

I. Einleitung

Traditionell sind Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht eng miteinander verbunden. Das Arbeits- bzw Dienstverhältnis bindet als Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht auch heute noch beide Materien aneinander.¹

Diese Schnittstelle zeigt sich va bei der Unterscheidung zwischen Unselbständigen und Selbständigen. Denn sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialversicherungsrecht ist diese Unterscheidung von elementarer Bedeutung. Unselbständige, also Arbeitnehmer (AN) bzw Dienstnehmer (DN), unterliegen dem Arbeitsrecht und genießen daher arbeitsrechtliche Ansprüche, die einem Selbständigen nicht zustehen. In der Sozialversicherung ist die Abgrenzung relevant, weil nur DN (und bestimmte freie DN) nach ASVG pflichtversichert sind, während Selbständige dem GSVG unterliegen.

Da viele Tätigkeiten sowohl selbständig als auch unselbständig verrichtet werden können, gestaltet sich eine eindeutige Abgrenzung der Vertragsverhältnisse in beiden Materien als schwierig und führt häufig zu nachträglichen Umqualifizierungen, die sich dann sowohl auf das Arbeitsrecht als auch auf das Sozialversicherungsrecht auswirken.² Die Problematik der richtigen Qualifikation eines Vertragsverhältnisses gründet va auf dem unbestimmten DN-Begriff und den dazu ergangenen, nicht immer einheitlichen und eindeutigen Judikaten. Durch die tatsächlichen Entwicklungen im Erwerbsleben – zB der Einfluss der Digitalisierung auf die Arbeitswelt – wird dieses Thema immer wichtiger, da es immer mehr scheinselbständige Beschäftigungen gibt, die zu einer Umqualifizierung führen und arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Die steuerrechtlichen Folgen werden aber in der vorliegenden Untersuchung nicht behandelt.

Eine scheinselbständige Beschäftigung liegt vor, wenn eine Person für eine andere Person eine (Dienst-)Leistung im vertraglichen Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit erbringt, obwohl der Tätigkeit in Wahrheit ein Arbeits- bzw Dienstvertrag zugrunde liegt. Meist wird der Vertrag fälschlicherweise als Werkvertrag, Auftrag, etc oder auch freier Dienstvertrag bezeichnet. Maßgebendes Kriterium für die Einordnung einer Erwerbstätigkeit als selbständig oder unselbständig ist die persönliche Abhängigkeit. Erfolgt die Beschäftigung einer Person in persönlicher Ab-

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen überwiegend verzichtet. Sämtliche Personenbeschreibungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

1 R. Müller, Arbeitsrecht und Sozialrecht, DRdA 1998, 305 (307).

2 Wie es überhaupt zu einer Umqualifizierung kommt, wird unten näher erläutert.

hängigkeit³ von einer anderen Person, so ist ein Arbeits- bzw Dienstverhältnis gegeben.

Das bedeutet auch, dass eine Fehlqualifikation grds jede Leistungserbringung betreffen kann. Manche Tätigkeiten haben jedoch in der Vergangenheit des Öfteren vor den Gerichten zu einer korrekten Einordnung gefunden. Es handelt sich dabei va um Außendienstmitarbeiter, Vortragende und Lehrer, IT-Dienstleistungen, Filmsupporte, Zeitungskolporteurs, Monteure, aber auch Ärzte. Gerade Konstellationen, in denen keine umfangreiche eigene betriebliche Unternehmensstruktur erforderlich ist, bereiten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung und richtigen Qualifikation – es handelt sich dabei um die sog „Ein-Personen-Unternehmen“ (EPU).⁴

Betreffend die Zeitungszusteller hat der Gesetzgeber auf die Umqualifizierungen mit einer kuriosen, aber effektiven Maßnahme reagiert: Sie wurden gem § 5 Abs 1 Z 17 ASVG von der Vollversicherung nach dem ASVG ausgenommen und sind somit nicht mehr als DN iSd Sozialversicherung zu beschäftigen. Arbeitsrechtlich können sie jedoch weiterhin als AN gelten und daher in den Genuss arbeitsrechtlicher Ansprüche kommen.

Gerade EPU sind vom Phänomen der Scheinselbständigkeit betroffen. Österreichweit gab es im Jahr 2018 315.900 EPU (eben ohne unselbständig Beschäftigte), was 59,8% der Unternehmer Österreichs entspricht.⁵ Der hohe Anteil der EPU zeigt das große Potenzial für eine mögliche Scheinselbständigkeit.

Die Entscheidung selbständig erwerbstätig zu sein, wird aus den unterschiedlichsten Anlässen getroffen. Die folgende Grafik⁶ der Statistik Austria zeigt die Gründe auf, warum sich Personen grds für die Selbständigkeit entscheiden.

Interessant an der Statistik ist, dass das oft angeführte Argument des finanziellen Mehrverdienstes als Selbständiger nicht die Bedeutung einnimmt, wie behauptet. Hauptgrund ist eindeutig die Selbstbestimmung. Scheinselbständigkeit wird jedoch gerade durch das Fehlen der Selbstbestimmung – nämlich das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit – ausgelöst.

Zur Umqualifikation kann es nur kommen, wenn eine Behörde oder Gericht eine falsche Einordnung des Vertragsverhältnisses feststellt, weil es eben an der Selbstbestimmtheit mangelt.

3 Diese wird in weiterer Folge sowohl für das Arbeitsrecht als auch das Sozialversicherungsrecht genauer betrachtet.

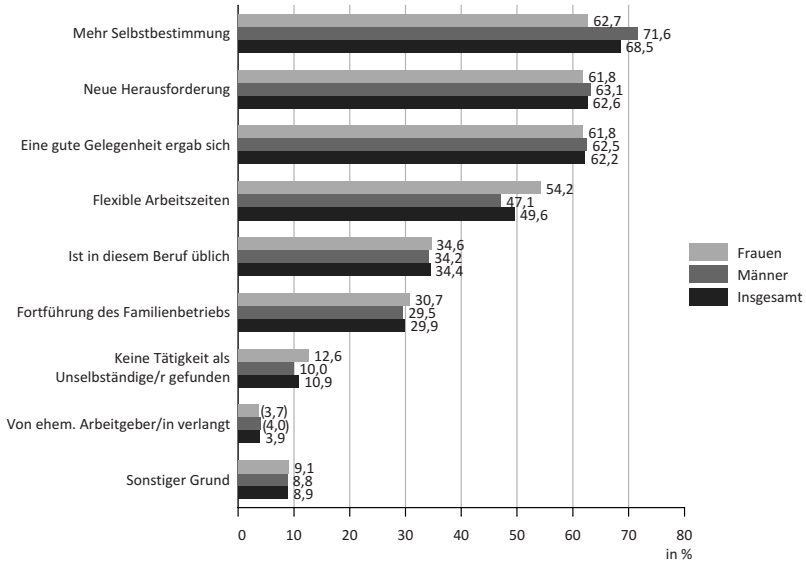
4 Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2, 4.

5 http://wko.at/statistik/EPU/EFGmbH_EPU-Anteil_Bld.pdf (abgerufen am 01. 04. 2020), diese Zahl betrifft allerdings nur jene EPU, die auch Mitglieder bei der Kammer der gewerblichen Wirtschaft (WKO) sind. EPU, die keine Mitgliedschaft besitzen sind daher nicht in dieser Statistik enthalten.

6 Bezieht sich auf die Selbständigkeit im Allgemeinen und nicht iZm einer scheinselbständigen Beschäftigung.

Grafik 4

Alle genannten Gründe für die Selbständigkeit, in Prozent



Q: STATISTIK AUSTRIA, Mikrozensus-Arbeitskräfteerhebung - Ad-hoc-Modul „Selbständige Erwerbstätigkeit“, Jahresdurchschnitt 2017. - Bezogen auf selbständig Erwerbstätige. - Mehrfachangaben.

Faktisch kann das Prozedere einer Umqualifikation durch zwei Gründe ausgelöst werden:

1. Der auf selbständiger Basis beschäftigte Mitarbeiter klagt arbeitsrechtliche Ansprüche ein, die einem AN zustehen, und es wird die AN-Eigenschaft festgestellt.
2. Die DN-Eigenschaft wird durch die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung im Zuge einer Prüfung aller für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Tatsachen (Sozialversicherungsprüfung) behördlich festgestellt. Eine Umqualifizierung kann also sowohl arbeitsrechtlich, sozialversicherungsrechtlich als auch steuerrechtlich initiiert werden.

Wird nun ein Selbständiger zum DN umqualifiziert, hat das grds zur Folge, dass eine rückwirkende⁷ Versicherungspflicht nach ASVG anstelle der bisherigen GSVG-Versicherung eintritt, und es zur rückwirkenden Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen kommt. Für den DG bedeutet die Umqualifizierung eines Mitarbeiters das Entstehen von erheblichen Mehrkosten. Anstatt des bislang zu bezahlenden Honorars bzw Werklohns sind nun die für einen DN typischen und unabdingbaren arbeitsrechtlichen Entgeltansprüche sowie die sozialversicherungsrechtlichen Beitrags(nach)forderungen⁸ zu erfüllen. Auch eventuelle Verwaltungsstrafen, zB nach dem LSD-BG, können eine hohe Kostenbelastung für den DG bedeuten. Die

⁷ Ausnahme: § 10 Abs 1 a ASVG.

⁸ Diese werden unten behandelt.

Konsequenzen gründen darauf, dass sich scheinselbstständig beschäftigte Mitarbeiter an den für selbständig Erwerbstätige geltenden Normen⁹ orientieren, obwohl sie eigentlich als (echte) AN/DN anderen Gesetzen unterliegen.

Ob diese Fehlbehandlung bewusst oder unbewusst passierte, ist für das Vorliegen der Fehlqualifikation an sich von keiner Bedeutung, da die Rechtsfolgen der Umqualifizierung davon unabhängig eintreten. Für die rechtlichen Konsequenzen an sich kann ein Verschulden an der Fehlbeurteilung durchaus Bedeutung erlangen und wird im Rahmen dieser Untersuchung auch geprüft. Für die Beteiligten selbst ist die korrekte Einordnung des Rechtsverhältnisses schwierig, weil die Abgrenzung zwischen den einzelnen Vertragstypen¹⁰ oft nicht eindeutig ist. Oftmals sind sich DG und DN gar nicht bewusst, dass sie einen falschen Vertrag abgeschlossen haben. In anderen Fällen möchte sich der DG Lohnnebenkosten ersparen und beschäftigt seinen Mitarbeiter nicht mehr im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern auf selbstständiger Basis. Manchmal kommt der Wunsch sogar vom DN selbst.

Als klassisches Bsp für scheinselbständige Beschäftigungen lassen sich Vortragstätigkeiten nennen. Wiederholt hatten sich die Höchstgerichte damit zu beschäftigen. So wurde zB im Rahmen einer Flugschule ein Fluglehrer auf Basis eines mündlich abgeschlossenen Werkvertrags – also auf selbständiger Basis – beschäftigt.¹¹ Die Flugschule organisierte jedoch die Kurse sowohl in örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht. Hätte der Fluglehrer einen Kurs nicht abhalten können, wäre ein anderer Fluglehrer der Flugschule für ihn eingesprungen. Die Vertretung wäre auf jeden Fall durch die Flugschule organisiert worden. Insgesamt ergab eine Prüfung des Sachverhalts, dass aufgrund der Fremdbestimmtheit des Fluglehrers die persönliche Abhängigkeit des Lehrers von der Flugschule gegeben war, daher ein Arbeits- bzw Dienstvertrag und keine selbständige Erwerbstätigkeit vorlag.

Neben der klassischen Fehlqualifikation von ASVG-Versicherten ins GSVG gibt es auch eine andere bzw „mildere“ Art der Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht. Es ist jene innerhalb des ASVG.¹² Diese liegt vor, wenn ein echter DN iSd § 4 Abs 2 ASVG fälschlicherweise als freier DN iSd § 4 Abs 4 ASVG eingeordnet wird. Diese rückwirkende Korrektur bereitet sozialversicherungsrechtlich kaum Probleme, da grds nur eine Nachforderung von Beiträgen stattzufinden hat, weil zusätzliche arbeitsrechtliche Ansprüche entstehen.¹³ Daher wird diese Art der Fehlsuordnung im vorliegenden Werk nicht behandelt.

Ebenfalls keiner Aufarbeitung innerhalb dieser Arbeit kommt dem umgekehrten Fall der Fehlqualifikation – der „Scheinunselbständigkeit“¹⁴ – zu, weil dieser keinerlei praktische Relevanz besitzt.

⁹ ZB GSVG, GewO, USt.

¹⁰ Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag und Werkvertrag.

¹¹ VwGH 26. 08. 2014, 2012/08/0100.

¹² *KietaiBl*, Beitragsrechtliche Fragen der Neuordnung von Versicherten, in FS Marhold (2020), 315.

¹³ *KietaiBl* in FS Marhold, 316.

¹⁴ *KietaiBl* in FS Marhold, 317.

Die klassische Umqualifizierung von Mitarbeitern (Selbständiger zu DN) ist schon lange, sowohl in der Wissenschaft als auch in der Judikatur ein Spannungsfeld.

Mit 1.07. 2017 hat der Gesetzgeber das Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (SV-ZG) in Kraft gesetzt, welches die Rechtslage zur Umqualifizierung entscheidend änderte. Aufgrund dieser Gesetzesänderung wurden die Änderungen und neu entstandenen Fragen zur Umqualifizierung noch nicht eindeutig wissenschaftlich aufgearbeitet. Es gibt nur wenig Literatur und Judikatur, sodass zur Problematik von Umqualifizierungen ein Forschungsbedarf herrscht.

Außerdem wurden die Probleme der Umqualifizierung noch nie im Hinblick auf den Zusammenhang und die Wechselwirkungen von Arbeitsrecht und Sozialrecht betrachtet. Aber gerade dieser Aspekt der Reziprozität von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht muss bei Umqualifizierungen in den Fokus gerückt werden, da Veränderungen in der einen Materie regelmäßig zu Konsequenzen in der anderen Materie führen können. In dieser Arbeit sollen daher die Rechtsfolgen der Umqualifizierung vor dem Hintergrund des Verhältnisses zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht untersucht werden. Dafür müssen in einem ersten Schritt die rechtlichen Konsequenzen einer Umqualifizierung getrennt aufgearbeitet werden. Im zweiten Schritt werden die Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht bei der rechtlichen Abwicklung aufgedeckter Scheinselbständigkeit erforscht und ihre wechselseitige Wirkung bewertet.

Die Aufarbeitung der Verflechtungen der Materien gerade bei Umqualifizierungen ist für Betroffene, Behörden und Gerichte nicht nur nützlich, sondern im Interesse sinnvollen arbeits- und sozialpolitischen Handelns erforderlich. Immerhin geht es nicht nur um den einzelnen Beschäftigten allein, sondern auch um die jeweiligen Versichertengemeinschaften als Ganzes und um die Konsequenzen im Beitrags- und Leistungsrecht.

Damit stellen sich folgende zentrale Fragen:

1. **Welche Rechtsfolgen zieht die Umqualifizierung im Arbeitsrecht nach sich?**
2. **Wie wirkt sich die Umqualifizierung im Sozialrecht aus?**
3. **Inwieweit hat das Verhältnis von Arbeitsrecht und Sozialrecht im Bezug zur Scheinselbständigkeit Einfluss auf die Rechtsfolgen der Umqualifizierung von Selbständigen zu DN?**

Um diese Fragen beantworten zu können, ist dieses Werk schwerpunktmäßig in drei Teile gegliedert. Im ersten Teil werden die arbeitsrechtlichen Ansprüche und Fragen behandelt. Der zweite Teil betrifft die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen und Fragestellungen der Umqualifizierung. Schließlich wird im dritten Teil das Verhältnis von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und dessen Auswirkungen auf die Rechtsfolgen der Umqualifizierung dargestellt.

II. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Ausgangssituation für die Beantwortung der arbeitsrechtlichen Fragen ist die Umqualifikation eines Selbständigen zum AN. Charakteristikum des AN im Arbeitsrecht ist die persönliche Abhängigkeit. Laut OGH ist für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf folgende Merkmale abzustellen: Weisungsgebundenheit, persönliche und auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des AN, Fremdbestimmtheit der Arbeit, funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge und Beistellung des Arbeitsgeräts bzw. -mittels durch den AG.¹⁵ Im Gegensatz dazu zeichnet sich die Selbständigkeit durch persönliche Unabhängigkeit aus. Selbständige werden zwar nicht aufgrund eines Arbeitsvertrags tätig, aber es bleibt offen, auf welcher Grundlage sie ihre Leistungen erbringen. Meistens handelt es sich um einen Werkvertrag oder freien Dienstvertrag. Der Werkvertrag wird durch den Werkerfolg, welcher eine Arbeitsleistung als in sich geschlossene Einheit darstellt, gekennzeichnet.¹⁶ Freie AN wiederum üben ihre Tätigkeit, anders als echte AN, persönlich unabhängig aus. Dabei handelt es sich aber um ein Dauerschuldverhältnis, indem der freie AN kein konkretes Werk, sondern vielmehr gattungsmäßig definierte Dienstleistungen schuldet.¹⁷

Stellt sich nun heraus, dass eine Person, die ursprünglich aufgrund eines freien Dienstvertrags, eines Werkvertrags, eines Gesellschaftsvertrags oder eines Geschäftsbesorgungsvertrags tätig war,¹⁸ in Wirklichkeit ihre Leistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht hat, so liegt eigentlich ein Arbeitsvertrag vor und es kommt zur Umqualifizierung. Das Hauptproblem, welches durch die Umqualifizierung entsteht, ist finanzieller Natur. Im Gegensatz zu Selbständigen kommen AN (zwingende) arbeitsrechtliche¹⁹ Ansprüche aufgrund ihrer AN-Eigenschaft zu, die der Scheinselbständige aufgrund der Umqualifizierung nachträglich geltend machen kann.

1. Abgrenzung Arbeitsvertrag und andere Vertragstypen

Um überhaupt eine Umqualifizierung feststellen zu können, muss zuerst eine Abgrenzung zwischen den verschiedenen Verträgen, genauer zwischen Arbeitsvertrag und den „selbständigen“ Verträgen getroffen werden. Bei der Einordnung zwischen Arbeitsvertrag und anderen Vertragstypen besteht keine Zweifelsregel zugunsten

15 Vgl nur OGH 10. 07. 2008, 8 ObA 55/07 g, ARD 5919/3/2008 = ZAS-Judikatur 2008/175 = ZAS 2009/22, 127 (*Schrank*) = RdW 2009/43, 40 = Arb 12.759; 24. 06. 2016, 9 ObA 40/16 x, DRdA-infas 2016/156, 262 = wbl 2016/211, 644 = ecolex 2016/400, 905 (*Windisch-Graetz*) = Arb 13.323 = DRdA 2017/13, 121 (*Reiner*); 8 ObA 163/01 f.

16 *Tomandl*, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006/38, 248 (254).

17 Vgl nur *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, taxlex 2009, 253 (254).

18 Keine vollständige Aufzählung.

19 Diese werden weiter unten dargestellt.

des Arbeitsvertrags. Maßgebend ist der auf die Gestaltung der rechtlichen und faktischen Verhältnisse gerichtete Wille der Parteien. Die Parteien können die Qualifikation eines Vertrags jedoch nicht eigenmächtig festlegen.²⁰ Das bedeutet, dass es nicht darauf ankommt, wie die Parteien einen Vertrag bezeichnen, sondern wie sie diesen rechtlich gestalten und va tatsächlich handhaben.

Grds wird auf den Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt. Dieser ist nach den allgemeinen Regeln des ABGB (§§ 914, 915 und §§ 861 – 864 a) zu ermitteln. Der erste Anhaltspunkt ist zwar der Vertragstext, allerdings lässt sich nach der Rsp der Parteiwille aus dem faktisch Gelebten ableiten.²¹ War bzw ist der Parteiwille also zB auf den Abschluss eines Werkvertrags gerichtet, leben die Parteien das Rechtsverhältnis aber als Arbeitsvertrag, so wird es auch als Arbeitsvertrag qualifiziert.

1.1 Arbeitsvertrag/Dienstvertrag

Ein Arbeitsvertrag (im ABGB unter dem Begriff Dienstvertrag geführt) entsteht gem § 1151 ABGB, wenn sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Die Elemente des Arbeitsvertrags sind also das Leisten von Diensten für eine gewisse Zeit, eine vertragliche Grundlage und die Erbringung der Leistung für einen anderen. Gerade dieses „für einen anderen“ wird als Hauptkriterium für die Abgrenzung zu anderen Verträgen gesehen, weil es als fremdbestimmte Leistung die persönliche Abhängigkeit des Erbringers impliziert. Für das Vorliegen eines Dienstvertrags müssen alle drei Elemente kumulativ gegeben sein.²²

Die persönliche Abhängigkeit stellt das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitsvertrag und den „selbständigen“ Verträgen dar. Sie wird daher unten im Detail behandelt.

Das Merkmal „**vertragliche Grundlage**“ meint, dass ein Arbeitsverhältnis nur dann vorliegen kann, wenn die Dienstleistungserbringung auf einem Vertrag basiert. Es bedarf also zumindest eines konkludenten Vertragsabschlusses mit dem Willen sich zu einer Leistung bzw Gegenleistung rechtlich zu verpflichten.²³

Im Gegensatz zum Werkvertrag wird beim Arbeitsvertrag nicht die Herstellung eines Werks, sondern das **Leisten von Diensten auf bestimmte Zeit** geschuldet. Außerdem handelt es sich beim Arbeitsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis.²⁴ Aus dieser Unterscheidung ergibt sich, dass der AN (und auch freie AN) bei der Arbeitsleistung

20 Exemplarisch statt vieler OGH 16. 03. 1982, 4 Ob 8/81, DRdA 1985/20, 395 (Wachter); 11. 10. 1995, 9 ObA 176/95, DRdA 1996/42, 408 (Spitzl) = ZAS 1997/1, 15 (Risak).

21 Exemplarisch OGH 13. 11. 2003, 8 ObA 86/03k, ASoK 2004, 245; 19. 05. 1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982/9, 191 (Strasser) = ZAS 1982/1, 10 (Tomandl); 13. 04. 1988, 9 ObA 52/88, ZAS 1989/19, 136 (Schäffl) = RdW 1989, 29; 05. 05. 1999, 9 ObA 10/99g, RdW 1999, 673 = ASoK 1999, 277 (Karl) zu einem Sprachlehrer; 01. 09. 1999, 9 ObA 139/99b, Arb 11.922 = RdW 2000, 434; Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 62.

22 Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 55.

23 Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 69.

24 Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 77/1.

bloß Sorgfalt, der Werkunternehmer hingegen einen Erfolg schuldet. Diese Differenzierung wirkt sich auf den Entgeltanspruch aus, weil beim Werkvertrag dem Werkunternehmer ein Entgeltanspruch nur dann zukommt, wenn er das gelungene Werk erbringt. Bleibt ein Bemühen des Werkunternehmers erfolglos, so verliert er idR seinen Entgeltanspruch. AN (und freie AN) behalten selbst bei Erfolgslosigkeit ihren Anspruch auf das Entgelt. AN schulden eben nur ein sorgfältiges Bemühen²⁵. Auch die wirtschaftliche Unselbständigkeit fließt in eine Gesamtbetrachtung mit ein.

1.2 Die persönliche Abhängigkeit im Arbeitsvertrag

Aus dem Tatbestandsmerkmal des § 1151 ABGB „Dienste für einen anderen“ lässt sich das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Differenzierung zwischen Arbeitsvertrag und den anderen Vertragstypen ableiten: die persönliche Abhängigkeit. Nur bei fremdbestimmter und somit unselbständiger Erwerbstätigkeit sind nach hM die arbeitsrechtlichen Vorschriften anwendbar.²⁶

Die Rsp definiert die persönliche Abhängigkeit folgendermaßen: *„Der Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 ABGB ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, gekennzeichnet, welche sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit – äußert. Für den Arbeitsvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, welcher hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist, oder, wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt. Dabei ist unbestritten, dass nicht alle Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit gemeinsam vorliegen müssen und in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen können. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik des beweglichen Systems die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.“*²⁷

Aus dieser Formel ergeben sich die Hauptelemente der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitsvertrags, nämlich Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung, organisatorische Unterordnung, Weisungsbindung und Arbeitsmittel und unternehme-

25 Siehe zum sorgfältigen Bemühen *Brameshuber*, Die Sorgfalt des Arbeitnehmers (2019) 6 ff.

26 *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 80.

27 OGH 17. 02. 2005, 8 ObA 20/04f, DRdA 2005/41, 541 (*Sonnleitner*) = wbl 2005, 478 = ZAS 2013/21, 131 (*Risak*) = ZAS 2013/26, 159 (*Tomandl*); zwar nicht wortwörtlich aber dem Sinn nach OGH 10. 07. 2008, 8 ObA 55/07g, ARD 5919/3/2008 = ZAS-Judikatur 2008/175 = ZAS 2009/22, 127 (*Schrank*) = RdW 2009/43, 40 = Arb 12.759; 24. 06. 2016, 9 ObA 40/16x, DRdA-infas 2016/156, 262 = wbl 2016/211, 644 = ecollex 2016/400, 905 (*Windisch-Graetz*) = Arb 13.323 = DRdA 2017/13, 121 (*Reiner*); 30. 03. 2016, 4 Ob 37/16v, DRdA 2017/3, 32 (*Rebhahn/Dullinger*) = ecollex 2017/45, 112 = ARD 6551/9/2017; 24. 07. 2013, 9 ObA 46/13z, ARD 6358/5/2013 = DRdA 2014, 143 = infas 2014 /A5, 16; ZAS-Judikatur 2012/85 = ARD 6283/6/2012.

risches Risiko.²⁸ Liegen diese Kriterien vor, liegt auch die persönliche Abhängigkeit vor. Im Rahmen dieser Beurteilung hat es aber zu einer Gesamtbetrachtung zu kommen. Es müssen nicht alle Merkmale kumulativ vorliegen, sondern es reicht, wenn sie in unterschiedlicher Ausprägung gegeben sind und insgesamt überwiegen. Im Ergebnis läuft dies auf eine Einzelfallprüfung hinaus.

1.2.1 Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung

Besteht keine Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung, kann grds kein Arbeitsvertrag gegeben sein. Es handelt sich somit um einen essenziellen Bestandteil des Arbeitsvertrags.²⁹ Der AN hat die Dienste daher in eigener Person zu erbringen.³⁰ In der Praxis wird häufig versucht die persönliche Arbeitspflicht durch vertragliche Abreden auszuschließen, um so die Anwendung von Arbeitsrecht zu verhindern. Es kommen va drei vertragliche Varianten vor: (generelle) Vertretungsklausel, Ablehnungsklausel und Rahmenabrede mit Konsenserfordernis. Diesen Abreden wird aber keine bzw nur geringe Bedeutung beigemessen, wenn sie faktisch nicht gelebt werden, der AN also nicht/nie von ihnen Gebrauch macht bzw machen kann.³¹

Bestehen ohne Abreden Zweifel an der persönlichen Arbeitspflicht des AN, so ist das Verhalten der Parteien nach allgemeinen Regeln auszulegen.

1.2.2 Organisatorische Unterordnung und Weisungsbindung

Unter dieses Teilkriterium werden einerseits die Bindung an gewisse organisatorische Vorgaben³² andererseits das Weisungsrecht des AG subsumiert. Natürlich handelt es sich auch bei den organisatorischen Unterordnungen um den Gegenstand von Weisungen, nämlich persönliche Weisungen. Aufgrund dieser Gebundenheit spricht man von fehlender Selbstbestimmung.³³ Es handelt sich hierbei va um die Bindung an den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten.

Im Gegensatz dazu finden sich fachliche bzw sachliche Weisungen auch beim Werkvertrag.³⁴ Darunter sind etwa bloß technische oder organisatorische Weisungen zu verstehen, welche lediglich Arbeitsziele und Arbeitsergebnisse betreffen.³⁵

28 *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 82.

29 *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 85.

30 *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 89; statt vieler OGH 23. 10. 1984, 4 Ob 116/84, DRdA 1986/23, 424 (*Csebreňnyak*) = SZ 57/159 = JBl 1986,60; *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, 93 (97).

31 Vgl statt vieler OGH 19. 05. 1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982/9, 191 (*Strasser*) = ZAS 1982/1, 10 (*Tomandl*) = SZ 54/75; 13. 11. 2003, 8 ObA 86/03k, ASoK 2004, 245 = SZ 2003/145.

32 Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten.

33 *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 99.

34 Statt vieler OGH 12. 05. 2005, 2 Ob 276/04h, ARD 5628/11/05 = RdW 2005,711 = ecolex 2005,841 = ZVR 2006/42, 175 (*Danzl*).

35 Statt vieler OGH 12. 05. 2005, 2 Ob 276/04h, ARD 5628/11/05 = RdW 2005,711 = ecolex 2005,841 = ZVR 2006/42, 175 (*Danzl*); VwGH 31. 01. 1995, 92/08/0213, VwSlg 14.216 A.

Grds ergibt sich die Bindung an einen bestimmten Arbeitsort aus dem Arbeitsvertrag. Wurde kein Arbeitsort vereinbart, kann sich dieser aus der Natur der Tätigkeit ergeben.³⁶

Wesentlich für die fehlende Selbstbestimmung ist auch die Bindung an die Arbeitszeit. Im Gegensatz zum Arbeitsort ist die Lage der Normalarbeitszeit gem § 19 c AZG vertraglich zu vereinbaren. Kurzfristige Änderungen durch Weisungen sind daher nur eingeschränkt möglich.³⁷

Der AG darf seine erteilten Weisungen kontrollieren, also überprüfen, ob seinen Weisungen durch den AN entsprochen wird.

1.2.3 Arbeitsmittel und unternehmerisches Risiko

Im klassischen Arbeitsverhältnis stellt der AG dem AN die zur Verrichtung der Arbeit benötigten sachlichen Mittel zur Verfügung. Möglich ist aber auch, dass der AN die Arbeitsmittel selbst einbringt.³⁸ Existieren keine diesbezüglichen Vereinbarungen, ist der AG verpflichtet die benötigten Mittel bereitzustellen.³⁹ Dem Bereitstellen von Arbeitsmitteln kommt insofern Indizwirkung zu, als dies für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags spricht.⁴⁰

Ebenfalls ein Abgrenzungskriterium ist das Tragen des Unternehmerrisikos. Das Unternehmerrisiko wird aber im Arbeitsrecht von der Judikatur nicht definiert, sondern wird immer nur im Einzelfall behandelt.⁴¹ Grds versteht man aber darunter das Erfolgsrisiko, das Verwertungsrisiko, das Arbeitsmittellrisiko, das Risiko der Leistungsfähigkeit aber auch die unternehmerischen Chancen.⁴² Vereinbarungen, welche die Risikoverteilung zu Lasten des AN wesentlich verschieben, sind im Arbeitsvertrag ungültig und teilnichtig.

Nach *Rebhahn* kommt dem Kriterium der Tragung des Unternehmerrisikos für die korrekte vertragliche Einordnung nur zweitrangige Bedeutung zu.⁴³

1.3 Freier Dienstvertrag

Auch im freien Dienstvertrag besteht eine Verpflichtung zur regelmäßigen und dauernden Dienstleistung, sodass dieses Kriterium nicht geeignet ist, um den freien Dienstvertrag vom Arbeitsvertrag abzugrenzen.⁴⁴ Entscheidend für die Differenzierung ist die Erbringung in persönlicher Abhängigkeit, die beim freien Dienstvertrag

³⁶ OGH 14. 03. 2001, 9 ObA 310/00 d.

³⁷ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 105.

³⁸ OGH 18. 10. 1966, 4 Ob 43/66, DRdA 1969, 22 (*Hesse*).

³⁹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114.

⁴⁰ OGH 23. 02. 1965, 4 Ob 19/65, Arb 8030; 18. 11. 1975, 4 Ob 69/75, Arb 9422.

⁴¹ *Reiner*, Der OGH, das Arbeitsrecht und das Unternehmerrisiko: Ein erster Befund, ZAS 2008/30, 203 (205).

⁴² Genauer *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 116 ff.

⁴³ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 118.

⁴⁴ OGH 26. 03. 1997, 9 ObA 54/97z, DRdA 1998/3, 35 (*Mazal*); 29. 09. 1981, 4 Ob 45/81, DRdA 1984/5, 134 (*Grillberger*).