

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

12.07.2000

**Geschäftszahl**

9ObA89/00d

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Scheuch und Brigitte Haumer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Ing. Mag. Karl Otto S\*\*\*\*\*, Angestellter, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Grießer ua, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei R\*\*\*\*\* Messe S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, in eventu Anfechtung einer Kündigung und weiterer Feststellung (Streitwert S 500.000,-) und S 4,350.000,- brutto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 16. September 1999, GZ 10 Ra 161/99s-80, womit über Berufung beider Parteien das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 1. Februar 1999, GZ 8 Cga 293/93b-62, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen über das noch strittige Leistungsbegehren zu lauten haben:

"Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, dem Kläger S 4,350.000,- brutto samt 4 % Zinsen aus

S 150.000,- seit 1. 1. 1994, aus

S 300.000,- seit 1. 2. 1994, aus

S 450.000,- seit 1. 3. 1994, aus

S 600.000,- seit 1. 4. 1994, aus

S 750.000,- seit 1. 5. 1994, aus

S 900.000,- seit 1. 6. 1994, aus

S 1,050.000,- seit 1. 7. 1994, aus

S 1,200.000,- seit 1. 8. 1994, aus

S 1,350.000,- seit 1. 9. 1994, aus

S 1,500.000,- seit 1. 10. 1994, aus

S 1,650.000,- seit 1. 11. 1994, aus

S 1,800.000,-- seit 1. 12. 1994, aus  
S 1,950.000,-- seit 1. 1. 1995, aus  
S 2,100.000,-- seit 1. 2. 1995, aus  
S 2,250.000,-- seit 1. 3. 1995, aus  
S 2,400.000,-- seit 1. 4. 1995, aus  
S 2,550.000,-- seit 1. 5. 1995, aus  
S 2,700.000,-- seit 1. 6. 1995, aus  
S 2,850.000,-- seit 1. 7. 1995, aus  
S 3,000.000,-- seit 1. 8. 1995, aus  
S 3,150.000,-- seit 1. 9. 1995, aus  
S 3,300.000,-- seit 1. 10. 1995, aus  
S 3,450.000,-- seit 1. 11. 1995, aus  
S 3,600.000,-- seit 1. 12. 1995, aus  
S 3,750.000,-- seit 1. 1. 1996, aus  
S 3,900.000,-- seit 1. 2. 1996, aus  
S 4,050.000,-- seit 1. 3. 1996, aus  
S 4,200.000,-- seit 1. 4. 1996 und  
aus S 4,350.000,-- seit 1. 5. 1996 zu zahlen,  
wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 684.254,70 (darin S 114.042,45 USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz und die mit S 173.048,-- (darin S 12.268,-- USt und S 99.440,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen."

Die klagende Partei ist weiters schuldig, der beklagten Partei die mit S 164.360,-- (darin S 5.295,-- USt und S 132.500,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## **Text**

### **Entscheidungsgründe:**

Mit seiner Klage vom 30. 11. 1993 beehrte der Kläger zunächst die Feststellung, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Dienstverhältnis gemäß den Bestimmungen des Angestelltengesetzes bestehe. Er sei seit mehr als 20 Jahren in leitender Position im Unternehmen der beklagten Partei als Leiter der Presseabteilung, Pressesprecher, Chefredakteur diverser Messezeitschriften und Schriftleiter periodischer Medienwerke tätig gewesen und habe seit mehr als 20 Jahren in ununterbrochener Reihenfolge eine Entlohnung mit festen monatlichen Bezügen mittels Bank-Dauerüberweisungsauftrag erhalten. Obwohl alle Merkmale eines

Dienstverhältnisses nach den Bestimmungen des Angestelltengesetzes gegeben seien, werde er von der Beklagten nicht als Dienstnehmer im Sinne des Angestelltengesetzes behandelt; die ihm als Dienstnehmer gesetzlich zustehenden Rechte würden ihm vorenthalten. Er sei im Frühjahr 1973 von Kommerzialrat H\*\*\*\*\* gebeten worden, ihm beim Aufbau eines Messeunternehmens zu helfen. Mit 1. 9. 1973 habe er diese Beschäftigung auch aufgenommen. Er habe sich zunächst damit befasst, eine Presseabteilung für Messeveranstaltungen aufzubauen und zu leiten, sei in der Folge als Schriftleiter für den Medien- und Pressedienst zuständig gewesen und habe neben seiner Tätigkeit als Chefredakteur der Messezeitschrift "C\*\*\*\*\* News" KR H\*\*\*\*\*, welcher nicht über die nötige Ausbildung verfügt habe, auch wirtschaftlich beraten, dessen Reden verfasst und in seinem Namen Artikel veröffentlicht. Es sei von ihm ständige Verfügbarkeit und voller Einsatz für diese Ziele erwartet worden. Er habe von der KR H\*\*\*\*\* gehörenden Firma C\*\*\*\*\*-Fachmessen S\*\*\*\*\* seit 1. 9. 1973 eine monatlich feste Entlohnung für seine Tätigkeit erhalten.

