



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Linz

Dop. Ha 6/3/08 Au

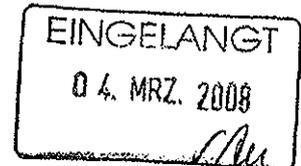
Gemeinsame Eintaufstelle  
beim Landes- und Bezirksgericht  
Salzburg

6 R 184/07g  
6 R 185/07d

Eingelangt 29. Feb. 2008 .....Uhr  
.....Min.  
.....fach .....Halbschr. ....Beil.  
Stempel .....€ .....C

124/05f-25

Im Namen der Republik



R 12 01.04.08

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungs- und Rekursgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Moser als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Dr. Hildegard Egle und Dr. Eva-Maria Mayrbäurl in der Rechtssache der klagenden Partei H [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch Dr. Alfons Klaunzer, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, gegen die beklagte Partei I [REDACTED] Gesellschaft m.b.H., [REDACTED] vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, wegen EUR 32.782,50 s.A. 1.) über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 11.5.2007, 14 Cg 124/05f-21 und über 2.) den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Salzburg vom 16.7.2007, 14 Cg 124/05f-26, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

1.) Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit € 2.263,80 (darin enthalten USt € 377,30) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

2.) Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Kläger hat seine Rekurskosten selbst zu tragen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

### **Entscheidungsgründe:**

Der Kläger stand seit 1.9.1998 in einem unbefristeten Vertragsverhältnis als selbständiger Handelsvertreter zur Beklagten. Im schriftlichen Handelsvertretervertrag wurde vereinbart, dass der Kläger die in Beilage .1 genannten Kunden des Unternehmers zu betreuen und dem Unternehmer nach dessen Kräften neue Kunden zuzuführen hat. Der Kläger übernahm die Alleinvertretung mit Gebietsschutz in den Ländern Tirol, Vorarlberg und Südtirol. Unter Pkt. 4. wurde die Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung der in § 21 Abs 1 HVertrG 1993 genannten Kündigungsfristen vereinbart. Als wichtiger Grund, der den Handelsvertreter zur sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses berechtigt, wurde insbesondere die Unfähigkeit, seine für den Unternehmer übernommene Tätigkeit auszuüben, festgelegt. Gemäß Pkt. 7. des Vertrages gebührt dem Handelsvertreter für Verkäufe im Vertragsgebiet eine Provision von 7 % zuzüglich gesetzlicher USt von dem an den Kunden fakturierten Nettobetrag, wobei der Provisionsanspruch mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäftes zwischen dem Unternehmer und dem Kunden entsteht. Für Geschäfte, die nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zustande kommen, gebührt dem Handelsvertreter gemäß Vertragstext eine Provision, wenn und soweit das Geschäft überwiegend auf seine Tätigkeit während des Vertragsverhältnisses zurückzuführen ist und der Abschluss innerhalb von 6 Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses oder die verbindliche Erklärung des Dritten das Geschäft schließen zu wollen, noch vor Beendigung des Vertragsverhältnisses dem Handelsvertreter oder dem Unternehmer zugegangen ist. Die unter Pkt. 9. zum Ausgleichsanspruch enthaltenen Regelungen entsprechen den gesetzlichen Bestimmungen des § 24 HVertrG 1993.

Mit Anwaltsschreiben vom 21.3.2005 kündigte der Kläger das Vertragsverhältnis mit der Begründung auf, dass er mit Wirksamkeit 1.5.2005 eine Berufsunfähigkeitspension erhalte, sodass er aus gesundheitlichen Gründen gezwungen sei, das Vertragsverhältnis aufzulösen.

Der Kläger brachte in den letzten fünf Jahren vor Vertragsbeendigung Provisionen iHv EUR 133.335,55 ins Verdienen. In den letzten zwölf Monaten vor dem 1.5.2005 tätigte er mit den Kunden K., U., B., A., T., H., H., B., W. und F. Umsätze in Höhe von EUR 195.498,39. Die Kunden K., U. und B. hatten bereits vor Aufnahme der Handelsvertretertätigkeit des Klägers für die Beklagte I.-Produkte bezogen, allerdings nicht von der Beklagten direkt, sondern über diverse Großhändler.

Nach Ausdehnung und Einschränkung des Klagebegehrens begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von EUR 32.782,50 s.A., darin enthalten EUR 31.574,52 als Ausgleichsanspruch iSd § 24 HVertrG und EUR 1.207,98 als Provision für an die Beklagte im Mai 2005 weitergeleitete Aufträge über EUR 14.380,81. Der Kläger habe das Vertragsverhältnis zur Beklagten am 30.4.2005 wegen seiner Pensionierung aufgelöst. Nach Auflösung des Vertrages infolge Pensionierung habe er Anspruch auf Ausgleich gemäß § 24 HVertrG. Mit gerichtlichem Vergleich des Landesgerichtes Innsbruck vom 15.3.2005 sei ihm die gesetzliche Berufsunfähigkeitspension zuerkannt worden. Aufgrund des Vergleiches habe er einen unbedingten Anspruch auf Berufsunfähigkeitspension ab sofort und ohne jede zeitliche Einschränkung. Daher sei er jedenfalls "mit Wirksamkeit ab 1. Mai 2005" berufsunfähig. Dies stelle ein "Unfähigwerden" zur weiteren Ausübung seiner Tätigkeit iSd "§ 22 Abs 3 Z 1 HVG" dar. Das Vertragsverhältnis habe durch den vorzeitigen Austritt des Klägers (aus Gesundheitsgründen bzw. aufgrund des Anspruches auf eine Berufsunfähigkeitspension) geendet. Ein gerichtlicher Vergleich über

die Gewährung der Berufsunfähigkeitspension reiche als Beweis einer Krankheit iSd § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG aus. Da die Berufsunfähigkeitspension nur gewährt werde, wenn nicht einmal mehr ein Verweisungsberuf vorhanden sei, könne auch der zuvor ausgeübte Beruf nicht mehr ausgeübt werden. Aus dem Akt [REDACTED] des Landesgerichtes Innsbruck ergebe sich, dass der beschriebene Gesundheitszustand, der für die Vergleichsbereitschaft der Pensionsversicherung maßgeblich gewesen sei, seit "ca. 1 bis 2 Jahren" bestehe, der Kläger somit bereits seit (spätestens) 2004 erwerbs- bzw. berufsunfähig bzw. pensionsberechtigt gewesen sei. Unabhängig von diesen gesundheitlichen Beeinträchtigungen sei der Kläger nachhaltig hinsichtlich seiner Zahn- bzw. Kiefersituation eingeschränkt, sodass er allein deshalb nicht in der Lage wäre, einer regelmäßigen Tätigkeit als selbständiger Handelsvertreter nachzugehen. Seine Kieferbehandlung habe am 1.3.2005 begonnen. Der Facharzt habe multiple Eiterherde unter den UK-Frontzähnen diagnostiziert. Laut der Bestätigung Dris. Fritz sei versucht worden, dies zu sanieren, wobei eine herkömmliche Sanierung erfolglos gewesen sei, sodass letztlich operative Behandlungen erforderlich gewesen und es „mit Anfertigung einer Totalprothese am 7. Oktober 2005 zu einer Implantation“ gekommen sei. Die Heilbehandlung sei noch nicht abgeschlossen. Es werde zu Beginn 2006 zu neuerlichen operativen Eingriffen kommen müssen. Dieser Sachverhalt stehe in keinem Zusammenhang mit dem Pensionsverfahren.

Für die Berechnung des Ausgleichsanspruches sei vorausgehend der Rohausgleich zu errechnen, dessen Basis das Pensionsaufkommen in den letzten 12 Monaten vor Auflösung des Vertragsverhältnisses aus Geschäften mit vom Kläger zugeführten Neukunden sei. Dieses Provisionsaufkommen betrage EUR 13.684,88. Unter Annahme eines Abzinsungsfaktors von 2 % und einer jährlichen Abwanderungsquote von 20 % ergebe sich ein Rohausgleich von EUR 26.312,10. Zuzüglich 20 % USt ergebe dies EUR 31.574,52. Nach § 24 Abs 4 HVertrG sei der Ausgleichs-

anspruch mit einer durchschnittlichen Jahresvergütung, errechnet aus der Gesamtvergütung der letzten 5 Vertragsjahre, resultierend aus allen Geschäften mit Alt- und Neukunden begrenzt. Aus dem Gesamtumsatz von EUR 1.904.793,54 in den letzten 5 Vertragsjahren errechne sich eine 7-%-ige Provision von EUR 133.335,55. Daraus ergebe sich eine durchschnittliche Jahresgesamtvergütung von EUR 33.000,54 inklusive USt. Der Ausgleichsanspruch errechne sich daher mit EUR 31.574,52.

Zum begehrten Provisionsanspruch bringt der Kläger vor, er habe im Mai 2005 an die Beklagte noch Aufträge in Höhe von EUR 14.380,31 weitergeleitet, die die Beklagte nicht verprovisioniert habe. Es treffe zwar zu, dass dem Kläger für Geschäfte, die nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zustande gekommen seien, kein Provisionsanspruch gebühre. Dies gelte insbesondere für Direktgeschäfte. Vorliegend handle es sich aber um Geschäfte, bei denen sich Kunden nach Beendigung des Vertragsverhältnisses an den Kläger gewandt hätten und von ihm an die Beklagte weitergeleitet worden seien. Daraus gebühre ihm eine Provision von 7 %, das seien EUR 1.207,98 inklusive USt, allerdings nicht auf der Basis eines Handelsvertretervertrages, sondern aufgrund der Tätigkeit als "Gelegenheitsmäkler" nach Ende seines Vertragsverhältnisses.

Die Beklagte bestritt und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Für eine Krankheit oder ein sonstiges Leiden, die den Handelsvertreter zur Kündigung des Handelsvertretervertrages unter Wahrung des Ausgleichsanspruches berechtigten, sei der Kläger behauptungs- und beweispflichtig. Sollte er dieser Pflicht nicht nachkommen, bestünde der Ausgleichsanspruch wegen Eigenkündigung nicht zu Recht. Eine Krankheit, die die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar mache liege vor, wenn eine Störung des gesundheitlichen Zustandes schwerwiegend und von nicht absehbarer Dauer sei und zu einer, auch mit Ersatzkräften nicht behebbaren nachhaltigen Verhinderung in der Absatzfähigkeit für den

Unternehmer führe. Nach der ständigen Rechtsprechung sei die Unzumutbarkeit der Fortsetzung wegen Krankheit oder Gebrechen daran zu messen, ob die konkret vereinbarten Tätigkeiten in zumutbarer Weise weiter ausgeübt werden können oder nicht. Es komme nicht auf eine generelle Erwerbsunfähigkeit als Handelsvertreter, sondern auf das konkrete Vertragsverhältnis an. Dabei sei darauf abzustellen, wie sich ein sorgfältiger, pflichtbewusster Handelsvertreter in gleicher oder vergleichbarer Lage verhalten würde. Der allfällige Einsatz von Hilfskräften sei aus dem Blickwinkel der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu erwägen. Die „Anerkennung“ einer Berufsunfähigkeitspension erfülle nicht ohne weiteres die Voraussetzungen der zitierten Gesetzesstelle, sie sei jedoch als Indiz dafür heran zu ziehen, dass eine vom Handelsvertreter mit Rücksicht auf diese Behinderung geltend gemachte Gesundheitsbeeinträchtigung nicht unerheblich sei. Damit geprüft werden könne, ob eine Krankheit oder ein Gebrechen im Sinne des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG vorliege, müsse der Handelsvertreter angeben, aufgrund welcher Krankheit oder welchen Gebrechens ihm eine Fortsetzung seiner Tätigkeit nicht zugemutet werden kann. Ein Pensionierungsbescheid sei nicht ausreichend. Solange der Kläger nicht konkretisiere aus welchen gesundheitlichen Gründen die (sofortige) Vertragsbeendigung gerechtfertigt sei, stehe ihm kein Ausgleichsanspruch zu. Die im Vorbringen des Klägers zur Zahnbehandlung genannten Zeitpunkte lägen im Wesentlichen nach der Vertragsbeendigung, sodass sie hier nicht relevant seien. Darüber hinaus könne eine Zahnbehandlung grundsätzlich nicht eine ständige Arbeitsunfähigkeit herbeiführen. Das Klagebegehren sei in Bezug auf die Voraussetzungen des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG unschlüssig.

Die vom Kläger als Neukunden qualifizierten Kunden K., U., B. und B. seien in Wahrheit Altkunden, die schon vor dem Beginn der selbständigen Tätigkeit des Klägers als Handelsvertreter Kunden der Beklagten gewesen seien.

Insoweit sei keine einen Ausgleichsanspruch begründende Neuzuführen durch den Kläger erfolgt.

Außerdem seien für die Beklagte keine verbleibenden Vorteile aus der Tätigkeit des Klägers vorhanden, weil sie nach der plötzlichen Vertragsbeendigung durch den Kläger in seinem Vertragsgebiet keinen Handelsvertreter mehr beschäftige, sondern Direktverkäufe ausschließlich an die Firma R██████ durchführe, die auf Basis eines Vertriebshändlervertrages die Produkte der Beklagten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Kunden vertreibe, mit denen die Beklagte sodann keinerlei Kontakt mehr habe. Von der der Klägerin im Vertragshändlervertrag eingeräumten Möglichkeit im direkten Kontakt mit ihren Kunden zu bleiben und die Vertragsprodukte direkt oder über Dritte an diese zu vertreiben mache die Beklagte keinen Gebrauch. Sie mache de facto keine nennenswerten direkten Umsätze im früheren Vertragsgebiet des Klägers. Sämtliche Produkte, soweit sie diesen Prozess betreffen, würden über den Großhändler R██████ vertrieben. Zuzufolge vollständiger Vertriebsumstellung und Neugestaltung des Vertriebsweges seien allfällige vom Kläger neu geworbene Kunden für die Beklagte nicht mehr von wirtschaftlicher Bedeutung. Sie ziehe daraus keinerlei Vorteile mehr, sodass es an der diesbezüglichen Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs mangle. Seit der Übernahme des Vertriebs durch die Firma R██████ funktioniere wieder die vorherige (vor der Tätigkeit des Klägers als selbständiger Handelsvertreter vorhandene) Vertriebsschiene über den Großhandel, was heiße, dass es keine Direktbelieferung und Verrechnungen an die vom Kläger reklamierten Neukunden gebe. Die Großhändler wie M████, R██████, seien vor der Tätigkeit des Klägers Altkunden gewesen.

Die begehrte Provision bestritt die Beklagte unter Hinweis auf die bereits vor der Weiterleitung der Aufträge erfolgte Beendigung des Vertragsverhältnisses. Ohne Handelsvertretervertrag gebühre keine Provision. Darüber hinaus liege keine eigene verdienstliche

abrechneten. Dies galt auch dann, wenn Baufirmen Baustoffe direkt im Lager der Beklagten auf Lieferschein abholten. Auch in solchen Fällen erfolgte die Fakturierung an den jeweils angegebenen Großhändler. Schon zu dieser Zeit bestanden auch Vereinbarungen zwischen der Beklagten und einzelnen Baufirmen über Frachtvergütungen bei Selbstabholung der Waren vom Lager der Beklagten.

Im Jahr 1998, als die Beklagte einen anderen in Kufstein tätigen Mitarbeiter kündigte, schlug der Kläger dem Geschäftsführer H. vor, das Vertragsgebiet als selbständiger Handelsvertreter weiter zu betreuen. Daraufhin kam es zum Abschluss des Handelsvertretervertrages, dem die Kundenliste der Firma L. als Beilage ./1 angeschlossen wurde. Eine vertragliche Einschränkung hinsichtlich der zu verkaufenden Produkte erfolgte nicht. Durch die Umwandlung des ursprünglichen Angestelltenverhältnisses in ein Vertragsverhältnis als freier Handelsvertreter änderte sich an der Tätigkeit des Klägers nichts.

Im Laufe der Jahre, etwa zwischen 2001 und 2003 gingen ein Teil der in der Liste angeführten Groß- und Baustoffhändler als Kunden verloren. Auslöser dafür war die Tatsache, dass die Firma H. die Preise der Beklagten weiter unterbot, weshalb die Beklagte letztlich gezwungen war, unter Ausschaltung des Großhandels direkt mit den Baufirmen, wie etwa K. und U. abzurechnen. Die Firma M. in Wörgl brach nach Auflösung des Lagers der Beklagten in Kufstein im März 2001 ihre Geschäftsbeziehung zur Beklagten ab und wechselte zur Firma H.. Der Kläger gewann dann als direkte Kunden der Beklagten die Firmen K., B., U., H., T., A., W., H., F. sowie B., welche Kunden auch in den letzten 12 Monaten vor Beendigung des Handelsvertretervertrages noch bei der Beklagten kauften und von denen K., B. und U. schon davor über den Groß- und Baustoffhandel Produkte der Beklagten bezogen hatten.

Wegen gesundheitlicher Probleme, insbesondere Beschwerden in den Knien, im Kreuz und wiederholten teils heftigen Migräneanfällen stellte der Kläger am 5.4.2003 seinen ersten Pensionsantrag, der abgewiesen wurde, weshalb er am 8.4.2004 zu [REDACTED] des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht die Klage gegen die Pensionsversicherungsanstalt einbrachte. Nach Vorliegen von orthopädischen, neurologischen, psychiatrischen und internistischen Fachgutachten kam die berufskundliche Sachverständige Mag. Maria Huber zu dem Schluss, dass dem Kläger unter Berücksichtigung seines medizinischen Leistungskalküls die Tätigkeit eines Vertreters im Außendienst nicht mehr zumutbar ist, da dabei der notwendige Körperhaltungswechsel in 45 Minuten-Intervallen nicht gewährleistet ist. Eine Berufsunfähigkeit des Klägers verneinte die Gutachterin, da der Kläger auf die Tätigkeit eines Kassiers ohne Regalbetreuung, Eintrittskassiers, Informationsangestellten, Telefonmarketing bzw. Telefonverkauf (Innendienst) verwiesen werden kann. Nachdem sich der Kläger in der Verhandlung vom 15.3.2005 auf Tätigkeitsschutz nach § 273 Abs 2 ASVG berufen und seinen beruflichen Werdegang im Rahmen der PV geschildert hatte, schlossen die Streitparteien des Sozialgerichtsverfahrens einen Vergleich, in dem sich die PVA verpflichtete, dem Kläger die Berufsunfähigkeitspension in der gesetzlichen Höhe unbefristet ab dem auf die Aufgabe des Beschäftigungsverhältnisses folgenden Monatsersten zu gewähren. Im Zuge des Vergleichsabschlusses wurde dem Kläger vom Richter und vom Vertreter der PVA geraten, so schnell wie möglich in Pension zu gehen, worauf der Kläger als Pensionsantrittstag den 1.5.2005 nannte. Mit Bescheid der PVA vom Juni 2005 und 25.8.2005 wurde der Anspruch des Klägers auf Berufsunfähigkeitspension ab 1.5.2005 anerkannt und im Bescheid vom 25.8.2005 der Höhe nach mit EUR 1.825,01 bestimmt.

Dass der Kläger den Geschäftsführer H [REDACTED] vom laufenden Pensionsverfahren informierte und der Geschäftsführer H [REDACTED] vor

Zugang des anwaltlichen Kündigungsschreibens Kenntnis von den Intentionen des Klägers hatte, steht nicht fest.

Schon während aufrechten Vertragsverhältnisses zwischen den Streitparteien stand eine Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und der Firma R. zur Diskussion. R. ist der größte Steinwolleproduzent und beliefert die Beklagte seit 1982 mit Mineralwolle. Wegen des massiven Konkurrenzdrucks durch die Firma H. suchte die Beklagte einen starken Geschäftspartner und vereinbarte zunächst mit der Firma R., dass deren Name auf der Preisliste der Beklagten für das Jahr 2003 aufscheint um den Eindruck einer bestehenden Partnerschaft zu vermitteln, was tatsächlich auch gelang. Das Ausscheiden des Klägers gab dann den Anstoß zum Abschluss des Vertragshändlervertrages vom 2.5.2005 zwischen der Beklagten als Verkäuferin und der Firma R. als Käuferin. Mit diesem Vertrag übertrug die Beklagte der Firma R. mit Wirkung 2.5.2005 den nicht exklusiven Vertrieb der in Anlage 1 bezeichneten Vertragsprodukte, wobei sich die Verkäuferin in § 7 Abs 2 das Recht vorbehielt, sowohl in direktem Kontakt mit ihren Kunden und potentiellen Kunden zu bleiben bzw. zu treten als auch die Vertragsprodukte direkt über Dritte an diese zu vertreiben.

Tatsächlich vertreibt die Beklagte seit Mitte 2005 in den Bundesländern Tirol und Vorarlberg ihre Produkte ausschließlich über die Firma R., welche ihrerseits an den Baustoffhandel verkauft. Damit hat die Beklagte im ehemaligen Vertragsgebiet des Klägers nur mehr einen einzigen Vertragspartner und Rechnungsadressaten. Nach Südtirol werden keine I. produkte geliefert. Die Beklagte verständigte ihre Kunden vom Ausscheiden des Klägers, die Firma R., die von der Beklagten sämtliche Kundenlisten erhielt, stellte sich ihrerseits den Kunden als neuer Vertriebspartner für I. produkte vor.

Nach dem 30.4.2005 hatte der Kläger, der bis Ende November 2005 auf der Homepage der Beklagten als Außendienstmitarbeiter für Tirol, Osttirol, Südtirol und Vorarlberg aufschien, noch rund zehn

Anfragen von Kunden, die er großteils an die Beklagte weitergab und aus denen Geschäftsabschlüsse mit einem Gesamtvolumen von mehr als EUR 14.380,81 resultierten. Im einzelnen handelte es sich um eine telefonische Bestellung der Firma B■■■■■■■■■■, weiters der Firma Ing. T■■■■■■■■■■ und um drei Bestellungen des Bauunternehmens K■■■■, wobei alle drei Bestellungen schriftlich direkt an die Beklagte erfolgten. Die beiden zuerst genannten telefonischen Bestellungen gab der Kläger unverzüglich an die Zeugin W■■■■■■■■■■ von der Beklagten weiter, worin seine Tätigkeit im Zusammenhang mit den drei schriftlichen Bestellungen der Firma K■■■■ im Einzelnen bestand, steht nicht fest.

Der Kläger übt seit dem 30.4.2005 mit Ausnahme von gelegentlicher Aushilfe in der Firma seiner Frau keine berufliche Tätigkeit mehr aus.

In der rechtlichen Beurteilung führt die Erstrichterin aus, der Kläger sei zur vorzeitigen Auflösung des Handelsvertretervertrages berechtigt gewesen, weil ihm die Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen Krankheit/Gebrechen unzumutbar gewesen sei. Den Beweis dieser Unzumutbarkeit habe der Kläger mit dem im Sozialrechtsverfahren abgeschlossenen Vergleich und der nachfolgenden bescheidmäßigen Festsetzung der Berufsunfähigkeitspension der Höhe nach erbracht. Immerhin seien im gerichtlichen Verfahren die erforderlichen ärztlichen und berufskundlichen Sachverständigengutachten eingeholt worden, die Grundlage für die vergleichsweise Bereinigung gewesen seien. Die Berufsunfähigkeit des Klägers ergebe sich gemäß §§ 273 Abs 2, 255 Abs 4 ASVG aus der Unfähigkeit seiner bisher ausgeübten Tätigkeit weiter nachzugehen.

Zu prüfen bleibe daher, ob die Voraussetzungen für den Ausgleichsanspruch nach § 24 Abs 1 HVertrG vorlägen. Dass der Kläger der Beklagten auch neue Kunden zugeführt habe, sei nicht mehr strittig. Die Beklagte wende jedoch ein, dass ihr infolge Änderung des Vertriebssystems im ehemaligen Vertriebsgebiet des Klägers keine Vorteile aus den vermittelten Geschäftsverbindungen

mehr zukämen. § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG stelle nicht nur auf tatsächlich erzielte, sondern auch auf potentiell erzielbare Vorteile des Geschäftsherrn aus den vom Handelsvertreter akquirierten oder erweiterten Geschäftsverbindungen ab. Aus diesem Grund seien für die Berechnung des Ausgleichs sofort einmal jene Kunden auszuscheiden, von denen es zum Zeitpunkt der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs klar sei, dass sie den Bezug der Produkte des Unternehmers - aus welchen Gründen auch immer - einstellen werden. Der Abbruch der Geschäftsverbindung zwischen Kunden und Unternehmer könne zB am Ausscheiden des Handelsvertreters liegen oder auch die Folge einer Betriebseinstellung oder, wie dies im Schrifttum und der deutschen Judikatur vertreten werde, auch die Folge einer Reorganisation des Vertriebssystems durch den Unternehmer sein. Wenn sich beispielsweise der Unternehmer entschliefse, nach Ausscheiden des Handelsvertreters nicht mehr direkt an den Endverbraucher, sondern nur mehr an die davor geschalteten Handelsstufen (Großhandel, Einzelhandel) zu liefern, könne er die vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsverbindungen ebenfalls nicht weiter nutzen. Ein Ausgleichsanspruch scheitere dann am Fehlen der erheblichen Unternehmervorteile. Genau diese Konstellation liege hier vor, weil die Beklagte im verbliebenen ehemaligen Vertragsgebiet des Klägers auf eine neue Vertriebsschiene ausschließlich über die Firma R [REDACTED] umgestellt habe. Dass diese Umstellung Ergebnis einer rechtsmissbräuchlichen oder willkürlichen Ausübung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sei und daher der Ausgleichsanspruch ungeachtet des Fehlens erheblicher Unternehmervorteile bestehe, habe der Kläger gar nicht behauptet. Der Umstand, dass sich die Beklagte in dem mit der Firma R [REDACTED] abgeschlossenen Händlervertrags die Möglichkeit des direkten Vertriebs der Vertragsprodukte an Kunden vorbehalten habe, ändere nichts daran, dass de facto infolge des ausschließlichen Vertriebs über die Firma R [REDACTED] die für den Ausgleichsanspruch erforderlichen Unternehmervorteile fehlten.

Abzustellen sei nämlich auf die tatsächlichen und nicht auf die rechtlich möglichen Gegebenheiten, da die Änderung der Vertriebs-schiene nicht notwendig die vertragliche Bindung an einen bestimmten Vertriebspartner voraussetze.

Daher sei der Ausgleichsanspruch des Klägers zu verneinen.

Zur begehrten Provision sei auszuführen, dass sowohl eine gesetzliche als auch vertragliche Regelung zwischen den Parteien darüber existiere, unter welchen Voraussetzungen dem Handelsvertreter eine Provision für Geschäfte gebühre, die nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zustande gekommen seien. Auf diese Regelung, die darüber hinausgehende Provisionsansprüche des ausgeschiedenen Handelsvertreters ausschließe, habe sich der Kläger gar nicht berufen. Die Stellung oder Funktion eines Gelegenheitsmaklers könne er mangels Bestehens eines Maklervertrages nicht für sich beanspruchen.

Daher sei das Klagebegehren insgesamt abzuweisen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben und dem Klagebegehren stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in der Berufungsbeantwortung, der Berufung keine Folge zu geben und das angefochtene Urteil vollinhaltlich zu bestätigen.

Mit Rekurs vom 1.8.2007 bekämpft der Kläger den Beschluss vom 16.7.2007, mit dem sein Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe im vollen Umfang, in eventu im Umfang des § 64 Abs 1 Z 1 lit a) und c) ZPO, abgewiesen wurde „seinem gesamten abweisenden Umfang nach“ wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, ohne einen Rekursantrag zu stellen.

Die Beklagte und der Revisor beim Landesgericht Salzburg haben keine Rekursbeantwortung erstattet.

Weder die Berufung noch der Rekurs ist berechtigt.

### **I. Zur Berufung:**

Es ist zweckmäßig, der Erledigung der Berufung folgende Erwägungen voranzustellen:

1. § 24 HVertrG regelt die Voraussetzungen, unter denen einem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Ausgleichsanspruch gebührt. Gemäß § 24 Abs 3 HVertrG besteht ein solcher Ausgleichsanspruch nicht, wenn der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat, es sei denn, dass dem Unternehmer zurechenbare Umstände, auch wenn sie keinen wichtigen Grund nach § 22 darstellen, hiezu begründeten Anlass gegeben haben oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit oder Gebrechen nicht zugemutet werden kann.

Nach der zum insoweit gleichlautenden Wortlaut des § 89b Abs 3 dHGB ergangenen deutschen Rechtsprechung und der deutschen Literatur liegt eine Krankheit im Sinne des § 89b Abs 3 Z 1 2. Fall dHGB dann vor, wenn eine Störung des gesundheitlichen Zustandes schwerwiegend und von nicht absehbarer Dauer ist und sie dadurch zu einer auch mit Ersatzkräften nicht behebbaren nachhaltigen Verhinderung in der Absatztätigkeit für den Unternehmer führt. Der Handelsvertreter darf nicht jede beliebige Erkrankung, selbst eine von längerer Dauer, zum Anlass einer Kündigung nehmen, um damit einen Ausgleichsanspruch liquide zu stellen; will der Unternehmer einen - kürzeren oder längeren - Ausfall des Handelsvertreters nicht hinnehmen, mag er seinerseits kündigen und schafft so die Grundlage für den Ausgleichsanspruch. Dem Handelsvertreter gibt die Erkrankung einen ausgleichswahrenden Kündigungsgrund erst dann, wenn ihre zeitliche Dauer nicht absehbar oder überbrückbar ist und dadurch zu einer auch mit Ersatzkräften nicht behebbaren nachhaltigen Verhinderung in der

Vertretertätigkeit führt. (Brüggemann in Staub HGB-Großkommentar<sup>4</sup> Rz. 18 zu § 89b; MünchKomm HGB/von Hoyningen-Huene § 89b Rdn 171, mit zahlreichen Judikaturnachweisen). Es kommt nach der deutschen Literatur auch nicht auf eine generelle Erwerbsunfähigkeit als Handelsvertreter, sondern auf das konkrete Vertragsverhältnis an. Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung ist daher daran zu messen, ob die konkret vereinbarten Tätigkeiten in zumutbarer Weise weiter ausgeübt werden können oder nicht. Dies wird auch im österreichischen Schrifttum (Nocker, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters Rz 192; Tschuk, Ausgleichsanspruch (1994) S.93) in gleicher Weise gesehen. Diesen Argumenten ist zu folgen (9 ObA 2/04s). Das bedeutet, dass der Handelsvertreter, den im Ausgleichsprozess die Beweislast für die Zumutbarkeitsfrage trifft (Tschuk, aaO), konkrete Umstände behaupten und beweisen muss, aus denen sich ergibt, dass er an einer schwerwiegenden Krankheit leidet, die ihm die Fortsetzung seiner konkreten Tätigkeit unzumutbar macht, und deren zeitliche Dauer nicht absehbar oder überbrückbar ist und dadurch zu einer mit Ersatzkräften nicht behebbaren nachhaltigen Verhinderung in der Absatztätigkeit des Unternehmers führt.

2. Der Kläger beruft sich zur Begründung seines Ausgleichsanspruches auf die ihm seit 1.5.2005 gewährte Berufsunfähigkeitspension, aufgrund derer er jedenfalls "mit Wirksamkeit ab 1. Mai 2005" berufsunfähig sei. Dies stelle ein "Unfähigwerden" zur weiteren Ausübung seiner Tätigkeit dar. Der gerichtliche Vergleich über die Gewährung der Berufsunfähigkeitspension reiche als Beweis einer Krankheit im Sinne des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG aus.

Diese Beurteilung wurde von der Beklagten schon in erster Instanz detailliert bestritten, wobei sie unter Hinweis auf die Beweislast des Klägers im Detail die Kriterien aufzählte, die nach der oben wiedergegebenen Lehre und Judikatur für das Vorliegen einer, die weitere Tätigkeit als Handelsvertreter unzumutbar machenden

Krankheit relevant sind. Auch in der Berufungsbeantwortung kommt die Beklagte auf diese Ausführungen zurück und hält ua fest, dass der Kläger kein konkretes Vorbringen zur Art und Schwere der Erkrankungen oder Gebrechen erstattet habe, sodass der Ausgleichsanspruch schon aus diesem Grund nicht berechtigt sei.

2.1. Tatsächlich entbindet die Gewährung der Berufsunfähigkeitspension den Kläger nicht davon in diesem Verfahren die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten. Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Bejahung einer Berufsunfähigkeit in pensionsrechtlicher Hinsicht und der Bejahung einer schwerwiegenden Krankheit im Sinne des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG decken sich nicht, kommt es für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters doch auf die konkret vereinbarten Tätigkeiten und nicht bloß auf die Tätigkeit als Handelsvertreter an. Das Handelsvertretergesetz kennt die Berufsunfähigkeitspension als ausgleichsbegründenden Tatbestand nicht. Es besteht auch keine Bindung an die Ergebnisse des sozialgerichtlichen Verfahrens. Daher kann die im Pensionsverfahren zugrunde gelegte Berufsunfähigkeit nicht mit einer schwerwiegenden Erkrankung im Sinne des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG gleichgesetzt und deren Beweis durch die Gewährung der Berufsunfähigkeitspension nicht ohne Weiteres als erbracht angesehen werden. Demgemäß muss der Kläger alle Tatsachen behaupten, die im Sinne der oben wiedergegebenen Rechtsgrundsätze für die Beurteilung einer, die weitere Tätigkeit als Handelsvertreter unzumutbar machenden schwerwiegenden Krankheit relevant sind. Das bedeutet, dass er darzulegen hat an welcher Krankheit er leidet und warum sie schwerwiegend sei. Er muss sich auch mit deren Dauer und insbesondere mit der Frage, warum sie von nicht absehbarer Dauer sei, auseinandersetzen und Gründe dafür angeben warum ihm seine Erkrankung die Fortsetzung seiner Tätigkeit unzumutbar mache.

2.2. Dieser Behauptungslast hat der Kläger trotz wiederholter detaillierter Hinweise durch die Beklagte nicht entsprochen. Er hat

sich im Wesentlichen auf die Gewährung der Berufsunfähigkeitspension berufen. Dass dieser Umstand zur Begründung des Ausgleichsanspruches nicht ausreicht, wurde bereits erörtert. Sein Vorbringen zu seiner Erkrankung beschränkt sich auf Zahnprobleme, die zu einer im März 2005 begonnenen, im Oktober 2005 nach Anfertigung einer Totalprothese noch nicht abgeschlossenen Zahn- und Kieferbehandlung geführt und zu Beginn 2006 neuerliche operative Eingriffe erfordert hätten. Der Kläger hat die noch erforderlichen operativen Eingriffe weder näher beschrieben noch behauptet, dass sie dauerhafte schwerwiegende Gesundheitsfolgen zur Folge hätten. Nachdem das Verfahren in erster Instanz erst am 15.11.2006 geschlossen wurde, hätte ihm ein solches Vorbringen vom zeitlichen Ablauf her möglich sein müssen. Andererseits spricht er selbst davon, dass er aufgrund seiner Zahn- und Kieferprobleme nicht mehr in der Lage sei, einer regelmäßigen Tätigkeit als Handelsvertreter nachzugehen, was eine mögliche Tätigkeit mit Unterbrechungen impliziert. Der Kläger stellte auch keine Behauptungen zu den von ihm nach der konkreten Vereinbarung zu erbringenden Leistungen, insbesondere auch nicht zu deren zeitlichen Ausmaß und den damit verbundenen körperlichen Belastungen auf und stellt somit den für die Beurteilung der Zumutbarkeitsfrage notwendigen Zusammenhang zwischen der Erkrankung und den von ihm konkret geschuldeten Tätigkeiten nicht her. Damit ist das Vorbringen des Klägers aber so unvollständig, dass sein Ausgleichsbegehren daraus materiell-rechtlich nicht abgeleitet werden kann. Daher ist das Klagebegehren, soweit es sich auf den Ausgleichsanspruch stützt unschlüssig (RIS-Justiz RS0001252; RS0037516), sodass ihm schon deshalb ein Erfolg versagt bleiben muss.

**2.3.** Das Aufgreifen dieses Umstandes durch das Berufungsgericht stellt unter den gegebenen Umständen keine unzulässige Überraschung des Klägers dar: Die Beklagte hat bereits in der Klagebeantwortung auf die Beweislast des Klägers bezüglich einer zur ausgleichswahrenden Kündigung berechtigenden Krankheit

hingewiesen und selbst Behauptungen zum Vorliegen einer solchen Krankheit aufgestellt. Sie bezeichnete einen Bescheid eines Sozialversicherungsträgers bestenfalls als Indiz in diese Richtung. Der Kläger widersprach diesem Einwand im folgenden Schriftsatz ON 4 ausdrücklich. In der folgenden Tagsatzung vom 16.11.2005 stellte die Beklagte ausführliche Behauptungen zur Anspruchsvoraussetzung Krankheit oder Gebrechen im Sinne des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG auf und wies darauf hin, dass die Anerkennung einer Berufsunfähigkeitspension nicht ohne weiteres diese Voraussetzungen erfülle, das Gesetz diesen Vertragsbeendigungsgrund nicht kenne und dem Kläger, solange er nicht konkretisiere, aus welchen konkreten gesundheitlichen Gründen die Vertragsbeendigung gerechtfertigt sei, kein Ausgleichsanspruch zustehe. Die Beklagte wendete auch ausdrücklich die mangelnde Schlüssigkeit der Klage ein. Der Kläger erwiderte diesem Vorbringen wiederum mit dem Hinweis auf die ihm gewährte Berufsunfähigkeitspension. Auch im folgenden Schriftsatz ON 6 nahm der Kläger wiederum zur Berufsunfähigkeitspension Stellung, ohne sein Vorbringen inhaltlich zu konkretisieren. Das in diesem Schriftsatz außerdem erstattete Vorbringen zu den Zahn- bzw. Kieferbeschwerden bestritt die Beklagte in der folgenden Tagsatzung, wobei sie ausdrücklich darauf hinwies, dass eine Zahnbehandlung grundsätzlich nicht eine ständige Arbeitsunfähigkeit herbeiführe. Dieses Vorbringen wurde vom Kläger bestritten.

**2.4.** Unter diesen Umständen kann der Kläger von der Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes nicht in unzulässiger Weise überrascht werden (vgl 8 Ob 135/06w, in welcher Entscheidung die zuvor vom 7.Senat des Obersten Gerichtshofs in 3 aufeinander folgenden Entscheidungen vertretene Rechtsauffassung, dass § 182a ZPO die Anleitungspflicht des Gerichtes erweitert habe, weil eine Partei auch erkennbar rechtliche Gesichtspunkte, die von der Gegenseite bereits ins Spiel gebracht worden waren, übersehen oder für unerheblich gehalten haben kann, ablehnt und der

Auffassung Zechners (in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/2 § 503 Rz 135) folgt, nach der § 182a ZPO nichts daran geändert hat, dass es keiner richterlichen Anleitung zu einem Vorbringen bedarf, gegen das der Prozessgegner bereits Einwendungen erhoben hat. Selbst wenn man von einem weiteren Umfang der Aufklärungspflicht ausgehen wollte, wäre für den Kläger unter den hier gegebenen Umständen nichts zu gewinnen, da über die in Rede stehenden mangelhaften Behauptungen verhandelt wurde. Der Kläger hat die entsprechenden Einwände der Beklagten mehrfach bestritten und ausdrücklich an seinen Vorbringen, insbesondere daran, dass die Gewährung der Berufsunfähigkeitspension zur Begründung einer Krankheit im Sinne des § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG ausreiche, festgehalten. In einem solchen Fall das Gericht zu weiteren Anleitungen oder Erörterungen zu verpflichten, würde den durch § 182 ZPO vorgegebenen Rahmen jedenfalls überschreiten und wäre mit der den Zivilprozess beherrschenden Parteienmaxime nicht zu vereinbaren (8. Ob 135/06w).

2.5. Weil das Klagebegehren, soweit es auf einen Ausgleichsanspruch gestützt wird, bereits mangels Unschlüssigkeit abzuweisen ist, kann die in der Rechtsrüge des Klägers aufgeworfene Frage, ob die Beklagte auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile aus den vom Kläger neu zugeführten Kunden hat, die die Erstrichterin verneinte, dahingestellt bleiben.

3. Der Kläger wendet sich in seiner Berufung auch gegen die Abweisung seines Provisionsbegehrens. Er habe diesen Anspruch nicht auf das Bestehen eines Maklervertrages als Anspruchsgrundlage beschränkt, sondern auf jeden denkbaren Anspruchsgrund gestützt. Abgesehen von einem "schlüssig durch Erfüllung der durch den Kläger vermittelten Verträge zustande gekommenen Maklervertrag" würden auch bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend gemacht. Als wohl "stärkste" gesetzliche Grundlage sei § 11 HVertrG heranzuziehen. Außerdem hätten die

Parteien unter Punkt 7 des Handelsvertretervertrages eine darüber hinausgehende Vereinbarung geschlossen. Die nachvertraglichen Geschäfte seien auf die Tätigkeit des Klägers während des Vertragsverhältnisses zurückzuführen. Hilfsweise sei davon auszugehen, dass der Kläger Gelegenheitsmakler sei, sodass ihm auch deshalb die begehrte Provision zustehe.

**3.1.** Der Kläger hat, nachdem die Beklagte die begehrte Provision mit der Begründung bestritt, dass die Weiterleitung der Aufträge nach erfolgter Beendigung des Vertragsverhältnisses erfolgt sei, ausdrücklich behauptet, dass ihm die Provision für diese Geschäfte nicht auf der Basis eines Handelsvertretervertrages, sondern aufgrund der Tätigkeit als Gelegenheitsmakler nach Ende seines Vertragsverhältnisses gebühre (ON 8, S.6). Damit hat er diesen Anspruch ausdrücklich auf eine Tätigkeit als angeblicher Gelegenheitsmakler beschränkt. Daher kann er sich nun nicht mehr auf Ansprüche eines Handelsvertreters nach § 11 HVertrG, aber auch nicht auf den Handelsvertretervertrag stützen, wobei es ohnehin unzutreffend ist, dass Punkt 7 des Handelsvertretervertrages eine über § 11 HVertrG hinausgehende Vereinbarung enthalte. Der Abschluss eines Maklervertrages zwischen den Parteien für die Zeit nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses ist nicht erwiesen.

**3.2.** Daher hat die Erstrichterin den Provisionsanspruch des Klägers zutreffend abgewiesen.

**4.** Zur Tatsachenrüge des Klägers ist auszuführen:

**4.1.** Der Kläger bekämpft die Negativfeststellung zur Frage, ob der Geschäftsführer der Beklagten vom laufenden Pensionsverfahren vor Zugang des anwaltlichen Kündigungsschreibens Kenntnis hatte und begehrt im Hinblick auf die -unbekämpfte- Feststellung, dass der Kläger der Zeugin W. [REDACTED] unmittelbar vor seinem Ausscheiden erzählte, dass er den Prozess gewonnen hat, die Feststellung, dass das laufende Pensionsverfahren aufgrund des Wissens der Angestellten W. [REDACTED], das der Beklagten als juristischer Person

zuzurechnen sei, bei der Beklagten als bekannt vorausgesetzt werden müsse.

**4.2.** Mit diesen Ausführungen spricht der Kläger die Rechtsfrage an, ob das Wissen einer Mitarbeiterin der Beklagten Letzterer zuzurechnen ist, zeigt jedoch keine Unrichtigkeit der bekämpften Feststellung auf. Selbst wenn das Wissen der Zeugin W [REDACTED] der Beklagten zuzurechnen wäre, könnte daraus nicht abgeleitet werden, dass der Geschäftsführer der Beklagten persönlich vom laufenden Pensionsverfahren des Klägers Kenntnis hatte.

**4.3.** Der Kläger bekämpft weiters die Feststellung, dass das Ausscheiden des Klägers den Anstoß für den Abschluss des Vertragshändlervertrages mit der Firma R [REDACTED] durch die Beklagte gab. Aus der Feststellung, dass es im Mai 2004 in der Raststätte Angath ein Gespräch des Klägers mit dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Vertreter der Firma R [REDACTED] Leo G [REDACTED] gab, bei dem es nach den Aussagen des Zeugen G [REDACTED] bereits um eine Zusammenarbeit mit der Firma R [REDACTED] gegangen sei, ergebe sich, dass der Abschluss des Vertragshändlervertrages in keinem Zusammenhang mit dem vorzeitigen Austritt des Klägers stehe. Daher sei festzustellen, dass die Zusammenarbeit mit der Firma R [REDACTED] schon seit 2003 bestanden habe und seit 2004 intensiviert worden sei. Im Jahr 2005 sei es zum Abschluss des Vertragshändlervertrages gekommen.

**4.4.** Dass es zwischen der Beklagten und der Firma R [REDACTED] schon vor Beendigung des Handelsvertretervertrages des Klägers eine Zusammenarbeit gab, ist unstrittig. Dies macht jedoch die bekämpfte Feststellung, dass das Ausscheiden des Klägers den Anstoß für den Abschluss des Vertragshändlervertrages gab, nicht unplausibel.

Somit erweist sich die Tatsachenrüge als nicht berechtigt.

## **II. Zum Rekurs des Klägers:**

**1.** Der Kläger beantragte nach Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils die Bewilligung der Verfahrenshilfe in vollem Umfang. Im Zuge

des Verbesserungsverfahrens beantragte er hilfsweise die Bewilligung der Verfahrenshilfe betreffend Gerichtsgebühren, Sachverständigenkosten und Zeugengebühren.

Diesen Antrag wies die Erstrichterin mit dem angefochtenen Beschluss vom 16.7.2007 ab.

Nach der als bescheinigt angenommenen Einkommens- und Vermögenssituation verfügt der Kläger über ein monatliches Nettoeinkommen von EUR 1.765,65, nämlich EUR 1.424,49 Pension und EUR 341,16 aus einer geringfügigen Beschäftigung. Er bewohnt zusammen mit seiner Frau deren Eigentumswohnung, für die monatliche Kosten von ca EUR 400,-- anfallen. Die Gattin des Klägers ist beim Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur teilzeitbeschäftigt und verdiente im Jahr 2006 EUR 12.322,60 brutto. Der Kläger hat bei der Hypo Tirol Bank AG Verbindlichkeiten von EUR 51.647,03, resultierend aus der Ausnützung des auf seinem Girokonto eingeräumten Kreditrahmens, der durch Verpfändung der Eigentumswohnung der Ehegattin besichert ist.

In rechtlicher Hinsicht führte die Erstrichterin aus, bei einem monatlichen Einkommen von EUR 1.765,65 netto müsse es dem Kläger möglich sein, die weiteren Verfahrenskosten ohne Beeinträchtigung des Unterhalts, den er für sich und seine berufstätige Gattin zu einer einfachen Lebensführung benötige, zu bestreiten, zumal derzeit keine Kreditrückzahlungen zu leisten sind.

2. Der Kläger führt in seinem Rekurs aus, aus der vorliegenden Bestätigung der Hypo Tirol Bank AG vom 5.7.2007 ergebe sich, dass der ihm gewährte Rahmenkredit seit Kontoeröffnung der geschäftlichen Disposition diene und durch Erlöse aus der Geschäftstätigkeit zurückzuführen sei. Die erstgerichtliche Feststellung, wonach diese Verbindlichkeit aus der Ausnützung des auf dem Girokonto eingeräumten Kreditrahmens resultiere, stehe im Widerspruch zu dieser Urkunde. Bei ihrer richtigen Würdigung hätte festgestellt werden müssen, dass der Kläger nach der kurzfristigen Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit und Zuerkennung einer Berufs-

unfähigkeitspension nach wie vor Schulden in der Höhe von EUR 51.647,03 aus seiner Geschäftstätigkeit zu bedienen habe. Auch wenn er derzeit keine Kreditrückzahlungen zu leisten habe, genüge sein monatliches Einkommen nicht, um die weiteren Verfahrenskosten ohne Beeinträchtigung einer einfachen Lebensführung zu bestreiten. Allein die Pauschalgebühr für das Rechtsmittelverfahren nehme mehr als die Hälfte einer Monatspension in Anspruch. Der Umstand, dass ihm der Kredit zur Zeit gestundet werde, sei vom Erstgericht unrichtig als Grund für die Versagung der Verfahrenshilfe gewertet worden. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung sei ihm die Verfahrenshilfe in vollem Umfang zu gewähren, da er ansonsten nicht in der Lage sei, einerseits die Verbindlichkeiten aus der Zeit vor seiner Berufsunfähigkeit abzudecken und andererseits die Kosten des gegenständlichen Verfahrens ohne Beeinträchtigung seines zu einer bescheidenen Lebensführung notwendigen Unterhalts zu bestreiten.

3. Gemäß § 63 Abs 1 ZPO ist die Verfahrenshilfe einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Als notwendiger Unterhalt ist derjenige Unterhalt anzusehen, den die Partei für sich und ihre Familie, für deren Unterhalt sie zu sorgen hat, zu einer einfachen Lebensführung benötigt. Der notwendige Unterhalt liegt dabei über dem Existenzminimum (notdürftiger Unterhalt) und unter dem standesgemäßen Unterhalt (Bydlinski in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup>, § 63 Rz 2). Bei der Ermittlung des notwendigen Unterhalts ist immer auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, so etwa den Gesundheitszustand und die Erwerbsfähigkeit der Partei, Bedacht zu nehmen. Bei unselbständig Erwerbstätigen sind bei der Ermittlung ihres Einkommens in der Regel alle ihnen zufließenden Nettoeinkünfte,

ohne Rücksicht auf deren Bezeichnung heranzuziehen, also auch Sonderzahlungen.

Bei der Beurteilung, ob die Kosten der Prozessführung den notwendigen Unterhalt beeinträchtigen, sind neben dem Einkommen der Partei auch ihr sonstiges Vermögen sowie bestehende Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Bei Verbindlichkeiten kommt es nicht auf deren absolute Höhe, sondern darauf an, welche Zahlungen regelmäßig geleistet werden bzw zu leisten sind. Jedenfalls ist es unerlässlich, eine Schätzung der auf Seiten der antragstellenden Partei voraussichtlich anfallenden Kosten vorzunehmen, wobei unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt absehbaren Umstände des Einzelfalls ein durchschnittlich zu erwartender Verfahrensablauf anzunehmen ist (Bydlinski aaO Rz 3 und Rz 5).

**3.1.** Der Kläger hat ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von EUR 2.059,--. Nach Abzug der gesamten Wohnungskosten von EUR 400,--, verbleiben ihm EUR 1.659,--. Seine Unterhaltspflicht gegenüber seiner Gattin fällt im Hinblick auf ihr eigenes Einkommen nicht weiter ins Gewicht. Ob die Schulden aus der Geschäftstätigkeit des Klägers oder aus anderen Umständen resultieren, ist nicht relevant. Beachtlich ist aber, dass derzeit keine Rückzahlungen zu leisten sind. In dieser Situation sind die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenshilfe nicht gegeben, zumal auch auf eine Ansparmöglichkeit und die Möglichkeit zur Bildung von Rücklagen Bedacht zu nehmen ist (1 R 82/07w, OLG Linz), sodass der Kläger bei einer einfachen Lebensführung imstande ist, die derzeit zu erwartenden Prozesskosten (für das Rechtsmittelverfahren) selbst zu finanzieren.

Daher ist seinem Rekurs ein Erfolg zu untersagen. Die Kosten seines erfolglosen Rekurses hat der Kläger selbst zu tragen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO. Für die Berufungsbeantwortung gebührt nur der dreifache Einheitssatz.

Die ordentliche Revision ist nicht zuzulassen, weil die anhand der konkreten Behauptungen im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung der Schlüssigkeit einer Klage grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO darstellt.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses stützt sich auf § 528 Abs 2 Z 4 ZPO.



Oberlandesgericht Linz, Abt. 6,

am 19. Februar 2008

**Dr. Wolfgang Moser**

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung:

*J. Joffe*