

TE OGH 1978/6/27 4Ob20/78

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.06.1978

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Lassmann als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Friedl und Dr. Resch sowie die Beisitzer Dipl.-Ing. Otto Beer und Walter Geppert als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. I*, vertreten durch Dr. Gustav Teicht, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Ö*, vertreten durch Dr. Michael Stern, DDr. Peter Stern, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert 50.000,-- S), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien als Berufungsgerichtes in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten vom 30. Juni 1977, GZ 44 Cg 123/77-19, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeitsgerichtes Wien vom 29. März 1977, GZ 4 Cr 1549/76-13, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Klägerin ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.579,52 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 480,-- S Barauslagen und 155,52 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin begehrt die Feststellung, daß sie zum beklagten O* in einem den Bestimmungen der „Freien Betriebsvereinbarung für die Dienstnehmer des O*“ unterliegenden Dienstverhältnis stehe und Anspruch auf Bezüge nach Verwendungsgruppe 13 des Verwendungsgruppenschemas dieser Betriebsvereinbarung habe; in eventu wolle festgestellt werden, daß die Klägerin zur beklagten Partei in einem den Bestimmungen des Angestelltengesetzes unterliegenden Dienstverhältnis stehe und dabei Anspruch auf monatliche Bruttobezüge von 13.000,-- S, zahlbar 14 x im Jahr, habe. Die Klägerin arbeite seit Anfang 1965 in der Musikabteilung der beklagten Partei, wobei diese Tätigkeit ihre Erwerbskraft voll in Anspruch genommen habe. Einem im Jahre 1974 ausgesprochenen Ersuchen, die Klägerin als Dienstnehmerin den Bestimmungen der „Freien Betriebsvereinbarung“ zu unterstellen, habe die beklagte Partei nicht entsprochen; sie habe vielmehr die Tätigkeit der Klägerin erheblich reduziert und ihre Honorare gekürzt.

Demgegenüber behauptet die beklagte Partei, daß die Arbeit in ihrer Musikabteilung die Erwerbstätigkeit der Klägerin zu keiner Zeit hauptsächlich in Anspruch genommen habe. Die Klägerin sei neben ihrer Mitarbeit bei der beklagten Partei auch für andere Rundfunkanstalten, für Verlage, für in- und ausländische Bühnen sowie für verschiedene andere Unternehmen als Lektorin und Übersetzerin tätig gewesen. Bei der beklagten Partei habe sie zuletzt als programmgestaltende freie Mitarbeiterin, nämlich als Lektorin und Konsulentin, gearbeitet und dabei bis Mitte Juli 1976 im Monatsdurchschnitt rund 8.000,-- S brutto verdient. Sie sei an keine Weisungen gebunden gewesen, habe sich ihre Arbeitszeit völlig frei einteilen können und einen Großteil der Arbeit für die beklagte Partei außerhalb des Hauses geleistet; sie sei auch in keiner Phase ihrer Tätigkeit in die Betriebsorganisation der beklagten Partei

eingegliedert gewesen. Das Rechtsverhältnis der Klägerin zur beklagten Partei könne daher nur als freies Dienstverhältnis beurteilt werden. Selbst wenn aber ein Angestelltendienstverhältnis vorgelegen wäre, sei dieses Mitte Juli 1976 von der Klägerin selbst gelöst worden.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren der Klägerin ab, erkannte aber im Sinne ihres Eventualbegehrens (Feststellung eines Angestelltendienstverhältnisses mit Anspruch auf ein monatliches Bruttogehalt von 13.000,-- S). Dieser Entscheidung liegen folgende Sachverhaltsfeststellungen zugrunde:

Die 1928 geborene Klägerin besuchte nach Ablegung des Abiturientenexamens 1948 das Konservatorium der Stadt Berlin und dann von 1948 bis 1953 die staatliche Hochschule für Musik in Berlin, welche sie mit der Reifeprüfung abschloß. Schon 1950 hatte sie in der Sprachmittlerschule Berlin das Dolmetscherdiplom für die englische Sprache erworben. Von 1953 bis 1957 studierte die Klägerin an der Westberliner Freien Universität Theaterwissenschaften, Kunstgeschichte und Romanistik. Ab 1956 arbeitete sie als Journalistin für Berliner und Westdeutsche Tageszeitungen sowie als Redakteurin in der Musikabteilung des Schulfunks von RIAS Berlin. 1960 inskribierte sie an der Universität Wien und studierte hier an der Philosophischen Fakultät Theaterwissenschaften, Kunstgeschichte und Philosophie (Psychologie). Am 10. Juli 1964 promovierte die Klägerin, welcher ein Großteil ihrer deutschen Studienzeit angerechnet worden war, zum Doktor der Philosophie.

Seit Anfang 1965 war die Klägerin als freie Mitarbeiterin in der Hauptabteilung Musik der beklagten Partei tätig. D^r Leiter dieser Abteilung, Prof. Dr. W* S*, gab ihr Partituren und Drehbücher, die mit Musik zu tun hatten, zur Beurteilung und Überprüfung auf ihre Eignung für eine Aufführung im Fernsehen. Dⁱ Klägerin erstattete hierüber schriftliche Berichte und erhielt dafür zwischen 100,-- S und 250,-- S. In den Jahren 1965 bis 1969 war die Klägerin auf Grund von Einzelaufträgen auch als Sprecherin und Autorin für den W* (W*) und den S* (S*) tätig. Sie verdiente beim W* in den Jahren 1965 und 1966 jeweils D^r 500,-- brutto, im Jahr 1967 D^r 755,-- brutto und im Jahr 1969 DM 100,-- brutto; beim S* betrug der Verdienst der Klägerin im Jahr 1966 DM 2.392,--. Für die U*, Schauspielabteilung, machte die Klägerin bis 1968 Lektorate auf dem Gebiet Schauspiel; dabei verdiente sie im Jahresdurchschnitt S 8.000,-- brutto.

Bei der beklagten Partei wurde die Klägerin ab 1969 in stärkerem Ausmaß als zuvor beschäftigt. Sie bekam als Lektorin und Dramaturgin monatlich ?? 5.000,-- S brutto, welche jedoch auf Grund von Einzelleistungen abgerechnet wurden. Im Jahr 1970 erhielt die Klägerin vom S* ein Autorenhonorar von DM 425,--; ansonsten war sie aber nur noch selten für Zeitschriften oder Verlage, Rundfunk- und Fernsehanstalten tätig, wobei sie lediglich Beträge verdiente, aus denen allein sie ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten konnte. Die Klägerin war vielmehr als Lektorin und Dramaturgin in der Hauptabteilung Musik der beklagten Partei mit der Begutachtung eingereichter Manuskripte, dem Ansehen von Filmen, dem Abhören von Schallplatten und dem Lesen von Texten und Drehbüchern, die sich auf Musik bezogen, beschäftigt. In diesem Zusammenhang übersetzte sie auch englische und französische Texte in die deutsche Sprache und vertrat Dr. S* bei Konzerten und anderen Darbietungen, über welche sie ihm dann schriftlich berichtete. Die Klägerin besichtigte in verschiedenen Studios der beklagten Partei zum Kauf angebotene Musikfilme und war auch bei der Endabnahme eigener Musikproduktionen der beklagten Partei zugegen; sie machte darüber kurze Gutachten bzw. Musikanalysen. 1973 setzte die Klägerin durch, daß ihr ein monatliches Pauschalhonorar von 7.000,-- S brutto für ihre Tätigkeit ausbezahlt wurde, ohne daß sie dabei ihre einzelnen Leistungen hätte abrechnen müssen.

Im Hörfunk war die Klägerin als Lektorin für Dr. Sc* und später für Dr. H*, den Abteilungsleiter für Literatur im Studio Wien, tätig. Sie wurde von ihm mit dem Lektorat von Romanen für die mehrmals in der Woche ausgestrahlten Literatursendungen betraut, welche im Regional- und Lokalprogramm von Dr. H* gestaltet, im Programm Ö* aber auf Grund seines Vorschlages vom Hauptabteilungsleiter für Literatur im Hörfunk ausgesucht wurden. Die Klägerin lektorierte in den Jahren ab 1974 ?? 15 Bücher im Jahr und erhielt für jede Buchbesprechung, je nach dem Umfang des Buches und der Art der Materie, 100,-- S bis 250,-- S. Auf Grund ihrer Buchbesprechungen beurteilte Dr. H*, ob ein Buch oder ein Manuskript für eine Sendung im Hörfunk geeignet war. Wenn Dr. H* für die Klägerin Arbeit hatte, war sie für ihn in der Hauptabteilung Musik des Fernsehens jederzeit erreichbar.

Die Klägerin hatte kein eigenes Büro, sondern benützte im O*-Zentrum ein Zimmer zusammen mit anderen freien Mitarbeitern. Sie machte die anfallenden Arbeiten zu Hause, indem sie dort die zu lektorierenden Bücher las sowie Schallplatten und Tonbänder abspielte, um sie auf ihre Aufführbarkeit bzw. Verwendbarkeit für das Fernsehen zu beurteilen. Da sie bei der beklagten Partei kein Klavier zur Verfügung hatte, spielte sie die ihr in Form von Manuskripten zugewiesenen Stücke zu Hause auf ihrem Pianino durch. Sie kam gegen 13 Uhr entweder in das O*-

Zentrum, wenn sie dort einen Abhörtermin hatte, oder in die A*-straße oder in die Fernsehstudios in der W*gasse, wo sie sich Filme der Musikabteilung ansah, die entweder angekauft oder gesendet werden sollten; ihre Vorschläge erstattete sie dann schriftlich an Dr. S*. Bei der Vorführung von Filmen oder Musikstücken war die Klägerin an die angesetzten Termine gebunden und mußte dafür zur Verfügung stehen. Im Schnitt arbeitete die Klägerin 40 Stunden in der Woche, und zwar sowohl im O*-Zentrum, im Funkhaus in der A*-straße und in den Studios in der W*gasse als auch zu Hause. Sie besuchte die Salzburger und die Bayreuther Festspiele, die Musikbiennale in Venedig sowie die Festspiele und das Theatertreffen in Berlin. Vor solchen Reisen fragte sie Dr. S*, ob für sie in der nächsten Zeit Arbeiten anfallen würden und ob er mit der beabsichtigten Reise einverstanden sei. Ihre Erfahrungen bei den von ihr besuchten Aufführungen teilte die Klägerin der beklagten Partei in Form von Berichten oder Lektoraten mit. Aus Anlaß solcher Reisen schrieb die Klägerin gelegentlich auch für die Zeitung „D*“. In ihrer Eigenschaft als Dramaturgin sprach die Klägerin mit Autoren und Komponisten über die Aufführbarkeit der von ihnen eingereichten Werke, welche sie zuvor auf ihre Eignung überprüft hatte.

Die Klägerin erhielt zu ihren monatlichen Zahlungen immer auch die entsprechende Mehrwertsteuer, weil Einkünfte aus einer Lektoratstätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes als Einkünfte aus selbständiger Arbeit galten und auch umsatzsteuerpflichtig waren. Bei der beklagten Partei war die Klägerin nicht zur Sozialversicherung angemeldet; sie mußte die Sozialversicherungsabgaben selbst tragen. In der Hauptabteilung Musik-Fernsehen erhielt die Klägerin im Jahr 1973 72.484,-- S brutto zuzüglich 11.128,82 S Mehrwertsteuer, in den Jahren 1974 und 1975 jeweils 84.000,-- S brutto zuzüglich 13.440,-- S Mehrwertsteuer. Für ihre Tätigkeit im Hörfunk bekam die Klägerin im Jahr 1973 11.160,25 S brutto zuzüglich 1.785,64 S Mehrwertsteuer, im Jahr 1974 4.450,-- S brutto zuzüglich 712,-- S Mehrwertsteuer und im Jahr 1975 3.850,-- S brutto zuzüglich 616,-- S Mehrwertsteuer.

Nachdem ein von der zuständigen Gewerkschaft auf Ersuchen der Klägerin gestellter Antrag, die Klägerin als Dienstnehmerin nach der Freien Betriebsvereinbarung des O* zu qualifizieren und in Verwendungsgruppe 15 einzureihen, von der beklagten Partei abgelehnt worden war, erkundigte sich die Klägerin, welche an einem sozialversicherungspflichtigen, fixen Dienstverhältnis interessiert war, im Jahr 1975 im Rechts- und Personalbüro der beklagten Partei nach den Konditionen, zu denen sie als angestellte Dienstnehmerin bei der beklagten Partei beschäftigt werden könnte. Nachdem ihr dort erklärt worden war, daß sie mit keinem höheren Einkommen als bisher rechnen könne, dafür aber von Montag bis Freitag täglich acht Stunden beim O* anwesend sein müsse und außer ihrem Gebührenurlaub keinen Karenzurlaub erhalten werde, und nachdem die Klägerin überdies informiert worden war, daß mit ihr zunächst ein Probendienstverhältnis auf die Dauer von sechs Monaten eingegangen werden müßte, war sie vorläufig an einem Dienstvertrag nicht interessiert; sie hoffte vielmehr auf eine Erhöhung der Honorare für freie Mitarbeiter.

Auch im Jahr 1976 betrug das der Klägerin von der Abteilung Musik-Fernsehen ausgezahlte Konsulentenhonorar monatlich brutto 7.000,-- S zuzüglich Mehrwertsteuer. Diese Beträge wurden jedoch nicht regelmäßig in gleicher Höhe gezahlt, da sich die Art der Abrechnung durch die Einreichung der Honorarscheine ergab. So erhielt die Klägerin im Jänner 1976 nichts, im Februar 1976 aber 10.500,-- S für Jänner und die erste Februarhälfte. In der Folge bekam sie dann weitere 7.000,-- S für die zweite Februarhälfte und die erste Hälfte des Monats März. Das Honorar für die zweite Märzhälfte wurde der Klägerin erst im April 1976 ausgezahlt, die Zahlung des Aprilhonorars wurde verschoben. Am 5. April 1976 wurde nämlich die Hauptabteilung Dr. S*-Fernsehen, ernste Musik, als produzierende Abteilung aufgelöst und ihre Agenden einer neu geschaffenen zentralen Musikstelle unter der Leitung des Dr. S* übertragen, welchem die Planung und Koordination im Bereich Musik für das erste und das zweite Fernsehprogramm oblag. Das Honorar der Klägerin wurde nunmehr über die Abteilung Dienststelle Musik abgerechnet, wo man sich jedoch für die Klägerin budgetär nicht zuständig erachtete. So erhielt die Klägerin erst nach einer entsprechenden Intervention Mitte Mai 1976 ihr Aprilhonorar und dann im Juni 1976 2.500,-- S für die Zeit vom 1. bis 11. und vom 21. bis 30. Mai. Bis dahin hatte die Klägerin im Jahr 1976 vom Hörfunk für das Lektorieren von 15 Manuskripten insgesamt 4.436,-- S zuzüglich Mehrwertsteuer bekommen. Für April und Juli 1976 erhielt die Klägerin überdies vom S* ein Autorenhonorar von insgesamt DM 2.100,--.

In der ersten Julihälfte 1976 vertrat die Klägerin die Sekretärin des Dr. S*, Frau P*; Dr. S* hatte ihr hierfür ein Honorar von 3.500,-- S zugesagt. Am 22. Juli 1976 fuhr die Klägerin zu den Bayreuther Festspielen, wo sie Anfang August Frau P* traf. Diese bat die Klägerin, sie einige Tage in Wien zu vertreten, weil sie eine Kur machen wolle. Die Klägerin kam am 4. August 1976 in das O*-Zentrum, fand aber die Tür des Sekretariats urlaubsbedingt versperrt. Da sie auch ihr Juli-

Gehalt nicht ausgezahlt erhalten hatte, schrieb sie Dr. S* noch am 4. August 1976 einen Brief, in welchem sie erklärte, so lange nicht für die beklagte Partei zu arbeiten, bis sie ihr Juli-Honorar bekommen habe (Beilage ?). Tatsächlich wurde das Honorar für Juli 1976 der Klägerin dann auch noch im August ausgezahlt; danach bekam sie vom Fernsehen kein Honorar mehr. Ab August 1976 war die Klägerin nur noch für den Hörfunk als Lektorin tätig; sie erhielt hiefür in der zweiten Hälfte des Jahres 1976 noch insgesamt 6.564,-- S brutto zuzüglich Mehrwertsteuer. Für einen Bericht über die Bayreuther Festspiele 1976, über eine Uraufführung in München und über die Berliner Festwochen zahlte die „Ö*“ der Klägerin im September 1976 ein Honorar von 1.700,-- S.

Rechtlich war das Erstgericht der Auffassung, daß die Klägerin als Lektorin und Dramaturgin gemäß § 2 Z 2 lit b der Freien Betriebsvereinbarung für die Dienstnehmer des O* (Beilage N) vom Geltungsbereich dieser Betriebsvereinbarung ausgenommen sei; das Hauptbegehren der Klage müsse daher erfolglos bleiben. Hingegen sei durch die jahrelange Tätigkeit der Klägerin, welche wirtschaftlich von der beklagten Partei abhängig sowie an Weisungen und Termine gebunden gewesen sei und ihre Arbeitskraft fast ausschließlich der beklagten Partei gewidmet habe, zwischen den Parteien konkludent ein Angestelltendienstverhältnis zustande gekommen. Die Klägerin habe es auch nicht prinzipiell abgelehnt, in ein Angestelltenverhältnis übernommen zu werden, sondern diesen Plan „nur wegen der angebotenen Bezahlung zurückgestellt“. Im Hinblick auf die Qualifikation der Klägerin sei das begehrte Monatsentgelt von 13.000,-- S brutto der Art und dem Umfang ihrer Tätigkeit durchaus angemessen (§ 6 Abs 1 AngG). Rechtlich war das Erstgericht der Auffassung, daß die Klägerin als Lektorin und Dramaturgin gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, Litera b, der Freien Betriebsvereinbarung für die Dienstnehmer des O* (Beilage N) vom Geltungsbereich dieser Betriebsvereinbarung ausgenommen sei; das Hauptbegehren der Klage müsse daher erfolglos bleiben. Hingegen sei durch die jahrelange Tätigkeit der Klägerin, welche wirtschaftlich von der beklagten Partei abhängig sowie an Weisungen und Termine gebunden gewesen sei und ihre Arbeitskraft fast ausschließlich der beklagten Partei gewidmet habe, zwischen den Parteien konkludent ein Angestelltendienstverhältnis zustande gekommen. Die Klägerin habe es auch nicht prinzipiell abgelehnt, in ein Angestelltenverhältnis übernommen zu werden, sondern diesen Plan „nur wegen der angebotenen Bezahlung zurückgestellt“. Im Hinblick auf die Qualifikation der Klägerin sei das begehrte Monatsentgelt von 13.000,-- S brutto der Art und dem Umfang ihrer Tätigkeit durchaus angemessen (Paragraph 6, Absatz eins, AngG).

Infolge Berufung der beklagten Partei wies das Berufungsgericht auch das Eventualbegehren der Klägerin ab. Es führte die Verhandlung gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ArbGG von neuem durch und kam dabei mit Ausnahme der Feststellung, daß die Klägerin im Schnitt 40 Stunden in der Woche für die beklagte Partei gearbeitet habe, zu den gleichen Sachverhaltsfeststellungen wie das Erstgericht. Ergänzend stellte das Berufungsgericht noch folgendes fest: Infolge Berufung der beklagten Partei wies das Berufungsgericht auch das Eventualbegehren der Klägerin ab. Es führte die Verhandlung gemäß Paragraph 25, Absatz eins, Ziffer 3, ArbGG von neuem durch und kam dabei mit Ausnahme der Feststellung, daß die Klägerin im Schnitt 40 Stunden in der Woche für die beklagte Partei gearbeitet habe, zu den gleichen Sachverhaltsfeststellungen wie das Erstgericht. Ergänzend stellte das Berufungsgericht noch folgendes fest:

Die Klägerin hatte auch Musikzeitschriften darauf zu beurteilen, ob sie für das Fernsehen relevante Dinge enthielten. Sie interessierte sich für Ankündigungen ausländischer Fernsehanstalten wegen der Übernahme von Musiksendungen oder einer allfälligen ??-Produktion; ebenso schrieb sie Einführungen zu Musiksendungen und Presseaussendungen. Ab 1973 oder 1974 erledigte die Klägerin in ganz geringem Umfang auch Sekretärinnen-Arbeiten, welche sich aber in der Entgegennahme von Telefonaten für Dr. S* und dessen Verständigung vom Inhalt dieser Anrufe erschöpften. Die Haupttätigkeit der Klägerin bestand im Lektorieren, also in der Begutachtung eingereichter Manuskripte, Schallplatten, Tonbänder usw. Der Klägerin war keine Arbeitszeit vorgeschrieben. In einem Studio der beklagten Partei mußte sie nur dann Dienst versehen, wenn dort Abhör- oder Ansichtstermine fixiert waren; sonst nahm sie die zu lektorierenden Werke mit nach Hause. Die bereits erwähnten Musikfestspiele besuchte die Klägerin ohne Auftrag der beklagten Partei, doch erstattete sie darüber – auch hier ohne Auftrag der beklagten Partei – Berichte. Es kam auch vor, daß der Klägerin Lektoratsarbeiten in das Ausland nachgeschickt wurden und daß sie bereits erteilte Aufträge im Ausland erledigte und von dort an die beklagte Partei sandte. Die Begründung eines Dienstverhältnisses lehnte die Klägerin vorwiegend aus zwei Gründen ab: Einerseits deshalb, weil sie jährlich mindestens vier Wochen Gesundheitsurlaub brauchte und sich in dieser Zeit nicht hätte beruflich weiterbilden können; andererseits deshalb, weil ihr ein Bezug von monatlich 7.000,-- S brutto auch bei Berücksichtigung von zwei Sonderzahlungen zu niedrig erschien.

Von diesem Sachverhalt ausgehend, hielt das Berufungsgericht die Rechtsrüge der beklagten Partei für begründet:

Zwischen der Klägerin und der beklagten Partei sei zwar kein Werkvertrag zustande gekommen, weil die Aufgabe der Klägerin als Lektorin und Dramaturgin im laufenden Begutachten musikalischer Werke und nicht von vornherein in der Erbringung eines bestimmten Arbeitserfolges bestanden habe; das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien müsse aber als sogenanntes „freies Dienstverhältnis“ qualifiziert werden: Die Klägerin sei zwar zur Erbringung der festgestellten, von vornherein gattungsmäßig bestimmten Leistungen verpflichtet gewesen, die durch den jeweiligen Auftrag der beklagten Partei abberufen wurden, nicht aber zur Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit oder zur Tätigkeit an einem bestimmten Ort oder unter bestimmten formellen Arbeitsbedingungen. Daß sie bei der Begutachtung von Filmen und bei sonstigen Aufführungen die hierfür festgesetzten Termine einhalten mußte, könne daran nichts ändern, weil solche Bindungen auch Werkverträgen eigen sein könnten. Schließlich dürfe auch nicht außer acht gelassen werden, daß die Klägerin im Jahr 1975 die Begründung eines Dienstverhältnisses vorwiegend wegen der damit verbundenen persönlichen Abhängigkeit abgelehnt und daher zumindest bis zu diesem Zeitpunkt ihre rechtlichen Beziehungen zur beklagten Partei selbst nicht als Dienstverhältnis verstanden hatte; neben den übrigen Kriterien sei aber auch die gemeinsame Beurteilung eines Rechtsverhältnisses durch die Parteien für die Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen von Belang. Sei aber zwischen den Parteien kein Dienstvertrag im Sinne des § 1151 ABGB zustande gekommen, dann müsse auch das auf Feststellung eines Angestelltendienstverhältnisses gerichtete Eventualbegehren der Klägerin erfolglos bleiben. Von diesem Sachverhalt ausgehend, hielt das Berufungsgericht die Rechtsrüge der beklagten Partei für begründet: Zwischen der Klägerin und der beklagten Partei sei zwar kein Werkvertrag zustande gekommen, weil die Aufgabe der Klägerin als Lektorin und Dramaturgin im laufenden Begutachten musikalischer Werke und nicht von vornherein in der Erbringung eines bestimmten Arbeitserfolges bestanden habe; das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien müsse aber als sogenanntes „freies Dienstverhältnis“ qualifiziert werden: Die Klägerin sei zwar zur Erbringung der festgestellten, von vornherein gattungsmäßig bestimmten Leistungen verpflichtet gewesen, die durch den jeweiligen Auftrag der beklagten Partei abberufen wurden, nicht aber zur Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit oder zur Tätigkeit an einem bestimmten Ort oder unter bestimmten formellen Arbeitsbedingungen. Daß sie bei der Begutachtung von Filmen und bei sonstigen Aufführungen die hierfür festgesetzten Termine einhalten mußte, könne daran nichts ändern, weil solche Bindungen auch Werkverträgen eigen sein könnten. Schließlich dürfe auch nicht außer acht gelassen werden, daß die Klägerin im Jahr 1975 die Begründung eines Dienstverhältnisses vorwiegend wegen der damit verbundenen persönlichen Abhängigkeit abgelehnt und daher zumindest bis zu diesem Zeitpunkt ihre rechtlichen Beziehungen zur beklagten Partei selbst nicht als Dienstverhältnis verstanden hatte; neben den übrigen Kriterien sei aber auch die gemeinsame Beurteilung eines Rechtsverhältnisses durch die Parteien für die Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen von Belang. Sei aber zwischen den Parteien kein Dienstvertrag im Sinne des Paragraph 1151, ABGB zustande gekommen, dann müsse auch das auf Feststellung eines Angestelltendienstverhältnisses gerichtete Eventualbegehren der Klägerin erfolglos bleiben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes, nach dessen Ausspruch der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes 2.000,-- S übersteigt, wird von der Klägerin seinem ganzen Inhalt nach mit Revision wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung angefochten; der Revisionsantrag geht auf Wiederherstellung des Ersturteils.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist nicht berechtigt.

Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, ist der Dienstvertrag im Sinne des § 1151 ABGB vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers, also durch seine Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Dienstgebers gekennzeichnet, welche sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit – äußert (Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 121); für den Dienstvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers, welcher in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Dienstgebers unterworfen ist oder, wenn dieses Verhalten schon im Dienstvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt (Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht ? 10). Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, ist der Dienstvertrag im Sinne des Paragraph 1151, ABGB vor allem durch die

persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers, also durch seine Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Dienstgebers gekennzeichnet, welche sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit – äußert (Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 121); für den Dienstvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers, welcher in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Dienstgebers unterworfen ist oder, wenn dieses Verhalten schon im Dienstvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt (Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht ? 10).

Im Gegensatz dazu steht der sogenannte „freie Dienstvertrag“, welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit (Gschnitzer, Schuldrecht – Besonderer Teil 72; Koziol-Welser⁴ I 300), weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens, verpflichtet (Spielbüchler aaO 11; Martinek-Schwarz, AngG3, 30 § 1 Anm 2). Gerade diese Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet den „freien“ („unabhängigen“) Dienstvertrag vom („echten“) Dienstvertrag im Sinne des § 1151 Abs 1 ABGB (EvBl 1977/112). Im Gegensatz dazu steht der sogenannte „freie Dienstvertrag“, welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit (Gschnitzer, Schuldrecht – Besonderer Teil 72; Koziol-Welser⁴ römisch eins 300), weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens, verpflichtet (Spielbüchler aaO 11; Martinek-Schwarz, AngG3, 30 Paragraph eins, Anmerkung 2,). Gerade diese Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet den „freien“ („unabhängigen“) Dienstvertrag vom („echten“) Dienstvertrag im Sinne des Paragraph 1151, Absatz eins, ABGB (EvBl 1977/112).

Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien hat aber das Berufungsgericht das Rechtsverhältnis der Parteien mit Recht als freies Dienstverhältnis qualifiziert: Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war die Klägerin bei ihrer Tätigkeit als Lektorin und Dramaturgin weder in der Hauptabteilung Musik des Fernsehens noch in der Literaturabteilung des Hörfunks an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden. Sie mußte nur dann in einem Fernseh- oder Hörfunkstudio anwesend sein, wenn dort Abhör- oder Ansichtstermine fixiert waren; sonst nahm sie die zu lektorierenden Werke mit sich nach Hause, wo sie auch alle Schallplatten und Tonbänder, deren Eignung für Sendezwecke sie zu beurteilen hatte, abspielte und ihre sonstigen Arbeiten (schriftliche Berichte und Gutachten, Musikanalysen, Buchbesprechungen usw.) erledigte. Daß sie für ihre Tätigkeit von der beklagten Partei ab 1973 mit einem monatlichen Pauschalhonorar entlohnt wurde, ohne die einzelnen Leistungen abrechnen zu müssen, steht der Annahme eines freien Dienstverhältnisses ebensowenig entgegen wie ihre – zumindest konkludente – Verpflichtung zur regelmäßigen, dauernden Dienstleistung (vgl dazu Arb 6087 = EvBl 1955/21 = JBl 1955, 127; Arb 6487 = JBl 1957, 104 = SozM I ? e 165; Tomandl aaO); entscheidend ist vielmehr die persönliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Klägerin, welche den Ablauf der ihr zugewiesenen Arbeiten frei bestimmen und jederzeit ändern konnte, ohne dabei irgendwelchen Weisungen der beklagten Partei in Bezug auf Arbeitszeit und Arbeitsort oder auf ihr persönliches Verhalten zu unterliegen. Kennzeichnend für diese weitgehende Bestimmungsfreiheit der Klägerin ist nicht zuletzt der Umstand, daß es ihr ungeachtet ihrer Verpflichtungen als Lektorin und Dramaturgin immer wieder möglich war, auch ohne entsprechenden Auftrag der beklagten Partei verschiedene Musik- und Theaterfestspiele im In- und Ausland zu besuchen und darüber gelegentlich auch in Zeitungen zu berichten. Wird überdies berücksichtigt, daß die Klägerin im Jahr 1974 die Begründung eines formellen Dienstverhältnisses, wie sie es zunächst angestrebt hatte, nicht nur aus finanziellen Gründen oder wegen der vorgesehenen Probezeit, sondern vor allem wegen des damit verbundenen Entfalles ihrer persönlichen Freizügigkeit ablehnte – nach den eigenen Angaben der Klägerin bei ihrer Parteienvernehmung (ON 8 S 59 f.) war sie zumindest bei gleichbleibenden Bezügen nicht bereit, für den Fall ihrer Übernahme in das Angestelltenverhältnis eine feste Arbeitszeit von täglich acht Stunden auf sich zu nehmen und auf gelegentliche unbezahlte Urlaube zu verzichten –, dann folgt daraus schlüssig, daß auch die Klägerin selbst die mit ihrer Stellung als „freie Mitarbeiterin“ der beklagten Partei verbundene zeitliche und örtliche Ungebundenheit als wesentliches Element ihrer rechtlichen Beziehungen zur beklagten Partei betrachtete. Gerade diese persönliche Unabhängigkeit der Klägerin, auf deren Beibehaltung sie selbst besonderen Wert legte, schließt aber im Sinne der obigen Rechtsausführungen die Annahme eines (echten) Dienstverhältnisses im Sinne des § 1151 Abs 1 ABGB aus. Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien hat aber das Berufungsgericht das Rechtsverhältnis der Parteien mit Recht als freies Dienstverhältnis qualifiziert: Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war die Klägerin bei ihrer Tätigkeit als Lektorin und Dramaturgin weder in der Hauptabteilung Musik des Fernsehens noch in der

Literaturabteilung des Hörfunks an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden. Sie mußte nur dann in einem Fernseh- oder Hörfunkstudio anwesend sein, wenn dort Abhör- oder Ansichtstermine fixiert waren; sonst nahm sie die zu lektorierenden Werke mit sich nach Hause, wo sie auch alle Schallplatten und Tonbänder, deren Eignung für Sendezwecke sie zu beurteilen hatte, abspielte und ihre sonstigen Arbeiten (schriftliche Berichte und Gutachten, Musikanalysen, Buchbesprechungen usw.) erledigte. Daß sie für ihre Tätigkeit von der beklagten Partei ab 1973 mit einem monatlichen Pauschalhonorar entlohnt wurde, ohne die einzelnen Leistungen abrechnen zu müssen, steht der Annahme eines freien Dienstverhältnisses ebensowenig entgegen wie ihre – zumindest konkludente – Verpflichtung zur regelmäßigen, dauernden Dienstleistung vergleiche dazu Arb 6087 = EvBl 1955/21 = JBl 1955, 127; Arb 6487 = JBl 1957, 104 = SozM I ? e 165; Tomandl aaO); entscheidend ist vielmehr die persönliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Klägerin, welche den Ablauf der ihr zugewiesenen Arbeiten frei bestimmen und jederzeit ändern konnte, ohne dabei irgendwelchen Weisungen der beklagten Partei in Bezug auf Arbeitszeit und Arbeitsort oder auf ihr persönliches Verhalten zu unterliegen. Kennzeichnend für diese weitgehende Bestimmungsfreiheit der Klägerin ist nicht zuletzt der Umstand, daß es ihr ungeachtet ihrer Verpflichtungen als Lektorin und Dramaturgin immer wieder möglich war, auch ohne entsprechenden Auftrag der beklagten Partei verschiedene Musik- und Theaterfestspiele im In- und Ausland zu besuchen und darüber gelegentlich auch in Zeitungen zu berichten. Wird überdies berücksichtigt, daß die Klägerin im Jahr 1974 die Begründung eines formellen Dienstverhältnisses, wie sie es zunächst angestrebt hatte, nicht nur aus finanziellen Gründen oder wegen der vorgesehenen Probezeit, sondern vor allem wegen des damit verbundenen Entfalles ihrer persönlichen Freizügigkeit ablehnte – nach den eigenen Angaben der Klägerin bei ihrer Parteienvernehmung (ON 8 S 59 f.) war sie zumindest bei gleichbleibenden Bezügen nicht bereit, für den Fall ihrer Übernahme in das Angestelltenverhältnis eine feste Arbeitszeit von täglich acht Stunden auf sich zu nehmen und auf gelegentliche unbezahlte Urlaube zu verzichten –, dann folgt daraus schlüssig, daß auch die Klägerin selbst die mit ihrer Stellung als „freie Mitarbeiterin“ der beklagten Partei verbundene zeitliche und örtliche Ungebundenheit als wesentliches Element ihrer rechtlichen Beziehungen zur beklagten Partei betrachtete. Gerade diese persönliche Unabhängigkeit der Klägerin, auf deren Beibehaltung sie selbst besonderen Wert legte, schließt aber im Sinne der obigen Rechtsausführungen die Annahme eines (echten) Dienstverhältnisses im Sinne des Paragraph 1151, Absatz eins, ABGB aus.

Was die Klägerin in der Revision gegen diese Rechtsauffassung vorbringt, ist nicht stichhältig: Daß die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen Arb 6087 und 6487 zwei Fälle betreffen, in denen Angehörige freier Berufe (ein Rechtsanwalt bzw ein Arzt) bei voller Aufrechterhaltung ihrer hauptberuflichen Tätigkeit als Nebenbeschäftigung Dienste höherer Art (als Syndikus bzw Betriebsarzt) in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit von ihren Vertragspartnern geleistet hatten, bedeutet noch nicht, daß die Annahme eines freien Dienstverhältnisses nur bei diesem Personenkreis und nur unter völlig gleichartigen Voraussetzungen möglich wäre; wesentlich ist allein, daß die Dienstleistung nicht in persönlicher Abhängigkeit von einem Dienstgeber, sondern – wie hier – in weitgehender Freiheit von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens erbracht wird. Daß die Zahlung eines regelmäßigen monatlichen Entgelts zu keinem für die Klägerin günstigeren Ergebnis führen kann, ist bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt worden; auch der Frage, ob und wie weit die Klägerin in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zur beklagten Partei gestanden ist, kommt entgegen der Meinung der Revision keine ausschlaggebende Bedeutung zu (vgl dazu Tomandl aaO). D?r Klägerin kann schließlich auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie die Ablehnung einer Übernahme in das Angestelltenverhältnis im Jahr 1974 damit rechtfertigen will, daß es sich damals um ein „völlig ungenügendes“ Angebot der beklagten Partei gehandelt habe: Nach der Rechtsprechung (Arb 8799 = ÖBl 1971, 86; ähnlich auch SozM I ? e 898) nimmt zwar die Ablehnung eines vom Dienstgeber angebotenen Anstellungsvertrages, nach welchem eine von der bisherigen Tätigkeit verschiedene Arbeit zu leisten wäre und der Dienstnehmer überdies nur ein geringeres Entgelt als bisher erhalten würde, dem Dienstnehmer nicht das Recht, eine Behandlung als Angestellter wegen der bis dahin und auch in der Folge tatsächlich ausgeübten Tätigkeit zu verlangen. Von einer solchen Schlechterstellung kann aber im konkreten Fall nicht gesprochen werden; die Klägerin hat vielmehr das Angebot der beklagten Partei deshalb abgelehnt, weil ihr ein Bezug in der bisherigen Höhe zu niedrig war und weil sie überdies auf ihre zeitliche Ungebundenheit nicht verzichten wollte. Was die Klägerin in der Revision gegen diese Rechtsauffassung vorbringt, ist nicht stichhältig: Daß die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen Arb 6087 und 6487 zwei Fälle betreffen, in denen Angehörige freier Berufe (ein Rechtsanwalt bzw ein Arzt) bei voller Aufrechterhaltung ihrer hauptberuflichen Tätigkeit als Nebenbeschäftigung Dienste höherer Art (als Syndikus bzw Betriebsarzt) in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit von ihren Vertragspartnern geleistet hatten,

bedeutet noch nicht, daß die Annahme eines freien Dienstverhältnisses nur bei diesem Personenkreis und nur unter völlig gleichartigen Voraussetzungen möglich wäre; wesentlich ist allein, daß die Dienstleistung nicht in persönlicher Abhängigkeit von einem Dienstgeber, sondern – wie hier – in weitgehender Freiheit von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens erbracht wird. Daß die Zahlung eines regelmäßigen monatlichen Entgelts zu keinem für die Klägerin günstigeren Ergebnis führen kann, ist bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt worden; auch der Frage, ob und wie weit die Klägerin in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zur beklagten Partei gestanden ist, kommt entgegen der Meinung der Revision keine ausschlaggebende Bedeutung zu (vergleiche dazu Tomandl aaO). Der Klägerin kann schließlich auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie die Ablehnung einer Übernahme in das Angestelltenverhältnis im Jahr 1974 damit rechtfertigen will, daß es sich damals um ein „völlig ungenügendes“ Angebot der beklagten Partei gehandelt habe: Nach der Rechtsprechung (Arb 8799 = ÖBl 1971, 86; ähnlich auch SozM I 7 e 898) nimmt zwar die Ablehnung eines vom Dienstgeber angebotenen Anstellungsvertrages, nach welchem eine von der bisherigen Tätigkeit verschiedene Arbeit zu leisten wäre und der Dienstnehmer überdies nur ein geringeres Entgelt als bisher erhalten würde, dem Dienstnehmer nicht das Recht, eine Behandlung als Angestellter wegen der bis dahin und auch in der Folge tatsächlich ausgeübten Tätigkeit zu verlangen. Von einer solchen Schlechterstellung kann aber im konkreten Fall nicht gesprochen werden; die Klägerin hat vielmehr das Angebot der beklagten Partei deshalb abgelehnt, weil ihr ein Bezug in der bisherigen Höhe zu niedrig war und weil sie überdies auf ihre zeitliche Ungebundenheit nicht verzichten wollte.

Ist aber das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien rechtlich richtig als „freies Dienstverhältnis“ zu beurteilen, dann bedarf es, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, auch keiner weiteren Feststellungen über den zeitlichen Umfang der Tätigkeit der Klägerin für die beklagte Partei; der von der Klägerin diesbezüglich – unrichtigerweise unter dem Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO – geltend gemachte Feststellungsmangel ist daher gleichfalls nicht gegeben. Ist aber das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien rechtlich richtig als „freies Dienstverhältnis“ zu beurteilen, dann bedarf es, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, auch keiner weiteren Feststellungen über den zeitlichen Umfang der Tätigkeit der Klägerin für die beklagte Partei; der von der Klägerin diesbezüglich – unrichtigerweise unter dem Revisionsgrund des Paragraph 503, Ziffer 2, ZPO – geltend gemachte Feststellungsmangel ist daher gleichfalls nicht gegeben.

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E800387

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1978:0040OB00020.78.0627.000

Im RIS seit

10.04.2026

Zuletzt aktualisiert am

10.04.2026

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