

# Gibt es einen „freien“ Handelsvertreter?

Von Univ.-Ass. Dr. Georg Schima

## 1. Einleitung — Problemstellung

Der OGH vertritt in bereits ständiger Rsp<sup>1)</sup> folgende Auffassung: Neben dem *selbständigen* Handelsvertreter iSd § 1 HVG und dem unter das AngG fallenden *angestellten* Handelsvertreter gäbe es noch den Typus des „*freien Handelsvertreters*“. Dessen Arbeitsbedingungen würden zwar „so frei wie möglich“ gestaltet, er sei aber von dem meist einzigen Geschäftsherrn, auch bei nebenberuflicher Tätigkeit, wirtschaftlich abhängig und demnach in ähnlicher Weise wie ein Angestellter schutzbedürftig und mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit nicht Unternehmer oder Kaufmann.

Dieser freie Handelsvertreter, so der OGH, stehe in einem *freien Dienstvertrag*. Auf ihn seien jene arbeitsrechtlichen Normen anwendbar, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgingen und den sozial Schwächeren schützen wollten<sup>2)</sup>.

Damit wird eine Fülle von Zweifelsfragen aufgeworfen, von denen in erster Linie jener nachgegangen werden soll, welche Bewandnis es mit dem, vom OGH so geheimnisvoll unter dem Begriff „freier Vertreter“ zusammengefaßten Personenkreis wirklich hat.

Zu klären sein wird daher die Rechtsnatur des selbständigen Handelsvertreters und seine Abgrenzung zum angestellten HV sowie als wichtigstes die Frage, ob „dazwischen“ noch Raum für einen dritten Weg bleibt. Darüber hinaus erfordern es das gestellte Thema und die vom OGH gemachten Ausführungen, einige Bemerkungen zur *arbeitnehmerähnlichen Person* im allgemeinen und zur Arbeitnehmerähnlichkeit von Handelsvertretern im besonderen anzubringen.

## 2. Zur Rechtsnatur des selbständigen Handelsvertreters

Gem § 1 HVG ist selbständiger Handelsvertreter und nach § 1 Abs 2 Z 7 HGB Kaufmann, wer von einem anderen (Geschäftsherrn) mit der Vermittlung oder Abschließung von Handelsgeschäften oder überhaupt von Rechtsgeschäften über bewegliche Sachen, Rechte oder Arbeiten in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist, und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausführt.

Ganz ähnliches bestimmt der nur in der BRD geltende § 84 Abs 1 HGB, welcher außerdem den Begriff der „Selbständigkeit“ näher konkretisiert.

§ 30 Abs 2 HVG ordnet zudem die *subsidiäre* Anwendung der Bestimmungen des ABGB und des HGB auf das Rechtsverhältnis zw HV und Geschäftsherrn an. Welche Bestimmungen dies konkret sind, wird jedoch

nicht gesagt und bleibt daher der Auslegung durch Lehre und Jud überlassen.

Vorherrschend dürfte in Ö offenbar die Ansicht sein, daß in erster Linie die §§ 1002ff ABGB anzuwenden seien, da der Handelsvertreter Geschäfte für einen anderen vermittelt oder in dessen Namen abschließe, somit *besorge*<sup>3)</sup>.

Demgegenüber scheinen *Schönherr — Nitsche*<sup>4)</sup> davon auszugehen, daß die §§ 1151ff ABGB die *sedes materiae* für eine subsidiäre Heranziehung bildeten<sup>5)</sup>.

Die Rsp schwieg dazu bisher. Die einzige seit dem Krieg zu § 30 Abs 2 HVG ergangene und veröffentlichte Entscheidung<sup>6)</sup> befaßte sich lediglich mit der Anwendung des Art 8 Nr 11 4. EVHGB und des § 1016 ABGB auf den Mäklervertrag.

Bei der Klärung der Frage ist davon auszugehen, daß jenes Normenmaterial des ABGB (und HGB), welches überhaupt für die nähere Deutung der *Rechtsnatur*<sup>7)</sup> des Handelsvertretervertrages in Betracht kommt — und dies sind zugegebenermaßen wohl die Bestimmungen betreffend Dienst-, Werk- und Bevollmächtigungsvertrag —, selbst Überschneidungen und Unschärfen in der Abgrenzung aufweist.

So regeln etwa die §§ 1002ff ABGB drei voneinander streng zu trennende Begriffe, nämlich Auftrag, Ermächtigung und Vollmacht, und § 1151 Abs 2 ABGB erklärt die §§ 1002ff ausdrücklich für im Rahmen des Dienst- und Werkvertragsrechts anwendbar, sofern es sich um eine *Geschäftsbesorgung* handelt.

Das ABGB geht also offensichtlich vom Auftreten von *Mischformen* aus. Genau um eine solche handelt es sich beim selbständigen Handelsvertreter.

So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem — allerdings eher seltenen — *Abschlußvertreter Vollmacht* erteilt sein muß<sup>8)</sup>; andernfalls *könnte* er diese seine Aufgabe, nämlich den Geschäftsabschluß für seinen Geschäftsherrn, gar nicht wahrnehmen (vgl § 3 Abs 1 HVG). Unabhängig davon ist der HV aber nicht bloß ermächtigt, sondern *beauftragt*, dh im Innenverhältnis *verpflichtet*, sich um die Vermittlung bzw den Abschluß von Geschäften zu bemühen. Ihn trifft eine *Tätigkeitspflicht*, die sich als für den HV wesentypisch bereits aus dem

<sup>1)</sup> Andeutungsweise bereits in Arb 9315, Arb 9347; ähnlich Arb 9400; explizit dann in Arb 9945 und 10.025. In der E Arb 8030, welche zB von *Martinek — Schwarz*<sup>6)</sup>, AngG 27 als Belegstelle herangezogen wird, ist zwar einmal vom „freien Vertreter“ die Rede; es wird aber (zumindest in der veröffentlichten Fassung) nicht klar, was der OGH damit meint. Im zugrundeliegenden Fall verneinte er jedenfalls bloß ein *Arbeitsverhältnis*.

<sup>2)</sup> So ausdrücklich in der E Arb 10.025.

<sup>3)</sup> *Stanzl* in *Klang*<sup>2</sup> IV/1, 794; ebenso, allerdings ohne Begründung, *Strasser* in *Rummel* I Rdz 41 § 1002 ABGB.

<sup>4)</sup> HGB<sup>27</sup> 1164 Fn 2 zu § 30 HVG.

<sup>5)</sup> Freilich verweist § 1151 Abs 2 ABGB auf die Bestimmungen der §§ 1002ff, sofern mit der Dienstleistung oder der Ausführung des Werkes eine Geschäftsbesorgung verbunden ist.

<sup>6)</sup> SZ 44/21.

<sup>7)</sup> Außer acht gelassen werden sollen in diesem Zusammenhang sonstige *Rechtsinstitute* (zB Schadenersatz, ungerechtfertigte Bereicherung etc), deren prinzipielle Relevanz für das Rechtsverhältnis zw HV und Geschäftsherr keiner weiteren Erörterung bedarf.

<sup>8)</sup> Vgl dazu *Küstner*, Handbuch des gesamten Außendienstrechts I Rdz 146ff; *Brüggemann* in *Staub*<sup>4</sup> GK-HGB Rdz 25 § 84.

Merkmal des „ständigen Betrautseins“ iSd § 1 HVG bzw § 84 Abs 1 HGB ergibt<sup>9)</sup>.

Angesichts des weiteren Umstandes, daß die Vermittlung oder der Abschluß von Geschäften dem Vertragsgegenstand des Auftragsvertrages entspricht<sup>10)</sup>, ist die (subsidiäre) Inanspruchnahme der §§ 1002 ff ABGB für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zw selbständigem HV und Geschäftsherrn in der Tat zu bejahen. Damit kann aber noch keine abschließende Beurteilung getroffen sein.

Der selbständige Handelsvertreter schuldet nämlich, wie erwähnt, eine Tätigkeit, und zwar *Dienste* iSd § 1151 Abs 2 ABGB, die mit einer *Geschäftsbesorgung* verbunden sind. Das Handelsvertreterrecht ist somit *kein eigenständiges rechtliches Gebilde*, sondern *Teil des allg Dienstvertragsrechts* (des ABGB). Dies wird in der BRD bei diesbezügl gleicher Rechtslage anerkannt<sup>11)</sup>, wenn auch nicht immer begrüßt<sup>11a)</sup>. Die Normen betreffend den Werkvertrag scheiden aus, denn der HV schuldet *nicht* den *Vermittlungserfolg* als solchen, woran die Tatsache seiner regelmäßig erfolgsbezogenen Vergütung nichts ändert<sup>12)</sup>.

Freilich ist bei der Verwertung bundesdeutscher Erkenntnisse zu berücksichtigen, daß das BGB in seinen §§ 611 ff grundsätzlich auch den „freien Dienstvertrag“ regelt, wohingegen diese Rechtsfigur in Ö zwar allgemein anerkannt ist<sup>13)</sup>, aber ebenso anerkanntermaßen keine Ausformung im ABGB erfahren hat<sup>14)</sup>. Dieser Umstand kann jedoch nur bei der konkreten Prüfung der Anwendbarkeit einzelner Vorschriften betreffend den Dienstvertrag allenfalls zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Daß es den freien Dienstvertrag gibt, welcher sich vom abhängigen Arbeitsvertrag primär durch das Fehlen der für letzteren wesensbestimmenden *persönlichen Abhängigkeit* unterscheidet, steht ja außer Frage.

Die Unterscheidung zum Werkvertrag liegt dabei darin begründet, daß der Dienstverpflichtete keinen Erfolg

schuldet (daher auch nicht der Gewährleistung unterliegt), sondern vielmehr eine Mehrheit bloß *gattungsmäßig umschriebener* Leistungen<sup>15)</sup>, deren Konkretisierung in mehr oder weniger starkem Ausmaß dem Geschäftsherrn obliegt.

Genau dies ist beim selbständigen HV, welcher ja „ständig betraut“ ist, der Fall.

Die gesetzl Regelung des Auftragsvertrages, die typischerweise auf die Besorgung eines *Einzelgeschäftes* abstellt, berücksichtigt nicht den Charakter des Handelsvertretervertrages als Dauerrechtsverhältnis<sup>16)</sup> und kann *für sich* daher dessen Rechtsnatur nicht hinreichend erklären<sup>17)</sup>.

Mischformen zw Auftrags- und Dienstvertrag sind durchaus anerkannt und auch keineswegs selten anzutreffen. Dieser Überlegung trug § 1151 Abs 2 ABGB Rechnung<sup>18)</sup>.

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht, das Dienstvertragsrecht würde im Fall des selbständigen HV vom Auftragsvertragsrecht *verdrängt*, weil die Geschäftsbesorgung dem Rechtsverhältnis das *Gepräge* gäbe<sup>19)</sup>.

Der HV schuldet eben nicht den Erfolg als solchen, sondern die *ständige Bemühung* um diesen, und genau dieser Umstand eignet dem Dienst- und nicht dem Auftragsvertrag, woran die Tatsache, daß die Bemühung auf die Vornahme von Rechtsgeschäften gerichtet ist, nichts Entscheidendes zu ändern vermag. Genau das ist etwa auch beim als *Syndikus* arbeitenden Rechtsanwalt der Fall, der in der Rsp als „freier Dienstnehmer“ anerkannt ist<sup>20)</sup>. Das Nebeneinander von Auftrags- und Dienstvertragsrecht bereitet dort offenbar keine wesentlichen Schwierigkeiten.

Was nun das Kriterium der „Selbständigkeit“ iSd § 1 HVG anbelangt, so beinhaltet dieses in erster Linie die Freiheit von *persönlicher* Abhängigkeit. Dies muß ganz besonders betont werden, weil der OGH wirtschaftliche

<sup>9)</sup> *Küstner* I Rdz 164; *Brüggemann* aaO Rdz 20 § 84. Wenn der OGH behauptet, ein Vertreter, dem es ua überlassen bleibe, ob und wann er für seinen Geschäftsherrn tätig werde, sei selbständig erwerbstätig (ähnlich LG Wien Arb 2814; vgl dazu *Krejci* in *Rummel* I Rdz 72 § 1151 ABGB), so ist dies zumindest mißverständlich. Der HV iSd § 1 HVG kann nämlich keineswegs darüber entscheiden, ob er für seinen Prinzipal überhaupt tätig wird.

<sup>10)</sup> Dieser umfaßt Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen, nicht aber tatsächliche Verrichtungen (*Strasser* in *Rummel* I Rdz 40 § 1002; OGH EvBl 1953/136).

<sup>11)</sup> Vgl *Brüggemann* aaO Rdz 31 § 84.

<sup>11a)</sup> Vgl zB *Duden*, Kündigung von Tankstellenverträgen nach § 624 BGB, NJW 1962, 1328, welcher die Einordnung des HV in das Dienstvertragsrecht des BGB rechtspolitisch verfehlt findet und auf die anders geartete Rechtslage in der Schweiz verweist.

<sup>12)</sup> *Brüggemann* ebenda.

<sup>13)</sup> Vgl *Adler — Höller* in *Klang*<sup>2</sup> V, 160f, 376; *Ehrenzweig*, System<sup>2</sup> II/2, 477f; *Gschntzer*, Schuldrecht Bes Teil 72; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 117 ff; *Martinek — Schwarz*<sup>6</sup>, Ang 26 ff; *Schwarz — Löschnigg*<sup>2</sup>, Arbeitsrecht 105 f; *Koziol — Welser*<sup>7</sup> I, 346; OGH Arb 9972, 10.055, 10.060, 10.096; aA *Mayer — Maly*, Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, ZAS 1966, 2 ff.

<sup>14)</sup> Darüber, warum dies so kam, gehen die Meinungen auseinander. Vgl einerseits *Tomandl*, Wesensmerkmale 118, und andererseits *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, dRdA 1984, 412 Fn 69.

<sup>15)</sup> *Wachter*, dRdA 1984, 407 mwN; *Tomandl*, Wesensmerkmale 120f.

<sup>16)</sup> So für den im G nicht geregelten *Vertragshändler* ausdrückerl *Brüggemann* aaO Rdz 12 vor § 84. *Strasser* in *Rummel* I Rdz 37 § 1002 ABGB meint, der Auftrag könne Ziel- oder Dauerschuldverhältnis sein und nennt als Bsp den Hausverwaltervertrag. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht beigepllichtet werden. Dort, wo der „Auftrag“ als Dauerschuldverhältnis erscheint, wird das zu beurteilende Rechtsverhältnis nämlich regelmäßig auch ein (freies) Dienstverhältnis sein (so auch beim Hausverwaltervertrag, beim als Syndikus arbeitenden Rechtsanwalt usw).

<sup>17)</sup> Das HVG (vormals Handlungsagentengesetz), welches in seiner Textierung dem AngG über weite Strecken sehr ähnelt, ist denn auch ganz vom *Dauercharakter* des Rechtsverhältnisses geprägt.

<sup>18)</sup> *Krejci* in *Rummel* II Rdz 121 § 1151 ABGB.

<sup>19)</sup> *Strasser* in *Rummel* I Rdz 40 § 1002 ABGB will diese Rechtsfolge unter der angegebenen Voraussetzung allg bei Kombination von Dienst- und Auftragsvertrag eintreten lassen. *Krejci* in *Rummel* II Rdz 122 § 1151 ABGB nur dann, wenn die Geschäftsbesorgung mit einem *freien* Dienstvertrag gekoppelt ist. Andernfalls käme man mit der Teleologie des zwingenden Arbeitsrechts in Konflikt. AA *Adler — Höller* in *Klang*<sup>2</sup> V, 175 f, welche dem Dienstvertragsrecht den Vorzug auch im Fall des Vorliegens eines freien Dienstvertrages geben; ähnlich offenbar *Migsch*, ZAS 1967, 85.

<sup>20)</sup> Vgl OGH Arb 6087.

(finanzielle) und organisatorische Faktoren völlig miteinander vermischt (siehe unten).

### 3. Zur Abgrenzung zwischen selbständigem und angestelltem Handelsvertreter

Im Anschluß an das gerade Gesagte soll nun kurz erläutert werden, wie die Abgrenzung zw selbständigem HV iSd § 1 HVG und angestelltem HV nach § 1 AngG vorzunehmen ist.

Auszugehen ist davon, daß ein Unternehmer, welcher danach trachtet, seinen Vertrieb durch Einschaltung von *Absatzmittlern* zu organisieren, dies grundsätzl auf zwei Arten tun kann. Er kann entweder *eigene Arbeitnehmer* als Außendienstmitarbeiter einsetzen, welche bestimmte Gebiete bereisen und Kundenbesuche absolvieren oder er kann dieselbe Tätigkeit durch *selbständige Kaufleute*, Handelsvertreter, durchführen lassen, die zu ihm nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen. Im Einzelfall zu entscheiden, ob das eine oder das andere vorliegt, bereitet Lehre und Rsp manchmal allerdings nicht unbeträchtliche Schwierigkeiten.

Ganz herrschende Lehre und Jud ist es in Ö, daß die Parteien auf Grund der ihnen eingeräumten *Privatautonomie* alle denkbaren Sachverhalte in vertragliche Form zu fassen imstande sind, sich dabei nicht an die im G besonders geregelten *Vertragstypen* halten müssen und lediglich durch zwingendes Recht und die guten Sitten in ihrer Gestaltungsfreiheit beschränkt sind<sup>21)</sup>.

Nicht disponieren können die Parteien hingegen über die *rechtliche Qualifikation* des Vertrages. Ist dieser seinem *Inhalt* nach ein Dienstvertrag, dann kommt der Frage, ob die Parteien tatsächlich einen solchen schließen *wollten*, keine entscheidende Bedeutung zu<sup>22)</sup>. Insbesondere können die Parteien einen Vertrag, der *inhaltlich* einem bestimmten Typus entspricht, nicht durch *anderslautende Bezeichnung* in seiner rechtlichen Natur verändern<sup>23)</sup>.

Dies ist durchaus von praktischer Relevanz, weil der Vertreter häufig als „selbständiger Gewerbetreibender“, „Kaufmann“, „Unternehmer“ oder „umsatzsteuerpflichtig“ bezeichnet wird.

Maßgeblich ist also der *Parteiwille* nur insoweit, als er auf den *Vertragsinhalt* gerichtet ist<sup>24)</sup>.

Auch die in der BRD entwickelte „*Schwerpunkttheorie*“ zielt in dieselbe Richtung. Danach soll das Gesamtbild von *Vertragsgestaltung* und *Vertragshandhabung* verwertet und der Selbständigkeitsbegriff an Hand *objektiver Kriterien* untersucht werden<sup>25)</sup>.

<sup>21)</sup> Für alle *Gschnitzer* in *Klang* 2 IV/1, 16 ff; *Rummel* in *Rummel* I Rdz 15 ff § 859 ABGB; in der BRD vgl die allerdings nicht unkritische Stellungnahme von *Schwark*, Zum Verhältnis von schuldrechtlichen Vertragstypen und Vertragswirklichkeit, insbesondere beim Werklieferungsvertrag, *Rechtstheorie* 1978, 77 ff.

<sup>22)</sup> OGH Arb 9489.

<sup>23)</sup> *Tomandl*, Wesensmerkmale 75 ff; *Krejci* in *Rummel* II Rdz 68 § 1151 ABGB; OGH Arb 8777 = ZAS 1971, 138 mit Anm v *Krejci*.

<sup>24)</sup> *Tomandl*, Wesensmerkmale 77.

<sup>25)</sup> Vgl *Stolterfoth*, Die Selbständigkeit des Handelsvertreter 55 ff; *Brüggemann* aaO Rdz 7 ff § 84; *Küstner* I Rdz 13 ff.

Entscheidend für die Abgrenzung sind dabei nicht die im Vertrag gewählten Ausdrücke und Bezeichnungen, sondern der *materielle Gehalt der vertraglichen Beziehungen*<sup>26)</sup>.

Ebensowenig kommt es auf das äußere Auftreten des Handelsvertreter im Geschäftsverkehr an<sup>27)</sup>; dieser könnte andernfalls durch rein *faktisches* Verhalten und *vertragswidrig* seine *Rechtslage* umgestalten und zB für ihn günstige Rechtsfolgen herbeiführen (etwa Ausgleichsanspruch nach § 25 HVG), oder ungünstige vermeiden.

Allein dann, wenn das dem (geschriebenen) Vertrag zuwiderlaufende Auftreten des Vertreters gegenüber Kunden nach den für stillschweigende Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (vgl § 863 ABGB) als *konkludente Vertragsänderung* angesehen werden muß, kann dem Außenverhältnis Bedeutung zukommen<sup>28)</sup>. Nur unter diesen Kautelen trifft daher die erst jüngst geäußerte Ansicht des OGH zu, die *Nichterteilung vereinbarter Weisungen* könne ein Arbeitsverhältnis ausschließen<sup>29)</sup>.

Welche sind nun die von Lehre und Rsp herausgearbeiteten *Abgrenzungskriterien*, die in ihrer Gesamtheit den „materiellen Gehalt der vertraglichen Beziehungen“ bzw den „Vertragsinhalt“ bilden?

Genannt werden in erster Linie die folgenden Punkte (wobei ihr Vorhandensein auf Selbständigkeit, ihr Fehlen auf Arbeitnehmereigenschaft hindeutet): Eingeschränkte Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit, selbstverantwortliche Zeiteinteilung, Tragung von *Unternehmerrisiko*<sup>30)</sup>, mangelnde Einordnung in die betriebliche Organisation und Hierarchie, Tätigkeit für mehrere vertretene Unternehmen<sup>31)</sup>, uneingeschränkte Erlaubnis zur Aufnahme einer Nebentätigkeit etc.

Ohne im vorgegebenen Rahmen auf die einzelnen Abgrenzungskriterien näher eingehen zu können, soll immerhin eine Bemerkung zur *Weisungs(un)gebundenheit* des Handelsvertreter gemacht werden, weil dieses Merkmal fast stets in den einschlägigen Entscheidungen auftaucht.

An Weisungen gebunden ist regelmäßig auch der selbständige Handelsvertreter; ja diese können sogar eine beachtliche Intensität erreichen<sup>32)</sup>.

<sup>26)</sup> Vgl die Nachweise bei *Küstner* I Rdz 15; in eine ähnliche Richtung geht zB die E des LGZ Linz (Arb 9416), in der gesagt wird, für die Abgrenzung zw selbständigem und angestelltem HV sei der *wirtschaftliche Sachverhalt* entscheidend und die Vertragskonstruktion nur ein, wenn auch wichtiges, Indiz; aA noch LGZ Wien (Arb 4849), wonach im Zweifel die *Parteienabsicht*, also offenbar die vertragliche Ausgestaltung relevant sei.

<sup>27)</sup> Für alle *Stolterfoth* aaO 55 f; *Brüggemann* aaO Rdz 14 § 84.

<sup>28)</sup> Ähnlich *Brüggemann* aaO Rdz 14 § 84.

<sup>29)</sup> OGH ZAS 1986, 118 ff (Sensal) mit krit Komm von *Dusak*.

<sup>30)</sup> Dies äußert sich va in einer rein erfolgsbezogenen Bezahlung, Tragung der Betriebskosten durch den HV und Nichtabsicherung gegen Einnahmenausfall bei Krankheit und Verschlechterung der Marktlage (vgl *Brüggemann* aaO Rdz 10 § 84; *Stolterfoth* aaO 78 ff mwN; Arb 9416).

<sup>31)</sup> Wenn sie gegeben ist, kann sie für den selbständigen HV als geradezu typisch bezeichnet werden (*Brüggemann* aaO Rdz 11 § 84).

<sup>32)</sup> Beim Abschlußvertreter eine größere als beim Vermittlungsvertreter (BGH VersR 1960, 414; *Brüggemann* aaO Rdz 20 § 86).

Insbes werden dem selbständigen HV bestimmte *Vorgaben* bekanntgegeben, *ergebnisorientierte* Weisungen erteilt. So ist es selbstverständlich, daß dem HV Richtlinien der Vertriebspolitik<sup>33)</sup> mitgeteilt werden, er zB verpflichtet wird, ein bestimmtes Produkt seines Geschäftsherrn vorübergehend besonders zu forcieren.

Nur insoweit, als die Weisungen das *persönliche Verhalten* des Vertreters, das *Wie* bei der Ausführung seiner geschuldeten Tätigkeit betreffen (zB Festlegung einer Reihenfolge für die Durchführung der Kundenbesuche), indizieren sie fehlende Selbständigkeit iSd § 1 HVG und damit *persönliche Abhängigkeit*<sup>34)</sup>.

#### 4. Der „freie“ Handelsvertreter als Zwischenstufe?

Wie bereits eingangs referiert, ist der OGH der Ansicht, es gäbe „im Rahmen des allgemeinen Begriffes des freien Dienstvertrages“ einen „freien“ Handelsvertreter, welcher gewissermaßen *zwischen* selbständigem und angestelltem HV angesiedelt sei (siehe oben 1.).

Zunächst ist auf die Bemerkung des OGH einzugehen, die Existenz des „freien“ Vertreters sei „anerkannt“<sup>35)</sup>. Eine Durchsicht der zur Untermauerung dieser Behauptung angeführten Belegstellen ergibt, daß sie ganz gewiß nicht das Bild einer „anerkannten“ Rechtsfigur zu vermitteln vermögen. Teilweise wird eigene Vorjudikatur zitiert, welche überdies dezidierte Aussagen vermissen läßt, teilweise enthalten die Belegstellen überhaupt keine einschlägige Aussage<sup>36)</sup> oder geben bloß eine entsprechende OGH-Entscheidung wieder<sup>37)</sup>. Allein *Martinek — Schwarz*<sup>38)</sup> scheinen der Praxis des OGH offenbar Sympathie entgegenzubringen<sup>39)</sup>.

„Anerkannt“ ist somit einzig der freie Dienstvertrag. In einem solchen steht aber — wie oben (2.) dargelegt — auch der selbständige Handelsvertreter des § 1 HVG, sodaß nicht ersichtlich ist, worin sich der „freie“ Handelsvertreter von ersterem unterscheiden soll. Die Mischung mit auftragsrechtlichen Elementen eignet ebenfalls beiden<sup>40)</sup>.

Der Fehler in der Argumentation des OGH liegt zum einen darin, daß er den Normen des HVG fälschlicherweise *vertragstypenrechtliche Eigenständigkeit* beimißt und dabei übersieht, daß diese — wozu es des § 30 Abs 2 HVG gar nicht bedurft hätte — in das allg Vertragsrecht des ABGB eingebettet sind<sup>41)</sup>.

Zum anderen dürfte der OGH offenbar angesichts der sozialen Situation mancher „Nebenerwerbsvertreter“<sup>42)</sup> dazu tendieren, ihnen erhöhten Schutz angedeihen zu lassen. Hierbei werden *wirtschaftliche* Umstände, wie die typische Abhängigkeit von *einem* Auftraggeber oder das Fehlen eigener Räumlichkeiten dazu herangezogen, gleich eine (vermeintlich!) eigene *Rechtsfigur* zu schaffen.

Dies ist verfehlt. Derartige Sachverhalte sind für die Prüfung der *Arbeitnehmerähnlichkeit* durchaus von Relevanz (siehe unten 5.), nicht aber für die *rechtliche Qualifikation* der zw den Parteien bestehenden Beziehungen.

Ganz abgesehen davon handelt es sich beim „freien“ Vertreter eben gar nicht um etwas rechtlich Eigenständiges, weil — wie gesagt — auch der selbständige HV in einem freien Dienstverhältnis steht. Auch die in der Praxis zugebenermaßen festzustellende *Überschneidung* der den selbständigen und den angestellten Handelsvertreter charakterisierenden Kriterien kann die Kreation des „freien“ Vertreters allenfalls erklären, aber nicht rechtfertigen<sup>43)</sup>. Zur Bewältigung dieser Schwierigkeiten, die immer dann auftreten, wenn *Typusbegriffe* gegeneinander abgegrenzt werden müssen, haben Lehre und Rsp schließlich einigermassen taugliche Instrumentarien entwickelt.

Zwischen dem selbständigen und dem persönlich abhängigen angestellten Vertreter ist somit kein Raum für die vom OGH geschaffene Figur.<sup>43a)</sup>

Ganz unverständlich ist es schließlich auch, wenn der OGH dem „freien“ Vertreter die *Unternehmer- und Kaufmannseigenschaft* abspricht.

Dies steht mit zwingendem Recht in Widerspruch, da § 1 Abs 2 Z 7 HGB die Kaufmannseigenschaft unabhängig vom Ausmaß der wirtschaftlichen Potenz des Betreffenden eintreten läßt<sup>44)</sup>.

Wird die persönliche Abhängigkeit verneint und liegen die sonstigen von § 1 HVG aufgestellten Bedingungen vor, so *ist* der Betreffende Kaufmann, wobei die „Selbständigkeit“ des § 1 HVG sich eben aus dem Fehlen der persönlichen Abhängigkeit ergibt und insoweit *nicht gesondert* geprüft werden muß. Auf gar keinen Fall darf sie mit der „wirtschaftlichen Unselbständigkeit“ des § 2 Abs 1 Satz 1 AbGG (bzw § 51 Abs 3 Z 2 ASGG) durch-einandergebracht werden (siehe unten 5.).

Sehr wohl möglich ist es allerdings, daß jemand, der Handelsvertretertätigkeiten *ohne* die für einen AN notwendige persönliche Abhängigkeit verrichtet, damit nicht „ständig betraut“ iSd § 1 HVG ist. Diesen Personenkreis trifft idR dann auch *keine Tätigkeitspflicht*; allein er fällt *weder* unter das HVG *noch* unter das AngG. Zu denken ist etwa an nebenberufliche Versicherungsvertreter, die für jeden geworbenen Bekannten eine Prämie

<sup>33)</sup> Vgl *Brüggemann* aaO Rdz 9 § 84, Rdz 19ff § 86.

<sup>34)</sup> Über den Umfang zulässiger Weisungen beim selbständigen HV ausführlich *Brüggemann* aaO Rdz 9 § 84, Rdz 19ff § 86; *Küstner* I Rdz 210ff; *Tomandl*, Wesensmerkmale 85f.

<sup>35)</sup> So in Arb 9945 und Arb 10.025.

<sup>36)</sup> So bei *Beuthien — Wehler*, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, 2ff.

<sup>37)</sup> So *Zedtwitz*, HVG<sup>2</sup> 15f.

<sup>38)</sup> Ang<sup>3</sup> 32f.

<sup>39)</sup> Zurückhaltend, aber zumindest nicht ablehnend offensichtlich auch *Schwarz — Löschnigg*<sup>2</sup> aaO 130f.

<sup>40)</sup> Gelegentlich sprach die Jud vom freien Vertreterverhältnis als einem „Auftrags- oder sonstigem Rechtsverhältnis“ (LGZ Wien SozM I A/e 152); so heute noch *Martinek — Schwarz*<sup>6</sup>, AngG 37.

<sup>41)</sup> Vgl FN 11.

<sup>42)</sup> Tatsächlich war der Vertreter in der E Arb 9945 im Hauptberuf Berufsoffizier, in der E Arb 10.025 Lehrer.

<sup>43)</sup> Vgl *Martinek — Schwarz*<sup>6</sup>, AngG 37f.

<sup>43a)</sup> Vgl *Migsch*, ZAS 1967, 86f, welcher, in etwas anderem Zusammenhang, der Schaffung einer „gesonderten Gruppe arbeitnehmerähnlicher Vertreter“ eine Absage erteilt.

<sup>44)</sup> Die für Vollkaufleute geltenden strengeren Regeln sind dann natürlich unanwendbar.

beziehen, ohne daß sie verpflichtet sind, tätig zu werden<sup>45)</sup>.

Freilich ist in einem solchen Fall überhaupt das Vorliegen eines Dienstverhältnisses (also auch eines „freien“) zu verneinen, weil der Betreffende zu überhaupt nichts verpflichtet ist. An dieser Tatsache scheitert auch die Anwendung von Auftragsvertragsrecht; es handelt sich vielmehr um eine bloße *Ermächtigung*, ein reines *Dürfen im Innenverhältnis*<sup>46)</sup>.

Was ist nun die praktische Konsequenz der hier vertretenen Ansicht, daß es den vom OGH kreierten „freien“ Vertretern (zumindest in der von ihm begriffenen Ausprägung) nicht gibt?

Tendenziell ist die Auffassung „rechtsschutzneutral“, dh aus ihr kann für sich allein weder eine Verstärkung noch eine Verringerung des rechtlichen Schutzes jenes Personenkreises abgeleitet werden, den der OGH unter den Begriff des „freien“ Vertreters subsumiert.

Ein Teil der aufgetretenen Fälle (nicht unbedingt die Mehrheit) muß zwar ohne Zweifel als Handelsvertreter iSd § 1 HVG qualifiziert werden<sup>47)</sup>, doch wird man den anderen Teil ohne allzu große Schwierigkeiten der Gruppe der persönlich abhängigen AN zuschlagen können. Freilich wird dies eine gewisse Überdenkung der bisher überwiegend vertretenen Position zur *persönlichen Abhängigkeit* im allgemeinen und bei Handelsvertretern im speziellen erfordern.

Freie Einteilung der Arbeitszeit und Fehlen eines Fixums *alleine* scheinen mir zB nicht ausreichend zu sein, diese zu verneinen<sup>48)</sup>.

Es sollte vielmehr auch bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit stärker auf die *Art* der geschuldeten Tätigkeit abgestellt werden.

Die Besonderheiten des Vertreterberufes (Kundenbesuche!) bringen es zB mit sich, daß dem Vertreter eine recht weitgehende *Zeitsouveränität* eingeräumt wird, so daß die (Nicht-)Einhaltung einer fixierten Arbeitszeit als geeignetes Abgrenzungskriterium mE überhaupt eher ausscheidet.

##### 5. Die Arbeitnehmerähnlichkeit von Handelsvertretern:

Abschließend seien noch einige Bemerkungen zur Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit von Handelsvertretern gemacht, da dieser Problembereich in den eingangs (FN 1) zitierten OGH-Entscheidungen explizit oder unausgesprochen von zumindest mitentscheidender Bedeutung war.

Analysiert man nämlich die vom OGH getroffene Begriffsbestimmung des „freien“ Handelsvertreters, so muß man zu der Auffassung gelangen, daß damit eigentlich eine Erscheinungsform der *arbeitnehmerähnlichen*

*Person* umschrieben und mit eigener *rechtlicher* Qualifikation ausgestattet wurde.

So soll dieser „freie“ Handelsvertreter „von dem meist einzigen Geschäftsherrn ... *wirtschaftlich abhängig* und *demnach* in ähnlicher Weise wie ein Angestellter schutzbedürftig sein“. Weiters sei der „freie“ Handelsvertreter mangels *wirtschaftlicher Selbständigkeit* nicht *Unternehmer* oder *Kaufmann*<sup>49)</sup>.

Diese Argumentation ist geradezu ein Musterbeispiel für eine unzulässige Vermischung streng voneinander zu trennender Begriffe.

Der OGH ist also der Meinung, jemand der (bloß) wirtschaftlich abhängig sei, wäre ähnlich schutzbedürftig wie ein AN, und er vertritt weiters die Ansicht, eine arbeitnehmerähnliche Person (denn dieser mangelt die „wirtschaftliche Selbständigkeit“) könne nicht „Unternehmer“ oder „Kaufmann“ sein.

Beides ist unrichtig.

Daß eine Person auf die Einkünfte aus der betreffenden Tätigkeit zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes *angewiesen* ist<sup>50)</sup>, macht sie noch nicht in gleichem oder ähnlichem Maße schutzbedürftig wie ein AN, wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß zahlreiche für AN geltende (Schutz-)Bestimmungen auch oder sogar primär wegen der *typischerweise* gegebenen (und daher in concreto nicht gesondert zu prüfenden) *wirtschaftlichen Abhängigkeit* eingeführt wurden (man denke zB an den Kündigungsschutz<sup>51)</sup>). Zu berücksichtigen ist die wirtschaftliche Abhängigkeit als wichtige Komponente der wirtschaftlichen Unselbständigkeit<sup>52)</sup> aber bei der Prüfung der Arbeitnehmerähnlichkeit. Dies wird beim OGH in keiner Weise deutlich.

Entgegentreten ist schließlich entschieden der Ansicht, jemand der *wirtschaftlich unselbständig* (dh arbeitnehmerähnlich) sei, könne nicht *Unternehmer* oder *Kaufmann* sein.

Das eine hat vielmehr mit dem anderen nichts zu tun. Nach ganz herrschender Ansicht ist die Arbeitnehmerähnlichkeit vom zugrundeliegenden *Rechtsverhältnis* *losgelöst*<sup>53)</sup>. Ebenso wenig kommt dem Umstand Bedeutung zu, ob der Betreffende *Kaufmann* oder steuer- und so-

<sup>49)</sup> Arb 9945, 10.025.

<sup>50)</sup> So wird wirtschaftliche Abhängigkeit als *finanzielle Komponente* der wirtschaftlichen Unselbständigkeit überwiegend verstanden (Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person 77 f, 139 ff; Spielbüchler in Floretta — Spielbüchler-Strasser<sup>2</sup> I 26; Tomandl, Metamorphose des Dienstnehmerbegriffes — Sacherfordernis oder Gelegenheitsjudikatur, GedS Gschnitzer 436; Herschel, Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, 1187; Falkenberg, Freier Mitarbeiter — Arbeitnehmer — arbeitnehmerähnliche Person, DB 1969, 1412; so auch OGH Arb 5902, 7641, 8102, 9315, 9518, 9747).

<sup>51)</sup> Vgl Krejci in Rummel II Rdz 63 § 1151 ABGB; Spielbüchler in Floretta — Spielbüchler — Strasser<sup>2</sup> I, 3; Wachter, Wesensmerkmale 83 f; Bydlinski, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht 16.

<sup>52)</sup> Daß die wirtschaftliche Unselbständigkeit auch einen *organisatorischen* Aspekt aufweist, betont zu Recht Wachter, Wesensmerkmale 76 f, 142 f; kritisch Tomandl, GedS Gschnitzer 436; Tomandl, Wesensmerkmale 59 ff.

<sup>53)</sup> Wachter, Wesensmerkmale 47 f, Tomandl, GedS Gschnitzer 436; ganz besonders deutlich OGH Arb 9518.

<sup>45)</sup> Ob dies auf die vom OGH in Arb 9945, 10.025 entschiedenen Fälle zutrifft, kann nach dem (veröffentlichten) Sachverhalt nicht beurteilt werden. Ganz unwahrscheinlich ist es aber nicht.

<sup>46)</sup> Vgl dazu Gschnitzer, Schuldrecht Bes Teil 100; Stanzl in Klang<sup>2</sup> IV/1, 768 f; Strasser in Rummel I Rdz 3 f § 1002 ABGB; Koziol — Welser<sup>7</sup> I, 153.

<sup>47)</sup> Damit ist über die Arbeitnehmerähnlichkeit noch nicht das geringste ausgesagt (vgl unten 5.).

<sup>48)</sup> Vgl etwa Arb 9400.

zialversicherungsrechtlich als selbständiger Gewerbetreibender qualifiziert wird.

Auch ein iSd § 1 HVG selbständiger und damit ex lege (§ 1 Abs 2 Z 7 HGB) Kaufmannseigenschaft besitzender Handelsvertreter kann *arbeitnehmerähnlich* sein<sup>54)</sup>.

Damit im Zusammenhang wäre der OGH auch gut beraten, endlich die Ansicht aufzugeben, Personen, welche ihre Tätigkeit in einem eigenen *Unternehmen* organisiert hätten, könnten nicht *arbeitnehmerähnlich* sein<sup>55)</sup>.

Mit der Einführung des rechtlich nirgendwo definierten Begriffes des „Unternehmens“ ist überhaupt nichts gewonnen<sup>56)</sup>. Außerdem kann ein Unternehmen als *rechtlich-organisatorischer* Begriff, als „selbständig organisierte Erwerbsgelegenheit“<sup>57)</sup> auch bloß aus einem Schreibtisch, einem Telefon und einer Kundenkartei oder überhaupt nur aus einer guten Idee und jemandem, der sie ausführt, bestehen.

<sup>54)</sup> *Krejci* in *Rummel* II Rdz 91 § 1151 ABGB; OGH SZ 22/66; EvBl 1980/166. Plastisches Bsp in der Rsp sind die *Tankstelleninhaber*, die vom OGH regelmäßig (vgl. Arb 8159, 9466, 9887) als *arbeitnehmerähnlich* qualifiziert wurden. An ihrer Kaufmannseigenschaft kann wohl kein Zweifel bestehen.

<sup>55)</sup> Arb 5072, 6138, 8270, 9043, 9315, 9347.

<sup>56)</sup> Ablehnend auch *Wachter*, Wesensmerkmale 182; *Harmos*, ZAS 1966, 26; aA *Wetscherek*, ZAS 1967, 187.

<sup>57)</sup> Vgl für alle *Strasser* in ArbVG HandKomm 204f; Duden, Mitbestimmung und Kapitalbeteiligung, FS Ballerstedt 23 und für den Bereich der Betriebswirtschaftslehre *Wöhe*<sup>14)</sup>, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre 12ff.

Beim OGH scheint demgegenüber die Vorstellung vorzuherrschen, ein „Unternehmen“ müsse ein beträchtliches *materielles* und *personelles Substrat* aufweisen<sup>58)</sup>. Anders ist die dargestellte Auffassung nicht erklärbar.

## 6. Ergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, daß es den „freien“ Handelsvertreter, der laut OGH zw selbständigem und angestelltem Vertreter anzusiedeln und weder „Kaufmann“ noch „Unternehmer“ ist, in Wahrheit *nicht gibt*.

Das zw Geschäftsherrn und selbständigem Handelsvertreter (§ 1 HVG) bestehende Rechtsverhältnis ist als *freier Dienstvertrag* zu qualifizieren, der mit Elementen des *Auftrags-* bzw (bei Abschlußvertretern) des *Bevollmächtigungsvertrages* gemischt ist.

Personen, welche, ohne persönlich abhängig zu sein, mit Vertretertätigkeiten nicht „ständig betraut“ iSd § 1 HVG sind, sondern ohne Tätigkeitspflicht *gelegentlichweise* tätig werden, stehen auch in keinem freien Dienstverhältnis, sondern sind vom Geschäftsherrn *ermächtigt* (mit oder ohne Vollmacht).

*Arbeitnehmerähnlich* kann auch ein selbständiger Handelsvertreter nach § 1 HVG sein, wobei es auf die Kaufmanns- oder Unternehmereigenschaft nicht ankommt.

<sup>58)</sup> Ebenso offenbar bei *Wetscherek*, ZAS 1967, 187.