In den 70er und 80er Jahren sei es KR H\*\*\*\*\* mit Hilfe des Klägers gelungen, im Bereich der Fachmesseveranstaltungen in Salzburg und an anderen Orten ein Messeunternehmen aufzubauen. Jährlich würden etwa 20 Messen veranstaltet. Um die C\*\*\*\*\*messen S\*\*\*\*\* herum habe KR H\*\*\*\*\* einen Konzern mit verschiedenen Unternehmen errichtet. Diese Messe-Servicegesellschaften ("D\*\*\*\*\*marketing", "W\*\*\*\*\*- und M\*\*\*\*\*" etc) hätten den Zweck gehabt, von den rund um die Messen stattfindenden gesellschaftlichen Aktivitäten zu profitieren. Außerdem sollte verhindert werden, dass der wachsende Einfluss des Konzerns auf das gesamte gewinnträchtige österreichische Messegeschäft allzu rasch offenkundig werde. Neben seiner Öffentlichkeitsarbeit habe er an etwa 20 jährlich stattfindenden Fachmessen anwesend sein müssen, desgleichen bei zahlreichen konzernbedingten Sitzungen, Besprechungen, Konferenzen, Tagungen, Schulungen, Seminaren, bei welchen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit eine zentrale Rolle eingenommen hätten. Presseausendungen und Publikationen hätten immer den Namen des Klägers getragen. Er sei in den Betriebsablauf des Unternehmens in Salzburg eingegliedert gewesen, Betriebsmittel (Fotosatz, Belichtung, Repro, Montage, Druck, Computer- und Diktiersysteme, Elektronik-Mail, Telebox) seien vom Dienstgeber zur Verfügung gestellt worden. In Salzburg seien dem Kläger zu Publikationen, Computer- und Desk-top-Publishing-Programme zur Verfügung gestanden; bei seinen Aufenthalten in Wien habe der Kläger einen eigenen Arbeitsraum benützt. Durch das im Salzburger Betrieb installierte EDV-Textübertragungssystem, verbunden mit einem zusätzlichen computerisierten Alarmruf, sei er rund um die Uhr und an jedem Ort für KR H\*\*\*\*\* verfügbar gewesen. Die Tätigkeit sei so umfangreich geworden, dass er auch in der Nacht und an Wochenenden in Anspruch genommen habe werden müssen. Zuletzt habe er ein monatliches Gehalt von S 150.000,-, auf welches er zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen sei, erhalten.

Ende der 80er Jahre habe KR H\*\*\*\*\* die Zahl der dem Konzern angehörenden Unternehmen verringert und deren Verkauf vorbereitet. Letztlich sei nur noch die A. H\*\*\*\*\* AG verblieben, welche zusammen mit den Tochtergesellschaften C\*\*\*\*\*-Fachmessen S\*\*\*\*\*, F\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* an den angloamerikanischen Verlags- und Messekonzern R\*\*\*\*\* International \*\*\*\*\* verkauft worden sei. KR H\*\*\*\*\* habe die Stellung eines Vorsitzenden in einem neu gegründeten Konzernbeirat übernommen. Die A. H\*\*\*\*\* AG sei in die R\*\*\*\*\* Messe S\*\*\*\*\* GmbH, die nunmehrige beklagte Partei, unbenannt worden. Geschäftsführer sei Dipl. Vw W\*\*\*\*\* geworden, welcher diese Aufgabe für den neuen Eigentümer wahrgenommen habe. Der Kläger selbst habe seine Tätigkeit wie bisher fortgesetzt, wobei anlässlich des Verkaufes sein Aufgabenbereich besonders herausgestrichen worden sei. Am 18. 11. 1993 habe er mit Dipl. Vw W\*\*\*\*\* ein Gespräch über seine zukünftige Tätigkeit in der R\*\*\*\*\* Messe S\*\*\*\*\* geführt. Inhalt und Aussagen dieser Gespräche seien unbestimmt geblieben. Der Kläger selbst habe in diesem Zusammenhang erklärt, in Erwägung zu ziehen, die ihm auf Grund seiner Tätigkeit von über 20 Jahren zustehenden Rechte durch seinen Rechtsanwalt überprüfen zu lassen. Am Folgetag, dem 19. 11. 1993, habe Dipl. Vw W\*\*\*\*\* zur Information die Kopie einer Notiz, in welcher er einem Konzernvertreter eine Darstellung des Gesprächsablaufes gegeben habe, zum Ausdruck gebracht, dass dem Kläger eine zukünftige Lösung des Vertragsverhältnisses angekündigt worden sei. Ab diesem Zeitpunkt habe das Unternehmen sämtliche Kontakte zum Kläger abgebrochen, dieser sei nicht mehr weiter beschäftigt worden und habe auch ab Dezember 1993 das monatliche Entgelt von S 150.000,- nicht mehr erhalten.

Nach mehreren Klagsänderungen begehrte der Kläger zuletzt

1.) die Feststellung, dass er zur beklagten Partei in einem aufrechten Arbeitsverhältnis stehe, in eventu, dass er zur beklagten Partei und deren arbeitsvertraglichen Rechtsvorgängern in der Zeit vom 1. 9. 1973 bis 7. 11. 1994 in einem Angestelltenverhältnis gestanden sei und, dass die am 7. 11. 1994 erklärte Kündigung (Entlassung) des Klägers für rechtsunwirksam erklärt werde; in eventu festzustellen, dass der Kläger zur beklagten Partei und deren arbeitsvertraglichen Rechtsvorgängern vom 1. 9. 1973 bis 31. 12. 1993 in einem Angestelltenverhältnis gestanden sei; 2.) die Zahlung von S 4,350.000,- sA aus dem Titel offenen Entgelts vom 1. 12. 1993 bis 1. 5. 1995 bzw der Sonderzahlungen und einer Abfertigung sowie (- für den Fall der Rechtswirksamkeit der Kündigung -) des Schadenersatzes (wegen fristwidriger Kündigung).

Soweit die Erklärung vom 18. 11. 1993 als Kündigung zu werten sei, sei diese unwirksam, weil die seinerzeit vereinbarte Schriftform nicht eingehalten worden sei. Das Fehlen dieses Formerfordernisses sei auch durch die Übersendung eines Faxes vom nächsten Tag nicht geheilt worden. Überhaupt habe die Beklagte die Formvorschrift der Schriftlichkeit einer Kündigung nie eingehalten und es bestehe daher ein aufrechtes Vertragsverhältnis, wie immer dieses rechtlich zu beurteilen sei (AS 627).

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klagebegehren. Der Kläger sei nie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern immer als Selbständiger tätig geworden. Es sei ihm sogar ein Angestelltenverhältnis angeboten worden, was dieser jedoch - nicht zuletzt im Hinblick auf steuerliche Erwägungen - abgelehnt habe. Der Kläger sei nie weisungsgebunden, nie in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen, habe seine Urlaube nach Gutdünken und ohne Rücksprache angetreten, habe sich seine Arbeitszeit frei einteilen können und auf Grund eines feststehenden Messeplanes gewusst, wann er wo tätig zu werden habe. Er sei auch nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen. Ohne Wissen der Beklagten sei er zum Mutterkonzern in die USA gereist, um die Aufrechterhaltung seiner Kooperation zu erreichen. Im April 1992 sei er aufgefordert worden, die von ihm bearbeiteten Projekte einzeln abzurechnen. Auf Grund der Schwierigkeiten von Einzelabrechnungen habe die Beklagte eine monatliche Sammelrechnung über S 125.000,- zuzüglich 20 % USt akzeptiert. Die Kooperation mit dem Kläger sei durch Kündigung zum 31. 12. 1993 beendet worden.

In der Tagsatzung vom 7. 11. 1994 erklärte die Beklagte, für den Fall, dass das Gericht zur Annahme gelangen sollte, dass die Erklärung vom 18. 11. 1993 aus welchen Gründen auch immer unwirksam sei, ausdrücklich die Auflösung des Vertragsverhältnisses. Falls das Gericht davon ausgehe, dass eine sofortige Auflösung ohne Einhaltung von Fristen unwirksam sei, möge die Erklärung dahin verstanden werden, dass die Auflösung unter Einhaltung der anwendbaren Frist geschehen sei.

Die Beklagte wendete überdies ausdrücklich ein, dass der Ausdruck "Rechtsvorgänger" der beklagten Partei im Klagevorbringen nicht nachvollziehbar und unpräzise sei, weil der Kläger in der Vergangenheit in verschiedenen Untergruppen des Konzerns bzw für verschiedene Gesellschaften des Konzerns tätig gewesen sei (AS 65). Dem vom Kläger erstmals in der Tagsatzung vom 17. 6. 1998 vorgebrachten Einwand des Erfordernisses eines Einschreibebriefes für eine wirksame Kündigung wurde entgegengehalten, dass der Inhalt des Schreibens Beil 33 nicht mehr aufrecht sei, weil es im Zuge der Jahre wiederholt zu einer Umstellung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger gekommen sei. Überdies sei die Geltendmachung eines Formvorbehalts missbräuchlich; entweder sei dem Kläger die Schriftlichkeit bisher nicht bekannt gewesen oder er habe sie bewusst verschwiegen. Dem Schriftlichkeitsgebot sei im Übrigen sowohl durch das Nachsenden eines Faxes als auch durch die protokollierte Erklärung vom 7. 11. 1994 ausreichend Rechnung getragen worden.

Das Erstgericht wies das Feststellungshauptbegehren, das Anfechtungseventualbegehren sowie das weitere Feststellungseventualbegehren ab. Hingegen erkannte es die Beklagte für schuldig, dem Kläger S 4,350.000,- brutto (inklusive 20 % USt) samt 4 % gestaffelten Zinsen seit 1. 1. 1994 zu zahlen. Es traf im Wesentlichen folgende Feststellungen, deren Wiedergabe sich (- infolge der mittlerweile rechtskräftigen Abweisung der Feststellungs- und Rechtsgestaltungsbegehren -) auf die für die Beurteilung des Leistungsbegehrens notwendigen Teile beschränken kann:

