



BESCHLUSS

Das Oberlandesgericht Linz hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Richter Dr. Elisabeth Nagele als Vorsitzende, Dr. Barbara Jäger und Dr. Dieter Weiß in der Arbeitsrechtssache des Klägers P [REDACTED] A [REDACTED] F [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei Q [REDACTED] **GesmbH**, [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Dr. Gerwin Brandauer, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen EUR 94.333,40 s.A. (Stufenklage) über den Rekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 12. März 2014, 32 Cga 138/13d-12, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen die mit EUR 1.765,80 (darin EUR 294,30 USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

BEGRÜNDUNG:

Der Kläger beehrte mit seiner Stufenklage von der Beklagten die Übermittlung eines Buchauszuges, bereits bekannte Provisionen sowie noch zu beziffernde weitere Provisionen und einen Ausgleichsanspruch gemäß § 24 HVertrG. Er habe ab 1. August 2012 aufgrund eines freien Dienstvertrages sowie ab 1. November 2012 aufgrund eines Handelsvertretervertrages Kunden für die von der Beklagten angebotenen LED-Leuchtmittel akquiriert. Für die Frage der Besetzung des angerufenen Gerichtes berief sich der Kläger unter Hinweis auf seine wirtschaftliche Abhängigkeit auf eine Arbeitnehmerähnlichkeit. Er sei in den Betrieb der Beklagten voll eingebunden gewesen, so etwa sei er im Besitz von Büroschlüsseln gewesen, habe Musterkoffer und Material beigelegt erhalten und die Weisungen des Geschäftsführers

zu befolgen gehabt. Bewerbungsgespräche für Mitarbeiter der Beklagten habe er in deren Geschäftsräumlichkeiten abgehalten. Der Kläger sei vertraglich verpflichtet gewesen, Kunden regelmäßig zu besuchen, Altkunden auch ohne Provisionsanspruch. Er sei einer Verschwiegenheitspflicht unterlegen und habe neben einem Barauslagenersatz und einem Firmenhandy eine monatliche Fixprovision sowie eine Kfz-Pauschale erhalten. Seinen Lebensunterhalt habe er ausschließlich mit diesem Einkommen bestritten. Der Kläger habe mehr als 40 Wochenstunden für die Beklagte gearbeitet und habe Tätigkeitsberichte erstatten müssen.

Die **Beklagte** bestritt die Zuständigkeit des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht - genau genommen die Senatsbesetzung -, da der Kläger nicht arbeitnehmerähnlich gewesen sei. Eine persönliche Abhängigkeit als wesentliche Voraussetzung der Arbeitnehmerähnlichkeit liege nicht vor. Der Kläger selbst habe das freie Dienstverhältnis aufgelöst, um als selbständiger freier Handelsvertreter für die Beklagte tätig zu sein. Er sei Inhaber mehrerer Gewerbeberechtigungen und habe im eigenen Namen bzw unter seiner während des aufrechten Vertragsverhältnisses zur Beklagten eingetragenen Firma LED-Leuchtmittel der Beklagten vertrieben. Für seine Leistungen habe er Rechnungen an die Beklagte mit ausgewiesener Mehrwertsteuer gelegt. Da der Kläger über Subvertreter die Leuchtmittel der Beklagten an Privathaushalte vertreiben habe wollen, habe ihn die Beklagte unterstützt, indem sie ihm die Annoncen für die Anwerbung der Subvertreter finanziert und die Geschäftsräumlichkeiten zu deren Einschulung sowie die erforderlichen Musterkoffer zur Verfügung gestellt habe. Mit Ausnahme von Konkurrenzprodukten sei es dem Kläger frei gestanden, andere Vertretungen zu übernehmen und daraus ein Einkommen zu beziehen. Da der Markt erst aufgebaut werden habe müssen, habe der Kläger auch bei einer selbständigen Vertretung ein Mindestentgelt gefordert. Ihm seien weder konkrete Arbeitstage noch -zeiten vorgeschrieben noch Weisungen für seine Tätigkeit erteilt worden. Im Büro der Beklagten habe er keinen Arbeitsplatz gehabt, durchschnittlich sei er zweimal monatlich im Büro gewesen, um Muster und Leuchtmittel zu holen.

Nach abgesonderter Verhandlung fasste das Erstgericht den angefochtenen **Beschluss**, dass das Verfahren in der Gerichtsbesetzung nach §§ 11 und 12 ASGG fortzusetzen sei.

Nach dem unbekämpfbar festgestellten und daher für die Rekursentscheidung wesentlichen Sachverhalt war der Kläger ab 1. August 2012 bis zu seiner Kündigung mit 31. Juli 2013 zunächst im Rahmen eines freien Dienstvertrages und dann im Rahmen eines Handelsvertretervertrages für die Beklagte tätig. Er erhielt eine monatliche Fixprovision von EUR 3.500,00 netto zuzüglich USt, eine 10%-ige Provision für alle vermittelten Geschäfte, eine Kfz-Pauschale von EUR 1.500,00 netto zuzüglich USt sowie ein Firmenhandy. Neben seiner Tätigkeit für die Beklagte 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 QUANTUM LED-Leuchtmittel an Endverbraucher aufzubauen. Der Vertrieb kam jedoch nicht zustande und der Kläger erzielte keine Einkünfte daraus. Er bestritt seinen Lebensunterhalt ausschließlich aus den Einkünften bei der Beklagten. Der Kläger hatte kein Büro bei der Beklagten, sondern konnte das Büro des Josef Katzenmayer nützen, um dort seine Unterlagen zu lagern. Er konnte sich die Kundenbesuche frei einteilen und war diesbezüglich an keine Vorgaben gebunden; er war auch nicht verpflichtet, Berichte zu liefern.

Rechtlich bejahte das Erstgericht die Arbeitnehmerähnlichkeit des Klägers. Entscheidend sei die wirtschaftliche Unselbständigkeit durch die Abhängigkeit von einem oder mehreren bestimmten, nicht laufend wechselnden Unternehmen sowie die Dauer und Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung. Da die ausschließliche Tätigkeit für die Beklagte ein Jahr andauert habe, der Kläger auf die daraus erzielten Einkünfte zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen sei und der geplante, ohnehin nicht zustande gekommene Aufbau einer Vertriebsstruktur auch der Beklagten zugute gekommen wäre, sei Arbeitnehmerähnlichkeit und damit die Zuständigkeit des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht gegeben.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige **Rekurs der Beklagten** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger und fehlender Tatsachenfeststellungen sowie wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, die Klage „wegen funktionaler Unzuständigkeit bzw unrichtiger Gerichtsbesetzung zurückzuweisen“; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Rekursbeantwortung, dem Rechtsmittel keine Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Behauptete Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Die Beklagte meint, das Erstgericht habe es unterlassen, von Amts wegen die Voraussetzungen für die Zuständigkeit des angerufenen Arbeitsgerichtes hinreichend zu untersuchen. Die getroffenen Feststellungen gründeten sich nicht auf objektive Beweisergebnisse, sondern auf Vermutungen und Annahmen.

Mit diesen Ausführungen versucht die Beklagte, auf unzulässige Weise die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu bekämpfen.

Hat das Erstgericht - wie im vorliegenden Fall - Beweise unmittelbar durch Einvernahme von Zeugen und Parteien aufgenommen, kann die Beweiswürdigung im Rekursverfahren nicht angefochten werden. Von den getroffenen Feststellungen könnte nur nach einer

Beweiswiederholung abgegangen werden, die dafür erforderliche Rekursverhandlung ist aber im Gesetz nicht vorgesehen (Kodek in Rechberger³, § 526 ZPO Rz 5; RIS-Justiz RS0044018, RS0041847).

Zudem ist es für die gesetzmäßige Ausführung einer Mängelrüge erforderlich, darzutun, welche Beweise das Erstgericht noch aufnehmen hätte müssen und welche konkreten, eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigenden Tatsachen durch die gewünschte Beweisaufnahme unter Beweis gestellt werden hätten können bzw welche günstigeren Verfahrensergebnisse zu erwarten gewesen wären, wären die behaupteten Verfahrensfehler nicht unterlaufen (RIS-Justiz RS0043039; 1 Ob 39/11h, 8 ObA 40/03w). Sämtliche erforderlichen Ausführungen dazu bleibt die Beklagte schuldig.

2. Tatsachen- und Beweisrüge:

Soweit die begehrten Feststellungen den getroffenen widersprechen, ist auf die vorstehenden Ausführungen zur Unbekämpfbarkeit der Beweiswürdigung und der aufgrund der unmittelbaren Beweisaufnahme getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu verweisen.

Dass der Kläger nur bis Ende Mai 2013 für die Beklagte gearbeitet habe, widerspricht der Feststellung, er habe mit 31. Juli 2013 gekündigt. Ebensowenig ist auf die Rekursausführungen einzugehen, warum das Erstgericht die Feststellung, der Kläger habe seinen Lebensunterhalt ausschließlich aus den Einkünften bei der Beklagten bezogen, nicht treffen hätte dürfen.

Da festgestellt ist, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, Berichte über seine Tätigkeit zu liefern, ist auch nicht ersichtlich, was sich die Beklagte von der begehrten Feststellung verspricht, der Kläger habe nur gelegentlich Namenslisten übergeben, aus welchen sich seine Vermittlungstätigkeit nicht nachvollziehen lassen habe.

Hinreichend festgestellt ist, dass der Kläger parallel zu seiner Handelsvertreterstätigkeit für die Beklagte mit einer eigenen Firma einen Direktvertrieb der LED-Leuchtmittel der Beklagten aufbauen wollte und damit scheiterte. Da die Beklagte ohnehin einräumt und das auch als ergänzende Feststellung begehrt, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, ausschließlich für die Beklagte zu arbeiten, ist nicht ersichtlich, was sie mit der ergänzenden Feststellung, er habe für diese Firma eine eigene E-Mail-Adresse sowie ein eigenes Büro in Bischofshofen gehabt, zu erreichen hofft. Die Beklagte wusste von der eigenen Firma des Klägers und brachte dazu selbst vor, den Kläger bei seinen Bestrebungen zum Aufbau eines Subvertreter-Vertriebssystems durch die Finanzierung von Annoncen, die Zurverfügungstellung der Geschäftsräumlichkeiten für Schulungszwecke sowie durch Musterkoffer unterstützt zu haben (ON 3).

Dem unbekämpfbar festgestellten Sachverhalt, der Kläger habe keine Einkünfte oder Erlöse aus dem geplanten Vertrieb erzielt, widerspricht die begehrte Feststellung, er habe vertragswidrig als Zwischenhändler Waren der Beklagten im eigenen Namen verkauft, Rechnungen gelegt und die Kaufpreise an sich selbst vereinnahmt. Die diesbezüglichen Rekursausführungen sind irrelevant.

Bleibt noch zu klären, ob das Erstgericht aus rechtlichen Überlegungen - das wäre dann allerdings als sekundärer Feststellungsmangel im Rahmen der Rechtsrüge geltend zu machen gewesen - Feststellungen zu den Unterschieden zwischen den beiden Vertragsverhältnissen (freies Dienstverhältnis, Handelsvertretervertrag) bzw zum Zeitpunkt des Wechsels treffen hätte müssen.

Dazu ist zu erwidern, dass der Kläger sein Begehren auf den Handelsvertretervertrag und die Bestimmungen des HVertrG stützt, sodass es auf den Inhalt des freien Dienstverhältnisses nicht ankommt. Dass der Handelsvertretervertrag mit 1. November 2012 abgeschlossen wurde, bringt der Kläger selbst vor und ist daher weder strittig noch spielt es für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit eine Rolle, ob das Handelsvertreterverhältnis drei Monate kürzer als das vom Erstgericht angenommene eine Jahr dauerte.

Soweit der Kläger in seiner Rekursbeantwortung die Feststellung bekämpft, er sei zur Ablieferung detaillierter Berichte verpflichtet gewesen, ist ebenfalls auf die Ausführungen zur Unbekämpfbarkeit der erstgerichtlichen Feststellungen zu verweisen. Festgestellt ist, dass keine Berichtspflicht bestand.

Zu den Kundenbesuchen ist bindend festgestellt, der Kläger habe sich diese frei eingeteilt und sei an keine Vorgaben gebunden gewesen. Die vom Kläger begehrte Feststellung, vertraglich sei der Besuch von Altkunden über Aufforderung provisionsfrei vorgesehen gewesen, besagt nichts, da es nach dem festgestellten Sachverhalt solche Aufforderungen nicht gab. Entscheidend ist, wie das Vertragsverhältnis gelebt wurde.

3. Rechtsrüge:

Rechtlich argumentiert die Beklagte damit, die persönliche Abhängigkeit sei ein wesentliches Kriterium bei arbeitnehmerähnlichen Arbeitsverhältnissen. Merkmale für die Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit seien die Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich (Arbeitszeiten, Arbeitsplatz etc), die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers, die persönliche Arbeitspflicht, die Kontrolle durch den Arbeitgeber, die lange Dauer einer ausschließlichen Tätigkeit für den Arbeitgeber sowie die wirtschaftliche Abhängigkeit. Das Erstgericht stütze seine Gesamtwürdigung nur auf zwei Teilaspekte, nämlich die Dauer der Tätigkeit und die wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers. Da die übrigen Merkmale nicht vorlägen, könne von einer Ausschaltung der persönlichen Bestimmungsfreiheit des Klägers

keine Rede sein. Abgesehen davon könne von einer langen Dauer laut Oberstem Gerichtshof nur bei einer zumindest 28-monatigen Tätigkeit gesprochen werden. Die Bestreitung des Lebensunterhaltes sei insofern kein entscheidendes Merkmal, da es dem Kläger freigestanden sei, auch eine andere Vertretung zu übernehmen. Auch ein Rechtsanwalt, der nur einen Großkunden habe, sei nicht arbeitnehmerähnlich.

Wie schon in erster Instanz vermengt die Beklagte nach wie vor zwei Begriffe. Während der Begriff der wirtschaftlichen Unselbständigkeit die arbeitnehmerähnliche Person vom wirtschaftlich selbständigen Unternehmer abgrenzt, wird die Abgrenzung zwischen einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis und einem Arbeitsverhältnis durch die Kriterien der für den Arbeitnehmer kennzeichnenden persönlichen Abhängigkeit (Weisungsgebundenheit, Eingliederung in den Betrieb, Kontrollunterworfenheit, disziplinierte Verantwortung, persönliche Arbeitspflicht) bestimmt. Liegen diese Kriterien vor, ist der zur Arbeit Verpflichtete ein Arbeitnehmer und keine arbeitnehmerähnliche Person. Liegen sie nicht oder nur in einer so stark abgeschwächten Form vor, dass mangels persönlicher Abhängigkeit die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses nicht erfüllt sind, dann kann bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit Arbeitnehmerähnlichkeit gegeben sein (RIS-Justiz RS0085516).

Für die Qualifikation einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit als Arbeitsrechtssache genügt iSd § 51 Abs 3 Z 2 ASGG das Vorliegen von Arbeitnehmerähnlichkeit. Sämtliche Ausführungen zur persönlichen Abhängigkeit gehen daher am Thema Arbeitnehmerähnlichkeit vorbei.

Die für und gegen die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses sprechenden Umstände sind nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu beurteilen (RIS-Justiz RS0085541, RS0050842). Ob eine Person als „arbeitnehmerähnlich“ anzusehen ist, darf nur nach der wirtschaftlichen Unselbständigkeit beurteilt werden; auf den Inhalt der ausgeübten Tätigkeit kommt es dabei nicht an. Daher kann auch die Tätigkeit als Steuerberater und Wirtschaftsberater in einer arbeitnehmerähnlichen Stellung ausgeübt werden. Kriterien für die Arbeitnehmerähnlichkeit sind insbesondere der Mangel einer eigenen Betriebsstätte, die längere Dauer der Beschäftigung, die in regelmäßigen Zeitabständen vorgenommene Honorierung; eine vorübergehende Nebenbeschäftigung für andere Personen schließt die Arbeitnehmerähnlichkeit nicht aus (RIS-Justiz RS0050835).

Die wirtschaftliche Unselbständigkeit manifestiert sich in einer Abhängigkeit von einem oder mehreren bestimmten, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmern (RIS-Justiz RS0086121). Arbeitnehmerähnlichkeit ist vor allem bei einer gewissen Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung gegeben, sofern die betreffende Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes (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 (RIS-Justiz RS0086136). Das entscheidende Merkmal der Arbeitnehmerähnlichkeit ist neben der wirtschaftlichen Abhängigkeit die Fremdbestimmung der Arbeit, das heißt der wirtschaftliche Erfolg muss dem Unternehmer zukommen, in dessen wirtschaftlicher Abhängigkeit sich die arbeitnehmerähnliche Person befindet (RIS-Justiz RS0050799). Bei Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit kommt es weder auf die rechtliche Natur des zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses noch auf die steuerrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder auf die sonstige wirtschaftliche Lage des Beschäftigten an. Entscheidend ist vielmehr, ob der betreffende Beschäftigte in Bezug auf seine Tätigkeit in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß eingeschränkt ist (RIS-Justiz RS0050822).

Von diesen Kriterien ausgehend ist im Fall des Klägers von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zu sprechen:

Der Kläger arbeitete regelmäßig für die Beklagte und bezog sein Einkommen allein von dieser in Form eines beträchtlichen monatlichen Fixums. Abgedeckt wurden auch die Pkw-Kosten mit einem nicht unerheblichen monatlichen Pauschalbetrag und dem Kläger stand ein Firmenhandy zur Verfügung. All diese Umstände zeigen, dass die Tätigkeit des Klägers für die Beklagte auf Dauer angelegt war; dass es frühzeitig durch Kündigung endete, ändert nichts an der faktischen wirtschaftlichen Abhängigkeit während des Bestehens des Vertragsverhältnisses.

Die Büroräumlichkeiten der Beklagten benützte der Kläger zur Zwischenlagerung seiner Unterlagen. Da er naturgemäß als Handelsvertreter im Auto zu Kunden unterwegs war, bedurfte es nicht eines dauernd zur Verfügung stehenden Büroarbeitsplatzes, sodass dessen Fehlen kein Ausschlusskriterium für eine Arbeitnehmerähnlichkeit darstellt. Die Rechtsnatur des Vertrages ist ebensowenig ausschlaggebend wie der Besitz eines eigenen Gewerbescheines. Keine Bedeutung hat deswegen auch, dass der Kläger für sein Fixum und seine Kfz-Pauschale Umsatzsteuer bezahlte.

Was die parallel geplante Direktvertriebsstruktur durch eine eigene Firma des Klägers betrifft, würde eine solche unter Einbindung der Beklagten mit deren Leuchtmitteln ausgeübte Nebentätigkeit kein tragfähiges Argument gegen die wirtschaftliche Unselbständigkeit sein, umso weniger kann es im vorliegenden Fall zutreffen, in welchem die Pläne scheiterten.

Wenn der Kläger keiner Berichtspflicht unterlag und auch seine Kundenbesuche frei gestalten konnte, spricht das gegen seine persönliche Abhängigkeit, hat aber nichts mit seiner wirtschaftlichen Unselbständigkeit zu tun. Der Kläger übte seine Verkaufstätigkeit nicht in einem selbständigen eigenen Betrieb aus, sondern sein wirtschaftlicher Erfolg kam der

Beklagten zugute. Sein unternehmerischer Spielraum war begrenzt.

Bei der gebotenen Gesamtabwägung hat das Erstgericht daher zu Recht die Arbeitnehmerähnlichkeit des Klägers und damit die Senatsbesetzung als Arbeitsgericht bejaht.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Es liegt ein Zwischenstreit über die Frage der Gerichtsbesetzung vor (RIS-Justiz RS0036009).

5. Der Revisionsrekurs ist aufgrund der Bestätigung des angefochtenen Beschlusses gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO jedenfalls unzulässig.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 12
Linz, 9. April 2014
Dr. Elisabeth Nagele, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG