

**Ausgewählte Entscheidungen zum Problemkreis  
der Abgrenzung zum Arbeitsvertrag  
freien Dienstvertrag und Werkvertrag**

**"Heimarbeit"**

**8 ObA 26/99b vom 8.7.1999: technische Assistentin: Verrichtung von Schreibaarbeiten in Heimarbeit: Dienstvertrag - freier Dienstvertrag**

Die Klägerin war für die technische Koordination von Baumeisterarbeiten gegen Bezahlung eines Pauschales und Spesenersatz zuständig. Die Klägerin unterlag den engen Grenzen dem Weisungs- und Kontrollrecht der Beklagten: Sie hat an den Werktagen in der Zeit von 8 Uhr 00 bis 12 Uhr 00 erreichbar zu sein und erhielt jeweils zwischen 7 Uhr 30 und 8 Uhr 00 Anweisungen durch Organe der Beklagten über die durchzuführenden Tätigkeiten, welche sie teilweise im Beisein des Geschäftsführers der Beklagten auszuführen hatte. Die Beklagte gab der Klägerin Termine ebenso vor wie die Namen der Firmen, von denen Kostenvoranschläge einzuholen waren und wertete die von der Klägerin eingeholten und überprüften Kostenvoranschläge gemeinsam mit dieser aus. Die Beklagte stellte der Klägerin ein Mobiltelefon zur Verfügung und ersetzte ihr die Spesen für die Benützung des eigenen PKWs. Baustellengespräche wurden zu Hause durchgeführt. Sie stellte für die Klägerin Krankenscheine sowie eine Lohnbestätigung aus. Der Umstand, dass die Klägerin schriftliche Arbeiten für die Beklagte zu Hause und nicht in den Betriebsräumen der Beklagten ausführte, trat völlig in den Hintergrund. Die Möglichkeit, Hilfstätigkeiten (einzelne Aufgaben wurden dem Ehemann (Überprüfung von Kostenvorschlägen) übertragen) zu substituieren, indiziert für sich allein noch nicht das Vorliegen eines freien Dienstvertrages.

**OLG Wien 8 Ra 7/05s vom 17.3.2005: Heimbuchhalterin; Dienstvertrag - freier Dienstvertrag: = ARD 5612/9/2005**

Die Klägerin war für eine Steuerberatungskanzlei als Heimbuchhalterin mit der Vorkontierung von Trafiken beschäftigt, wobei sie in der Regel zu Hause arbeitete und zirka einmal wöchentlich das Büro aufsuchte, um neue Arbeitsunterlagen abzuholen und fertiggestellte Abrechnungen abzugeben. Die Klägerin hatte ein Kontingent von 26 Trafiken zur Abrechnung, die Bearbeitung dieses Kontingents bedeutete einen Arbeitsaufwand von zirka 20 Stunden wöchentlich. Der Klägerin war in der Gestaltung ihrer Arbeitszeiten völlig frei, zu beachten waren nur bestimmte Abgabetermin, wie beispielsweise der 15. eines jeden Monats als Zeitpunkt der Fälligkeit von Steuern. Die Bezahlung orientierte sich an der Anzahl der zu bearbeitenden Abrechnungen unter Zugrundelegung eines vereinbarten Schlüssels. Fiel in einem Monat der Kunde weg, verringerte sich der Bezug der Klägerin. Es bestand die Möglichkeit neue Kunden abzulehnen. Zusätzlich zu den monatlichen Auszahlungen erhielt die Klägerin Weihnachts- und Urlaubsgeld. Für die Klägerin stellte das regelmäßige Entgelt ein für ihren Unterhalt wesentliches Einkommen dar. Die Klägerin war für das Büro zu Hause telefonisch erreichbar. Büromaterial erhielt die Klägerin von der Steuerberatungskanzlei. Wenn die Klägerin eine Woche nicht da war, kündigte sie das der Steuerberatungskanzlei im Vorhinein an.

Aus dem Umstand, dass die Klägerin über 16 Jahre lang tätig war, lässt sich ein echtes Arbeitsverhältnis nicht ableiten, die Freizügigkeit der Klägerin

durch die regelmäßigen Abgabetermine am 15. eines jeden Monats war nicht stark eingeschränkt; es liegt daher ein freier Dienstvertrag vor.

### **"Arbeiter"**

#### **OGH 8 Ob A 86/03 - Expeditaushilfe: infas 2004 A 24. - „echter“ Arbeitsvertrag.**

Der Kläger ist seit 18.11.1999 für die beklagte Partei als Aushilfsepeditemitarbeiterin tätig und legt Werbematerial und Sonntagsbeilagen in Zeitungen ein.

**Haben die Vertragsparteien eine umfassende und unbefristete Vereinbarung für die Erbringung solcher Dienste geschlossen, bei der sich der AN jedenfalls beim jeweiligen Arbeitseinsatz in persönlicher Abhängigkeit befindet, und ist das einzige Merkmal, das gegen eine Beurteilung des Rechtsverhältnisses als echten Arbeitsvertrag spricht, die vereinbarte Möglichkeit für den AN, Beschäftigungsangebote des AG auszuschlagen, so spricht dies für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages iSd 1151 ABGB bzw iSd EFZG.**

#### **OGH 8 OB A 44/03h - Straßenkolporteurs: „echter“ Arbeitsvertrag.**

Mehrere Zeitungsverkäufer verlangen von der Vertriebstochter eines Medienkonzerns die Bezahlung arbeitsrechtlicher Ansprüche (Abfertigung, Urlaubersatzleistung).

**Der OGH stellte fest, dass die Tätigkeit eines Kolporteurs, der Produkte eines Zeitungskonzerns im Einzelverkauf auf der Straße oder auf einer mit dem Privat-PKW zu absolvierenden Route vertreibt, zu Zeiten der effektiven Ausübung keinesfalls weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhalten anzusehen ist, bedarf keiner Erörterung. Eine Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, besteht nicht. Unternehmerrisiko wird wohl nur vom Zeitungsunternehmer auf den Kolporteur überwältzt, wenn Zeitungen „auf Kommission“ übernommen und abgerechnet werden müsse.**

**Trotz des schriftlich eingeräumten Rechts zur generellen Vertretung ist daher von einem Arbeitsverhältnis iSd § 1151 ABGB auszugehen, zumal auch das Vertretungsrecht im Alltag nicht gelebt werden konnte. Eine Übergabe der Arbeit an Vertretungspersonen nach Gutdünken war nämlich keineswegs möglich.**

#### **OLG Linz 12 Ra 49/05w vom 6.7.2005: Reinigungskraft - Dienstvertrag - freier Dienstvertrag:**

Der Beklagte ist Inhaber eines Reinigungsunternehmens, die Reinigungsarbeiten werden von 20 bis 25 Reinigungskräften durchgeführt, die alle als freie Dienstnehmer gemeldet sind und jeweils fixe Objekte langfristig zugeteilt erhalten. Kontrolliert werden die Reinigungskräfte von der Ehegattin des Beklagten durchschnittlich zweimal im Monat dadurch, dass die Kunden aufgesucht werden. Die Entlohnung erfolgt in Form eines Bruttopauschalbetrages, nachdem die beklagte Partei die angemessene Zeitspanne für den Arbeitsaufwand selbst ermittelt hat.

Die Klägerin nahm in zwei Bürogebäuden Reinigungsarbeiten vor, wonach der Arbeitsaufwand beim ersten Gebäude fünfmal wöchentlich jeweils 1,5 Stunden pro Tag umfasste, beim zweiten Gebäude 2 x 2 Stunden wöchentlich; bei beiden Aufträgen hatte die Klägerin die Arbeiten etwa ab 17 Uhr 15, nachdem die Bürogebäude leerstanden bis zum Beginn der Bürozeiten am nächsten Werktag zu bewältigen. Wann die Klägerin innerhalb dieses Zeitrahmens die ihr übertragenen Arbeiten verrichtete, war ihr freigestellt. Die Klägerin musste

Putzmittel nachkaufen, wenn jene des Kunden ausgegangen waren und musste für Krankheit und Urlaub selbst für eine Vertretung sorgen. Das Entgelt der Klägerin betrug € 7,-- pro Stunde.

Die Verpflichtung, im Bedarfsfall Putzmittel selbst nachzukaufen, stellt ein sittenwidriges Überwälzen von Kosten dar, zumal die erforderlichen Putzutensilien grundsätzlich von Kunden beizustellen waren. Es liegt nur eine Vertretungspflicht im Krankheitsfall, jedoch kein generelles Vertretungsrecht vor. Der Klägerin standen die üblichen Arbeitszeiten (tagsüber an den Werktagen) von vornherein nicht zur Verfügung, auch einer Reinigungskraft müssen die gewöhnlichen Schlafenszeiten in der Nacht zugebilligt werden. Es entspricht den Gegebenheiten im Reinigungsgewerbe, dass die Arbeiten in der Regel sobald wie möglich nach Büroschluss erledigt werden, was eine darüber hinausgehende persönliche Gestaltungsfreiheit der Klägerin in der Praxis weitgehend ausschließt bzw auf ein relativ enges Zeitfenster begrenzt. Auch die theoretische Möglichkeit einmal in der Woche (statt Freitag abends) auch am darauf folgenden Wochenende zu putzen, fällt nicht so ins Gewicht, dass die Annahme eines echten Arbeitsvertrages ausgeschlossen wäre.

**OLG Graz: 8 RA 240/02d vom 15.1.2003 Bauarbeiter - Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag**

Die beklagte Partei ist ein Trockenbau- und Fassadenbauunternehmen; da es mit schlampig arbeitenden angemeldeten Arbeitnehmern Probleme gab, entschieden sich die Geschäftsführer nur mehr freie Dienstverträge abzuschließen. Nach dem Vertrag war die Zeiteinteilung frei wählbar, SV-Anteil wurde einbehalten, kein Entgelt für Krankheit und Urlaub. Der Arbeiter war für die Meldung der Einkünfte an das Finanzamt selbst verantwortlich.

Der Kläger verwendete bei seiner Tätigkeit eigenes, zum Teil auch von der beklagten Partei zur Verfügung gestelltes Werkzeug. Der Kläger hat sich nie vertreten lassen. Kosten für die Unterkunft wurden von der beklagten Partei getragen, ebenso die Kosten für das Material, für die Fassadenarbeiten und das Gerüst. Arbeitsbeginn war um 7 Uhr 00, OLG Graz: von einer völlig freien Arbeitszeiteinteilung kann keine Rede sein, weil die Arbeiter auf einer Baustelle 50 Stunden in der Woche hätten arbeiten müssen, um das Zeitlimit einzuhalten. Bei 50-Wochen-Stunden an Arbeit ist der zeitliche Spielraum gering.

**8 ObA 95/01f vom 15.11.2002 - mit Aufzugswartung betrauter Wohnungseigentümer - Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag**

Der Kläger ist Wohnungseigentümer, hat die Aufzugswärterprüfung abgelegt, wofür er ATS 5.000,-- erhielt und führte regelmäßig Kontroll- und Wartungsarbeiten an den Aufzügen der Wohnungseigentumsanlage durch (täglich nach freier Zeiteinteilung). Der Kläger begehrt die Entlohnung nach dem Mindestlohntarif für Hausbediener; OGH: Es liegt ein freier Dienstvertrag vor, es ist daher angemessenes Entgelt geschuldet.

**9 ObA 53/04s vom 5.5.2004: Telefonistin im Call-Center - Sex-Hotline**

**Werkvertrag - Freier Dienstvertrag - Arbeitsvertrag.**

Erste Instanz: Freier Dienstvertrag, Berufung wurde nur von der beklagten Partei erhoben.

Klage auf Feststellung: Klägerin war als Telefonistin in ein einem als Werkvertrag bezeichneten Vertragsverhältnis tätig, war nicht bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft angemeldet, erlitt nach

Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Gehirnblutung; wäre sie im Rahmen eines (freien) Dienstverhältnisses beschäftigt gewesen, wären die Kosten des Krankenhausaufenthaltes von der GKK zu übernehmen gewesen. Die Leistungen wurden stundenweise abgegolten, die Klägerin arbeitete regelmäßig 4 bis 5 Mal pro Woche im Call-Center, hatte die Anweisung die Anrufer so lange wie möglich im Gespräch zu halten, untersagt waren Gespräche mit sitten- oder strafgesetzwidrigem Inhalt, Treffen und private Telefonate mit Kunden waren untersagt. Eine Mindeststundenanzahl war nicht vereinbart. Aufgrund der Bekanntgaben der Telefonistinnen wurde jede zweite Woche ein Terminplan erstellt, welcher verbindlich war. Bei Nichteinhaltung des Terminplans wurde für den Fall, dass kein Ersatz gefunden wurde, ein Pönale vereinbart. Die Klägerin machte vom Vertretungsrecht Gebrauch.

Es liegt zumindest ein freier Dienstvertrag vor. Feststellungsinteresse ist gegeben.

**OLG Wien 7 Ra 158/06s 20.12.2006 - X-GsmbH- selbständige Handelsvertreterin - Freier Dienstvertrag - Revision zugelassen und erhoben.**

Eine Geschäftsführerin einer neu zu eröffnenden Filiale mit Gewerbeschein ist als freie Dienstnehmerin zu bezeichnen, wenn sie Mitarbeiter einstellen kann, sonst aber überwiegend in persönlicher Abhängigkeit zur Unternehmen das Geschäft betreibt. Die Klägerin musste alle Waren und Werbemittel von der beklagten Partei beziehen. Der Klägerin war es nicht gestattet selbständig oder unselbständig in einem Betrieb tätig zu sein, der dem der Beklagten gleichartig ist. Die Klägerin wurde einmal wöchentlich von einem Vertreter der Beklagten kontrolliert. Bei dieser Kontrolle wurde der Zustand des Fachgeschäftes inspiziert. Die Klägerin war im Geschäft während der Öffnungszeiten durchgehend anwesend, meldete jeden Urlaub und beschäftigte dabei Aushilfen. Sie beschäftigte zuerst eine Mitarbeiterin mit 10 Stunden, später zwei Mitarbeiter geringfügig. Auf Veranlassung der Beklagten gab in dem Geschäft der Klägerin eine Pornodarstellerin eine Autogrammstunde, wofür die Klägerin die Kosten übernahm. Medienwirksame Werbung hätten der Zustimmung der Beklagten bedurft. Die Klägerin hatte keinen Einfluß auf die Preisgestaltung und war nicht verpflichtet im Geschäft anwesend zu sein. Die Geschäftsöffnungszeiten waren von der beklagten Partei vorgegeben. Die Klägerin durfte eigenständig Personal beschäftigen. Betriebsmittel (Einrichtung) wurden von der beklagten Partei beigestellt. Die Dekoration im Geschäft erfolgte durch einen Dekorateur, der alle Geschäfte der Beklagten schmückte. Im Fachgeschäft wurden neben den Firmenprodukten auch Fremdprodukte angeboten, welche die Beklagte bestimmte. Abverkäufe konnte aufgrund des Kassensystems nur mit Zustimmung der Beklagten erfolgen. Die Tageslosung war nach Geschäftsschluss täglich auf das Konto der Beklagten einzuzahlen. Sämtliche Waren mussten bei der Firmenzentrale bezogen werden.

Die beklagte Partei wendet ein, dass die Klägerin Handelsvertreter auf Provisionsbasis sei.

Das Erstgericht hat den Vertrag der Klägerin mit der Beklagten als echten Arbeitsvertrag qualifiziert und sie letztlich als Angestellte eingestuft. Das einzige Kriterium, das gegen eine Angestelltentätigkeit spräche sei, dass die Klägerin nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet sei. Das Berufungsgericht sah bei der Gewichtung sämtlicher Umstände in der Tätigkeit der Klägerin keinen Arbeitsvertrag iSd § 1151 ABGB, sondern einen freien Dienstvertrag, wobei eine ordentliche Revision zur Klärung der Frage, ob die Vereinbarung und tatsächliche Übung der unbegrenzten Möglichkeit, Vertreter oder Gehilfen beizuziehen, die Annahme eines echten Arbeitsvertrages auch bei strenger zeitlichen und örtlichen Bindung der Leistungserbringung ausschließt.

## **"Gewerberechtlicher Geschäftsführer"**

**§ 39 Abs 2 Z 2 GewO: Geschäftsführer muss ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer sein.**

**9 ObA 338/98s: Die Vereinbarung keine Leistungen zu erbringen ist nichtig.**

**OLG Graz:7 Rs 12/05x 02.03.2005**

Auch nach der Gewerbeordnung reicht die bloss faktische Arbeitsleistung nicht aus, es muss sich vielmehr um eine in Abhängigkeit gegenüber den Betriebsinhaber geleistete Tätigkeit handeln (7 Rs 12/05x 02.03.2005)

**VWGH 26.04.2001, 2000/04/0162:**

Dass ein mit einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit beschäftigter voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer aber bereits aus diesem Grund in der Lage wäre sich im Sinn des § 39 Abs 2 im Betrieb entsprechend zu betätigen ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

**8 Obs 206/01d vom 21.02.2002 Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag**

Die Tätigkeit des Klägers bestand darin, die jeweiligen Baustellen zu Kontrollzwecken meist unangemeldet zu besuchen, Besprechungen mit Bauleitern zu führen und den Geschäftsführer bei der Anbotsstellung und Kalkulation zu beraten. Eine regelmäßige Dienstzeit wurde nie angeordnet, der Kläger hat sich nur fallweise mit dem Geschäftsführer wegen konkreter Tätigkeiten Verabredungen getroffen. Er hat die Baustellen nach freier Zeiteinteilung besucht. Die schriftlichen Arbeiten wurden nach eigener Einschätzung teils im Büro und teils zu Hause erledigt. Kaufmännische Dienste gehörten nicht zum Aufgabenkreis.

**8 Obs 8/05t vom 28.4.2005 Gewerberechtlicher Geschäftsführer - Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag**

Der Kläger war für 2 Unternehmungen als gewerberechtlicher Geschäftsführer tätig. Es war von vorne herein vereinbart, dass das Monatspauschale nicht nur die entsprechend den Vorgaben der Gewerbeordnung vereinbarte Stundenleistung von 20 Wochenstunden, sondern auch die Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung abgelten sollte. Der Kläger war hauptsächlich mit der technischen Kontrolle beschäftigt, führte seine Tätigkeit eigenverantwortlich durch, wurde weder überprüft, noch kontrolliert, konnte sich seine Tätigkeit innerhalb der von Kunden und Professionisten vorgegeben Termine frei einteilen. Der Kläger unterlag keiner Kontrolle, welche Tätigkeiten er durchgeführt hat.

**OLG Graz 7 Rs 116/06d 09.11.2006: Dienstvertrag - freier Dienstvertrag ao Revision erhoben: 8 Obs 1/07s:**

Der Kläger war für zwei Unternehmen gew Gf, er arbeitete ein bis zwei Tage pro Woche für die beklagte Partei, wobei er auch in der Nähe des Unternehmenssitzes übernachtete und wenn er mit dem zug anreiste vom Gf abgeholt wurde, danach wurden gemeinsam Baustellen besucht, vom Kläger Sicherheitseinrichtungen kontrolliert, Pläne gezeichnet, Arbeitern Anweisungen erteilt und vom Gf erstellte Ausschreibungen bearbeitet.

**OLG Graz: Position des Klägers erforderte eine freie Einteilung der Arbeitszeit, der Aufgabenbereich ging über bloße Kontrolltätigkeiten hinaus.**

**10 Ra 71/06v OLG Wien vom 29.08.2006 - Programmierer - Werkvertrag - Dienstvertrag -**

Ein Programmierer der mit einem Unternehmen einen als Werkvertrag bezeichneten Vertrag geschlossen hat, ist als Arbeitnehmer anzusehen, wenn er vom Unternehmen "von Fall zu Fall konkrete Aufträge" erhalten hat. Weiters hatte der Programmierer alle Informationen, die für die Aufträge nötig waren selbst einzuholen und am Ende jedes Monats (später jedes zweiten Monats) eine Honorarnote zu legen. Der Arbeitsbeginn war zwischen 9.00 Uhr und 9.30 Uhr, das Arbeitsende schwankte zwischen 14.00 Uhr und 18.00 Uhr und hing davon ab wann ein sinnvoller Abschnitt beendet war. Die erbrachte Stundenzahl wurde in einem Excel-Sheet festgehalten. Der Programmierer war auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin ausschließlich für Aufträge des Bundesrechnungszentrums zuständig. **Eine Vertretung des Klägers wäre zwar nach den getroffenen Vereinbarungen erlaubt gewesen, tatsächlich wäre dies wegen der sensiblen Daten und der strikten Geheimhaltungsverpflichtung kaum möglich gewesen.** Krankheitsbedingte Abwesenheit musste der Kläger ebenso wie Urlaub oder arbeitsfreie Tage melden. Eine Vertretung gab es in der tatsächlichen Handhabung des Vertragsverhältnisses nach den Feststellungen des Gerichts nicht. Einmal in der Woche gab es eine freiwillige Projektbesprechung. Der Programmierer war inhaltlich an die Vorgaben des Unternehmens gebunden und er unterlag bei seiner programmiertätigkeit einer ständigen Kontrolle.

Aus all diesen Überlegungen ergibt sich, dass der Kläger nicht den vereinbarten und im Vertrag festgelegten Erfolg schuldet sondern die Zurverfügungstellung seiner Dienste als Programmierer schuldet. **Aus dem Umstand, dass der Kläger als Angestellter Programmierer nur mit einem Bruchteil des vereinbarten Stundensatzes ( € 60 + Ust) entlohnt worden wäre ist kein Werkvertrag ableitbar.**

**ASG Wien 5 Cga 172/05g.21.11.2006 Bibliothekarin, noch nicht rechtskräftig. freier Dienstvertrag - Dienstvertrag**

Die Klägerin hatte mit der beklagten Partei ab 1989 einen als "Werkvertrag" bezeichneten Vertrag geschlossen der bis zum 31.12.1998 befristet war. Dieser Vertrag wurde dann Ende der 90er Jahre abgeändert und als "freier Dienstvertrag" bezeichnet. Am Anfang ihrer Tätigkeitszeit war sie mit der Eingabe der Bücherbestände in das Bibliotheksprogramm beschäftigt, wobei die Arbeitszeit entsprechend der Verfügbarkeit des Computers festgelegt wurde. Nach Ablauf dieses Vertrages wurde ein neuer Vertrag mit identem Inhalt abgeschlossen.

Der Aufgabenbereich der Klägerin wurde immer wieder erweitert. Sie schulte andere Bibliotheksmitarbeiter am Computer ein, betreute Bibliotheksnutzer und erledigte unter anderem organisatorische Arbeiten im Rahmen der Arbeitsanforderung der Bibliothek.

Die Bibliothek war an drei Tagen geöffnet, davon an zwei Tagen für Benutzer; Juli und August war sie geschlossen.

Ihre Arbeitszeit betrug 18 Wochenstunden. In der Einteilung der Arbeitszeit war die Klägerin relativ frei. Da sie den Schlüssel für die Bibliothek hatte, konnte sie ihre Arbeit auch in der Nacht oder am Wochenende erledigen. Die Aufteilung der Benützerdienste erfolgte über Gespräche mit den Mitarbeitern, wobei das Ergebnis in Listen eingetragen wurde. Bei diesen Diensten konnte sich die Klägerin von anderen Mitarbeitern der beklagten Partei vertreten lassen. Im Juli und August arbeitete die Klägerin "weniger" weil sie "Urlaub" machte, wobei sie dies mit der beklagten Partei nicht absprechen musste. Die Stundenaufzeichnungen wurden kontrolliert, auch Verhinderung durch Krankheit wurden eingearbeitet. Erreichte sie die vorgegebene Stundenzahl nicht musste sie diese nacharbeiten. Sie wurde monatlich, unabhängig von der tatsächlichen Tätigkeitsdauer, mit 10000 Schillingen bezahlt. Nebenbei arbeitete sie noch für ein anderes Unternehmen, das seinen Sitz im Haus der beklagten Partei hatte und die Bibliothek nutzte. Auch für diese Tätigkeit benutzte sie den Schreibtisch, der ihr von der beklagten Partei zur Verfügung gestellt wurde. Im "freien Dienstvertrag" wurde festgehalten, dass die Arbeiten im Haus der Beklagten durchzuführen sind. Die Klägerin hat 12 Jahre hindurch ihre Arbeiten am vereinbarten Arbeitsort ausgeführt. Die Klägerin arbeitete ausschließlich mit den Betriebsmitteln der Beklagten Partei. Die Klägerin begehrt Urlaubersatzleistung für 90 Werkstage und Entlohnung nach dem Mindestlohntarif für Angestellte im privaten Bildungsbereich.

Der Vertrag wurde vom Erstgericht als echter Dienstvertrag qualifiziert.

### "Lehrer"

#### **8 ObA 2158/96b vom 26.6.1997 = Arb 11.625 - Nachhilfelehrer - Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag.**

Die von der beklagten Partei (Veranstalterin von Nachhilfekursen für AHS-Schüler) beschäftigten Lehrer waren berechtigt, die Übernahme von Kursen (Semesterkurse mit wöchentlich einer Doppelstunde und mehrtägige Ferienkurse mit je 4 Stunden täglich) abzulehnen.

Mit der Übernahme eines Kurses (und dem darin gelegenen Abschluss eines Vertrages) verpflichteten sich die Lehrer zur Abhaltung des nach Ort, Zeit und Unterrichtsgegenstandes festgelegten Kurses unter Beachtung der organisatorischen Hinweise der Beklagten über der Gestaltung des Unterrichtes und der Pausen. Wird der Arbeitnehmer auf diese Weise in die Organisation des Arbeitgebers eingebunden, hat er feste Arbeitszeiten an den bestimmten Arbeitsorten einzuhalten unterliegt er auch nur diesbezüglich der Kontrolle des Arbeitgebers, so sind die Voraussetzungen für einen freien Arbeitsvertrag nicht gegeben, sondern es liegt ein echter Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 ABGB vor.

Hier wich die Praxis von der schriftlichen Vereinbarung ab, nach der der Lehrer berechtigt war, jederzeit die Kurszeit zu ändern, jederzeit Kurse zu verlegen oder sich vertreten zu lassen. Der Lehrer war in der Realität zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet, konnte sich nur im Verhinderungsfall vertreten lassen und war in der Auswahl des Vertreters an die Zustimmung des Arbeitgebers gebunden.

OGH: Mit der ausschließlich am Bedarf des Arbeitgebers orientierten Gestaltung der jeweils für die Dauer eines Kurses abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge, mit denen die Lehrerinnen über Jahre regelmäßigen Beschäftigungspausen, die denen eines Lehrers an einer öffentlichen Schule entsprochen haben, beschäftigt wurden, wurde das gesamte Beschäftigungsrisiko auf die Arbeitnehmerinnen überwältzt, mit denen nicht einmal eine bestimmte, jeweils abzugeltende Mindestarbeitszeit, sondern die Honorierung nach der tatsächlichen Arbeitszeit vereinbart wurde. Die jeweils vor dem Kurs abgeschlossenen Verträge sind daher als Kettenarbeitsverträge zu qualifizieren, durch die das Unternehmerrisiko auf die Lehrerinnen überwältzt wurde.

**Zur Berechnung der Ansprüche: Gleiche Grundsätze wie beim Berufsdetektiv.**

**9 ObA 10/99g vom 5.5.1999 Sprachlehrer - Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag.**

Die Sprachlehrer konnten sich zur Arbeitsleistung jeweils am Vortag für den nächsten Tag verpflichten und konnten sich bis dahin nur zu bestimmten Stunden oder überhaupt nicht zur Verfügung stellen ohne dass das zu Konsequenzen führte (Eintrag ins Blocking-Buch). Der Kläger verpflichtete sich meist für 2 bis 3 Wochen. Unbegründetes Nichteinhalten von vereinbarten Terminen hatte Konsequenzen.

OGH: Die Bindung eines an einer Sprachschule tätigen Sprachlehrers an einem bestimmten Unterrichtsstoff, Lehrzielkataloge, Lehrbehelfe und die Methode der Sprachschule betrifft die Abgrenzung des Vertragsgegenstandes und bedeutet für sich - ebenso wie die Ortsgebundenheit des Unterrichts - noch keine ins Gewicht fallende persönliche Abhängigkeit. 2 bis 3 Mal jährlich stattfindenden Kontrollen durch Methodetrainer kommt nicht das Gewicht einer "laufenden Kontrolle" zu.

Der Unterschied bei den beiden Entscheidungen liegt in der Kontrolldichte. (Bei Nachhilfelehrer Verpflichtung für ein Semester)

**OLG Wien 10 RA 9/06a vom 16.3.2006 - ordentliche Revision nicht zugelassen - Bildungsinstitut Arbeitsvertrag - Freier Dienstvertrag.**

Die beklagte Partei hat einen Lehrbetrieb, wo Personen zur beruflichen Rehabilitation mit einem bestimmten Ausbildungsziel unterrichtet werden. Die Ausbildung findet in Modulen (meist 10 Wochen) statt, alle 10 Wochen werden daher Stundenpläne erstellt. Lehrer teilen im Vorhinein ihre Zeitpräferenzen mit (in der Praxis 20 Wochen im Voraus). Die Lehrer sind an die erstellten Stundenpläne gebunden, können sich aber vertreten lassen (wurde vom Kläger in Anspruch genommen). Der Unterricht fand bei der beklagten Partei statt. Der Kläger konnte von der beklagten Partei stellte Skripten heranziehen, aber auch eigene Unterlagen verwenden.

Der Kläger, der nach Stunden bezahlt wurde, strebt eine Entlohnung nach dem Mindestlohntarif für private Bildungseinrichtungen an.

**OLG Wien: Da keine Möglichkeit bestand, einen Honorarlehrer gegen seinen Willen zur Abhaltung einer Unterrichtseinheit zu verpflichten, Stundenpläne unter Berücksichtigung der Honorarlehre erstellt wurden und daher der Kläger seinen Arbeitseinsatz mit den zeitlichen Anforderungen seines Studiums vereinbaren konnte, der Kläger sich vertreten lassen konnte und keiner laufenden Kontrolle unterlag, liegt ein freier Dienstvertrag vor.**

**"Ausbildungsverhältnisse"**



**9 ObA 288/01w vom 13.3.2002 - HTL-Schüler**

**Pflichtpraktikum - Arbeitsverhältnis - Volontariat**

Der Kläger war HTL-Schüler, absolvierte bei einer Installationsfirma ein Pflichtpraktikum und erhielt dafür die vereinbarte Entschädigung.

OGH: Der Beschäftiger kann über die Arbeitskraft eines Praktikanten nicht so wie über jene der sonstigen Beschäftigten zur Erreichung des Betriebszweck verfügen. Kriterien für das Überwiegen des Ausbildungszwecks ist, dass der Beschäftigte Arbeiten, die nicht dem Ausbildungszweck dienen, nur in einem zeitlich zu vernachlässigendem Ausmaß verrichtet. Ferialpraktikanten haben größere Freiheiten bei der zeitlichen Gestaltung ihrer Anwesenheit. Die Gesamtbetrachtung zählt.

Praktikanten müssten nicht bloß zuschauen, Pflichtpraktikum bedeutet aber nicht automatisch betriebliche Arbeitspflicht. Arbeitgeber ist für das Vorliegen eines Volontariats beweispflichtig.

**9 ObA 176/05 vom 11.10.1995: Ferialpraxis - Arbeitsverhältnis.**

Ferialpraxis ist nach den Richtlinien zur Ableistung der Praxis für das Studium des Erdölwesens an der Montan-Universität Leoben; der Kläger benötigte ein Praktikum von 8 Wochen; erhielt eine monatliche Unterstützung von ATS 10.000,--. Der Kläger benötigte den Nachweis einer Ferialpraxis von 130 Schichten, weshalb eine freie Zeiteinteilung nicht möglich war; deswegen war im vorliegenden Fall die mangelnde freie Zeiteinteilung kein wesentliches Unterscheidungskriterium. Dem Kläger wurde gesagt "er könne da und dort mithelfen". Der Einsatz hing von seiner Zustimmung ab. Der Kläger hat keine volle Arbeitskraft ersetzt.

**OLG Graz: 8 RS 12/99t vom 4.3.1999 Verfassung einer Dissertation Werkvertrag - Arbeitsvertrag**

Der Kläger hat das Diplomstudium als Verfahrenstechnik beendet und arbeitet an einer Dissertation, die beklagte Partei ist mit der Herstellung von Kläranlagen und Abwasserreinigungsanlagen befasst und hat schon mehrere Diplomarbeiten und eine Dissertation begleitet. Das Projekt, an dem der Kläger mitarbeitet, wurde zur Hälfte vom Forschungsförderungsfonds gefördert. Die beklagte Partei gab den Rahmen der Arbeit vor, Auswertung der Ergebnisse im Labor der UNI, die Kosten für die Chemikalien trug die beklagte Partei. Der Kläger sollte Proben ziehen, dafür war eine tägliche Anwesenheit verpflichtend. Der Kläger musste Wochenprotokolle führen und zumindest einmal wöchentlich über den Fortgang seiner Arbeit Bericht erstatten. Bei sachlichen Differenzen traf der Arbeitgeber die letzte Entscheidung.

Urlaub war bewilligungspflichtig.

OLG Graz: Ausarbeitung und anschließende Zurverfügungstellung einer Dissertation kann auch im Rahmen eines Werkvertrages erfolgen, maßgeblich ist aber die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses. Aufgrund der täglichen Anwesenheitspflicht der wöchentlichen Berichtspflicht der Weisungsunterworfenheit liegt ein Arbeitsvertrag vor.

**OLG Graz 7 RA 77/03b vom 3.9.2003 - Nageldesignerin - Arbeitsvertrag - Ausbildungsvertrag; RdA 2004,70.**

Die Beklagte gehört in der Wirtschaftskammer zur Fachgruppe Fußpflege, Kosmetiker und Masseure, Rahmenkollektivvertrag ist aufrecht, Lohnordnung wurde zum 28.2.1995 aufgekündigt.

Die Klägerin war aufgrund eines "Ausbildungsvertrages" zu 40 Stunden Arbeitszeit mit einem Monatslohn von ATS 4.000,-- ab 11.6.2001 tätig (8 Monate), wobei die von der beklagten Partei praktizierte Schablonenmethode nur von 6 bis 7 Studios in Graz verwendet wird. Die Ausbildung dauert 2 Jahre. Die Klägerin verrichtete Teiltätigkeiten beim Nageldesign und darüber hinaus Reinigungs- und Kassiertätigkeiten im angeschlossenen Solarium.