Etwa Ende 1972 bis Frühjahr 1973 lernte KR Arnold H\*\*\*\*\*, geschäftsführender Gesellschafter der C\*\*\*\*\*-Fachausstellungen GmbH mit Sitz in S\*\*\*\*\* ("Rechtsvorgängerin" der Beklagten) auf einer Messe den dort als Journalisten tätigen Kläger kennen. Sie kamen ins Gespräch und vereinbarten in der Folge, dass der Kläger KR H\*\*\*\*\* bei der Pressearbeit behilflich sein sollte. Der Kläger nahm seine Tätigkeit im Laufe des Septembers 1973 auf. Er blieb weiterhin in W\*\*\*\*\* wohnhaft und fuhr, wenn notwendig zu Messebesuchen nach S\*\*\*\*\*. In einem "Arbeitsübereinkommen Pressearbeit" betitelten Schreiben vom 12. 3. 1974 fasste KR Arnold H\*\*\*\*\* die Vertragsbedingungen für eine Zusammenarbeit mit dem Kläger zusammen und übersandte diesem das Schreiben Beil 33: "Wir beauftragen Sie ab 1. Mai 1974 mit der Konzipierung und Organisation unserer gesamten Pressearbeit. Insbesondere umfasst dies die Herausgabe von Presseinformationen sowie die Konzeptierung und Textierung der C\*\*\*\*\*-Messezeitschrift "C\*\*\*\*\* News". Für diese Tätigkeit erhalten Sie ein monatliches Honorar von S 14.000,-. Fällig jeweils im Vorhinein zum Ersten des Monats. Das Übereinkommen ist beidseitig jeweils zum Ersten des Monats unter Einhaltung einer 3-monatigen Frist mittels eingeschriebenen Briefes aufkündigbar. Anfallende Spesen werden nach vorheriger Absprache mit der Geschäftsleitung gesondert, an Hand der amtlichen Richtsätze, abgerechnet. Die Mitarbeit erfolgt freiberuflich, die Versteuerung durch Sie."

Der Kläger beanstandete dieses Schreiben nicht und übernahm die im Arbeitsübereinkommen festgelegte Tätigkeit für "Rechtsvorgängerinnen" der Beklagten und nahm das dafür überwiesene Geld entgegen. In den Jahren 1973 bis 1979 stellte sich diese Pressearbeit wie folgt dar:

Der Kläger stellte die Messezeitschrift "C\*\*\*\*\* News" zusammen, indem er Berichte der Messeaussteller sammelte, einen Herausgeberkommentar unter dem Namen KR H\*\*\*\*\* verfasste, einen einleitenden "Redaktionsbrief" und allenfalls weitere Artikel unter eigenem Namen schrieb. Die Themen wurden von KR H\*\*\*\*\* vorgegeben und die Artikel vor ihrem Erscheinen zumindest von diesem genehmigt. "C\*\*\*\*\* News" ist ein Medium der Beklagten, das den bei den Messen ausstellenden Firmen Gelegenheit geben soll, ihre Produkte anzupreisen und dient somit in erster Linie der Eigenwerbung der Aussteller. Im Impressum dieser Messezeitschrift scheinen als Eigentümer, Herausgeber und Verleger Arnold H\*\*\*\*\* und als Chefredakteur und presserechtlich für den Inhalt Verantwortlicher der Kläger auf. In der Folge weitete der Kläger seine Aufgaben aus, machte sich zumindest - temporär - für KR H\*\*\*\*\* unentbehrlich und erlangte die Stellung einer Vertrauensperson. Insbesondere sollte der akademisch gebildete Kläger dem KR H\*\*\*\*\* das wirtschaftliche Fachwissen und die notwendige Ausdrucksweise liefern, welche der zum Schlosser ausgebildete KR H\*\*\*\*\* selbst zu vermissen glaubte. So konzipierte der Kläger Reden, zumeist für Ausstellungseröffnungen, betreute die Presse, leitete Pressekonferenzen und hielt sich an Eröffnungstagen immer in der Nähe von KR H\*\*\*\*\* auf. Wenn das Gespräch der Journalisten auf Fachbereiche kam, sollte der Kläger umgehend assistieren und mit Fachwissen aushelfen.

Gegen Ende der 70er Jahre nahm der Kläger auch eine beratende Funktion im Unternehmen von KR H\*\*\*\*\* ein, die über das ursprünglich vereinbarte Maß der Pressebetreuung und das Abfassen von Artikeln hinausging. In den Jahren 1974 bis 1978 kam es zu einer Expansion des Unternehmens der H\*\*\*\*\*-Gruppe. Dabei wurde KR H\*\*\*\*\* vom Organisationstalent sowie der Überzeugungs- und Rednergabe des Klägers tatkräftig unterstützt. Im Jahr 1978 kam es zu einer Umorganisation bzw. Reorganisation der Unternehmensgruppe und wurde eine Holdinggesellschaft, die A\*\*\*\*\* GmbH, geschaffen. Diese war Alleingesellschafterin der C\*\*\*\*\*-Fachmessen S\*\*\*\*\* GmbH und der D\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* GmbH. Diese beiden Gesellschaften waren ihrerseits Komplementärgesellschaften weiterer fünf als GmbH & Co KG installierter operativer Gesellschaften, bei denen KR H\*\*\*\*\* jeweils als Kommanditist fungierte. Der Kläger war seit etwa 1979 mit einer Einlage von S 20.000,- zu 20 % Kommanditist bei der A. H\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\*-M\*\*\*\*\* GmbH & Co KG beteiligt, welcher anstelle der H\*\*\*\*\* Werbeagentur gegründet worden war. Aus steuerlichen Gründen schied der Kläger dort am 31. 12. 1989 aus. Zu den bereits bestehenden Unternehmen wurden drei weitere GmbH gegründet 1.) S\*\*\*\*\* GmbH, 2.) D\*\*\*\*\* GmbH und 3.) S\*\*\*\*\*-Verleih GmbH. In der drittgenannten Gesellschaft war der Kläger zwar vom 23. 10. 1979 bis 28. 10. 1991 Geschäftsführer, diese Gesellschaft entfaltet hier jedoch keine operative Tätigkeit. Bis zum Jahre 1981 war KR Arnold H\*\*\*\*\* Alleingeschäftsführer der Holding GmbH, seit dem Jahre 1981 ist Dipl. Vw W\*\*\*\*\* als Geschäftsführer bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin tätig.

Im Jahre 1986 erfolgte die Umwandlung der Holding GmbH in eine Aktiengesellschaft, in welcher KR H\*\*\*\*\* den Vorsitz im Aufsichtsrat übernahm und Dipl. Vw W\*\*\*\*\* Alleinvorstand wurde. Im Zuge der neuerlichen Umstrukturierung des H\*\*\*\*\* Konzerns wurde die D\*\*\*\*\* Marketing GmbH & Co GmbH zum 31. 12. 1987 in die C\*\*\*\*\*-Fachmessen S\*\*\*\*\* GmbH & Co KG eingegliedert.

Am 4. 3. 1992 verkaufte KR H\*\*\*\*\* seine gesamten Aktien der Holding AG an die nunmehrige beklagte Partei, welche ihrerseits eine Tochtergesellschaft der R\*\*\*\*\* International \*\*\*\*\* ist. Ab 1979 bis zur faktischen Beendigung der Zusammenarbeit im November 1993 lässt sich die Tätigkeit des Klägers für die H\*\*\*\*\*-Gruppe im Wesentlichen wie folgt darstellen: In diesem Zeitraum fanden in S\*\*\*\*\* pro Jahr zwischen 19 und 24 Messen statt, welche in den Aufgabenbereich des Klägers fielen. Daneben gab es ab Mitte der 80er Jahre eine Messe in W\*\*\*\*\* bzw. L\*\*\*\*\* und einige Messen pro Jahr in O\*\*\*\*\*. Der Kläger war für die Erstellung der Besucher- und Veranstalterprospekte verantwortlich, insbesondere deren Textierung. Weiters verfasste er die Presseaussendungen, pro Messe zwei bis drei Pressevorberichte, einen Hauptbericht und einen Nachbericht. Die Materialsammlung für diese Berichte erfolgte entweder durch Studenten oder durch Mitarbeiter der D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co KG. Der Kläger sprach sich nur kurz mit den jeweiligen Messeleitern ab, die Presseaussendungen wurden von KR H\*\*\*\*\* bzw. später von Mag. H\*\*\*\*\*-Röhrich überprüft. Alle Erklärungen des Unternehmens, welche gegenüber Presse und Medien abgegeben wurden, mussten vom Kläger eingesehen und genehmigt werden. Auch in diesen Jahren fungierte der Kläger als für den Inhalt verantwortlicher Chefredakteur der "C\*\*\*\*\* News". Der Kläger bereitete die Pressekonferenzen vor, deren organisatorische Abwicklung von Mitarbeitern der D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co erledigt wurde. Vorwiegend anlässlich von Ausstellungseröffnungen verfasste der Kläger weiterhin die Reden für KR H\*\*\*\*\*. Konzeption und Organisation der Messen oblagen den Messedirektoren. Die gewerbemäßige Betreuung der Fachmessen hatte die D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co KG inne.

Im Jahre 1981 entwickelte der Kläger die Idee, im Namen der D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co eigene Seminare abzuhalten. Diese wurden nach wenigen Monaten wieder eingestellt, weil sie von den Ausstellern als Konkurrenz zur laufenden Messe verstanden wurden. Kurzfristig bot die D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co KG auf Grund einer Idee des Klägers auch Leistungen an Dritte im Bereich D\*\*\*\*\*-Marketing an. Bei Veranstaltungen trat der Kläger 1983 als Vortragender im Namen der D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co KG auf. Diese beriet er auch in Bezug auf EDV-mäßige Ausstattung, legte einen entsprechenden Bedarf fest und schaffte



auch die EDV-Anlagen an. In der Zeit vom 5. 3. 1980 bis 23. 5. 1989 fungierte der Kläger auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer der "D\*\*\*\*\*-Marketing GmbH & Co KG". Dieser Gesellschaft stellte der Kläger in der Zeit vom 15. 12. 1980 bis 23. 5. 1989 auch seinen Mietwagengewerbeschein zur Verfügung. Darüber hinaus fungierte der Kläger als Finanzberater und Anleger des Vermögens des KR H\*\*\*\*\*.

