

**„Freie“ Dienstnehmer, Konsulenten etc werden von § 36 ArbVG – und damit auch von der Normwirkung einer geschlossenen Betriebsvereinbarung – nicht erfaßt.**

**Die Zusicherung an einen „freien“ Dienstnehmer (zum Syndikus bestellten Rechtsanwalt), das mit ihm bestehende Vertragsverhältnis grundsätzlich so zu beurteilen, als ob er (weiterhin) Angestellter wäre, bewirkt noch keine Geltung einer (nachher geschlossenen) Betriebsvereinbarung für das Vertragsverhältnis. Notwendig ist vielmehr eine einvernehmliche Ergänzung des Konsulentenvertrages.**

OGH 11. 5. 1988, 9 Ob A 165/87 (OLG Wien 24. 6. 1987, 31 Ra 1028/87; ArbG Wien 3. 7. 1986, 7 Cr 167/85)

Der Kl war vom 1. 1. 1974 bis 30. 11. 1978 Angestellter im Unternehmen der Bekl. Nach einer anschließenden Konzipiententätigkeit wurde er am 10. 3. 1980 in die Liste der Rechtsanwälte eingetragen. Seit 16. 3. 1980 war er aufgrund eines Konsulentenvertrages vom 28. 4. 1981 und einer am selben Tag abgeschlossenen Nebenvereinbarung wieder für die Bekl tätig. Mit Schreiben vom 6. 3. 1984 kündigte die Bekl den Konsulentenvertrag zum 30. 9. 1984 auf. Der Kl bot der Bekl zwar seine weitere Tätigkeit an, diese lehnte aber eine Weiterarbeit des Kl für sie ab.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kl insgesamt S 1,021.020,- sA an ausstehendem monatlichem Pauschalhonorar für die Zeit von Oktober 1984 bis einschließlich Dezember 1985. Er habe für die Bekl in seiner Eigenschaft als freiberuflicher Rechtsanwalt (RA) als Konsulent und Syndikus gearbeitet. Obwohl kein Dienstvertrag oder dienstähnlicher Vertrag bestanden habe, sei nach der Nebenvereinbarung zum Konsulentenvertrag vom 28. 4. 1981 vorgesehen gewesen, daß sein Vertragsverhältnis zur Bekl grundsätzlich so zu beurteilen sei, als ob er weiterhin im Angestelltenverhältnis zur Bekl stehe. Daraus folge, daß ihm alle Rechte und Vorteile eines Angestellten gewahrt geblieben seien. Anlässlich der Umwandlung der G.-GmbH in die G.-AG im Dezember 1983 habe der Vorstand der Bekl mit dem Zentralbetriebsrat eine Betriebsvereinbarung geschlossen, nach der eine Lösung des Arbeitsverhältnisses aller AN vor dem 31. 12. 1985 nur durch Entlassung, vorzeitigen berechtigten Austritt oder einvernehmliche Lösung erfolgen hätte können. Diese Vereinbarung habe auch für den Kl gegolten, so daß die Kündigung seines Konsulentenvertrages auf Grund dieser Vereinbarung und der Betriebsvereinbarung rechtswidrig gewesen sei und er für die Monate Oktober bis Dezember 1984 Honoraransprüche auf je S 59.500,- und ab Jänner 1985 auf je S 62.475,-, jeweils zuzüglich USt habe.

Das ErstG gab dem Klagebegehren mit einem Betrag von S 890.120,- sA statt und wies ein Mehrbegehren von S 130.900,- sA ab. Es traf im wesentlichen folgende Feststellungen:

Bei Abschluß der Vereinbarungen mit dem Kl dachte keine der Parteien an einen möglicherweise bevorstehenden Verkauf des Unternehmens oder von Teilbetrieben bzw an einen Gesellschafter- oder Geschäftsführerwechsel. Mit dem Konsulentenvertrag vom 28. 4. 1981 wurde der Kl ab 16. 3. 1980 zum Syndikus der Bekl bestellt. Dieser Vertrag hat unter anderem folgenden Wortlaut: „1. Dr. K. übernimmt die allgemeine Rechtsberatung von G. Er wird seine Beratungstätigkeit persönlich ausüben. Ein Dienstverhältnis von G. zu Dr. K. wird nicht begründet.

2. Dr. K. erhält Gesamtprokura für die G.-GmbH für Sitz und alle Zweigniederlassungen, für die G.-Grundstücks-GmbH . . . 4. Dr. K. erhält für seine Beratungstätigkeit von G. ein monatliches Pauschalhonorar von S 45.000,- plus MWSt (ab Jänner 1981 S 52.000,- plus MWSt), zahlbar zwölfmal pro Jahr am 25. jeden Monats, die bei G. geltenden Reisegebühren und den Ersatz aller sonstigen

**§ 405 ZPO; §§ 863, 1151 ABGB; §§ 11, 36 ArbVG:**

**Stützt der Kl seine Klage ausdrücklich nur auf einen „freien“ Dienstvertrag oder Werkvertrag, dann ist es dem Gericht verwehrt, zu prüfen, ob nicht doch ein Arbeitsvertrag vorlag.**

Barauslagen. Eine einvernehmliche Anpassung des Honorars an geänderte Verhältnisse ist vorgesehen. 5. Dieser Vertrag kann beiderseits mit 6monatiger Kündigungsfrist zu jedem Quartalsende mit eingeschriebenem Brief aufgekündigt werden.“

In der „Nebenvereinbarung zum Konsulentenvertrag“ selben Datums ist ua folgendes vorgesehen: „Das Vertragsverhältnis zwischen G. und Dr. K. ist grundsätzlich so zu beurteilen, als ob Dr. K. auch weiterhin im Angestelltenverhältnis zu G. bleiben würde. Unter diesem Gesichtspunkt regeln sich die gegenseitigen Beziehungen, zum Beispiel: . . .“

Es folgt eine Aufzählung von Regelungen, wie die Arbeitsleistung durch den Kl zu erbringen ist, ferner über die Normalarbeitszeit, den Urlaub, die Entgeltfortzahlung bei Krankheit, die Ersatzabfertigung bei Beendigung des Vertragsverhältnisses sowie das Recht des Kl, durch einseitige Erklärung wieder als Angestellter bei der Bekl einzutreten.

Aufgabe des Kl war es vor allem, die Bekl vor Gericht zu vertreten und diese rechtlich zu beraten. Er führte daneben noch seine Anwaltskanzlei, in welcher er seine Gattin beschäftigte. Sowohl der Konsulentenvertrag als auch die Nebenvereinbarung wurden vom Kl und vom Geschäftsführer der Vorgängerin der Bekl, DDr. P., sowie von Zentraldirektor Z. formuliert und abgeschlossen. Zweck der Nebenvereinbarung war es, den Kl zwar so zu stellen, als wäre er Angestellter der Bekl gewesen, aber zu berücksichtigen, daß es dem Kl auf Grund der Standesrichtlinien verboten war, als AN ein Arbeitsverhältnis einzugehen, dessen Gegenstand Tätigkeiten umfaßte, die zu den befugten Aufgaben eines Rechtsanwaltes gehören.

Der Kl hatte bei der Bekl einen eigenen Arbeitsraum, eine eigene Sekretärin und eine Rechtsbibliothek. Vereinbarungsgemäß sollte er der Bekl während der Normalarbeitszeit zur Verfügung stehen; eine Anwesenheitspflicht des Kl in den Räumen der Bekl bestand aber nicht. Der Kl war keinen Weisungen unterworfen. Er bezog sein Einkommen aus selbständiger Tätigkeit und wies auf seinen Honorarnoten die USt stets gesondert aus. Er war weder zur Lohnsteuer noch zur Sozialversicherung gemeldet. Neben dem Pauschalhonorar verrechnete der Kl in seinen Kostennoten weitere Tätigkeiten, die gesondert honoriert wurden.

Im Dezember 1983 wurde die G.-GmbH in die G.-AG umgewandelt. Die Rechte aller AN sollten gewahrt und diesen eine Beschäftigung im Unternehmen bis 31. 12. 1985 garantiert werden. An das Vertragsverhältnis mit dem Kl wurde dabei allerdings nicht gedacht. Die zwischen dem Vorstand der Bekl und dem Zentralbetriebsrat gem § 29 ArbVG abgeschlossene schriftliche Betriebsvereinbarung vom Dezember 1983 hat ua folgenden Wortlaut:

„I. Geltungsbereich:

Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle Arbeiter, Angestellten und Pensionisten der G.-AG in den Betrieben und Betriebsstätten . . .

II. Verpflichtungen gegenüber den AN und Pensionisten:

1. Die G.-AG verpflichtet sich, alle am 31. 12. 1983 bei dem im Geltungsbereich (I Z 1) genannten Betrieben oder Betriebsstätten beschäftigten Dienstnehmer mit allen Rechten und Pflichten zu übernehmen und weiterzubeschäftigen . . .

4. Allen Dienstnehmern der G.-AG wird eine Beschäftigung in dem jetzigen Betrieb oder der jetzigen Betriebsstätte bis mindestens 31. 12. 1985 garantiert . . . Eine Lösung des Dienstverhältnisses vor dem 31. 12. 1985 kann nur durch Entlassung, vorzeitigen berechtigten Austritt oder einvernehmliche Auflösung erfolgen . . .“

Das BerufungsG gab der Berufung des Kl nicht und jener der Bekl zum Teil dahin Folge, daß es dem Kl einen Betrag von S 524.670,- sA zusprach und das Mehrbegehren von insg S 496.350,- sA abwies.

Aus der Begründung des OGH:

Lediglich der Revision der Bekl kommt Berechtigung zu.

Da die Mängelrüge des Kl nur die Betragsbemessung nach § 273 ZPO hinsichtlich seines anrechenbaren Einkommens iSd § 29 AngG betrifft, die für die rechtliche Beurteilung unerheblich ist, ist auf sie nicht einzugehen.

Den Rechtsrügen beider Parteien ist entgegenzuhalten, daß es im vorliegenden Fall nicht entscheidend darauf ankommt, ob sie durch die einvernehmliche Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen ein (echtes) Arbeitsverhältnis iSd § 1151 ABGB begründet haben (*Kuderna*, ASGG, § 51 Erl 14, 281; Arb 8030, 9972 = SZ 54/75 = DRdA 1982, 191 [*Strasser*] = ZAS 1982, 10 [*Tomandl*]; Arb 10.005 = ZAS 1983, 29 [*Wachter*]; Arb 10.060, 10.096 = DRdA 1985, 395 [*Wachter*]; Arb 10.529; JBl 1987, 332; 14 Ob A 46/87; 9 Ob A 52/88 ua), oder einen sog „freien Arbeitsvertrag“ eingegangen sind (vgl *Gschnitzer*, Schuldrecht BT 72; *Koziol-Welser*, Grundriß<sup>1</sup> I 367; *Spielbüchler* in: *Floretta-Spielbüchler-Strasser*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> I 17; *Martinek-Schwarz*, AngG<sup>5</sup>, 27 f; auch *Mayer-Maly-Marhold*, Österr Arbeitsrecht I 55; *Krejci* in *Rummel*, ABGB, § 1151 Rz 83; *Schwarz-Löschnigg*, Arbeitsrecht 105 f; *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405; Arb 9538 = EvBl 1977/112 = ZAS 1978/53; Arb 9714, 9772, 10.055, 10.060, 10.096 ua). Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Kl seine Honoraransprüche in sämtlichen Stadien des Verfahrens ausdrücklich und allein darauf gründete, daß er als freiberuflicher RA für die Bekl als Konsulent und Syndikus gearbeitet habe und ebenso ausdrücklich ausschloß, daß er die aus freier Honorarvereinbarung zwischen Klient und Rechtsanwalt entstandenen Ansprüche etwa als seinerzeitiger AN der Bekl geltend machen wolle. Er sei lediglich durch die Nebenvereinbarung zum Konsulentenvertrag so gestellt worden, als ob er weiterhin im Angestelltenverhältnis zur Bekl gestanden sei, so daß die Betriebsvereinbarung (BV) kraft ihrer Normwirkung (S 111 f) zu seinen Gunsten angewendet werden müsse. Auch die Bekl wandte nie ein, daß der Konsulentenvertrag etwa nur zum Schein abgeschlossen worden sei um ein standeswidriges Arbeitsverhältnis zu verdecken. Auch sie ging stets davon aus, daß der Kl für sie eine typisch anwaltliche Tätigkeit entfaltet habe, ihm zwar eine Reihe von Begünstigungen eingeräumt worden seien, wie sie auch ihren Angestellten zugestanden wären, daß er aber keineswegs AN gewesen sei und daher die BV für ihn nicht gelte. Noch im Revisionsverfahren begründet der Kl seine Ansprüche mit Werkleistungen aus einem Werkvertrag und verwahrt sich gegen die Annahme, er sei AN der Bekl gewesen. Auch wenn die rechtliche Qualifikation eines Rechtsverhältnisses an sich nicht vom Willen der vertragschließenden Parteien und der von ihnen gewählten Bezeichnung abhängt (*Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 75 ff; Arb 9972; DRdA 1986/23 ua), entspricht es stRsp (vgl SZ 42/138; RdW 1986, 271), daß dann, wenn die Klage lediglich auf einen bestimmten Rechtsgrund gestützt wird, das Gericht daran gebunden ist und es dem Begehren nicht aus einem anderen Rechtsgrund stattgeben darf. Erörterungen darüber, ob der Kl entgegen seinem eindeutigen Klagevorbringen nicht doch AN der Bekl gewesen sei, haben daher zu entfallen.

Es ist lediglich zu prüfen, ob das als Anspruchsgrundlage allein geltend gemachte Konsulentenverhältnis, das allenfalls als freies Arbeitsverhältnis anzusehen ist (vgl Arb 6087, 6487; 4 Ob 45/81), durch die vertraglich zugesicherten Vorteile und Rechte, wie sie einem Angestelltenverhältnis entsprechen, den Kl auch hinsichtlich der

Wirksamkeit der BV den AN der Bekl gleichgestellt hat. Einer solchen Annahme steht schon entgegen, daß eine direkte Anwendung von Vorschriften über die kollektive Rechtsgestaltung bei einem sog freien Arbeitsvertrag nicht in Frage kommt, da sämtliche einschlägige Normen an das Vorliegen eines „echten“ Arbeitsverhältnisses iS des Arbeitsvertragsrechts anknüpfen (vgl *Wachter*, DRdA 1984, 405 ff [417]). Konsulenten und ähnliche Personen, die – wovon nach den Klagebehauptungen auszugehen ist – bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung ihre persönliche Selbständigkeit nicht einbüßen, fallen nicht unter den Schutzzweck des ArbVG und damit auch nicht unter die Geltung des I. Teils (*Floretta-Strasser*, MKK ArbVG, § 1 Erl 4.2.3.). Dem Kl, der – aus welchen Gründen immer – selbst eine Arbeitnehmereigenschaft als Anspruchsgrundlage ausdrücklich ausschloß, hätten daher von der Bekl nicht nur die Vorteile eines Angestelltenverhältnisses zugesichert werden müssen (vgl etwa hinsichtlich AN allgemein: *Schrammel*, Der Angestellte „ex contractu“ im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, ZAS 1973, 163 ff, 166 f; hinsichtlich von Vorstandsmitgliedern: Arb 9371, 10.406), um sich auf die Geltung der BV auch für ihn berufen zu können, sondern diese hätte durch einzelvertragliche Ergänzung Bestandteil seines Konsulentenvertrages werden müssen. Von der Normwirkung der BV, deren Zulässigkeit und Wirksamkeit (vgl *Floretta-Strasser*, MKK ArbVG, § 97 Erl 5.17) er nicht bestreitet, wurde sein Vertragsverhältnis zur Bekl jedenfalls nicht erfaßt. Eine Behauptung dahin, daß ihm der Inhalt der BV überdies als Ergänzung seines Konsulentenvertrages angeboten worden sei und er diese Ergänzung zumindest schlüssig angenommen habe (14 Ob A 47/87), stellte der Kl in den Vorinstanzen nicht auf. Er berief sich vielmehr stets auf die normative Wirkung der BV. Die erst in der Revisionsbeantwortung aufgestellte Behauptung des Kl, der Inhalt der BV sei ihm auch gewissermaßen als Vertragsangebot zur Kenntnis gebracht worden, ist neu und daher unbeachtlich (§ 504 Abs 2 ZPO). Abgesehen davon ergibt sich aus dem mit der Revisionsbeantwortung vorgelegten Schreiben der Bekl vom 20. 2. 1984 nur, daß die BV auch dem Kl zur Kenntnis gebracht wurde, was schon auf Grund seiner Stellung als Rechtsberater selbstverständlich gewesen sein dürfte, ohne daß er daraus allenfalls ein einzelvertragliches Offert zu seinem Konsulentenvertrag ableiten hätte können.

Da sich der Kl in bewußter Beschränkung des Klagegrundes sohin lediglich auf sein Konsulentenverhältnis zur Bekl stützte und demgemäß auch dessen Gleichstellung mit einem Angestelltenverhältnis nicht in dem Sinn geprüft werden kann, ob der Kl nicht dennoch AN der Bekl geworden ist, kann ihm der in der BV normierte Kündigungsverzicht, der nur für die (echten) AN der Bekl galt, nicht zugute kommen. Ebenso hat eine (nicht geltend gemachte) ergänzende Prüfung seines Begehrens dahin, ob ihm allenfalls aus einer zeitwidrigen Kündigung des Konsulentenvertrages selbst noch restliche Ansprüche zustehen, zu entfallen, da er eine fehlerhafte Kündigung des Konsulentenvertrages nie behauptete, sondern seine Ansprüche allein auf die „Nebenvereinbarung“ und die BV stützt.

\* \* \*

Daß der arbeitsrechtl Senat des OGH sich überhaupt mit der Honorarklage eines Anwaltes zu befassen hatte, rührt daher, daß das HG Wien die zunächst dort eingebrachte Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit zurückwies, weil es den Kl als *arbeitnehmerähnlich* einstufte. Die der E zugrundeliegende Fallkonstellation ist allerdings noch aus anderen Gründen bemerkenswert. Es dürfte nicht häufig vorkommen, daß ein RA Honoraran-

sprüche darauf stützt, daß sein Mandant in einer BV für zwei Jahre auf die Kündigung des Vertragsverhältnisses verzichtet habe.

Der OGH hat in Abänderung des berufsgerichtlichen Urteiles die Klage – im Ergebnis, wie ich meine, zutreffend – abgewiesen, dabei aber eine alles andere als überzeugende und insb nicht erschöpfende Begründung gewählt.

Ausgangspunkt der an der E zu übenden Kritik ist mE der Umstand, daß der OGH einmal mehr an seiner Rsp festhält, wonach dann, wenn das Klagebegehren lediglich auf einen bestimmten Rechtsgrund gestützt wird, das Gericht daran gebunden sei und dem Klagebegehren nicht aus einem anderen Rechtsgrund stattgeben dürfe (vgl JBl 1951, 415; SZ 23/74; SZ 25/331 = JB 57 neu; JBl 1960, 391; JBl 1962, 510 [*Novak*]; SZ 42/138; SZ 47/11; JBl 1986, 537 f [abl *Holzer*] = DRdA 1986, 219 ff [abl *Stöhr-Kohlmaier*]; RdW 1986, 271). Es sollen und können im vorgegebenen Rahmen nicht sämtliche gegen die Auffassung des OGH bereits vorgebrachten Argumente wiederholt werden; allein die Tatsache, daß praktisch die gesamte jüngere Lehre in seltener Einmütigkeit die dargestellte Rsp ablehnt (für alle *Fasching*, Kommentar III 647; *Fasching*, Lehrbuch, Rz 1448, siehe auch Rz 1929; vgl die instruktive Übersicht bei *Stöhr Kohlmaier*, DRdA 1986, 222 f), sollte dem OGH zu denken geben und ihn zu einer gründlichen Überprüfung seiner Auffassung veranlassen.

§ 405 ZPO, auf welchen die zitierte Rsp gestützt wird (die gegenständliche E erwähnt dies nicht ausdrücklich), bezieht sich nur auf das Klagebegehren und sonstige Urteilsanträge und verbietet dem Gericht, dem Kl mehr oder etwas anderes als das Begehrte *nicht* aber, das Begehrte aus *anderen rechtlichen Gründen* zuzusprechen. Die gegenteilige Auffassung des OGH zwingt den Kl zumindest bei komplizierten Sachverhalten, entweder gar keine rechtliche Würdigung vorzunehmen – was auch nach der Rsp zulässig, aber nicht sehr zweckmäßig ist – oder sich der unter Anwälten so beliebten, aber im Grunde völlig inhaltsleeren Floskeln zu bedienen, wie zB das Klagebegehren werde auf „jeden erdenklichen Rechtsgrund“ gestützt. Warum der Kl in den beiden letztgenannten Fällen einer umfassenden rechtlichen Beurteilung durch das Gericht teilhaft werden soll, wenn er selbst eine solche Beurteilung versucht hat, jedoch nicht, bleibt völlig unerfindlich.

Gerade der Umstand, daß der Kl sich offenbar nicht etwa „versehentlich“, sondern ganz bewußt aus standesrechtlichen Gründen (vgl § 5 RL-BA) auf einen bestimmten Rechtsgrund beschränkte, verdeutlicht die Unhaltbarkeit der Position des OGH.

Eine Rsp, welche die Anwendung des Rechts der Disposition den Parteien (dem Kl) überläßt, *schränkt* in gravierender Weise die *Richtigkeitsgewähr* des gerichtl Verfahrens *ein* und *stellt* damit gleichzeitig die von anderen Behörden grundsätzl zu beachtende *präjudizielle Wirkung* gerichtl Entscheidungen in erheblichem Maße *in Frage*.

Abgesehen davon wirft die Rsp des OGH auch die – vom Höchstgericht bislang nicht beantwortete – Frage auf, bis zu welchem *Verfahrensstadium* der Kl die von ihm vorgenommene „Beschränkung auf einen bestimmten Rechtsgrund“ noch ändern kann. Argumentiert man – wie der OGH – mit § 405 ZPO, dann muß man konsequenterweise dazu gelangen, daß nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz der Kl an seine eigene rechtl Qualifizierung gebunden ist, weil sich § 405 ZPO ausschließlich auf den in § 406 ZPO genannten Zeitpunkt bezieht (*Fasching*, Komm III 646). Die Ausführungen des OGH, der Kl habe seine Honoraransprüche „in sämtlichen Stadien des Verfahrens“ ausdrücklich und allein auf

seine Tätigkeit als Konsulent und Syndikus gestützt, läßt freilich eher vermuten, daß das Höchstgericht der Meinung ist, der Kl hätte auch noch im *Rechtsmittelverfahren* durch Nennung anderer Anspruchsgrundlagen eine umfassende rechtl Beurteilung durch die Instanzgerichte herbeiführen können. In der Tat erscheint die Vorstellung unerträglich, daß eine im erstinstanzlichen Verfahren vom Kl vorgenommene rechtl Würdigung, zu deren Vornahme er gar nicht verpflichtet ist, diesen auch für das Rechtsmittelverfahren binden soll, weil dann der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtl Beurteilung – überspitzt formuliert – dem Kl nur unter der Voraussetzung offenstünde, daß das ErstG seiner rechtlichen Begründung nicht gefolgt ist.

Im Ergebnis ist die E mE allerdings richtig, soweit die Feststellungen für diese Beurteilung ausreichen. Dem OGH ist natürlich darin zuzustimmen, daß – ausgehend von seiner Rechtsansicht – eine mit der Bekl durch einen „freien“ Dienstvertrag, Werkvertrag oder Bevollmächtigungsvertrag verbundene Person von der *Normwirkung* einer BV *nicht erfaßt* werden konnte, sondern vielmehr in jedem Fall eine diesbezügliche, wenn auch nur konkludente *einzelvertragliche Vereinbarung* erforderlich ist, welche im Prozeß auch behauptet werden muß. Freilich kann man sich des Eindrucks nicht ganz erwehren, daß hier mit zweierlei Maß gemessen wurde, weil der OGH sich üblicherweise bei der Prüfung der Frage einer „Geltung“ sog „freier“ (dh unzulässiger) BVen für das Einzelarbeitsverhältnis mit der Feststellung begnügt, der Inhalt der BV sei den AN bekanntgegeben und von diesen stillschweigend akzeptiert worden. Ob das Vorbringen des Kl insgesamt nicht einmal *diese* Behauptung enthielt, könnte nur bei Kenntnis der gesamten Prozeßakten zuverlässig beurteilt werden. Für die Beantwortung der Frage, ob der Inhalt einer „freien“ BV Inhalt eines Einzelvertrages wurde, dürfte es grundsätzl keine Rolle spielen, ob diese BV wegen Überschreitung des (in § 97 ArbVG festgelegten) *sachlichen* oder wegen Überschreitung des sich aus § 36 ArbVG ergebenden *persönlichen* Geltungsbereiches (zB BV für „freie“ Mitarbeiter) nicht normativ wirken konnte, da § 863 ABGB keine arbeitsrechtliche Schutzvorschrift ist.

Im vorliegenden Fall hätte die Arbeitnehmereigenschaft des Kl, die nach den Feststellungen mE sehr wohl im Bereich des Möglichen lag (vgl zur Arbeitnehmereigenschaft von bei RA „angestellten“ RA LAG Baden-Württemberg BB 1985, 1534; LAG Berlin NZA 1987, 488), hinsichtlich der Beurteilung der Frage nach der Geltung des in der BV enthaltenen *Kündungsverzichtes* allerdings nichts geändert, da derartige Klauseln – entgegen der vom OGH offenbar vertretenen Ansicht – *durch § 97 ArbVG nicht gedeckt* sind. Auch § 97 Abs 1 Z 22 ArbVG ist keine geeignete Grundlage, weil von der genannten Vorschrift nur die Normierung von *Kündigungsfristen* (allenfalls *Kündigungsterminen* und *Kündigungsgründen*: vgl *Strasser*, ArbVG HandKomm 574; der OGH verweist zu Unrecht auf diesen Autor), nicht jedoch die Vereinbarung eines *Kündungsverzichtes* erfaßt ist. Lediglich im Rahmen des Abschlusses eines *Sozialplanes* gem § 97 Abs 1 Z 4 ArbVG wären derartige Klauseln zulässig (so offenbar *Krejci*, Der Sozialplan 101 f: Auf die Kündigung kann dann aber nur hinsichtl solcher Gründe verzichtet werden, die in der Betriebsänderung wurzeln), doch dürften im gegenständlichen Fall – soweit die Feststellungen derartige Beurteilungen zulassen – die gesetzl Voraussetzungen für den Abschluß eines Sozialplanes fehlen, da eine bloße Änderung der Rechtsform sowie der Eigentumsverhältnisse am Betrieb gem § 109 Abs 1 Z 7 iVm Abs 3 ArbVG gerade keinen *Sozialplan* auszulösen vermögen.

Unabhängig davon, ob der Kl somit AN – und bejahendenfalls, ob er leitender Angestellter iSd § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG – war oder nicht, muß daher die Frage der Geltung des zweijährigen *Kündungsverzichts* für die zwischen Kl und Bekl bestehenden vertragl Beziehungen nach den anhand der „freien“ BV entwickelten Grundsätze beantwortet werden. Hat man dies vor Augen, dann kommt aber (ganz entgegen der hier nicht abgedruckten Rechtsauffassung des BerufungsG) jenen Vereinbarungen zw der Geschäftsleitung der Bekl und dem BR, welchen zufolge „Konzernprokuristen“, „Hauschefs“ und deren Stellvertreter als „leitende Angestellte“ nicht vom BR vertreten werden, *entscheidende Bedeutung* zu. Da der Kl offenbar „Konzernprokurist“ war (vgl Punkt 2 des Konsulentenvertrages), durfte er, unabhängig davon, ob er nun AN, leitender Angestellter oder wirklich nur „Konsulent“ war, den in der BV enthaltenen, nicht normativ wirkenden *Kündungsverzicht* eben *nicht* als *Vertragsanbot* der Bekl verstehen, sodaß eine – wenn auch nur stillschweigend erfolgte – Ergänzung des Einzelvertrages nicht stattgefunden hat. Auch die in der „Nebenvereinbarung zum Konsulentenvertrag“ enthaltene „Gleichstellungsklausel“ bewirkt mE nicht die Geltung der *danach* abgeschlossenen Betriebsvereinbarung, weil *Marhold* (Einzelvertragliche Bezugnahme „freier“ Betriebsvereinbarungen, RdW 1987, 130) darin zu folgen ist, daß in Einzelverträgen enthaltene Klauseln, welche auf „freie“ BVen verweisen, im Zweifel *statisch* zu verstehen sind und selbst bei dynamischem Charakter nicht unübliche, überraschende oder unangemessene Regelungen erfassen, mit denen die Vertragspartner bei Abschluß des Individualvertrages nicht rechnen konnten. Daß die Vereinbarung eines zweijährigen *Kündungsverzichtes* bei einem zwischen einem RA und seinem – wenn auch wichtigsten – Klienten geschlossenen Konsulentenvertrag unüblich, ja grob unangemessen ist, bedarf mE keiner näheren Erörterung.

Schließlich kann der Rezensent nicht umhin, sein Befremden über die (aus Platzgründen hier nicht abgedruckte) vom OLG Wien geäußerte Rechtsansicht zum Ausdruck zu bringen, wonach leitende Angestellte von der Wirksamkeit einer BV „nicht ausgeschlossen“ sein könnten, da der Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG sich allein auf den II. Teil des ArbVG beziehe und für dessen I. Teil keine Geltung besitze, die BV jedoch im I. Teil des ArbVG geregelt sei. Diese (sogar publizierte: ARD 3917/14/87) Rechtsansicht und va ihre Begründung beweist – man möge es dem Rezensenten verzeihen – geradezu elementare und auch durch die „Neuheit“ der Materie für das OLG nicht entschuld bare Unkenntnis des Betriebsverfassungsrechts und wurde noch nie vertreten. Schon ein Blick auf § 52 Abs 1 ArbVG, wonach das Wahlrecht für die BR-Wahl nur „Arbeitnehmer“ besitzen, wobei *dieser* (im II. Teil des ArbVG verwendete) Arbeitnehmerbegriff ohne Zweifel auf § 36 ArbVG verweist, hätte dem BerufungsG die Unhaltbarkeit seiner Ansicht deutlich vor Augen führen müssen. Jemand, welcher den BR nicht einmal wählen darf, kann von diesem auch nicht vertreten werden; jede andere Regelung wäre wohl verfassungswidrig. Darüber hinaus ist die BV, wiewohl dem Grunde nach im I. Teil des ArbVG normiert, das *wichtigste Regelungsinstrument* der im II. Teil des ArbVG geregelten *Betriebsverfassung*, weshalb jene nur Personen normativ zu erfassen vermag, welche in diese eingegliedert sind. Während der KollV an den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechtes anknüpft, gilt die BV für die Belegschaft eines Betriebes, besitzt somit einen *anderen* – eben in § 36 ArbVG geregelten – *persönlichen Geltungsbereich*; hinsichtlich der leitenden Angestellten fehlt ihr angesichts der Bestimmung des § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG „jedwede gesetzliche Regelungslegitimation“ (so deutlich *Hol-*

zer, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts  
111).

In einem derart krassen Fall unterinstanzlicher Fehlinterpretation wäre wohl nicht vornehmes Stillschweigen, sondern ein deutliches obiter dictum angebracht gewesen.

*Georg Schima*