

# Keine vorläufige Vollstreckbarkeit (§ 61 ASGG) für arbeitnehmerähnliche Personen?

Von RAA Dr. Georg Schima, Wien

*In einer kürzlich ergangenen Entscheidung verneinte der OGH die Anwendbarkeit des § 61 ASGG auf arbeitnehmerähnliche Personen.*

*Im folgenden Beitrag wird aufgezeigt, daß diese Ansicht weder mit der reinen Wortinterpretation noch mit dem Sinn und Zweck von § 61 ASGG begründet werden kann.*

## 1. Problemstellung

Der OGH befand jüngst in einer E<sup>1)</sup>, daß die Vorschrift des § 61 ASGG betreffend die vorläufige Vollstreckbarkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Ansprüche nicht für arbeitnehmerähnliche Personen gelte.

Begründet wurde diese Ansicht damit, daß sich aus der im ASGG, insbesondere in § 51 Abs 3 Z 2 ASGG verwendeten Terminologie ergäbe, daß der Gesetzgeber bei Verwendung des Wortes „Arbeitnehmer“ in Anbetracht der zuletzt genannten Bestimmung auch arbeitnehmerähnliche Personen meinen könne, bei Verwendung des Wortes „Arbeitsverhältnis“ hingegen nur ein solches iSd §§ 1151ff ABGB. Der OGH stützte sich in der zitierten E auf Kuderna<sup>2)</sup> und verwies darauf, daß das übrige, zu § 61 ASGG bisher ja recht reichhaltige Schrifttum<sup>3)</sup> die Frage noch nicht behandelt hätte, woraus aber keineswegs der Schluß gezogen werden könne, die Geltung des § 61 ASGG für arbeitnehmerähnliche Personen werde von diesen Autoren als selbstverständlich unterstellt.

Neben der reinen Wortinterpretation bemühte der OGH auch ein teleologisches Argument und meinte, die – von ihm angenommene – Unterscheidung zwischen Arbeitsverhältnissen und arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen könne auch durchaus „sinnvoll“ sein, „weil nicht bei allen Ansprüchen arbeitnehmerähnlicher Personen die gleiche Schutzwürdigkeit und Interessenslage bestehen muß wie bei Arbeitnehmern“. Die praktische Bedeutung dieser Entscheidung ist nicht zu unterschätzen. Betroffen sind in Anbetracht der bisherigen Rsp insb in bestimmter Weise eng an ein Unternehmen gebundene Tankstelleninhaber<sup>4)</sup>, Handelsvertreter<sup>5)</sup>,

Franchisenehmer<sup>6)</sup>, Frachtführer<sup>7)</sup> oder auch – sofern man diese Kombination als möglich erachtet – arbeitnehmerähnliche Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften<sup>8)</sup>, Sparkassen<sup>9)</sup>, allenfalls auch von Genossenschaften<sup>10)</sup> sowie arbeitnehmerähnliche GmbH-Geschäftsführer<sup>11)</sup>. Sie alle müßten, wenn sie gegen ihren Vertragspartner Geldansprüche aus dem arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis geltend machen, ungeachtet eines stattgebenden erstinstanzlichen Urteiles, mit der Vollstreckung zumindest bis zum Urteil 2. Instanz<sup>12)</sup>, idR aber bis zur endgültigen Entscheidung durch den OGH warten, wenn man dessen oben wieder-gegebene Auffassung zugrundelegt.

## 2. Eigene Auffassung

Der Ansicht des OGH ist jedoch nicht zu folgen: Einerseits bezieht die von ihm vorgenommene Wortinterpretation nicht **alle** in Betracht kommenden Vorschriften des ASGG ein; andererseits kann das – vom Höchstgericht gewissermaßen „en passant“ vorgebrachte – teleologische Argument nicht überzeugen.<sup>12a)</sup>

### 2.1. Wortinterpretation

Der OGH schließt aus der Gegenüberstellung von § 51 Abs 3 Z 2 ASGG und § 61 Abs 1 Z 1–3 ASGG, daß das ASGG **generell** unter Arbeitsverhältnis nur ein solches gem §§ 1151ff ABGB verstehe, während der Begriff „Arbeitnehmer“ wegen der in § 51 Abs 3 Z 2 ASGG verankerten Gleichstellung auch arbeitnehmerähnliche Personen erfassen könne.

<sup>6)</sup> OGH EvBl 1980/64 = öRdA 1981, 136ff mit Anm v Wachter = Arb 9829.

<sup>7)</sup> OGH Arb 9518.

<sup>8)</sup> Bei hauptberuflich tätigen Vorstandsmitgliedern einer AG, deren Vorstandsbezug die Hauptquelle ihrer Einkünfte ist, bejaht Reischauer (Probleme der Dienstnehmerhaftung, öRdA 1978, 193) – allerdings ohne Begründung – die Arbeitnehmerähnlichkeit.

<sup>9)</sup> Auch diese sind laut OGH (RdW 1988, 428f) generell keine AN.

<sup>10)</sup> Diese müßten, sofern sie hauptberuflich tätig sind, in Anlehnung an die Rsp zum GmbH-Geschäftsführer wegen ihrer ähnlichen gesellschaftsrechtlichen Abhängigkeit (vgl § 19 GenG) allerdings regelmäßig als AN qualifiziert werden.

<sup>11)</sup> Bei GmbH-Geschäftsführern bleibt für die Arbeitnehmerähnlichkeit freilich bei Zugrundelegung der hRsp wenig Raum, weil hauptberufliche „Fremd-Geschäftsführer“ und Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Sperrminorität meist ohnehin als AN angesehen werden, während Geschäftsführer, welche zumindest über eine Sperrminorität verfügen, nicht einmal arbeitnehmerähnlich sein können (vgl VwGH 18. 2. 1988, ÖJZ 1989, 281).

<sup>12)</sup> Ein Urteil 2. Instanz, gegen das außerordentliche Revision eingelegt wurde, berechtigt zwar zur Befriedigungsexekution, doch gewährt § 42 Abs 1 Z 2a EO dem Verpflichteten einen Aufschiebungsgrund, wobei die Erfolgsaussichten der ao Rev gem § 44 Abs 3 EO nicht zu prüfen sind.

<sup>12a)</sup> Auf den nach Einlangen der Fahnen erschienenen Beitrag von Fink, Keine sofortige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils zugunsten arbeitnehmerähnlicher Personen, WBl 1990, 65ff, der im wesentlichen zum selben Ergebnis wie ich gelangt, konnte nur mehr marginal Rücksicht genommen werden.

<sup>1)</sup> OGH 17. 11. 1988, JBl 1989, 269 = RdW 1989, 344.

<sup>2)</sup> Kuderna, ASGG 328.

<sup>3)</sup> Vgl Schrank, Die wichtigsten Neuerungen im Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (II), RdW 1985, 154ff; Schrank, Wichtige Anwendungsfragen zur vorläufigen Wirksamkeit erstinstanzlicher Urteile nach § 61 ASGG, RdW 1987, 86ff; Konecny, Wirkungen erstinstanzlicher Urteile in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 61 ASGG, ZAS 1986, 155ff; Rebhahn, ZAS 1986, 207; Rebhahn, Die Rechtslage während eines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzprozesses, öRdA 1988, 24ff; Harrer, Die Anfechtung einer betriebsbedingten Kündigung, öRdA 1987, 466; Kuderna, ASGG 320ff; Kuderna, Die sofortige Vollstreckbarkeit nach § 61 ASGG, öRdA 1988, 89ff; Marhold, Beendigung von Arbeitsverträgen und Arbeitslosenversicherung, ZAS 1988, 117f.

<sup>4)</sup> OGH EvBl 1964/69; OGH Arb 8103, 9466, 9887.

<sup>5)</sup> OGH JBl 1988, 128ff.

Bereits ein Blick auf § 50 Abs 1 Z 1 ASGG zeigt jedoch, daß diese Argumentation nicht zutreffend ist. Nach der genannten Bestimmung sind Arbeitsrechts-sachen ua „Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder dessen Anbahnung“. Die Vorschrift ist die Zentralnorm für die (sachliche) Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte und enthält **sowohl** den Begriff „Arbeitnehmer“ **als auch** den Begriff „Arbeitsverhältnis“.

Vertritt man nun die Auffassung des OGH, wonach ein „Arbeitsverhältnis“ im Rahmen des ASGG **generell** kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sein könne, dann würde man zu dem absurden und vom Gesetzgeber ohne Zweifel nicht gewollten Ergebnis gelangen, daß § 50 Abs 1 Z 1 ASGG zwar Streitigkeiten zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und ihren Auftraggebern erfassen würde, aber nur, wenn diese im Zusammenhang mit einem – begriffsnotwendig gerade nicht existierenden<sup>13)</sup> – Arbeitsverhältnis iSd §§ 1151ff ABGB stehen.

Da die Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte für Rechtsstreitigkeiten arbeitnehmerähnlicher Personen auf § 50 Abs 1 Z 2–6 und § 50 Abs 2 ASGG nicht gestützt werden kann<sup>14)</sup>, wäre diese Zuständigkeit damit gänzlich außer Kraft gesetzt, was der seit 1946 unbestritten geltenden Rechtslage diametral zuwiderliefe.

Ebenso erfaßt der Terminus „Arbeitsverhältnis“ in den §§ 4 Abs 1 Z 1 lit a und 52 Z 3 lit a und b ASGG auch arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnisse.

Richtig ist an der Auffassung des OGH lediglich, daß der Begriff „Arbeitsverhältnis“ in § 51 Abs 3 Z 2 ASGG nur ein solches iSd §§ 1151ff ABGB erfaßt (arg „... ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen...“); für den Bereich der **sonstigen** Vorschriften des ASGG und insbesondere für die Zuständigkeitsnorm des § 50 ASGG bewirkt aber die Gleichstellungsklausel des § 51 Abs 3 Z 2 ASGG, daß sowohl der Begriff „Arbeitnehmer“ als auch der Begriff „Arbeitsverhältnis“ **auch arbeitnehmerähnliche Personen** bzw arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnisse mit einschließen, sofern sich aus dem Wortlaut des ASGG oder dem Sinnzusammenhang der betroffenen Vorschrift nichts anderes ergibt<sup>15)</sup>.

Nicht ganz klar sind diesbezüglich die Ausführungen von *Kuderna*<sup>16)</sup>, welcher offenbar Streitigkeiten, an denen arbeitnehmerähnliche Personen beteiligt sind, (nur?) dann in die Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte fallen lassen will, wenn diese Streitigkeiten im Zusammenhang mit irgendeinem zwischen zwei **anderen** Personen bestehenden, „echten“ Arbeitsverhältnis iSd §§ 1151ff ABGB stehen. *Kuderna* würde damit den Anwendungsbereich auf „Dreiecksverhältnisse“, an

denen zumindest ein „echter“ AN und ein „echter“ Arbeitgeber beteiligt sein müssen<sup>17)</sup>, reduzieren.

Demgegenüber kann doch wirklich nicht bezweifelt werden, daß § 50 Abs 1 Z 1 ASGG auch und gerade im **direkten** Verhältnis zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und ihren Auftraggebern gilt und eben die Bedeutung hat, nur solche Streitigkeiten der Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte zu unterstellen, die **im Zusammenhang** mit dem arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis, welches ein freier Dienstvertrag, ein Auftragsvertrag, ein Werksvertrag oder dgl sein kann<sup>18)</sup>, stehen. Andernfalls wäre § 51 Abs 3 Z 2 ASGG, wie gesagt, praktisch völlig funktionslos.

## 2.2. Teleologische Interpretation

Da nach dem bisher Gesagten feststeht, daß das ASGG bei Verwendung des Begriffes „Arbeitsverhältnis“ infolge der Vorschrift des § 51 Abs 3 Z 2 ASGG **grundsätzlich** auch arbeitnehmerähnliche Verhältnisse meint und die vom OGH vertretene, gegenteilige Auffassung, dies sei **generell** ausgeschlossen, jedenfalls unzutreffend ist (arg § 50 Abs 1 Z 1 ASGG etc), könnte die Verneinung einer Geltung des § 61 Abs 1 Z 1–3 ASGG für arbeitnehmerähnliche Personen nur damit begründet werden, daß dies aus teleologischen Gründen geboten sei, weil arbeitnehmerähnliche Personen des Schutzes gem § 61 ASGG nicht bedürften und daher der Begriff „Arbeitsverhältnis“ **in § 61 ASGG** iSd §§ 1151ff ABGB auszulegen sei. In diesem Stadium der Prüfung zeigt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht des Höchstgerichtes ganz deutlich.

Der – geradezu zaghafte – Hinweis des OGH, nicht bei allen Ansprüchen arbeitnehmerähnlicher Personen müsse die gleiche Schutzwürdigkeit und Interessenlage wie bei Arbeitnehmern bestehen, ist in seiner Beliebigkeit konkreter Kritik entzogen: sollte der OGH aber gemeint haben, ein **gerade die Anwendung des § 61 ASGG gebietendes Schutzbedürfnis** fehle arbeitnehmerähnlichen Personen, so ist dem entschieden zu widersprechen.

Es gehört zum Wesen der arbeitnehmerähnlichen Person, daß sie **wirtschaftlich abhängig**, dh auf die aus dem Rechtsverhältnis mit ihrem Auftraggeber entspringenden Einkünfte zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen ist<sup>19)</sup>. Wenn auch diese Angewiesenheit richtigerweise nicht derart konkret geprüft werden darf, daß das Privatvermögen des Betroffenen einzubeziehen ist<sup>20)</sup>, sodaß auch eine vermögende Person arbeitneh-

<sup>17)</sup> *Kuderna*, ASGG 254; vgl aber *Kuderna*, ASGG 271, wo offenbar von einer Gleichstellung der arbeitnehmerähnlichen Personen ausgegangen wird.

<sup>18)</sup> Die Wendung „im Auftrag und für Rechnung...“ in § 51 Abs 3 Z 2 ASGG (früher: § 2 Abs 1, Satz 2 ArbGG) ist also nicht etwa wörtlich als auf einen Kommissionsvertrag iSd §§ 383ff HGB hindeutend zu verstehen: Vgl zB OGH Arb 9466, 9829 = öRdA 1981, 136ff mit Anm v *Wachter*; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 30f; *Tomandl*, Arbeitsrecht 1<sup>2</sup>, 81f.

<sup>19)</sup> Vgl für alle *Wachter*, Wesensmerkmale 77, 139.

<sup>20)</sup> So ist die ganz hL und Rsp; vgl *Wahle*, Ist der Tankstelleninhaber eine arbeitnehmerähnliche Person, *FS Schmitz* 1 330f; *Schwarz-Holzer-Holler*<sup>2</sup>, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz 117; *Petrovic*, Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, öRdA 1983, 196; *G. Schima*, Abschied von der persönlichen Abhängigkeit im Arbeitsrecht?, in *Frank-Plaschka-Rössl (Hrsg)*, Umweltdynamik 222; *Jabornegg*, HVG 52f; OGH EvBl 1964/69; OGH Arb 8062, 8159; aM *Wachter*, Wesensmerkmale 156ff.

<sup>13)</sup> Vgl *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, 94ff; dies ergibt sich zwingend aus § 51 Abs 3 Z 2 ASGG.

<sup>14)</sup> In seltenen Ausnahmefällen könnte § 50 Abs 1 Z 3 ASGG („Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern im Zusammenhang mit der gemeinsamen Arbeit“) zur Anwendung gelangen.

<sup>15)</sup> Ebenso *Fink*, WBl 1990, 66f. So ist etwa klar, daß „Arbeitnehmer“ iSd § 50 Abs 1 Z 2 ASGG keine arbeitnehmerähnlichen Personen sein können, weil man sonst auch „Organe der Arbeitnehmerschaft“ als „Organe einer Gemeinschaft von arbeitnehmerähnlichen Personen“ lesen müßte, obwohl bekanntlich weder eine solche organisierte Gemeinschaft noch dafür zuständige Organe existieren.

<sup>16)</sup> *Kuderna*, ASGG 254.

merähnlich sein kann, so gebietet bereits diese – sich in der Abhängigkeit von einem oder einigen wenigen Vertragspartnern manifestierende –<sup>21)</sup> **typische** finanzielle Abhängigkeit die Anwendung des § 61 ASGG, weil die – bei arbeitnehmerähnlichen Personen primär in Frage kommenden – Bestimmungen des § 61 Abs 1 Z 1 und 2 ASGG nichts anderes bezwecken als sicherzustellen, daß jemand, der auf bestimmte Zahlungen **dringend angewiesen** ist, diese vorläufig erhalten und nicht die gesamte Prozeßdauer abwarten müssen soll, wenn eine – durch ein erstinstanzliches Urteil begründete – gewisse „Richtigkeitsvermutung“ besteht.

Auch bei AN ist ja allgemein anerkannt, daß eine konkret vorliegende Wohlhabenheit sie weder ihres Arbeitnehmerstatus beraubt<sup>22)</sup> noch einzelne Vorschriften, welche primär auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abstellen<sup>23)</sup>, außer Kraft setzt. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wird eben **unwiderleglich vermutet**.

Überdies setzt sich der OGH mit der nunmehr ange deuteten Auffassung, arbeitnehmerähnliche Personen seien – offenbar auch im Bereich des Entgeltschutzes – weniger schutzbedürftig als AN, mit einem Teil seiner eigenen Rsp in Widerspruch. Bekanntermaßen wurde vom Höchstgericht die Rechtsfigur des „freien“ Handelsvertreter geschaffen, der „von dem meist einzigen Geschäftsherren . . . wirtschaftlich abhängig und demnach in ähnlicher Weise wie ein Angestellter schutzbedürftig“ sein soll<sup>24)</sup>.

Zwar wurde diese Rsp zu Recht kritisiert<sup>25)</sup>; unge-

<sup>21)</sup> Vgl. Schwarz-Holzer-Holler, IESG<sup>2</sup>, 116; Jabornegg, HVG 53f; G. Schima, Abschied von der persönlichen Abhängigkeit aaO 222.

<sup>22)</sup> Vgl. die Nachweise bei Wachter, Wesensmerkmale 83 FN 24.

<sup>23)</sup> Dies sind im Bereich des Arbeitsrechts nicht wenige Bestimmungen: vgl. Bydlinski, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht 16; Krejci, in Rummel, ABGB<sup>2</sup> I Rdz 63 § 1151; Spielbüchler-Floretta<sup>2</sup> I 3; G. Schima, Gibt es einen „freien“ Handelsvertreter? RdW 1987, 20.

<sup>24)</sup> ZB OGH Arb 9945, 10025.

<sup>25)</sup> G. Schima, RdW 1987, 20; vgl. auch Jabornegg, Die Rechtsstellung der selbständigen Versicherungsvertreter nach österreichischem Recht, oRdA 1985, 89ff.

achtet dessen wäre aber gerade die Auseinandersetzung mit dem persönlichen Geltungsbereich des § 61 ASGG der rechte Platz dafür gewesen, die **Gemeinsamkeiten** zwischen AN und arbeitnehmerähnlichen Personen herauszuarbeiten.

In jenen Belangen, in denen die vom OGH etwas kryptisch erwähnte „andere Interessenlage“ bei arbeitnehmerähnlichen Personen tatsächlich vorliegen sollte, kann § 61 ASGG infolge der dort enthaltenen, taxativen Aufzählung ohnehin nicht Geltung entfalten; bei den von § 61 Abs 1 Z 1 und 2 ASGG erfaßten Ansprüchen besteht aber im Hinblick auf eine vorzeitige Vollstreckbarkeit bei AN und arbeitnehmerähnlichen Personen **dieselbe Interessenlage**.

Ausschlaggebend für die Meinung des OGH dürften wohl auch die zugegebenermaßen nicht unbeträchtlichen Anwendungsprobleme bei § 61 ASGG sein, die bei Einengung der Vorschrift auf Arbeitnehmer zumindest **geringer** werden. Diese Probleme sind allerdings auch de lege lata lösbar<sup>26)</sup> und können außerdem nicht eine Negierung von Wortlaut und Sinn einer gesetzlichen Regelung<sup>27)</sup> rechtfertigen.

### 3. Ergebnis

§ 61 ASGG, insbesondere § 61 Abs 1 Z 1 und 2 ASGG, gilt auch für Ansprüche arbeitnehmerähnlicher Personen gegenüber ihren Auftraggebern.

Der OGH sollte jedenfalls nicht anstehen, seine jüngst geäußerte, gegenteilige Auffassung bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit zu überprüfen und zu revidieren.

<sup>26)</sup> Dazu überzeugend Fink, WBI 1990, 68ff.

<sup>27)</sup> Eine solche liegt mE auch der E des OGH v 8. 11. 1989, 9 Ob A 253/88 zugrunde, in der das Höchstgericht sich der vereinzelt gebliebenen und den klaren Willen des Gesetzgebers außer Acht lassenden Meinung von Kuderna anschloß und die Anwendbarkeit des § 61 ASGG auf Feststellungs- und Rechtsgestaltungsurteile verneinte.