



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johanna Biereder und Mag. Matthias Schachner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. I***** H*****, vertreten durch Dr. Maximilian Hofmaninger, Rechtsanwalt in Vöcklabruck, gegen die beklagte Partei Ö*****, vertreten durch die Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 38.753,71 EUR brutto und 1.665,88 EUR netto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz vom 5. August 2015, GZ 12 Ra 56/15i-62, mit dem das Endurteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 24. März 2015, GZ 19 Cga 146/11k-57, bestätigt wurde, (Revisionsinteresse 20.518,31 EUR), in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass es lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen 8.362,05 EUR brutto samt 4 % Zinsen seit 1. 12. 2011 zu zahlen und die mit 331,68 EUR an anteiligen Pauschalgebühren bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Das Mehrbegehren samt Zinsenmehrbegehren wird abgewiesen.“

Die Kostenaussprüche der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Berufungsgericht wird die Fällung einer

neuen Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz aufgetragen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin war vom 15. Jänner 2007 bis 30. November 2011 als Rechtsberaterin bei der beklagten Partei beschäftigt. Grundlage ihrer Tätigkeit war ein als freier Dienstvertrag bezeichnetes Rechtsverhältnis, dem ein Bestellungsvertrag zugrunde lag. Der Bestellungsvertrag war für die Dauer von fünf Jahren befristet. Die Entlohnung erfolgte nach tatsächlich verrichteten Arbeitsstunden. Über die erbrachten Leistungen legte die Klägerin Honorarnoten. Nach der Vereinbarung betrug die Arbeitszeit eines Rechtsberaters pro Woche durchschnittlich 30 bis 35 Stunden. Tatsächlich hat die Klägerin im Jahr 2009 durchschnittlich 29,2 Wochenstunden, im Jahr 2010 durchschnittlich 28,91 Wochenstunden und im Jahr 2011 durchschnittlich 30,4 Wochenstunden als Rechtsberaterin gearbeitet. Die Klägerin konsumierte keinen Urlaub; sie hat auch keine Feiertagsarbeit geleistet. Im (relevanten) Zeitraum vom 1. November 2008 bis 30. November 2011 erhielt die Klägerin ein Gesamthonorar von 111.574,63 EUR ausbezahlt.

Die Klägerin begehrte den Betrag von 83.600,19 EUR brutto und 1.665,88 EUR netto sA. Mit Teilurteil des Berufungsgerichts vom 23. Oktober 2013, 12 Ra 63/13s, wurde vom eingeklagten Bruttobetrag ein Teilbetrag von 42.747,02 EUR rechtskräftig abgewiesen. In der Folge schränkte die Klägerin in der Verhandlung vom 29. Juli 2014 das Klagebegehren auf 38.753,71 EUR brutto und 1.665,88 EUR netto sA ein. Zur Begründung brachte sie vor, dass in Wirklichkeit kein freier Dienstvertrag, sondern

ein dem VBG unterliegendes echtes Dienstverhältnis vorliege. Der geltend gemachte Bruttobetrag entspreche der Differenz zwischen den Ansprüchen nach dem VBG (vor allem Urlaubersatzleistung und Feiertagsentgelt) seit November 2008 bis zum Ende des Dienstverhältnisses und den erhaltenen Honoraren. Zudem habe sie einen Anspruch auf Reisekostenersatz in Höhe von 1.665,88 EUR.

Die beklagte Partei entgegnete, dass die Klägerin als freie Dienstnehmerin beschäftigt gewesen sei. Die ihr zustehenden Ansprüche seien bezahlt worden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Nach dem VBG sei die Klägerin als juristische Referentin in die Entlohnungs- und Bewertungsgruppe v1/1 einzustufen. Unter Berücksichtigung der anrechenbaren Vordienstzeiten falle der Vorrückungstichtag auf den 4. Dezember 1998. Davon ausgehend wäre sie ab 1. November 2008 in die Entlohnungsstufe 5 einzustufen gewesen. Unter Berücksichtigung der (fiktiven) Urlaubs- und Feiertagsstunden habe die wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin in etwa 30 Stunden betragen. Davon ausgehend würden sich die Ansprüche der Klägerin im Zeitraum November 2008 bis einschließlich November 2011 nach dem VBG mit 88.596,73 EUR errechnen. Demgegenüber habe sie ein Gesamthonorar von 111.574,63 EUR erhalten. Die fiktiven Entgeltansprüche der Klägerin nach VBG würden den erhaltenen Betrag deutlich unterschreiten, weshalb das Klagebegehren abzuweisen gewesen sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Das Dienstverhältnis der Klägerin sei nach dem VBG zu beurteilen. Das VBG sehe zwingende gesetzliche Bestimmungen über die Höhe des Entgelts vor (§§ 71 f VBG). Die Klägerin könne ihre Ansprüche für Arbeitszeit und

arbeitsfreie Zeiten (Urlaub, Feiertag und Krankenstand) daher nicht auf eine Entgeltvereinbarung stützen, sondern nur jene Beträge geltend machen, die gesetzlich vorgesehen seien. Die fiktiven Entgeltansprüche nach dem VBG habe das Erstgericht richtig berechnet, sodass der Klägerin in dieser Hinsicht keine Ansprüche zustünden. Der Anspruch auf Reisekosten sei nach der RGV zu beurteilen (§ 74 RGV). Nach § 10 Abs 2 RGV erhalte der öffentliche Bedienstete für die Benützung eines eigenen Kraftfahrzeugs eine besondere Entschädigung nur dann, wenn die vorgesetzte Dienststelle bestätige, dass die Benützung des eigenen Kraftfahrzeugs im Dienstinteresse liege. Das Vorliegen einer derartigen Bestätigung habe die Klägerin nicht behauptet. Im Übrigen erlösche der Anspruch auf Reisegebühren, wenn er nicht innerhalb von sechs Kalendermonaten bei der Dienststelle geltend gemacht werde (§ 36 Abs 2 RGV). Die beanspruchten Reisekosten wären nach dieser Bestimmung mit Ausnahme der Fahrt vom 29. Juli 2011 nach Innsbruck erloschen. Für die erwähnte Fahrt habe die Klägerin die Kosten für das öffentliche Verkehrsmittel erhalten. Ein darüber hinausgehender Anspruch stehe ihr nicht zu. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Frage, ob die Rechtsprechung über den Anspruch auf Urlaubersatzleistung und Feiertagsentgelt von fälschlich als freie Dienstnehmer behandelten echten Dienstnehmern auch auf Dienstverhältnisse nach dem VBG anzuwenden sei, keine Entscheidung des Höchstgerichts vorliege.

Gegen diese Entscheidung (im Umfang von 18.852,43 EUR brutto und 1.665,88 EUR netto) richtet sich die Revision der Klägerin, die auf eine Stattgebung des noch verfolgten Klagebegehrens abzielt.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragt die

beklagte Partei, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu, diesem den Erfolg zu versagen.

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig. Sie ist teilweise auch berechtigt.

1.1 Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, dass sie - aufgrund der Umqualifizierung des freien Dienstverhältnisses in ein echtes Dienstverhältnis nach dem VBG - Anspruch auf Urlaubersatzleistung und Feiertagsentgelt habe, weil diese Ansprüche durch das erhaltene Honorareinkommen nicht hätten abgegolten werden können. Der Berechnung der Ansprüche sei die getroffene Entgeltabrede zugrunde zu legen.

Die Einstufung nach dem VBG in die Entlohnungsgruppe v1/Bewertungsgruppe 1 sowie den vom Erstgericht ermittelten Vorrückungstichtag und die davon ausgehend herangezogenen Entlohnungsstufen bestreitet die Klägerin im Revisionsverfahren nicht mehr. Auch der Berechnung des (fiktiven) Entgeltanspruchs nach dem VBG sowie der Ermittlung der zu berücksichtigenden Urlaubs- und Feiertagszeiten durch das Erstgericht tritt sie in der Revision nicht entgegen. Ähnliches gilt für die beklagte Partei. Auf ihre Überlegungen zu einem Case-Owner-Referenten (Aufgabenbereich und Vergleichbarkeit) kommt sie im Revisionsverfahren nicht mehr zurück. Die Frage der Einstufung ist eine Rechtsfrage. Das Erstgericht hat sich dazu der Meinung der beklagten Partei in der Berufungsbeantwortung angeschlossen, dass eine höhere Einstufung der Klägerin als jene einer juristischen Referentin ausgeschlossen sei. Anders als ein Case-Owner-Referent war die Klägerin nicht mit der Durchführung des Asylverfahrens befasst.

1.2 Das Erstgericht hat die geleisteten Arbeitsstunden um die zu berücksichtigenden Urlaubs- und Feiertagszeiten (Stunden) erhöht und auf diese Weise die tatsächlich zu entlohnenden Präsenzzeiten („von in etwa 30 Stunden“) ermittelt. Sodann hat es für diese Zeiten die fiktiven Entgeltansprüche nach dem VBG berechnet und diese den tatsächlichen erhaltenen Zahlungen gegenübergestellt. Dabei kam es zum Ergebnis, dass die fiktiven Ansprüche der Klägerin nach dem VBG die tatsächlich bezahlten Honorare deutlich (um 22.977,90 EUR) unterschreiten würden.

Das Berufungsgericht billigte diese Beurteilung des Erstgerichts.

2. Zur Entgeltanpassung bei rechtlicher Umqualifizierung eines freien Dienstverhältnisses in einen echten Arbeitsvertrag wurde vom Obersten Gerichtshof im hier maßgebenden Zusammenhang bisher folgende Ansicht vertreten: Zur Urlaubersatzleistung wurde ausgesprochen, dass die zwingenden Regelungen über das Urlaubsentgelt sicherstellen sollten, dass der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub auch tatsächlich konsumiere. Eine Vereinbarung, wonach das Urlaubsentgelt unabhängig vom Verbrauch des Urlaubs mit einem erhöhten laufenden Entgelt abgegolten werden solle, sei unwirksam (RIS-Justiz RS0077538). Im Hinblick auf diese klare Zielsetzung des Gesetzgebers sei die Geltendmachung von Ansprüchen auf Urlaubersatzleistung nicht einmal dann als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn sie mit dem früheren Verhalten eines Arbeitnehmers im Widerspruch stehe. Der Berechnung dieses Anspruchs sei die von den Parteien getroffene Entgeltabrede zugrunde zu legen. Dies gelte in gleicher Weise für die Berechnung von Überstundenzuschlägen und Feiertagsentgelten (8 ObA 56/11k

mwN; 9 ObA 51/12h; vgl RIS-Justiz RS0077538).

3.1 Im Anlassfall besteht die Besonderheit darin, dass das Dienstverhältnis der Klägerin dem VBG unterliegt. Dazu ist anerkannt, dass die Einstufungs- und Entlohnungsvorschriften des VBG zwingenden Charakter aufweisen. Die Entlohnung eines Vertragsbediensteten hat demnach grundsätzlich nach den jeweils geltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen. Entlohnungen, die darüber hinausgehen, können nur in Sonderverträgen (§ 36 VBG) vereinbart werden (9 ObA 89/14z; 9 ObA 122/14b mwN).

3.2 Die Wertungen der dargestellten höchstgerichtlichen Judikatur zur Urlaubersatzleistung bei Umqualifizierung eines freien Dienstverhältnisses in einen echten Arbeitsvertrag sind im Grundsatz auch auf ein Dienstverhältnis nach dem VBG zu übertragen. Auch im Rahmen eines solchen Dienstverhältnisses soll der Urlaub in erster Linie der Erholung des Vertragsbediensteten dienen. Aufgrund des im Vordergrund stehenden Erholungseffekts hat der Dienstgeber daher darauf zu achten, dass der Erholungsurlaub in zusammenhängenden Teilen in der Regel nach den zeitlichen Wünschen des Dienstnehmers verbraucht werden soll (*Ziehensack*, VBG § 27e Rz 6 und 7). Da sicherzustellen ist, dass der Vertragsbedienstete den ihm zustehenden Erholungsurlaub auch tatsächlich konsumiert, ist eine Vorausabgeltung des Anspruchs auf arbeitsfreie Zeit wegen Erholungsurlaubs somit unzulässig und unwirksam. Dies hat zur Konsequenz, dass dem Vertragsbediensteten, der aufgrund unrichtiger Qualifikation seines Dienstverhältnisses tatsächlich keinen Erholungsurlaub konsumiert hat, nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein prinzipieller Anspruch auf Urlaubersatzleistung zusteht.

