

1. Arbeitsverhältnis – Arbeitnehmergruppen

Arbeitsrecht ist das **Sonderrecht des AN**, also des unselbständig Tätigen in seinen Beziehungen zum AG¹).

Im Folgenden wird geklärt, wer als **AN** anzusehen ist oder – gleichbedeutend – in einem **Arbeitsverhältnis** steht²), für wen also das Arbeitsrecht gilt. Es ist dies eine Frage der Bestimmung des **subjektiven Geltungsbereichs** von G. Jene Normen, die in dieser Beziehung primär auf dem Begriff des AN aufbauen³), stellen den Katalog der arbeitsrechtlichen G dar (vgl zB §§ 1 ff AngG, § 1 UrlG, § 1 AVRAG, §§ 1, 33 ff ArbVG)⁴).

Anwendungsbereichsfragen gehen naturgemäß über das Problem des subjektiven Geltungsbereichs, im gegebenen Zusammenhang also des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses, hinaus. So weisen die Geltungsbereichsbestimmungen der einzelnen arbeitsrechtlichen G auch bedeutende **objektive Komponenten** auf: Das BäckAG beispielsweise ist gem § 1 Abs 1 leg cit auf AN in Backwaren-Erzeugungsbetrieben beschränkt, das BUAG gilt nur für die in § 2 leg cit aufgezählten Bereiche der Bauwirtschaft (zum objektiven Geltungsbereich der Betriebsverfassung vgl 13.1.1).

Der Arbeitnehmerbegriff zeichnet sich zwar in den einzelnen Materien des Arbeitsrechts – und auch darüber hinaus im Sozialversicherungsrecht (vgl insb die Definition des DN in § 4 Abs 2 ASVG) – zumeist durch Deckungsgleichheit aus, im Detail ist er aber je nach dem Zweck des Teilrechtsgebiets unterschiedlich weit abzugrenzen. Im Weiteren werden die wichtigsten für bestimmte Bereiche des Faches maßgeblichen Arbeitnehmerbegriffe vertieft, nämlich jener des Arbeitsvertragsrechts (vgl 1.1), jener des Betriebsverfassungsrechts (vgl 1.2) und jener des Arbeitnehmerschutzrechts (vgl 1.3).

Um die Relevanz dieser Bezeichnungen einschätzen zu können, müssen die genannten Unterteilungen des Arbeitsrechts genauer erklärt werden. Herkömmlicherweise wird das Fach in die beiden Teilgebiete des Individualarbeitsrechts einerseits und des Kollektivarbeitsrechts andererseits aufgespalten, wobei die zwei Bereiche eng miteinander verbunden sind. Das **Individualarbeitsrecht** betrifft die individuellen Rechtsbeziehungen zwischen AN und AG und umfasst einerseits das **Arbeitsvertragsrecht**, also das den Arbeitsvertrag und dessen Inhalte regelnde Recht (zB Entgeltrecht, vgl 5.; Urlaubsrecht, vgl 8.2; Recht der Beendigung des Arbeitsvertrags, vgl 2.), andererseits das

¹) *Spielbüchler*, Arbeitsrecht I⁴ 1.

²) Synonym wird für AN zuweilen der Begriff „DN“, für AG das Wort „DG“, für Arbeitsverhältnis die Bezeichnung „Dienstverhältnis“ und für Arbeitsvertrag der Terminus „Dienstvertrag“ verwendet. In diesem Buch werden im Allgemeinen die moderneren Begriffe, also die Zusammensetzungen mit dem Wort „Arbeit“, gebraucht.

³) Ganz ausnahmsweise geht die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts über den Arbeitnehmerbegriff hinaus; vgl insb 1.1.1.2, 1.1.2.

⁴) Zu bedenken ist, dass auch in anderen Rechtsgebieten, insb im Sozialversicherungsrecht (vgl § 4 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ASVG), am Begriff des DN angeknüpft wird.

Arbeitnehmerschutzrecht, dh jenes besondere Verwaltungsrecht, das die staatlichen Eingriffe zum Schutz von Leben, Gesundheit und sonstigen wichtigen Rechtsgütern des AN beinhaltet (zB technischer Arbeitnehmerschutz, vgl 8.5.1; Verwendungsschutz, insb für Kinder und Jugendliche bzw für Frauen während der Mutterschaft, vgl 3.1.4.1 d, 8.5.2; Arbeitszeitschutz, vgl 4.4). Das **kollektive Arbeitsrecht** zerfällt in das **Berufsverfassungsrecht**, das die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektiven der AN und der AG auf überbetrieblicher Ebene („Sozialpartner“) betrifft (zB Recht des KollV, Arbeitskampfrecht; vgl 11., 15.), und in das **Betriebsverfassungsrecht**, welches das Verhältnis der Belegschaft bzw ihrer Vertretungen (insb BR) gegenüber dem BI („Betriebspartner“) regelt (zB Betriebsratswahl, Mitbestimmung; vgl 12., 13.).

In diesem Kapitel wird noch ein weiteres Problem des subjektiven Geltungsbereichs arbeitsrechtlicher Vorschriften erörtert, nämlich die Frage nach dem **Begriff des Angestellten** im Kontrast insb zu jenem des Arbeiters (vgl 1.4).

Eingangs wurde das Arbeitsrecht als Sonderrecht charakterisiert. Trotz dieses Umstands bleiben je nach Materie **allgemeinere Vorschriften**, etwa des bürgerlichen Rechts, insoweit anwendbar, als sie vom Arbeitsrecht nicht ausgeschlossen werden (vgl zB 3., 9.).

1.1 Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts (Arbeitsvertrag)

Das **Arbeitsvertragsrecht** ist jenes Teilgebiet des Arbeitsrechts, in dem es um die Regelung der Vertragsbeziehungen zwischen AN und AG geht.

Das Arbeitsvertragsrecht ist von fundamentaler Bedeutung für das gesamte Arbeitsrecht; es ist daher sinnvoll, zuerst den für dieses Rechtsgebiet maßgeblichen Arbeitnehmerbegriff zu erörtern.

Gem § 1151 Abs 1 Halbsatz 1 ABGB entsteht ein Dienstvertrag, wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Aus dieser eher dünnen gesetzlichen Vorgabe hat die Arbeitsrechtsdogmatik abgeleitet, dass sich ein AN iSd Arbeitsvertragsrechts durch **vier Wesensmerkmale** auszeichnet⁵⁾:

Erstens ist das Arbeitsverhältnis – die Begriffe „Arbeitsvertrag“ und „Dienstvertrag“ sind im gegebenen Zusammenhang als Synonyma verwendbar – ein **Dauerschuldverhältnis** („auf gewisse Zeit“), das die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Gegenstand hat. Dauerschuldverhältnisse erlöschen – anders als Zielschuldverhältnisse (vgl auch 1.1.1.1) – nicht automatisch durch die Erfüllung, es bedarf vielmehr eines eigenen Beendigungsaktes (zB Kündigung, Befristung).

Beispiel: Wird in eine als „Werkvertrag“⁶⁾ titulierte Vereinbarung eine Beendigungsregelung (zB Kündigungsvorschriften) aufgenommen, so ist das ein Hinweis darauf, dass in Wirklichkeit ein Dauerschuldverhältnis und damit möglicherweise ein Arbeitsvertrag vorliegt.

⁵⁾ Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/001 ff; *Spielbüchler*, Arbeitsrecht I⁴ 48 ff; *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 18 ff.

⁶⁾ Dieser ist ein Zielschuldverhältnis; vgl 1.1.1.1.

Zweitens besteht der Leistungsinhalt im Arbeitsverhältnis in **Diensten** („Dienstleistung“), also in Arbeit als solcher und nicht – wie beim Werkvertrag (vgl. 1.1.1.1) – in einem von vornherein bestimmten Arbeitsprodukt.

Drittens beinhaltet das Arbeitsverhältnis eine sog **Bemühensverbindlichkeit**: Der AN schuldet seine Arbeitskraft, nicht einen bestimmten Arbeitserfolg.

Dieser Aspekt darf nicht zu wörtlich genommen werden. Es geht auch hier in erster Linie um die Abgrenzung zum Werkvertrag, der nur bei erfolgreicher Erstellung des Werks erfüllt wird und daher eine Erfolgsverbindlichkeit darstellt. Allerdings steht auch der AN mehr oder weniger unter Erfolgsdruck: Bemüht er sich zwar, ist aber seine Arbeitsleistung von der Qualität her nicht ansprechend, so wird er mit der Kündigung durch den AG zu rechnen haben. Einen Vertragsbruch hingegen, der zur Entlassung durch den AG führen kann, begeht er (nur) dann, wenn er sich nicht einmal bemüht oder – anders gesprochen – seine Arbeitspflicht erheblich verletzt (§ 27 Z 4 AngG, § 82 lit f GewO 1859; s 2.1.3.1.1 c).

Kennzeichnend für ein Arbeitsverhältnis ist viertens die **persönliche Abhängigkeit** des AN („Dienstleistung für einen anderen“). Dieser Aspekt ist vielschichtig und anhand mehrerer Elemente zu prüfen:

- Der AN ist in fremde unternehmerische Strukturen, in ein fremdes unternehmerisches Konzept, **eingegliedert**: Er ist an Arbeitszeiten, den Arbeitsort und die Arbeitsabfolge gebunden.

Die unter 1.1.1.1 und 1.1.1.2 beschriebenen Unternehmerverhältnisse ermöglichen es hingegen dem Arbeitenden, diese Umstände relativ frei zu bestimmen.

- Der AN unterliegt dem **Weisungsrecht** des AG (dazu genauer 4.1.1). Er ist diesbezüglich der Kontrolle des AG unterworfen und diesem in gewisser Weise disziplinar verantwortlich.

Im Gegensatz zu den unter 1.1.1.1 und 1.1.1.2 beschriebenen Unternehmerverhältnissen beziehen sich Weisungen im Arbeitsverhältnis nicht bloß auf die Sache, sondern primär auf die Person des AN. Der Werkvertragsnehmer etwa erhält Weisungen betreffend die Wünsche des Auftraggebers über die **Gestaltung des Werks**, der AN hingegen wird angewiesen, Arbeit nach den Vorgaben des AG zu erbringen, sein **persönliches Verhalten** also in einer bestimmten Art und Weise auszurichten.

- Der AN ist im Allgemeinen zur **persönlichen Arbeitsleistung** verpflichtet (§ 1153 ABGB); er kann sich daher nicht vertreten lassen.

Diese Regel beschreibt ein Prinzip, von dem Ausnahmen möglich sind. Es ist somit denkbar, dass sich auch ein AN vertreten lassen kann, wenngleich dies typischerweise nur bei einem Unternehmer der Fall ist.

Beispiel: In einer mit „Werkvertrag“ überschriebenen Vereinbarung findet sich der Passus, dass sich der Werkvertragsnehmer jederzeit von einer beliebigen Person bei der Ausführung der Arbeit vertreten lassen kann. In Wahrheit findet allerdings niemals eine Vertretung statt.

Das ASG dürfte hier nicht nur am Wortlaut des schriftlichen Vertrags kleben, sondern müsste prüfen, wie das Rechtsverhältnis tatsächlich „gelebt“ wird. Stellt sich dabei heraus, dass die Übernahme der Arbeit durch eine andere Person im konkreten Fall nur nach Rücksprache bzw im Einvernehmen mit dem Vertragspartner möglich oder gar von vornherein unerwünscht ist, so ist daraus zu schließen, dass letztlich die für ein Arbeitsverhältnis typische persönliche Arbeitspflicht gegeben ist.

- Der AN ist auch insofern fremdbestimmt, als das **Ergebnis der Arbeit** dem **AG** zukommt und dieser idR die **Arbeitsmittel** zur Verfügung stellt.

Typischerweise lukriert der AG den unternehmerischen Gewinn, dafür muss er auch das Unternehmerrisiko tragen. Der AN erhält grundsätzlich – unbeschadet des Umstands, dass zB Gewinnbeteiligungen als Entlohnungsform möglich sind (vgl 5.1.2.3) – keinen Anteil vom Erfolg des Unternehmens, dafür genießt er sozialen Schutz, niedergelegt insb in den Bestimmungen des Arbeitsrechts.

Im Allgemeinen hat der AG die Verfügungsmacht über die Arbeitsmittel, der AN gliedert sich in das Unternehmen des AG nicht zuletzt deshalb ein, weil er selbst keine diesbezüglichen Strukturen aufgebaut bzw in Verwendung hat. Hat der Arbeitende selbst Arbeitsmittel bereitzustellen, so spricht dies als ein Prüfungsselement gegen dessen Arbeitnehmereigenschaft.

Der gegenständliche Aspekt der persönlichen Abhängigkeit macht augenfällig, dass der AN insofern auch **wirtschaftlich abhängig** ist, als er sich in fremde unternehmerische Strukturen begeben muss, um seine Arbeitsleistung erbringen zu können. Er wird dies idR deshalb machen, weil er das Arbeitsentgelt zum Unterhalt für sich und allfällige Unterhaltsberechtigte benötigt. Trotzdem darf der Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit nur im obigen Sinn, nicht aber als Lohnabhängigkeit verstanden werden, würde man doch sonst Personen, die in persönlicher Abhängigkeit arbeiten, ohne auf das Arbeitsentgelt angewiesen zu sein, aus dem Arbeitsrecht ausgrenzen. Eine derartige Vorgangsweise, die die arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit nicht abstrakt, sondern konkret nach der Bedürftigkeit bestimmt, würde zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen, könnte doch dann im Einzelfall argumentiert werden, dass eine Person dem Arbeitsrecht nicht unterliegt, weil sie das Arbeitsrecht „nicht braucht“.

- Den AN treffen **Treuepflichten** (zB Konkurrenzverbot, Geheimhaltungspflicht), der AG ist an die **Fürsorgepflicht** gebunden und hat daher wichtige Rechtsgüter des AN zu schützen (allg dazu 7., 8.).

Dafür, dass dem AN sozialer Schutz gewährt wird, muss er Abstriche im Hinblick auf seine berufliche Entfaltungsfreiheit hinnehmen.

Beispiel: Wird einem „freien DN“ vertraglich ein umfassendes Neben-tätigkeitsverbot auferlegt, so kann dies die Unternehmerposition als solche in Frage stellen, besteht diese doch ua in der Freiheit, sich auf einem Markt entfalten zu können. Es wird hier also ein Aspekt geschaffen, welcher für ein ASG in Richtung Arbeitnehmerstellung zu Buche schlägt.

- Als Indizien für das Bestehen von Arbeitnehmereigenschaft sind weiters die Anmeldung zur **Sozialversicherung der Unselbständigen** nach ASVG⁷⁾ und der **Lohnsteuerabzug** anzusehen.

Der sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmerbegriff (§ 4 Abs 2 ASVG) und die einkommensteuerrechtliche Umschreibung des Unselbständigen (§ 47 Abs 2 EStG) sind zwar dem Begriff des AN iSd Arbeits(vertrags)rechts sehr ähnlich, im Detail gibt es allerdings wegen der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und deren Zwecksetzung sowie auch infolge der unterschiedlichen höchstgerichtlichen Zuständigkeiten (OGH in Arbeitsrechtssachen, VwGH in Verwaltungssachen nach ASVG bzw im Bereich des EStG) Abweichungen. Die Sichtweise in den anderen Rechtsgebieten kann jedenfalls für das ASVG nicht bindend sein, wenngleich die dort getroffene Entscheidung häufig eine Orientierungshilfe abgeben wird.

Ein (qualitatives) **Überwiegen der für das Arbeitsverhältnis typischen Elemente** gegenüber dagegen sprechenden Aspekten führt zur Anwendung des Arbeitsrechts, wobei der einzelne Faktor ein Indiz ist, das einmal stärker und einmal schwächer in Erscheinung tritt. Rechtstheoretisch betrachtet ist der Arbeitnehmerbegriff ein gesetzlich angeordnetes bewegliches System, bei dem der Tatbestand nicht nur dann erfüllt ist, wenn alle Tatbestandsmerkmale kumulativ gegeben sind; vielmehr genügt es, wenn einzelne Elemente entsprechend stark ausgeprägt sind, auch wenn andere Elemente fehlen. Nur **im Zweifel** ist hierbei die **Bezeichnung des Vertrags** von Bedeutung („die falsche Bezeichnung schadet nicht“). Auch **unentgeltliche Arbeitsverhältnisse** sind – anders als unentgeltliche Werkverträge (vgl 1.1.1.1) – juristisch möglich (vgl § 1152 ABGB), wenngleich praktisch auf Grund insb in KollV enthaltener zwingender Entgeltvorschriften (vgl 5.2, 11.) sehr selten (zB Praktikantenverhältnisse).

1.1.1 Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

Aufbauend auf dem unter 1.1 Ausgeführten sind im Folgenden die wichtigsten Gestaltungen, auf deren Basis außerhalb eines Arbeitsverhältnisses durch eine Einzelperson Arbeit geleistet werden kann, darzustellen.

Kommt man nach Prüfung der maßgeblichen Gesichtspunkte zum Ergebnis, dass **keine Arbeitnehmereigenschaft** gegeben ist, so folgt daraus, dass das **Arbeitsrecht** mit seinen diversen Schutzbestimmungen (zB Mindestarbeitsbedingungen, insb Mindestlöhne nach KollV, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, bezahlter Urlaub, Arbeitszeitschutz usw) grundsätzlich **nicht anwendbar** ist.

Ausnahmsweise sind spezielle Aspekte des Arbeitsrechts **kraft G** auch für von Arbeitsverhältnissen zu unterscheidende Rechtsverhältnisse maßgeblich (vgl 1.1.1.2, 1.1.2.2). Zudem ist es denkbar – und kommt auch praktisch vor –, dass Arbeitsrecht **vertraglich** für anwendbar erklärt wird.

⁷⁾ Zu beachten ist, dass ganz ausnahmsweise zivil- bzw arbeitsrechtlich Selbständige nach ASVG sozialversichert sind, nämlich gewisse freie DN nach § 4 Abs 4 leg cit.

Das Arbeitsrecht ist in weiten Bereichen das **Schutzrecht** des wirtschaftlich typischerweise unterlegenen **AN** und muss als solches seinen Anwendungsbereich sichern, insb auch gegenüber Versuchen, durch vordergründige Vertragsgestaltungen seine vor allem für den AG, allenfalls aber auch für den AN (vorerst) unerwünschten Rechtsfolgen zu umgehen. Ein AN wird in derartigen Konstellationen – dies ist das Wesen eines im Zivilrecht wurzelnden Schutzrechts – vor seinen eigenen (Willens-)Erklärungen geschützt.

Aus der Praxis: Für Vertragsgestalter stellt sich hier die Frage, welche Arten von Arbeitsleistungen außerhalb des Arbeitsrechts erbracht werden können und für welche Konstellationen das Arbeitsrecht de facto „unvermeidlich“ ist. Die juristische Beratung kommt in diesem Zusammenhang zuweilen in eine Situation, in der sie die Risiken einer bestimmten Gestaltung im Hinblick auf einen künftigen Rechtsstreit einschätzen muss.

Aus der Perspektive des ASG ist es häufig so, dass nach den unter 1.1 und im Weiteren darzustellenden Rechtsgrundlagen die Frage zu klären ist, ob sich Parteien der im Wirtschaftsleben vorgesehenen Freiheit der Vertragsgestaltung bedient oder „Formenmissbrauch“ betrieben haben, indem sie zwecks Vermeidung gewisser Rechtsfolgen einen nicht passenden Vertragstyp verwenden wollten.

1.1.1.1 Werkvertrag

Ein Werkvertrag entsteht dann, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (§ 1151 Abs 1 Halbsatz 2 ABGB).

Aus dieser gesetzlichen Umschreibung werden **vier wesentliche Elemente** abgeleitet:

Im Gegensatz zum Dienstvertrag ist der Werkvertrag ein **Zielschuldverhältnis** und erlischt daher mit der Erfüllung, ohne dass es dazu irgendeiner Willenserklärung bedarf (vgl auch 1.1).

Inhaltlich gesehen enthält der Werkvertrag eine individualisierte und konkretisierte Leistung, das **Werk**. Ein Werk ist also in sich geschlossen, es ergibt sich zwar aus Arbeitsleistungen, diese sind aber bloß Mittel zum Zweck und gehen im Werk auf⁸⁾.

Weiters ist für den Werkvertrag kennzeichnend, dass der Auftragnehmer das Werk und damit einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet. Es kommt also auf das Ergebnis der Leistung an („**Erfolgsverbindlichkeit**“), ein bloßes Bemühen wie beim Arbeitsvertrag (vgl 1.1) und beim freien Dienstvertrag (vgl 1.1.1.2) genügt nicht. Auch die Honorierung erfolgt dementsprechend weniger – wie typischerweise im Arbeitsvertrag – durch ein Fixum als vielmehr durch eine leistungsorientierte Abgeltung, das Werkentgelt. Der Auftragnehmer trägt das Unternehmerrisiko und leistet Gewähr für Mängel.

Schließlich handelt es sich um eine selbständige Tätigkeit, die unter eigener Verantwortung durchzuführen ist; allfällige Weisungen sind nicht personen-, sondern sachbezogen. Auch sonst arbeitet der Werkunternehmer **in**

⁸⁾ So *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1105.

persönlicher Unabhängigkeit: Er kann daher im Allgemeinen die Vertragserfüllung nach seiner Zeiteinteilung vornehmen, sich vertreten lassen usw (vgl auch 1.1).

Klassische **Beispiele** für Werkverträge sind die Verträge der „Handwerker“ mit ihren Kunden, also etwa Verträge der Baumeister, Tischler, Schneider etc. Natürlich gibt es auch Werkverträge, die unkörperliche Werke zum Inhalt haben (zB Vertrag über das Verfassen eines Buches).

Problematisch wird die Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeitsvertrag mitunter bei **befristeten Arbeitsverhältnissen**, weil in gewissen Fällen die Befristung vom Erfolg bestimmt ist. Ein Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit kann nicht nur durch einen kalendermäßig fixierten Termin, sondern auch durch einen objektiv feststellbaren, wenn auch vorerst kalendermäßig noch nicht zu ermittelnden Zeitpunkt begrenzt werden (objektiv bestimmbare Befristung; vgl 3.2.1.1.1). In derartigen Fällen bringt ein eintretender Erfolg (zB der Abschluss eines Projekts) auch ein Arbeitsverhältnis zum Erlöschen, sodass dieses Abgrenzungskriterium unbrauchbar wird. Zur Unterscheidung des Arbeitsvertrags vom Werkvertrag muss daher auf die übrigen, das Arbeitsverhältnis charakterisierenden Merkmale zurückgegriffen werden. Überwiegen sie, dann ist Selbständigkeit iSd Werkvertrags nicht gegeben und es liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor⁹⁾.

1.1.1.2 Freier Dienstvertrag¹⁰⁾

Es handelt sich um ein **Dauerschuldverhältnis ohne persönliche Abhängigkeit** des Arbeitenden, in welchem **Dienste** iS einer **Bemühensverbindlichkeit** geschuldet werden. Der Dienstleister ist einerseits in einer juristisch auf Dauer angelegten Beziehung zum Auftraggeber, bleibt dabei jedoch – anders als der AN – weitgehend frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens. Es besteht daher keine Bindung an Arbeitszeit, Arbeitsort etc (vgl auch 1.1).

Beispiele für freie Dienstverträge sind die Rechtsverhältnisse von Steuerberatern, Rechtsanwälten udgl mit ihren Klienten („Freiberufler“). In Gesetzgebung und Rechtsprechung spielten weiters Betriebsärzte (vgl § 79 Abs 1 ASchG, insb Z 2 leg cit), Tierärzte als Vieh- und Fleischbeschauer, (selbständige) Vertreter, Stundenbuchhalter, sonstige „echte“ freie Mitarbeiter – zB in der Medienbranche (vgl auch § 32 ORF-G) –, Heimarbeiter und Mitglieder von Organen juristischer Personen (vgl dazu auch 1.1.2.1) eine Rolle.

⁹⁾ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/018.

¹⁰⁾ Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, 93; Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 126 ff mwN.

Strukturen von Arbeitsvertrag, Werkvertrag und freiem Dienstvertrag			
	Arbeitsvertrag	Werkvertrag	freier Dienstvertrag
Leistungsinhalt	Dienste	Werk	Dienste
zeitliche Struktur	Dauerschuld	Zielschuld	Dauerschuld
Anforderung	Bemühen	Erfolg	Bemühen
Eingliederung	persönlich abhängig	persönlich unabhängig	persönlich unabhängig

Entscheidung 1: Nachhilfelehrerinnen

Sachverhalt: Die BeKl leitet ein Unternehmen, das Lernhilfen für Mittelschüler veranstaltet. Die ErstKl und die DrittKl werden 1984, die ZweitKl wird 1981 aufgenommen. In Vorstellungsgesprächen werden ihnen ua eine Empfehlungsliste für Lehrer, Lehrhinweise für Kleinstgruppenkurse und Organisationshinweise vorgelegt. Es wird ihnen gesagt, dass sich der Unterricht bei der BeKl so wie in diesen Unterlagen abspiele, wie die Kurse ablaufen und dass sie sich an die schulischen Gegebenheiten halten, Tests durchführen und die Skripten der BeKl verwenden müssen. In den Jahren 1985 bis 1988 unterrichtet die ErstKl jährlich über 500, die ZweitKl jährlich rund 300, die DrittKl im ersten Jahr 376, in den folgenden beiden Jahren über 600 und in der ersten Hälfte des Jahres 1988 204 Stunden. Sie werden mit unterschiedlicher Stundenzahl beinahe jeden Monat tätig. Eine Mindeststundenzahl wird ihnen nie zugesagt. Sie erhalten ihr Entgelt auf der Basis der Honorarabrechnung, und zwar üblicherweise zum Monatsende, egal wann die Honorarnote gelegt wird. Im Verhinderungsfall des Lehrers ist es üblich, sich eine Vertretung aus dem Kollegenkreis zu suchen und dies dem Sekretariat zu melden. Ist das Sekretariat einverstanden, wird die Vertretung durchgeführt. Nach einer generellen Weisung der BeKl ist dann, wenn nur ein Schüler am Unterricht teilnimmt, nur eine halbe Stunde zu unterrichten, wofür der Lehrer auch nur das halbe Honorar erhält. Die Kursstunden sind eingeteilt, Verschiebungen sind nur schwer möglich; diese sind dem Sekretariat zu melden und werden von dort aus organisiert. Verkürzungen der Unterrichtszeit, Verschiebungen und Vertretungen erfolgen nicht nur aus Gründen in der Person des Lehrers, sondern auch aus anderen Gründen (Schülerexkursionen, Feiertage, Schülerwünsche). Die in den Lehrerzimmern ausgehängte, für die Lehrer verbindliche Pausenregelung stammt von der Sekretärin der BeKl. Sie kümmert sich um die Einhaltung der Pausen und der von den Lehrern zu besorgenden Pausenaufsicht. Die gehaltenen Stunden – ebenso die durchgemachten Stoffbereiche – werden in Lehrermappen eingetragen, die nach jeder Stunde im Sekretariat abgegeben werden. Die Mappen dienen auch der Abrechnung. Halten sich die Lehrer nicht an die Empfehlungslisten für Lehrer, Lehrhinweise für Kleinstgrup-

penkurse, Organisationshinweise usw., dann rügt dies die Bekl und fordert die Lehrer zur Einhaltung auf.

Die Bekl löste allenfalls bestehende Dienstverhältnisse mit den Kl mit Eventualkündigung auf, und zwar das der ErstKl zum 30. 6. 1990, das der ZweitKl zum 31. 12. 1988 und das der DrittKl zum 31. 3. 1989. Die Kl fordern restliches Entgelt, Urlaubsentgelt (Urlaubsabgeltung) und Abfertigungen.

Leitsätze: Hat eine Kurslehrerin feste Arbeitszeiten am bestimmten Arbeitsort einzuhalten und unterliegt sie auch nur diesbezüglich der Kontrolle der AG, sind die Voraussetzungen für einen freien Dienstvertrag nicht gegeben, sondern liegt ein echter Arbeitsvertrag iSd § 1151 ABGB vor.

Dazu ist auch in Betracht zu ziehen, dass die Lehrerin nicht nur bezüglich der Einhaltung fester Arbeitszeiten, sondern – durch die von ihr zu führenden und abzugebenden Lehrermappen – auch bezüglich des Inhalts ihrer Tätigkeit der laufenden Kontrolle durch die AG unterlegen ist.

Hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit ist nur derjenige, der übernommene Arbeiten nach Gutdünken – ohne Rücksprache mit dem Vertragspartner – generell an andere Personen delegieren darf, in der Durchführung der Arbeiten nicht fremdbestimmt und daher kein AN. Wird durch die ausschließlich an dem sich jeweils ergebenden Bedarf der AG orientierte Gestaltung der Arbeitsverhältnisse das gesamte Beschäftigungsrisiko auf die AN überwältzt, mit der nicht einmal eine bestimmte, jedenfalls abzugeltende Mindestarbeitszeit vereinbart und die nur nach der tatsächlich von der AG in Anspruch genommenen Arbeitszeit honoriert worden ist, spricht weder die unterschiedliche Intensität der Beschäftigung noch das Fehlen einer Vereinbarung über eine Mindestarbeitszeit gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Die jeweils für einen Kurs abgeschlossenen Verträge, mit denen die Lehrerin während des größten Teils des Jahres beschäftigt worden ist, sind als Kettendienstvertrag zu qualifizieren¹¹⁾, durch den das Unternehmerrisiko in unzulässiger Weise auf die Lehrerin überwältzt worden ist, und Arbeitnehmerrechte, wie jene auf bezahlten Urlaub, Abfertigung und Kündigungsschutz, beschnitten worden sind.

OGH 26. 6. 1997, 8 ObA 2158/96b, infas 1997 A 118

Entscheidung 2: Sprachlehrer

Wird die Verpflichtung zur Arbeitsleistung jeweils am Vortag für den nächsten Tag vereinbart und kann sich der Sprachlehrer bis dahin nur zu bestimmten Stunden oder überhaupt nicht zur Verfügung halten,

¹¹⁾ Zu den Lehren über den Kettenarbeitsvertrag vgl 3.2.1.1.2.4.

ohne dass dies zu Konsequenzen führt, handelt es sich um einen freien Dienstvertrag. Die Anwendung der vom Auftraggeber vorgegebenen Methode, der Gebrauch der zur Verfügung gestellten Lernbehelfe, die Ortsgebundenheit (von der Schule zur Verfügung gestellter Raum), die beschränkte Vertretungsmöglichkeit (nur dem Auftraggeber bekannte Personen) und die zwei- bis drei Mal jährlich stattfindende Kontrolle durch Methodentrainer reichen alleine nicht aus, um die persönliche Abhängigkeit zu begründen.

OGH 5. 5. 1999, 9 ObA 10/99 g, RdW 1999, 673

Auf den ersten Blick erscheint es widersprüchlich, dass der OGH das Rechtsverhältnis einer Nachhilfelehrerin als Arbeitsverhältnis und jenes eines Sprachlehrers als freies Dienstverhältnis qualifiziert. ME sind beide E zutreffend¹²⁾, die rechtlich relevanten Unterschiede ergeben sich aus der Betrachtung im Detail. So hat der Sprachlehrer relativ große Freiheiten bei der Bestimmung seiner Einsatzzeiten. Wesentlich anders gelagert dürften die zu beurteilenden Sachverhalte auch im Hinblick auf ein im Bereich von Lehrenden zentrales Element des anzuwendenden beweglichen Systems sein: Während bei der Nachhilfelehrerin die Arbeitsabfolge genau vorgegeben und damit ihre „**Lehrfreiheit**“ sehr stark beschränkt ist, dürfte der Sprachlehrer trotz Vorgaben im Bereich der Methode diesbezüglich viel größere Gestaltungsspielräume haben.

Entscheidung 3: Journalistin

Eine Journalistin, die als „freiberufliche Mitarbeiterin“ ein relativ geringes Fixum in Kombination mit einem eher hohen Zeilenhonorar vereinbart und zwecks Ermöglichung der Kinderbetreuung keine Anwesenheitspflicht und keine festen Arbeitszeiten hat, steht in einem freien Dienstvertrag. Das Zurverfügungstellen eines Parkplatzes in der Nähe der Redaktion sowie das Volumen der Arbeitsleistung sind für die vorzunehmende Abgrenzung neutral.

OGH 7. 8. 1997, 8 ObA 210/97 h, ARD 4893/14/97

Der freie Dienstvertrag wurde seit jeher als ein Rechtsinstitut angesehen, welches Basis für die Erbringung qualifizierter bzw spezialisierter Arbeiten sein kann¹³⁾. Es ist daher mE fürs Erste Skepsis angebracht, wenn zB Tätigkeiten in der Gastronomie („Kellnerpool“), in einem Call-Center oder als Zeitungsausträger¹⁴⁾ als freie Mitarbeiterverhältnisse ausgewiesen werden.

¹²⁾ Zu Lehrenden zB auch OGH 23. 3. 2010, 8 ObA 57/09 d, ASoK 2010, 382; 18. 11. 2019, 8 ObA 49/19 t, ARD 6682/6/2020.

¹³⁾ Die locatio conductio operarum, auf die der freie Dienstvertrag zurückgeführt werden kann (s dazu gleich), war die vertragliche Basis der **gehobenen** Arbeitsleistung des römischen Bürgers.

¹⁴⁾ Zu OGH 25. 11. 2003, 8 ObA 44/03 h, ARD 5479/8/2004 s *Reissner*, Im Straßenverkauf tätige Zeitungskolportiere sind Arbeitnehmer iSd Arbeitsrechts, JAP 2004/05, 38.