

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

26.03.1997

Geschäftszahl

9ObA54/97z

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer und Dr.Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Wilhelm Koutny und Heinrich Dürr als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Helmut B*****, Techniker, ***** vertreten durch Dr.Johann Gelbmann, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Gerhard G*****, Kaufmann, ***** vertreten durch Dr.Kurt Hanusch und Dr.Heimo Jilek, Rechtsanwälte in Leoben, wegen S 475.928,84 sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22.November 1996, GZ 9 Ra 239/96z-22, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 19.Oktober 1995, GZ 3 Cga 79/94x-18, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Text**Begründung:**

Der Kläger begehrt vom Beklagten nach einer Klagsausdehnung die Zahlung von S 475.928,84 sA. Er habe sich beim Beklagten, der mit einem Inserat einen qualifizierten und erfahrenen Inbetriebnahmetechniker auf dem Gebiet der Lüftungstechnik gesucht habe, gemeldet. Dieser habe ihm in Aussicht gestellt, für etwa drei Jahre an der Großbaustelle Universitätszentrum ***** arbeiten zu können. Der Beklagte habe einen Vertragsentwurf unterbreitet, der nicht als Angestellten-, sondern als freier Mitarbeitervertrag bezeichnet gewesen sei. Daran seien in der Folge mehrere Änderungen vorgenommen worden, doch sei es nie zur Unterschriftsleistung durch den Kläger gekommen. Wohl habe der Kläger am 20.9.1993 seine Tätigkeit aufgenommen, aber nicht in Entsprechung des Vertragsentwurfes, sondern als Dienstnehmer im Angestelltenverhältnis. Der Kläger habe nicht eigenständig agieren dürfen, es sei ihm jeder Handgriff von einem Angestellten des deutschen Auftraggebers des Beklagten vorgeschrieben worden, mündlich und schriftlich sei dem Kläger die jeweils von der deutschen Geschäftsleitung gewünschte Vorgangsweise nahegebracht worden. Von einem weisungsfreien und eigenständigen Arbeiten könne daher keine Rede sein. Die Vereinbarung eines Stundenlohns von S 350,-- bzw S 400,-- zuzüglich 20 % Umsatzsteuer sei auch als branchenüblicher Stundenlohn angemessen und deute daher nicht auf das Vorliegen eines Werkvertrages hin. Der Kläger habe Weisungen des Beklagten zu befolgen gehabt und sei unter dessen laufender Kontrolle gestanden. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den

Kläger am 4.11.1993 sei grundlos erfolgt. Der Beklagte habe an diesem Tage angerufen und mitgeteilt, daß er auf die weiteren Dienste des Klägers verzichte, da er das Gefühl habe, der Kläger wäre der Sache nicht gewachsen. Am 5.11.1993 habe der Kläger die Arbeitsmittel abgegeben, er habe die Auflösung des Arbeitsverhältnisses lediglich unter Protest hingenommen. Unrichtig sei, daß der Kläger zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben nicht fähig gewesen sei, vielmehr sei durch einen Vertreter des deutschen Auftraggebers des Beklagten die notwendige Zusammenarbeit verhindert worden. Ausgehend von einem Stundennettohohn von S 350,-- bis zum Ende der 41.Arbeitswoche ergebe sich bei 173 Normalarbeitszeitstunden ein Monatsnettoeohalt von S 60.550,--, ab der 42.Woche unter Zugrundelegung eines vereinbarten Stundenlohns von netto S 400,-- ein Monatsnettoeohalt von S 69.200,--. An restlichem Gehalt, Überstundenentgelt, Kündigungsentschädigung, aliquotem Weihnachtsgeld und Urlaubsentschädigung stünden dem Kläger noch zu:

1. restliches Gehalt für die 44.Woche	19.400, -- S
2. Überstundenzuschläge:	
38. Woche, 14 Stunden	2.400, -- S
39. Woche, 8 Stunden	1.400, -- S
40. Woche, 22 Stunden	3.850, -- S
41. Woche, 13 Stunden	2.275, -- S
42. Woche, 24,5 Stunden	4.900, -- S
43. Woche, 9 Stunden	1.800, -- S
44. Woche, 8,5 Stunden	1.700, -- S
3. laufendes Gehalt für November 1993	64.000, -- S
laufendes Gehalt für Dezember 1993	64.000, -- S
laufendes Gehalt für Jänner 1994	64.000, -- S
laufendes Gehalt für Februar 1994	64.000, -- S
laufendes Gehalt für März 1994	64.000, -- S
4. Urlaubsentschädigung für 30 Werkstage	86.153,84 S
5. anteilige Weihnachtsremuneration	32.000, -- S
	475.928,84 S

Die beklagte Partei beantragt die Abweisung der Klage. Sie sei beim Bauprojekt Universitätszentrum ***** in ***** mit der Errichtung, Koordination und Kontrolle lüftungstechnischer Anlagen beschäftigt gewesen. Zur Errichtung und Inbetriebnahme dieser Anlagen sei die Mitwirkung zahlreicher anderer Firmen, wie Elektrotechniker, Planer u. dgl. erforderlich gewesen. Da die beklagte Partei aus Kapazitätsgründen nicht selbst in der Lage gewesen sei, alle diese Arbeiten allein durchzuführen, habe sie mit einem Inserat einen selbständigen Inbetriebnahmetechniker gesucht, worauf sich der Kläger gemeldet habe. In der Folge sei mit dem Kläger kein Angestellten-, sondern ein Werkvertrag abgeschlossen worden, demzufolge der Kläger verpflichtet gewesen sei, Koordinationsarbeit zu leisten und als Erfolg die termingerechte Inbetriebnahme der lüftungstechnischen Anlagen herbeizuführen. Wenngleich ein konzipierter schriftlicher Vertrag vom Kläger nicht unterzeichnet worden sei, habe er in Entsprechung des Inhalts dieses Vertrages mit seiner Tätigkeit begonnen und auch drei Rechnungen über insgesamt S 150.240 an vereinbartem Honorar einschließlich Umsatzsteuer gelegt. Dieser Betrag sei auch bezahlt worden. Der Kläger habe seine Leistungen nach eigenem Plan und Gutdünken, freier Einteilung seiner Arbeitszeit - mit Ausnahme einer notwendigen Mindestarbeitsleistung - und unter freiem Einsatz seiner Mittel zu erbringen gehabt, wobei er auch berechtigt gewesen sei, sich durch Gehilfen und Substituten seiner Wahl vertreten zu lassen. Er habe frei bestimmen können, an welchem Ort er diese Leistungen erbringe, wenngleich für die Aufnahme des Istzustandes sein primäres Einsatzgebiet die Baustelle gewesen sei. Der Kläger habe im Rahmen seiner Koordinationstätigkeit die Verantwortung dafür getragen, daß entsprechend seinen Analysen und Daten die Inbetriebnahme der lüftungstechnischen Anlagen zulässig und daher möglich sei. Insbesondere sei der Kläger auch zur selbständigen Abführung von Steuern und Anmeldung zur Sozialversicherung verantwortlich gewesen.

Der Kläger habe seine Leistungen im Sinn der getroffenen Vereinbarungen weisungsfrei und eigenständig auf der Großbaustelle erbracht, habe damit begonnen, den Istzustand zu analysieren, eigenständig mit anderen Firmen Kontakt aufgenommen und mit diesen Besprechungen über noch notwendige Fertigstellungsarbeiten geführt. Es habe sich jedoch gezeigt, daß der Kläger in wesentlichen Belangen und entgegen seinem Bewerbungsschreiben den gestellten Aufgaben nicht gewachsen gewesen sei, so daß sich der Beklagte genötigt gesehen habe, zur Vermeidung weiterer Verzögerungen und drohender Pönalen das Vertragsverhältnis mit ihm zu beenden, was vom Kläger auch akzeptiert worden sei. Für den Fall, daß der zwischen den Streitparteien abgeschlossene Vertrag als Dienstvertrag gewertet werde, wird eingewendet, daß eine gerechtfertigte Entlassung des Klägers vorliege, weil dieser sich als zur Leistung der bedungenen Dienste unfähig erwiesen und Vertragspartnern des Beklagten großen Schaden zugefügt habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte im wesentlichen fest: Der Beklagte, der ein Planungsbüro führt, erhielt vom deutschen Unternehmen H***** den Auftrag, das Projekt Universitätszentrum in ***** in Betrieb zu nehmen. Da er für diesen Großauftrag nicht genügend Kapazität hatte, schaltete er am 11.9.1993 in der Tageszeitung "Kurier" folgendes Inserat ein:

"Qualifizierter und erfahrener Inbetriebnahmetechniker auf dem Gebiet der Lüftungstechnik gesucht. Praktische Erfahrung mit VVS-Systemen und Einsatzbereitschaft im Raum Wien sind Voraussetzungen für die weitere Kontaktaufnahme über unser Büro in Kapfenberg, *****."

Darauf antwortete der Kläger mit folgendem Bewerbungsschreiben:

"Ich bin gelernter und befugter Büromaschinentechniker, Elektro-Installateur, Gas-Wasser-Installateur, KFZ-Mechaniker, Meß- und Regeltechniker (einschließlich Pneumatik), HIKS-Techniker und Projektant und war auf Grund dieser universellen Ausbildung die letzten 12 Jahre als Montageleiter und Inbetriebsetzer im Irak und Lybien auf den größten und kompliziertesten Projekten direkt der Geschäftsleitung unterstellt tätig. Variable Volume Systems habe ich schon einige durchgegangen, die größten waren der ORF am Künigberg und das Emergency Hospital Al Schwia in Tripolis für die Firma U***** in Tuzla. Meine Spezialität ist die zielführende Übergabe an den Kunden. Näheres bitte beiliegendem Lebenslauf zu entnehmen. Arbeitsbeginn ist umgehend möglich. Als Referenzen können Sie die Geschäftsleitung der Fa.G***** kontaktieren."

Es kam in der Folge zu einem persönlichen Gespräch zwischen dem Kläger und dem Beklagten, bei welchem der Beklagte dem Kläger mitteilte, daß eine Firma H***** aus Frankfurt eine Baustelle in Wien übernommen habe und daß es notwendig sei, die Inbetriebnahme zu koordinieren. Der Kläger habe diese Arbeit für die Firma H***** zu erbringen, der Beklagte sei von der Firma H***** beauftragt, diese Baustelle zu leiten. Sozialversicherungspflichtige Anstellungen würden von der Firma H***** nicht akzeptiert, es müsse auf Werkvertragsbasis gearbeitet werden. Die Abrechnung werde nach eigenem Modus, welcher von der Firma Hürner ausgearbeitet worden sei, erfolgen, und zwar seien zu diesem Zweck Formulare aufgelegt worden (wie sie dann auch tatsächlich verwendet wurden). Die Firma H***** werde die Abrechnungen "letzten Endes" bezahlen.

Der Kläger entgegnete, daß er für den Fall des Abschlusses eines Werkvertrages mit Stundenhonorar verlange, daß auch die Feiertagsarbeit entsprechend berücksichtigt werde, weil ein Werkvertrag jederzeit gekündigt werden könne und daher unsicher sei. Stundensätze von 350,-- S und 400,-- S seien branchenüblich. Kläger und Beklagter einigten sich darauf, daß für den ersten Monat ein Stundensatz von 350,-- S und danach ein Stundensatz von 400,-- S gelten solle.

Die Aufgaben des Klägers wurden ihm vom Beklagten wie folgt bekanntgegeben: Durchführung der Inbetriebnahme, der dazu gehörenden Besprechungen mit den Unternehmern, die an der Baustelle gearbeitet hatten, Feststellungen, was von den Arbeiten noch fehle, Durchführung der Bestandsaufnahme und Erstellung eines Maßnahmenkataloges für die Inbetriebsetzung. Diese Arbeiten sollte der Kläger auch mit eigenen Leuten durchführen können. Die Zeiten, in welchen diese Tätigkeiten durchgeführt werden sollten, wurden dem Kläger freigestellt. Anwesenheitszeiten schrieb der Beklagte dem Kläger nicht vor. Der Kläger sagte zu, sich die dazu notwendigen Geräte selbst zu besorgen, überdies standen ihm für seine Tätigkeit Geräte des Beklagten zur Verfügung.

Der Beklagte legte dem Kläger einen Vertragsentwurf vor, welcher im wesentlichen lautete:

"Vertrag über freie Mitarbeit

zwischen Planungsgruppe G*****, Büro für technische Gebäudeausrüstung, ***** und Herrn B***** Helmut, ***** (nachstehend freier Mitarbeiter genannt).

Folgende Vereinbarungen werden getroffen:

§ 1. Ziel des Vertrages.

Beiderseitiges Ziel des Vertrages ist die Schaffung eines freien Mitarbeiterverhältnisses. Die Begründung eines Arbeitsvertrages ist nicht beabsichtigt.

§ 2. Es wurde vereinbart, daß der freie Mitarbeiter vor Aufnahme seines Dienstes bei der P***** seinem zuständigen Finanzamt Kenntnis über seine freiberufliche Tätigkeit gibt.

§ 3. Vergütung.

Die Vertragspartner vereinbaren die in der Anlage zum Vertrag angeführten Honorarsätze. Diese sind monatlich entsprechend dem Leistungsstand in Rechnung zu stellen. Mit gleicher Rechnung sind die anfallenden Nebenkosten abzurechnen.

§ 4. Der freie Mitarbeiter hat alle öffentlichen Abgaben und Steuern selbst zu tragen.

Die P***** wird von etwaigen Forderungen des Finanzamtes bzw der Sozialversicherung freigestellt.

§ 5 entfällt

§ 6. Für die Dauer einer Verhinderung - gleich aus welchem Grund - steht dem freien Mitarbeiter ein Vergütungsanspruch nicht zu.

Der freie Mitarbeiter ist berechtigt, nach Absprache mit der P*****, sich durch fachlich gleiche Personen vertreten zu lassen, soweit diese eine ausreichende Einweisung in die zu erledigenden Aufgaben erhalten haben."

(ein § 7 fehlt)

"§ 8. Bei der Durchführung der übernommenen Aufgaben unterliegt der freie Mitarbeiter keiner bestimmten Zeiteinteilung. Die Tätigkeit ist jedoch so einzurichten, daß die notwendigen Koordinationsmaßnahmen mit den anderen am Objekt Beteiligten durchgeführt werden können.

§ 9. Es steht dem freien Mitarbeiter frei, außer diesem Vertragsverhältnis weitere Verträge mit anderen Auftraggebern einzugehen, soweit diese nicht in einem engen Konkurrenzverhältnis zur P***** stehen. Im Zweifelsfall hat der freie Mitarbeiter die P***** zu verständigen.

§ 20. Ist der freie Mitarbeiter an der Durchführung der vereinbarten Leistung verhindert und kann er keine qualifizierte Ersatzkraft stellen, so ist die unverzügliche Verhinderungsmeldung verabredet.

§ 11. Den Umfang der Arbeitszeit insgesamt sowie den Einsatz für die beauftragten Leistungen bestimmt der freie Mitarbeiter selbst.

Die notwendigen Einsatzzeiten verkürzen oder verlängern sich entsprechend dem Umfang der Aufträge.

§ 12. Dem freien Mitarbeiter ist freigestellt, an welchem Ort er die für P***** zu erbringenden Leistungen durchführt.

Der freie Mitarbeiter hat jedoch seine Tätigkeit örtlich so auszurichten, daß die notwendigen Koordinationsarbeiten mit den anderen am Projekt Beteiligten sorgfältig durchgeführt werden können (Büro der P***** oder Baubüro des Auftraggebers).

§ 13. Die Inanspruchnahme von Mitteln der P***** durch den freien Mitarbeiter ist nicht vorgesehen. Es besteht jedoch grundsätzlich die Möglichkeit, daß der freie Mitarbeiter gegen Zahlung eines...jeweils zu vereinbarenden Nutzungsentgeltes bestimmte Maschinen und Computeranlagen der P***** in Gebrauch nehmen kann.

§ 14. Es steht dem freien Mitarbeiter frei, Dauer und Lage der Freizeit selbst zu bestimmen. Er erklärt sich bereit, mindestens einen Monat vor Beginn eines Ferienzeitraumes das Unternehmen entsprechend zu informieren.

§ 15. Bei der Durchführung seiner Leistungen hat der freie Mitarbeiter sorgfältig vorzugehen, unter bestmöglicher Anwendung seiner Kenntnisse und Fähigkeiten. Er unterliegt den Weisungen der P***** nur insoweit, wie sie zur Erfüllung des Gesamtvertrages unerlässlich sind.

§ 16. Eine sich etwa bei der Durchführung des Vertrages ergebende Vertragslücke ist im Sinne des Gesamtgehaltes dieses Vertrages auszufüllen."

Dieser Vertragsentwurf wurde am 21.9.1993 vom Beklagten unterfertigt.

Dem Entwurf war ein Anhang beigelegt, welcher lautete:

"Anlage zum Vertrag über freie Mitarbeit

Herr Helmut B*****, ***** erhält als freier Mitarbeiter ein Stundenhonorar von 400,-- ÖS zuzüglich MWst bei 40 Wochenstunden. Mit diesem Stundensatz sind alle Nebenkosten wie Versicherungen, Bürounkosten, Steuern etc. abgegolten."

Diese Anlage wurde unter diesem Text ohne Datum vom Beklagten unterfertigt.

Unter der Unterschrift des Beklagten enthält diese Anlage folgenden Text:

"Vertragsbeginn: 19.9.1993,

Vertragsende: offen

Kündigungszeit: 4 Wochen,

Überstunden: an Wochentagen und Samstagen 50 % Zuschlag, an Sonn- und Feiertagen 100 % Zuschlag, jedoch Mindestwochenarbeitszeit 40 Stunden.

Zahlungsziel: 7 Tage nach Rechnungseingang.

Gerichtsstand Wien."

Der Kläger begann seine Tätigkeit für den Beklagten am 20.9.1993. Er unterfertigte diesen Vertragsentwurf nicht und sandte ihn dem Beklagten nicht zurück. Über Urgenzen des Beklagten, den Vertrag unterfertigt rückzuschicken, antwortete der Kläger, daß er noch einiges zu kürzen habe, worauf es in der Folge zu mehreren Gesprächen über die Vertragsausfertigung kam. Zuletzt fügte der Kläger der Vertragsausfertigung handschriftliche Änderungsvorschläge bei, denzufolge ein Konkurrenzverbot betreffend Tätigkeiten für die Firma H***** nicht bestehen sollte und entgegen § 13 des Vertrages der Kläger nicht verpflichtet sein sollte, eigene Arbeitsmittel, wie Meßgeräte, Datenverarbeitung, technische Literatur etc beizustellen. Weiters sollten Fahrzeit und Fahrtkosten als Arbeitszeit bezahlt werden. Zu weiteren Gesprächen oder einer Unterfertigung des Vertragsentwurfes kam es nicht mehr.

Der Kläger erstellte in der Folge Stundenlisten und verrechnete die sich daraus ergebenden Beträge samt Umsatzsteuer, welche vom Beklagten bezahlt wurden. Der Beklagte stellte etwa vier Wochen nach Beginn der Tätigkeit des Klägers bei einem Rundgang durch die Baustelle fest, daß der Kläger sich im Gebäudekomplex nicht zurecht fand und weder feststellte Mängel noch zur Mängelbehebung notwendige Maßnahmen nennen konnte. Vertreter anderer an der Baustelle beschäftigter Unternehmen teilten dem Beklagten mit, mit dem Kläger nicht weiter zusammenarbeiten zu können, weil diesem wesentliche Grundlagen für seine Tätigkeit fehlten. Als nach vier Wochen Tätigkeit des Klägers der notwendige Maßnahmenkatalog immer noch nicht vorlag, welcher die wesentlichen Elemente und Vorgangsweisen zu enthalten hätte, holten der Beklagte und der Bauleiter der Firma H***** die fehlende Arbeit des Klägers in drei Tagen nach und erstellten gemeinsam ein Konzept für die weitere Tätigkeit des Klägers, welches dieser einhalten sollte. Der Kläger lieferte in den darauffolgenden zwei Wochen wieder keine schriftlichen Ergebnisse seiner Arbeit ab. Der Beklagte teilte ihm daraufhin "die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit" (S.129).

Rechtlich folgte das Erstgericht daraus:

Der zwischen den Streitparteien abgeschlossene Vertrag sei weder ein Werk-, noch ein Angestellten-, sondern ein freier Dienstvertrag. Der Kläger habe durch seinen Arbeitsantritt das vom Beklagten mündlich und in Form des Vertragsentwurfes schriftlich gestellte Angebot angenommen, die Änderungswünsche des Klägers seien hingegen nicht Vertragsinhalt geworden. Der Kläger sei in den Betrieb des Beklagten nicht eingegliedert worden, der Ort der Erbringung der Leistung sei, soweit nicht sachliche Gründe einen derartigen Leistungsort erforderten, dem Kläger freigestellt worden. Der Kläger habe seine Arbeit prinzipiell selbst bestimmen und regeln können. Die Vereinbarung eines Leistungsausmaßes von 40 Wochenstunden sei nicht als Arbeitsverpflichtung des Klägers, sondern als Maß für die Honorierung der erbrachten Leistung zu werten. Diejenigen arbeitsrechtlichen Normen, die vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgingen und den sozial Schwächeren schützen sollten, seien beim freien Dienstvertrag nicht anwendbar. Soweit der Kläger seine Ansprüche daher auf Arbeitnehmerschutzbestimmungen stütze, seien diese Forderungen unberechtigt. Dies betreffe insbesondere die Sonderzahlungen und die Urlaubsentschädigung. Der Beklagte habe vom Kläger erbrachte und durch Rechnungslegung fällig gewordene Leistungen bezahlt, so daß hierfür ein Anspruch nicht mehr bestehe. Die §§ 1160, 1162 a ABGB, die auf freie Dienstverträge anzuwenden seien, ließen die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen zu, wobei es auch nicht zwangsläufig auf das Vorliegen eines Verschuldens ankomme. Die Unterlassungen des Klägers stellten unabhängig davon, ob die Leistungen schuldhaft nicht erbracht wurden oder der Kläger hierzu nicht in der Lage war, einen wichtigen Grund für die vorzeitige Auflösung des Vertrages durch den Beklagten dar, dem die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zumutbar gewesen sei. Es bestehe daher auch kein Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge auf die Dauer der vereinbarten vierwöchigen Kündigungsfrist.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Der vom Kläger nicht unterfertigte Vertragsentwurf sei so weit wirksam geworden, als er einerseits mit dem mündlich Besprochenen korrespondiere und andererseits Bestimmungen enthalte, die die selbständige Tätigkeit des Klägers regelten, zumal der Kläger dagegen keine Änderungsvorschläge eingebracht habe. Jene Vertragspunkte allerdings, die nicht Gegenstand der mündlichen Absprache gewesen seien, wie Kündigungszeit und Überstunden sowie die vom Kläger abgeänderten Vertragspunkte, seien mangels ausdrücklicher oder schlüssiger Willenseinigung nicht Vertragsinhalt geworden. Gebe ein Arbeitgeber im Rahmen eines Einstellungsgesprächs Einstellungsbedingungen bekannt und beginne der Arbeitnehmer in Kenntnis dieser das Arbeitsverhältnis, so gebe er damit schließlich zu erkennen, daß er bereit sei, einen Vertrag dieses Inhalts schließen zu wollen (§ 863 ABGB). Dem Kläger sei bekannt gewesen, daß der Beklagte kein Angestelltendienstverhältnis abschließen habe wollen, was auch dazu geführt habe, daß er in Anbetracht der leichteren Lösbarkeit ein höheres Stundenhonorar begehrt und auch zugestanden erhalten habe. Die zwischen den Streitparteien geschlossene Vereinbarung sei ihrem Inhalt nach ein freier Dienstvertrag. Da der Kläger zur Erbringung der bedungenen Tätigkeiten nicht in der Lage gewesen sei, sei der Beklagte zur Auflösung des freien Dienstvertrages berechtigt gewesen, ohne eine Kündigungsfrist einhalten zu müssen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragte in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt.

Zunächst ist vorzuschicken, daß die auf Seite 2 der Revision (= AS 202 unten) erfolgte Verweisung "auf die Ausführungen in der Berufung vom 11.6.1996" wirkungslos bleiben muß. Es ist nämlich unzulässig, den Inhalt eines anderen (Rechtsmittel- oder sonstigen) Schriftsatzes zum Inhalt eines Rechtsmittels zu machen. Vielmehr können nur solche Ausführungen berücksichtigt werden, die im Rechtsmittel selbst oder zumindest ausdrücklich gegenüber dem Rechtsmittelgericht geltend gemacht werden (SZ 23/89, 35/66, RZ 1966, 185; EFSlg 39.585; 10 ObS 2303/96s). Ein solcher Mangel der Rechtsmittelschrift ist auch nicht verbesserungsfähig (EvBl 1985/153, 10 ObS 2129/96b, 10 ObS 2303/96s).

Übereinstimmung herrscht bei den Streitparteien dahin, daß zwischen ihnen ein Vertrag zustande gekommen ist. Strittig sind jedoch dessen Typus und Umfang sowie die Art der Beendigung.

Die näheren Umstände der Verwendung des Klägers wurden nach den für den OGH bindenden Feststellungen im wesentlichen vor Aufnahme der Tätigkeiten durch den Kläger vom Beklagten mündlich dargelegt (Seite 121, 123). Vom Kläger wurde hiezu lediglich angebracht, daß er für den Fall des Abschlusses eines "Werkvertrages" mit Stundenhonorar verlange, daß auch die Feiertagsarbeit entsprechend berücksichtigt werde, weil ein Werkvertrag jederzeit gekündigt werden könne und daher unsicher sei. Stundensätze von S 350,-- bzw S 400,-- seien daher branchenüblich. Der Kläger hat in Kenntnis dieser Vorgespräche und des ihm ausgehändigten Vertragsentwurfes seine Arbeit aufgenommen, ohne gleich oder in der Folge gegen diejenigen Gesprächs- und Vertragsentwurfspunkte - mit Ausnahme § 13 des Entwurfes - Einwände zu erheben, aus denen unmißverständlich eine selbständige Tätigkeit des Klägers ableitbar ist. Aus der Sicht des Klägers als Adressaten des Angebotes des Beklagten (SZ 68/203 mwN) war klar, daß der Beklagte den Abschluß eines Angestelltenvertrages nicht wünschte und Art und Ausmaß der erwarteten Tätigkeiten keinen Schluß darauf zuließen, daß ihre Erbringung typischerweise nur im Rahmen eines abhängigen Dienstverhältnisses üblich sei. Soweit daher Bestimmungen des Vertragsentwurfes auf Themen Bezug nehmen, die schon mündlich vorbesprochen waren, stellt die Aufnahme und Fortsetzung der Arbeit durch den Kläger in Kenntnis dieser Bestimmungen eine schlüssige Zustimmung (§ 863 ABGB) dar. In diesem Sinne müssen insbesondere die §§ 2, 4, 6, 8, 11, 12, 14 und 15 als verbindlicher Vertragsinhalt angesehen werden. Die schlüssige Zustimmung des Klägers zu dem in § 3 des Vertragsentwurfes genannten Abrechnungsmodus ist daraus abzuleiten, daß sich der Kläger daran gehalten hat. Die in diesem Zusammenhang geäußerte Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß von den Streitteilen mündlich nicht angeschnittene Bereiche, wie Kündigungszeit und Überstunden an Wochentagen und Samstagen, nicht Vertragsinhalt geworden sind, ist deshalb zu teilen, weil es hier in einem als Zustimmung zu wertenden Verhalten der Vertragsteile mangelt.

Den Vorinstanzen ist auch darin beizupflichten, daß der zwischen den Streitteilen zustandegewordene Vertrag keinen Werkvertrag darstellt. Beim Werkvertrag wird das Werk oder ein bestimmter Erfolg geschuldet (Arb 7848, 7864, 8802; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht 5 134). Wenngleich das Ziel der Tätigkeit des Klägers die Inbetriebnahme der Lüftungsanlage war, bestand seine wesentliche Tätigkeit darin, durch eine Bestandsaufnahme der Anlagen und möglicher Mängel sowie durch Kontaktnahme mit anderen am Bau beteiligten Unternehmen die Voraussetzungen für die Inbetriebnahme herzustellen, wobei der genaue Umfang der Tätigkeiten mangels Abschätzbarkeit nicht feststand. Vereinbart war daher nicht ein Ziel-, sondern ein Dauerschuldverhältnis. Sowohl Arbeitsvertrag als auch freier Dienstvertrag sind solche Dauerschuldverhältnisse (Schwarz/Löschnigg aaO 136). Entscheidungswesentlich ist hier, welcher dieser beiden Vertragstypen vorliegt.

Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Arbeitsvertrag vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, sohin dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle - nicht notwendig auch Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit - äußert. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Arbeitsvertrages gehören die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, dessen disziplinierte Verantwortung, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem

Arbeitgeber zukommt, die persönliche Fürsorge- und Treuepflicht sowie die organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers (Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 406 ff, Krejci in Rummel I 2 Rz 83 zu § 1151 ABGB; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992,

93, 103 f; SZ 54/75, Arb 10.055, 10.406, 10.944, RdW 1997, 29). Die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle allgemein vorliegen und können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen. Im Gegensatz dazu steht der sogenannte freie Dienstvertrag, welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, weitgehend 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. Die Verpflichtung zur regelmäßigen dauernden Dienstleistung (hier: 40 Wochenstunden) steht für sich genommen der Annahme eines freien Arbeitsverhältnisses nicht entgegen (Arb 10.055 mwN).

Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien erweist sich die Ansicht des Berufungsgerichtes, zwischen den Streitparteien sei ein freier Dienstvertrag zustande gekommen, als zutreffend. Dem steht auch die nach Ansicht des Revisionswerbers zu allgemein gefaßte Definierung der Tätigkeiten des Klägers nicht entgegen, da die Verpflichtung zur Verrichtung nur gattungsmäßig umschriebener Tätigkeiten geradezu ein Charakteristikum für einen freien Dienstvertrag darstellt (Tomandl, Arbeitsrecht I3, 92 mwN). Den Ausführungen der Lehre (Wachter aaO, 414) ist die Rechtsprechung in der Beurteilung der analogen Anwendung der Kündigungsmodalitäten der §§ 1159, 1159a und b ABGB sowie der §§ 1162 bis 1162d ABGB auf das freie Arbeitsverhältnis gefolgt (zur Analogie der "Nichtschutznormen

des Arbeitsrechtes im allgemeinen: SZ 58/20 = Arb 10.406 = EvBl

1985/80, 403 = RdW 1985, 159 = GesRZ 1985, 142 = ÖBl 1985, 124; zur Anwendung des § 1162b ABGB im besonderen: DRdA 1984/18, 442; EvBl 1991/194, 825 = RdW 1991, 367 = Arb 10.944 jeweils mwN; zusammenfassend OGH vom 11.7.1996, 8 ObA 2150/96a, teilweise veröffentlicht in ecolex 1997, 115 = RdW 1997, 30). Grundsätzlich sind daher nur jene Normen analog anwendbar, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen (ZAS 1983, 29 [Wachter] = Arb 10.055, DRdA 1984, 442 [Wachter], 8 ObA 2150/96a). Damit steht bereits jetzt - unabhängig von der Art der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Streitparteien - fest, daß die nur bei Dienstnehmereigenschaft zustehenden Ansprüche, wie Urlaubsschädigung und Sonderzahlungen (Weihnachtsgeld) dem Kläger nicht zuerkannt werden können (Arb 10.944). Der Kläger kann ohne entsprechende Vereinbarung aber auch eine Überstundenvergütung nicht begehren. Überstundenarbeit (§ 6 Abs 1 AZG) liegt vor, wenn entweder die Grenzen der zulässigen wöchentlichen Normalarbeitszeit überschritten werden oder die tägliche Normalarbeitszeit, die sich aufgrund der Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit ergibt, überschritten wird (Schwarz/Löschnigg aaO, 398). Ein solcher Anspruch ist daher, weil auf dem AZG als Dienstnehmerschutzgesetz fußend, auf ein "freies" Dienstverhältnis nicht übertragbar.

Die analoge Anwendung der Kündigungsmodalitäten der §§ 1159, 1159a und b ABGB sowie §§ 1162 bis 1162d ABGB auf das freie Arbeitsverhältnis könnte jedoch dem Kläger, sei es aus einer Kündigung oder allenfalls aus einer Entlassung, einen Anspruch auf Kündigungsentschädigung verschaffen (8 ObA 2150/96a). Die Feststellungen lassen jedoch eine endgültige Beurteilung, ob eine Kündigung (§ 1158 ABGB) oder vorzeitige Auflösung (§ 1162 ABGB) des Dienstverhältnisses erfolgt ist, nicht zu. Die vorzeitige Auflösung ist formfrei und nicht an einen bestimmten Wortlaut gebunden, auch müssen die wichtigen Gründe für die vorzeitige Auflösung in der Auflösungserklärung nicht angegeben werden, doch muß für den Partner erkennbar sein, daß die Auflösung unverzüglich erfolgen soll, da bei Unklarheit, ob eine Kündigung oder eine Entlassung ausgesprochen worden ist, im Zweifel eine Kündigung angenommen wird (Krejci in Rummel I2 Rz 10, 13 zu § 1162 ABGB). Die Formulierung des Erstgerichtes, "der Beklagte teilte ihm daraufhin die Beendigung des Vertragsverhältnisses mit" (Seite 129) ist undeutlich und läßt keine Feststellung erkennen, unter welchen Umständen dies erfolgte bzw welche Worte der Beklagte dabei wählte. Dies wäre aber wesentlich, um beurteilen zu können, ob eine Kündigung oder eine - für den Kläger als solche erkennbare - vorzeitige Auflösung mit unverzüglicher Wirkung gemeint war. Darüber hinaus fehlen auch Feststellungen über den Zeitpunkt einer solchen Erklärung. Diese wären jedoch für die Beurteilung wesentlich, ob die Erklärung der vorzeitigen Auflösung unverzüglich, das heißt nach Bekanntsein aller für die Beurteilung eines Auflösungsgrundes wesentlichen Einzelheiten und Umstände, erfolgt ist (Krejci in Rummel I2 Rz 158 zu § 1162 ABGB).

Sollten die nachzuholenden Feststellungen auf eine ausreichend deutliche und rechtzeitige vorzeitige Auflösung schließen lassen, kann aufgrund der übrigen Feststellungen die Berechtigung des Beklagten zur vorzeitigen Auflösung des freien Dienstverhältnisses angenommen werden. Dienstunfähigkeit und gleichwertige Hindernisse der Dienstverrichtung stellen einen Grund für die vorzeitige Auflösung des freien Dienstverhältnisses dar (Krejci in Rummel I2 Rz 71 zu § 1162 ABGB). Unfähigkeit bedeutet den völligen und dauernden Mangel der Fähigkeit zur Verrichtung der vereinbarten oder angemessenen Dienstleistung, wobei es gleichgültig ist, ob dem Dienstpflichtigen die zur Bewältigung seiner Arbeitsleistungen notwendigen körperlichen, geistigen oder rechtlichen Voraussetzungen fehlen. Er muß also zur Erbringung der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistungen gänzlich unfähig und daher schlechthin unverwendbar sein, so daß die weitere Vertragserfüllung geradezu ausgeschlossen ist (Kuderna, Entlassungsrecht2 92 mwN). Ein Verschulden ist hingegen nicht erforderlich (Kuderna aaO 94). Die Feststellungen rechtfertigen die Annahme einer solchen

Unfähigkeit des Klägers zur Verrichtung der ihm übertragenen Arbeiten, die eine Weiterbeschäftigung während einer Kündigungszeit unzumutbar erscheinen ließen.

Sollte jedoch keine als vorzeitige Auflösung erkennbare Erklärung durch den Beklagten abgegeben worden sein, wird im Zweifel eine Kündigung vorliegen. Da beim freien Dienstverhältnis jedoch die Vorschriften des Angestelltengesetzes über Kündigungstermine und Kündigungsfristen nicht anzuwenden sind (9 ObA 292/88), müßte für die Ermittlung einer Kündigungsentschädigung die 14-tägige Kündigungsfrist des § 1159b ABGB analoge Anwendung finden.

Die Rechtssache ist auch in einem weiteren Punkt noch nicht entscheidungsreif. Es fehlen nämlich auch Feststellungen dazu, ob und in welchem Umfang der Kläger in der 44.Arbeitswoche (Seite 25 Punkt 1.) Leistungen erbracht und anschließend abgerechnet hat. Die Feststellung, daß der Kläger sämtliche von ihm in Rechnung gestellten Leistungen vom Beklagten bezahlt erhalten habe (Seite 9 des Ersturteils = Seite 129) läßt dies offen.

Der Revision der klagenden Partei war daher im Sinne des als Eventualbegehren gestellten Aufhebungsantrages Folge zu geben.