OLG Graz: Es liegt kein Lehrberuf nach dem BAG vor, es ist daher ein Arbeitsvertrag. Da keine Lohnvorschrift bestand: Sittenwidrigkeit als Grenze. Der vereinbarte Stundenlohn von € 1,71 stellt Lohnwucher dar.

**8 ObA 15/98h vom 7.6.1998 = DRDA 1999/44 - Medizinstudent als Sanitätsgehilfe bei Blutspendeaktionen - tageweise befristete Arbeitsverhältnisse**

Bei der sachlichen Rechtfertigung von wiederholten Befristungen in Abgrenzung zu als sittenwidrig zu beurteilenden Kettenarbeitsverträgen hat eine Interessenabwägung im Sinne des beweglichen Systems zu erfolgen, wobei nicht nur das Ausmaß der Unterbrechungszeiten, sondern auch das zwischen diesen Unterbrechungszeiten liegenden Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen ist. In dem hier zu beurteilenden Fall, in dem der Betroffene Medizinstudent nach der der Beschäftigung zugrundeliegenden Rahmenvereinbarung nur in Zeiten beschäftigt für die er sich arbeitsbereit erklärt hatte (eintrag in Listen; Vertretung durch Kollegen möglich) wurde, überstiegen die Dauer der Zeiten der Unterbrechung bei weitem die Zeiten der Beschäftigung (106 Beschäftigungstage in zwei Jahren), sodass schon aus diesem Grund das Vorliegen eines unzulässigen Kettenarbeitsvertrages zu verneinen ist.

**"Rechtsfolgen unrichtiger rechtlicher Einordnung des" "Vertragsverhältnisses"**

**„Freier Dienstvertrag“ -> „Arbeitsvertrag“**

**4 Ob 104/80:**

Erhielt ein Mitarbeiter als freier Mitarbeiter Honorare muss bei der Prüfung der Frag ob ernoch offene Ansprüche auf Sonderzahlungen hat, das gesamte von ihm bezogene Honorareinkommen in Anschlag gebracht werden; ist dieses bei Umlegung auf 14 Gehälter immer noch höher als das Durchschnittseinkommen der in Frag kommenden Verwendungsgruppe besteht kein Anspruch auf Nachzahlung des 13 und 14 Bezuges.

**„Werkvertrag“ -> „Arbeitsvertrag“**

**8 ObA 2347/96x vom 28.8.1997 = SZ 70/167-Berufsdetektiv - Werkvertrag - Arbeitsvertrag OLG Graz 8 Ra 175/00t vom 5.12.2000, 8 ObA 63/01z vom 15.11.2001**

**Sachverhalt:**

Der auf Grund eines "Werkvertrages" jahrelang für die beklagte Partei (Detektivbüro) tätige Kläger, der in dieser Zeit kein anderes Einkommen bezog

und am (erfolgsunabhängig) nach Stunden entlohnt wurde, war zwar nicht verpflichtet, alle ihm angebotenen Aufträge zu übernehmen; übernahm er aber einen Auftrag, erhielt er konkrete Weisungen und musste detaillierte Berichte erstatten. Mit dem Abschluss eines jeden derartigen Vertrages verpflichtete er sich zur Durchführung des Auftrages in der von der beklagten Partei nach Ort, Zeit und Art festgelegten Weise. Wird ein Arbeitnehmer in die Organisation des Arbeitgebers eingebunden, hat er die von diesem festgelegten Arbeitszeit an einen bestimmten Arbeitsort einzuhalten und unterliegt er auch nur diesbezüglich der Kontrolle des Arbeitgebers, so sind die Voraussetzungen für einen freien Arbeitsvertrag nicht gegeben, sondern liegt ein echter Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 ABGB vor.

Die auf Grund einer Rahmenvereinbarung jeweils für einen Auftrag abgeschlossenen Arbeitsverträge, mit denen der Kläger durch Jahre hindurch laufend von der beklagten Partei beschäftigt wurde und aus denen allein er seinen Lebensunterhalt bestritt, sind als Kettenarbeitsverträge zu qualifizieren, durch die das Unternehmerrisiko in unzulässigerweise auf den Kläger überwältigt wurde und Dienstnehmerrechte, wie das auf bezahlten Urlaub, Abfertigung, Kündigungsschutz und Kündigungsentschädigung, beschnitten wurden. Die sogenannten Werkverträge des Klägers sind daher als ein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit anzusehen.

#### **Zur Berechnung der Ansprüche:**

Ansprüche des Klägers sind nicht auf der Basis von 38,5 Wochenstunden zu berechnen. Auf Grund der stark schwankenden Bezüge ist ein Beobachtungszeitraum von einem Jahr zugrunde zu legen. Da der Kläger nur für die Zeiten der tatsächlichen Einsätze bezahlt wurde, ist im Hinblick auf den Urlaubsanspruch von fünf Wochen das im Beobachtungszeitraum verdiente Entgelt auf 47 Wochen pro Jahr aufzuteilen. Für die Zeit des unbezahlten, tatsächlich aber konsumierten Urlaubs: Durchschnittliches Monatsentgelt :  $4,33 \times 5$  (Wochen) - (8 Ra 175/00t).

Der Kläger wurde auf Basis eines "Werkvertrages" entlohnt, die beklagte Partei hat weder Lohnsteuer noch Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger abgeführt. Der Kläger nahm im Vertrag zur Kenntnis, dass er die aus dem Werkvertrag entstehenden Einkünfte selbst zu versteuern hat und durch das Unternehmen nicht versichert ist. Daher kann der Dienstgeber auch bei verschuldeter Verspätung der Entgeltzahlung die darauf entfallenden Dienstnehmeranteile an den Sozialversicherungsbeiträgen einbehalten (§ 60 ASVG), es liegt keine Nettolohnvereinbarung vor.

Der Kläger konnte nicht damit rechnen, dass der "Dienstgeber" das vereinbarte Entgelt ohne Anrechnung der Lohnsteuer abführt.

Hinsichtlich der bereits zugeflossenen Entgelte darf vom noch auszahlenden Entgelt nicht mehr als ein nicht periodenkongruenter - nicht auf die nachzahlenden Entgelte entfallender Beitrag - in Abzug gebracht werden. Der Dienstgeber hat daher das Abzugsrecht für die auf bereits ausgezahlten Entgelte entfallenden Dienstnehmeranteile der Sozialversicherung verloren, da kein Anhaltspunkt besteht, dass der Kläger diese für ihn nachteilige Handhabung des Vertragsverhältnisses angestrebt hätte.

**OGH 9 Oba 185/97i vom 11.6.1997:** Arbeitsentgelt als "Werklohn" ist als Bruttoentgelt anzusehen.

Handelt es sich um einen Dienstvertrag, so kann das in diesem Zusammenhang vereinbarte Entgelt, auch wenn es unrichtig als Werklohn bezeichnet wurde, nur als Bruttomonatsentgelt gesehen werden. Da bei einem Dienstverhältnis gemäß den Bestimmungen des ASVG und der übrigen Gesetze, die Sozialversicherungsbeiträge vorsehen (EFZG, ALVG) Kraft ausdrücklicher

gesetzlicher Anordnung Arbeitgeberbeiträge anfallen, die vom Arbeitgeber aus dessen Vermögen abzuführen sind, fehlt für eine Verpflichtung der Klägerin, der beklagten Partei diese Beiträge zu ersetzen, jede Grundlage.

**18 Ob 226/98p vom 21.1.1999 - Umsatzsteuer (Arb 11.625 = EvBl 1999/113):**

Haben die Parteien in der irrigen Meinung, es liege kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Werkvertrag vor, Werklohn zusätzlich Umsatzsteuer vereinbart, bildet der auf die Umsatzsteuer entfallende Betrag einen Bestandteil des Bruttoentgelts. Daran ist trotz der Ausführung Gerlachs in seiner Glosse zu DRDA 1998/20 jedenfalls im vorliegenden Fall festzuhalten, indem der Arbeitgeber schlechtgläubig, der Arbeitnehmer - ein in untergeordneter Funktion tätiger Bauarbeiter - hingegen gutgläubig war. Dem durchschnittlichen Arbeitnehmer kann in der Regel nicht zugemutet werden, den Unterschied von Werkvertrag und Dienstvertrag mit allen steuerrechtlichen Konsequenzen zu kennen. Für ihn ist regelmäßig lediglich sein Gesamtlohn von Bedeutung, der sich nach seinem Vertrag aus dem Stundenpreis von ATS 125,-- zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt also mit dem angeführten Betrag von ATS 150,-- pro Stunde ergab. Aus dem Umstand, dass er von seinem Dienstgeber vorbereitete Rechnungen unterschrieb, in denen die Umsatzsteuer gesondert ausgeworfen wurde, kann nicht geschlossen werden, dass er seinem Arbeitgeber als Unternehmer Rechnung legen und damit verbundene Konsequenz, umsatzsteuerpflichtig Kraft Rechnung zu werden (§ 11 Abs 14 UStG) tragen wollte.

Daraus folgt, dass der Arbeitgeber bei Zahlung der Umsatzsteuer an den Arbeitnehmer vereinbartes Entgelt geleistet hat, das nicht deshalb zurückfordern kann, weil ihm die Finanzbehörden den Vorsteuerabzug mit der Begründung nicht anerkannten, dass der Arbeitnehmer nicht Unternehmer im Sinne des § 12 UStG war.

Entscheidend war im vorliegenden Fall die Gutgläubigkeit.

**8 OBA 20/04f vom 17.2.2005: Monteur**

Der Kläger war ab 1995 als Monteur unselbstständig beschäftigt, anlässlich seines Ersuchens um Lohnerhöhung teilte der Arbeitgeber mit, dass er in Zukunft auf selbstständiger Basis arbeiten könne und dann statt ATS 100,-- ATS 210,-- pro Stunde und für Überstunden statt ATS 260,-- ATS 310,-- verdienen könne. Dem Kläger wurde mitgeteilt, dass er die Sozialversicherung und die Steuern selbst zu bezahlen und Rechnungen zu legen hätte, Sonderzahlungen würden nicht zustehen. An der Art der Tätigkeit änderte sich nichts, der Kläger war weiterhin weisungsunterworfen, musste die Arbeitsleistung höchstpersönlich erbringen, Urlaube mussten bewilligt werden. Die Erlagscheine vom Finanzamt und die Vorschreibungen der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft übergab er vereinbarungsgemäß der Buchhaltung der Arbeitgeberin, diese wurden teilweise bezahlt.

Der Kläger fordert gestützt auf das weitere Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses für die Zeit seiner "Selbstständigkeit" Sonderzahlungen, Urlaubersatzleistung und einen Betrag von € 2.407,-- von ihm die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft wegen nachträglicher Erhöhung der Beitragsgrundlagen geleisteten Beiträge und Zahlungen an das Finanzamt.

OGH: Sonderzahlungen stehen nicht zu, da die Entgeltvereinbarung höher als KV-Mindestentgelt (§ 3 Abs 1 ArbVG); Anspruch auf Urlaub ist zwingend; die Geltendmachung dieser Ansprüche, selbst wenn sie mit früherem Verhalten in Widerspruch steht, kann nicht als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden; Sozialversicherungsbeiträge: Der Kläger hat sich auf die Verletzung der

Aufklärungspflicht berufen und dass ihm solche Beiträge nicht vorgeschrieben worden seien: OGH: Der Kläger hätte sich gegen die Vorschreibung wehren können.

OLG Wien 7 Ra 138/04x: Nachhilfelehrer: Schadenersatz wegen Nichtmeldung bei der Pensionsversicherungen; Hälfte Mitverschulden des Dienstnehmers. OGH 9 ObA 34/05y vom 16.12.2005: Klagebegehren auf Schadenersatz zur Gänze wegen Generalvergleich abgewiesen.