



BESCHLUSS

RECHTSSACHE:

Klagende Partei

Philipp [REDACTED] F
[REDACTED]

vertreten durch:

Dr. Erich SCHWARZ Rechtsanwalt
Imbergstraße 19
5020 Salzburg
Tel: 0662/87 61 57-0

Beklagte Partei

Q [REDACTED] Gesellschaft
mbH
[REDACTED]

vertreten durch:

Dr. Gerwin BRANDAUER Rechtsanwalt
Faistauergasse 5
5020 Salzburg
Tel: 0662/628000-0

Wegen: sonstiger Streitgegenstand - allgem. Streitsache

- 1.) Das Verfahren ist vom Landesgericht Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht in der Gerichtsbesetzung nach §§ 11 und 12 ASGG fortzuführen.
- 2.) Die beklagte Partei ist verpflichtet, dem Kläger EUR 5.643,36 (darin enthalten EUR 940,56 an USt.) an Kosten des Zwischenstreits binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

BEGRÜNDUNG:

Mit der am 7.10.2013 bei Gericht eingebrachten Klage begehrt der Kläger von der beklagten Partei neben der Übermittlung eines vollständigen Buchauszuges im Sinne des § 16 Abs. 1 HVertrG die Zahlung eines Betrages von EUR 14.333,40 an restlicher Provision und im Rahmen einer Stufenklage die Zahlung eines Ausgleichsanspruches sowie weiterer Provisionen.

Hierzu bringt der Kläger im Wesentlichen vor, er sei seit dem 1.8.2012 zunächst im Rahmen eines freien Dienstvertrages und nachfolgend im Rahmen eines Handelsvertreter-Vertrages als Handelsvertreter für die beklagte Partei tätig gewesen. Der Kläger sei in den Betrieb der beklagten Partei voll eingebunden gewesen, habe Weisungen des Geschäftsführers der

beklagten Partei erhalten und sich vertraglich verpflichtet, Kunden regelmäßig zu besuchen. Er sei zur Verschwiegenheit über Umstände des Vertriebes der beklagten Partei verpflichtet gewesen. Von der beklagten Partei habe er eine fixe Provision von EUR 3.500,00 netto erhalten und eine monatliche KFZ-Pauschale von EUR 1.500,00 netto. Er sei wirtschaftlich von der beklagten Partei abhängig gewesen und wirtschaftlich unselbständig gewesen und sei daher als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 51 Abs 3 ASGG anzusehen gewesen. Dafür seien die steuerrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen und gewerberechtlichen Eigenschaften den Klägers nicht bedeutend. Dem Kläger sei auch ein Firmenhandy zur Verfügung gestellt worden. Der Kläger habe seinen Lebensunterhalt ausschließlich vom Einkommen bei der beklagten Partei bestritten.

Die beklagte Partei wandte die funktionelle Unzuständigkeit des angerufenen Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht ein. Im Wesentlichen wurde dazu ausgeführt, dass der Kläger seine Tätigkeit als selbständiger und protokollierter Handelsvertreter und somit als Unternehmer ausgeübt habe. Er sei Inhaber mehrerer Gewerbeberechtigungen und ein im Firmenbuch protokollierter Kaufmann. Der Kläger sei im eigenen Namen unter seiner eingetragenen Firma professional cooperation e.U. aufgetreten. Er habe keine Weisungen des Geschäftsführers der beklagten Partei befolgen müssen. Er sei auch lediglich durchschnittlich zwei Mal im Monat im Büro gewesen um Muster, Leuchtmittel oder Informationen zu holen. Er sei aber nicht in das Unternehmen eingebunden gewesen. Der Kläger sei auch völlig frei gewesen, andere Vertretungen zu übernehmen. Er sei nicht als arbeitnehmerähnlich anzusehen.

Von folgendem Sachverhalt ist auszugehen:

Der Kläger war ab 1.8.2012 bis zur Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den Kläger mit 31.7.2013 für die beklagte Partei zunächst im Rahmen eines freien Dienstvertrages und dann im Rahmen eines Handelsvertreter-Vertrages tätig (Beilagen ./2 und ./18). Er erhielt für diese Tätigkeit eine monatliche Fixprovision in Höhe von EUR 3.500,00 netto zuzüglich USt und eine Provision für alle von ihm vermittelten Geschäften in Höhe von 10 % des fakturierten Nettobetrages zuzüglich USt. Überdies erhielt er eine KFZ-Pauschale für seine Fahrtkosten in Höhe von EUR 1.500,00 pro Monat zuzüglich USt. Neben seiner Tätigkeit für die beklagte Partei übte er keine weiteren Tätigkeiten als Handelsvertreter aus. Er beabsichtigte allerdings parallel zu dieser Tätigkeit über die im Firmenbuch eingetragene Firma professional cooperation e.U. ab Beginn 2013 einen Direktvertrieb der Q [REDACTED] [REDACTED] an Endverbraucher aufbauen, welcher Vertrieb jedoch nicht zustande kam. Während seiner Beschäftigung bei der beklagten Partei bezog der Kläger keine Einkünfte oder sonstigen Erlöse aus diesem geplanten Vertrieb. Seine einzigen Einkünfte resultierten aus den Einkünften von der beklagten Partei. Der Kläger bestritt seinen Lebensunterhalt

ausschließlich aus den Einkünften bei der beklagten Partei. Der Kläger erhielt ein Firmenhandy. Er hatte kein Büro bei der beklagten Partei, jedoch konnte er das Büro des Josef Katzenmayer nützen um dort die Unterlagen, die er benötigte, zu lagern. Der Kläger konnte sich seine Kundenbesuche frei einteilen und war diesbezüglich an keine Vorgaben von Seiten der beklagten Partei gebunden. Er war nicht verpflichtet, über seine Tätigkeit Berichte zu liefern.

Dazu bleibt in rechtlicher Hinsicht auszuführen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Frage, ob ein bestimmter Gerichtshof in einer Rechtssache als Arbeits- und Sozialgericht oder in anderer Funktion zu entscheiden hat, nicht eine Frage der sachlichen Zuständigkeit, sondern eine solche der Gerichtsbesetzung des jeweiligen Spruchkörpers ist (RIS-Justiz RS0085489; SZ 72/142; 8 ObA 5/02x). Bei Zweifeln über die Gerichtsbesetzung hat das Gericht nach § 37 Abs. 3 ASGG mit Beschluss auszusprechen, in welcher Gerichtsbesetzung das Verfahren fortzuführen ist, sofern nicht Heilung nach § 37 Abs 1 ASGG eingetreten ist (*Neumayr* in ZellKomm² § 37 ASGG Rz 1). Im gegenständlichen Verfahren ist keine Heilung eingetreten, zumal die beklagten Partei den Einwand der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes erhoben hat. Mit dieser Einrede hat die beklagten Partei auch implizit einen Besetzungsmangel im Sinne des § 37 Abs 1 ASGG geltend gemacht (vgl. 9 ObA 41/88; 9 ObA 329/89).

Voraussetzung für die Zuständigkeit eines arbeits- und sozialrechtlichen Senates ist das Vorliegen einer Arbeitsrechtssache im Sinn von § 50 ASGG. Nach dessen Abs. 1 Z 1 sind Arbeitsrechtssachen bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder mit dessen Anbahnung. § 51 Abs. 1 ASGG definiert als Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinn dieses Bundesgesetzes unter anderem jene Personen, die zueinander in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen oder gestanden sind. Nach § 51 Abs. 3 Z 2 ASGG stehen den Arbeitnehmern sonstige Personen gleich, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind.

Um die in diesem Fall richtige Besetzung des Gerichtes beurteilen zu können, ist zwischen einem rechtlich unselbständigen und rechtlich selbständigen Handelsvertreter zu unterscheiden. Ein unselbständiger Handelsvertreter ist Arbeitnehmer und unterliegt den arbeitsrechtlichen Bestimmungen, vor allem dem AngG (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 375). Die von ihm geltend gemachten Ansprüche fallen unter § 50 Abs 1 Z 1 ASGG und begründen die Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichtes. Bei einem rechtlich selbständigen Handelsvertreter muss wiederum nach dessen wirtschaftlicher Selbständigkeit oder Unselbständigkeit unterschieden werden. Wenn rechtlich selbständige Handelsvertreter

wirtschaftlich unselbständig sind, gelten sie als arbeitnehmerähnlich. Nach § 51 Abs 3 Z 2 ASGG genügt es für die Qualifikation einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit als Arbeitsrechtssache, wenn auf Seiten des Klägers lediglich Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt oder vorlag.

Das entscheidende Kriterium der wirtschaftlichen Unselbständigkeit wird in der Abhängigkeit von einem oder mehreren bestimmten, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmern gesehen (OGH 7 Ob 26/90, RdW 1991, 174; 9 ObA 200/91, RZ 1993, 77; RIS-Justiz RS0086121). Sie ist vor allem bei einer gewissen Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung gegeben, sofern die betreffende Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts (jedenfalls auch) auf diese Entlohnung angewiesen ist und ihre Arbeit nicht in einem selbständigen eigenen Betrieb, sondern in wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke eines anderen leistet (*Neumayr* in ZellKomm² § 51 ASGG Rz 13). Bei einem „freien“ Handelsvertreter bejaht die Rechtsprechung die wirtschaftliche Unselbständigkeit und damit die Arbeitnehmerähnlichkeit dann, wenn er seine Tätigkeit mit einer gewissen Regelmäßigkeit erbringt und er das Entgelt weitgehend aus dieser Tätigkeit bezieht (OGH 4 Ob 80/74, Arb 9315; 3 Ob 108/75, Arb 9400; 9 ObA 320/90, RdW 1991, 312; RIS-Justiz RS0086136; eingehend *Jabornegg*, HVG 48 ff; zur „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ s Rz 13 aE), bzw. wenn er nur für einen Unternehmer dauernd tätig ist, vertraglich für einen anderen Unternehmer nicht tätig sein darf und auf das von dem einen Unternehmer bezogene Einkommen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen ist. Auch ein rechtlich selbständiger Gewerbetreibender mit eigenem Gewerbeschein ist als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren, wenn er wirtschaftlich abhängig ist und sich von einem angestellten Vertreter nur durch das Fehlen eines Fixums, einer gewissen Freizügigkeit und der Einteilung der Arbeit, einer Beschränkung der Berichterstattungspflicht udgl. unterscheidet (*Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht § 51 ASGG E 34, 35). Dabei ist aus der Sicht des OGH etwa auch die Tatsache, dass ein Handelsvertreter 28 Monate lang regelmäßig für ein Unternehmen tätig ist, ein gewichtiges Indiz für die Arbeitnehmerähnlichkeit seiner Stellung, auch wenn er daneben für ein weiteres Unternehmen arbeitet und dort sogar ein höheres Monatseinkommen erzielt (*Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht § 51 ASGG E 46; OGH 14.01.1975 Arb 9315).

Diese Grundsätze umgelegt auf den gegenständlichen Fall zeigen in Hinblick auf die ausschließliche Tätigkeit des Klägers für die beklagte Partei, die ein Jahr andauerte, und die daraus erzielten Einkünfte, auf die er zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zweifellos angewiesen war, dass der Kläger wirtschaftlich unselbständig war und daher in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zu beklagten Partei stand (§ 51 Abs. 3 Z 2 ASGG). Daran ändert auch nichts der vom Kläger geplante Aufbau einer Vertriebsstruktur für Endverbraucher, wäre doch diese Vertriebsstruktur auch der beklagten Partei zugute

gekommen. Überdies ist diese Vertriebsstruktur tatsächlich nicht zustande gekommen. Keinesfalls war der Kläger für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Anzahl von Unternehmern tätig.

In Verwerfung der Einrede der beklagten Partei war daher gemäß § 37 Abs. 3 ASGG auszusprechen, dass das Verfahren vom Landesgericht Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht in der in den §§ 11 und 12 ASGG vorgesehenen Gerichtsbesetzung fortzuführen ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO. Über die Kosten einer abgesonderten Verhandlung über die Einrede der Unzuständigkeit ist zugleich mit der Entscheidung des Zuständigkeitsstreits zu erkennen (*Klauser/Kodek*, ZPO 16.01 ZPO § 52 E 4; 27.8.1901 GIUNF 1541; 8.3.1905 GIUNF 2983; 3.12.1912 GIUNF 6155; OLG Wien 27.3.1935 EvBl 1935/355; OLG Wien ohne Datum NBIRA 1953, 119; LGZ Wien 4.1.1967 Arb 8333; LGZ Wien 16.5.1973 Arb 9118). Ein solcher Zwischenstreit über Zuständigkeitsfragen ist auch der Streit, ob eine Rechtsstreitigkeit in der für Arbeits- und Sozialrechtssachen vorgeschriebenen Gerichtsbesetzung zu führen ist (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*² (2010) Rz 308; RS0036009; OLG Wien, 8 Ra 13/09d). Durch die widerstreitenden Auffassungen des Klägers und der beklagten Partei zur Frage der gehörigen Gerichtsbesetzung liegt daher ein (echter) Zwischenstreit vor, dessen Unterliegen die beklagte Partei kostenersatzpflichtig macht. Gegenstand der Kostenentscheidung sind aber nur die abgrenzbaren, ausschließlich den Zwischenstreit über die Zuständigkeit betreffenden Kosten und nicht der gesamte bisherige Verfahrensaufwand (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*² (2010) Rz 302). Aus diesem Grund sind auf Basis des vom Kläger gelegten Kostenverzeichnisses folgende tarifmäßig verzeichnete Leistungen durch die beklagte Partei zu ersetzen:

28.11.2013	Schriftsatz, TP3A	783,80
	50% ES	391,90
5.12.2013	Verhandlung, TP3A, ½	783,80
	50% ES	391,90
20.2.2014	Verhandlung, TP3A, 5/2	1.567,60
	<u>50% ES</u>	<u>783,80</u>
	Zwischensumme	4.702,80
	<u>20% USt.</u>	<u>940,56</u>
	Gesamt	5.643,36

Landesgericht Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht, Abteilung 34
Salzburg, 12. März 2014
Dr. Sabine Berger, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG
