

# Der OGH und der Ersatz von „Vorstellungskosten“

Von RAA Dr. Georg Schima, Wien

## 1. Die Anlaßentscheidung des OGH

Jüngst hatte sich der OGH erstmals mit dem — in der Lehre erst andiskutierten — Problem des Ersatzes von „Vorstellungskosten“ zu befassen, dh dem Ersatz der von einem (letztlich abgewiesenen) Stellenbewerber im Rahmen der Vorstellungstätigkeit gemachten Aufwendungen gegenüber dem potentiellen Arbeitgeber.

Der E vom 12. 7. 1989<sup>1)</sup> lag nachstehender Sachverhalt zugrunde:

Die bekl P suchte durch ein Zeitungsinserat Außendienstmitarbeiter. Der Kl bewarb sich schriftlich und wurde daraufhin aufgefordert, sich zur Vorauswahl im Betrieb der bekl P vorzustellen. Der Kl wurde neben einem weiteren Bewerber aus insgesamt dreißig Leuten ausgewählt, wobei ihm mitgeteilt wurde, daß er in der engeren Wahl sei. Einige Tage später wurde der Kl von dem bei der bekl P mit der Einstellung der Außendienstmitarbeiter beauftragten Angestellten telefonisch mit den Worten: „Kommen Sie herunter, Sie sind unser Mann für den Westen“, eingeladen. Der Kl wurde weiters dazu aufgefordert, sich vier Tage lang im Betrieb der bekl P aufzuhalten und sich als künftiger Außendienstmitarbeiter über die Produkte, das Programm, die Preise etc zu informieren. Der Kl fuhr daraufhin abermals zur bekl P, wo ihm und dem zweiten ausgewählten Bewerber das Unternehmen vorgestellt wurde. Die bekl P zahlte die Übernachtung des Kl (Zimmer und Frühstück) in einem Gasthaus der Umgebung. Einmal wurde der Kl auch zu einem Mittagessen eingeladen. Sodann wurde dem Kl mitgeteilt, daß die Einschulung am darauffolgenden Montag noch für eine Woche fortgesetzt werde und danach der Verkauf beginnen solle. Man war sich darüber einig, daß der Kl am 1. 3. 1988 als Außendienstmitarbeiter für Westösterreich bei der bekl P beginnen solle. Davor änderte die bekl P jedoch ihre Meinung und teilte dem Kl mit Schreiben vom 26. 2. 1988 mit, daß sie ihn nicht beschäftigen könne.

Dem auf Zahlung von Fahrtkosten (Kilometergeld) und Aufenthaltskosten für vier Tage gerichteten Begehren des Kl wurde in allen drei Instanzen Folge gegeben.

Der OGH meinte einleitend, der Ersatz von Auslagen für eine Vorstellung, die aufgrund einer Aufforderung des potentiellen Arbeitgebers erfolgte, werde in der Lehre „im wesentlichen übereinstimmend bejaht“, wobei als überzeugende Anspruchsgrundlagen vor allem § 863, aber auch die §§ 1002 ff und insb § 1014 ABGB in Betracht kämen. Werde der Arbeitnehmer ausdrücklich zur persönlichen Vorstellung durch den Arbeitgeber aufgefordert, so bestehe „Grund zur Annahme“, daß sich der Arbeitgeber nach § 863 ABGB stillschweigend zum Kostenersatz verpflichte. Die Aufforderung durch den Arbeitgeber zur Vorstellung des Bewerbers könne abgesehen davon aber auch als „Anbot eines Auftrages“ gesehen werden, der vom Bewerber ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlungen angenommen werde und einen Ersatzanspruch nach § 1014 ABGB entstehen lasse. Unter Bezugnahme auf seine Judikatur

zur Risikohaftung des Arbeitgebers<sup>2)</sup> bekräftigte der OGH die dort schon mehrmals geäußerte Ansicht, § 1014 ABGB und das darin „zum Ausdruck kommende allgemeine Prinzip des Anspruchs auf Auslagenersatz im Fall einer aufgetragenen Tätigkeit“ sei nicht auf Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen beschränkt, sondern erfasse auch Dienste rein tatsächlicher Art. Der Ersatzanspruch folge daher aus § 1014 ABGB, wonach der Auftraggeber verpflichtet sei, dem Beauftragten die ihm zur Besorgung des Geschäftes gemachten notwendigen und nützlichen Aufwendungen zu ersetzen. Diese Verpflichtung zum Ersatz der Auslagen umfasse auch die Kosten, die einem Stellenbewerber erwachsen, der sich über Veranlassung des potentiellen Arbeitgebers zu einem Vorstellungsgespräch bei diesem einfände. „Sowohl § 863 ABGB wie auch § 1014 ABGB“ bildeten daher eine „taugliche Rechtsgrundlage“ für den Anspruch, so daß *ungeprüft* bleiben könne, ob der Anspruch auf Auslagenersatz auch nach *schadenersatzrechtlichen* Grundsätzen, allenfalls aus einer Haftung der bekl P aus *culpa in contrahendo*, zustehe.

## 2. Meinungsstand in der Lehre

Die erste in Österreich auffindbare Stellungnahme zum Problem sind die knappen Ausführungen von *Mayer-Maly*<sup>3)</sup> in seinem im Jahre 1970 erschienenen Lehrbuch, wo der Autor gegen den Motivenbericht zur — einen Anspruch auf Vorstellungskostenersatz bei Aufforderung durch den Arbeitgeber vorsehenden — Regelung des § 25 des 1. Teilentwurfs einer Arbeitsrechtskodifikation Stellung nahm und meinte, dieser Anspruch sei keine „Neuerung“, sondern ergäbe sich schon „in den Grenzen der Lehre von einem den Vertrag vorbereitenden Rechtsverhältnis“; danach sei bereits nach geltendem Recht die Pflicht zum Ersatz der Kosten einer auf *individueller Aufforderung* beruhenden Vorstellung zu bejahen.

*Egger*<sup>4)</sup> referierte diese Ansicht von *Mayer-Maly* im wesentlichen zustimmend und bejahte überdies eine stillschweigend eingegangene Verpflichtung des Arbeitgebers zum Ersatz der Vorstellungskosten, wenn der Arbeitgeber eine persönliche Vorstellung wünsche und den Arbeitnehmer *ausdrücklich auffordere*, im Personalbüro zu erscheinen. Ein solcher Anspruch sei vom Zustandekommen eines Vertragsabschlusses *unabhängig*, eine Rückforderung durch den Arbeitgeber bei vereinbarungswidrigem Nichtantritt der Stelle durch den Arbeitnehmer komme daher nicht in Betracht. Kein Anspruch auf Aufwandsersatz des Arbeitnehmers bestehe jedoch, wenn der Arbeitgeber nur von einer „unverbindlichen Vorstellung“ spreche oder die Vorstellung dem Arbeitnehmer

<sup>2)</sup> OGH Arb 10.268 = ZAS 1985, 14 ff = RdW 1984, 52 = JBl 1984, 391 = EvBl 1983/154 = SZ 56/86 = DRdA 1984, 32 ff mit Anm von *Jabornegg*; ZAS 1988, 174 ff mit Anm von *Kerschner*; zuletzt OGH 24. 5. 1989, 9 Ob A 193/89.

<sup>3)</sup> Österreichisches Arbeitsrecht (1970) 46 f.

<sup>4)</sup> Rechtsprobleme bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen, DRdA 1982, 89 ff (100 f).

<sup>1)</sup> RdW 1989, 399 = JBl 1990, 127 ff = EvBl 1990/3.

freistelle. Sofern der *persönliche Eindruck* für das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend sei, stehe dem Bewerber „auch ohne besondere Abrede oder den Rechtsschein der konkludenten Handlung“ der Anspruch auf Auslagenvergütung zu, sofern es zum Vertragsabschluß komme.

In einer E vom 8. 6. 1984 bejahte das ArbG Salzburg<sup>5)</sup> den Anspruch eines aufgrund einer Zeitungsannonce tätig gewordenen und zu einem Vorstellungsgespräch gebeten Stellenwerbers, sprach diesem jedoch unter Hinweis auf die „Schadensminderungspflicht“ nicht Aufwandsersatz in Höhe des Kilometergeldes, sondern bloß im Ausmaß der Kosten eines öffentlichen Verkehrsmittels zu.

Dungl<sup>6)</sup> kritisierte die E und meinte, anstatt einer kritiklosen Wiedergabe der Rechtsansichten von *Mayer-Maly* und *Egger* wäre eine konkrete Auseinandersetzung mit diesen Auffassungen von Interesse gewesen, weil weder der Hinweis auf die culpa in contrahendo noch jener auf § 863 ABGB als sehr tragfähige Grundlagen für die Zuerkennung eines Kostenersatzanspruches erschienen.

Offenbar Zustimmung fand die E des ArbG Salzburg hingegen bei *Mayer-Maly*<sup>7)</sup>.

Eine umfangreichere Auseinandersetzung mit dem Thema erfolgte wenig später durch *Schoibl*<sup>8)</sup>. *Schoibl* zufolge hat im Falle einer individuellen Aufforderung durch den potentiellen Arbeitgeber der potentielle Arbeitnehmer bei Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln (§ 863 ABGB), daß sich der potentielle Arbeitgeber zur Zahlung der „anfallenden Vorstellungskosten“ verpflichten wolle. Der Arbeitgeber könne jedoch den Ersatzanspruch von vorneherein ausschließen; ein solcher Ausschluß könne sich auch aus den Umständen, unter denen die Vorstellung erfolge, ergeben<sup>9)</sup>.

Darüber hinaus könne jedoch die ausgesprochene Aufforderung durch den Arbeitgeber zur Vorstellung des Arbeitnehmers als „Anbot eines Auftrages“ gesehen werden, der vom Bewerber ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlung angenommen werde und einen Ersatzanspruch nach Maßgabe des § 1014 ABGB begründe<sup>10)</sup>. Diesbezüglich sei auf die oben kurz wiedergegebenen Entscheidungsgründe des OGH verwiesen, weil diese völlig auf den Ausführungen von *Schoibl* aufbauen.

Auf die Verletzung vorvertraglicher Pflichten des potentiellen Arbeitgebers könne der Anspruch auf Auslagenersatz hingegen nur in Ausnahmefällen gestützt werden — etwa dann, wenn der Arbeitgeber trotz inzwischen erfolgter Besetzung der ausgeschriebenen Stelle weitere Bewerber zu Vorstellungen auffordere, sie über die Ernstlichkeit des eigenen Abschlußwillens in die Irre

führe oder nach sehr weit gediehenen Vertragsverhandlungen grundlos vom Vertrag abstehe<sup>11)</sup>. Abgesehen von diesen Fällen hätten die Parteien die im Verhandlungsstadium anfallenden Kosten grundsätzlich selbst zu tragen, weil der Verhandlungsabbruch im Normalfall nicht rechtswidrig sei.

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Vorstellungskostenersatz bei Fehlen einer Aufforderung durch den Arbeitgeber, dh bei Vorstellung auf *Initiative* des Arbeitnehmers, sei nur dann zu bejahen, wenn wegen der spezifischen Art der Beschäftigung „der persönliche Eindruck des Arbeitgebers für die Besetzung des Arbeitsplatzes maßgeblich und von ausschlaggebender Bedeutung“ sei, etwa bei leitenden Angestellten, Schauspielern oder Vertretern und es auch tatsächlich zum Arbeitsvertragsabschluß komme. Ein solcher Anspruch könne aus dem Institut der *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§§ 1037 f ABGB) abgeleitet werden, wobei der subjektive Vorteil des Arbeitgebers eben im Vertragsabschluß liege<sup>12)</sup>. *Meyenburg*<sup>12a)</sup> und *Reidinger*<sup>12b)</sup> schließlich billigten zwar das vom OGH in der eingangs zitierten E erzielte Ergebnis, übten aber an der vom Höchstgericht gewählten Begründung Kritik und meinten übereinstimmend, daß die E eine besondere Fallkonstellation zum Gegenstand gehabt habe und als Leitentscheidung zum Problem des Anspruches auf Ersatz von Vorstellungskosten daher ungeeignet sei.

### 3. Eigene Auffassung

Der eingangs referierten E des OGH liegt ein wahrlich nicht alltäglicher Sachverhalt zugrunde. Umso verwunderlicher ist es, daß sich die Entscheidungsgründe über weite Strecken wie ein Auszug aus einem Arbeitsrechtslehrbuch lesen, die auf den konkreten Anlaßfall kaum bis gar nicht Bezug nehmen. Wirklich bedauerlich ist aber, daß die offenbar Verallgemeinerungsfähigkeit beanspruchenden Ausführungen des OGH über weite Strecken weder auf den konkreten Fall passen noch als allgemeine Richtschnur für die Beurteilung des Problems der „Vorstellungskosten“ vertretbar sind. Die — soweit dies dem veröffentlichten Sachverhalt entnommen werden kann — Richtigkeit des Ergebnisses ist unter diesem Blickwinkel wohl dem Zufall zu verdanken, zumal das Höchstgericht die — abgesehen von § 31 Abs 1 letzter Satz AngG — mE tauglichste Anspruchsgrundlage, nämlich die Haftung aus culpa in contrahendo, als nicht (mehr) prüfungsbedürftig beiseite gelassen hat (dazu unten 3.3. und 3.5.).

Aus derartigen „Erstentscheidungen“ entstehen — nicht zuletzt durch die Segnungen der modernen Technik (Textbausteine) — nicht selten sog „ständige Rechtsprechungen“, von denen eine Abkehr schwer fällt<sup>13)</sup>.

Der Gefahr einer solchen „Verfestigung“ vorzubeugen dienen die nachstehenden Ausführungen, die zunächst die Problematik aus allgemeiner Sicht behandeln und abschließend auf den Anlaßfall eingehen.

<sup>5)</sup> ARD 3642/11/84; vgl die Referierung der E bei *Dungl*, RdW 1984, 313 f.

<sup>6)</sup> RdW 1984, 331 f.

<sup>7)</sup> Vgl *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I 60.

<sup>8)</sup> Zum Anspruch des Stellenbewerbers auf Ersatz von Vorstellungskosten, RdW 1985, 247 ff; nach Information des Verfassers hat *Schoibl* auch die zitierte E des ArbG Salzburg in seiner Zeit als Rechtspraktikant am genannten Gericht konzipiert.

<sup>9)</sup> *Schoibl*, RdW 1985, 248.

<sup>10)</sup> *Schoibl*, RdW 1985, 248 f.

<sup>11)</sup> *Schoibl*, RdW 1985, 250 f.

<sup>12)</sup> *Schoibl*, RdW 1985, 251.

<sup>12a)</sup> Ersatz von Vorstellungskosten, RdW 1989, 397 f.

<sup>12b)</sup> ZAS 1990, 135 ff.

<sup>13)</sup> Im Falle des Problems der Unterhaltsleistungen für die Vergangenheit erfolgte die Abkehr trotz in letzter Zeit „erdrückender“ Argumente erst nach 130 Jahren.

### 3.1. Stillschweigende Zusage (§ 863 ABGB)

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können auf verschiedene Weise miteinander in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten.

Relativ häufig dürfte in der Praxis der Fall sein, daß ein Arbeitgeber eine Stellenannonce aufgibt und die sich daraufhin telefonisch meldenden Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch bittet (Fall 1). Diese Vorgangsweise ist etwa bei der Besetzung von Büroarbeitsplätzen durchaus üblich.

Vor allem bei der Suche nach Spitzenarbeitskräften, insb im Managementbereich, besteht hingegen oft die Gepflogenheit — sei es im Umweg über ein Personalberatungsunternehmen („headhunter“), sei es direkt —, von den Bewerbern *schriftliche Bewerbungsunterlagen* anzufordern. In diesem Falle wird der Arbeitgeber aufgrund der Bewerbungsunterlagen selbst initiativ, indem er idR jene Bewerber, deren Unterlagen vielversprechend sind, zu einem Vorstellungsgespräch bittet (Fall 2).

Weniger häufig wird es vorkommen, daß der Arbeitgeber aufgrund persönlicher Beziehungen oder Empfehlungen durch Dritte gezielt eine bestimmte Person kontaktiert und einen Besprechungstermin initiiert (Fall 3).

Das Pendant dazu ist der — wohl noch seltenere — Fall, daß ein Arbeitssuchender unaufgefordert im Büro eines Arbeitgebers erscheint und um eine Stelle anfragt (Fall 4).

Neben den dargestellten Fallkonstellationen sind selbstverständlich verschiedenste „Schattierungen“ denkbar. Vor allem aber kann und wird es im Falle einer länger andauernden Anbahnungsphase oft vorkommen, daß die Initiative wechselt, dh zB der Erstkontakt vom potentiellen Arbeitnehmer ausgeht, der Arbeitgeber in der Folge jedoch Interesse zeigt und seinerseits die Verhandlungen initiativ vorantreibt.

ME kann dem OGH der Vorwurf einer sehr undifferenzierten Betrachtungsweise nicht erspart werden. Der lapidare Satz, eine ausdrückliche Aufforderung zur persönlichen Vorstellung durch den potentiellen Arbeitgeber bedeute dessen stillschweigende Verpflichtung zur Übernahme der mit der Vorstellung verbundenen Kosten, schafft wenig Klarheit. Nimmt man den OGH beim Wort, so bestünde nicht nur in den Fällen 2 und 3, sondern auch im Fall 1 ein Anspruch auf Aufwandsersatz, weil auch im Fall 1 der Arbeitgeber letztlich den potentiellen Arbeitnehmer zum Vorstellungsgespräch bittet und idR auch den Termin festlegt.

In der BRD, wo die wohl hA einen Anspruch des potentiellen Arbeitnehmers auf Vorstellungskostenersatz bei ausdrücklicher *Aufforderung durch den Arbeitgeber* bejaht<sup>14)</sup>, wird gerade in *diesem Fall*, nämlich bei bloßer „Zustimmung zu einer vom Bewerber erbetenen Vorstellung“ durch den Arbeitgeber<sup>15)</sup>, ein Anspruch des Stellenbewerbers *verneint*.

Freilich liegen im gegenständlichen Fall die Dinge anders; der Sachverhalt entspricht im wesentlichen dem oben als Fall 2 beschriebenen Typus.

Auch bei diesem Typus ist es jedoch mE fraglich, ob die *bloße Aufforderung* des Arbeitgebers gegenüber dem Bewerber, im Büro des Arbeitgebers zu erscheinen, bereits eine stillschweigende Zusage zum Ersatz der mit der Befolgung dieser Aufforderung verbundenen Aufwendungen bedeutet.

Anders als bei der Prüfung der Anspruchsgrundlage des § 1014 ABGB, die dem Beauftragten das Recht auf Ersatz der *notwendigen* oder *nützlichen* Aufwendungen einräumt<sup>16)</sup>, kann die Klärung der Frage, *ob überhaupt* eine stillschweigende Verpflichtung zum Auslagenersatz übernommen wurde, von der Beantwortung der Frage, *in welcher Höhe* diese Verpflichtung übernommen wurde, praktisch *nicht getrennt* werden.

Der Satz in der gegenständlichen OGH-E, der Arbeitgeber verpflichte sich durch die ausdrückliche Aufforderung zur persönlichen Vorstellung „stillschweigend *zum Kostenersatz*“, läßt letztere Frage gänzlich unbeantwortet und kann daher auch zur Lösung der ersten Frage, nämlich jener nach dem Bestehen eines Anspruches *dem Grunde* nach, nichts wesentliches beitragen. Vielleicht war dies dem OGH auch unterschwellig bewußt, und vielleicht wick das Höchstgericht deshalb sehr rasch in Richtung § 1014 ABGB aus, welcher freilich — wie noch zu zeigen sein wird (s unten 3.2.) — als Anspruchsgrundlage nur in Ausnahmefällen (s unten 3.5.) in Betracht kommt.

Der Autor dieses Beitrages hat schon einige Male Kritik an der sehr „großzügigen“ Handhabung des § 863 ABGB durch den arbeitsrechtlichen Senat des OGH geübt<sup>17)</sup>; die vorliegende E ist nicht dazu angetan, diese Kritik zurückzunehmen.

Da es bei der Auslegung einer Willenserklärung nach § 863 ABGB — zumindest dem Grunde nach auch von der arbeitsrechtlichen Rsp unbestritten — entscheidend auf den *Empfängerhorizont*, dh darauf ankommt, wie ein redlicher Erklärungsempfänger die Erklärung *auffassen mußte*, ist bei der Auslegung der Erklärungsbedeutung einer Aufforderung zu einem Vorstellungsgespräch durch einen potentiellen Arbeitgeber vor allem danach zu fragen, über welche *Art und Höhe* der mit der Wahrnehmung des Vorstellungstermines verbundenen Aufwendungen *betreffende Informationen der potentielle Arbeitgeber dem potentiellen Arbeitnehmer erkennbar* verfügte. Umstände, die *nur dem Erklärungsempfänger bekannt* sein konnten, haben nämlich für die Auslegung nach § 863 ABGB ebenso außer Betracht zu bleiben wie Umstände, von denen der Empfänger *wußte oder wissen mußte*, daß sie der Erklärende *nicht kannte*<sup>18)</sup>. Besaß der Arbeitgeber daher keinerlei (nähere) Informationen hinsichtlich des Wohnortes des potentiellen Arbeitnehmers, seines Anreiseweges etc und mußte dies letzterem auch bekannt sein, so kann in der durch den Arbeitgeber aus-

<sup>16)</sup> Vgl Strasser, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 4 ff zu §§ 1014, 1015.

<sup>17)</sup> Vgl G. Schima, ZAS 1986, 57 ff, G. Schima, JBl 1989, 669 f; allg Kritik an der Interpretation von § 863 ABGB durch die arbeitsrechtliche Rsp bei Steininger, ZAS 1966, 52 ff; Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes 18 ff, 23, 33 f; Wahle, ZAS 1966, 20 ff; Bydlinski, Willens- und Willenserklärungen im Arbeitsrecht, ZAS 1976, 83 ff, 126 ff.

<sup>18)</sup> Rummel, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 8 zu § 863.

<sup>14)</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch<sup>6</sup>, 93, 102; Schwerdtner, in MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 9 ff zu § 629; BAG AP § 196 Nr 8.

<sup>15)</sup> Schwerdtner, in MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 9 zu § 629.

gesprochenen Aufforderung/Bitte, zu einem Vorstellungsgespräch im Unternehmen zu erscheinen, *auf gar keinen Fall* eine stillschweigende Verpflichtung zum Aufwandsersatz erblickt werden. Dies ist insb dann der Fall, wenn der Kontakt lediglich *telephonisch* durch den Stellenbewerber angebahnt wurde (Fall 1)<sup>19)</sup>. Daß dies umso mehr bei unaufgefordertem Erscheinen eines Stellenbewerbers im Büro des Arbeitgebers (Fall 4) gilt, bedarf keiner näheren Erörterung.

Ob der OGH einen Aufwandsersatzanspruch auch bei der oben als Fall 1 geschilderten Konstellation bejaht, kann seiner E leider nicht entnommen werden, so daß bei nächster Gelegenheit eine Klärung geboten erscheint.

Auch dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund schriftlicher Bewerbungsunterlagen einen bestimmten (mehrere) Stellenbewerber um eine persönliche Vorsprache ersucht, ist mE aber eine stillschweigende Zusage des Aufwandsersatzes mehr als fraglich<sup>19a)</sup>. Die Vertreter der hA, die eine solche Verpflichtung bejahen, begründen diese Auffassung kaum bis gar nicht<sup>20)</sup>. Wenn *Schoibl*<sup>21)</sup> ausführt, der Stellenbewerber könne dann an einer stillschweigenden Kostenübernahmezusage durch den Arbeitgeber nicht zweifeln, „wenn ein Teil Leistungen erbringt, sich also der Stellenbewerber nach Aufforderung durch den Arbeitgeber vorstellt, und der andere sie annimmt“, so ist dem entschieden entgegenzuhalten, daß die vom Stellenbewerber erbrachte „Leistung“ in der letztlich *im eigenen Interesse* erfolgenden *Aufnahme eines vorvertraglichen Kontaktes* besteht. Für diesen gilt aber der von *Schoibl* in der Folge selbst erkannte<sup>22)</sup> Grundsatz, daß die Verhandlungspartner die im Verhandlungsstadium anfallenden Kosten *grundsätzlich selbst zu tragen* haben<sup>23)</sup>. Ein Aufwandsersatz kommt allenfalls aus dem Titel der *culpa in contrahendo* in Betracht. Die diesbezüglichen Erwägungen sollen unten (3.2. und 3.3.) näher dargestellt werden.

Damit scheidet aber auch das Bestehen einer entsprechenden *Verkehrssitte* des Inhaltes aus, ein Arbeitgeber, der Stellenbewerber ausdrücklich zu einem Vorstellungsgespräch in seinen Betrieb oder sonst wo einlade, übernehme damit stillschweigend den mit der Annahme dieser Einladung verbundenen Aufwand. Allein eine solche Verkehrssitte wäre nämlich dazu geeignet, die hA, der sich nunmehr der OGH angeschlossen hat, zu tragen. In Wahrheit besteht eben genau die *umgekehrte* Verkehrssitte, nämlich die Übung, daß potentielle Vertragspartner ihre eigenen, mit der Vertragsanbahnung verbundenen Auslagen *selbst zu tragen* haben. Unter Zugrundelegung der hA müßte auch ein potentieller Liegenschaftskäufer

zumindest Anspruch auf Fahrtkostenersatz haben, wenn er vom potentiellen Verkäufer eingeladen wird, das Grundstück an Ort und Stelle zu besichtigen. Unzählige weitere, bis ins Absurde steigerungsfähige Beispiele ließen sich unschwer finden. Daß gerade im Arbeitsrecht eine Einschränkung des Grundsatzes des Verhandeln auf eigene Kosten und eigenes Risiko geboten sein sollte, macht jedenfalls weder der OGH noch sonst ein Vertreter der hA auch nur ansatzweise deutlich und ist mE auch nicht begründbar.

Selbst wenn man jedoch dem OGH und der hA folgt und zumindest in den oben als Fall 2 und 3 geschilderten Konstellationen eine stillschweigende Aufwandsersatzzusage des Arbeitgebers annimmt, kann sich die *betragsmäßige Höhe* dieser Zusage in Anwendung der Grundsätze des § 863 ABGB jedenfalls nur im Rahmen der dem Arbeitgeber vorliegenden Informationen bewegen. Reicht ein Bewerber etwa schriftliche Unterlagen ein, in denen ein inländischer, nahe am Betriebsort des Arbeitgebers gelegener Wohnort angeführt ist, kann er die aufgrund dieser Bewerbungsunterlagen an ihn gerichtete Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nicht als Übernahme der Kosten für die Anreise aus dem Ausland oder von einem dem Arbeitgeber nicht bekanntgegebenen zweiten Wohnsitz verstehen. Ebenso wird wohl der Anspruch auf Ersatz von Kilometergeld ausscheiden, wenn der Stellenbewerber die Frage nach dem Besitz eines PKW in seinen Bewerbungsunterlagen verneint hat, weil dann der Arbeitgeber nur mit der Anreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu rechnen brauchte.

Derartige Differenzierungen finden sich in der vorliegenden E des OGH freilich nicht, was umso bedauerlicher erscheint, als die Erfahrung lehrt, daß ab der zweiten E zu einem bestimmten Rechtsproblem häufig mehr oder weniger lapidar auf die erste E verwiesen wird. Eine „Nachholung“ oder gar Korrektur von Rechtsausführungen in späteren E kommt in der Praxis der Gerichte leider selten vor.

### 3.2. Stillschweigender Auftragsvertrag

Herbe Kritik muß sich der OGH für seine — im Grunde überhaupt nicht begründete (s im folgenden) — Ansicht gefallen lassen, die Aufforderung des Arbeitgebers zur Vorstellung des Bewerbers könne als „Anbot eines Auftrages“ gesehen werden, der vom Bewerber ausdrücklich oder stillschweigend angenommen werden könne und dann einen Ersatzanspruch nach § 1014 ABGB begründe.

Die — im wesentlichen *Schoibl*<sup>24)</sup> folgenden — weitwendigen Ausführungen zur „Risikohaftung“ des Arbeitgebers und der Überwindung einer strengen Trennung von Rechtsgeschäften bzw rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen und rein faktischen Dienstleistungen hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 1014 ABGB auf Arbeitsverhältnisse sind für die vorliegende E völlig unerheblich und beantworten vor allem in keiner Weise die Grundfrage, warum die Aufforderung/Einladung eines potentiellen Vertragspartners gegenüber dem anderen, sich zu Vertragsverhandlungen an einem bestimmten Ort einzufinden, *als solche überhaupt rechtsgeschäftliche Wirkungen auslösen* soll. Hier hat der OGH in der Tat

<sup>19)</sup> So wohl auch *Schwerdtner*, in MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 9 zu § 629.

<sup>19a)</sup> Generell § 863 ABGB als Anspruchsgrundlage ablehnend auch *Reidinger*, ZAS 1990, 136.

<sup>20)</sup> Vgl insb *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I 60, wo davon die Rede ist, daß die individuelle Aufforderung zur Vorstellung einer ausdrücklichen oder konkludenten Zusage zum Aufwandsersatz durch den Arbeitgeber gleichstehe; ebenso ohne Begründung die Ausführungen von *Egger*, DRdA 1982, 100 f.

<sup>21)</sup> RdW 1985, 248.

<sup>22)</sup> RdW 1985, 250.

<sup>23)</sup> Vgl *Koziol/Welser*<sup>8</sup> I 197 mwN in FN 30; Ostheim, Zur Haftung für culpa in contrahendo wegen grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 573.

<sup>24)</sup> RdW 1985, 248 f.

den Wald, nämlich das Grundproblem, vor lauter Bäumen, soll heißen juristischen Begriffen, nicht mehr gesehen. Die Erörterung der Frage, ob die in der Befolgung einer Einladung des potentiellen Arbeitgebers zu einem Vorstellungsgespräch liegende *Tätigkeit* ihrer Art nach Gegenstand eines Auftragsvertrages sein kann, ist erst dann aktuell, wenn *überhaupt ein Vertrag* vorliegt. Genau dies ist aber zu verneinen, weil es schon an dem elementarsten Merkmal jedes Rechtsgeschäftes und damit auch eines jeden Vertrages fehlt, am vertragstypischen *Rechtsfolgewillen*<sup>25)</sup>. Noch nie wurde bestritten, daß der Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten einen *Rechtsanspruch auf Durchführung des Auftrages* besitzt<sup>26)</sup>. Teilt man die Auffassung des OGH, so müßte man auch eine *durchsetzbare Verpflichtung* des potentiellen Arbeitnehmers, am vereinbarten Ort zu erscheinen, bejahen. Dies entspricht aber wohl in keinem Fall dem Willen der Verhandlungspartner. Daß ein Nichterscheinen uU *deliktische* Konsequenzen nach sich ziehen kann<sup>27)</sup> bzw den Stellenbewerber allenfalls wegen *culpa in contrahendo* verantwortlich macht, steht auf einem ganz anderen Blatt.

Das schon betonte Prinzip, daß Vertragsverhandlungen von jedem Teil grundsätzlich *auf eigene Kosten* und auf eigenes Risiko geführt werden, steht der vom OGH willkürlich ins Leben gerufenen Konstruktion eines eigenen, das vorvertragliche Stadium eines Rechtsgeschäftes erfassenden Vertragsverhältnisses unüberwindbar entgegen<sup>27a)</sup>.

Es ist auch nicht ersichtlich, warum der vom OGH angenommene Auftragsvertrag nur für die Anbahnung von *Arbeitsverhältnissen* in Betracht kommen sollte. Bei so gut wie jedem Vertragstyp ist es möglich, daß in der Anbahnungsphase ein Teil aufgrund einer Einladung/Aufforderung des anderen Teiles für diesen erkennbar *hohe Kosten* aufwendet, für die ein Ersatz nur aus dem Titel der culpa in contrahendo und bei Zutreffen der dafür nötigen Voraussetzungen in Frage kommt. Man denke an den Kauf eines größeren Unternehmens, der Interessenten ohne weiteres veranlassen kann, zwecks näherer Prüfung des Kaufobjektes mit dem Flugzeug um die halbe Welt zu reisen, teure Bewertungsgutachten in Auftrag zu geben etc. Hier einen stillschweigenden Auftragsvertrag bei entsprechender Aufforderung durch einen Teil auch nur zu erwägen, ist mit gutem Grund noch niemandem eingefallen.

Es *fehlt* in all diesen Fällen, wie auch bei der Anreise zu einem Vorstellungsgespräch durch einen Stellenbewerber, an dem für das Vorliegen eines Auftragsvertrages unabdingbaren *Fremdcharakter* der Tätigkeit<sup>28)</sup>. Wenn auch nach herrschender und mE zutreffender Ansicht die Mitverfolgung *eigener Interessen* durch den Beauftragten der Annahme eines Auftragsvertrages nicht entgegensteht<sup>29)</sup>, so muß es sich beim „Geschäft“ iSd Auf-

tragsvertragsrechts doch um eine *Angelegenheit des Auftraggebers* handeln, an deren Wahrnehmung dieser Interesse hat und die er *deshalb auch hätte selbst vornehmen können*<sup>30)</sup>. Letzteres ist bei der Herstellung eines rechtsgeschäftlichen Kontaktes mit dem (angeblichen) „Auftraggeber“ schon begrifflich nicht möglich, weil dieser keinen Vertrag mit sich selbst schließen kann.

Macht man mit der vom OGH vertretenen Ansicht ernst, dann *zerstört* man unweigerlich das in Österreich weitestgehend akzeptierte Konzept des *vorvertraglichen Schuldverhältnisses* und die mit einer Gesamtanalogie aus den §§ 866, 869, 878 3. Satz und 932 Abs 1 letzter Satz ABGB begründete Haftung für culpa in contrahendo<sup>31)</sup>. Sofern ein potentieller Vertragspartner den anderen durch eine entsprechende Einladung zur Tätigkeit von Aufwendungen veranlaßt hat, wäre er ohne Rücksicht darauf zum Ersatz verpflichtet, ob er den Partner auf einen vertragsrelevanten Umstand nicht hingewiesen oder über die Ernstlichkeit des eigenen Abschlußwillens getäuscht oder die Verhandlungen ohne ersichtlichen Grund in einem weit fortgeschrittenen Stadium abgebrochen, kurzum sich der Verletzung einer vorvertraglichen Schutz- und Aufklärungspflicht schuldig gemacht hat. Sehr sarkastisch formuliert könnte man die Auftragskonstruktion des OGH freilich auch als konsequente Fortführung und Weiterentwicklung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses sehen, das nun endlich einen Namen erhalten hat. Die *deliktischen Wurzeln* dieses Schuldverhältnisses<sup>32)</sup> wären damit allerdings vollends verschüttet.

Nicht verschwiegen werden soll, daß das dt Bundesarbeitsgericht<sup>33)</sup> und *Schaub*<sup>34)</sup> — vom OGH freilich unbenutzt — ebenfalls das Auftragsvertragsrecht, nämlich die §§ 662 ff BGB, als Anspruchsgrundlage für den Ersatz von Vorstellungskosten bemühen. Die Meinung wird dadurch jedoch nicht richtiger, *Schwerdtner*<sup>35)</sup> hält sie nachsichtig für „mehr als fraglich“.

<sup>25)</sup> Zutreffend *Seiler*, in MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 22 zu § 662.

<sup>31)</sup> Grundlegend *Jhering*, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangenden Verträgen, *JherJB* 4, 1 ff; *Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, *AcP* 151, 501 ff; *Canaris*, Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, *NJW* 1964, 1987 ff; *G. Frotz*, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, *Gschnitzer-GedS* 163 ff; *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 56 ff, 127 ff, 150 ff; *Welser*, Das Verschulden beim Vertragsabschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, *ÖJZ* 1973, 281 ff; *Larenz*, Bemerkungen zur Haftung für „Culpa in contrahendo“, *Ballerstedt-FS*, 397 ff; *Reischauer*, Verschulden und Beweislast, *ZVR* 1978, 97 ff und 129 ff (134 f); *Ostheim*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, *JB* 1980, 522 ff; *Wiedemann*, Zur culpa in contrahendo beim Abschluß des Arbeitsvertrages, *Henschel-FS* (1980), 463 ff; *Reischauer*, in Rummel ABGB<sup>2</sup> I Rz 14 ff vor §§ 918 bis 933; *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 70 ff; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht<sup>6</sup> I AT 435 ff; *Fikentscher*, Schuldrecht<sup>7</sup> 62 ff; *Koziol/Welser*<sup>8</sup> I 195 ff, OGH SZ 48/102, SZ 49/13, SZ 49/94, SZ 49/90; OGH *JB* 1976, 205 ff mit Anm von *Bydlinski*.

<sup>32)</sup> Deren unbestreitbares Vorhandensein führt bei *Reischauer* (vgl nur in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 14 vor §§ 918 bis 933) zur gänzlichen Negierung eines *gesetzlichen* Schuldverhältnisses.

<sup>33)</sup> BAG AP § 196 Nr 8.

<sup>34)</sup> Arbeitsrechtshandbuch<sup>6</sup> 102.

<sup>35)</sup> In MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 13 zu § 629.

<sup>25)</sup> *Koziol/Welser*<sup>8</sup> I 81 f; *Rummel*, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 6 zu § 869.

<sup>26)</sup> Vgl *Strasser*, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 6 zu § 1002.

<sup>27)</sup> Solche kommen eben auch und gerade bei Gefälligkeitszusagen in Betracht: *Rummel*, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 6 zu § 869.

<sup>27a)</sup> Kategorisch ablehnend auch *Reidinger*, *ZAS* 1990, 136.

<sup>28)</sup> Vgl *Seiler*, in MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 22 zu § 662.

<sup>29)</sup> *Seiler*, in MünchKomm BGB<sup>2</sup> Rz 23 zu § 662.

Jedenfalls bleibt zu hoffen, daß das letzte Wort in dieser Angelegenheit von seiten des OGH noch nicht gesprochen ist.

### 3.3. Culpa in contrahendo

Unter diesem Titel wird ein Anspruch des Stellenbewerbers auf Ersatz von Vorstellungskosten nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, obwohl es sich der Art nach idR um „typische“ cic-Schäden handelt<sup>36)</sup>. Insofern sind die Ausführungen des ArbG Salzburg<sup>37)</sup> unverständlich, weil die einmalige und erstmalige Aufforderung eines Arbeitgebers gegenüber einem Stellenbewerber, sich zu einem Vorstellungsgespräch beim Arbeitgeber einzufinden, wohl in *keinem Fall* als Zusage einer sicheren Anstellung gewertet werden kann und damit der mit der Anreise verbundene Aufwand nicht wegen culpa in contrahendo ersatzfähig ist. Die Nichtaufklärung des Arbeitgebers darüber, daß er zu einem Aufwandsersatz nicht bereit sei, kann *als solche* kein Verstoß gegen vorvertragliche Aufklärungspflichten sein, weil es eben allein vom Verhalten des Arbeitgebers abhängt, *ob* eine Verpflichtung zum Aufwandsersatz besteht oder nicht. Besteht sie — nach der hier vertretenen Ansicht zumindest im Regelfall (vgl 3.1.) — nicht, so braucht der Arbeitgeber darauf nicht eigens hinzuweisen; der „Hinweis“ liegt vielmehr in seinem keinen Schluß auf einen Verpflichtungswillen zulassenden Verhalten.

Selbstverständlich kommt eine Haftung des Arbeitgebers wegen culpa in contrahendo dann in Betracht, wenn ungeachtet einer inzwischen erfolgten Besetzung weitere Stellenbewerber zu Vorstellungsgesprächen gebeten werden<sup>38)</sup> oder wenn der Arbeitgeber bei einem Stellenbewerber den Eindruck erweckt, der Abschluß des Arbeitsvertrages sei nur mehr eine bloße „Formsache“ und ihn im Hinblick darauf zu weiteren Auslagen (Reisekosten etc) veranlaßt<sup>39)</sup>. Im letzteren Fall haftet der Arbeitgeber jedoch nur für jene Aufwendungen, die vom Stellenbewerber *aufgrund* des Eindruckes, der Vertragsabschluß sei bereits gesichert, getätigt, dh durch die Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht *verursacht* wurden. Die Kosten des *ersten* Vorstellungsgesprächs werden darunter nur in ganz seltenen Ausnahmefällen fallen; etwa dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund der ihm vorliegenden schriftlichen Bewerbungsunterlagen einem Stellenbewerber mitteilt, er sei der *Geeignteste* bzw „unser Mann“ (s den Anlaßfall; dazu unten 3.5.), so daß der Stellenbewerber bereits zum ersten Vorstellungstermin im durch den Arbeitgeber veranlaßten Bewußtsein des sicheren Vertragsabschlusses anreist. Der Regelfall wird dies, wie gesagt, allerdings nicht sein.

Zur *Höhe* des — den Vertrauensschaden umfassenden — Anspruches wegen culpa in contrahendo ist anzumerken, daß nach ganz hA dieser Anspruch *durch das hypothetische Erfüllungsinteresse* begrenzt ist<sup>40)</sup>.

Letzteres ist bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen und kündbaren Arbeitsverhältnissen mit der „Kündi-

gungsentschädigung“ (vgl §§ 29 Abs 1 und 31 Abs 1 AngG) ident, bei *befristeten* Arbeitsverhältnissen muß mE § 31 Abs 1 2. Satz AngG und nicht § 29 Abs 1 AngG herangezogen werden. Dies bedeutet, daß das Erfüllungsinteresse mit drei Monatsentgelten begrenzt ist<sup>41)</sup>.

Die — höchst unklare — Regelung in § 29 Abs 1 bzw § 31 Abs 1, letzter Satz AngG, wonach „weiterer Schadenersatz“ unberührt bleibe, ändert an dieser Begrenzung mE nichts<sup>42)</sup>.

Die Begrenzung durch das hypothetische Erfüllungsinteresse wird freilich nur in Ausnahmefällen aktuell werden — etwa dann, wenn dem Arbeitnehmer hohe Flugkosten entstanden und diese dem Arbeitgeber auch zurechenbar sind.

### 3.4. Höhe des Anspruches

Obwohl nach der hier vertretenen Ansicht ein Anspruch auf Ersatz von „Vorstellungskosten“ idR schon dem Grunde nach ausscheiden wird, soll ganz kurz auf das Problem der Höhe des Anspruches eingegangen werden.

Anlaß dafür ist insb die vom ArbG Salzburg<sup>37)</sup> vertretene Meinung, der Stellenbewerber könne nicht Kilometergeld beanspruchen, sondern wegen der „allgemeinen Schadensminderungspflicht“ nur die Kosten für ein öffentliches Verkehrsmittel (Bahn).

Diese Auffassung ist nicht richtig.

Stützt man — wenn auch unzutreffenderweise — den Anspruch auf § 1014 ABGB, so liegt dies ohnehin auf der Hand, weil die genannte Regelung keine schadenersatzrechtliche Vorschrift ist und der Anspruch nach § 1014 ABGB daher auch nicht durch eine Schadensminderungspflicht begrenzt sein kann. In diesem Fall kommt es vor allem darauf an, ob die Benutzung eines Privat-Kfz „zur Benutzung des Geschäftes notwendig oder nützlich“ war, was nach einer objektiven ex-ante-Betrachtung zu beurteilen ist<sup>43)</sup>.

Stützt man den Anspruch auf § 863 ABGB, so kann dessen Höhe ebenfalls nicht von einer „Schadensminderungspflicht“ beeinflusst sein; entscheidend ist allein, zur *Übernahme welcher Aufwendungen sich der Arbeitgeber nach den Grundsätzen des § 863 verpflichtet hat*.

Nur dann, wenn als Anspruchsgrundlage die culpa in contrahendo in Betracht kommt, vom Stellenbewerber sohin ein *Schadenersatzanspruch* erhoben wird, spielt die Schadensminderungspflicht als regulativer Faktor überhaupt eine Rolle.

Den Nichtzuspruch von Kilometergeld etc vermag sie aber dessen ungeachtet nicht zu rechtfertigen, weil die Schadensminderungspflicht einen an sich zustehenden Ersatzanspruch bei fehlendem Mitverschulden nicht begrenzen kann<sup>44)</sup>. Die gegenteilige Ansicht liefe auf eine

<sup>41)</sup> Bei Anwendung von § 29 Abs 1 AngG wäre das „hypothetische“ Erfüllungsinteresse wegen der Anrechnungspflicht überdies gar nicht bestimmbar.

<sup>42)</sup> Im Jahre 1921, dem Entstehungsjahr des AngG, gehörte die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Vertragsinteresse noch nicht zu den gesicherten Erkenntnissen der Zivilrechtswissenschaft.

<sup>43)</sup> Dazu *Strasser*, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rz 5 zu §§ 1014, 1015.

<sup>44)</sup> Treffend *Reischauer*, in Rummel, ABGB II Rz 18 zu § 1323; *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> I 261, 263.

<sup>36)</sup> Vgl *Welser*, ÖJZ 1973, 286.

<sup>37)</sup> ARD 3642/11/84; teilweise wiedergegeben in RdW 1984, 314.

<sup>38)</sup> Zutreffend *Schoibl*, RdW 1985, 250 f.

<sup>39)</sup> Vgl dazu die sehr instruktive E des OGH SZ 52/90.

<sup>40)</sup> *Welser*, Vertretung 138 ff; *Welser*, ÖJZ 1973, 287 ff; *Koziol/Welser*<sup>8</sup> I 198.

Verpflichtung zur sparsamen Lebensführung hinaus, die dem geltenden Schadenersatzrecht fremd ist<sup>45)</sup>.

Im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Haftung für culpa in contrahendo kann sich bezüglich der Höhe des Anspruches im gegenständlichen Zusammenhang *allenfalls ein Adäquanzproblem* stellen. Für Schäden, die durch das schädigende Verhalten (des Arbeitgebers: Erweckung unberechtigten Vertrauens in bezug auf den Vertragsabschluß) nur in ganz *untypischer Weise* herbeigeführt wurden und mit deren Eintritt vernünftigerweise *nicht gerechnet* werden mußte, haftet der Schädiger (Arbeitgeber) nicht<sup>46)</sup>.

Aus Adäquanzgründen wird jedoch in den Fällen, in denen eine Haftung tatsächlich wegen culpa in contrahendo zu bejahen ist, die Pflicht zum Ersatz von Kilometergeld wohl kaum jemals ausscheiden. Jemand, der einen Stellenbewerber zu Vorstellungsgesprächen, dh Vertragsverhandlungen (mehrmals) einlädt und dem bekannt ist oder sein mußte, daß der Stellenbewerber einen entsprechenden Anreiseweg zurückzulegen hat, wird wohl in jedem Falle mit der Verwendung eines PKW durch den potentiellen Arbeitnehmer zu rechnen haben. In manchen Fällen, so etwa bei der Anbahnung von Arbeitsverträgen über Managementtätigkeiten, wird dem Arbeitgeber auch die Tragung von *Flugkosten* zuzurechnen sein, wenn ihm bekannt ist oder sein mußte, daß der Bewerber zB aus dem Ausland anreist.

### 3.5. Zur Lösung des Anlaßfalles

Was die erwähnte E des OGH bedenklich macht, ist vor allem der Umstand, daß das Höchstgericht sein — mE richtiges — Ergebnis *anders begründen hätte müssen*.

So fand der OGH offenbar die Klärung der Frage nicht der Mühe wert, ob zwischen den Streitparteien nicht ein *gültiges Arbeitsverhältnis* zustande gekommen ist<sup>46a)</sup>. Der veröffentlichte und vom OGH als Revisionsinstanz seiner E zugrunde zu legende Sachverhalt deutet sehr stark darauf hin. Wie anders soll die Wendung verstanden werden, daß man sich „darüber einig (war), daß der Kl am 1. 3. 1988 als Angestellter der Bekl beginne, und zwar als Außendienstmitarbeiter für Westösterreich“? Mit der — freilich wenig geglückten — Formulierung, daß der Arbeitgeber „*die Vereinbarung, den Kl ins Angestelltenverhältnis zu übernehmen, abgesagt*“ hätte, wäre dann ein *unberechtigter Rücktritt des Arbeitgebers* vom Vertrag gemeint, welcher nach § 31 Abs 1 AngG für den Arbeitnehmer einen Anspruch auf das Entgelt bis zum ersten ordnungsgemäßen Kündigungstermin und auf Ersatz des darüber hinausgehenden Schadens entstehen läßt<sup>47)</sup>.

Entgelt wurde vom Arbeitnehmer nicht eingeklagt und konnte daher auch selbstverständlich nicht zugesprochen werden.

<sup>45)</sup> Bedenklich daher jene Rsp, die bei einem beschädigten Luxusfahrzeug nur die Mietkosten eines Mittelklasse-PKW zuspricht: Vgl die Nachweise und Gegenposition bei *Reischauer*, in Rummel, ABGB II Rz 18 zu § 1323.

