

# TE OGH 1988/5/11 9ObA48/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.05.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Stefan Seper und Anton Tauber als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Parteien 1. Renate S\*\*\*, Angestellte, Wien 10., Franz-Koci-Straße 6/19/27, 2. Cäcilia G\*\*\*, Angestellte, Pöllau, Feldgasse 457, beide vertreten durch Dr. Georg Griesser, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei G\*\*\* Gesellschaft mbH (vormals J\*\*\* Cosmetics Vertriebsgesellschaft mbH), Wien 23., Eduard Kittenberger Gasse 56/9, vertreten durch Dr. Maximilian Eiselsberg und Dr. Dieter Natlacen, Rechtsanwälte in Wien, wegen 1. restlicher 101.962,- S brutto sA sowie Ausstellung eines Dienstzettels und eines Dienstzeugnisses (Interesse 6.000,- S) und 2. restlicher 106.495,94 S netto sA, infolge Rekurses der klagenden Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 4. November 1987, GZ 32 Ra 100/87-47, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 30. März 1987, GZ 7 Cga 170/84-40, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die beklagte Partei vertreibt ihre Produkte im Wege von Hautpflegeschulungen, die von den für sie tätigen Beraterinnen organisiert und abgehalten werden. Die Beraterinnen sind in Gruppen zusammengefaßt, die von Managerinnen geleitet werden. Aufgabe der Managerinnen ist es insbesondere, die Beraterinnen einzuschulen, zu betreuen, die Verbindung mit der Geschäftsleitung herzustellen und Informationen weiterzugeben sowie neue Beraterinnen zu gewinnen. Die Managerinnen werden von der beklagten Partei mit Dienstvertrag angestellt. Die Beraterinnen erhalten für die von ihnen erzielten Umsätze Provisionen, die Managerinnen für die Umsätze der ihnen unterstellten Gruppen Subprovisionen.

Der Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs

enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

".....

XV. Reisekosten- und Reiseaufwandsentschädigung

.....

#### 5. Reiseaufwandsentschädigung:

a) Für die Bestreitung des mit der Dienstreise verbundenen persönlichen Mehraufwandes für Verpflegung und Unterkunft erhält der Angestellte für jeden vollen Kalendertag eine Reiseaufwandsentschädigung. Diese besteht aus dem Taggeld und dem Nächtigungsgeld

.....

#### 9. Verfall von Ansprüchen:

Ansprüche im Sinne dieses Abschnittes müssen spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Beendigung der Dienstreise bzw. der vereinbarten oder aufgetragenen Vorlage des Fahrtenbuches bei sonstigem Verfall beim Arbeitgeber durch Rechnungslegung bzw. Vorlage des Fahrtenbuches geltend gemacht werden.

.....

#### Anhang

##### Gehaltsordnung

##### A) Allgemeiner Teil

.....

1. c) Bei vereinbarter Teilzeitbeschäftigung im Sinne der §§ 1 Abs.1 und 2 Abs.1 AngG ist der aliquote Teil der in den Gehaltstafeln dieses Kollektivvertrages festgesetzten Mindestgehaltsätze zu bezahlen. Das gleiche gilt für die Bemessung der Urlaubsbeihilfe und der Weihnachtsremuneration. Derartige Teilzeitbeschäftigungen fallen unter die Bestimmungen dieses Kollektivvertrages.

.....

d) Bei Platzvertretern mit Provision gelten die in den Gehaltstafeln angeführten Mindestgehälter der Beschäftigungsgruppe 3 und bei Reisenden mit Provision die Mindestgehälter der Beschäftigungsgruppe 4 als Durchschnittseinkommen der letzten 12 Monate.

.....

6. Als Berufsjahre für die Einstufung in die Gehaltstafeln gelten nur die Jahre der praktischen Angestelltentätigkeit sowie die Jahre der Tätigkeit als selbständiger Kaufmann. Lehrzeit oder die Lehrzeit gemäß F II j ersetzende 3 Angestelltendienstjahre fallen nicht darunter.

.....

##### D) Sonderzahlungen für Platzvertreter mit Provision und Reisende mit

##### Provision

.....

b) Platzvertreter und Reisende, mit denen nur Provisionen vereinbart sind, erhalten spätestens am 31. Dezember Sonderzahlungen in dem Ausmaß, als sie mit ihrem im abgelaufenen Kalenderjahr ins Verdienen gebrachten Provisionseinkommen einschließlich Urlaubsentgelt und allfälligem Krankenentgelt aber ausschließlich Überstundenentgelt das 14 fache des Durchschnittsatzes nach Beschäftigungsgruppen 3 bzw. 4 nicht erreicht haben.

.....

##### F) Beschäftigungsgruppenschema

.....

II.) Angestellte mit abgeschlossener Lehrzeit in einem kaufmännischen Lehrberuf sind in die ihrer Tätigkeit entsprechende Beschäftigungsgruppe (2 bis 6) einzustufen.

Die abgeschlossene Lehrzeit in einem der genannten

kaufmännischen Lehrberufe wird ersetzt: .....

.....

### Beschäftigungsgruppe 3

Angestellte, die auf Anweisung schwierige Tätigkeiten selbständig ausführen

a) im Ein- und Verkauf:

Erste Verkäufer

Verkäufer mit besonderen Fähigkeiten zB

a) Verkäufer, die regelmäßig selbständige Verkaufsgespräche in einer Fremdsprache führen, wobei in gemischtsprachigen Gebieten die heimischen Sprachen nicht als Fremdsprachen gelten

b) Verkäufer, bei deren Aufnahme Fremdsprachenkenntnisse gefordert werden

c) Fahrverkäufer, die neben der Zustelltätigkeit regelmäßig Verkaufsgespräche führen und inkassieren bzw. anstelle des Inkassos entsprechende Verkaufsabrechnungen durchführen. Verkäufer, die in einem Geschäft überwiegend allein tätig sind (auch dann, wenn sie einen Lehrling ausbilden) Ein- und Verkaufsangestellte im Drogengroßhandel Filialleiter, soweit sie nicht in eine höhere Beschäftigungsgruppe einzustufen sind

Platzvertreter ohne Provision

Platzvertreter mit Provision

.....

### Beschäftigungsgruppe 4

Angestellte mit selbständiger Tätigkeit

zB

a) im Ein- und Verkauf:

Erste Verkäufer mit selbständiger Einkaufsbefugnis Erste Sortimenter (Erste Verkäufer) im Buchhandel, die als solche aufgenommen oder ernannt worden sind oder denen ständig mehr als 5 gelernte Buchhändler unterstehen Filialleiter, die selbständig über Waren, Lagerhaltung und sonstige Betriebsmittel Verfügungen treffen, die Warenpräsentationen und/oder verkaufsfördernde Maßnahmen durchführen, zur selbständigen Preisgestaltung oder zur Preisgestaltung im Rahmen allgemeiner Richtlinien berechtigt sind und für die Abrechnung vereinnahmter Geldbeträge Sorge tragen. Reisende ohne Provision

Reisende mit Provision

....."

Die Erstklägerin war bei der beklagten Partei seit Februar 1979 als Beraterin und seit 1. Oktober 1979 als Beraterin und Managerin tätig. Seit 5. Juli 1983 ist sie Mitglied des Betriebsrates der beklagten Partei. Mit 15. November 1983 entzog die beklagte Partei der Erstklägerin einseitig die Tätigkeit als Beraterin. Die Zweitklägerin war seit 1. Juni 1979 als Beraterin und seit 1. Oktober 1980 als Beraterin und Managerin bei der beklagten Partei beschäftigt. Das Dienstverhältnis endete am 30. September 1983 durch eine von der Zweitklägerin ausgesprochene Kündigung. Die Erstklägerin begehrt - nach rechtskräftiger Abweisung eines Mehrbegehrens - noch 101.962,55 S brutto sA sowie Ausstellung eines Dienstzettels und eines Dienstzeugnisses. Sowohl auf die Tätigkeit als Beraterin als auch auf die als Managerin seien die Bestimmungen des Angestelltengesetzes anzuwenden. Zu den Aufgaben als Beraterin habe es gehört, Bestellungen entgegenzunehmen, diese Bestellungen an die beklagte Partei weiterzuleiten, die bestellte Ware an die Kunden zuzustellen und das Inkasso durchzuführen. Auf die Beraterinnen sei Druck ausgeübt worden, Umsätze zu erzielen; drei- bis viermal wöchentlich seien Hautpflegeschulungen abgehalten worden. Darüber hinaus sei die Tätigkeit der Managerin nicht von der der Beraterin zu trennen. Längere Zeit sei von der beklagten Partei sogar ein Eigenumsatz der Managerinnen von mindestens 10.000,- S monatlich verlangt worden. Dieser Eigenumsatz durch eigene Parties sei auch notwendig, weil von der beklagten Partei ein Mindestgruppenumsatz von monatlich 55.000,- S vorgeschrieben werde; bleibe der Umsatz darunter, würde keine Provision gezahlt. Während ihrer Urlaube und der

Bildungsfreistellung vom 12. September bis 17. September 1983 habe die beklagte Partei der Erstklägerin keine Zahlungen geleistet; unter Zugrundelegung der von der Erstklägerin davor durchschnittlich verdienten Provisionen ergebe sich aus diesem Titel eine Forderung von 21.579,55 S.

Seit 15. November 1983 hindere die beklagte Partei die Erstklägerin durch Entzug der Beraterinnentätigkeit am Verdienen von Eigenprovisionen. Auf Basis eines durchschnittlichen monatlichen Provisionsverdienstes aus Beraterinnentätigkeit im Jahre 1983 von 5.039,50 S und der auf Grund längerjähriger Erfahrung anzunehmenden Steigerung um 12 % auf 6.046,80 S im Jahre 1984 errechne sich die der Erstklägerin für die Zeit vom 15. November 1983 bis Mai 1984 gebührende Entschädigung mit 40.313 S.

Für den Zeitraum vom 1. Juni 1984 bis 30. September 1984 ergebe sich auf der Basis eines Provisionsdurchschnittes von November 1982 bis Oktober 1983 von 15.748,- S brutto monatlich ein weiterer Entschädigungsanspruch von 40.070,- S, wobei auf den Juni 6.900,- S, den Juli 9.516,- S, den August 12.070,- S und auf den September 11.584,- S entfielen (AS 41).

Ferner begehrt die Erstklägerin die Ausstellung eines in der Klage inhaltlich näher umschriebenen Dienstzettels und eines Zwischendienstzeugnisses (AS 123).

Die Zweitklägerin begehrt - nach rechtskräftiger Abweisung eines Mehrbegehrens - noch 106.495,94 S netto sA. Auf die von ihr überwiegend für die beklagte Partei ausgeübte Tätigkeit seien die Bestimmungen des Kollektivvertrages der Handelsangestellten Österreichs anzuwenden. Ab 1. Juni 1982 sei die Zweitklägerin in die Beschäftigungsgruppe 4 im 5. Berufsjahr der Gehaltstafel Allgemeiner Groß- und Kleinhandel einzustufen gewesen, was einem Nettogehalt von 6.195,50 S entspreche; mit Wirkung vom 1. Jänner 1983 sei das kollektivvertragliche Mindestgehalt auf 8.570,- S brutto bzw. 6.588,72 S netto erhöht worden. Für den Zeitraum von Juni 1982 bis September 1983 stehe der Zweitklägerin daher noch ein Nettobetrag von 69.307,70 S zu.

Nach den Bestimmungen des Punktes XV. des Kollektivvertrages begehrt die Zweitklägerin für die Jahre 1982 und 1983 an Reisediäten - nach Abweisung eines Mehrbegehrens - restliche 19.546,- (richtig 19.564,- S) netto.

Schließlich begehrt die Zweitklägerin den Ersatz der von ihr in der Zeit von Jänner 1983 bis September 1983 für Post, Porti, Inserate usw. aufgewendeten Spesen von 17.624,24 S. Die beklagte Partei beantragte Abweisung beider Klagebegehren. Die Beraterinnen seien nicht als Arbeitnehmerinnen zu qualifizieren. Sie seien nicht verpflichtet, für die beklagte Partei überhaupt oder in einem bestimmten Umfang durch Abhalten von Hauptpflegeschulungen tätig zu werden, allfällige Kundenbestellungen an die beklagte Partei weiterzuleiten oder sich an der Abwicklung des Auftrages zu beteiligen. Sie erhielten von der beklagten Partei keine Weisungen und seien völlig unregelmäßig und nach ihrem Belieben für die beklagte Partei tätig. Durchschnittlich organisierten sie nicht einmal monatlich eine Hauptpflegeschulung. Der Kontakt zwischen der beklagten Partei und der Geschäftsleitung werde durch die Managerinnen hergestellt. Zur besseren Versorgung mit Informationen, Mustern und Werbematerial würden etwa 7 Beraterinnen zu einer Gruppe zusammengefaßt. Die Mitglieder der Gruppe hätten die Möglichkeit, einmal monatlich beim Monatsmeeting einander zu treffen. Die Beraterinnen seien aber nicht zur Teilnahme verpflichtet. Hingegen sei die Managerin verpflichtet, das Meeting zu organisieren und selbst anwesend zu sein. Die Managerinnen hätten weiters zu festgesetzten Zeiten sowohl den Beraterinnen für Anfragen als auch ihren Vorgesetzten zur Verfügung zu stehen und seien an Weisungen der Vorgesetzten gebunden. Die Managerinnen seien daher im Gegensatz zu den Beraterinnen regelmäßig Arbeitnehmerinnen. Der monatliche Zeitaufwand einer Managerin betrage maximal etwa 25 Stunden. Auch wenn die Tätigkeit einer Managerin als kaufmännischer Dienst zu beurteilen sei, sei weder das Angestelltengesetz noch der Kollektivvertrag darauf anzuwenden, weil die vereinbarte und auch die tatsächlich geleistete Arbeitszeit weniger als ein Fünftel der Normalarbeitszeit betrage. Zwischen den Tätigkeiten einer Managerin und einer Beraterin bestünde kein Zusammenhang. Es würden Managerinnen beschäftigt, die keine Beraterinnentätigkeit ausübten, sowie eine Vielzahl von Beraterinnen, die keine Managerinnentätigkeit verrichteten. Als Managerin seien die Klägerinnen auf Grund eines Arbeitsvertrages für die beklagte Partei tätig geworden, als Beraterinnen hingegen fallweise nach Belieben auf Grund einer ihnen von der beklagten Partei eingeräumten Option. Die Klägerinnen seien weder verpflichtet gewesen, einen Gruppenmindestumsatz von wenigstens 55.000,- S noch einen Eigenumsatz von 10.000,- S monatlich zu erreichen. Eine Beraterin halte im Durchschnitt monatlich 1,5 Hauptpflegeschulungen ab (ON 8).

Die Erstklägerin habe während der Zeit ihres Urlaubes und der Bildungsfreistellung weiterhin die ihr als Managerin

zustehenden Subprovisionen und damit das Entgelt aus dem Dienstvertrag erhalten. Als Beraterin sei die Erstklägerin nicht Arbeitnehmerin gewesen und habe daher weder einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung noch auf Entschädigung. Da die Tätigkeit der Erstklägerin nicht dem Angestelltengesetz zu unterstellen sei, habe sie weder Anspruch auf Ausstellung des Dienstzettels noch eines Dienstzeugnisses. Die Zweitklägerin habe im Rahmen ihrer als Arbeitnehmerin erbrachten Managertätigkeit nur eine Gruppe zu betreuen gehabt und dafür in der Zeit vom 1. April bis 25. Juli 1983 lediglich insgesamt 10 Stunden aufgewendet. Damit sei weder das Angestelltengesetz noch der Kollektivvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, so daß den geltend gemachten Ansprüchen die Basis fehle. Überdies sei die Einordnung in die Beschäftigungsgruppe 4 des Kollektivvertrages unrichtig. Die Tätigkeit einer Managerin entspreche den Merkmalen für die Einordnung in die Beschäftigungsgruppe 3. Dies entspreche auch der weiteren Gliederung der Mitarbeiter der beklagten Partei, der der Betriebsrat zugestimmt habe. Die den Managerinnen übergeordneten regionalen Verkaufsleiter würden in Gruppe 4, der nationale Verkaufsleiter in Gruppe 5 eingeordnet.

Die Zweitklägerin habe es unterlassen, ihren angeblichen Anspruch auf restliches Gehalt näher zu detaillieren. Die Differenz zwischen den monatlich ausgezahlten Provisionen und dem kollektivvertraglichen Mindestgehalt sei wesentlich geringer als in der Klage behauptet. Die Zweitklägerin habe der beklagten Partei nie Reiseabrechnungen vorgelegt; die Reisen könnten sich nur auf die Tätigkeit als Kosmetikberaterin beziehen und seien daher nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses abzugelten. Darüber hinaus erhalte die Beraterin für ihre Reisetätigkeit pauschaliertes Kilometergeld. Der weitere Anspruch auf Bezahlung von Barauslagen sei überhaupt nicht detailliert. Die Reisespesen seien verfallen, weil die im Kollektivvertrag vorgesehene zweimonatige Forderungsfrist nicht eingehalten worden sei (AS 169).

Das Erstgericht gab dem Begehren der Erstklägerin mit einem Betrag von 101.962,55 S brutto sA sowie bezüglich der Ausstellung von Dienstzettel und Dienstzeugnis, dem der Zweitklägerin mit einem Betrag von 106.495,94 S netto sA statt und wies die Mehrbegehren (rechtskräftig) ab.

Es stellte neben dem eingangs wiedergegebenen noch folgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Bei einer Dienstverhinderung der Klägerinnen durch Urlaub, Krankenstand etc. blieb der Anspruch auf die Subprovisionen aus ihrer Tätigkeit als Managerinnen vereinbarungsgemäß aufrecht; eine Abgeltung des Ausfalles an Eigenprovisionen als Beraterinnen war nicht vorgesehen. Die Tätigkeit der Klägerinnen als Beraterinnen wurde als "freies Dienstverhältnis" ohne bestimmte Arbeitszeit, ohne feste Kundenlisten und ohne das Erfordernis eines bestimmten Mindestumsatzes vereinbart. Diese Beraterinnentätigkeit wird von Frauen häufig nebenberuflich oder neben der Tätigkeit als Hausfrau stundenweise ausgeübt und lediglich auf Provisionsbasis nach den erzielten Umsätzen entlohnt. Die Beraterinnen sind an das Produktions- und Vertriebsprogramm der beklagten Partei sowie an deren Preispolitik gebunden; eine Rabattgewährung ist ihnen verboten. Die Beraterinnen sind nicht verpflichtet, an Schulungstagen oder sonstigen von der zuständigen Managerin veranstalteten Beratungstreffen teilzunehmen. Es besteht weder ein Verbot von Nebenbeschäftigungen noch eine diesbezügliche Meldepflicht.

Als Managerinnen (Gruppenleiterinnen) hatten die Klägerinnen an Schulungsveranstaltungen der beklagten Partei teilzunehmen, waren gegenüber dem regionalen Verkaufsleiter sowie dem Vertriebsleiter für ganz Österreich weisungsgebunden, hatten regelmäßig Beratungstreffen mit den Kundenberaterinnen ihrer Gruppen durchzuführen und waren im übrigen, ebenso wie die Beraterinnen, an das Waren- und Preisprogramm der beklagten Partei gebunden. Zwischen der Tätigkeit der Managerin und der der Beraterin besteht eine enge Verbindung. Alle Managerinnen - ausgenommen die regionalen Managerinnen und der nationale Verkaufsleiter - üben auch die Tätigkeit einer Kundenberaterin aus.

Die Klägerinnen mußten, um den dienstlichen Erfordernissen nachzukommen, für beide Sparten je mindestens 10 Arbeitsstunden pro Woche aufwenden. Zeitweise, etwa wenn die Klägerinnen an firmeninternen Schulungen teilnahmen oder Schulungstreffen mit den Beraterinnen abzuhalten hatten, erreichte die wöchentliche Arbeitsbelastung 40 Stunden. Dieser Arbeitsaufwand war für die bei der beklagten Partei tätigen Managerinnen und Kundenberaterinnen üblich.

In der Zeit vom 1. Jänner 1983 bis 15. November 1983 bezog die Erstklägerin als Kundenberaterin eine Provision von insgesamt 65.002,19 S brutto, woraus sich ein Monatsdurchschnitt von 6.190,68 S brutto ergibt.

Die Zweitklägerin führte ein lückenloses Fahrtenbuch, das sie monatlich der beklagten Partei abgab. Unter Zugrundelegung der Tagesdiäten in den Jahre 1982 und 1983 von 203,- S bzw. 220,- S ergibt sich ein Anspruch der

Zweitklägerin aus diesem Titel von 19.546,- S (richtig 19.564,- S) netto.

Die übrigen "Feststellungen" des Erstgerichtes über den für das Urlaubsentgelt und das Entgelt während der Bildungsfreistellung der Erstklägerin maßgeblichen Provisionsdurchschnitt jeweils in den letzten 12 vorangegangenen Monaten, über die sich unter Annahme einer 12 %igen Umsatzsteigerung für Juni 1984 bis September 1984 ergebenden Umsätze der Erstklägerin, über die Differenz zwischen dem Mindestlohn in der Beschäftigungsgruppe 4, fünftes Berufsjahr des KV, und den Provisionsbezügen der Zweitklägerin im Zeitraum vom 1. Juli 1982 bis 30. September 1983 und über den Spesenaufwand der Zweitklägerin für Post, Porti, Inserate udgl. wurden im Wege einer nicht näher begründeten und durch keinerlei Beweisergebnisse gedeckten Übernahme der entsprechenden Klagebehauptungen getroffen. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß die Tätigkeit der Managerin und der Beraterin nicht zu trennen seien, und beide Klägerinnen bezüglich dieser Tätigkeiten den Bestimmungen des Angestelltengesetzes unterliegen. Für den einseitigen Entzug der Beraterinnentätigkeit habe die Erstklägerin Anspruch auf angemessene Vergütung. Die Einstufung der Zweitklägerin nach dem KV ergebe sich daraus, daß die Tätigkeit selbständig und mit Leitungsaufgaben verbunden sei.

Das Berufungsgericht gab der nur von der beklagten Partei erhobenen Berufung Folge, hob das Ersturteil auf und wies die Sache unter Rechtskraftvorbehalt an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß die inhaltliche Verschiedenheit der Tätigkeit einer Managerin und einer Beraterin keinen Schluß darauf zulasse, daß die Verknüpfung der beiden Verträge tatsächlich der Parteiabsicht entsprochen habe. Die Tätigkeit der Beraterin sei als freier Arbeitsvertrag zu qualifizieren, weil sie bezüglich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens nicht dem Weisungsrecht der beklagten Partei unterworfen sei. Was die Tätigkeit als Managerin betreffe, habe das Erstgericht keinerlei Feststellungen über den tatsächlichen Zeitaufwand getroffen, so daß nicht beurteilt werden könne, ob das Dienstverhältnis der Klägerin dem Angestelltengesetz und dem KV der Handelsangestellten zu unterstellen sei. Insbesondere werde auch der Inhalt der Vereinbarungen Beilagen C und 3 noch zu erörtern sein. Gegen diesen Beschluß richtet sich der Rekurs der klagenden Parteien wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Ersturteil wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist, soweit er sich gegen die Aufhebung des Ersturteils wendet, nicht berechtigt. Mit Recht bekämpfen die Rekurswerberinnen allerdings die vom Berufungsgericht ausgesprochene Rechtsansicht.

Wie der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen hat

(Arb. 9.972 = SZ 54/75 = DRdA 1982, 191 !Strasser = ZAS 1982, 10

!Tomandl; Arb. 10.005 = ZAS 1983, 29 !Wachter 4 Arb. 10.060;

Arb. 10.096 = DRdA 1985, 395 !Wachter; JBl. 1987, 332 ua), ist der

Arbeitsvertrag iS des § 1151 ABGB vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle - nicht notwendig auch in Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit - äußert (Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 121). Für den Arbeitsvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, welcher in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist, oder, wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt (Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht2 I 16). Im Gegensatz dazu steht der "freie Arbeitsvertrag" welcher zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit (Gschnitzer, Schuldrecht-Besonderer Teil 72; Koziol-Welser, Grundriß8 I 367) weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens verpflichtet (Spielbüchler aaO 17; Martinek-Schwarz Angestelltengesetz6 27 f;

auch Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht2 I 55; Krejci in Rummel, ABGB, Rz 83 zu § 1151; Schwarz-Löschnigg Arbeitsrecht3 105;

ausführlich zum freien Arbeitsvertrag Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405). Gerade die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet diesen "freien" ("unabhängigen") Arbeitsvertrag vom

("echten") Arbeitsvertrag iS des § 1151 ABGB

(Arb. 9.538 = EvBl. 1977/112 = ZAS 1978/53; Arb. 9.714; 9.772; 10.055; 10.060; 10.096; JBl. 1987, 332).

Mit der persönlichen Abhängigkeit ist regelmäßig eine wirtschaftliche Abhängigkeit verbunden, die aus dem Zwang resultiert, die Arbeitskraft laufend bereit zu stellen, um die Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer zu sichern. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist aber nicht das entscheidende rechtstechnische Kriterium der Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom freien Arbeitsvertrag (vgl. Martinek-Schwarz aaO 25). Die wirtschaftliche Abhängigkeit für sich allein steht der Annahme eines freien Arbeitsvertrages nicht entgegen (Arb. 9.714 mwN; Arb. 9.972; 10.055). Die den tieferen Grund für die Gewährung arbeitsrechtlichen Schutzes bildende wirtschaftliche Unselbständigkeit kann aber bei einem im Rahmen eines "freien Arbeitsverhältnisses" Tätigen - wenn überhaupt - nur in einem wesentlich geringeren Maß gegeben sein, als es für die Anwendung der spezifisch arbeitsrechtlichen Vorschriften notwendig ist (Wachter, ZAS 1983, 33). Wirtschaftliche Abhängigkeit kann somit einen wesentlichen Hinweis auf die persönliche Abhängigkeit bilden (Arb. 7.159; 6.782).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes lassen die Feststellungen des Erstgerichtes eher darauf schließen, daß die Klägerinnen schon bei Ausübung der Tätigkeit einer Beraterin allein, wie sie von ihnen vor ihrer Anstellung als Managerinnen verrichtet wurde, trotz gewisser Merkmale persönlicher Selbständigkeit in einem solchen Maß persönlich und wirtschaftlich von der beklagten Partei abhängig waren, daß ihr Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren war. Daß die Klägerinnen in bezug auf Arbeitszeit und Arbeitsort keinen Weisungen des Arbeitgebers unterworfen waren, lag im Wesen der vereinbarten Tätigkeit. Da die beklagte Partei ihre Waren nach dem sogenannten "Partysystem" vertreibt, wäre es gar nicht möglich gewesen, den Klägerinnen im einzelnen Weisungen darüber zu erteilen, wo und wann sie ihre Kundenbesuche durchzuführen habe. Einzelne konkrete Weisungen über die Art der Tätigkeit waren im Hinblick darauf nicht erforderlich, daß den Beraterinnen die Konditionen so weitgehend vorgegeben waren, daß sich die beklagte Partei mit einer laufenden Kontrolle der eingehenden Bestellungen, des eingehenden Kaufpreises und des Fahrtenbuches begnügen konnte. Beschränkten sich die Klägerinnen als Beraterinnen nicht darauf, nur gelegentlich und nebenberuflich für die beklagte Partei zu arbeiten, sondern stellten sie ihre Arbeitskraft vorwiegend oder ausschließlich in den Dienst der beklagten Partei, und nahm die beklagte Partei diese Tätigkeit lückenlos entgegen, dann konnte die beklagte Partei auf Grund dieses Verhaltens der Klägerinnen damit rechnen, daß ihr deren Arbeitskraft auch weiterhin kontinuierlich zur Verfügung stehen werde. Durch diese regelmäßige Tätigkeit wären die Klägerinnen auch schon als Beraterinnen in den Betrieb der beklagten Partei, soweit es für "Außendienstmitarbeiter" überhaupt typisch ist, organisatorisch weitgehend eingebunden gewesen (siehe die dieselbe beklagte Partei betreffende Entscheidung 9 Ob A 52/88).

Ab dem Zeitpunkt aber, als zur Beraterinnentätigkeit auch noch die Tätigkeit einer Managerin (Gruppenleiterin) hinzutrat, ließe der enge Zusammenhang dieser beiden Tätigkeiten darauf schließen, daß sie auf Grund eines einheitlichen Arbeitsvertrages geleistet wurden. Verfehlt sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Berufungsgerichtes für eine Trennung der Tätigkeiten, die Managerinnen seien ursprünglich als Beraterinnen allein eingesetzt worden. Dies läßt zwar den Schluß darauf zu, daß die Tätigkeit einer Beraterin nicht zugleich die Ausübung der übergeordneten Funktion einer Managerin erfordert, rechtfertigt aber keinesfalls den weiteren Schluß, auch die die Leitung, Kontrolle, Einschulung und Gewinnung von Beraterinnen umfassenden Tätigkeit einer Managerin sei ohne praktische Betätigung als Beraterin erfolgreich zu bewältigen. Zur Beurteilung dieser Fragen wären ergänzende Feststellungen zu treffen, inwieweit zur Einschulung der Beraterinnen nicht nur theoretische Unterweisungen, sondern auch praktischer Einschulungsunterricht bei einer von der Managerin im Rahmen ihrer eigenen Beraterinnentätigkeit organisierten Hautpfleges Schulung nötig war, und ob für die Managerinnen die laufende Konfrontation mit der Praxis im Rahmen ihrer eigenen Beraterinnentätigkeit erforderlich war, um ihren Ausbildungs- und Kontrollaufgaben gerecht zu werden. Ferner wäre auch zu prüfen, ob die Managerin ohne Abhaltung eigener Hautpfleges Schulungen ihrer weiteren Aufgabe, neue Beraterinnen zu gewinnen, gerecht werden konnte. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß es im Rahmen des Partyvertriebssystems üblich ist, auch den zu Managern mit Leitungsaufgaben aufgestiegenen Mitarbeitern die Erzielung von Eigenumsätzen vorzuschreiben (vgl. die zu einem ähnlichen Vertriebssystem für Geschirrssets ergangene Entscheidung 9 Ob A 201/87 sowie Beilage C, Punkt 5). Dies spricht zusätzlich für einen engen Zusammenhang der Managerinnen- und Beraterinnentätigkeit. Auch wenn man beide Tätigkeiten wegen der engen Verflechtung und der Unmöglichkeit einer gegenseitigen zeitlichen Abgrenzung als im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsvertrages erbracht ansieht, wären exakte Feststellungen über die von den Klägerinnen tatsächlich für beide

Tätigkeiten aufgewendete Arbeitszeit zur Beurteilung der Frage erforderlich, ob die in § 1 Abs.1 AngG genannte Mindestarbeitszeit insgesamt erreicht wurde. Bezüglich der Zweitklägerin wären diese Feststellungen auch im Hinblick auf die in Abschnitt A Punkt 1 c der Gehaltsordnung zum KV vorgesehene Aliquotierung des Mindestgehaltsatzes nötig. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß auch durch die fortgesetzte Entgegennahme von Arbeitsleistungen ein Arbeitsverhältnis iS des § 1151 ABGB begründet wird (Arb. 9.972; 10.096), so daß dann, wenn von der Zweitklägerin die Normalarbeitszeit nicht erreicht wurde, ein Teilzeitarbeitsverhältnis im Umfang der regelmäßig erbrachten und von der beklagten Partei entgegengenommenen Arbeitsleistungen als schlüssig vereinbart anzusehen wäre. Das erstinstanzliche Verfahren ist aber auch, hinsichtlich der Höhe der von den Klägerinnen geltend gemachten Ansprüche ergänzungsbedürftig.

Bemessungsgrundlage für das von der Erstklägerin geltend gemachte Urlaubsentgelt und das Entgelt für die Zeit der Bildungsfreistellung ist gemäß §§ 6 UrlG und 2 Abs.4 Generalkollektivvertrag vom 22. Februar 1978 bei Entgelten in Form von Provisionen der Durchschnitt der letzten 12 Kalendermonate vor Urlaubsantritt. Provisionen für Geschäfte, die ohne unmittelbare Mitwirkung des Arbeitnehmers zustande gekommen sind, sind jedoch in diesen Durchschnitt nur insoweit einzubeziehen, als für während des Urlaubs einlangende Aufträge aus derartigen Geschäften keine Provision gebührt. Analog zur Bestimmung des § 6 Abs.4 UrlG werden aus dem Beobachtungszeitraum Zeiten von Krankheit und Urlaub auszuscheiden sein (vgl. SZ 53/88). Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht daher Feststellungen über die von der Erstklägerin jeweils in den letzten 12 Monaten vor Antritt des Urlaubs bzw. Beginn der Bildungsfreistellung erzielten durchschnittlichen Einkünfte an Beraterinnenprovision zu treffen haben. In diese Einkünfte wird auch jener Teil der Prämien einzubeziehen sein, der in Abhängigkeit von der Höhe der aus Beraterinnentätigkeit erzielten Umsätze gewährt wurde. Nach denselben Grundsätzen wird die von der Erstklägerin begehrte Entschädigung für den einseitigen Entzug der Beraterinnentätigkeit zu bemessen sein. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, daß der Erstklägerin für November 1983 lediglich eine halbe Monatsprovision gebühren würde und daß die Ausdehnung für den Zeitraum 1. Juni 1984 bis 30. September 1984 in der Tagsatzung vom 29. Oktober 1984 um unterschiedliche Monatsbeträge auf Grund eines angeblichen Provisionsdurchschnitts - in Frage kommt nur die Provision aus Beraterinnentätigkeit - von 15.748,- S für die Zeit von November 1982 bis Oktober 1983 unschlüssig und nicht nachvollziehbar ist.

Ergänzungsbedürftig ist auch das Vorbringen der Zweitklägerin zum Anspruch auf Nachzahlung der Differenz zum kollektivvertraglichen Mindestgehalt. Insbesondere fehlt jedes Vorbringen über die der Zweitklägerin im Zeitraum vom 1. Juli 1982 bis 30. September 1983 insgesamt zugeflossenen Provisionen sowie über den zeitlichen Umfang der von ihr in diesem Zeitraum tatsächlich ausgeübten Beraterinnen- und Managerinnentätigkeit. Was die Einstufung betrifft, wird für die Zweitklägerin im Hinblick auf ihre strenge Weisungsgebundenheit und mangelnde Dispositionsbefugnis wohl die Beschäftigungsgruppe 3 "Angestellte, die auf Anweisung schwierige Tätigkeiten selbständig ausführen" und nicht die Beschäftigungsgruppe 4 "Angestellte mit selbständiger Tätigkeit" der Gehaltsordnung in Frage kommen (vgl. zum Begriff des Handlungsreisenden Jabornegg HVG 123). Schließlich ist der beklagten Partei darin beizupflichten, daß der von der Zweitklägerin für den Zeitraum von Jänner bis September 1983 geltend gemachte Spesenaufwand von 17.624,24 S bisher weder detailliert noch durch Vorlage der angebotenen Belege unter Beweis gestellt wurde. Dem Rekurs war daher, soweit er sich gegen die Aufhebung der erstgerichtlichen Entscheidung richtet, ein Erfolg zu versagen. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs.1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E14728

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00048.88.0511.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880511\_OGH0002\_009OBA00048\_8800000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>



© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)