

Joe Püringer

Freie DienstnehmerInnen

Ergänzendes Kapitel zum Beitrag

„Was gilt für wen in Österreich?

ArbeitnehmerInnenschutz und technische Sicherheit“

Im Punkt 2.2 des Buchbeitrags werden der „echte“ oder „abhängige“ Arbeitsvertrag und der freie Dienstvertrag kurz charakterisiert. Im vorliegenden ergänzenden Kapitel werden die Unterschiede zwischen den Vertragstypen und ihre Konsequenzen genauer erläutert.

Eine exakte gesetzlich definierte Abgrenzung zwischen „echten“ Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag gibt es nicht. Es kommt daher den von der Rechtswissenschaft und den Gerichten dazu entwickelten Kriterien entscheidende Bedeutung zu.

Gemeinsamkeiten

Der freie Dienstvertrag hat mit dem „echten“ (= „abhängigen“) Dienstvertrag gemeinsam, dass die Arbeitskraft (unbefristet oder befristet) dem Vertragspartner zur Verfügung gestellt wird, um von diesem angeordnete Tätigkeiten auszuführen, die (nur) gattungsmäßig umschrieben sind, wobei dies im Wesentlichen als persönliche Arbeitsleistung zu erfolgen hat.

Unterschiede

Im Unterschied zum „echten“ Dienstvertrag sind bei freien DienstnehmerInnen¹ die Merkmale der **persönlichen Abhängigkeit gar nicht oder nur schwach ausgeprägt**. Das bedeutet: Die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort (nicht aber hinsichtlich des sachlichen Arbeitsinhalts) fehlt oder ist stark eingeschränkt. Freie DienstnehmerInnen (freie DN) wählen selbst, wann und wo sie die Arbeitsleistung erbringen. Sie können sich eingeschränkt vertreten lassen und arbeiten eventuell mit eigenen Hilfsmitteln.

¹ Zwischen den Begriffen „DienstnehmerIn“ und „ArbeitnehmerIn“ besteht **kein Unterschied**. Der Begriff „freie DienstnehmerInnen“ stammt aus der älteren arbeitsrechtlichen Debatte und aus der Einbeziehung dieser Personen in die Sozialversicherung; er hat seinen Ursprung darin, dass auch das ASVG sowie die Höchstgerichte in ihren Entscheidungen den alten Begriff „Dienstnehmer“ verwenden. Es hat sich in der Rechtssprache die Gewohnheit herausgebildet, zur Vereinfachung der Kommunikation von „freien DienstnehmerInnen“ und nicht von „freien ArbeitnehmerInnen“ zu sprechen.

Dieser Gewohnheit folgend, wird der Begriff „ArbeitnehmerIn“ zumeist Personen mit „echtem“ (= „abhängigem“) Dienstvertrag (gleichbedeutend mit „Arbeitsvertrag“ oder „echtem Arbeitsvertrag“) vorbehalten.

Wie beim echten Dienstvertrag müssen auch beim freien Dienstvertrag nicht alle Merkmale gleichzeitig ausgeprägt sein. Vielmehr gibt es einen fließenden Übergang zwischen diesen Vertragstypen.

Von Rechtswissenschaft und Judikatur entwickelte Kriterien

In der Judikatur zur Abgrenzung zwischen (echten) Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag und in der seit Jahrzehnten dazu geführten rechtswissenschaftlichen Diskussion (z.B. WACHTER 1984) haben sich einige Grundaussagen als Konsens herausgebildet. Diese werden nachfolgend skizziert.

Der Oberste Gerichtshof, der in grundsätzlichen arbeitsrechtlichen Fragen zuletzt entscheidet, **charakterisiert den „echten“ Arbeitsvertrag wie folgt:**

Nach Lehre und Rechtsprechung ist der („echte“) Arbeitsvertrag vor allem durch die **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers / der Arbeitnehmerin (AN), sohin dessen/deren **Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers** (AG) gekennzeichnet, die sich *in organisatorischer Gebundenheit*, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit – äußert. (OGH, 9 ObA 54/97z vom 26.3.1997; auch: Rechtssatz RS0021306 ²)

Zu den wesentlichen Merkmalen eines („echten“) Arbeitsvertrages gehören die *persönliche*, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des AN, dessen *diszipliniäre Verantwortung*, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem AG zukommt, die persönliche Fürsorge- und Treuepflicht sowie die *organisatorische Eingliederung* in den Betrieb des AG (OGH, 9 ObA 54/97z vom 26.3.1997) und die Beistellung des Arbeitsgerätes durch den Dienstgeber (OGH, 8 ObA 45/03f vom 30.10.2003).

Die wesentlichen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit (die das „echte“ Arbeitsverhältnis kennzeichnet) sind die **Weisungsgebundenheit** des zur Erbringung der Arbeitsleistung Verpflichteten (=ArbeitnehmerIn) – insbesondere hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten –; ferner seine **persönliche**, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht, die Fremdbestimmung der Arbeit (der wirtschaftliche Erfolg kommt dem Arbeitgeber zugute), die persönliche Fürsorgepflicht und Treuepflicht sowie die **organisatorische Eingliederung** des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers, einschließlich der **Kontrollunterworfenheit**. Die genannten Merkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle gemeinsam vorliegen und können in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten. (OGH Rechtssatz RS0021284)

Für den („echten“) Arbeitsvertrag wesentlich ist eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des AN, 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. (OGH Rechtssatz RS0021306)

² Die in diesem Beitrag genannten Rechtssätze werden in der Rechtsprechung regelmäßig und laufend angewandt; Rechtssätze und Entscheidungen sind in <https://www.ris.bka.gv.at/Jus> zugänglich. Die zahlreichen mit den Rechtssätzen verknüpften Entscheidungen geben Einblicke in die arbeitsrechtliche Argumentation. Die Hervorhebungen stammen vom Autor dieses Beitrags.

Daraus ergibt sich als charakteristisches Merkmal auch die persönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin. (GERHARTL 2009)

Die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen, wie schon erwähnt, nicht alle allgemein vorliegen und können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen (OGH, 9 ObA 78/98f). **Entscheidend** [für das Vorliegen eines echten Arbeitsvertrages] ist, **ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.** (OGH, 9 ObA 54/97z vom 26.3.1997; 8 ObA 44/03h vom 25.11.2003; 8 ObA 55/07g vom 10.7. 2008; etc.)

Die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag oder ein freier Dienstvertrag besteht, kann immer nur an Hand der Umstände des **jeweiligen Einzelfalls** beurteilt werden. Ausschlaggebend sind die konkreten Rahmenbedingungen und Inhalte der zu beurteilenden Tätigkeiten, sodass allgemeingültige Aussagen des Obersten Gerichtshofs regelmäßig nicht möglich sind. (OGH 9 ObA 53/04s vom 5.5.2004)

Merkmale des freien Dienstvertrags:

Im Gegensatz zum („echten“) Arbeitsvertrag steht der sogenannte **freie Dienstvertrag**, welcher zur Arbeit **ohne persönliche Abhängigkeit**, weitgehend selbständig und **frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens** verpflichtet. Vor allem die Möglichkeit, den *Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln* und *jederzeit zu ändern* – also das **Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit** – unterscheidet den freien Arbeitsvertrag vom echten Arbeitsvertrag. (OGH, 9 ObA 54/97z vom 26.3.1997; zusammenfassend: OGH Rechtssatz RS0021518; mit weiteren Aspekten: Rechtssatz RS0021740)

Für den freien Dienstvertrag ist die Möglichkeit charakteristisch, den Ablauf der Arbeit selbst zu gestalten, also ohne Bindung an bestimmte Arbeitszeiten und an jene [persönlichen] Weisungen, die für den (echten) Arbeitsvertrag prägend sind, und die selbst gewählte Gestaltung auch jederzeit wieder zu ändern. (OGH 8 ObA 55/07g vom 10.7.2008)

Der „freie Arbeitsvertrag (Dienstvertrag)“ verpflichtet zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, weitgehend selbständig und **frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens.** (OGH Rechtssatz RS0021743)

Freie DN sind (nur) *grundsätzlich* zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet, im Unterschied zum „echten“ Arbeitsvertrag können sie sich jedoch fallweise durch andere Personen vertreten lassen.

Die Vereinbarung einer generellen Vertretungsbefugnis (oder eines „Arbeitsablehnungsrechts“) schließt die persönliche Abhängigkeit und Dienstnehmereigenschaft nur dann aus, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt. (OGH Rechtssatz RS0118332)

Ein entscheidendes Kriterium der persönlichen Abhängigkeit, die den „echten“ Arbeitsvertrag ausmacht, besteht in der Weisungsunterworfenheit. Dabei ist jedoch zwischen sachlichen und persönlichen Weisungen zu unterscheiden. **Freie DienstnehmerInnen unterliegen keinen Weisungen betreffend die persönliche Gestaltung ihrer Arbeitstätigkeit.**

Sachliche Weisungen kommen auch bei Werkverträgen oder freien Dienstverträgen vor. Unter *persönlichen Weisungen* hingegen versteht man Weisungen, die die persönliche

Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben und die (soweit sie berechtigt nach dem Vertragsinhalt erteilt werden) die eigene Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschalten. (OGH, 8 ObA 45/03f vom 30.10.2003)

Die Möglichkeit der Erteilung *sachlicher* Weisungen, die der Abgrenzung des Leistungsgegenstandes dienen, ist mit freien Dienstverträgen keineswegs unvereinbar. (OGH, 9 ObA 165/07s vom 28.11.2007)

So liegt zum Beispiel die Vorgabe bestimmter Kursinhalte und definierter Kursziele, die Verwendung beigestellter Lehrmittel und die Abhaltung der Kurse in den Räumen des Veranstalters in der Natur vergleichbarer Tätigkeiten; derartige Umstände sind daher für sich allein nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des Vortragenden zu begründen. (OGH, 8 ObA 57/09d vom 23.3.2010)

Jeder Arbeitsvertrag zielt auf wiederkehrende Arbeiten und nicht (wie beim Werkvertrag, siehe unten) auf eine einmalige, abschließende Leistung:

Die Verpflichtung zur regelmäßigen dauernden Dienstleistung steht der Annahme eines freien Dienstverhältnisses nicht entgegen. (OGH Rechtssatz RS0021749)

[Ebenso kann ein „echter“ Arbeitsvertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen sein.]

Im Kontinuum zwischen „echtem“ Arbeitsvertrag und Werkvertrag-ähnlichem Dienstvertrag wurde von der Gesetzgebung der (selbst nicht scharf eingegrenzte) Sub-Typus des „Arbeitnehmer-ähnlichen“ freien Dienstvertrags geschaffen: „Arbeitnehmer-ähnliche“ freie DienstnehmerInnen erbringen ihre Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich und verfügen über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel; siehe dazu unten und in Fußnote 5.

GERHARTL (2009) fasst den mehrheitlichen Stand der Diskussion und Judikatur zum freien Dienstvertrag wie folgt zusammen:

Der freie Dienstvertrag ist eine von der Praxis entwickelte Vertragsform, die sowohl Elemente des Werkvertrages als auch des Arbeitsvertrages enthält. Ein freier Dienstvertrag liegt vor, wenn sich jemand zur Erbringung von Dienstleistungen (und nicht zur Herstellung eines Werkes) verpflichtet, wobei aber die für den Arbeitsvertrag charakteristischen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit weitgehend ausgeschaltet werden.

Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag erfolgt insbesondere im Hinblick auf das **Ausmaß der Eingliederung** des freien DN in die Betriebsstruktur und Betriebsorganisation des Arbeitgebers.

Gemeinsam ist dem Arbeitsvertrag und dem freiem Dienstvertrag hingegen, dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem die zu verrichtende Tätigkeit bloß gattungsmäßig umschrieben ist³ und durch sachliche Weisung des Vertragspartners konkretisiert werden muss.

³ Im (echten wie im freien) Dienstvertrag räumt der zur Arbeit Verpflichtete seinem Vertragspartner „die Verfügungsmacht über seine Arbeitskraft“, also die „Bereitschaft, eine gewisse Zeit hindurch bloß gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen“, ein. (OGH Rechtssatz RS0021740; auch: RS0021299)

Echter Arbeitsvertrag und freier Dienstvertrag ↔ Werkvertrag

Anhand des zuletzt genannten Kriteriums kann der (freie) Dienstvertrag vom Werkvertrag unterschieden werden. Das Charakteristikum des **Werkvertrags** besteht darin, dass die Herbeiführung eines bestimmten (Arbeits-)Erfolges, eines „Werkes“, geschuldet wird⁴: *Der Werkunternehmer schuldet ein Werk (Produkt), der (freie [wie auch der echte]) DN hingegen ein Wirken.* (GERHARTL 2009)

Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Der Unterscheidung zwischen dem echten und dem freien Dienstvertrag kommt deshalb größte Bedeutung zu, weil für freie Dienstverträge zahlreiche arbeitsrechtliche Bestimmungen nicht anzuwenden sind.

Grundsätzlich sind – so regelmäßig die Rechtsprechung des OGH – auf einen freien Dienstvertrag nur jene Normen analog anwendbar, die **nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitenden ausgehen**, somit **nicht den sozial Schwächeren schützen sollen**.

Diese Folgerung fußt auf der Charakteristik des freien Dienstverhältnisses, nämlich dass bei diesem Vertragstypus die persönliche Abhängigkeit und daher eine soziale Unterlegenheit des freien DN nicht gegeben seien.

Auf freie DienstnehmerInnen (nicht) anwendbares Arbeitsrecht

Gesetzliche Bestimmungen darüber, welche arbeitsrechtlichen (Schutz-)Vorschriften für freie DN anzuwenden sind, gibt es **nur sehr wenige**. Ob die für das „echte“ Arbeitsverhältnis geltenden (weitaus umfangreicheren) arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen (hätten müssen), wird oftmals erst nach einer Klage beim für Arbeits- und Sozialrechtssachen zuständigen Gericht für den jeweiligen Einzelfall festgestellt. Da je nach dem Ausmaß der persönlichen Abhängigkeit ein **kontinuierlicher Übergang** zwischen echtem Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis besteht, ist die arbeitsrechtliche Unsicherheit beträchtlich und bietet oft Anlass zur Kritik.

In der Frage der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Bestimmungen differenziert der OGH wie folgt (GERHARTL 2009):

Jene Bestimmungen, die auf der für das „echte“ Arbeitsverhältnis charakteristischen Schutzbedürftigkeit des AN aufbauen, etwa der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, werden **nur dann im Wege der Analogie auf freie Dienstverhältnisse erstreckt**, wenn die Merkmale der AN-Ähnlichkeit in der Ausgestaltung des konkreten Vertrages besonders intensiv ausgeprägt sind.

⁴ Der Werkvertrag ist dementsprechend ein „Zielschuldverhältnis“. (Der Arbeits- oder Dienstvertrag hingegen ist ein „Dauerschuldverhältnis“.)

Hingegen wird die **analoge Anwendbarkeit jener arbeitsrechtlichen Normen, die den Merkmalen und Besonderheiten (ausschließlich) des echten Arbeitsverhältnisses – also der persönlichen Abhängigkeit – Rechnung tragen**, auf freie Dienstverhältnisse **verneint**.

- So steht freien DN z.B. **kein Weihnachts- und Urlaubsgeld** zu, da ein **Kollektivvertrag nicht zur Anwendung** gelangen kann. Hinsichtlich der Höhe der Entlohnung gibt es keine Mindestansprüche; auch im Nachhinein kann ein angemessenes Entgelt nicht eingeklagt werden.
- **Nicht anwendbar** sind weiters
 - das **Urlaubsgesetz**,
 - das **Angestelltengesetz** (→ keine bezahlte Dienstfreistellung aus wichtigem Grund; → keine Angestellten-konforme Kündigungsfristen),
 - das **Arbeitszeitgesetz** (→ kein Anspruch auf Überstundenzuschlag),
 - das **Arbeitsruhegesetz**,
 - das **Arbeitsverfassungsgesetz** (→ keine Wahl des Betriebsrates, → keine Unterstützung durch diesen, → keine Anwendbarkeit von Betriebsvereinbarungen) (zB OGH Rechtssatz RS0050817),
 - das **Behinderteneinstellungsgesetz**
- Der **Arbeitszeitschutz** (z.B. auch im Mutterschutzgesetz) oder der **persönliche Bestandschutz** (Kündigungsbeschränkungen) treffen **nicht** zu, da diese Schutzbestimmungen an den Umstand der persönlichen Abhängigkeit anknüpfen. Siehe jedoch unten die seit 2016 mögliche Motivanfechtung bei Kündigung bestimmter schwangerer freier Dienstnehmerinnen.
- **Keine Entgeltfortzahlung** bei Krankheit oder Arbeitsunfall
- Kettendienstverträge sind, anders als beim „echten“ Arbeitsvertrag, zulässig (OGH, 9 ObA 127/03x). Ein unbefristetes Dienstverhältnis kann so – zum Nachteil der freien DN – umgangen werden.

In allen vorgenannten Bereichen lautet – wie schon oben beschreiben – die Argumentation des Obersten Gerichtshofes: Die für freie DN **nicht** (analog) zur Anwendung gelangenden Schutzvorschriften sind Ausformungen des (nur) zu Gunsten „echter“ (d.h. „abhängiger“) Arbeitnehmer bestehenden Schutzprinzips. Nur bei „echten“ Arbeitsverhältnissen werden das Bestehen von persönlicher Abhängigkeit und sozialer Unterlegenheit (und daher einer entsprechenden Schutzbedürftigkeit) angenommen, nicht jedoch angesichts der Merkmale des freien Dienstvertrags. Der im persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des „echten“ Arbeitsvertrages begründete Schutz sei daher für freie DienstnehmerInnen nicht geboten.

Hingegen werden jene Bestimmungen, die *nicht* an die persönliche Abhängigkeit anknüpfen und *keine* spezifischen Bestimmungen zum Schutz der (sozial schwächeren) AN darstellen, vom OGH analog auf freie Dienstverhältnisse **angewendet** (OGH Rechtssatz RS0021758). Dies betrifft beispielsweise die Regelungen betreffend die Kündigungsentschädigung, die Gründe für eine Entlas-

sung oder die Berechtigung zur vorzeitigen Beendigung des freien Dienstvertrages bei Unfähigkeit zur weiteren Dienstleistung.

Kündigungsfristen

Wenn der/die freie DienstnehmerIn im freien Dienstvertrag keine günstigeren Kündigungsfristen ausgehandelt hat, kommen die Kündigungsfristen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zur Anwendung: 4 Wochen, wenn der Arbeitsinhalt „Dienste höherer Art“, d.h. Angestelltentätigkeiten, sind und das Dienstverhältnis bereits 3 Monate dauert; 14 Tage in allen übrigen Fällen.

Erst 2021 werden die im Zuge der Angleichung der Arbeiterrechte an die Angestelltenrechte die längeren Kündigungsfristen des Angestelltengesetzes auch für freie DN gelten: Kündigung durch DG zum Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres mit Kündigungsfrist 6 Wochen bzw. 2 Monate (nach dem zweiten Dienstjahr) bzw. 3 Monate (nach dem fünften Dienstjahr), etc; für Einzelheiten und Abweichungen siehe den künftigen § 1159 ABGB (BGBl I Nr. 153/2017).

Ein Kündigungsschutz (z.B. Möglichkeit der Anfechtung einer sozialwidrigen oder aus verpönten Motiv erfolgten Kündigung) besteht nicht, weil freie DN – zufolge der bereits oben dargestellten Argumentation – eines diesbezüglichen Schutzes nicht bedürften. Zum Motivkündigungsschutz für bestimmte schwangere freie Dienstnehmerinnen siehe unten.

Freien DN ist es natürlich unbenommen, im freien Dienstvertrag mit ihrem Vertragspartner freiwillig bessere Bedingungen (z.B. bezahlten Urlaub, längere Kündigungsfristen, Urlaubs- und Weihnachtsgeld) zu verhandeln und zu vereinbaren.

In Teilbereichen hat der Gesetzgeber auf Forderungen nach arbeitsrechtlicher Besserstellung reagiert:

- So wurden 1998 jene freien Dienstverhältnisse, welche die in § 4 Abs 4 ASVG umschriebenen Voraussetzungen der **Arbeitnehmer-Ähnlichkeit** erfüllen⁵, in den Sozialversicherungsschutz der unselbständig Erwerbstätigen einbezogen. Lag das Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze, erhalten (seit 2008) schwangere freie Dienstnehmerinnen einkommensabhängig Wochengeld; selbstversicherte Dienstnehmerinnen haben Anspruch auf einen bescheidenen Fixbetrag.
- AN-ähnliche freie DN mit einem Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze haben (seit 2008) Anspruch auf ein einkommensabhängiges Krankengeld aus der

⁵ „**Arbeitnehmer-ähnliche**“ **freie DienstnehmerInnen** sind solche, die für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb etc.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel etc.) oder für eine juristische Person des öffentlichen Rechts entgeltlich die Dienstleistungen **im Wesentlichen persönlich** erbringen und über **keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel** verfügen (§ 4 Abs 4 ASVG). Kein freier Dienstvertrag entsteht, wenn Leistungen für Privatpersonen (z.B. für einen privaten Haushalt) erbracht werden.

Krankenversicherung, jedoch erst ab dem 4. Tag der Arbeitsunfähigkeit. (Geringfügig Beschäftigte, die sich in der Kranken- und Pensionsversicherung selbstversichert haben, erhalten Krankengeld in der Höhe eines geringen Fixbetrags.)

- Seit 2016 kann die Kündigung einer AN-ähnlichen freien Dienstnehmerin (§ 4 Abs 4 ASVG) wegen ihrer Schwangerschaft oder wegen eines Beschäftigungsverbots gerichtlich angefochten werden. Die freie Dienstnehmerin hat den Anfechtungsgrund glaubhaft zu machen. Stellt eine Kündigung oder Entlassung eine Diskriminierung dar, sind die Schutzbestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes anwendbar.

Darüber hinaus gelten für AN-ähnliche freie Dienstnehmerinnen § 3 sowie § 5 Abs 1 und 3 des Mutterschutzgesetzes. Diese regeln Folgendes:

- Mitteilungspflicht der Schwangerschaft an den DG
 - Beschäftigungsverbot 8 Wochen vor der Geburt
 - Erforderlichenfalls medizinisch indizierte Freistellung bereits vor Beginn der 8-Wochenfrist mit Anspruch auf Wochengeld
 - Vom DG verlangte Schwangerschaftsbescheinigung oder Nachweis des voraussichtlichen Geburtstermins sind von diesem zu bezahlen
 - Schwangerschaftsmeldung durch den DG an das Arbeitsinspektorat
 - Beschäftigungsverbot 8 Wochen nach der Entbindung (max. 16 Wochen bei Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen)
 - Beschäftigungsverbot betreffend bestimmte besonders belastende oder gesundheitsschädliche Arbeiten für 12 Wochen nach der Entbindung
- Die Verpflichtung zur Ausstellung eines Dienstzettels wurde auf AN-ähnliche freie DN ausgedehnt (§ 1164a ABGB). Im Dienstzettel müssen u.a. angegeben sein: Vorgesehene Tätigkeit, Entgelt und Fälligkeit desselben, ggfs. Ende des freien Dienstverhältnisses.
 - Vollversicherte AN-ähnliche freie DN sind (seit 2008) arbeitslosenversichert. Seit 2011 steht ihnen Weiterbildungsgeld vom AMS bei Bildungskarenz zu.
 - Arbeitnehmer-ähnliche freie DN sind Mitglieder der Arbeiterkammer und können deren Leistungen in Anspruch nehmen.
 - Für Arbeitnehmer-ähnliche freie DN gilt (seit 2010) das Insolvenz-Entgeltversicherungsgesetz und schützt diese vor dem Verlust offener Entgeltforderungen.
 - Arbeitnehmer-ähnliche freie DN sind (seit 2008) in das System der „Abfertigung neu“ einbezogen
 - Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz gilt auch für freie DN, wenn sie unter arbeitnehmerähnlichen Bedingungen arbeiten; es regelt den Ersatz von Schäden, die ein/e DN bei Leistungserbringung der Arbeitgeberseite oder einem Dritten zufügt.

Geltung von Bestimmungen zu Sicherheit und Gesundheitsschutz

Weitestgehend unstrittig ist, **dass für freie DN die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz und zur Sicherheit bei der Arbeit anzuwenden sind**. Das bezieht sich auf die „technisch-hygienischen“ Schutzbestimmungen (also auf Arbeitssicherheit, Beseitigung von Unfallgefahren, Schutz der Gesundheit insbesondere bei der Arbeit mit Geräten und Arbeitsstoffen, u.dgl.).

Der seitens des Dienstgebers zu gewährende Schutz erstreckt sich jedoch **nicht** auf Regelungen betreffend Arbeitszeit und Arbeitsruhe, d.h. er betrifft nicht den „Arbeitszeitschutz“, welcher als Gesundheitsschutz im weiteren Sinne betrachtet werden könnte. Rechtssystematisch wird der Arbeitszeitschutz in der Regel jedoch ohnehin unter „Verwendungsschutz“ subsumiert und nicht unter Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit.

Die (anscheinend entgegen der obigen Argumentation Platz greifende) Geltung der Bestimmungen zu Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit resultiert aus den allgemeinen zivilrechtlichen **Schutz-, Fürsorge- und Sorgfaltspflichten**, die stets zu beachten sind (GRUBER 2000). Ein weiteres Argument ergibt sich daraus, dass selbst dem Werkvertragsgeber gegenüber dem Werkvertragnehmer (gemäß § 1169 ABGB) eine Fürsorgepflicht ähnlich jener des Arbeitgebers (§ 1157 ABGB⁶), jedoch mit Ausnahme der die Arbeits- und Erholungszeit betreffenden Bestimmungen, obliegt.

Geltung des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes für freie DN

Das ASchG geht von einem sehr breiten Arbeitnehmerbegriff aus („alle Personen, die im Rahmen eines Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses tätig sind“). Die Materialien⁷ betonen, dass der ArbeitnehmerInnenbegriff des ASchG über den arbeitsvertragsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff hinausgeht und auch Personen umfasst, die im Rahmen eines nicht als Arbeitsverhältnis anzusehenden Ausbildungsverhältnisses tätig werden, wie zB Volontäre (nicht hingegen WerkvertragnehmerInnen). Auf das Vorliegen eines gültigen Arbeitsvertrages kommt es nicht an.

Der Umstand, dass selbst Volontäre, das sind Personen *ohne Arbeitspflicht* (und ohne Bindung an Arbeitszeiten oder Weisungen), unter dem Schutz des ASchG stehen, ist ein deutlicher Hinweis, dass auch freien DienstnehmerInnen der Schutz des ASchG zustehen muss. Dies wird auch von der Arbeitsinspektion so gehandhabt.

⁶ „Der Dienstgeber hat die Dienstleistungen so zu regeln und bezüglich der von ihm beizustellenden oder beigestellten Räume und Gerätschaften auf seine Kosten dafür zu sorgen, dass Leben und Gesundheit des Dienstnehmers, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden.“

⁷ Erläuterungen zur Regierungsvorlage für das ASchG, 1590 der Beilagen zu den Sten. Protokollen des NR, 18. GP.

Auch der von Abgeordneten der Regierungsparteien eingebrachte Initiativantrag zur Schaffung eines Motivkündigungsschutzes für freie Dienstnehmerinnen wegen Schwangerschaft (951 der Beilagen zu den Sten. Protokollen des NR, 25. GP) bezeichnet das ASchG ausdrücklich als für freie DN geltend.

Es ergibt sich eine klare **Anwendungspflicht** des **ASchG** und der **ASchG-Verordnungen** auf freie DienstnehmerInnen.⁸ Entsprechend treffen die ArbeitgeberInnen-Pflichten beispielsweise zur Ermittlung psychischer Belastungen und die Setzung von Maßnahmen auch auf freie DN zu.

Differenzierter gestaltet sich die Anwendung des **Mutterschutzgesetzes (MSchG)** und des **Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetzes (KJBG)**.

Geltung der Gesundheitsschutzbestimmungen des MSchG für freie DN

Das **MSchG** regelt – anders als das ASchG – nicht nur Anforderungen an den besonderen Gesundheitsschutz, *sondern auch* Anforderungen an die Verwendung von werdenden und stillenden Müttern sowie an ihren Arbeitsvertrag:

Verwendungsschutz: Verbot von Nacht-, Überstunden-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Anspruch auf Stillzeiten während der Arbeitszeit sowie auf Ruhemöglichkeit, Recht auf Teilzeitarbeit ...

Gesundheitsschutz und Sicherheit: Gefährdungsermittlung und -beurteilung hinsichtlich der Schwangerschaft bzw. des Stillens, daraus abgeleitete Schutzmaßnahmen, Tätigkeitsbeschränkungen zum Schutz der Schwangerschaft und des Stillens sowie nach der Entbindung

Arbeitsvertragsrecht: Kündigungsschutz, Weiterzahlung des Entgelts, wenn die Versetzung auf einen gefahrungsfreien Arbeitsplatz nicht möglich ist; Anspruch auf Karenz; Recht auf Austritt, etc.

Der **gesundheitliche Schutzzweck des MSchG** für das Ungeborene sowie für die Mutter kommt in den Bestimmungen zur Ermittlung und Beurteilung der entsprechenden Gefährdungen sowie zur Regelung der Tätigkeiten dahingehend, dass diese Gefährdungen vermieden werden, zum Ausdruck⁹. Die besondere gesundheitliche

⁸ Die Anwendung des ASchG könnte allenfalls in dem Maße abgeschwächt sein, in dem freie DienstnehmerInnen ihre Dienstleistung ohne Weisungsgebundenheit hinsichtlich arbeitsbezogenen Verhaltens und ohne laufender Kontrolle durch den Dienstgeber erbringen, also etwa soweit sie mit privaten (z.B. unergonomischen) Arbeitsmitteln in eigenen privaten Räumlichkeiten (deren Belichtung, Beleuchtung, Raumtemperatur, Zugluft etc. sie selbst bestimmen) arbeiten. Die Schutz-, Sorgfalts- und Fürsorgepflichten des DG lassen es als naheliegend erscheinen, dass freie DN eine (informierende und empfehlende) Information und Unterweisung betreffend den Gesundheitsschutz bei ihrer Arbeit erhalten müssen. Siehe jedoch die schon durch § 1169 ABGB eng gesetzten Grenzen.

⁹ DienstgeberInnen haben die Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit von werdenden und stillenden Müttern und ihre Auswirkungen auf die Schwangerschaft oder das Stillen zu ermitteln und zu beurteilen (§ 2a MSchG). Ergibt die Beurteilung Gefahren für die Sicherheit oder Gesundheit von werdenden oder stillenden Müttern oder mögliche nachteilige Auswirkungen auf die Schwangerschaft oder das Stillen, so haben die DienstgeberInnen diese Gefahren und Auswirkungen durch Änderung der Beschäftigung auszuschließen (§ 2b MSchG). Werdende Mütter dürfen keinesfalls mit schweren körperlichen Arbeiten oder mit Arbeiten / Arbeitsverfahren beschäftigt werden, die nach der Art des Arbeitsvorganges oder der verwendeten Arbeitsstoffe oder -geräte für ihren Organismus oder für das werdende Kind schädlich sind (§ 4 MSchG). Stillende Mütter dürfen keinesfalls mit Arbeiten / Arbeitsverfahren beschäftigt werden, die für das Stillen schädlich sind (§ 4a ASchG). Werdenden und stillenden Müttern, die in Arbeitsstätten sowie auf Baustellen beschäftigt sind, ist es zu ermöglichen, sich unter geeigneten Bedingungen hinzulegen und auszuruhen (§ 8a ASchG). Hinzu kommen gesundheitliche Schutzmaßnahmen nach der Entbindung.

Schutzbedürftigkeit werdender und stillender Mütter besteht **unabhängig von der persönlichen Abhängigkeit** (wie sie den „echten“ Arbeitsvertrag kennzeichnet). Die gesundheitliche Schutzbedürftigkeit ist auch für freie Dienstnehmerinnen anzunehmen, da für diese – wenngleich sie ihre Tätigkeit ohne Bindung an *persönliche* Weisungen, an Arbeitszeiten oder an Beschränkungen des *persönlichen* Verhaltens ausführen – dennoch die durch *sachliche* Weisung vorgegebene Arbeitsaufgabe (Dienstleistung) eine Gesundheitsgefahr bewirken kann.

Sachliche Weisungen des Dienstgebers sind nicht nur für Dienstverträge aller Art (sowie für Werkverträge) üblich (OGH 8 ObA 45/03f, 9 ObA 165/07s), sondern für die Beschreibung und Eingrenzung der durchzuführenden Arbeit geradezu unumgänglich. Wenn der DG eine freie Dienstnehmerin beispielsweise zu Arbeitstätigkeiten unter Verwendung von chemischen Arbeitsstoffen mit für das ungeborene Kind gefährlichen (z.B. embryotoxischen, fetotoxischen) Eigenschaften heranzieht, so ist dies eine *sachliche* Weisung; sie stellt keine *persönliche* Weisung im Sinne einer persönlichen Abhängigkeit dar, wie eine solche (nur) für den „echten“ Arbeitsvertrag typisch wäre. Ein analoges vom Dienstvertragstypus unabhängiges Schutzbedürfnis besteht, wenn eine freie Dienstnehmerin etwa mit Arbeiten mit hoher körperlicher Beanspruchung, die bekannter Maßen für die Schwangerschaft schädlich ist, beschäftigt wird. Auch in diesem Fall wäre die spezifische Schutzbedürftigkeit der Arbeitenden keineswegs ausschließlich in der Weisungsunterworfenheit eines echten Dienstvertrags begründet. Derartige Schädigungseinwirkungen auf den Organismus der Schwangeren lassen sich auch durch eine andere – selbstgewählte – Lagerung der Arbeitszeiten, durch eine größere Bestimmungsfreiheit hinsichtlich des Arbeitsortes, durch Tragen einer vom Corporate Design der Firma abweichenden Kleidung oder durch Nutzung anderer Aspekte der Unabhängigkeit von persönlichen Weisungen des Dienstgebers *nicht* verhindern.

Es ist somit von einer Anwendbarkeit der auf Gesundheitsschutz und Sicherheit von werdenden und stillenden Müttern gerichteten Bestimmungen des MSchG auch für freie Dienstnehmerinnen auszugehen.¹⁰ Jene Bestimmungen des MSchG, die Arbeitszeitregelungen, Verwendungsschutz, Entgeltansprüche oder Arbeitsvertragsrecht normieren, sind hingegen als Vorschriften anzusehen, die die spezifische Schutzbedürftigkeit des „echten“ Arbeitnehmers zum Anlass haben, und wären (entsprechend der vom OGH geübten Argumentation) der analogen Anwendung auf freie Dienstnehmerinnen entzogen.

Was den Gesundheitsschutz und die Sicherheit freier Dienstnehmerinnen betrifft, weist das MSchG seit 2016 *ausdrücklich* darauf hin, das (auch) **AN-ähnliche freie Dienstnehmerinnen** bis zum Ablauf von 12 Wochen *nach* ihrer Entbindung nicht mit Arbeiten beschäftigt werden dürfen, die auf Grund ihres körperlichen Zustandes nach der Geburt für sie gesundheitsschädlich wären. Dieser Hinweis zitiert die in § 5 Abs 3

¹⁰ Auch die (den DG allerdings nicht bindende) EU-Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG sieht diesen Schutz für freie Dienstnehmerinnen vor.

MSchG genannten ¹¹ verbotenen Tätigkeiten. Schon allein um diese Beschäftigungsverbote im Einzelfall feststellen und einhalten zu können, werden DienstgeberInnen die mit der Tätigkeit der freien DienstnehmerInnen verbundenen Gefahren zu ermitteln und zu beurteilen sowie die zu ergreifenden Maßnahmen festzulegen und zu dokumentieren haben.

Es ist einleuchtend, dass auch die Beschäftigungsverbote nach der Entbindung der Gesundheit und körperlichen Sicherheit aller betroffenen weiblichen Lohnabhängigen – und somit auch jener von freien DienstnehmerInnen – dienen und nicht Folge der spezifischen Schutzbedürftigkeit der mit „echtem“ Arbeitsvertrag Beschäftigten sind, also nicht aus der persönlichen Abhängigkeit und der Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers resultieren.

(Arbeits-)Medizinisch außer Zweifel steht, dass chemische, physikalische oder Ergonomie-widrige Belastungen vor der Geburt eine *mindestens so große* Gefährdung der Schwangerschaft darstellen wie die in § 5 Abs 3 MSchG genannten Gesundheitsbelastungen nach der Entbindung. Dass das MSchG (in § 1 Abs 5) für freie DienstnehmerInnen belastende Tätigkeiten nur nach der Geburt ausdrücklich als verboten bezeichnet, weist auf den bloß deklarativen Charakter dieser Bestimmung hin.¹² Wie bereits ausgeführt wurde und unten noch verstärkt wird, ist von der Pflicht zum Gesundheitsschutz auch schwangerer freier DienstnehmerInnen jedenfalls auszugehen, d.h. ungeachtet der genannten MSchG-Novelle. Eine gesundheitliche Schutzlosigkeit schwangerer freier DienstnehmerInnen vor der Entbindung im Gegensatz zum Anspruch auf den medizinisch gebotenen Schutz nach der Entbindung würde ebenso eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen wie die gesundheitliche Schutzlosigkeit schwangerer freier DienstnehmerInnen im Gegensatz zum Schutzanspruch schwangerer „echter“ ArbeitnehmerInnen, die die gleiche Arbeitstätigkeit ausführen.

Ebenfalls zu dem Ergebnis, dass schwangere freie DienstnehmerInnen in keiner Phase der Schwangerschaft (nach Meldung derselben an den Dienstgeber) einem spezifischen gesundheitlichen Risiko ausgesetzt werden dürfen, führt die Fürsorgepflicht des Dienstgebers (§ 1157 ABGB), die für den Gesundheitsschutz auch freier DN gilt: DienstgeberInnen haben die Dienstleistungen so zu regeln und bezüglich der beizustellenden oder beigestellten Gerätschaften und Räume auf ihre Kosten dafür zu sorgen, dass Leben und Gesundheit der DienstnehmerInnen, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden.

¹¹ Diese Tätigkeiten betreffen die Handhabung schwerer Lasten, Arbeiten im Stehen, Arbeiten mit Gefahr einer Berufskrankheit oder unter Einwirkung gesundheitsgefährdender Stoffe, Strahlen, Hitze, Kälte oder Nässe; Schälen von Holz mit Handmessern, Akkordarbeiten und ähnliche Arbeiten, Bergbauarbeiten unter Tage, Arbeiten in Druckluft.

¹² Das ursprüngliche Gesetzesvorhaben beabsichtigte den arbeitsmedizinisch gebotenen Schutz *auch vor* der Entbindung, d.h. ab Meldung der Schwangerschaft. In den Sozialpartnerverhandlungen konnte jedoch keine Einigkeit über die Lohnweiterzahlung für eine allfällig nicht mögliche Beschäftigung an einem gefahrungsfreien Arbeitsplatz erzielt werden. Anstatt die Pflicht zum Gesundheitsschutz während der Schwangerschaft im Gesetz ergänzend zu deklarieren (die *arbeitsvertragsrechtliche* Pflicht zur allfälligen Lohnweiterzahlung wäre dadurch nicht eingetreten), unterblieb diese Deklaration.

Jugendliche nach KJBG dürfen nicht als freie DienstnehmerInnen mit gefährlichen Arbeiten beschäftigt werden

Das Ansinnen, unter das **KJBG** fallende Jugendliche als freie DN zu beschäftigen, erscheint generell als unwahrscheinlich, zumal das Ausbildungspflichtgesetz (APfIG) anordnet, dass Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres einer Bildungs- oder Ausbildungsmaßnahme oder einer auf diese vorbereitenden Maßnahme nachgehen müssen. Wie sich zeigt (siehe unten), ist die **Beschäftigung von Jugendlichen mit freiem Dienstvertrag ausgeschlossen, wenn diese mit gefährlichen Tätigkeiten beschäftigt werden.**

Grundsätzlich trifft die für das MSchG oder für das ASchG angestellte Betrachtung auch auf die Geltung des KJBG für freie DN, d.h. für die Beschäftigung von Jugendlichen als freie DN zu. Falls für Bürotätigkeiten, Botengänge, gestalterische Arbeiten u.dgl. (trotz der Einschränkungen durch das Ausbildungspflichtgesetz) jugendliche freie DN herangezogen werden, sind für diese das ASchG¹³ und, wie oben ausgeführt, die Gesundheitsschutzbestimmungen des MSchG einzuhalten. Soweit das KJBG Bestimmungen betreffend den (das ASchG konkretisierenden) Gesundheitsschutz (§ 22 KJBG) oder Unfallschutz (§ 21a) oder betreffend den Sittlichkeitsschutz (z.B. § 2 KJBG-VO) enthält oder Arbeitszeitbegrenzungen und Ruhezeiten auch als Maßnahmen des altersbezogenen Gesundheitsschutzes zu bewerten sind, werden auch diese einzuhalten sein. Derartige Schutzbestimmungen sind in Lebensalter, Erfahrungsmangel und/oder Körperkonstitution von Jugendlichen begründet – sie entspringen nicht der (für abhängige Arbeitsverträge typischen) persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit.

DienstgeberInnen von Jugendlichen haben die vorhanden Gefahren zu ermitteln und alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der Sittlichkeit zu treffen (§ 23 KJBG). Diese allgemeine Schutzpflicht konkretisierend und ergänzend nennt die KJBG-VO zwecks Wahrung des Unfall- und Gesundheitsschutzes demonstrativ besondere Beschäftigungsverbote und Beschäftigungsbeschränkungen für Jugendliche.

Die KJBG-VO nennt eine Vielzahl von chemischen Arbeitsstoffen, physikalischen Belastungen sowie Beispiele für Arbeiten mit gefährlichen Arbeitsmitteln und für belastende Arbeitsvorgänge; unter diesen Einwirkungen bzw. mit diesen Arbeiten / Arbeitsvorgängen dürfen Jugendliche nicht beschäftigt werden. Die KJBG-VO fordert in allen Fällen, in denen sie Lockerungen überhaupt zulässt, dass die entsprechende gesundheitsgefährdende Tätigkeit *nur „unter Aufsicht“*, das ist die „Überwachung durch eine geeignete fachkundige Person, die jederzeit unverzüglich zum Eingreifen bereitstehen muss“, ausgeführt werden darf. Zusätzlich gelten die Lockerungen nur für Jugendliche *„in Ausbildung“*, das ist „jede Ausbildung im Rahmen eines Lehr-

¹³ Bereits das ASchG verpflichtet (in § 6) den DG dazu, bei der Übertragung von Aufgaben an DN deren Eignung in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit zu berücksichtigen und dabei insbesondere auf Konstitution und Körperkräfte, Alter und Qualifikation Rücksicht zu nehmen.

verhältnisses oder eines sonstigen gesetzlich oder kollektivvertraglich geregelten Ausbildungsverhältnisses“.

Die Kontrolle vor Ort und das Vorliegen eines Lehrverhältnisses bzw. eines Kollektivvertrags sind somit Voraussetzungen der Beschäftigung von Jugendlichen mit diesen gefährlichen Arbeiten. Dass eine Beschäftigung von Jugendlichen mit diesen gefährlichen Arbeiten nicht frei von persönlichen Weisungen und persönlicher Kontrolle, **d.h. nicht als freie DienstnehmerInnen**, stattfinden kann, ergibt sich von selbst.

Literatur:

- A. GERHARTL, Grundlagen für die Reform des Arbeitnehmerbegriffes, Das Recht der Arbeit **59**, 17–20 (2009)
- Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften auf freie Dienstnehmer, Erlass des ZAI vom 8.11.1998, ZI. 60.010/20-3/98. Wiedergegeben in: ARD 5006/1/99 vom 23.2.1999
- B.W. GRUBER, Feier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, Arbeits- und Sozialrechtskartei **4**, 306 und 344 (2000)
- G. WACHTER, Der sogenannte freie Dienstvertrag, Das Recht der Arbeit **34**, 405–419 (1984). *Diese ältere Arbeit präsentiert eine umfassende Bestandsaufnahme der bis dahin festgestellten Unklarheiten und divergierenden Fachmeinungen und legt Klärungs- und Lösungsvorschläge vor.*
- K. KRAPINGER-JANDL, Umfangreiche Neuerungen der sozialen Absicherung für freie Dienstnehmer und Selbständige, Finanz Journal 2008, 1 ff.