<sup>46)</sup> Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> I 144 ff; *Koziol/Welser*<sup>8</sup> I 413 f.

<sup>46a)</sup> Vgl auch *Reidinger*, ZAS 1990, 135, 137.

<sup>47)</sup> Vgl *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 204 f; *Martinek/Schwarz*, AngG<sup>6</sup> 666 f.

Wurde tatsächlich ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, dann stellt sich die Frage nach dem *Abschlußzeitpunkt*. Im gegenständlichen Fall dürfte dieser, nimmt man einen Vertragsschluß an, jedenfalls einige Zeit *vor* dem Eintritt ins Erfüllungsstadium gelegen sein. Entstanden die vom Arbeitnehmer eingeklagten Aufwendungen in dem dazwischen gelegenen Zeitraum, dh nach Vertragsabschluß, aber vor Beginn des vereinbarten Arbeitsantrittes, was aus der E nicht hervorgeht, aber durchaus im Bereich des Möglichen liegt, dann konnte der Kl mE sein Begehren tatsächlich auf § 1014 ABGB stützen. Nach herrschender und zutreffender Ansicht ist der rechtliche „Beginn“ eines Arbeitsverhältnisses mit dem Vertragsabschluß anzusetzen, wenn dieser vor dem Eintritt ins Erfüllungsstadium gelegen ist<sup>48)</sup>. Die Vertragspartner treffen bereits in diesem „Vor-Arbeitsstadium“ bestimmte Rechte und Pflichten, zu denen mE auch die Pflicht des Arbeitgebers gehört, dem Arbeitnehmer den mit der Wahrnehmung der Interessen des Arbeitgebers verbundenen *Aufwand* zu ersetzen<sup>49)</sup>. Darunter fällt aber sicherlich der mit einer *Einschulung* notwendigerweise verbundene Aufwand. Dieser Aufwandsersatzanspruch wird durch den Rücktritt des Arbeitgebers nicht beseitigt, woran die Tatsache nichts ändert, daß auch der unberechtigte Rücktritt *wirksam*<sup>50)</sup> ist. Ein solcher Anspruch wäre sogar gegenüber einer Probemonatsvereinbarung nach § 19 Abs 2 AngG „resistent“, weil es sich dabei nicht um einen — unter § 31 AngG fallenden — Schadenersatzanspruch handelt<sup>51)</sup>.

Wurde zwischen den Streitparteien hingegen kein Arbeitsvertrag abgeschlossen, dann kann mE der Arbeitnehmer sein Begehren auf *culpa in contrahendo* des Arbeitgebers stützen. Letzterer forderte den Kl mit den Worten „kommen Sie herunter, Sie sind unser Mann für den Westen“ auf, sich einige Tage im Betrieb aufzuhalten und sich dort einzuarbeiten. Es liegt ein geradezu „klassi-

<sup>48)</sup> Vgl insb *Binder*, Lösungsmöglichkeiten der arbeitsvertraglichen Beziehung im „Vor-Arbeitsstadium“, *Floretta-FS* 337 ff; so wohl auch *Spielbüchler/Floretta*<sup>3</sup> I 42; vgl allerdings die Terminologie von *Mayer-Maly*, (Arbeitsrecht I 31), der im Anschluß an *Nikisch* als „Arbeitsverhältnis“ nur das durch Eintritt in den Erfüllungszustand „zur Vollwirksamkeit gebrachte“ Rechtsverhältnis bezeichnet und vom „Arbeitsvertrag“ unterscheidet; aM *Gschnitzer*, in *Klang*<sup>2</sup> IV/1, 446; *Nikisch*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> I 166 f.

<sup>49)</sup> In diesem Sinne offenbar auch *Binder*, *Floretta-FS* 341.

<sup>50)</sup> Vgl nur OGH DRdA 1984, 340 ff mit Anm von *Kerschner* (zustimmend 343). Wenn man — wie der OGH (DRdA 1984, 341) — dem Rückgriff „ex tunc“-Wirkung beimißt, dann würde sich der Anspruch in einen Bereicherungsanspruch wandeln (gegen die Rückwirkung aber mE überzeugend *Kerschner*, DRdA 1984, 344).

<sup>51)</sup> Abgesehen von dieser besonderen Konstellation vertritt die Rsp (vgl LGZ Wien Arb 8486, 8734; LGZ Wien ZAS 1980, 201; OLG Wien AnwBl 1988, 297 f) den Standpunkt, der Rücktritt vom Probearbeitsverhältnis könne *sanktionslos* erfolgen, weil es innerhalb des Probemonates kein Erfüllungsinteresse gäbe. Obwohl die — auch zugunsten des Arbeitnehmers wirkende — Ansicht sicher ein gewisses Unbehagen hinterläßt, ist ihr mE dennoch der Vorzug gegenüber der Gegenmeinung von *Binder* (*Floretta-FS* 331 f) zu geben. Folgt man dieser, dann müßte ein Arbeitgeber/Arbeitnehmer, der bereits *weiß*, daß er zurücktreten wird, weil er zB einen besseren Vertragspartner gefunden hat, den anderen Vertragsteil bis zum Eintritt ins Erfüllungsstadium im ungewissen lassen und könnte erst am ersten Arbeitstag den Vertrag auflösen. Der *Schaden* des anderen Teiles würde damit sehr oft noch *vergrößert* werden.

scher“ Fall der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten des Arbeitgebers in Form der Täuschung über die Ernstlichkeit des Abschlußwillens vor, weil der Arbeitnehmer dessen Verhalten nach redlicher Verkehrsübung nur so verstehen konnte, daß ein Arbeitsvertragsabschluß sicher zu erwarten war.

Zur Verteidigung des OGH wäre abschließend noch zu sagen, daß in dem nicht alltäglichen Fall der Anspruch des Arbeitnehmers auf Fahrt- bzw Aufenthaltskosten uU in der Tat auch auf § 863 ABGB gestützt werden konnte, wenn die Einschulung vor Abschluß des Arbeitsvertrages stattgefunden haben sollte und damit § 1014 ABGB nicht greift. Bei einer mehrtägigen betrieblichen Einschulung nicht ortsansässiger Bewerber muß nach der Übung des redlichen Verkehrs wohl wirklich ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht werden, um den Aufwandsersatz auszuschließen. Ein solcher Vorbehalt wurde vom Arbeitgeber nicht behauptet.

Die allgemein gehaltenen Ausführungen des OGH zu § 863 ABGB werden durch diesen Umstand jedoch nicht gerechtfertigt.

#### 4. Schlußbemerkung

Es wäre sehr zu begrüßen, würde der OGH bei der nächsten Gelegenheit anstatt eines bloßen Verweises auf die gegenständliche E sich mit den hier vorgetragenen Thesen auseinandersetzen und vielleicht zu einer zumindest differenzierteren Betrachtung des Anspruches auf „Vorstellungskosten“ gelangen.

Jedenfalls aufgegeben werden sollte die wirklich in die Irre führende Ansicht von einem dem Arbeitsverhältnis „vorgeschalteten“ stillschweigenden Auftragsverhältnis, das durch Einladung des Arbeitgebers zu einem Vorstellungsgespräch begründet werde.