In die Verkaufsgespräche betreffend den Geschäftsanteile von KR Henhapl an die nunmehrige Beklagte und deren Muttergesellschaft R\*\*\*\*\* war der Kläger nicht involviert. Aus eigenem Antrieb suchte er das Gespräch mit den Spitzen des amerikanischen Mutterkonzern, um über seine eigene Weiterbeschäftigung zu verhandeln. Sowohl der Geschäftsführer W\*\*\*\*\* als auch der Messeleiter waren mit der Arbeitsweise des Klägers nicht einverstanden, weil dieser nur unzureichend erreichbar und präsent war. Die Unzufriedenheit verdichtete sich mit der Übernahme des H\*\*\*\*\*-Konzerns durch die Beklagte und die Erstarkung des Geschäftsführers W\*\*\*\*\*. Dieser beauftragte zunächst einen Mitgeschäftsführer, im Frühjahr 1993 Gespräche mit dem Kläger zu führen. Die Absicht war es, den Kläger intensiver als bisher in das Unternehmen und zwar als Angestellter, zu integrieren. Als der Geschäftsführer der Beklagten diesen Wunsch an den Kläger herantrug, erklärte dieser, nicht ständig dem Unternehmen zur Verfügung stehen zu können. Er könne sich lediglich vorstellen, der Beklagten insgesamt drei Arbeitstage pro Woche zu widmen. Dies war für den Geschäftsführer nicht ausreichend und zufriedenstellend, weshalb er am 18. 11. 1993 in einem persönlichen Vieraugengespräch mit dem Kläger die Beendigung der bisherigen Zusammenarbeit zum 31. 12. 1993 erklärte. Der genaue Wortlaut dieser Unterredung ist zwar nicht feststellbar, jedoch ist unzweifelhaft, dass in diesem Gespräch die Beendigung des "Arbeitsübereinkommens" zum Jahresende 1993 ausgesprochen wurde. Geschäftsführer W\*\*\*\*\* fertigte am 19. 11. 1993 eine Notiz folgenden Inhalts an: "Betrifft Kündigung Herr Mag. S\*\*\*\*\*! Ich habe am 18. 11. 1993 mit dem Herrn Mag. S\*\*\*\*\* ein Gespräch geführt und ihm mitgeteilt, dass wir die derzeitige Art der Zusammenarbeit mit Wirkung vom 31. 12. 1993 auflösen werden. Ich habe gleichzeitig eine weitere Zusammenarbeit auf geänderte Basis angeboten, wonach die Geschäftsführung je nach Bedarf Einzelprojekte in Auftrag geben würde und diese Einzelprojekte dann auch einzeln von Herrn Mag. S\*\*\*\*\* in Rechnung zu stellen wären. Herr Mag. S\*\*\*\*\* hat die Auflösung der Zusammenarbeit auf der derzeitigen Basis zur Kenntnis genommen, aber auch gleichzeitig angekündigt, dass er die Rechtmäßigkeit von Form, Termin und Fälligkeit der Kündigung auf Grund der Dauer seiner Mitwirkung im Unternehmen (21 Jahre) rechtlich überprüfen lassen würde und uns dann vom Resultat seiner Meinung und seiner Prüfung in Kenntnis setzen würde". Diese Notiz erhielt der Kläger am 19. 11. 1993 per Fax übermittelt. Ein eingeschriebener Brief mit einer Kündigungserklärung wurde von der Beklagten nie verfasst und abgesandt. Ab dem Ausspruch der Lösungserklärung wurde der Kläger für die Beklagte nicht mehr tätig und er stellte seine Tätigkeit für die Beklagte ein. Bereits am 30. 11. 1993 langte die Feststellungsklage bei Gericht ein.

Zu Beginn seiner Tätigkeit im September 1993 erhielt der Kläger pro Messe einen Pauschalbetrag von S 8.000,-, ab 1. 12. 1993 erhielt er mittels Dauerauftrags S 9.000,- mit der Widmung "Bearbeitung von Wortwerken Presse" überwiesen. Ab 1. 5. 1974 erhielt er ein monatliches Honorar von S 14.000,-. Im Jahre 1974 ersetzte "die beklagte Partei" dem Kläger einen Gesamtbetrag von S 10.231,- an Aufwand, Spesen und Diäten. Auch in den Jahren 1978 und 1979 leistete "die Beklagte" an den Kläger Aufwandsersatz und bezahlte ihm Fahrtkosten zuzüglich Tagespauschale von S 240,- bzw S 280,-. Mit Ende 1987 wurde die Höhe der monatlichen Entlohnung mit dem Geschäftsführer W\*\*\*\*\* neu verhandelt und einvernehmlich geregelt. Der Kläger erhielt nunmehr einen Gesamtbetrag von S 107.200,-. Ab 1. 1. 1980 legte der Kläger - je nach steuerlichem Gutdünken - verschiedene Rechnungen an die C\*\*\*\*\* KG und die D\*\*\*\*\*-Marketing KG. Bei der Zuordnung der einzelnen Beträge zu den Gesellschaften handelte es sich aber um "Hausnummern". So wurden dem Kläger für die Abhaltung von Seminaren zuerkannte Beträge auch nach deren Wegfall weiter ausgezahlt. Nach dem Kauf der H\*\*\*\*\*-Gruppe im März 1993 verlangte der Geschäftsführer der Beklagten, W\*\*\*\*\*, vom Kläger eine Honorarnote mit Einzelabrechnungen. Dieser Aufforderung kam der Kläger nicht nach, weshalb der Geschäftsführer zunächst die Zahlung für Mai aussetzte. Der Kläger und der Geschäftsführer kamen dann überein, eine Dauerhonorarnote ohne Aufgliederung der einzelnen Leistungen abzufassen. Eine Aufgliederung der einzelnen Leistungen samt finanzieller Bewertung erschien dem Kläger zu kompliziert. Nach Legung einer Honorarnote über S 150.000,- erhielt er am 25. 5. 1992 diesen Betrag überwiesen; weitere Überweisungen in gleicher Höhe erfolgten unter dem Titel "Honorarnote 05/92 bzw 06/92". Ab Juli 1992 wurde dieser Betrag jeweils am Monatsbeginn mit dem Kursvermerk "Pressearbeit" dem Kläger überwiesen. Durch die kurzfristige Zahlungseinstellung im Mai 1992 kam es zu einer Doppelüberweisung des Honorars für Mai 1992. Die letzte Überweisung erfolgte am 1. 12. 1993 für Dezember 1993. Der Kläger forderte während des gesamten Vertragsverhältnisses von KR H\*\*\*\*\* bzw der beklagten Partei niemals Sonderzahlungen.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass der Kläger nur auf Basis eines "freien" Dienstvertrages, nicht jedoch im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses für die Beklagte und "deren Rechtsvorgängerinnen" tätig geworden sei. Sowohl die Feststellungsals auch das Anfechtungsbegehren seien daher, weil ein Arbeitsverhältnis nicht vorgelegen habe, verfehlt und somit abzuweisen. Das Leistungsbegehren erachtete es demgegenüber für berechtigt, weil der Kläger seine Geldforderungen auch auf Grund eines freien Dienstvertrages geltend machen könne, und zwar S 150.000,- monatlich vom 1. 1. 1994 bis 1. 5. 1996. Bezüglich des Leistungsbegehrens sei von einem über 20 Jahre dauernden Vertragsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen. Einige der wenigen