3.3 Bei Berechnung der Urlaubersatzleistung ist jedoch auf das zwingende Entgeltschema nach dem VBG Bedacht zu nehmen. Das heißt, dass alle relevanten Bestimmungen des VBG zu beachten sind. Konkret ist der Urlaubsanspruch, der noch nicht verfallen ist (§ 27h VBG) und dessen Konsumation (etwa wegen Beendigung des Dienstverhältnisses) in natura nicht mehr erfolgen kann, in Geld abzulösen (*Ziehensack*, VBG § 27h Rz 17 und § 28b Rz 6). Die betragsmäßige Berechnung der Urlaubersatzleistung hat nach § 28b VBG zu erfolgen.

3.4 Nach § 27h VBG verfällt der Anspruch auf Erholungsurlaub, wenn der Vertragsbedienstete den Erholungsurlaub nicht bis zum 31. Dezember des dem Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres verbraucht hat. Ist der Verbrauch zu diesem Zeitpunkt aus dienstlichen Gründen, aufgrund einer Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unfall oder aufgrund eines Beschäftigungsverbots nach dem MSchG nicht möglich, so tritt der Verfall erst mit Ablauf des folgenden Kalenderjahres ein.

Für die genannte Verlängerung der Verfallsfrist bis zum Ablauf des zweiten folgenden Kalenderjahres ist nicht eine bloß abstrakte Möglichkeit des Urlaubsverbrauchs maßgebend. Vielmehr kommt es darauf an, ob dem Vertragsbediensteten ein Urlaubskonsum bis zum Ablauf der regulären Verfallsfrist objektiv nicht möglich war (9 ObA 45/15f).

Die genannte Voraussetzung für die Verlängerung der Verfallsfrist ist im Anlassfall gegeben, weil der Klägerin nach dem Bestellungsvertrag kein Urlaub zustand. Der Verfall des Anspruchs auf Erholungsurlaub trat daher erst zwei Jahre nach Ende des Kalenderjahres ein, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist. Damit sind die geltend

gemachten Ansprüche auf Urlaubersatzleistung ab dem Jahr 2009 nicht verfallen. Zudem wäre die Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 18a VBG zu berücksichtigen.

3.5 Nach § 28b VBG ist Bemessungsbasis zur Berechnung der Urlaubersatzleistung für den aliquoten Resturlaub im letzten Kalenderjahr das Monatsentgelt, das für den Zeitraum des gesamten Erholungsurlaubs dieses Kalenderjahres gebühren würde, wobei von der am Ende des Dienstverhältnisses erreichten besoldungsrechtlichen Stellung des Vertragsbediensteten auszugehen ist. Für nicht verbrauchten Erholungsurlaub aus vorangegangenen Kalenderjahren ist Bemessungsbasis das Monatsentgelt, das dem Vertragsbediensteten während des Erholungsurlaubs zugekommen wäre, wenn er diesen im Kalenderjahr verbraucht hätte, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist (*Ziehensack*, VBG § 28b Rz 5 und 6).

3.6 Die Ermittlung der der Klägerin zustehenden Urlaubsstunden (auch der Feiertagsstunden) durch das Erstgericht wird von den Parteien nicht in Frage gestellt. Dies gilt auch für die Berechnung der fiktiven Entgeltansprüche nach dem VBG. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass - auch ohne Berücksichtigung der fiktiven Feiertags- und Urlaubsstunden - sowohl entsprechend der mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung als auch nach der tatsächlichen Arbeitsleistung von einem Dienstverhältnis der Klägerin im Ausmaß von 30 Stunden pro Woche auszugehen ist. Im letzten Kalenderjahr (2011) war die Klägerin nur bis einschließlich November beschäftigt. Die vom Erstgericht für dieses Kalenderjahr ermittelten Urlaubsstunden sind entsprechend zu aliquotieren.

Davon ausgehend errechnet sich die der Klägerin gebührende Urlaubersatzleistung für 2009 mit 1.982,68 EUR,

für 2010 mit 1.983,23 EUR und für 2011 mit 2.002,17 EUR.

4. Die Rechtsprechung zur Urlaubersatzleistung im Fall der Umqualifizierung eines freien Dienstverhältnisses in einen echten Arbeitsvertrag gilt auch für die Feiertagsentgelte (8 ObA 56/11k). Aus diesem Grund ist eine Vorausabgeltung dieses Anspruchs durch ein höheres Honorarentgelt ebenfalls unzulässig. Dies hat zur Konsequenz, dass dem Vertragsbediensteten auch ein Anspruch auf das Feiertagsentgelt zusteht.

Dieser Anspruch errechnet sich für das Jahr 2009 mit 1.004,92 EUR, für das Jahr 2010 mit 799,88 EUR und für das Jahr 2011 mit 589,17 EUR.

5.1 Die Klägerin macht in der Revision auch noch ihren Anspruch auf das Kilometergeld für die Benützung ihres Privat-PKW geltend. Der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass für einen derartigen Anspruch die RGV maßgebend ist, tritt sie nicht entgegen. Dazu führt sie in der Revision aus, dass die fehlende Bestätigung der Dienststelle nach § 10 Abs 2 RGV den geltend gemachten Anspruch nicht verhindern könne, weil es nicht ihre Intention gewesen sei, als freie Dienstnehmerin beschäftigt zu werden.

Auf die Beurteilung des Berufungsgerichts, die geltend gemachten Reisekosten seien (mit Ausnahme der Fahrt vom 29. Juli 2011) gemäß § 36 Abs 2 RGV erloschen (vgl dazu *Ziehensack*, VBG § 27h Rz 5), geht die Klägerin nicht ein. Hinsichtlich der Fahrt vom 29. Juli 2011 legte sie nicht dar, aus welchen konkreten Gründen die Benützung des privaten PKW im dienstlichen Interesse notwendig gewesen sein soll. Ebenso wenig geht sie auf Pkt 6 Abs 3 des Bestellungsvertrags ein, wonach für An- und Rückreise von der EAST zur Beratungsstelle (Hafträumlichkeit oder Außenstelle des Bundesasylamts) nur die Kosten für ein

öffentliches Verkehrsmittel verrechenbar sind. Die Kosten für das öffentliche Verkehrsmittel wurden der Klägerin unstrittig ersetzt.

Damit haben die Vorinstanzen den hier geltend gemachten Anspruch zu Recht abgewiesen.

5.2 Zu den übrigen im Revisionsverfahren noch verfolgten Ansprüchen laut Anfechtungserklärung in der Revision findet sich in diesem Rechtsmittel keine erkennbare Begründung. Insbesondere geht die Klägerin auf den Verfall der Urlaubersatzleistung für das Jahr 2008 und die Verjährung des Feiertagsentgelts für dieses Jahr nicht ein. Das Gleiche gilt für die geltend gemachte Entgeltvorzahlung für die Jahre 2009 und 2011.

6.1 Zusammenfassend ergibt sich:

Bei Umqualifizierung eines freien Dienstverhältnisses in ein Dienstverhältnis nach dem VBG hat der Vertragsbedienstete, der tatsächlich keinen Erholungsurlaub konsumiert hat, nach Beendigung des Dienstverhältnisses einen prinzipiellen Anspruch auf Urlaubersatzleistung. Bei Berechnung der Urlaubersatzleistung ist jedoch auf das zwingende Entgeltschema nach dem VBG Bedacht zu nehmen. Diese Grundsätze gelten auch für den Anspruch auf das Feiertagsentgelt.

6.2 Demnach errechnen sich die der Klägerin zustehenden Ansprüche insgesamt mit 8.362,05 EUR. Die beklagte Partei kann sich hinsichtlich der Verzögerung der Zahlung auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen. Der Klägerin gebühren daher nicht die (von der beklagten Partei bestrittenen) erhöhten gesetzlichen Zinsen nach § 49a ASGG, sondern nur die sonstigen gesetzlichen Zinsen (8 ObA 11/15y).

6.3 Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens stützt sich auf §§ 43 Abs 1 und 50 ZPO. Im Revisionsverfahren ist die Klägerin mit rund 41 % der noch verfolgten Ansprüche durchgedrungen. Sie hat daher Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Pauschalgebühren im Ausmaß von 558,42 EUR. Demgegenüber hat die beklagte Partei Anspruch auf Ersatz von 226,74 EUR (darin enthalten 37,79 EUR USt) an Vertretungskosten.

Die Übertragung der Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen und des zweitinstanzlichen Verfahrens gründet sich auf einen Größenschluss aus § 510 Abs 1 letzter Satz ZPO (8 ObA 24/12f mwN). Nach der Rechtsprechung kann die Entscheidung über diese Verfahrenskosten an das Berufungsgericht übertragen werden (RIS-Justiz RS0124588).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. November 2015
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: