

## Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag und Werkvertrag. Zuordnung und Rechtsfolgen der Zuordnung

Vortrag im Rahmen des 4. Praktikerseminars Arbeitsrecht und Sozialrecht  
8. 3. 2007, Universität Graz

1. Das Thema „Probleme der Beschäftigung freier Mitarbeiter“ ist keineswegs neu. Aufgrund der tiefgreifenden Veränderungen in der Arbeitswelt ist allerdings die Zahl der betroffenen Gruppen von Beschäftigten wesentlich größer und die Beschäftigung außerhalb eines Arbeitsvertrags in manchen Bereichen von der Ausnahme zur Regel geworden.
2. Die meisten arbeitsrechtlichen Gesetze gehen von einem feststehenden ArbeitnehmerInnenbegriff aus und verweisen auf diesen (zB AngG, ArbVG, EFZG, UrlG, AVRAG, jeweils § 1 Abs 1). Die zentrale Bestimmung, § 1151 Abs 1 ABGB, stellt den Dienstvertrag dem Werkvertrag gegenüber und ist wenig aussagekräftig. Der freie Dienstvertrag, der mittlerweile erhebliche Bedeutung in der Praxis erlangt hat, kommt – jedenfalls ausdrücklich – gar nicht vor.
3. Dass die persönliche Abhängigkeit bei Erbringung der Leistung das entscheidende Abgrenzungskriterium bildet, ist im Hinblick auf den Zweck des Arbeitsrechtes nicht ohne weiteres überzeugend. Die Schutzbedürftigkeit von Dienstleistenden und in der Folge die Schaffung relativ zwingender Schutzvorschriften hat in erster Linie einen wirtschaftlichen Hintergrund. Die wirtschaftliche Abhängigkeit spielt als Kriterium in erster Linie deshalb keine entscheidende Rolle, weil sie schwierig zu handhaben ist.
4. Durch den wirtschaftlichen, technischen und arbeitsorganisatorischen Wandel in der Arbeitswelt kommt der Unterordnung unter eine von den ArbeitgeberInnen vorgegebene Arbeitsstruktur – und damit der persönlichen Abhängigkeit - eine tendenziell immer geringere Bedeutung zu. Man begegnet also immer häufiger Konstellationen, in denen der Beschäftigte Arbeitszeit und Arbeitsort mehr oder weniger selbst bestimmen kann, gleichzeitig aber die wirtschaftliche Abhängigkeit bestehen bleibt.

5. Besonders problematisch sind naturgemäß Fälle, bei denen die vereinbarte Vertragsform auf eine selbständige Tätigkeit hinweist, der Sachverhalt aber Hinweise darauf enthält, dass faktisch unselbständig gearbeitet wurde. Oft geht es um die Bedeutung einer vereinbarten Vertretungsbefugnis bzw um ein vereinbartes Recht, Arbeitsaufträge abzulehnen. Im Ergebnis erkennt der OGH an, dass ein Ablehnungsrecht bezüglich einzelner Arbeitseinsätze nicht automatisch zum Verlust der ArbeitnehmerInneneigenschaft führt. Damit wird ein Wesenselement des ArbeitnehmerInnenbegriffs, die Verpflichtung zur Arbeitsleistung, nicht mehr als zwingende Voraussetzung für ein Arbeitsverhältnis gesehen.
6. Der OGH misst in Grenzfällen auch dem Ausmaß der Inanspruchnahme der Arbeitskraft, das eigentlich unmittelbarer Ausdruck wirtschaftlicher Abhängigkeit ist, eine entscheidende Rolle zu. Wenn Dienstleistende ausschließlich oder überwiegend ihre Arbeitskraft für einen Vertragspartner einsetzen und daraus ihren Lebensunterhalt bestreiten, kommt etwa der Möglichkeit, einzelne Aufträge ablehnen zu können, eine geringere Bedeutung zu.
7. Ein weiterer wesentlicher Aspekt ist das Vorhandensein oder Fehlen unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeiten.
8. Auch die Unterscheidung zwischen Dauerschuldverhältnissen und Zielschuldverhältnissen bzw zwischen freiem Dienstvertrag und Werkvertrag ist oft schwierig. Im Unterschied zum Werkvertrag wird nach hA beim freien Dienstvertrag nicht ein im Vertrag schon relativ konkret umschriebener Erfolg geschuldet, die versprochenen Leistungen werden vielmehr wenigstens in der Mehrzahl bloß gattungsmäßig bestimmt und erst im Einzelfall vom Besteller konkretisiert. Diese Formel ist zwar als Faustregel brauchbar, sie versagt aber häufig bei der konkreten Anwendung auf einen zu lösenden Fall. In Zweifelsfällen wird man sich eher daran zur orientieren haben, ob nach der Absicht der Parteien das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft erreicht oder das Herstellen eines bestimmten Ergebnisses erzielt werden soll.
9. Bei den zivilrechtlichen Rechtsfolgen des Abschlusses eines freien Dienstvertrags ist zu differenzieren. Weil keine ArbeitnehmerInneneigenschaft besteht, kommen die Regeln des Arbeitsrechts unmittelbar nicht zur Anwendung. Nach hA können aber einzelne Bestimmungen des Arbeitsrechts im Wege der analogen Rechtsanwendung herangezogen werden. Dies betrifft grundsätzlich die Regelungen, die nicht von der persönlichen Abhängigkeit ausgehen und daher nicht den Schutz des sozial

Schwächeren bezwecken. Im Wesentlichen handelt es sich um Bestimmungen des ABGB, wie § 1152 (Anspruch auf angemessenes Entgelt bei fehlender Entgeltvereinbarung), §§ 1159 – 1159b (Fristen und Modalitäten der Kündigung), § 1161 (Verweis auf die KO), und die §§ 1162 – 1161d (vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund). Auch die Fürsorgepflicht (§ 1157 ABGB) und die Beschränkungen für Konkurrenzklauseln in § 36 AngG sind analogiefähig.

10. Darüber sind für freie DienstnehmerInnen aber auch für WerkvertragnehmerInnen die Vorschriften über arbeitnehmerähnliche Personen von Relevanz, wenn sie „im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind“ (so die Definition in § 51 Abs 3 Z 2 ASGG). In diesem Fall ist für Rechtsstreitigkeiten das Arbeits- und Sozialgericht zuständig, weiters gelten das DHG, das AÜG, das AuslBG, das GIBG sowie die §§ 23, 23a AO und 46, 47 KO. Nach der Rechtsprechung sind zudem das KautSchG und die Rückforderungsbeschränkung bei irrtümlich zu viel bezahltem, aber gutgläubig verbrauchtem Entgelt für arbeitnehmerähnliche Personen analog anzuwenden. Abgelehnt wurde zB ein Abfertigungsanspruch) und ein Anspruch auf Urlaubsentschädigung, sowie auf Überstundenvergütung.
11. Die Rechtsprechung versucht in Einzelfällen durch flexible Interpretation des ArbeitnehmerInnenbegriffs die Umgehung des Arbeitsrechts hintanzuhalten. Dies ist aber nicht ausreichend. Die persönliche Abhängigkeit als Wesensmerkmal eines Arbeitsverhältnisses wird nämlich zunehmend der Realität der Arbeitsbeziehungen nicht mehr gerecht. Man sollte den ArbeitnehmerInnenbegriff der geänderten Realität anpassen und verstärkt Kriterien wirtschaftlicher Abhängigkeit einbeziehen.