



**Landesgericht Salzburg  
als Arbeits- und Sozialgericht**  
Franz-Hinterholzerkai 4a  
5010 Salzburg  
Tel.: +43 57 60121-0 31551

Bitte obige Geschäftszahl  
in allen Eingaben anführen

DVR: 0000550884

569 16 Cga 174/11b - 14

Dr. Erich Schwarz  
Imbergstraße 19  
5020 Salzburg

**RECHTSSACHE:**

**Klagende Partei:**

Josef G [REDACTED]  
[REDACTED]

**vertreten durch:**

Dr. Erich Schwarz  
Imbergstraße 19  
5020 Salzburg  
Tel.: 0662/876157  
Zeichen: G [REDACTED] - [REDACTED]

**Beklagte Partei:**

[REDACTED]  
5020 Salzburg  
FirmenbuchNr [REDACTED]

**vertreten durch:**

Mahringer Steinwender Bestebner  
Rechtsanwälte OG  
Markus-Sittikus-Straße 5  
5020 Salzburg  
Tel.: 0662/87 12 73

WEGEN: sonstiger Streitgegenstand in einer allgemeinen Streitsache

Beiliegend wird übermittelt:

Nr.	Anhangsart	Datum	ON/Beilage	Beteiligter	Zeichen (Einbringer)
1	Beschluss	23.05.2012	14		

Landesgericht Salzburg  
als Arbeits- und Sozialgericht  
Gerichtsabteilung 16, am 23. Mai 2012

Mag. Hannes Lienbacher  
(RICHTER)



## BESCHLUSS

### RECHTSSACHE:

#### Klagende Partei

Josef G. [REDACTED]  
Kaufmann

[REDACTED]

#### vertreten durch:

Dr. Erich Schwarz  
Imbergstraße 19  
5020 Salzburg  
Tel.: 0662/876157  
Zeichen: G. [REDACTED] - [REDACTED]

#### Beklagte Partei

[REDACTED]  
5020 Salzburg  
FN.: [REDACTED]

#### vertreten durch:

Mahringer Steinwender Bestebner RAe OG  
Markus-Sittikus-Straße 5  
5020 Salzburg  
Tel.: 0662/871273

**wegen:** EUR 30.000,00, Buchauszug, erg. Ausgleichsanspruch, erg. Provisionen

- 1.) Das Verfahren ist vom Landesgericht Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht in der Gerichtsbesetzung nach § 11 ASGG fortzuführen.
- 2.) Die beklagte Partei ist verpflichtet, dem Kläger EUR 4.024,08 (darin enthalten EUR 670,68 an USt.) an Kosten des Zwischenstreits binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **Begründung:**

In seiner am 29.11.2011 eingebrachten Klage begehrt der Kläger von der beklagten Partei – neben der Übermittlung eines vollständigen Buchauszuges im Sinne des § 16 Abs. 1 HVertrG – im Rahmen einer Stufenklage die Zahlung eines Ausgleichsanspruches in Höhe von EUR 30.000,00 samt Zinsen sowie weiterer Provisionen.

Hierzu bringt der Kläger im Wesentlichen vor, er sei seit dem 28.05.1997 hauptberuflich für die beklagte Partei ausschließlich als Versicherungsagent tätig gewesen. Der Kläger sei in die Organisation der beklagten Partei eingebunden gewesen und habe seinen Lebensunterhalt

ausschließlich aus der Tätigkeit als Versicherungsagent für die beklagte Partei verdient; er sei daher im Sinne des § 51 ASGG in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zur beklagten Partei gestanden. In den letzten 5 Jahren vor Vertragsbeendigung habe der Kläger einen durchschnittlichen monatlichen Nettobezug an Provisionen von der beklagten Partei in Höhe von ca. EUR 3.833,00 erhalten; sein Arbeitsverhältnis zur beklagten Partei sei sohin als „dienstnehmerähnlich“ anzusehen. Aus seiner daneben ausgeübten Tätigkeit als Geschäftsführer der [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH habe er weder ein Gehalt, noch etwaige Gewinnausschüttungen bezogen. Im Übrigen habe der Kläger die Funktion des Geschäftsführers der [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH lediglich formell ausgeübt; die tatsächlichen Arbeiten würden ausschließlich durch die Gattin und die Tochter ausgeführt.

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 Versicherungsagent von Beginn an lediglich in nebenberuflichem Ausmaß ausgeführt habe. Er sei als Gesellschafter und Geschäftsführer der [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH im Bereich der Immobilienverwaltung und -sanierung tätig und beschäftige sich in diesem Zusammenhang selbst mit der Bauausführung. Darüber hinaus sei der Kläger im Bereich der Vermietung und Verpachtung tätig. Der Kläger habe seine Tätigkeit bei der beklagten Partei in den letzten Jahren des Vertragsverhältnisses nur in einem minimalen Ausmaß betrieben und sei in keiner Weise auf die Entlohnung durch die beklagte Partei angewiesen gewesen. Zudem sei der Kläger weder in einer zeitlichen, noch in einer örtlichen Abhängigkeit zur beklagten Partei gestanden, da dieser seine Tätigkeit zum Großteil in seiner eigenen Wohnung ausgeübt habe.

Von folgendem Sachverhalt ist auszugehen:

Der Kläger war ab 28.5.1997 bis zur Vertragsbeendigung im Jahr 2011 für die beklagte Partei als Versicherungsagent tätig (Beilage ./A). Neben seiner Tätigkeit für die beklagte Partei übte er keine weiteren Tätigkeiten als Handelsvertreter aus. Er war allerdings parallel zur Beschäftigung bei der beklagten Partei Gesellschafter und zeichnungsberechtigter Geschäftsführer der [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH. Dieses Unternehmen befasst sich mit Immobilienbetreuung und -verwertung sowie mit der Vermietung von Objekten, die im Privateigentum des Klägers und seiner Ehegattin stehen. Die Mieteinkünfte hieraus werden in der GmbH belassen. Somit hatte der Kläger selber keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Von der GmbH wird allerdings eine Rentenrücklage für den Kläger einbezahlt, welche in den Einkommenssteuerbescheiden der Jahre 2008 bis 2010 als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ausgewiesen ist, und zwar mit € 3.846,25 im Jahr 2008, mit € 6.062,13 im Jahr 2009 und mit € 5.944,54 im Jahr 2010. Gesellschafter der [REDACTED] und Josef

G [REDACTED] GmbH sind neben dem Kläger noch dessen Ehegattin und deren Tochter. Die GmbH beschäftigt keine Angestellten. Der wöchentliche Zeitaufwand des Klägers für die [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH betrug und beträgt etwa 3 bis 5 Wochenstunden. Weder der Kläger noch seine Ehegattin und Tochter beziehen Einkünfte aus dieser Gesellschaft; Gewinnausschüttungen bleiben im Unternehmen. Während seiner Beschäftigung bei der beklagten Partei bezog der Kläger sohin keine Einkünfte oder sonstigen Erlöse aus dieser Gesellschafter- bzw. Geschäftsführertätigkeit. Seine einzigen Einkünfte resultierten aus den Provisionseinkünften zur beklagten Partei. Die Einkünfte aus selbständiger Arbeit, welche in den Einkommenssteuerbescheiden der Jahre 2008 und 2009 mit jeweils € 3.074,03 und in jenem des Jahres 2010 mit € 2.674,41 ausgewiesen sind, resultieren zwar aus der Tätigkeit des Klägers für die [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH. Es handelt sich dabei allerdings nur um einen buchhalterischen Posten, tatsächlich wurden keine Beträge an den Kläger ausbezahlt und angewiesen (Aussage Kläger).

Im Jahr 2008 erzielte der Kläger aus seiner Tätigkeit als Versicherungsagent für die beklagte Partei ein Entgelt (ohne USt., einschließlich erhaltener Kostenersätze und Sachbezüge) von € 47.967,56, im Jahr 2009 von € 47.236,09 und im Jahr 2010 von € 43.475,55 (Beilage ./K). Das hiervon zu versteuernde Einkommen betrug im Jahr 2008 € 29.869,20, 2009 € 21.904,91 und 2010 € 15.418,89 (Beilagen ./N - ./P).

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 (*Neumayr* in ZellKomm<sup>2</sup> § 37 ASGG Rz 1). 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. Das für die Abgrenzung von wirtschaftlich selbständigen Unternehmern, die sohin nicht als arbeitnehmerähnliche

Personen anzusehen sind, 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 ZellKomm<sup>2</sup> § 51 ASGG Rz 13). Bei einem „freien“ Handelsvertreter bejaht die Rechtsprechung die wirtschaftliche Unselbständigkeit und damit die Arbeitnehmerähnlichkeit vor allem dann, wenn er weisungsgebunden ist, ihm eine Berichtspflicht auferlegt und ihm ein Mindestumsatz vorgeschrieben ist (OGH 3 Ob 599/80, Arb 9944), 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 beinahe 14 Jahre dauernde ausschließliche Tätigkeit des Klägers als Handelsvertreter für die beklagte Partei und die daraus erzielten Einkünfte, auf die er zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zweifellos angewiesen war, selbst bei Berücksichtigung seiner (Neben-)Tätigkeit als Geschäftsführer der [REDACTED] und Josef G [REDACTED] GmbH, dass der Kläger wirtschaftlich unselbständig war und daher in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zu beklagten Partei stand (§ 51 Abs. 3 Z 2 ASGG).

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 Gerichtsbesetzung nach § 11 ASGG 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). Solche Zwischenstreite über Zuständigkeitsfragen sind unter anderem der Streit, ob eine Rechtsstreitigkeit in der für Arbeits- und Sozialrechtssachen vorgeschriebenen Gerichtsbesetzung zu führen ist (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*<sup>2</sup> (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 (ausschließlich die durch den Zuständigkeitsstreit veranlassten Mehrkosten) und nicht der gesamte bisherige Verfahrensaufwand (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*<sup>2</sup> (2010) Rz 302).

Aus diesem Grund sind auf Basis des vom Kläger gelegten Kostenverzeichnisses folgende tarifmäßig verzeichnete Leistungen durch die beklagte Partei zu ersetzen:

<b>Datum</b>	<b>Leistung</b>	<b>TP</b>	<b>Verdienst (EUR)</b>
27.03.2012	Replik + UV 50% ES ERV-Zuschlag	3a	744,80 372,40 1,80
11.04.2012	Verhandlung ½ 50% ES	3a	744,80 372,40
23.05.2012	Verhandlung 2/2 50% ES	3a	744,80 372,40
	Zwischensumme		3.353,40
	20% USt.		670,68
	<b>Gesamt</b>		<b>4.024,08</b>

---

**Landesgericht Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht, Abteilung 16**  
**Salzburg, 23. Mai 2012**  
**Mag. Hannes Lienbacher, Richter**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG