

I. Einleitung

Arbeitsleistungen für andere können in rechtlicher Hinsicht im Rahmen unterschiedlicher Vertragsgestaltungen erbracht werden. Im modernen Arbeitsrecht lassen sich die Beschäftigungsverhältnisse nicht mehr in „Schwarz-Weiß-Kategorien“ einteilen. Das heutige Wirtschaftsleben und das österreichische Arbeitsrecht sind geprägt vom verstärkten Einzug atypischer Beschäftigungsverhältnisse, die alternativ neben die klassischen Beschäftigungstypen treten. Vor diesem Hintergrund hat insb der freie Dienstvertrag an Bedeutung gewonnen.

Der stetige Wandel der Arbeitswelt und die Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen an diesen Wandel – aber auch die meist unklare Linie der Rsp in diesem Bereich – führen in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Einordnung unter ein konkretes Beschäftigungsverhältnis. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Dienstnehmerbegriff als „Typusbegriff“ und der freie Dienstvertrag als „Mischvertrag“ durch eine Vielzahl von Merkmalen gekennzeichnet sind, aus deren Gesamtheit erst im Einzelfall eine genaue Einordnung unter einen konkreten Vertragstypus getroffen werden kann.

Ziel dieses Fachbuchs ist es, anhand der aktuellen österreichischen Literatur und Judikatur eine genaue Abgrenzung des freien Dienstvertrags von anderen Beschäftigungsverhältnissen vorzunehmen, die einzelnen Merkmale des freien Dienstvertrags herauszuarbeiten sowie auf die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Situation dieses Beschäftigungsverhältnisses einzugehen. Darüber hinaus wird auf die jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer Bezug genommen.

In den folgenden Kapiteln soll zudem der Versuch unternommen werden, den freien Dienstvertrag mit Hilfe von Rsp und Literatur in seiner Gesamtheit darzustellen und Antworten auf viele bereits bestehende sowie neu aufgeworfene Frage- und Problemstellungen zu finden.

II. Rechtsgrundlage

Gem § 1151 Abs 1 ABGB entsteht ein Dienstvertrag, wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet; ein Werkvertrag hingegen, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt.

Auf den freien Dienstvertrag geht diese Norm nicht ein. Der freie Dienstvertrag ist eine von der Praxis entwickelte Vertragsform. Es handelt sich dabei um einen „Mischvertrag“, der sowohl Elemente des „echten“ Arbeitsvertrags als auch des Werkvertrags enthält.¹ Grundsätzlich wird der freie Dienstvertrag als Dauerschuldverhältnis ohne persönliche Abhängigkeit definiert.² Anders als der Arbeitsvertrag und der Werkvertrag wird der freie Dienstvertrag im ABGB jedoch nicht eigens normiert. Dieser wird lediglich in § 1164a Abs 1 ABGB – betreffend den Inhalt des einem freien Dienstnehmer auszuhändigenden Dienstzettels – erwähnt. Eine Art Definition des freien Dienstvertrags findet sich ausschließlich in der Bestimmung des § 4 Abs 4 ASVG.³

Gem der Bestimmung des § 4 Abs 4 ASVG ist eine Versicherungspflicht dann gegeben, wenn sich eine Person aufgrund einer Vereinbarung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen gegenüber einem qualifizierten Dienstgeber verpflichtet, sofern sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt bezieht, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringt und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt.⁴

Eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG liegt jedoch dann nicht vor, wenn die betroffene Person aufgrund dieser Tätigkeit bereits nach

- § 2 Abs 1 Z 1–3 GSVG oder § 2 Abs 1 BSVG oder
- § 2 Abs 1 und Abs 2 FSVG versichert ist oder
- es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs 1 Z 1 lit f B-KUVG handelt oder
- eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer Kammer der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder
- wenn es sich um die Tätigkeit als Kunstschaffender, insb als Künstler iSd § 2 Abs 1 K-SVFG, handelt.

1 *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag: Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht³ (2013) 26.

2 Vgl ua *Gerlach*, Zur Rettung der freien Dienstnehmer – ein Diskussionsbeitrag, in *Marhold* (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende (2009) 18; *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (407); *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 41; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) 175 f.

3 *Freudhofmeier/Höfle*, Sozialversicherung kompakt 2020 (2020) 15.

4 *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag: Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht³ (2013) 27 f.

Ebenso wenig wie das ABGB kennt das Einkommensteuerrecht eine spezifische Definition des freien Dienstvertrags. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist daher jeder, der gegenüber einem Auftraggeber Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbringt, aber in keinem Dienstverhältnis steht, ein freier Dienstnehmer. Für einkommensteuerrechtliche Zwecke muss daher in der Praxis, um das tatsächliche Bestehen eines freien Dienstvertrags rechtfertigen, argumentativ und anhand der realen Tatsachen dargelegt werden, dass das Dauerschuldverhältnis von den Kriterien der persönlichen Unabhängigkeit getragen wird.⁵

5 Vgl. *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag: Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht³ (2013) 28.

III. Der freie Dienstvertrag im Arbeitsrecht: Begriffs- und Abgrenzungsfragen

A. Wesensmerkmale des freien Dienstvertrags

Der freie Dienstvertrag wird grundsätzlich – wie sich im Rechtsleben im Laufe der Zeit herausgebildet hat – als „weitgehend selbständige Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens“ definiert.⁶

Die Ungenauigkeit dieser Definition sowie die wenigen inhaltlichen Determinierungen des freien Dienstvertrags wie beispielsweise in § 4 Abs 4 ASVG genügen nicht, um auf (alle) Wesenselemente des freien Dienstvertrags schließen zu können.⁷

In der Praxis gibt es zwei Arten von Personen, die freie Dienstverträge als persönlich Dienstleistende abschließen: Dabei handelt es sich zum einen um den typischen Unternehmer (Gewerbetreibender oder Ausübender eines freien Berufes), der längerfristig am Markt für Güter und Leistungen auftritt und seine Leistungen laufend an eine Vielzahl potentieller Kunden anbietet. Zum anderen zählt dazu der atypische Selbständige, der nicht permanent am Markt auftritt. Dieser wird nur gelegentlich oder nur für einen oder wenige Auftraggeber tätig. Vor allem die Abgrenzung des „echten“ Arbeitnehmers vom atypischen Selbständigen bereitet in der Praxis große Schwierigkeiten.⁸

Zudem handelt es sich beim Begriff des „freien Dienstvertrags“, wie auch bei jenem des „Arbeitsvertrags“ und des „Werkvertrags“, um einen „Typusbegriff“.⁹ Unter einem „Typusbegriff“ wird ein offener Begriff verstanden, der sich seinem Wesen nach jeder Definition entzieht und sich nicht in einzelne Merkmale bzw Elemente auflösen lässt, die stets vorliegen müssen. Es kommt darauf an, ob die „typischen“ Merkmale in solcher Zahl und Stärke vorhanden sind, dass der Sachverhalt „im Ganzen“ dem Typus entspricht. Bei der Zuordnung eines bestimmten Vertrages zu einem gesetzlichen Vertragstypus oder auch einem im Rechtsverkehr entwickelten Vertragstyp ist nicht so sehr die Übereinstimmung einzelner Merkmale, sondern das Gesamtbild ausschlaggebend. Der Vorteil von „Typus-

6 Vgl ua Gerlach, Zur Rettung der freien Dienstnehmer – ein Diskussionsbeitrag, in Marhold (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende (2009) 18; Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (407); Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) 175; vgl ua OGH 9 ObA 108/88, RdW 1988, 429; OGH 8 ObA 240/95, DRdA 1996, 305 (Mazal) = ARD 4730/6/96; OGH 8 ObA 38/99t, Arb 11.842; OGH 8 ObA 55/07g, ecolex 2008, 988 (Peschek/Unterrieder) = ZAS 2009, 127 (Schrack).

7 Gerlach, Zur Rettung der freien Dienstnehmer – ein Diskussionsbeitrag, in Marhold (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende (2009) 18.

8 Rebhahn in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 97 (Stand März 2017, rdb.at).

9 Tomandl, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006, 248.

begriffen“ ist, dass auch bisher unbekannte Sachverhalte diesen zugeordnet werden können. Ein Nachteil ist jedoch ihre mangelnde Berechenbarkeit.¹⁰

Wie bereits erwähnt handelt es sich beim freien Dienstvertrag um einen „Mischvertrag“ – ihm sind sowohl Elemente des Dienstvertrags als auch des Werkvertrags immanent. Dem „echten“ Dienstvertrag gleicht der freie Dienstvertrag insoweit, als auch der freie Dienstnehmer in einem Dauerschuldverhältnis tätig wird. Mit dem Werkvertrag hat er hingegen gemein, dass auch der freie Dienstnehmer als Unternehmer auftritt und persönlich unabhängig ist, was sich insb in den sog Freiheitsrechten des freien Dienstnehmers manifestiert.¹¹

Das folgende Kapitel befasst sich mit den einzelnen Wesensmerkmalen des freien Dienstvertrags, anhand derer die einzelnen Beschäftigungsverhältnisse voneinander abgegrenzt werden. Lehre und Judikatur haben eine Reihe von Kriterien entwickelt, die typischerweise für das eine oder andere Vertragsverhältnis sprechen. Welches Vertragsverhältnis im Einzelfall vorliegt, lässt sich nur feststellen, wenn man das Vorhandensein der einzelnen Merkmale prüft, eine Gewichtung dieser Merkmale durchführt und sodann eine zusammenfassende Gesamtbewertung vornimmt.¹²

Die Wesensmerkmale der einzelnen Vertragstypen sind nicht absolut notwendige, sondern bloß typische Voraussetzungen für einen bestimmten Vertragstypus. Man kann also nicht erst dann von einem Arbeitsvertrag, Werkvertrag oder einem freien Dienstvertrag sprechen, wenn ausnahmslos jedes der notwendigen Kriterien ohne Lücke vorliegt. Die verschiedenen Kriterien können auch in unterschiedlicher Stärke vorliegen.¹³ Ausschlaggebend ist, dass die wesentlichen Merkmale der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse unter Berücksichtigung der konkreten intensitätsmäßigen Ausgestaltung überwiegen.¹⁴ Dieses Überwiegen ist allerdings nicht als rein mengenmäßiges zu verstehen, sondern als Abwägen der für den Charakter der jeweiligen Vertragstypen jeweils typischen Merkmale im Einzelnen.¹⁵ Zu beachten ist, dass die wesentlichen Kriterien des konkreten Vertragstypus iSv *Wilburgs*¹⁶ „beweglichem System“ überwiegen.¹⁷ Konkret be-

10 *Tomandl*, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff? Zugleich eine Kritik an bisherigen Abgrenzungen in der Rechtsprechung, ZAS 2008, 100 (101); *ders*, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006, 248; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 544.

11 *Freudhofmeier*, Abgrenzung Dienstvertrag/freier Dienstvertrag – Werkvertrag unter Berücksichtigung des Budgetbegleitgesetzes 2009, FJ 2009, 293.

12 *Karl*, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern: Die Abgrenzung von Arbeitsvertrag, freiem Dienstvertrag und Werkvertrag am Beispiel eines Sprachlehrers, ASoK 1999, 277.

13 OGH 4 Ob 116/84, DRdA 1986, 424 (*Csebreňnyak*) = ZAS 1986, 120 (*Dusak*); OGH 14 ObA 46/87, ARD 3973/10/88 = ZAS 1988; OGH 9 ObA 52/88, ZAS 1989, 136 (*Schäffl*) = ARD 3990/13/88.

14 OGH 4 Ob 124/97, DRdA 1982, 207 (*Rabofsky*) = Arb 9845; OGH 4 Ob 116/84, DRdA 1986, 424 (*Csebreňnyak*) = ZAS 1986, 120 (*Dusak*).

15 OGH 4 Ob 19/65, Arb 8030.

16 *Wilburg*, Entwicklung des beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950) 3.

17 *Marhold*, Wesensmerkmale und Abgrenzung von Arbeits-, Werk- und freien Dienstverträgen, in *Marhold* (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende (2009) 5; OGH 8 ObA 55/07g, eolex 2008, 988 (*Peschek/Unterrieder*) = ZAS 2009, 127 (*Schrank*); OGH 8 ObA 63/13t, ZASB 2014, 28 (*Schörghofer*) = ARD 6382/11/2014.

deutet in diesem Fall die Anwendung des „beweglichen Systems“, dass sowohl das Fehlen als auch ein bloß geringes Auftreten des einen oder des anderen Merkmals durch ein besonders betontes oder hervorragendes Vorhandensein eines anderen oder auch mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen werden kann.¹⁸

Unzweifelhaft ist, dass eine derartige Rechtssituation der Rechtsanwendung, gleichgültig, ob diese in Form von Rechtsberatung oder gerichtlicher Entscheidungstätigkeit geschieht, einen nicht unwesentlichen Spielraum einräumt. Für die Rechtsunterworfenen bedeutet dies jedoch eine große Rechtsunsicherheit, weshalb die Aufschlüsselung der Wesensmerkmale des freien Dienstvertrags wichtig ist, um die Anwendbarkeit dieses Rechtsinstituts in der Praxis zu erleichtern, denn bisher war diese geprägt von Einzelfallentscheidungen.¹⁹ Mit Hilfe von Literatur und Judikatur sollen die Wesensmerkmale des freien Dienstvertrags aus diesem Grund näher erläutert und soll auf wichtige Abgrenzungskriterien aufmerksam gemacht werden.

1. Rechtsnatur des freien Dienstvertrags

Unbestritten ist, dass es sich beim freien Dienstvertrag um einen schuldrechtlichen sowie synallagmatischen Vertrag handelt.²⁰ Ausgangspunkt für die inhaltliche Beurteilung eines tatsächlich vorliegenden freien Dienstverhältnisses ist die vertragliche Einigung. Auf diese kommen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 859 ff ABGB zur Anwendung.²¹

Entsprechend § 869 ABGB muss jede vertragliche Vereinbarung, um Wirksamkeit zu erlangen, „bestimmt“ erfolgen. Wenn einer Partei nur sachliche Weisungsbefugnisse eingeräumt werden, muss schon aus dem Bedürfnis der Sicherstellung der Austauschgerechtigkeit ein objektiver Bezugsrahmen vorgegeben werden.²² Dies, da sich die Gestaltung (Ermessensausübung) der vertraglichen Vereinbarung als Konkretisierung darstellt, die eines sachlichen Rahmens bedarf, insb dort, wo es um die Beurteilung des Synallagmas von Entgelten (Abgeltung von Arbeitszeit) und Leistung geht. Im Falle des „echten“ Arbeitsvertrags ist die Leistung insoweit bestimmt, als eben dem Arbeitgeber die Befugnisse zukom-

18 *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag: Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93 (95); *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 1151 Rz 61; OGH 4 Ob 19/65, Arb 8030; OGH 4 Ob 89/82, DRdA 1986, 135 (*Jabornegg*).

19 *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag: Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93 (95).

20 *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (409).

21 *Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (Stand Mai 2017, rdb.at) § 1056 Rz 9 f.

22 *Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (Stand Mai 2017, rdb.at) § 1056 Rz 9 f.

men, die Gestaltung des Arbeitsablaufes vorzunehmen. Aufgrund der persönlichen Freiheit des freien Dienstnehmers und dessen mangelnder Integration in den Betrieb des Arbeitgebers wird die Feststellung dessen, was nun der freie Dienstnehmer zu leisten hat bzw wofür diesem eine Gegenleistung zusteht, erheblich erschwert. Die vom freien Dienstnehmer zu erbringende Leistung wird grundsätzlich, je nach Art der Dienstleistung, mehr oder weniger von der „sachlichen“ Weisungsbefugnis des Arbeitgebers umfasst sein. Inwieweit der freie Dienstnehmer die Dienstleistung gestaltet, kann dieser im Übrigen jedoch selbst bestimmen. In jenen Fällen, in welchen die Leistungen des freien Dienstnehmers auch durch berufsrechtliche Vorgaben bestimmt werden, wie zB bei Ärzten, Rechtsanwälten oder Architekten, wird dies wiederum weniger ins Gewicht fallen. Das gilt auch dann, wenn vom freien Dienstnehmer „abgeschlossene Leistungen“ außerhalb des Betriebes erbracht werden müssen und deren Leistung und das dafür gebührende Entgelt in ein klares Verhältnis gesetzt werden können (zB bei Journalisten, Grafikern, Programmierern, Werbevermittlern). Fehlen diese Voraussetzungen, beinhaltet ein freies Dienstverhältnis einen hohen Vertrauensvorschuss von Seiten des Dienstgebers an den freien Dienstnehmer.²³

2. Dauerschuldverhältnis

Wie der abhängige Arbeitsvertrag basiert auch der freie Dienstvertrag auf einem Dauerschuldverhältnis, wenngleich vergleichsweise sehr kurze Vertragsverhältnisse möglich sind.²⁴ Der freie Dienstvertrag kann unbefristet oder befristet ausgestaltet sein.²⁵ Wesentliches Charakteristikum der Dauerschuldverhältnisse ist nicht die zeitliche Dauer an sich, sondern der Umstand, dass das bestehende Rechtsverhältnis nicht durch einzelne Erfüllungshandlungen beendet wird. Hierzu ist ein besonderer Endigungsgrund notwendig (zB Kündigung, Beendigung aus wichtigem Grund). Daraus folgt, dass das Beschäftigungsverhältnis nicht durch Leistungserbringung beendet wird.²⁶

3. Zurverfügungstellung der Arbeitskraft

Der freie Dienstnehmer schuldet seinem Vertragspartner vereinbarungsgemäß nicht eine von vornherein konkret bestimmte Einzelleistung oder eine Mehrzahl solcher, sondern ist nur dazu verhalten, seinem Vertragspartner für eine gewisse

23 Kuras/Strohmayer, Der „freie“ Dienstvertrag – Anthologie aus einer Schaffensperiode, in Kuras/Neumayr/Spending (Hrsg), Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht: FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 37 (48 f).

24 Rebhahn in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1151 ABGB Rz 127; OGH 9 ObA 99/91, ASoK 2003, 344 (Gruber) = DRdA 1992, 294 (Löschnigg); OGH 9 ObA 54/97z, DRdA 1998, 36 (Mazal) = ARD 4873/2/97; OGH 9 ObA 46/13z, DRdA 2014, 143 (Chlestil/Keul/Weissensteiner) = ARD 6358/5/2013.

25 Freudhofmeier, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag: Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht² (2013) 35.

26 Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) 169.

Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Dabei werden vom freien Dienstnehmer gattungsmäßig umschriebene Dienstleistungen geschuldet.²⁷

Die im Einzelnen zu erbringenden Leistungen des freien Dienstnehmers werden jeweils erst zu einem späteren Zeitpunkt durch den Vertragspartner genau konkretisiert und individualisiert. Dies geschieht unter Umständen zum Teil im Rahmen allgemeiner gesetzlicher oder vertraglicher Richtlinien durch den Arbeitenden selbst. Jedenfalls sind die konkret zu erfüllenden Einzelleistungen nicht von vornherein bestimmt.²⁸ Obwohl die Möglichkeit des Dienstgebers, persönliche Weisungen zu erteilen, aufgrund der „besonderen“ Freiheit des freien Dienstnehmers weitgehend eingeschränkt ist, besteht dennoch ein Recht, sachliche bzw fachliche Weisungen zur Konkretisierung der gattungsmäßig definierten Dienstleistungsverpflichtungen zu erteilen.²⁹ Grundsätzlich kann jede Leistung, die aufgrund eines „echten“ Arbeitsvertrags erbracht wird, auch Inhalt eines freien Dienstvertrags sein.³⁰

4. Arbeit in persönlicher Unabhängigkeit

Der 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, insb an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit –, äußert.³¹ Die persönliche Abhängigkeit besteht in einem weitgehenden Ausschluss der Selbstbestimmungsfähigkeit des Arbeitnehmers.³²

27 Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1985, 405 (407); Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 41; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrags in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 120; OGH 9 ObA 108/88, RdW 1988, 429; OGH 9 ObA 99/91, ASoK 2003, 344 (Gruber) = DRdA 1992, 294 (Löschnigg); OGH 4 Ob 37/16v, DRdA 2017, 32 (Dullinger) = ARD 6651/9/2017.

28 Zielina, Der freie Dienstvertrag: Typisch atypisch, juridikum 2003, 94 (95); Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (407).

29 Freudhofmeier, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag: Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht³ (2013) 35.

30 Schrammel, Freier Dienstvertrag ohne Zukunft? ecolex 1997, 247.

31 OGH 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (Strasser) = ZAS 1982, 10 (Tomandl); OGH 4 Ob 45/81, DRdA 1984, 134 (Grillberger) = ZAS 1983, 29 (Wachter); OGH 9 ObS 26/93, ARD 4543/27/94; OGH 9 ObA 8/99p, ARD 5030/2/99 = RdW 1999, 487; OGH 8 ObA 49/10d, ASoK 2011, 443 (Marhold-Weinmeier) = ARD 6162/3/2011; OGH 8 ObA 48/11h, ARD 6283/6/2012 = ZAS-Judikatur 2012/85; OGH 8 ObA 40/13k, ARD 6358/6/2013 = infas 2013, A 75; OGH 4 Ob 37/16v, DRdA 2017, 32 (Rebhahn/Dullinger) = ARD 6551/9/2017; OGH 9 ObA 139/14b, ARD 6450/12/2015 (Sabara) = PV-Info 2015, 15 (Kocher); OGH 9 ObA 40/16x, ecolex 2019, 905 (Windisch-Graetz) = DRdA 2017, 131 (Reiner); allgemein zur persönlichen Abhängigkeit s auch Holzner, Mitbestimmung und abhängige Arbeitsleistung, in Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann (Hrsg), Arbeitsrecht und soziale Grundrechte: FS Floretta (1983) 505 (509 ff); Reiner, Zur Konstruktion des Arbeitnehmerbegriffs durch Referenzrahmen am Beispiel der Natur der Tätigkeit: Eine Gefahr für das dogmatische Erbe von Hugo Sinzheimer, JBl 2010, 549.

32 Tomandl, Werkverträge und Sozialversicherung (1996) 136; s auch OGH 8 ObA 40/13k, ARD 6358/6/2013 = infas 2013, A 75; VwGH 96/08/0301, ARD 5259/23/2001 = SVSlg 49.267; VwGH 2008/08/0153, ASoK 2011, 360 (Shubshizky) = ASoK 2011, 240 (Shubshizky).

Das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit kommt im positiven Recht zwar *expressis verbis* nicht vor, Judikatur³³ und Literatur³⁴ sehen dies jedoch unbestritten als das entscheidende Merkmal des Arbeitsverhältnisses an.³⁵

Bei der persönlichen Abhängigkeit handelt es sich um eine von der Rechtsdogmatik entwickelte Generalklausel. Diese hat ihren Ursprung in anfänglich nicht wissenschaftlich, späterhin jedoch wissenschaftlich untermauerten soziologischen und sozialpsychologischen Befunden der Wirklichkeit des Arbeitslebens. Dies hat zur Begründung und Entwicklung einer sozialpolitisch motivierten Gesetzgebung geführt und aus derartigen Verträgen entspringende Arbeitsverhältnisse einer umfassenden Reglementierung unterworfen.³⁶

Trotz der wesentlichen Differenzierung zwischen dem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungs- und dem arbeitsrechtlichen Arbeitsverhältnis besteht zwischen den sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Vorstellungen über den Begriff der „persönlichen Abhängigkeit“ kein beachtlicher Unterschied. Die von OGH und VwGH entwickelten, die persönliche Abhängigkeit betreffenden Grundsätze entsprechen einander weitgehend.³⁷ Das zeigen nicht nur die beiderseits in gleicher Weise entwickelten Begriffsmerkmale, sondern auch die in konkreten Fällen gleichförmig auftretenden Abgrenzungsprobleme. Die Parallelen zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht sowie die jeweiligen Entscheidungen von OGH und VwGH erleichtern somit wesentlich die Praxisanwendung.³⁸ Der VwGH verweist weiters in Bezug auf den Begriff der „persönlichen Abhängigkeit“ auf die entsprechenden Ausführungen des Arbeitsrechts.³⁹

- 33 Vgl ua OGH 4 Ob 18/52, EvBl 1952, 330; OGH 4 Ob 112/63, EvBl 1964, 269 = Arb 7848; OGH 4 Ob 117/78, DRdA 1981, 232 (*Schrammel*) = Arb 9796; OGH 4 Ob 51/81, ZAS 1983, 134 (*Gitter*) = DRdA 1982, 219; OGH 4 Ob 45/81, DRdA 1984, 134 (*Grillberger*) = ZAS 1983, 29 (*Wachter*); OGH 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (*Strasser*) = ZAS 1982, 10 (*Tomandl*); OGH 14 Ob 79/86, RdW 1986, 349 = Arb 10.529; OGH 9 Oba 52/88, ZAS 1989, 136 (*Schöffl*) = ARD 3990/13/88; OGH 9 Oba 48/88, DRdA 1990, 353 (*Runggaldier*) = ARD 4007/9/88; OGH 9 Oba 54/97z, DRdA 1998, 36 (*Mazal*) = ARD 4873/2/97; OGH 8 ObS 273/01g, JBl 2003, 258 = Arb 12.248; OGH 9 Oba 50/18w, ZAS-Judikatur 2018/106 (*Schörghofer*) = ARD 6616/8/2018; s auch VwGH 2013/08/0053; VwGH 2012/13/0095, PV-Info 2016, 6 (*Kuprian*) = ARD 6489/19/2016; VwGH Ro 2014/08/0020, SVSlg 65.027.
- 34 Vgl ua *Schrammel*, Freier Dienstvertrag ohne Zukunft? *ecolox* 1997, 274; *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag: Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93; *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 81 ff; *Schima*, Abschied von der persönlichen Abhängigkeit im Arbeitsrecht? in *Frank/Plaschka/Rößl* (Hrsg), *Umweltdynamik* (1988) 199 ff.
- 35 *Marhold*, Wesensmerkmale und Abgrenzung von Arbeits-, Werk- und freien Dienstverträgen, in *Marhold* (Hrsg), *Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende* (2009) 5 (7).
- 36 *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag: Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93 (94).
- 37 *Kuras/Strohmayer*, Der „freie“ Dienstvertrag – Anthologie aus einer Schaffensperiode, in *Kuras/Neumayr/Spenling* (Hrsg), *Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht: FS Bauer/Maier/Petrag* (2004) 37 (57); *Dobesberger*, Dienstverhältnis und Vertretungsrecht, *SozSi* 2004, 7 (8).
- 38 *Krejci*, *Das Sozialversicherungsverhältnis* (1977) 22 ff.
- 39 VwGH 96/08/0351, ARD 5283/14/2002 = DRdA 2002, 158; VwGH 2012/08/0224, *taxlex* 2013, 440 (*Steiger*) = ARD 6363/4/2013; VwGH 2013/08/0093, *ASoK* 2013, 486 (*Shubshizky*) = DRdA 2014, 63 (*Chlestil/Keul/Weissensteiner*); VwGH 2013/08/0124, DRdA 2014, 67 (*Chlestil/Keul/Weissensteiner*) = ARD 6403/11/2014; s auch VwGH 2013/08/0175, DRdA-infas 2016, 99 (*Izgi*) = ARD 6487/15/2016.

III. Der freie Dienstvertrag im Arbeitsrecht: Begriffs- und Abgrenzungsfragen

Nach Rsp und Lehre ist die persönliche Abhängigkeit jedoch kein einzelnes Merkmal, sondern ein Konglomerat aus verschiedenen Einzelmerkmalen, welche erst zusammen den Tatbestand der persönlichen Abhängigkeit ergeben. Jedes Merkmal muss in diesem Sinne einzeln geprüft und auf seine Gewichtung hin untersucht werden.⁴⁰ Beim Merkmal der persönlichen Abhängigkeit handelt es sich wiederum um einen „Typusbegriff“. Die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen daher nicht alle gegeben sein, sie können auch in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.⁴¹

Im Gegensatz zum „echten“ Dienstvertrag iSd § 1151 ff ABGB ist wesentliches Merkmal des freien Dienstvertrags gerade das Fehlen dieser persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit.⁴² Ein freier Dienstvertrag liegt vor, wenn die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis so frei und unabhängig wie möglich gestalten wollen. Der freie Dienstnehmer leistet seine Dienste in persönlicher Selbständigkeit oder zumindest weitgehender persönlicher Selbständigkeit.⁴³

In Rsp⁴⁴ und Lehre⁴⁵ wird die persönliche Selbständigkeit des freien Dienstnehmers zumeist negativ ausgedrückt und vom Fehlen der persönlichen Abhängigkeit gesprochen. Damit soll offenbar die Grenze zum abhängigen Arbeitsvertrag

40 *Marhold*, Wesensmerkmale und Abgrenzung von Arbeits-, Werk- und freien Dienstverträgen, in *Marhold* (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende (2009) 5 (7 f); vgl auch VwGH 2010/08/0171, taxlex 2014, 228 (*Steiger*) = ARD 6369/3/2013.

41 *Schrammel*, Arbeitsvertrag versus freier Dienstvertrag, in *Kuras/Neumayr/Spelling* (Hrsg), Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht: FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 25 (27); OGH 8 ObA 93/08x, ARD 5976/1/2009; OGH 1 Ob 75/15h, ZVR 2016, 75 (*Danzl*) = AnwBl 2016, 304; OGH 9 ObA 50/18w, ZAS-Judikatur 2018/106 (*Schörghofer*) = ARD 6616/8/2018; OGH 8 ObA 1/20k, ARD 6701/8/2020 (*Sabara*); VwGH 2012/08/0263, ARD 6382/14/2014 = ZfVB 2014/915; VwGH Ra 2018/08/0028, ARD 6689/11/2020 (*Lindmayr*) = DRdA-infas 2020, 167 (*Gamper*).

42 OGH 9 ObA 171/05w, ASoK 2007, 162 (*Marhold-Weinmeier*) = DRdA 2007, 146 (*Heilegger*); OGH 9 Ob 69/11d, ecolex 2012, 965 (*Graf*) = ecolex 2012, 966; OGH 9 ObA 16/12m, ARD 6318/4/2013; OGH 9 ObA 53/13d, ARD 6358/4/2013 = infas 2013, A 73; OGH 9 ObA 46/13z, DRdA 2014, 143 (*Chlestil/Keul/Weissensteiner*) = ARD 6358/5/2013.

43 *Mayr*, Österreichisches, europäisches und internationales Arbeitsrecht § 1151 ABGB E 233 (Stand Juni 2020, rdb.at); OGH 4 Ob 67/56, JBl 1957, 104 = SozM IA/e, 165; OGH 9 ObA 52/88, ZAS 1989, 136 (*Schäffl*) = ARD 3990/13/88; OGH 9 ObA 219/89, ARD 4128/6/89 = MR 1990, 32; OGH 9 ObA 54/97z, DRdA 1998, 36 (*Mazal*) = ARD 4873/2/97; OGH 9 ObA 53/13d, ARD 6358/4/2013 = infas 2013, A 73; s auch VwGH 2005/08/0176, ARD 5821/8/2007 = infas 2007, S 25; VwGH Ra 2015/08/0130, ARD 6626/18/2018 (*Lindmayr*) = ZAS-Judikatur 2019/15 (*Dölzlmüller/Schaup*); VwGH Ra 2017/08/0119, ARD 6669/13/2019 (*Sabara*) = PV-Info 2019, 16 (*Kocher*).

44 Vgl ua OGH 4 Ob 69/76, ZAS 1978, 53 (*Buchsbaum*) = ARD 2948/10a/77; OGH 9 ObA 52/88, ZAS 1989, 136 (*Schäffl*) = ARD 3990/13/88; OGH 9 ObA 219/89, ARD 4128/6/89 = MR 1990, 32; OGH 8 ObA 95/01f, wobl 2002, 161 (*Call*) = ARD 5330/4/2002; OGH 8 ObA 57/09d, ARD 6087/4/2010 = ASoK 2010, 382.

45 Vgl ua *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungsrechtlicher und fachhochschulrechtlicher Sicht, zfhr 2006, 187; *Peschek/Unterrieder*, Gibt es noch freie Dienstnehmer? Zugleich eine Besprechung von OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g und OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d, ecolex 2008, 988; *Heissenberger/Egerth*, Werken unter Vertrag, persaldo 2010, 24; *Tomandl*, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006, 248 (252).

gezogen werden. Die vielgebrauchte Formel des „Fehlens der persönlichen Abhängigkeit“ bedarf jedoch einer Verdeutlichung. Genau genommen ist es für den freien Dienstvertrag kennzeichnend, dass bei diesem gerade nicht jenes Maß an persönlicher Abhängigkeit vorliegt, welches zur Qualifikation als „echter“ bzw. „abhängiger“ Arbeitsvertrag führen würde.⁴⁶ Ob überhaupt keine persönliche Abhängigkeit vorliegt oder bloß ein geringeres Maß als beim „echten“ Arbeitnehmer, spielt keine Rolle.⁴⁷

Der freie Dienstnehmer kann den Ablauf der Arbeit selbst gestalten, ohne Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit, einen bestimmten Arbeitsort und an jene Weisungen, die für den Arbeitsvertrag prägend sind. Er kann diese selbst gewählte Gestaltung auch jederzeit wieder ändern.⁴⁸

Anzumerken ist, dass es für die persönliche Abhängigkeit auf die praktische Handhabung des Vertragsverhältnisses ankommt.⁴⁹

Entsprechend dem bisher Gesagten lässt sich auch die persönliche Unabhängigkeit in mehrere Einzelmerkmale und Freiheitsrechte aufschlüsseln, die erst gemeinsam die persönliche Unabhängigkeit ergeben. Um eine einheitliche Darstellung des freien Dienstvertrags und seiner Einzelmerkmale zu erreichen, ist nun auf die einzelnen Charakteristika der persönlichen Abhängigkeit einzugehen, die in Umkehrung für die persönliche Unabhängigkeit des freien Dienstvertrags sprechen.

a) Mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Arbeitgebers

Oft wird das Vorliegen eines abhängigen Arbeitsvertrags oder dessen Negierung mit dem Vorliegen oder nicht Vorliegen der Eingliederung in die Betriebs- und Unternehmensorganisation begründet.⁵⁰ Ein eigener Erklärungswert der persönlichen Abhängigkeit kommt ihr jedoch nicht zu. Vielmehr handelt es sich um eine weitere Generalklausel zur Umschreibung des Hauptkriteriums des Arbeitnehmerbegriffs – der persönlichen Abhängigkeit –, die wiederum weiteren Erklärungsbedarf nach sich zieht.⁵¹ Die Prüfung der Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebs- und Unternehmensorganisation des Arbeitgebers ist somit meist

46 Vgl VwGH 2379/79, Arb 9876; OGH 4 Ob 38/83, ARD 3550/12/83 = JBl 1985, 57.

47 Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (407).

48 OGH 8 ObA 55/07g, ecolex 2008, 988 (Peschek/Unterrieder) = ZAS 2009, 127 (Schrank); OGH 8 ObA 95/01f, wobl 2002, 161 (Call) = ASoK 2002, 392.

49 OGH 8 ObA 2359/96m, ecolex 1997, 689 = Arb 11.580; OGH 8 ObA 2158/96b, ARD 4877/11/97 = ASoK 1997, 365; OGH 9 ObA 10/99g, ASoK 1999, 277 (Karl) = ARD 5043/10/99; OGH 8 ObA 45/03f, RdW 2004, 422 (Naderhirn) = ARD 5479/7/2004.

50 OGH 4 Ob 19/65, Arb 8030; OGH 4 Ob 28/72, DRdA 1973, 133 (Migsch) = EvBl 1972, 661; OGH 4 Ob 45/81, DRdA 1984, 134 (Grillberger) = ZAS 1983, 29 (Wachter); OGH 4 Ob 518/81, ARD 3453/9/82 = ARD-HB 1983, 405; OGH 4 Ob 51/81, ZAS 1983, 134 (Gitter) = DRdA 1982, 219; OGH 4 Ob 8, 9/81, DRdA 1985, 395 (Wachter) = ZAS 1982, 11 (Tomandl); OGH 9 ObA 219/89, ARD 4128/6/89 = MR 1990, 32.

51 Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag: Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93 (100, 103).