



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn sowie die fachkundigen Laienrichter ADir. Sabine Duminger und Mag. Robert Brunner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Bernd B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Holzinger, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B\*\*\*\*\*institut \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Robert Palka, Rechtsanwalt in Wien, wegen 7.616,56 EUR brutto sA (Revisionsinteresse) und Ausstellung eines Dienstzeugnisses, über die Revision der klagenden Partei gegen das Teil- und Zwischenurteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 15. Dezember 2011, GZ 9 Ra 107/11p-19, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 1. März 2011, GZ 15 Cga 155/09m-15, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird, soweit es als Zwischenurteil gefällt wurde, dahin abgeändert, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 1.085,09 EUR (darin 180,85 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 2.040,43 EUR (darin 1.296 EUR Barauslagen, 124,07 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

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

Der Kläger war bei der Beklagten vom 23. 9. 2002 bis 30. 9. 2006 und vom 12. 2. 2007 bis 23. 3. 2009, zuletzt als Trainer, Koordinator und sozialpädagogischer Betreuer/Sozialarbeiter auf Basis einer Reihe von Ketten-„Honorarverträgen“ und „Vereinbarungen“ beschäftigt. Soweit festgestellt, war in den Verträgen ein Honorar von 25 bzw 24 EUR pro Stunde festgelegt. Im Sommer 2007 fragte er bei der Beklagten an, ob er auch im Wege eines Angestelltendienstverhältnisses für sie tätig werden könne, was diese ablehnte. Im Herbst 2008 bot die Beklagte dem Kläger ein auf sechs Monate befristetes Angestelltendienstverhältnis mit einer Entlohnung entsprechend dem Kollektivvertrag an. Das lehnte der Kläger ab, weil er ohnedies bereits einen laufenden Vertrag bis Ende März hatte und er von der Arbeiterkammer die Auskunft erhalten hatte, aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit bereits in einem unbefristeten echten Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu stehen. Im Zeitraum 12. 2. 2007 bis 31. 12. 2007 bezog er ein Gehalt von insgesamt 29.424 EUR brutto. In den letzten drei Monaten seiner Beschäftigung erzielte er ein Entgelt von 2.400 EUR (Dezember 2008), 2.808 EUR (Jänner 2009) und 3.624 EUR (Februar 2009).

Im Revisionsverfahren ist zwischen den Streitparteien nicht mehr strittig, dass das Vertragsverhältnis als echter Arbeitsvertrag zu beurteilen ist.

Der **Kläger** beehrte - neben der nicht mehr verfahrensgegenständlichen Ausstellung eines Dienstzeugnisses - die Zahlung von 7.616,56 EUR brutto sA. Die Beklagte habe ihn als „freien Dienstnehmer“ geführt, obwohl es sich nach der konkreten Ausgestaltung des

Dienstverhältnisses um ein echtes Arbeitsverhältnis gehandelt habe. Anzuwenden sei der Kollektivvertrag für die Berufsvereinigung der Arbeitgeber/Innen privater Bildungseinrichtungen und ihrer Mitglieder. Sein Gehalt habe 24 EUR pro Stunde betragen. Das Dienstverhältnis habe durch Zeitablauf geendet. Er habe nie bezahlten Urlaub verbraucht. Im Zeitraum 12. 2. 2007 bis 31. 12. 2007 habe sein Gehalt 29.424 EUR brutto betragen. Beiträge zur Mitarbeitervorsorgekasse seien für diesen Zeitraum nicht geleistet worden. Es hafteten die Urlaubersatzleistung für 63,29 Werktage im Betrag von 7.166,37 EUR brutto, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten drei Monate seiner Beschäftigung, sowie die Beiträge zur Mitarbeitervorsorgekasse (450,19 EUR brutto) aus.

Die **Beklagte** bestritt dies und beantragte Klagsabweisung. Soweit revisionsgegenständlich, wandte sie ein, der Kläger habe eine Anstellung nicht nur ausdrücklich abgelehnt, sondern auch die weitere Beschäftigung als freier Mitarbeiter im Hinblick auf eine geplante Südamerikareise ausgeschlossen. Hätte sie mit dem Kläger ein Angestelltenverhältnis vereinbart, so wäre dabei der kollektivvertragliche Mindestlohn vereinbart worden. Nur dieser dürfe als Grundlage für die Berechnung eines allfälligen Anspruchs auf Urlaubersatzleistung herangezogen werden. Der Kläger hätte im siebten Berufsjahr einen Gehaltsanspruch von 2.178,79 EUR brutto, ein Bezug von 2.944 EUR brutto sei nicht nachvollziehbar.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren statt. Der von der Beklagten vorgelegte BABE-Kollektivvertrag (Kollektivvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer privater Bildungseinrichtungen) existiere erst seit 1. 4. 2005, hätte daher davor gar nicht vereinbart werden

können. Mit dem Kläger seien tatsächlich jeweils anders lautende Entgeltvereinbarungen getroffen worden. Ein Angestelltendienstverhältnis sei ihm erst im Herbst 2008 angeboten worden. Nach der Rechtsprechung (9 ObA 185/97i) sei in dem Fall, in dem es sich bei einem strittigen Vertragsverhältnis um einen Dienstvertrag handle, das vereinbarte Entgelt, auch wenn es unrichtig als „Werklohn“ bezeichnet worden sei, als Bruttomonatsentgelt anzusehen. Nur wenn dem Beschäftigten bei Vertragsabschluss bewusst gewesen sei, dass eine überkollektivvertragliche Entlohnung nur für den Fall einer selbstständigen Tätigkeit oder einer Tätigkeit als freier Dienstnehmer angeboten und vereinbart worden sei, sei bei vom Dienstnehmer geforderten Entgelt-Nachzahlungen auf Basis eines Arbeitsverhältnisses auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt Bedacht zu nehmen. Ansonsten stehe einem allfälligen Einwand des Dienstgebers, der Dienstnehmer würde sich in sittenwidriger Weise auf die Arbeitnehmerposition berufen, der zwingende Charakter arbeitsrechtlicher Bestimmungen entgegen. Aus dem Beweisverfahren habe sich nicht ergeben, dass dem Kläger bewusst gewesen wäre, dass eine allfällige überkollektivvertragliche Entlohnung an die rechtliche Einordnung seines Dienstverhältnisses geknüpft gewesen wäre. Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Arbeitnehmereigenschaft lägen nicht vor. Den Ansprüchen des Klägers sei daher die tatsächlich geschlossene Entgeltvereinbarung zugrunde zu legen. Ihm stünde die begehrte Urlaubersatzleistung zu. Gemäß § 6 Abs 1 BMVG hätte die Beklagte für ihn im fraglichen Zeitraum 1,53 % des monatlichen Entgelts zur Weiterleitung an die Mitarbeitervorsorgekasse an den für den Kläger zuständigen Träger der Krankenversicherung zu überweisen

gehabt. In dieser Höhe sei sie ihm zum Schadenersatz verpflichtet. Überdies seien gemäß § 6 Abs 3 BMVG aufgrund eines Gerichtsurteils zu leistende Beiträge aus einem bereits beendeten Arbeitsverhältnis direkt an den Arbeitnehmer auszus zahlen.

Das **Berufungsgericht** gab der dagegen vom Beklagten erhobenen Berufung mit Zwischenurteil zum Zahlungsbegehren insoweit Folge, als es dieses Begehren dem Grunde nach als zu Recht bestehend erachtete, dem Erstgericht zur Ermittlung der Anspruchshöhe aber die Ergänzung des Verfahrens auftrug (das zum Dienstzeugnis gefällte Teilurteil ist nicht mehr revisionsgegenständlich). Unter Berufung auf *Kietaibl*, wbl 2006, 207, führte das Berufungsgericht zusammengefasst aus, der tatsächlich zwischen den Streitparteien geltende Arbeitsvertrag werde den Äquivalenzvorstellungen der Parteien nicht mehr gerecht. Er weise daher gemessen am ursprünglichen Parteiwillen und Vertragszweck eine Lücke auf. Für den Fall eines echten Arbeitsverhältnisses hätten die Parteien zumindest der Höhe nach keine Entgeltabrede getroffen. Das erfordere eine ergänzende Vertragsauslegung, zumal sich aus den Feststellungen nicht ableiten lasse, dass die Honorarvereinbarung zwischen den Streitparteien auch für den Fall getroffen worden sei, dass tatsächlich ein echtes Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Für eine ergänzende Vertragsauslegung fehle es an Feststellungen. Die Revision sei zulässig, weil keine gesicherte höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Ermittlung des Entgeltanspruchs von als freie Dienstnehmer fehlbehandelten Dienstnehmern vorliege. In den Entscheidungen 8 ObA 49/07z und 8 ObA 40/10f habe der Oberste Gerichtshof dazu nicht endgültig Stellung genommen.

In seiner **Revision** beantragt der Kläger die Abänderung des Berufungsurteils im Sinne einer Wiederherstellung des Ersturteils.

Der Beklagte beantragt, der Revision keine Folge zu geben.

Die Revision ist **zulässig** und **berechtigt**.

1. Zur Abgrenzung ist voranzustellen, dass das Begehren des Klägers im Revisionsverfahren von keiner Seite als rechtsmissbräuchlich erachtet wird. Den Streitparteien ist auch ein grundsätzliches Bewusstsein der Unterscheidung zwischen freiem und echtem Dienstvertrag zu unterstellen, weil der Abschluss eines Angestelltenvertrags anstelle eines freien Dienstvertrags zwischen ihnen mehrfach thematisiert wurde. Erwägungen zu einer rechtsmissbräuchlichen Berufung des Klägers auf seine Arbeitnehmerstellung oder zum Revisionsvorbringen, dass die Beklagte dem Kläger ein freies Dienstverhältnis vorgetäuscht habe, sind danach nicht erforderlich.

2. In den vom Berufungsgericht genannten Entscheidungen 8 ObA 49/07z und 8 ObA 40/10f bestand kein Anlass, zur Frage einer Entgeltanpassung von als freie Dienstnehmer fehlbehandelten Dienstnehmern Stellung zu nehmen. Dennoch liegt dazu gesicherte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor, nach der nach der Art des geltend gemachten Anspruchs zu differenzieren ist:

2.1. Das Verhältnis von Dienstgeberbeiträgen zu einem in einem vermeintlich freien Dienstvertrag vereinbarten Stundenhonorar wurde bereits in der Entscheidung 9 ObA 185/97i klargestellt. Darin wurde - wenngleich bloß anlässlich der Zurückweisung einer außerordentlichen Revision - ausgesprochen, dass das vereinbarte Entgelt dann, wenn es sich um einen Dienstvertrag handelt, nur als

Bruttomonatsentgelt angesehen werden kann, auch wenn es unrichtig als Werklohn bezeichnet worden ist. Ein Abzug der Dienstgeberbeiträge vom vereinbarten Betrag wurde verneint.

**2.2.** Zu Sonderzahlungen ist es ständige Rechtsprechung, dass es den Parteien des Arbeitsvertrags freisteht, durch eine über dem Mindestansatz des Kollektivvertrags liegende Entgeltvereinbarung eine Abgeltung von Sonderzahlungen vorzusehen. Erhielt daher der Arbeitnehmer auf Basis eines „freien Dienstvertrags“ „Honorare“ und wird festgestellt, dass er in Wahrheit kraft der Art und Gestaltung seiner Verwendung in einem echten Arbeitsverhältnis gestanden ist, das einem bestimmten Kollektivvertrag unterliegt, dann muss bei der Prüfung der Frage, ob er aufgrund dieses Kollektivvertrags noch offene Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber auf Sonderzahlungen hat, das gesamte von ihm bezogene „Honorareinkommen“ in Anschlag gebracht werden (RIS-Justiz RS0028906, etwa 8 ObA 20/04f; 9 ObA 150/08m mwN; 8 ObA 56/11k).

**2.3.** Anders sind nach ständiger Rechtsprechung Ansprüche auf eine Urlaubersatzleistung zu beurteilen: Die zwingenden Regelungen über das Urlaubsentgelt sollen sicherstellen, dass der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub auch tatsächlich konsumiert. Eine Vereinbarung, wonach das Urlaubsentgelt unabhängig vom Verbrauch des Urlaubs mit einem erhöhten laufenden Entgelt abgegolten werden soll, ist unwirksam (RIS-Justiz RS0077538). Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Geltendmachung von Ansprüchen auf Urlaubersatzleistung im Hinblick auf diese klare Zielsetzung des Gesetzgebers nicht einmal dann als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, wenn sie mit dem früheren Verhalten eines Arbeitnehmers im Widerspruch steht. Der Berechnung dieses Anspruchs ist



daher die von den Parteien getroffene Entgeltabrede zugrunde zu legen (8 ObA 20/04f; zuletzt 8 ObA 56/11k).

2.4. Das gilt in gleicher Weise für die Berechnung von Überstundenzuschlägen und Feiertagsentgelten (8 ObA 56/11k mwN).

3. Die vom Berufungsgericht ins Treffen geführte Ansicht von *Kietaibl*, Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, wbl 2006, 207, veranlasst zu keiner Abkehr von dieser Rechtsprechung:

*Kietaibl* führt aus, auch die bewusste Fehlbehandlung durch die Vertragsparteien ändere nichts an der Qualifikation als Arbeitsvertrag. Der Normzweck zwingender Vorschriften und die daraus abgeleitete (Teil-)Nichtigkeitsfolge sei nämlich der Parteiendisposition und damit auch dem Willen des Arbeitnehmers entzogen. Allerdings werde der tatsächlich geltende Arbeitsvertrag den ursprünglichen Äquivalenzvorstellungen der Parteien nicht mehr gerecht und weise daher, gemessen am ursprünglichen Parteiwillen und Vertragszweck, eine Lücke auf, weil das vorgesehene Entgelt nur für den Fall vereinbart gewesen sei, dass der Arbeitsvertrag als freier Dienstvertrag behandelt werde. Für den Fall, dass Arbeitsrecht zur Anwendung komme, hätten die Parteien in Wahrheit keine (zumindest der Höhe nach bestimmte) Entgeltabrede getroffen. Eine solche Vertragslücke sei mit dispositivem Recht, sonst durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Der Normzweck des zwingenden Arbeitsrechts stehe diesem Ergebnis nicht entgegen, weil das Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer gewisse Mindestrechte, nicht aber eine unangemessen hohe Entlohnung sichern wolle. Zum selben Ergebnis kommt *Kietaibl* für den Fall, dass beide Vertragsparteien über die rechtliche Qualifikation des Vertrags irrten und die

Beachtlichkeit eines Rechtsfolgenirrtums verneint wird (wbl 2006, 207, 213; *ders*, Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 626).

4. Es ist ständige Rechtsprechung, dass es für die Qualifikation einer Vereinbarung als freier oder echter Dienstvertrag weder auf die Bezeichnung durch die Parteien noch darauf ankommt, ob sie sich der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren. Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen (zB 9 ObA 96/06t; 8 ObA 93/09x ua). Die unrichtige Qualifikation der Art einer Dienstleistung ändert daher grundsätzlich nichts am Inhalt einer Vereinbarung, nach der für einen festgelegten Leistungsumfang ein bestimmtes Entgelt geschuldet wird.

Nicht zu verkennen ist, dass sich durch die Qualifizierung eines vermeintlich freien Dienstvertrags als echter Arbeitsvertrag der vereinbarte Leistungsumfang der Parteien zu Lasten des Arbeitgebers verschieben und aufgrund zwingender gesetzlicher Bestimmungen ein durchaus erhebliches Ausmaß erreichen kann.

Allgemein kann aber nicht schon dann vom Wegfall einer Entgelt- oder sonstigen Gegenleistungsvereinbarung und folglich vom Entstehen einer Lücke ausgegangen werden, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Leistungspflichten eines Vertragspartners geringer oder größer als ursprünglich vereinbart sind, obwohl es dadurch zweifelsfrei gegenüber der ursprünglichen Parteienabsicht zu einer Veränderung des Äquivalenzverhältnisses kommt (so kann ein Verkäufer nicht alleine deshalb nachträglich einen höheren Kaufpreis verlangen, weil er entgegen einem unwirksam vereinbarten

Gewährleistungsausschluss doch gewährleistungspflichtig wird usw). Die aus einer Vereinbarung resultierenden unabdingbaren gesetzlichen Pflichten sind vielmehr nur die Rechtsfolgen der Vereinbarung. Da die Rechtsprechung einen Irrtum über Rechtsfolgen im Bereich des zwingenden Rechts schon unter Umgehungsaspekten als unbeachtlich ansieht (RIS-Justiz RS0008653 [T2]), kann der Umstand, dass eine als freier Dienstvertrag bezeichnete Vereinbarung auch zwingende arbeitsrechtliche Verpflichtungen nach sich zieht, noch nicht dazu führen, dass im Gegenzug auch die Gegenleistung zu erhöhen wäre.

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Parteien - mit oder ohne Umgehungsabsicht - ausdrücklich festgelegt haben, einen freien Dienstvertrag abzuschließen zu wollen und deshalb der Vertragstyp und die damit verbundene Rechtsfolge der Nichtanwendbarkeit des Arbeitsrechts jedenfalls zum Geschäftsinhalt gehörten (vgl. *Kietaibl*, JBl 2004, 626), weil es gerade nicht auf die Bezeichnung der Vereinbarung ankommt und die Frage der Anwendbarkeit zwingenden Arbeitsrechts der Parteiendisposition entzogen ist.

Die Unbeachtlichkeit eines Rechtsfolgenirrtums erübrigt auch Erwägungen zu dem in der Revision angesprochenen Wegfall der Geschäftsgrundlage. Sie könnten aber ohnehin nur auf von den Parteien nicht bedachte geschäftstypische Voraussetzungen bezogen werden, wozu weder die rechtliche Qualifikation eines Vertrags noch die Entgeltvereinbarung zählen.

Soweit *Kietaibl* meint, der Normzweck des zwingenden Arbeitsrechts stehe einer nachträglichen Entgeltanpassung nicht entgegen, weil damit nicht in zwingende Mindestrechte eingegriffen werde, so ist dem

gerade im Hinblick auf die revisionsgegenständliche Urlaubersatzleistung nicht zu folgen. Denn ein Arbeitnehmer, dem mit dem scheinbar freien Dienstvertrag ein überkollektivvertragliches Entgelt zugesagt wurde, kann durch die Perspektive einer nachträglichen Entgeltherabsetzung leicht von der Geltendmachung seiner Urlaubsansprüche abgehalten werden.

Zusammenfassend ist daher an der Rechtsprechung festzuhalten, dass die Urlaubersatzleistung von als freie Dienstnehmer fehlbehandelten Dienstnehmern auf der Grundlage des vereinbarten Entgelts zu ermitteln ist.

5. Für die eingeklagten Beiträge zur Mitarbeitervorsorgekasse, deren Last alleine der Arbeitgeber zu tragen hat (*Resch* in ZellKomm I<sup>2</sup> § 6 BMSVG Rz 1), gilt nichts anderes als für die unter Pkt 2.1. erwähnten Dienstgeberbeiträge.

Dass die Beklagte aus dem Titel des Schadenersatzes zur Zahlung eines entsprechenden Betrags an den Kläger verpflichtet ist (vgl. *Resch* aaO § 6 BMSVG Rz 18), wurde im Revisionsverfahren nicht in Frage gestellt.

6. Insgesamt hat das Erstgericht das Zahlungsbegehren des Klägers daher zu Recht als berechtigt erachtet. Danach war der Revision Folge zu geben und das Ersturteil im Hinblick auf das noch verfahrensgegenständliche Zahlungsbegehren wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. September 2012  
Dr. R o h r e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: