern (RIS-Justiz RS0041103 ua).

B) Zur Entscheidung in der Hauptsache:

Die Klägerin war für die ursprünglich Beklagte (in weiterer Folge: Arbeitgeberin) im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses zwischen September 2004 und Oktober 2007 als „Callcenter-Agent“ tätig. Ihre Aufgabe bestand darin, für bestimmte Auftraggeber Kunden durch Telefonanrufe zu gewinnen. Zu Beginn dieses freien Dienstverhältnisses war ein Probemonat vereinbart. Nach dem insoweit nicht bestrittenen Klagevorbringen wurde dieses freie Dienstverhältnis durch die Klägerin beendet.

Ab 11. 3. 2008 war die Klägerin wiederum für die Arbeitgeberin tätig. Die Initiative dazu ging von deren Geschäftsführer aus. Die Streitteile vereinbarten, dass die Klägerin - nunmehr im Rahmen eines Arbeitsvertrags, auf den unstrittig das Angestelltengesetz anzuwenden war - erneut als „Callcenter-Agent“ für die Arbeitgeberin tätig sein solle. Ihre Aufgabe bestand wiederum darin, Kunden durch Telefonanrufe zu gewinnen. Sie betreute allerdings nur mehr zwei jener Auftraggeber, für die sie auch schon während ihres freien Dienstvertrags mit der Arbeitgeberin Kontakte geknüpft hatte. Etwa eine Woche vor Abschluss des Arbeitsvertrags - zu diesem Zeitpunkt stand noch nicht fest, für welche Auftraggeber die Klägerin tätig sein sollte - gab es ein Gespräch zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer der Arbeitgeberin. In diesem teilte der Geschäftsführer der Klägerin mit, dass der „erste Monat ein Probemonat ist“. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht unterfertigt. Am 4. 4. 2008 erklärte die Arbeitgeberin gegenüber der Klägerin schriftlich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Probemonat.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Zahlung folgender Beträge:

KE 26. 3. 08 - 30. 6. 08

3.539,20 EUR brutto

SZ zur KE 26. 3. 08 - 30. 6. 08

587,84 EUR brutto

UEL für 7,6 AT samt SZN

445,74 EUR brutto

gesamt

4.572,78 EUR brutto sA

Sie brachte vor, dass die Kündigung des Arbeitsvertrags fristwidrig erfolgt sei. Ein Probemonat sei nicht vereinbart worden. Der Arbeitsvertrag sei der Klägerin vom Geschäftsführer der Arbeitgeberin angeboten worden, die Tätigkeit sei völlig ident mit jener während des unmittelbar vorangegangenen freien Dienstvertrags gewesen. Selbst wenn daher ein Probemonat vereinbart worden wäre, wäre diese Vereinbarung sachlich nicht gerechtfertigt und widerspräche dem Sinn des § 19 Abs 2 AngG.

Die ursprünglich beklagte Arbeitgeberin wandte, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, dagegen ein, dass ein Probemonat wirksam und zulässig vereinbart worden sei. Die Vereinbarung sei sachlich gerechtfertigt, weil die Klägerin nicht freie Dienstnehmerin, sondern nunmehr Arbeitnehmerin sein sollte. Darüber hinaus sei zu Beginn des Arbeitsverhältnisses noch nicht klar gewesen, für welche Auftraggeber sie tätig werden sollte.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf die eingangs im Wesentlichen wiedergegebenen Feststellungen.

Rechtlich ging es von einer schlüssigen Vereinbarung eines Probemonats aus. Diese Vereinbarung sei jedoch sachlich nicht gerechtfertigt, weil das Aufgabengebiet der Klägerin ident mit jenem während des freien Dienstvertrags gewesen sei. Es liege daher eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften vor.

Das Berufungsgericht gab der von der Arbeitgeberin gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Aus den Feststellungen ergebe sich die schlüssige Vereinbarung eines Probemonats. Nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses oder eines anderen Vertragsverhältnisses könne beim selben Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis auf Probe wirksam vereinbart werden, wenn damit keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften erfolge und diese Vorgehensweise sachlich gerechtfertigt sei. Dies sei hier jedoch nicht der Fall, weil die Klägerin schon drei Jahre als „Callcenter-Agent“ für die Beklagte tätig gewesen sei. Daran könne weder der Umstand, dass das erste Dienstverhältnis ein freier Dienstvertrag war, noch, dass zwischen beiden Dienstverhältnissen ein Zeitraum von 6 Monaten liege, etwas ändern.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der ursprünglich beklagten Arbeitgeberin.

Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig; sie ist auch teilweise berechtigt.

1. Gemäß § 19 Abs 2 AngG kann ein Arbeitsverhältnis auf Probe nur für die Höchstdauer von einem Monat vereinbart und während dieses Zeitraums von jedem Vertragsteil jederzeit gelöst werden. Es handelt sich dabei um eine Auflösung besonderer Art, die ohne Rücksicht darauf möglich ist, ob die Vertragspartner ihre Möglichkeit besonders vereinbart haben oder nicht (RIS-Justiz RS0028290). Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz kommt darauf nicht zur Anwendung (ZAS 1984, 140 [Müller]; RIS-Justiz RS0052728). Das Probearbeitsverhältnis soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, sich davon zu überzeugen, ob der Arbeitnehmer sich für die zugeschriebene Stelle eignet; umgekehrt soll auch der Arbeitnehmer Gelegenheit haben, die Verhältnisse im Betrieb kennenzulernen (RIS-Justiz RS0028444). Die enge zeitliche Begrenzung der Zulässigkeit der Vereinbarung eines Probemonats dient der Vermeidung der Umgehung des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes (9 ObA 141/90; Mosler, Rechtsfolgen unwirksamer Probezeitvereinbarungen, wbl 1988, 391).

2. Die rechtliche Beurteilung der Vorinstanzen, dass die Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses hier schlüssig erfolgte, wird von der Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung nicht mehr bestritten. Gegenstand des Verfahrens ist nur mehr die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, dass die hier getroffene Vereinbarung eines Probemonats im Hinblick auf das schon vorher bestandene freie Dienstverhältnis dem Zweck des § 19 Abs 2 AngG widerspreche und daher unwirksam sei.

3. Wie bereits ausgeführt, lässt § 19 Abs 2 AngG die Vereinbarung eines Probemonats ausdrücklich zu. Der Gefahr einer Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften trägt der Gesetzgeber durch die enge zeitliche Beschränkung der Probezeit auf einen Monat Rechnung. Demgemäß geht die herrschende Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass es den Parteien selbst dann, wenn zwischen ihnen vorher bereits ein Dienstverhältnis bestanden habe, grundsätzlich freistehet, zu Beginn des Dienstverhältnisses eine Probezeit zu vereinbaren, sofern nicht unter den gegebenen Umständen eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zu befürchten ist. Sei daher etwa der Gegenstand der Probedienstleistung ein anderer als die frühere Tätigkeit des Arbeitnehmers, seien Abfertigungsansprüche nicht berührt oder gehe es nach der Beendigung eines Dienstverhältnisses durch Arbeitgeberkündigung darum, die Ernstlichkeit des Entschlusses des Arbeitnehmers zu einem Neuanfang zu überprüfen, so sei auch im Anschluss an ein früheres Dienstverhältnis in einem neuen Dienstverhältnis die Vereinbarung einer Probezeit zulässig (4 Ob 59/63 [Arb 7801]; Krejci in Rummel<sup>3</sup> §§ 1158 - 1159c Rz 25; ihm folgend Engelbrecht in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap XVI Rz 99; Karl in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 19 Rz 132; Löschnigg, Arbeitsrecht10, 216; Reissner, ZellKomm § 19 AngG Rz 58). „Kettenprobearbeitsverhältnisse“ hingegen seien

nicht zulässig (Krejci aaO §§ 1158 - 1159c Rz 26; Engelbrecht aaO Kap XVI Rz 100; vgl auch9 ObA 193/93, wo ein erstes Lehrverhältnis in der Probezeit aufgelöst und unmittelbar darauf ein weiteres begründet wurde, um das Verbot einer längeren Probezeit zu umgehen).

4. Vor diesem Hintergrund hat der Oberste Gerichtshof im vorliegenden Fall - anders als die Vorinstanzen - gegen die Zulässigkeit der hier zu beurteilenden Vereinbarung eines Probemonats keine Bedenken. Zum einen bestand zwischen den Streitteilen vor dem Abschluss des nunmehrigen Arbeitsverhältnisses kein Arbeits- sondern ein freies Dienstverhältnis, das nach dem Klagevorbringen von der Klägerin selbst aufgelöst wurde. Berücksichtigt man überdies, dass zwischen der Beendigung des freien Dienstverhältnisses und dem Abschluss des nunmehrigen Arbeitsverhältnisses etwa ein halbes Jahr lag, fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten, die es erlauben würden, von einer Absicht der Beklagten auszugehen, arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zu umgehen. Damit erweist sich aber die Vereinbarung eines Probemonats und somit auch die innerhalb der Probezeit erfolgte Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte als wirksam.

5 . Die auf Grundlage einer fristwidrigen Kündigung als Kündigungsentschädigung und Sonderzahlungen zur Kündigungsentschädigung geltend gemachten Ansprüche der Klägerin bestehen daher nicht zu Recht. Allerdings begeht die Klägerin auch die Zuerkennung von Urlaubersatzleistung ab Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum 30.

6. 2008 (111 Tage). Dieser Anspruch gebührt gemäß §§ 2 Abs 2 Satz 1, 10 Abs 1 UrlG auch dann aliquot, wenn das Arbeitsverhältnis in den ersten sechs Monaten des ersten Arbeitsjahrs - wie hier - vom Arbeitgeber im Probemonat beendet wird (Cerny, Urlaubsrecht4 § 10 Erl 4). Er steht der Klägerin daher für den in der Zeit von 11. 3. 2008 bis 4. 4. 2008 (25 Tage) entstandenen aliquoten Urlaubsanspruch zu. Die in der Klage (auf Basis von Arbeitstagen, vgl Cerny aaO § 10 Erl 6c) vorgenommene Berechnung dieses Anspruchs wurde von der Arbeitgeberin der Höhe nach nicht substantiiert bestritten. Danach erwuchs der Klägerin während der tatsächlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses ein aliquoter Urlaubsanspruch in Höhe von 1,71 Arbeitstagen (25 : 365 x 25). Vereinbart war unstrittig ein Bruttomonatslohn von 1.106 EUR. Unter Zugrundelegung der Berechnung der Klägerin errechnet sich ihr Anspruch in Bruttbeträgen daher wie folgt:

UEL

1.106 : 22 x 1,71 =

85,97 EUR

SZN zur UEL

1.106 : 12 x 2 : 22 x 1,71 =

14,33 EUR

gesamt brutto

100,30 EUR

6. Die von der Klägerin angemeldeten Zinsen bis zur Konkurseröffnung stehen ihr daher nur aus dem diesem Betrag entsprechenden Nettobetrag zu. Die von ihr angemeldeten Verfahrenskosten stehen ihr hingegen überhaupt nicht zu, da sie angesichts ihres nur minimalen Obsiegens keinen Anspruch auf Kostenersatz hat.

7. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren daher in teilweiser Stattgebung der Revision im Sinne der Feststellung einer Insolvenzforderung der Klägerin in der genannten Höhe abzuändern. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren war abzuweisen.

8. Der Zuspruch von Verfahrenskosten an die Beklagte gründet sich auf die §§ 41, 43 Abs 2 Fall 1 und 50 ZPO. Zu hoch verzeichnete der Beklagte die Kosten für die Verhandlungen erster Instanz vom 8. 7. 2008 und vom 28. 4. 2009, die jeweils nur eine begonnene Stunde dauerten. Nicht zuzuerkennen waren Kosten für die - überdies nicht bewilligte - Vertagungsbitte vom 24. 2. 2009 (Obermaier, Kostenhandbuch2 Rz 238). Ein bloßer Additionsfehler bei der Berechnung der Kosten für die Berufung im zweiten Rechtsgang war zugunsten des Beklagten zu korrigieren (RIS-Justiz RS0113805).

## **Schlagworte**

Arbeitsrecht

**Textnummer**

E96263

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:008OBA00003.11S.0125.000

**Im RIS seit**

18.02.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

14.03.2012

**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)