

## 5. Dienstvertrag/freier Dienstvertrag/ Werkvertrag

Thomas Majoros/Peter Richter/Jutta Sigmund-Akhavan Aghdam

Die vertraglichen Grundlagen für die Erbringung von Arbeitsleistungen können je nach Art und Umfang der vereinbarten Leistungen unterschiedlich ausgestaltet sein. Das folgende Kapitel soll einen Überblick über mögliche Vertragstypen vermitteln, deren wesentliche Inhalte und Kennzeichen darstellen sowie die daran anknüpfenden arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Folgen aufzeigen. Auch die rechtlichen Konsequenzen einer Umqualifizierung von Verträgen, zB anlässlich einer Gemeinsamen Prüfung von Lohnabgaben und Beiträgen (GPLB) werden dargestellt.

### 5.1. Abgrenzung aus arbeitsrechtlicher Sicht

Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts knüpfen an den Begriff des „**Dienstnehmers**“ („**Arbeitnehmer**“) an. Nur wenn ein „echtes“ **Dienstverhältnis** vorliegt, sind sämtliche arbeitsrechtlichen Normen anwendbar. Von einem Dienstverhältnis spricht man, wenn sich jemand zur Verfügungstellung seiner Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Schwierigkeiten bereitet in der Praxis die Abgrenzung des „echten Dienstvertrags“ vom sog. „**freien Dienstvertrag**“ und vom „**Werkvertrag**“. Ein Werkvertrag liegt nur dann vor, wenn die Fertigstellung eines bestimmten „Werkes“, also ein bestimmter Erfolg, geschuldet wird. Ein „freier Dienstvertrag“ liegt dann vor, wenn zwar die eigene Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird, die persönliche Abhängigkeit jedoch entweder gar nicht oder nur in einem geringen Ausmaß vorhanden ist.

Der echte Dienstvertrag unterscheidet sich sowohl vom freien Dienstvertrag als auch vom Werkvertrag durch die **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Nicht alle Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen gemeinsam vorliegen und sie können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik des „beweglichen Systems“ die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen (OGH 8 ObA 55/07g, Arb 12.759).

Die für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sprechenden Merkmale sind vor allem die **Weisungsgebundenheit** des zur Arbeitsleistung Verpflichteten, insb hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten; die persönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers; die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt; die funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge, einschließlich der Kontrollunterworfenheit und die Beistellung des Arbeitsgeräts durch den Dienstgeber (OGH 9 ObA 40/16x, Arb 13.323).

Die Vereinbarung einer generellen **Vertretungsbefugnis** spricht nur dann gegen die persönliche Abhängigkeit, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei

objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt (OGH 9 ObA 40/16x, Arb 13.323).

Bei der Beurteilung der **Weisungsunterworfenheit** ist als entscheidendes Kriterium der Fremdbestimmung der Unterschied zwischen persönlichen und sachlichen Weisungen zu berücksichtigen. Sachliche Weisungen kommen auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vor, wobei in vielen Fällen derartige Verträge ohne Weisungen nicht vorstellbar sind. Unter persönlichen Weisungen versteht man hingegen Weisungen, die die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben und die, soweit sie berechtigt nach dem Vertragsinhalt erteilt werden, die eigene Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschalten (OGH 9 ObA 40/16x, Arb 13.323).

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich vom (echten) Dienstvertrag im Sinne der §§ 1151 ff ABGB besonders durch die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit (OGH 28.6.2018, 9 ObA 65/18a; 29.9.2016, 9 ObA 120/15k; 9 ObA 16/12m, infas 2013, A 38).

Der **freie Dienstvertrag** verpflichtet zu Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit weitgehend selbstständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens. Für den freien Dienstvertrag ist die Möglichkeit charakteristisch, den Ablauf der Arbeit selbst zu gestalten, also ohne Bindung an bestimmte Arbeitszeiten und an jene Weisungen, die für den Arbeitsvertrag prägend sind und die selbst gewählte Gestaltung auch jederzeit wieder zu ändern (OGH 9 ObA 40/16x, Arb 13.323).

Es kommt nicht auf die ausdrückliche Bezeichnung als freier Dienstnehmer im Vertragstext an, sondern auf eine davon allenfalls abweichende gelebte Praxis (OGH 8 ObA 49/19t, Arb 13.628). In Zweifelsfällen kann aber auch einer solchen Bezeichnung im Rahmen der Gesamtwürdigung eine Bedeutung zukommen (OGH 8 ObA 210/97h, ARD 4893/14/97).

Als **freie Dienstnehmer** wurden bspw angesehen:

- Ein Gefängnisarzt, der den Zeitpunkt der Anstaltsbesuche und die Einteilung der Ordination im Einvernehmen mit der Anstaltsleitung festlegen konnte (OGH 8 ObA 55/07g, Arb 12.759).
- Sprachlehrer mit entsprechender „Lehrfreiheit“: Ein Sprachlehrer, der den Arbeitsablauf, insb die Arbeitszeit, selbst weisungsfrei bestimmen und jederzeit ändern kann – selbst dann, wenn er an den Unterrichtsraum und die Unterrichtsmethode gebunden ist – ist als freier Dienstnehmer anzusehen. Entscheidend war insb, dass der Sprachlehrer bis zum Zeitpunkt der gemeinsamen Festlegung der Arbeitsleistung die Möglichkeit hatte, sich nur zu bestimmten Stunden oder überhaupt nicht zur Verfügung zu halten, ohne dass dies zu Konsequenzen geführt hätte (OGH 9 ObA 10/99g, ARD 5043/10/99).
- Juristischer Berater: Dem Berater war eine selbstständige Einteilung der Arbeitszeit, mitunter sogar das Einstellen der Tätigkeit auch für einen längeren Zeitraum, ohne disziplinäre Konsequenzen möglich. Er hatte die Möglichkeit, den (unbezahlten) Ur-

laub einseitig bestimmen zu können. Auch war ein Vertretungsrecht vereinbart worden. Die Gesamtbetrachtung führte zur Ansicht, dass ein freies Dienstverhältnis vorlag (OGH 9 ObA 40/16x, Arb 13.323).

Demgegenüber wurden bei Abgrenzung zum Werkvertrag bzw freien Dienstnehmer bspw als echte Dienstnehmer angesehen:

- Ein Detektiv, der fixe Arbeitszeiten und Arbeitsorte einhalten muss und den Berichtspflichten treffen (OGH 8 ObA 2347/96x, ASoK 1998, 109).
- Lehrkräfte bei Lernhilfeinstituten mit der Bindung an Ort, Zeit und Unterrichtsgegenstand der abzuhandelnden Kurse sowie der Verpflichtung, gehaltene Stunden und durchgenommenen Stoff einzutragen (OGH 8 ObA 2158/96b, ASoK 1997, 365).

### 5.2. Exkurs: Unterscheidung „Arbeiter“/ „Angestellte“

Das österreichische Arbeitsrecht geht weitgehend von einer Unterscheidung zwischen **Arbeitern** und **Angestellten** aus. An diese Unterscheidung knüpft sich die Anwendbarkeit verschiedener Gesetze und Kollektivverträge; auch die Zuständigkeit der Belegschaftsorgane hängt damit zusammen.

Der Begriff des „Angestellten“ ist im § 1 Angestelltengesetz (AngG) definiert. Danach versteht man unter Angestellten Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes (bzw anderer im § 2 AngG genannter Dienstgeber) vorwiegend zur Leistung kaufmännischer oder höherer nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind. Auf diese Personen ist das Angestelltengesetz anwendbar.

Für höhere nicht kaufmännische Dienste werden eine größere Selbständigkeit und Denkfähigkeit, höhere Intelligenz, Genauigkeit und Verlässlichkeit sowie die Fähigkeit der Beurteilung der Arbeiten anderer, Aufsichtsbefugnis sowie überwiegend nichtmanuelle Arbeiten und eine gewisse Einsicht in den Produktionsprozess (Arbeitsablauf) gefordert, wobei diese Kriterien Indizien sind und keineswegs zur Gänze im Einzelfall vorliegen müssen (OGH 4 Ob 93/17f, Arb 13.407; 9 ObA 24/04a, infas 2004, A).

So wurden von der Rsp etwa folgende Tätigkeiten als Angestelltentätigkeiten angesehen:

- Tätigkeiten eines Betriebselektrikers, der die vierjährige Fachschule für Elektrotechnik und Leistungselektronik (ohne Matura) absolviert hat und umfangreiche Aufgaben im Bereich des Aufnahmeverfahrens und der Ausbildung von Lehrlingen sowie Lehr- und Prüfungstätigkeit wahrnimmt (OGH 9 ObA 24/04a, ASoK 2004, 452).
- Objektleiter einer Reinigungsfirma (OGH 8 ObA 200/00w, ASoK 2001, 269).
- Fahrlehrer (OGH 10 ObS 211/98x, ASoK 1999, 36).
- Berufsdetektivassistent (OGH 4 Ob 93/17f, Arb 13.407).

### 5.3. Abgrenzung Sozialversicherungsrecht

Das österreichische Sozialversicherungsrecht kennt – ebenso wie das Arbeits- und das Steuerrecht – die Unterscheidung in klassische oder „echte“ Dienstnehmer, freie Dienst-

nehmer und (Neue) Selbständige/Werkvertragsnehmer, wobei sich die jeweiligen Definitionen inhaltlich zwar großteils decken, jedoch auch unterscheiden können.

### 5.3.1. „Echte“ Dienstnehmer im Rahmen eines klassischen Dienstverhältnisses

Die Grundlage für das klassische Dienstverhältnis bildet der **Dienstnehmerbegriff** des § 4 Abs 2 ASVG und wird von folgenden vier bzw fünf Kriterien definiert:

- **Persönliche Abhängigkeit**

Darunter versteht man die Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen und die Einbindung in die betriebliche Organisation des Dienstgebers, die Überwachung der Arbeit und disziplinäre Verantwortung seitens des Dienstnehmers. Die arbeitsbezogene Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers ist weitgehend dem Willen des Dienstgebers unterworfen (VwGH 21.2.2001, 96/08/0028).

- **Wirtschaftliche Abhängigkeit**

Werden die organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel des Dienstgebers verwendet, spricht man von wirtschaftlicher Abhängigkeit (VwGH 17.9.1991, 90/08/0152).

- **Entgeltlichkeit**

Unentgeltliche Tätigkeiten unterliegen nicht der Pflichtversicherung, wenn es sich um reine Gefälligkeitsdienste oder ehrenamtliche Tätigkeiten handelt. Im Zweifel sind jedoch Gefälligkeitsdienste bei Tätigkeiten für einen auf Gewinn ausgerichteten Gewerbebetrieb als der Pflichtversicherung unterworfen anzusehen (vgl VwGH 20.2.2014, 2013/09/0090)

- **Tatsächliche Beschäftigung**

Ohne eine tatsächliche Tätigkeit bzw Beschäftigung gibt es keine Pflichtversicherung, jedoch gilt dieser Grundsatz nicht für arbeitsfreie Zeiten, solange ein Anspruch auf Entgelt besteht, wie zB bei einem Krankenstand, einer Urlaubskonsumation, der Auszahlung einer Kündigungsentschädigung oder Urlaubsersatzleistung

- **Eine allfällige Lohnsteuerpflicht**

Als „echter“ Dienstnehmer gilt auch, wer nach § 47 Abs 1 in Verbindung mit Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist.

Dies kommt ua bei mittägigen Gesellschaftern mit einer Beteiligung von bis zu 25 % zur Anwendung. Ebenso bei geschäftsführenden Gesellschaftern, welche ihre Arbeitskraft der Gesellschaft schulden und in den organisatorischen Betrieb der Gesellschaft eingebunden sind.

Zu dem Merkmal der Eingliederung des täglichen geschäftsführenden Gesellschafters in den Organismus des Betriebes der Gesellschaft stellte der VwGH fest, dass diese durch jede nach außen hin auf Dauer angelegte erkennbare Tätigkeit hergestellt wird, mit welcher der Unternehmenszweck der Gesellschaft verwirklicht wird (vgl VwGH 10.11.2004, 2003/13/0018). Diese kommt im Rahmen der Führung des Unternehmens durch einen handelsrechtlichen Geschäftsführer (funktionale organisatorische Einbindung) bzw durch sonstiges operatives Wirken zum Ausdruck.

### 5.3.2. „Freie“ Dienstnehmer im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses

Beim **freien Dienstnehmer** handelt es sich um eine Mischform zwischen Dienst- und Werkvertrag. Das ASVG definiert in § 4 Abs 4 die Wesensmerkmale eines freien Dienstnehmers wie folgt:

- Arbeitsleistung gegenüber einem „qualifizierten“ Dienstgeber (eine private Person als Dienstgeber geht nur im Rahmen eines echten Dienstverhältnisses oder eines Werkvertrags, nicht jedoch als freier Dienstnehmer)
- Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt. Diese Dienstleistung ist lediglich grob umrissen und wird im Bedarfsfall konkretisiert oder vom Dienstgeber abgerufen. Typisch ist ein zeitliches Dauerschuldverhältnis, bei dem die Arbeitszeit geschuldet wird und sie schulden damit nicht ein bestimmtes Werk oder einen bestimmten Erfolg (VwGH 21.8.2017, Ra 2016/08/0119).
- Die Dienstleistung wird im Wesentlichen persönlich erbracht. Eine generelle Vertretungsbefugnis, die über die Vertretung im Urlaubsfall hinausgehen muss, ist dabei obligatorisch (vgl VwGH 7.5.2008, 2007/08/0003). Ein Mitspracherecht des Dienstgebers bei der Auswahl der Vertretung wäre einer Zuordnung zu einem freien Dienstverhältnis ebenso schädlich. Die Vertretungsbefugnis muss auch in der Praxis gelebt und nachgewiesen werden können.
- Der freie Dienstnehmer verfügt über keine eigenen wesentlichen Betriebsmittel. Wesentlich bedeutet, dass ohne Verwendung des betreffenden Betriebsmittels, welches über den allgemeinen täglichen Gebrauch hinausgehen muss (zB Spezialsoftware), die Dienstleistung nicht erbracht werden kann. Die Beurteilung der Wesentlichkeit ist auf den freien Dienstnehmer abzustellen und nicht auf den Betrieb des Dienstgebers. Hat sich der Auftragnehmer durch die von ihm verwendeten Betriebsmittel eine eigene betriebliche Struktur geschaffen, gilt dies als ein Kriterium für einen Werkvertrag (VwGH 23.1.2008, 2007/08/0223).
- Der freie Dienstnehmer erbringt seine Dienstleistung in persönlicher Unabhängigkeit. Er kann somit frei über Zeit und Ort seiner Tätigkeit, sofern dies möglich ist, entscheiden. Ebenso ist er frei, die Art und Weise seiner Tätigkeit zu wählen und ist dem Dienstgeber nicht weisungsgebunden (VwGH 29.1.2020, Ra 2018/08/0028). Ein weiteres Kriterium für die persönliche Unabhängigkeit ist die fehlende Integration des Dienstnehmers in den Betrieb seines Auftraggebers (VwGH 22.10.2020, Ra 2019/08/0090).

In der Praxis werden nicht alle Kriterien gleichzeitig oder eindeutig zutreffend sein, es ist daher ein **gesamtheitliches Bild** des freien Dienstverhältnisses für die Beurteilung ausschlaggebend. Die Rechtsprechung geht aufgrund der zunehmenden freien Gestaltung von Arbeitszeit und -ort bei klassischen Dienstnehmern die Vertretungsmöglichkeit sowie die Weisungsungebundenheit in einem stärkeren Ausmaß in die Bewertung mit einfließen zu lassen (VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003).

Ausgenommen von der Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer sind folgende Personengruppen:

- Personen, die bereits aufgrund dieser Tätigkeit einer Pflichtversicherung als Selbstständiger nach dem GSVG unterliegen oder eine Mitgliedschaft zu einer bestimmten

- Kammer begründen (zB Rechtsanwaltskammer, Architektenkammer), selbständige Land- und Forstwirte und Kunstschauffende,
- Tätigkeiten auf Grund eines politischen Mandats (zB Gemeinderäte),
  - Tätigkeiten auf Grund von Gerichtsbeschlüssen (zB Sachverständige),
  - Tätigkeiten auf Grund eines Hoheitsaktes,
  - Tätigkeiten als Mitglied eines Aufsichts- oder Verwaltungsrates oder aus Tätigkeiten, die mit der Überwachung der Geschäftsführung zusammenhängen.

### 5.3.3. Selbständige im Rahmen eines Werkvertrages

Wer Dienstleistungen im Rahmen seines Betriebes persönlich und wirtschaftlich unabhängig erbringt, ist **selbständig** tätig, wenn er nicht die Arbeitsleistung an sich schuldet, sondern einen konkreten Erfolg oder ein bestimmtes Werk (VwGH 21.8.2017, Ra 2016/08/0119).

Voraussetzung für die Zuordnung ist auch, dass die Arbeitsleistung nicht im Rahmen des ASVG als echter oder freier Dienstnehmer zu subsumieren ist. Das ASVG ist bei der Beurteilung immer vorrangig gegenüber der Sozialversicherung der Selbständigen (GSVG oder FSVG).

Im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ist weiters die Unterscheidung in Gewerbetreibende, welche aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung oder Kammermitgliedschaft dem GSVG unterliegen (§ 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG) und den sog Neuen Selbständigen (§ 2 Abs 2 Z 4 GSVG), zu treffen. Letztere sind dann pflichtversichert, wenn sie im Zuge ihrer betrieblichen, aber nicht eine Kammermitgliedschaft begründenden Tätigkeit Einkünfte erzielen, welche über einer bestimmten Versicherungsgrenze liegen.

## 5.4. Abgrenzung Steuerrecht

Tätigkeiten für Auftraggeber/Arbeitgeber können im Wesentlichen auf Grundlage folgender Vertragsverhältnisse erbracht werden:

- Echtes Dienstverhältnis
- Freies Dienstverhältnis
- Werkvertrag

Die Unterscheidung dieser Vertragstypen ist nicht nur im Hinblick auf die unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Folgen von Bedeutung, sondern auch im Hinblick auf die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen, die an die einzelnen Vertragstypen anknüpfen. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Zuordnungen zu den einzelnen Vertragstypen weichen zum Teil von der arbeitsrechtlichen Definition ab.

Nach der Legaldefinition des § 47 Abs 2 EStG liegt ein (echtes) **Dienstverhältnis** vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Bestätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Die persönlichen Weisungen sind auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet und dafür charakteristisch, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Hierzu muss die sachliche und technische Weisungsbefugnis unterschieden werden, die etwa im Rahmen eines Werkvertrages ausgeübt wird und sich lediglich auf den Erfolg einer bestimmten Leistung bezieht (VwGH 20.1.2016, 2012/13/0059).

Wesentlich für die steuerliche Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses als echtes Dienstverhältnis gem § 47 Abs 2 EStG ist nicht die getroffene Vereinbarung, sondern das Gesamtbild der tatsächlich geleisteten Tätigkeit, auch unter Berücksichtigung der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise.

Die Lohnsteuerrichtlinien konkretisieren folgende Merkmale für das Vorliegen einer nichtselbständigen Tätigkeit:

- persönliche Arbeitspflicht
- Unterwerfung unter einer betrieblichen Ordnungsvorschrift
- Gebundenheit an persönliche Weisungen
- Kontrollunterworfenheit
- disziplinäre Verantwortlichkeit
- Dauerschuldverhältnis

Nicht alle Bestimmungsmerkmale müssen gemeinsam vorliegen bzw sie können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen (siehe VwGH 31.3.2005, 2000/15/0127; 31.1.1995, 92/08/0213; 17.12.2002, 99/08/0008).

Nur in Fällen, in denen die im Gesetz festgeschriebenen Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Betriebes des Arbeitgebers noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbständig und einer nichtselbständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen, ist auf weitere Abgrenzungskriterien (wie etwa auf das Vorliegen eines Unternehmerrisikos oder die Befugnis sich vertreten zu lassen) Bedacht zu nehmen.

Ist die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus gegeben, ändert auch eine vereinbarte Vertretungsmöglichkeit nichts an der Qualifikation der Einkünfte als Einkünfte aus einer unselbständigen Tätigkeit gem § 25 Abs 1 Z 1 EStG (echtes Dienstverhältnis). Mit Erkenntnis vom 10.11.2004, 2003/13/0018 qualifizierte der VwGH die Beschäftigungsverhältnisse von im Publikumsdienst (Platzanweiser, Garderobier) eines Theaters beschäftigten Personen als echte Dienstverhältnisse, auch wenn diese Beschäftigungsverhältnisse die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Vertretung vorgesehen haben. Als Vertreter kamen primär Personen aus einem Pool des Theaters und sekundär theaterfremde Personen in Betracht, wobei Letztere von den Vertretenen zu bezahlen waren.

Eine Entlohnung ausschließlich in Höhe eines vereinbarten Prozentsatzes des an den Kunden verrechneten Umsatzes begründet Unternehmerrisiko beim Beschäftigten. Die Übernahme des Unternehmerrisikos begründet aber nur dann Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit, wenn weder eine persönliche Weisungsgebundenheit noch eine Eingliederung in den geschäftlichen Organismus gegeben ist (VwGH 21.11.2013, 2012/15/0025).

Eine Definition des **freien Dienstverhältnisses** lässt sich aus § 4 ASVG ableiten: Demnach sind freie Dienstnehmer Personen, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen. Der wesentliche Unterschied zum echten Dienstverhältnis besteht darin, dass der Dienstnehmer vom Dienstgeber persönlich unabhängig ist.

Das Einkommensteuerrecht kennt keine gesonderte Definition des Begriffes des freien Dienstnehmers.

Ein freies Dienstverhältnis ist für selbständige Tätigkeiten ausgeschlossen, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründen (§ 4 Abs 4 Z 2 lit c ASVG).

## 5.5. Rechtsfolgen Arbeitsrecht

### 5.5.1. Allgemeines

Die meisten arbeitsrechtlichen Gesetze (siehe 5.5.2.) sind nur auf „echte“ **Dienstverhältnisse** anwendbar. Dasselbe gilt für Kollektivverträge (5.5.3.) und Betriebsvereinbarungen (5.5.4.). Auch das Vertretungsrecht des Betriebsrates bezieht sich nur auf „echte“ Dienstnehmer.

Auf den **freien Dienstnehmer** sind lediglich einige arbeitsrechtliche Vorschriften analog anzuwenden, soweit diese nicht den sozial Schwächeren schützen sollen (OGH 8 ObA 49/19t, DRdA-infas 2020/34). So werden etwa die Bestimmungen der §§ 1159 ff ABGB über die Länge der Kündigungsfristen sowie die Kündigungsschädigung analog angewandt, nicht jedoch etwa die Bestimmungen über die Abfertigung, den Urlaub oder die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Hingegen ist gem § 1164a ABGB auch für freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG ein Dienstzettel auszustellen. Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen siehe 5.5.6.

Charakteristisch für das Arbeitsrecht ist ein Zusammenspiel verschiedenster Rechtsquellen. Hier kann man auch von einem **Stufenbau** dieser Rechtsquellen sprechen: An oberster Stelle steht das Gesetz, sodann folgen Kollektivvertrag (bzw dessen Substitutionsformen), Betriebsvereinbarung und Einzelvertrag (Dienstvertrag). In diesem Stufenbau geht die jeweils „höherrangige“ Rechtsquelle der ihr „unterstellt“ vor. Abweichungen sind daher grundsätzlich nur zulässig, wenn sie für den Dienstnehmer günstiger sind. Dies wird anhand eines sog **Gruppenvergleichs** geprüft (Bestimmungen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen, werden gem § 3 Abs 2 ArbVG einander gegenübergestellt).

Abgesehen von diesen „relativ **zwingenden**“ **Vorschriften** gibt es noch „**dispositive**“ **Normen**, von denen also auch zum Nachteil des Dienstnehmers abgewichen werden kann. Teilweise gibt es Normen, von denen keinesfalls abgewichen werden darf, auch wenn die niederrangige Norm günstiger wäre („absolut zwingende Normen“). Derartige Normen finden sich insb im kollektiven Arbeitsrecht: Während das **Individualarbeitsrecht** die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Dienstnehmer und Dienst-

geber regelt, sind Gegenstand des **kollektiven Arbeitsrechts** primär das Verhältnis zwischen der Belegschaft als Gesamtheit bzw deren Organen und dem Arbeitgeber bzw auch dem einzelnen Arbeitnehmer und das jeweilige Verhältnis zu den Arbeitnehmern bzw Arbeitgeberverbänden (Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, Organe der Belegschaft, Mitwirkungsrechte, etc).

### 5.5.2. Relevante arbeitsrechtliche Gesetze

Das Arbeitsrecht ist derzeit von einer – teilweise eher unübersichtlichen – Vielzahl von Einzelgesetzen geprägt. Es gibt Gesetze, welche für (fast) alle privatrechtlichen Dienstnehmer Anwendung finden und Gesetze, welche entweder nur für Angestellte oder nur für Arbeiter anwendbar sind. Weiters gibt es Gesetze für bestimmte Berufsgruppen und subsidiär die Vorschriften des ABGB über Dienstverträge. Eine „Kodifikation“ arbeitsrechtlicher Vorschriften findet sich derzeit nur im kollektiven Arbeitsrecht (Arbeitsverfassungsgesetz).

Im Folgenden seien einige ausgewählte arbeitsrechtliche Gesetze angeführt:

- **Arbeitsverfassungsgesetz** (ArbVG): Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts (Bestimmungen über Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, Belegschaftsvertretung, Mitwirkungsrechte).
- **Angestelltengesetz** (AngG): Individualarbeitsrechtliche Regelungen für Angestellte.
- **Gewerbeordnung 1859** (GewO 1859): In den §§ 72 bis 96e der „alten“ Gewerbeordnung aus dem Jahre 1859, welche gem § 376 Z 47 der GewO 1994 noch in Kraft sind, finden sich individualarbeitsrechtliche Regelungen für Arbeiter bei Gewerbetreibenden.
- **Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch** (ABGB): In den §§ 1151 bis 1164a ABGB finden sich subsidiär anwendbare Regelungen über den Dienstvertrag.
- **Entgeltfortzahlungsgesetz** (EFZG): Regelungen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für Arbeiter.
- **Urlaubsgesetz** (UrlG): Urlaubsbestimmungen für Arbeiter und Angestellte.
- **Dienstnehmerhaftpflichtgesetz** (DHG): Haftungsbestimmungen (insb Haftungs erleichterungen für Dienstnehmer und dienstnehmerähnliche Personen).
- **Arbeitszeitgesetz** (AZG): Regelungen über die Arbeitszeit für Arbeiter und Angestellte.
- **Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz** (KA-AZG): Arbeitszeitregelungen für Dienstnehmer in Krankenanstalten
- **Arbeitsruhegesetz** (ARG): Regelungen insb über die Wochenendruhe für Arbeiter und Angestellte.
- **ArbeitnehmerInnenschutzgesetz** (ASchG): Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor spezifischen Gefahren des Arbeitslebens.
- **Mutterschutzgesetz** (MSchG)/**Väter-Karenzgesetz** (VKG): Regelungen zum Schutz werdender Mütter, Bestimmungen über Karenz und Elternteilzeit für Mütter und Väter.
- **Gleichbehandlungsgesetz** (GlBG): Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierungen für Dienstnehmer und dienstnehmerähnliche Personen.
- Bundesgesetz über die Beschäftigung von **Kindern und Jugendlichen** (KJBG): Beschränkungen bzw Schutzbestimmungen für Kinder und Jugendliche.

- **Nachtschwerarbeitsgesetz** (NSchG): Schutzmaßnahmen für Nachschwerarbeiter.
- **Arbeitsinspektionsgesetz** (ArbIG): Aufgaben und Rechte der Arbeitsinspektionsorgane.
- **Behinderteneinstellungsgesetz** (BEinstG): Regelungen zum Schutz (insb „begünstigter“) Behindterter.
- **Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz** (AVRAG): Verschiedene individualarbeitsrechtliche Bestimmungen; Schutz des Arbeitnehmers bei „Betriebsübergang“.
- **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz** (LSD-BG): Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping.
- **Berufsausbildungsgesetz** (BAG): Bestimmungen über das Lehrverhältnis.
- **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz** (AÜG): Regelung der Arbeitskräfteüberlassung.
- **Arbeitsplatzsicherungsgesetz** (APSG): Arbeitsrechtlicher Schutz von Präsenz- bzw Zivildienern.
- **Arbeiterabfertigungsgesetz** (ArbAbfG): Regelung der Abfertigung „alt“ für Arbeiter.
- **Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz** (BUAG): Urlaubs- und Abfertigungsbestimmungen für Bauarbeiter.
- **Bauarbeiter-Schlechtwetter-Entschädigungsgesetz** 1957 (BSchEG) Entschädigung für Bauarbeiter bei Arbeitsausfall wegen Schlechtwetter.
- **Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz** (BMSVG): Die Regelung der Abfertigung „neu“.
- **Betriebspensionsgesetz** (BPG): Regelungen über betriebliche Pensionsvorsorge.
- **Pensionskassengesetz** (PKG): Regelungen über Pensionskassen.
- **Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz** (IESG): Entgeltschutz bei Insolvenz des Dienstgebers.
- **Hausbesorgergesetz** (HausbG): Regelungen für Hausbesorger, deren Dienstverhältnis bis zum 30.6.2000 begründet worden ist.
- **Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz** (HausgG): Bestimmungen für in der Hauswirtschaft des Dienstgebers tätige Dienstnehmer.
- **Heimarbeitsgesetz** (HeimAG): Regelungen für Heimarbeit jeder Art
- **Journalistengesetz** (JournG): Regelungen für journalistische Mitarbeiter von Zeitungsunternehmungen und gleichgestellten Dienstgebern.
- **Theaterarbeitsgesetz** (TAG): Regelungen für künstlerische Mitarbeiter von Theaterunternehmungen.
- **Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz** (ASGG): Regelungen über das arbeits- und sozialgerichtliche Verfahren.
- **Ausländerbeschäftigungsgesetz** (AuslBG): Regelungen über die Beschäftigung von Ausländern.

### 5.5.3. Kollektivvertrag

#### 5.5.3.1. Grundsatz

**Kollektivverträge** sind gem § 2 ArbVG schriftliche Vereinbarungen zwischen den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber (bzw eigenen Rechtsträgern mit Kollektivvertragsfähigkeit) sowie der Arbeitnehmer. Kollektivverträge sind gem § 14 ArbVG beim Sozialministerium zu hinterlegen und von diesem im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“