Bedingungen, welche schriftlich festgehalten worden seien, seien vom KR Henhagl mit Schreiben vom 12. 3. 1974 angeboten und vom Kläger in der Folge angenommen worden. Danach sei die Lösung des Vertragsverhältnisses unter Einhaltung einer 3-monatigen Frist beiderseits mittels eingeschriebenen Briefes aufkündbar. Diesem Schriftlichkeitsgebot habe jedoch die Beklagte nicht entsprochen:

Weder das Fax vom 19. 11. 1993 erfülle das Formerfordernis eines "eingeschriebenen Briefes", noch könne die mündliche Auflösungserklärung vom 7. 11. 1994, wenn diese auch protokolliert worden sei, als "eingeschriebener Brief" beurteilt werden. Auch die Beklagte sei daher gemäß § 884 ABGB an die seinerzeit vereinbarte Form gebunden.

Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung der Feststellungsbegehren und des Rechtsgestaltungsbegehrens (- insoweit rechtskräftig -) genauso wie den Zuspruch der S 4,350.000,-- sA und sprach lediglich aus, dass der Klammerausdruck "inklusive 20 % USt zu entfallen habe. Auch die Beklagte sei an die Vereinbarung vom 12. 3. 1974 gebunden, wonach das Vertragsverhältnis nur mittels eingeschriebenen Briefes aufgekündigt werden könne. Schon vor Inkrafttreten des AVRAG habe die Rechtsprechung den (-auch auf "freie Dienstverträge" anwendbaren-) Standpunkt vertreten, dass im Falle der Übertragung eines Unternehmens auf eine andere Person der neue Dienstgeber einen entsprechenden Vorbehalt machen müsse, wenn der Dienstnehmer denselben Arbeitsbereich behalte, die gleiche Arbeit wie bisher leiste und nicht gekündigt worden sei (Arb 10.223 ua). Einen solchen Vorbehalt habe die beklagte Partei gegenüber dem Kläger nicht erklärt; sie habe daher das Vertragsverhältnis zum Kläger - stillschweigend - übernommen. Die im Jahre 1978 vorgenommene Umorganisation habe keinen Einfluss auf den Bestand des Vertragsverhältnisses gehabt. Auch im Falle der Umwandlung von Kapitalgesellschaften liefen die Arbeitsverhältnisse weiter, ohne dass es rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen bedürfte. Bei dieser Sach- und Rechtslage sei nicht der Kläger für die Kontinuität des Vertragsverhältnisses, sondern vielmehr die beklagte Partei für eine allfällige Beendigung und Neubegründung behauptungs- und beweispflichtig. Ein solcher Beweis sei aber nicht erbracht worden. Wengleich der Geschäftsführer der Beklagten am 18. 11. 1993 mündlich eine Kündigung zum 31. 12. desselben Jahres ausgesprochen habe, sei diese dennoch nicht wirksam, weil auch das Fax vom 19. 11. 1993 das vereinbarte Schriftlichkeitsgebot nicht erfülle. Gleiches gelte für die am 7. 11. 1994 im Laufe einer Verhandlung ausgesprochene Kündigung.

Gegen die Entscheidung über das Leistungsbegehren richtet sich die Revision der beklagten Partei aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

## **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Im Revisionsverfahren ist unstrittig, dass der Kläger in keinem Angestelltenverhältnis zur beklagten Partei stand, sondern auf Grund eines "freien" Dienstvertrages tätig wurde.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen lässt sich aber den - mangels konkreten Vorbringens durch die klagende Partei auch nicht genauer zu treffenden - Feststellungen nicht entnehmen, ob und inwieweit die nunmehr beklagte Partei Rechtsnachfolgerin der "C\*\*\*\*\* Fachausstellungen GmbH", von welcher das Schreiben Beil./33 stammt, oder des KR H\*\*\*\*\* persönlich in Bezug auf das Vertragsverhältnis zum Kläger geworden ist. Soweit das Erstgericht vom "Rechtsvorgänger" der beklagten Partei spricht, handelt es sich um eine rechtliche Wertung, der es an einem nachvollziehbaren Tatsachensubstrat ermangelt. Die beklagte Partei hat ein durchgehendes Vertragsverhältnis ausdrücklich zweimal bestritten, sodass von einem schlüssigen Prozessgeständnis (§ 267 ZPO) nicht die Rede sein kann. Es wäre daher am Kläger gelegen, den Einwendungen der beklagten Partei hinsichtlich eines durchgehenden Vertragsverhältnisses durch entsprechendes Tatsachen- und Beweisvorbringen zu begegnen. Der Umstand, dass ein Register (Firmenbuch, Grundbuch) öffentlich ist, bedeutet nicht, dass die dem Register zu entnehmenden Tatsachen allgemein bekannt oder auch nur gerichtskundig sind. Die Gerichtskundigkeit erfordert vielmehr, dass der Richter die Tatsache kennt, ohne erst in bestimmte Unterlagen Einsicht nehmen zu müssen; andernfalls kann er nämlich nicht als "kundig" angesehen werden (RIS-Justiz RS0110714, zuletzt 9 Ob 174/94z). Die vom Kläger erstmals in der Berufungsbeantwortung vorgenommene Aufgliederung, aus welcher auf einen Rechtsübergang geschlossen werden soll, verstößt somit gegen das im Rechtsmittelverfahren herrschende Neuerungsverbot und ist unbeachtlich. Die - mangels entsprechenden Vorbringens - nicht genauer zu treffenden Feststellungen lassen im Hinblick auf das komplizierte Geflecht diverser Tochter- und Schwesterngesellschaften auch den Schluss auf einen "Unternehmensübergang" nicht zu, sodass die vom Berufungsgericht darauf gegründete Vertragsübernahme unbegründet ist. Die einzig konkrete

Feststellung betrifft den Kauf der von KR H\*\*\*\*\* gehaltenen Aktien der Holding AG durch die beklagte Partei. Daraus ergeben sich aber keine wie immer gearteten Ansprüche des Klägers, zumal, wie festgestellt wurde, dieser seine Zahlungen immer von einer der Konzerngesellschaften erhalten hat. Dafür, dass diese Zahlungen im Namen des KR H\*\*\*\*\* erfolgt wären, findet sich weder ein Vorbringen noch ein Beweisergebnis. Wenngleich unstrittig ist, dass zuletzt ein Vertragsverhältnis zur Beklagten bestand, kann mangels Feststellbarkeit einer gesellschaftsrechtlichen Nachfolge oder einer Vertragsübernahme oder eines Unternehmensüberganges ein Geltungsgrund für das seinerzeit mit KR H\*\*\*\*\* oder der C\*\*\*\*\*-Fachausstellungen GmbH vereinbarte Schriftlichkeitsgebot für eine Kündigung ebensowenig ersehen werden, wie eine Bindung an eine bestimmte Kündigungsfrist.

Als privatrechtliche Willenserklärung ist die Kündigung an keine bestimmten Formerfordernisse gebunden. Sie kann deshalb schriftlich oder mündlich, gegebenenfalls aber auch durch schlüssige Handlungen im Sinne des § 863 ABGB ausgesprochen werden (RIS-Justiz RS0031654, insb EvBl 1974/185; DRdA 1994, 412). Zur Kündigung genügt jede Äußerung, aus der für den Vertragspartner deutlich, bestimmt und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise die Absicht des Erklärenden zu erkennen ist, das Dienstverhältnis mit Ablauf einer bestimmten Frist zu beenden (RIS-Justiz RS0028633, zuletzt 9 ObA 43/94). Den Erwägungen des Berufungsgerichtes, dass die Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten vom 18. 11. 1993, das "Arbeitsübereinkommen" per 31. 12. 1993 aufzulösen, grundsätzlich als Kündigung zu diesem Termin zu werten ist, ist demnach beizupflichten (§ 510 Abs 3 ZPO).

Jene arbeitsrechtlichen Normen, welche nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen, sind auf den "freien" Dienstvertrag (analog) anwendbar (RIS-Justiz RS0021758 insb Arb 10.055, zuletzt 9 ObA 55/00d). Nach diesen Erwägungen haben die Kündigungsmodalitäten der §§ 1159, 1159a und b ABGB sowie der §§ 1162 bis 1162d ABGB auf "freie" Dienstverträge Anwendung zu finden (SZ 70/52). Da für ein Dienstverhältnis, das Dienste höherer Art zum Gegenstand hat, die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers hauptsächlich in Anspruch nimmt und schon 3 Monate gedauert hat, eine mindestens 4-wöchentliche Kündigungsfrist einzuhalten ist (§ 1159a Abs 1 ABGB), ergibt sich bei analoger Anwendung auf den vorliegenden "freien" Dienstvertrag, dass diese Kündigungsfrist eingehalten wurde. Da der Kläger sein Entgelt für Dezember 1993 erhalten und - mangels besonderer Vereinbarung - keinen Anspruch auf Sonderzahlungen (SZ 70/52) oder Abfertigung (Krejci in Rummel I2 Rz 83 zu § 1151 mwN) hat, steht ihm keine Geldforderung gegenüber der Beklagten zu.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich auf § 41 ZPO, diejenige über die Kosten der Rechtsmittelverfahren auch auf § 50 Abs 1 ZPO. Zu den Kosten des Berufungsverfahrens ist zu bemerken, dass der Berufsbeantwortung der Beklagten nur ein Streitwert von S 500.000,- zugrundegelegt ist, weil die Eventualbegehren (Rechtsgestaltung und Feststellung) vom Kläger gleich hoch bewertet wurden wie das Feststellungshauptbegehren. Die vom Kläger in seiner Berufung ebenfalls relevierte Umsatzsteuerfrage wurde schon vom Berufungsgericht zutreffend nicht gesondert bewertet, weil der Kläger damit nur eine geringfügige Änderung des Ausspruches, nicht jedoch einen Mehranspruch erreichen wollte.