

I. Allgemeiner Teil

A. Einführung

Unter einem **Arbeitsverhältnis** wird grundsätzlich die Summe der rechtlichen und sozialen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verstanden. All jene Normen, die die gegenseitigen, aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten regeln, werden unter dem Begriff des Arbeitsrechts zusammengefasst. Es sind davon sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Normen umfasst.¹

Begründet wird ein Arbeitsverhältnis durch den **Abschluss eines Vertrages**, dem sogenannten Arbeitsvertrag, mit welchem sich eine Person gegenüber einer anderen zur Erbringung von Arbeitsleistungen in **persönlicher Abhängigkeit** verpflichtet. Das österreichische Arbeitsrecht knüpft somit an die Vertragstheorie im Gegensatz zur Eingliederungstheorie an, bei welcher nicht der Abschluss eines Vertrages, sondern die Einstellung bzw Eingliederung im Betrieb für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als maßgeblich erachtet wird.²

Vertragliche Grundlage und persönliche Abhängigkeit sind die **wesentlichen Merkmale**, die die Erbringung von Arbeitsleistungen von anderen rechtlichen Gestaltungsformen abgrenzen, denn Arbeitsleistungen können auch ohne vertragliche Grundlage erbracht werden, so etwa in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, im Bereich der familiären Mitarbeit oder im Rahmen von Gefälligkeitsdiensten. Mangels Verpflichtung zur Erbringung dieser Leistungen durch einen Vertrag, findet das Arbeitsrecht auf diese Fälle konsequenterweise keine Anwendung. Aber selbst wenn Arbeitsleistungen im Rahmen einer vertraglichen Beziehung erbracht werden, muss dies nicht zwingend das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bewirken. So stellt der Auftragnehmer das vom Auftraggeber bestellte Werk durchaus persönlich durch sein persönliches Schaffen her. Fehlt es an der persönlichen Abhängigkeit, wird nicht Arbeitsrecht, sondern Werkvertragsrecht Anwendung finden, wobei jedoch allenfalls eine analoge Anwendung bestimmter arbeitsrechtlicher Bestimmungen denkbar erscheint. Auch im Bereich des Gesellschaftsrechts kann es zur Erbringung von Arbeitsleistungen kommen (Arbeitsleistungen als Sacheinlage eines Gesellschafters), ohne dass ein

¹ Löschnigg, Arbeitsrecht (2011)¹¹ Rz 1/004.

² Reissner/Neumayr in Reissner/Neumayr (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 0.03; Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 5/110.

Arbeitsverhältnis begründet wird. Ein Charakteristikum des Arbeitsrechtes liegt weiters darin, dass es **keine einheitliche Kodifikation** kennt. Einerseits ist dieser Rechtsbereich auf eine Vielzahl von Gesetzen aufgesplittet, andererseits sind auch die auf überbetrieblicher und betrieblicher Ebene angesiedelten kollektiven Gestaltungsmittel (vor allem Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen) zu beachten. Zunehmend gewinnen auch europarechtliche Vorgaben an Bedeutung.

In der Arbeitsrechtsdogmatik wird zwischen **Individualarbeitsrecht** und **kollektivem Arbeitsrecht** unterschieden. Während das Individualarbeitsrecht die Beziehungen und Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Arbeitsvertragsrecht) sowie die öffentlich-rechtlichen Pflichten des Arbeitgebers (Arbeitnehmerschutzrecht) regelt, hat das kollektive Arbeitsrecht im Wesentlichen die Rechtsbeziehungen und Verhältnisse der Berufsverbände und die Belegschaftsorganisation zum Inhalt.³ Die Regelungen über den Arbeitsvertrag sind dem Kernbereich des Individualarbeitsrechts zuzuordnen. Aufgrund des in der Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden wirtschaftlichen Ungleichgewichts steht der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses meist in einer besseren Verhandlungsposition, welche es ihm ermöglicht, für ihn vorteilhafte Vertragspunkte durchzusetzen. Das Arbeitsrecht versucht durch die Festlegung zwingender Normen einen Ausgleich der Interessen zu erreichen. Dem möglichen privatautonomen Gestaltungsspielraum im Bereich des Arbeitsvertrages ist somit entsprechend dem Wesen des **Arbeitsrechts als Schutzrecht** ein enger Rahmen gesteckt, sodass von den gesetzlichen und kollektiven Vorgaben in der Regel nur zugunsten des Arbeitnehmers vertraglich abgewichen werden kann.⁴ Das manifestiert das sogenannte **Günstigkeitsprinzip**.

Aus praktischer Sicht ist schon an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber nicht immer den Begriff des **Arbeitsvertrages** oder des Arbeitsverhältnisses verwendet, um die Rechtsgrundlagen und Rechtsbeziehungen der persönlich abhängigen Beschäftigten zu beschreiben, sondern es ist in einigen Gesetzen vom **Dienstvertrag** bzw vom **Dienstverhältnis** die Rede. Diese begriffliche Differenzierung ist jedoch für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen ohne normative Bedeutung. Die Begriffe Arbeitsvertrag und Dienstvertrag (Arbeitsverhältnis und Dienstverhältnis) können daher synonym verwendet werden.

B. Arbeitsverhältnis

1. Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis ist ein durch Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages begründetes Rechtsverhältnis, das die **Leistung fremdbestimmter Arbeit** zum

3 Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 1/017 ff.

4 Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 1/015; Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.24.

Inhalt hat. Es handelt sich um ein Schuldverhältnis mit einem starken personalen Einschlag, welcher im Wesentlichen durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers zum Ausdruck gebracht wird,⁵ weshalb im Folgenden die wesentlichen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses dargestellt werden sollen, um dessen Charakteristik besser zu veranschaulichen.

2. Wesensmerkmale

a) Allgemein

Um den Arbeitsvertrag von **anderen Vertragstypen abzugrenzen**, ist zunächst festzustellen, unter welchen Umständen ein zwischen zwei Parteien bestehendes Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Dem Gesetzestext (§ 1151 ABGB) lassen sich bereits zwei wesentliche Merkmale eines Arbeitsvertrages entnehmen: Zum einen wird vom Arbeitnehmer grundsätzlich kein bestimmter Erfolg geschuldet, sondern lediglich die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft und somit die **Erbringung von Arbeitsleistungen**. Zum anderen wird die Erbringung der Arbeitsleistungen über eine gewisse Zeit versprochen, weshalb es sich um ein **Dauerschuldverhältnis** handelt.

Diese beiden Merkmale wurden durch Lehre und Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass die Erbringung der Arbeitsleistungen in **persönlicher Abhängigkeit** bei grundsätzlicher **persönlicher Leistungsverpflichtung** sowie unter Eingliederung des Arbeitnehmers in die **betriebliche Organisation** des Arbeitgebers zu erfolgen hat.⁶

Die Beurteilung, ob persönliche Abhängigkeit vorliegt, hat durch Heranziehung verschiedener Einzelkriterien zu erfolgen, wobei alle Merkmale in eine **Gesamtbetrachtung** einzubeziehen sind, die in Form eines **beweglichen Systems** abzuwägen ist. Sind einzelne Merkmale stärker und andere schwächer ausgeprägt, kommt es auf das Überwiegen der Merkmale an. Gibt es sowohl unselbständige als auch selbständige Merkmale, ist in der Regel von einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, welches eine Aufteilung in einen selbständigen und einen abhängigen Teil nicht erlaubt.⁷

Aus dem Schutzgedanken des Arbeitsrechts folgt, dass es für die Beurteilung eines Vertragsverhältnisses in erster Line auf die **tatsächliche Handhabe** des Vereinbarten ankommt. Wurde zwar formell ein freier Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen, ergibt sich jedoch, dass in Wirklichkeit abweichend vom Vereinbarten Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden, handelt es

5 Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 4/001 ff.

6 Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.05; RIS-Justiz RS0021332.

7 Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 46, (www.rdb.at); Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.19; OGH 26.8.2004, 8 ObA 85/04i.

sich beim gegenständlichen Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis. Die Bezeichnung oder der Wille der Vertragsparteien ist diesbezüglich unbeachtlich.⁸

Entgeltlichkeit ist anders als im Bereich des Sozialversicherungsrechts (§ 4 Abs 2 ASVG) für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht notwendig.⁹

Wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist folglich das Leisten von Diensten in **persönlicher Abhängigkeit**. Fehlt dieses Merkmal oder ist es nur schwach ausgeprägt, so wird in der Regel kein Arbeitsvertrag, sondern ein Werkvertrag oder freier Dienstvertrag vorliegen.¹⁰

Die Frage, ob das mangels Vorliegens eines schriftlichen Vertrages lediglich nach der tatsächlichen Gestaltung der gegenseitigen Beziehungen der Parteien zu beurteilende Rechtsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist, ist eine vom Gericht zu beurteilende **Rechtsfrage**. Außerstreitstellungen, die nicht Tatsachen, sondern die rechtliche Qualifikation eines Sachverhalts betreffen, sind unwirksam.¹¹

b) Dauerschuldverhältnis

Im Gegensatz zum Werkvertrag schuldet der Arbeitnehmer keinen Erfolg, sondern ein **Bemühen** zur Erbringung von in der Regel **bloß gattungsmäßig umschriebenen Leistungen** für eine gewisse Zeit. Durch die Erbringung der einzelnen Leistungen wird das Vertragsverhältnis somit nicht automatisch beendet.¹² Typisch dabei ist, dass es sich beim Arbeitsvertrag um ein **Dauerschuldverhältnis** handelt, welches auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen werden kann. Eine bestimmte Mindestzeit ist nicht erforderlich, somit sind auch Arbeitsverträge, welche auf einen Tag oder auch nur bestimmte Stunden befristet sind, zulässig. Für die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** ist in der Regel die Abgabe einer **gesonderten Willenserklärung** notwendig, wobei die Lösung einseitig oder auch zweiseitig erfolgen kann (siehe dazu Kapitel III.F.).¹³

c) Persönliche Abhängigkeit

Mit dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit wird in erster Linie eine Abgrenzung zu anderen Vertragstypen erreicht. Das Arbeitsverhältnis ist durch die **Fremdbestimmtheit der Arbeit** gekennzeichnet, sodass die Willensfreiheit des Arbeitnehmers bestimmten Einschränkungen unterliegt.¹⁴

8 Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 29; Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.18; RIS-Justiz RS0111914.

9 RIS-Justiz RS0021270; Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.21.

10 Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 2 f.

11 OGH 30.3.1998, 8 ObA 353/97p.

12 RIS-Justiz RS0021477; Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 4/001.

13 Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.06.

14 OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f.

Vor diesem Hintergrund ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der persönlichen Abhängigkeit aus mehreren Elementen besteht, die der OGH in folgender Formel festhält:

Der Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag iSd § 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 arbeitsbezogenem 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 müssen die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht alle gemeinsam vorliegen, sondern können durchaus in unterschiedlicher Ausprägung gegeben sein, wenn sie nur insgesamt überwiegen.¹⁵

Neben der persönlichen Arbeitspflicht sind somit Bindung des Arbeitnehmers an **Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten** sowie die **Einordnung in die betriebliche Organisation** des Arbeitgebers von besonderer Bedeutung. Wie der Rechtsprechung zu entnehmen ist, müssen nicht alle Elemente kumulativ vorliegen oder gleich stark ausgeprägt sein. Es ist vielmehr in Form eines beweglichen Systems zu beurteilen, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen der persönlichen Unabhängigkeit überwiegen.

aa) Persönliche Arbeitsleistung

Die Verpflichtung, die vereinbarten Arbeitsleistungen **in eigener Person** zu erbringen, stellt ein entscheidendes Wesensmerkmal des Arbeitsvertrages dar (vgl § 1153 ABGB). Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht berechtigt, seine Verpflichtungen durch Hilfskräfte oder Stellvertreter erbringen zu lassen. Die Vertretung durch einen Dritten ohne Einwilligung des Arbeitgebers kann einen Entlassungsgrund darstellen.¹⁶

Der Anspruch auf die Arbeitsleistung ist nicht übertragbar, sofern sich aus den Umständen oder dem Arbeitsvertrag nichts anderes ergibt (Arbeitskräfteüberlassung). Dies ergibt sich aus der **höchstpersönlichen Natur** des Dienstanspruchs des Arbeitgebers.¹⁷ Besteht keine persönliche Leistungspflicht, wird bei der Erbringung von vertraglich geschuldeten Arbeitsleistungen in der Regel ein Werkvertrag oder freier Dienstvertrag vorliegen. Ist die Möglichkeit gegeben, übernommene Arbeiten nach Gutdünken generell an andere Personen zu delegieren,

15 RIS-Justiz RS0021306.

16 RIS-Justiz RS0021277; Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1153 Rz 1.

17 Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 6/002; Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1153 Rz 6.

handelt es sich um keine fremdbestimmte Arbeit und das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist zu verneinen.¹⁸

In diesem Zusammenhang wurde in der Vergangenheit verstärkt versucht, das Vorliegen eines Arbeitsvertrages durch den Abschluss von **Vertretungsklauseln** zu vermeiden. Diese Klauseln sind nach der Rechtsprechung nur dann beachtlich und schließen die persönliche Abhängigkeit aus, wenn das vereinbarte Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt.¹⁹

Während die ältere Rechtsprechung ein **Recht auf Beschäftigung** mit Ausnahme der ausdrücklichen gesetzlichen Festlegungen (zB § 18 TAG) verneint hat, finden sich in der jüngeren Rechtsprechung Entscheidungen, die ein Recht auf Beschäftigung dann bejahen, wenn mit einer etwaigen Nichtbeschäftigung ein Qualitätsverlust der Arbeitsleistung verbunden sein könnte (Chirurgen, Piloten). Dies ist etwa der Fall, wenn es durch das Brachliegen der Fähigkeiten der Arbeitnehmer zu einer Gefährdung des beruflichen Fortkommens kommen könnte.²⁰

bb) Weisungsgebundenheit

Die Weisungsgebundenheit stellt ein weiteres zentrales Merkmal fremdbestimmter Arbeit dar. Bei deren Beurteilung ist zwischen **persönlichen** und **sachlichen Weisungen** zu unterscheiden. Sachliche Weisungen betreffen den Arbeitsinhalt und können auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen. Demgegenüber betreffen persönliche Weisungen jene Weisungen, die die **persönliche Gestaltung der Arbeitsleistung** zum Gegenstand haben und die, soweit sie berechtigt nach dem Vertragsinhalt erteilt werden, die eigene Gestaltungsfreiheit des Arbeitnehmers bei der Erbringung der Dienstleistung ausschalten. Sie beziehen sich daher auf Arbeitsort und -zeit oder das arbeitsbezogene Verhalten, soweit dieses nicht die auf unmittelbare Erfüllung der Arbeitspflicht gerichtete Tätigkeit betrifft. Besteht die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbstständig zu regeln und jederzeit zu ändern, ist das Fehlen von persönlichen Weisungen als entscheidendes Kriterium anzusehen, welches gegen eine persönliche Abhängigkeit spricht.²¹

Eine Bindung an einen bestimmten **Arbeitsort** ist ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass sich auch bei anderen Vertragstypen der Arbeitsort aus den Sacherfordernissen ergeben kann. In diesen Fällen kann die Bindung an einen Arbeitsort nicht als unterschiedungsfähiges Merkmal herangezogen werden.²² Nicht gegen ein Ar-

18 RIS-Justiz RS0021752; Schrammel in *Marhold/Burgstallter/Preyer*, AngG § 1 Rz 11 (www.rdb.at).

19 OGH 22.3.2011, 8 ObA 49/10d.

20 Schrammel in *Marhold/Burgstallter/Preyer*, AngG § 6 Rz 42 ff.

21 OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; RIS-Justiz RS0021423.

22 Rebhahn in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 75.

beitsverhältnis spricht der Umstand, dass Leistungen nicht am Betriebsstandort erbracht werden (Home-Office). In diesen Fällen ist die Frage der Erreichbarkeit und Verfügbarkeit sowie der Grad der Einbindung des disloziert Arbeitenden in die betrieblichen Abläufe (Teilnahme an in fixen Zeitabständen stattfindenden Sitzungen am Betriebsstandort) zu hinterfragen. So spricht etwa die Einhaltung fixer **Arbeitszeiten** für einen Arbeitsvertrag. In Anbetracht der zunehmenden Möglichkeiten flexibler Arbeitszeitgestaltungen (Gleitzeit, Vertrauensarbeitszeit) kann sich ergeben, dass das Merkmal starr fixierter Arbeitszeiten an Bedeutung verliert. In diesem Fall werden auch entsprechende Kontrollmöglichkeiten bzw die Verpflichtung, ein bestimmtes Ausmaß an Arbeitszeit zur Verfügung zu stellen, zu beachten sein. Ergibt sich die Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten wiederum aus Sacherfordernissen, so spricht dies nicht von vornherein gegen einen Werkvertrag bzw freien Dienstvertrag. Es ist in diesem Fall anhand anderer Kriterien die Vertragseigenschaft festzustellen.

Durch die Erteilung von Weisungen wird jedenfalls der zumeist relativ unbestimmte Vertragsinhalt näher konkretisiert. Sind im Arbeitsvertrag keine ausdrücklichen Regelungen enthalten, so richtet sich die Reichweite des Weisungsrechts nach dem **Gesetz und der Verkehrssitte**. Je allgemeiner die Dienstpflicht umschrieben ist, desto weiter reicht das Weisungsrecht des Arbeitgebers.²³

In jedem Fall ist das Weisungsrecht ein **einseitiges Gestaltungsrecht**, auf das die Regeln über Willenserklärungen anzuwenden sind.²⁴ Auch bei jenen Arbeitnehmern, bei welchen aufgrund ihrer gehobenen Stellung oder fachlichen Expertise eine Weisungserteilung durch den Arbeitgeber zumeist ausscheidet, liegt eine Eingliederung in betriebliche Abläufe und das Organisationsgefüge vor, sodass das nur latent bestehende Weisungsrecht zu einer sogenannten „**stillen Autorität**“ des Arbeitgebers führt. Ähnlich verhält es sich bei Arbeitnehmern, bei welchen bereits im Arbeitsvertrag die zu erbringenden Leistungen so genau umschrieben sind, dass sich die Weisungserteilung im Einzelfall erübrigkt. Auch ohne Vorliegen einer Weisungsgebundenheit kann daher ein Arbeitsverhältnis vorliegen.²⁵

cc) Betriebliche Eingliederung

Wesentlicher Leistungsinhalt des Arbeitsvertrages ist die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht, die in persönlicher Abhängigkeit, **eingegliedert in den Betrieb** des Arbeitgebers zu erbringen ist.²⁶

23 OGH 24.5.1995, 8 ObA 309/94.

24 Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 77; Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.0.118; aa Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 6/044.

25 Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 4/004.

26 OGH 13.9.2001, 8 ObA 92/01i.

Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht somit auch die **Integration des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers**. Von einer Integration ist dann auszugehen, wenn sich der Arbeitnehmer in eine bestehende betriebliche Hierarchie einordnet, was vor allem durch eine Weisungsgebundenheit in persönlicher und sachlicher Hinsicht sowie entsprechende Berichts- und Koordinationspflichten zum Ausdruck kommt. Auch die in den letzten Jahren zunehmende Bedeutung einer dislozierten Arbeit (Home-Office, Außendienst) schließt das Vorliegen einer betrieblichen Eingliederung nicht aus. In diesen Fällen kann sich die betriebliche Eingliederung durch die Vernetzung mit modernen Kommunikationsmitteln wie Intranet, Telefon oder eingerichteten Online-Netzzugänge ergeben.²⁷ Mangels Eingliederung in die Betriebsorganisation und damit mangels persönlicher Abhängigkeit des Arbeitnehmers, stellen Beschäftigungsverhältnisse in **Heimarbeit** (Heimarbeitsverhältnis) kein Arbeitsverhältnis aufgrund eines Arbeitsvertrages dar.²⁸

Hinsichtlich der **Kontrollbefugnisse** ist hervorzuheben, dass nur solche Kontrollmöglichkeiten für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen, die sich in ihrem Umfang und ihrer Intensität vom Kontrollrecht anderer Vertragstypen unterscheiden.²⁹

dd) Sonstige Kriterien

Als ein weiteres Kriterium kann die Frage, wer die **Arbeitsmittel** zur Verfügung stellt, herangezogen werden. Werden die Arbeitsmittel vom Arbeitgeber bereitgestellt, so stellt dies ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages dar. Bei Bereitstellung der Arbeitsmittel durch den Leistenden selbst spricht dies für das Vorliegen eines Werkvertrages oder freien Dienstvertrages.³⁰ Zu beachten ist, dass diese Gesichtspunkte nicht unreflektiert angewendet werden können; so kann ein Arbeitnehmer etwa auch sein Privatfahrzeug – also ein in seinem Eigentum befindliches Betriebsmittel – einsetzen, ohne dass dieser Umstand an der Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis etwas ändert. Insbesondere wird die Verwendung eines Privatfahrzeugs nicht gegen ein Arbeitsverhältnis sprechen, wenn der Arbeitnehmer einen entsprechenden Kostenersatz dafür erhält (Kilometergeld).

Als weitere beachtliche Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sind das Vorliegen einer **Konkurrenzklause** sowie die **überwiegende Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit** des Leistenden für einen einzigen Auftraggeber zu werten. Ebenso kann das Vorliegen eines **Unternehmerrisikos** eine Rolle spielen, da in der Regel ein Arbeitnehmer weder das Risiko der Verwertbarkeit noch das Er-

27 Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 85.

28 RIS-Justiz RS0108698.

29 OGH 13.1.1988, 14 Ob46/87.

30 Reissner/Neumayr in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.13.

folgsrisiko trägt. Relativiert wird dieses Kriterium jedoch durch die Möglichkeit der Vereinbarung von erfolgsbezogenen Entgelten, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht ausschließen.³¹

d) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Neben der persönlichen Abhängigkeit wird vielfach auch das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Kennzeichnungsmerkmal eines Arbeitsverhältnisses betrachtet. Unter wirtschaftlicher Abhängigkeit wird einerseits die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitseinkommen zur Bestreitung seines **Lebensunterhaltes** (Lohnabhängigkeit) verstanden. Andererseits wird aber auch die **fehlende Verfügungsmacht** über das Eigentum an den **Produktionsmitteln** als Ausdruck der wirtschaftlichen Abhängigkeit verstanden. In der Regel wird die wirtschaftliche Abhängigkeit eine Folge der persönlichen Abhängigkeit sein. Wirtschaftliche Abhängigkeit in Form von Lohnabhängigkeit darf als Kriterium keine zu große Bedeutung beigemessen werden, bewirkt doch auch bei freien Dienstnehmern oder sonstigen selbständigen Unternehmern die Abhängigkeit von einem Großauftrag eine wirtschaftliche Abhängigkeit.³²

C. Abgrenzung zu anderen Verträgen

1. Freier Dienstvertrag

a) Freier Dienstvertrag

Während der Begriff des **freien Dienstvertrages** gesetzlich im Bereich der Sozialversicherung (§ 4 Abs 4 ASVG) geregelt ist, verwendet der OGH neben diesem Begriff auch den Terminus des freien Arbeitsvertrages. Dabei verpflichtet sich der freie Dienstnehmer ebenso wie der abhängige Arbeitnehmer nicht dazu, ein bestimmtes Werk herzustellen oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, sondern er ist vielmehr nur dazu verhalten, dem Vertragspartner auf eine gewisse Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Es geht also beim freien Dienstvertrag um die vertraglich eingeräumte Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Vertragspartners, also die Bereitschaft, eine gewisse Zeit hindurch bloß **gattungsmäßig umschriebene Leistungen** zu erbringen. Charakteristisch ist, dass beim freien Dienstvertrag nicht jenes Maß an persönlicher Abhängigkeit gegeben ist, das zur Qualifikation als abhängiger Arbeitsvertrag führen würde.³³

Der freie Dienstvertrag ist zusammenfassend dadurch gekennzeichnet, dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, welches die Erbringung bloß gattungsmäßig umschriebener Leistungen zum Inhalt hat. Entscheidendes Abgrenzungskrite-

31 Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 90.

32 Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ Rz 4/006.

33 RIS-Justiz RS0021740.

rium zum Arbeitsvertrag ist die **persönliche Abhängigkeit**.³⁴ Konsequenterweise zeichnet sich der freie Dienstnehmer durch ein **höheres Maß an Freiheit** bei der Gestaltung seiner Tätigkeit aus. Es besteht für ihn die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu gestalten, ohne an bestimmte Arbeitszeiten gebunden zu sein. Auch eine entsprechende Eingliederung in die betriebliche Organisation des Vertragspartners wird nicht oder zumindest nur schwach ausgeprägt sein.³⁵

Das Bestehen einer **Anwesenheitspflicht** spricht gegen die Annahme eines freien Dienstvertrages.³⁶ Bei der Beurteilung ist wiederum in einer **Gesamtschau auf sämtliche Merkmale** einzugehen, welche stärker oder schwächer ausgeprägt sein können.³⁷

Die Regelungen des 26. Hauptstückes des ABGB und anderer arbeitsrechtlicher Normen sind unmittelbar nur auf echte Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Nur bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung ist nach der Rechtsprechung des OGH eine **analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen** auf den freien Dienstvertrag zu erwägen.³⁸

Somit kommt auch eine direkte Anwendung von Vorschriften über die **kollektive Rechtsgestaltung** auf freie Dienstverträge nicht in Frage.³⁹ Grund dafür ist etwa, dass bei einem freien Dienstvertrag, auf den die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes nicht anzuwenden sind, eine reine Erfolgsentlohnung (Provisionen) ohne Anspruch auf Entgelt bei rechtmäßig unterbliebener Arbeitsleistung (zB Krankheit, Urlaub, wichtiger persönlicher Grund ua) nicht als **unzulässige Überwälzung des Unternehmerrisikos** zu sehen ist.⁴⁰ Zudem kann mangels entsprechender Vereinbarung **keine Überstundenvergütung** begehrt werden.⁴¹

Der meistens an die Organstellung in zeitlicher Hinsicht gekoppelte Anstellungsvertrag eines **Vorstandes** einer Aktiengesellschaft ist mangels persönlicher Abhängigkeit kein Arbeitsvertrag, sondern ein **freier Dienstvertrag**.⁴²

Freie Dienstnehmer haben bei fristwidriger Kündigung und ungerechtfertigter Entlassung **Anspruch auf Kündigungsentschädigung**.⁴³ Beachtlich ist, dass gemäß § 1164a ABGB auch für freie Dienstnehmer ein **Dienstzettel** ausgestellt werden muss.

34 Schrammel in *Marhold/Burgstallter/Preyer*, AngG § 1 Rz 9.

35 Rebhahn in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 98.

36 RIS-Justiz RS0110656; OGH 2.9.1998, 9 ObA 196/98h.

37 Reissner/Neumayr in *ZellHB AV-Klauseln* Rz 0.28.

38 RIS-Justiz RS0118265.

39 OGH 11.5.1988, 9 ObA 165/87.

40 RIS-Justiz RS0111628; OGH 25.2.1999, 8 ObA 38/99t.

41 RIS-Justiz RS0107234; OGH 26.3.1997, 9 ObA 54/97z.

42 OGH 13.11.2008, 8 ObS 16/08y; RIS-Justiz RS0027993; Schrammel in *Marhold/Burgstallter/Preyer*, AngG § 1 Rz 16.

43 OGH 20.8.2008, 9 ObA 17/08b; RIS-Justiz RS0021747.