

# Teil 1: Kommentar zum EFZG

## Bundesgesetz vom 26. Juni 1974 über die Fortzahlung des Entgelts bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit (Unglücksfall), Arbeitsunfall oder Berufskrankheit (Entgeltfortzahlungsgesetz – EFZG), BGBl 1974/399

Änderungen: BGBl 1977/621, BGBl 1978/664, BGBl 1980/581, BGBl 1981/596, BGBl 1982/657, BGBl 1983/590, BGBl 1984/484, BGBl 1988/283, BGBl 1990/300, BGBl 1990/408, BGBl 1991/70, BGBl 1991/234, BGBl 1992/833, BGBl 1996/411, BGBl 1996/600, BGBl I 1997/139, BGBl I 1998/112, BGBl I 2000/44, BGBl I 2000/142, BGBl I 2002/158, BGBl I 2010/100, BGBl I 2007/153 und BGBl I 2018/100.

### Artikel I

#### Abschnitt 1

### ENTGELTFORTZAHLUNG

#### Geltungsbereich<sup>1)</sup>

**§ 1.** (1) Vorschriften dieses Bundesgesetzes gelten, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, für Arbeitnehmer<sup>2)</sup> deren Arbeitsverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag<sup>3), 4)</sup>, beruht.

(2) Ausgenommen vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis dem

1. Angestelltengesetz, BGBl. Nr. 292/1921,<sup>5)</sup>
2. Gutsangestelltengesetz, BGBl. Nr. 538/1923,<sup>6)</sup>
3. Journalistengesetz, StGBI. Nr. 88/1920,<sup>7)</sup>
4. Theaterarbeitsgesetz (TAG), BGBl. I Nr. 100/2010,<sup>8)</sup>
5. Landarbeitsgesetz, BGBl. Nr. 140/1948,<sup>9)</sup> oder
6. Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr. 105/1961,<sup>10)</sup> in der jeweils geltenden Fassung unterliegt.

(3) Ausgenommen vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind ferner Arbeitnehmer, die in einem der nachstehend angeführten Arbeitsverhältnisse stehen:

1. Arbeitsverhältnisse zum Bund mit Ausnahme derer, die auf kollektivvertraglichen Vereinbarungen oder ausschließlich auf dem ABGB beruhen;
2. Arbeitsverhältnisse zu einem Land, zu einem Gemeindeverband oder zu einer Gemeinde, sofern die Arbeitnehmer behördliche Aufgaben zu besorgen haben;
3. Arbeitsverhältnisse
  - a) zu einem Land, zu einem Gemeindeverband oder zu einer Gemeinde, sofern die Arbeitnehmer keine behördlichen Aufgaben zu besorgen haben,
  - b) zu einer Stiftung, Anstalt oder zu einem Fonds, sofern diese Einrichtungen von Organen einer Gebietskörperschaft oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen einer Gebietskörperschaft bestellt sind,

c) zu einer juristischen Person öffentlichen Rechts, soweit sie nicht bereits in lit. b erfaßt sind,  
sofern auf diese Arbeitsverhältnisse gesetzliche oder dienst- und besoldungsrechtliche Vorschriften Anwendung finden, die den Anspruch auf Entgeltfortzahlung zwingend zumindest genauso günstig regeln wie dieses Bundesgesetz.<sup>11)</sup>

(4) Ausgenommen vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind auch Arbeitnehmer,<sup>12)</sup> deren Arbeitsverhältnis dem

1. Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, BGBl. Nr. 235/1962,<sup>13)</sup>
2. Hausbesorgergesetz, BGBl. Nr. 16/1970,<sup>14)</sup> oder
3. Berufsausbildungsgesetz, BGBl. Nr. 142/1969,<sup>15)</sup>

in der jeweils geltenden Fassung, unterliegt, sofern die Artikel II, III und IV nicht anderes bestimmen.

### Überblick zu § 1 EFZG

#### Abs 1

Anm 1 Geltungsbereich

Anm 2 Arbeitnehmerbegriff

Anm 2.1 Werkvertrag

Anm 2.2 Freier Arbeitsvertrag

Anm 3 Privatrechtlicher Vertrag

Anm 4 Scheinarbeitsverträge

Anm 4.1 Allgemeines

Anm 4.2 Betätigung im familiären Bereich und im Rahmen einer Lebensgemeinschaft

Anm 4.3 Gewerberechtlicher Geschäftsführer

Anm 4.4 Sonstige Fallgruppen

#### Abs 2

Anm 5 AngG

Anm 5.1 Kaufmännische Dienste

Anm 5.2 Höhere nicht kaufmännische Dienste

Anm 5.3 Kanzleiarbeit

Anm 5.4 Misch Tätigkeiten

Anm 5.5 Vertragsangestellte

Anm 5.6 Teilzeitbeschäftigte

Anm 6 Gutsangestelltengesetz

Anm 7 Journalistengesetz

Anm 8 Schauspielergesetz

Anm 9 Landarbeitsgesetz

Anm 10 Heimarbeitsgesetz

**Abs 3**

Anm 11 Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zum Bund und den übrigen Gebietskörperschaften

**Abs 4**

Anm 12 Ausnahmen des Abs 4

Anm 13 Hausgehilfengesetz

Anm 14 Hausbesorgergesetz

Anm 15 Berufsausbildungsgesetz

**Geltungsbereich**

1

Das EFZG sieht die Fortzahlung des Entgelts bei einer Arbeitsunfähigkeit des AN vor, die auf einer Krankheit (Unglücksfall) oder auf einem Arbeitsunfall beruht, wenn das Arbeitsverhältnis durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet wurde. Ausgenommen sind bestimmte Gruppen von AN, für die Ansprüche auf Entgeltfortzahlung bereits in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen geregelt sind (zB im AngG, GAngG, JournalistenG, TAG).

Aus Gründen der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung sind etwa Arbeiter in der Land- und Forstwirtschaft vom Geltungsbereich des EFZG ausgenommen.

**Arbeitnehmerbegriff**

2

Die im EFZG vorgesehene Entgeltfortzahlung setzt zunächst voraus, dass überhaupt ein echter Arbeitsvertrag vorliegt.

Nach § 1151 ABGB liegt ein Arbeitsvertrag vor, wenn sich jemand für eine gewisse Zeit zur Arbeitsleistung für einen anderen verpflichtet. Der Arbeitsvertrag setzt daher voraus, dass der AN

- eine persönliche Arbeitspflicht unter Leitung und Führung des AG mit dessen Arbeitsmitteln hat (OGH 24.6.2016, 9 ObA 40/16x, 28.6.2018, 9 ObA 65/18a),
- der wirtschaftliche Erfolg der Arbeitsleistung des AN dem AG zugute kommt (OGH 20.9.1983, 4 Ob 102/83, 5.9.2000, 9 ObA 161/00t), die Beschäftigung zur Erziehung ist daher kein Arbeitsverhältnis (OGH 18.2.2010, 8 ObA 48/09f, *Rauch*, Arbeitsrecht 2011, 49). Ein Arbeitsverhältnis ist an betrieblichen Zwecken und Zielen orientiert (OGH 29.1.2013, 9 ObA 150/12t),
- der AN eine mit dem AG vereinbarte Arbeitszeit an einem bestimmten Ort einhalten muss und
- persönlich und wirtschaftlich in den Organismus des Betriebes des AG eingeordnet und damit fremdbestimmt tätig ist (OGH 24.6.2016, 9 ObA 40/16x, 28.6.2018, 9 ObA 65/18a).

Die Kriterien des Arbeitsvertrages müssen nicht unbedingt vollständig erfüllt sein. Entscheidend ist das Überwiegen der Merkmale des Arbeitsvertrages. Ohne die persönliche Abhängigkeit des AN vom AG kann ein Arbeitsvertrag nicht vorliegen. Es werden daher zunächst insbesondere die Weisungsabhängigkeit und die persönliche Arbeitsleistungspflicht zu prüfen sein.

Die Bezeichnung eines Vertrages als „Arbeitsvertrag“ bzw. „Dienstvertrag“ ist nur ein Indiz für den Willen der Vertragsparteien. Wesentlich ist der Inhalt der von den Vertragsparteien ausdrücklich oder schlüssig getroffenen Vereinbarungen (OGH 30.3.1998, 8 ObA 353/97p, 17.3.1999, 9 ObA 8/99p), wobei aber nicht auf den Wortlaut des Vertrages, sondern in erster Linie auf den tatsächlich gehandhabten Inhalt abzustellen ist (OGH 20.8.2008, 9 ObA 17/08b, 18.11.2019, 8 ObA 49/19b).

Die Anmeldung eines Arbeitsverhältnisses bei der ÖGK stellt allenfalls ein Indiz für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses dar (OGH 3.6.1986, 14 Ob 79/86, Arb 10.529, OGH 13.1.1998, 8 ObA 284/97f, 29.4.2014, 9 ObA 12/14a).

Die Begriffe „AN“ und „AG“ bzw. „Dienstnehmer“ und „Dienstgeber“ unter scheiden sich inhaltlich nicht. Die Begriffe „AN“ und „AG“ sind die moderneren Bezeichnungen. Die Begriffe „Dienstnehmer“ und „Dienstgeber“ werden vor allem im Sozialversicherungsrecht verwendet.

### **Werkvertrag**

Nach § 1151 Abs 1, 2. Satz ABGB liegt ein Werkvertrag vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt. Der Werkvertrag ist auf ein bestimmtes Ziel (Zielschuldverhältnis), nämlich die Herstellung eines vereinbarten Werkes, gerichtet. Der Werkvertrag ist daher mit der Erbringung des vertragsmäßig geschuldeten Werkes und der Zahlung des Werklohns beiderseits erfüllt bzw. beendet. Im Arbeitsverhältnis wird hingegen auf bestimmte (befristetes Arbeitsverhältnis) oder unbestimmte Dauer (unbefristetes Arbeitsverhältnis) eine vereinbarte Leistung gegen ein regelmäßiges Entgelt erbracht.

Die Abgrenzung zwischen einem abgeschlossenen Werk und laufend zu erbringenden Dienstleistungen stößt manchmal auf erhebliche Schwierigkeiten. In Zweifelsfällen kommt auch der Dauer bzw. der kurzfristigen Wiederkehr Bedeutung zu. Falls jedoch mehrfach klar abgrenzbare Werke erbracht werden (zB Interviews oder Bearbeitung von VwGH-Erkenntnissen), so bewirkt dies noch keinen freien Arbeitsvertrag (VwGH 13.8.2003, 99/08/0170, ARD 5448/8/2003, VwGH 3.7.2002, 2000/08/0161, ARD 5356/11/2002).

Im Wesentlichen hat die Judikatur folgende Elemente zur Abgrenzung eines Werkvertrages vom Arbeitsvertrag hervorgehoben:

- Erstellung eines abgeschlossenen Werkes,
- das Werk wird weisungsfrei erbracht,
- die Arbeit erfolgt mit den Betriebsmitteln des Auftragnehmers,
- die Arbeit muss nicht persönlich, sondern kann auch von Gehilfen und Vertretern durchgeführt werden,
- der Auftragnehmer ist in keiner Weise in den Betrieb des Auftraggebers integriert,
- der Auftragnehmer hat in der Regel mehrere Vertragspartner und ist daher vom Auftraggeber nicht wirtschaftlich abhängig.

Maßgeblich für die Beurteilung eines Vertrages als Arbeitsvertrag ist die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehung. Entscheidend ist demnach, wie dieser

Vertrag tatsächlich gelebt wurde (OGH 25.11.2003, 8 ObA 44/03h). Es kommt dabei weder auf die Bezeichnung durch die Parteien noch darauf an, ob sie sich der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren. Auch die steuerliche Behandlung des Vertragsverhältnisses, wie etwa die Anmeldung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, ist ebenso wenig entscheidend wie die Beurteilung des SV-Trägers oder der Steuerbehörde (OGH 29.4.2020, 9 ObA 21/20h).

Nach der Rechtsprechung des OGH kann auch ein nach außen als Gesellschaft deklariertes Rechtsverhältnis nach der tatsächlich von den Parteien gehandhabten Praxis als Arbeitsvertrag qualifiziert werden (OGH 20.8.2008, 9 ObA 17/08b).

### **Freier Arbeitsvertrag**

2.2

Beim freien Arbeitsvertrag (der nicht dem EFZG unterliegt) bestimmt der AN die Arbeitszeit und den Arbeitsort selbst und ist nicht an Weisungen gebunden bzw in einen Betrieb integriert (OGH 24.6.2016, 9 ObA 40/16x, 29.9.2016, 9 ObA 120/15k).

Die Frage, ob ein freier Arbeitsvertrag, ein echter Arbeitsvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt, wird auf Grund der Vereinbarungen und der tatsächlichen Handhabung der vertraglichen Beziehung geprüft, wobei die tatsächliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung maßgeblich ist (OGH 18.11.2019, 8 ObA 49/19b).

Für einen freien Arbeitsvertrag sprechen daher nach der Rechtsprechung folgende Elemente:

- freie Arbeitszeit bzw fehlende regelmäßige Arbeitspflicht,
- frei gewählter Arbeitsort,
- Weisungsfreiheit und fehlende Integration in den Betrieb, sowie weiters
- Vertretungsmöglichkeit,
- eigene Betriebsmittel und
- fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit von bloß einem AG.

Es müssen keinesfalls alle Elemente gegeben sein. Von einem freien Arbeitsverhältnis kann jedoch dann nicht mehr gesprochen werden, wenn eine persönliche Abhängigkeit gegeben ist, die insbesondere durch die Weisungsabhängigkeit und die persönliche Unterordnung des AN gekennzeichnet ist (siehe die ersten drei Elemente). Die übrigen Elemente verdeutlichen die fehlende persönliche Bindung. Sie müssen jedoch für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als freies Arbeitsverhältnis nicht geschlossen vorhanden sein. Fehlt bereits eine persönliche Abhängigkeit des AN, so kann nicht von einem echten Arbeitsverhältnis ausgegangen werden.

Ein Werbemittelverteiler (der als Arbeiter geführt werden könnte und daher dem EFZG unterliegen würde) ist als freier AN zu betrachten, wenn eine freie Arbeitszeiteinteilung möglich ist und die regelmäßige Arbeitspflicht fehlt, obwohl er wirtschaftlich abhängig ist (OGH 26.2.1998, 8 ObA 46/98t, ARD 4931/9/98).

### **Privatrechtlicher Vertrag**

3

Das EFZG gilt nur für solche AN, deren Arbeitsverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht. Auf Arbeitsverhältnisse der Bediensteten des Bundes, eines Landes oder

einer Gemeinde, die dem öffentlichen Recht unterliegen, sowie auf Vertragsbedienstete ist das EFZG nicht anwendbar.

Für Vertragsbedienstete ist die Ausnahme von der Anwendbarkeit des EFZG ausdrücklich geregelt (§ 1 Abs 3 Z 1 VBG).

In den Geltungsbereich des EFZG fallen jedoch privatrechtliche Arbeitsverträge zu einem Land, zu einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband, wenn die AN in der Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind und soweit keine gesetzlichen oder besoldungsrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind, die den Anspruch auf Entgeltfortzahlung zwingend und zumindest genauso günstig regeln, wie nach dem EFZG.

Entsprechendes gilt für Arbeitsverhältnisse zu einer Gebietskörperschaft, Stiftung, Anstalt oder zu einem Fonds bzw einer juristischen Person öffentlichen Rechts, sofern diese von einer Gebietskörperschaft oder von Personen bzw Personengemeinschaften, die hierzu von Organen einer Gebietskörperschaft bestellt sind, verwaltet werden.

### **Geringfügig Beschäftigte**

Aus arbeitsrechtlicher Sicht sind geringfügig Beschäftigte solche AN, deren Verdienst auf Grund einer nur wenige Stunden umfassenden Arbeitszeit den (jährlich zu erhöhenden) Geringfügigkeitssatz nach § 5 Abs 2 ASVG (für 2021: € 475,86 brutto pro Monat) nicht übersteigt. Da es sich um Teilzeitbeschäftigte handelt, dürfen sie arbeitsrechtlich nicht schlechter gestellt werden als Vollzeitbeschäftigte (§ 19 d Abs 6 AZG). Geringfügig beschäftigte Arbeiter haben daher Ansprüche aus dem EFZG ebenso wie Arbeiter, deren Verdienst über dem Geringfügigkeitssatz liegt. Der Umstand, dass durch ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis kein Krankenversicherungsschutz gegeben ist, führt nicht zum Entfall arbeitsrechtlicher Ansprüche, wie etwa des Anspruchs auf Krankentgelt nach dem EFZG.

### **Scheinarbeitsverträge**

#### **Allgemeines**

Wird bei der zuständigen ÖGK ein Arbeitsverhältnis gemeldet und erbringt die angemeldete Person auf Grund einer Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern keine Arbeitsleistungen, so liegt kein Arbeitsverhältnis (sondern ein Scheinarbeitsverhältnis) vor. Die Anmeldung bei der zuständigen ÖGK entfaltet keine arbeitsrechtlichen Wirkungen, weil es nicht darauf ankommt, wie die Parteien ihr Verhältnis gegenüber einem Außenstehenden deklarieren (OGH 25.2.1998, 9 ObA 351/97a, 28.2.2001, 9 ObA 49/01y).

Wird somit das Beschäftigungsverhältnis bloß vorgetäuscht, so können daraus auch keine arbeitsrechtlichen Ansprüche abgeleitet werden. Die bloße Anmeldung als „Arbeiter“ kann somit (falls vereinbarungsgemäß keine Arbeitsleistungen erbracht werden sollen) nicht zu Krankentgeltansprüchen nach dem EFZG führen.

#### **Betätigung im familiären Bereich und im Rahmen einer Lebensgemeinschaft**

Bei Arbeitsleistungen im Familienkreis bzw im Rahmen einer Lebensgemeinschaft ist im Zweifel von unentgeltlichen Gefälligkeiten bzw Erfüllung einer Beistandspflicht auszugehen, es sei denn, es wurde ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart (OGH 28.3.2001, 9 ObA 25/01v, 6.10.2005, 8 ObA 44/05m, 2.7.2005, 2 Ob 185/14s).

Entscheidend ist daher, ob ein Arbeitsverhältnis mit all seinen Wesensmerkmalen der persönlichen Abhängigkeit als das wesentliche und zentrale Merkmal des Arbeitsverhältnisses, der Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des AG, der organisatorischen Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle, bzw der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des AN vorliegt (OGH 16.3.1982, 4 Ob 8, 9/81, Arb 10.096, OGH 29.1.1998, 8 ObA 287/97g). Die bloße Zahlung eines Arbeitsentgelts ist kein entscheidendes Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (OGH 17.3.1999, 9 ObA 8/99p), wobei grundsätzlich vom Lebensgefährten erbrachte Leistungen unentgeltlich sind (OGH 3.3.2006, 8 ObA 16/06w).

Ob ein Arbeitsverhältnis vereinbart wurde, ist auch anhand des typischen Geschehensablaufes in einem Arbeitsverhältnis zu prüfen. Daher ist zu erheben, ob arbeitsrechtliche Vorgangsweisen gepflogen wurden. Wenn jedoch weder Arbeitszeit- noch Urlaubsaufzeichnungen geführt wurden und Anhaltspunkte für eine Eingliederung in den Betrieb fehlen, so spricht dies jedenfalls gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses (OGH 25.11.1998, 9 Ob A 248/98f).

War ein Familienmitglied nicht an Weisungen gebunden, sondern hat sich praktisch nur nach den eigenen Vorstellungen seine Arbeitsleistungen inhaltlich und zeitlich eingeteilt, so kann kein Arbeitsverhältnis vorliegen (OGH 30.3.1998, 8 Ob A 353/97p, 17.3.1999, 9 Ob A 8/99p).

Wenn nun etwa ein Ehemann, der manuelle Arbeiten im Betrieb der Ehegattin verrichtet hat, nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig war (obwohl er als „Arbeiter“ bei der zuständigen ÖGK gemeldet war), so kann er auch keine Ansprüche aus dem EFZG ableiten.

### **Gewerberechtlicher Geschäftsführer**

4.3

Die als gewerberechtlicher Geschäftsführer gegenüber der Gewerbebehörde angeführte Person muss (falls sie nicht auch ein handelsrechtlicher Geschäftsführer ist) im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sein (VwGH 9.10.1984, 84/04/0091, ARD 3735/15/85). Die Arbeitstätigkeit muss zumindest die halbe wöchentliche Normalarbeitszeit umfassen (§§ 9, 16 Abs 1 und 39 GewO). Diese Bestimmungen werden umgangen, wenn zwischen den Vertragspartnern vereinbart wird, dass tatsächlich keine Arbeitsleistungen zu erfolgen haben. Diesfalls liegt ein Scheinarbeitsverhältnis vor. Da gewerberechtliche Geschäftsführer grundsätzlich (bei eingeschränktem Verantwortungsbereich und manueller Betätigung) auch als Arbeiter geführt werden können (OGH 16.4.1998, 8 ObA 96/98w), wären somit bei angegebenem Arbeiter-Status und vereinbarter Freiheit von Arbeitsleistungen keine arbeitsrechtlichen Ansprüche und damit auch keine Ansprüche nach dem EFZG ableitbar (OGH 20.1.1999, 8 ObA 338/98 s, 28.4.2005, 8 Obs 8/05t).

### **Sonstige Fallgruppen**

4.4

Verträge, die Arbeitsleistungen im Rahmen gleichgeordneter Vertragspartner vorsehen, sind als Gesellschaftsverträge anzusehen (OGH 3.6.1986, 14 Ob 79/86, Arb 10.529, 30.3.1998, 8 ObA 353/97p).

Ein mehr oder weniger stark ausgeprägtes Subordinationsverhältnis kann allein die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht begründen, weil auch im Rahmen eines Vereines

oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die einzelnen Mitglieder den Interessen der Gesellschaft untergeordnet sind (OGH 30.3.1998, 8 ObA 353/97p).

Ein Scheinarbeitsverhältnis liegt etwa auch dann vor, wenn das behauptete Arbeitsverhältnis lediglich ein Mietverhältnis verschleiern soll (OLG Wien 29.3.2000, 8 Ra 357/99z, ARD 5175/2/2000).

Aus Scheinarbeitsverhältnissen können keine arbeitsrechtlichen Ansprüche und daher auch keine Ansprüche nach dem EFZG abgeleitet werden.

### **AngG**

Arbeitsverhältnisse, die dem AngG unterliegen, sind von der Anwendung des EFZG ausgenommen. Die einem Angestellten bei Krankheit und Unfall zustehende Entgeltfortzahlung ist in den §§ 8 und 9 AngG geregelt (siehe Teil 2). Zur Angleichung von Arbeitern und Angestellten siehe die Einleitung zu § 8 AngG (Teil 2).

Der Anwendungsbereich des AngG ist in den §§ 1 bis 5 näher umschrieben. Diese sehen Folgendes vor:

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für das Dienstverhältnis von Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung kaufmännischer (Handlungsgehilfen) oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind.

(2) Bei einem Kaufmann angestellte Personen, die nur ausnahmsweise zu kaufmännischen Diensten verwendet werden, sowie Personen, die vorwiegend untergeordnete Verrichtungen leisten, sind nicht als Handlungsgehilfen anzusehen.

§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz findet ferner Anwendung auf das Dienstverhältnis von Personen, die vorwiegend zur Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten im Geschäftsbetrieb von Unternehmungen, Anstalten oder sonstigen Dienstgebern der nachstehenden Art angestellt sind:

1. In Unternehmungen jeder Art, auf welche die GewO Anwendung findet, ferner in Vereinen und Stiftungen jeder Art;
2. in Kreditanstalten, Sparkassen, Vorschusskassen, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versatz-, Versorgungs- und Rentenanstalten, Krankenkassen, registrierten Hilfskassen, Versicherungsanstalten jeder Art, gleich viel, ob sie private Versicherungsgeschäfte betreiben oder den Zwecken der öffentlich-rechtlichen Versicherung dienen, sowie in Verbänden der genannten Anstalten;
3. in der Schriftleitung, Verwaltung oder dem Verschleiß einer periodischen Druckschrift;
4. in Kanzleien der Rechtsanwälte, Notare und Patentanwälte;
5. bei Zivilingenieuren, nicht autorisierten Architekten und Zivileingemessenen;
6. in Tabak-Trafiken und Lottokollekturen;
7. bei Handelsmaklern, Privatgeschäftsvermittlungen und Auskunftsbüros;
8. bei Ärzten, Zahntechnikern, in Privatheil- und Pflegeanstalten und in privaten Unterrichtsanstalten;
9. im Bergbau auf vorbehaltene Mineralien einschließlich der auf Grund der Bergwerksverleihung (§ 131 des Allgemeinen Berggesetzes vom 23. Mai 1854, RGBl. Nr. 146) errichteten Werksanlagen.

(2) Nach Anhörung der Körperschaften, denen die Vertretung der in Betracht kommenden Interessen obliegt, kann mit Genehmigung des Hauptausschusses durch Verordnung die Anwendung dieses Gesetzes auch auf Angestellte bei anderen Dienstgebern ausgedehnt werden.

§ 3. Wird eine Unternehmung der in den §§ 1 oder 2 bezeichneten Art von einem öffentlichen Fonds, von einem Land, von einem Bezirk oder von einer Gemeinde betrieben, so unterliegen

die in diesen Unternehmungen vorwiegend zu kaufmännischen oder zu höheren, nicht kaufmännischen Diensten oder zu Kanzleiarbeiten verwendeten Personen den Bestimmungen dieses Gesetzes nur dann, wenn ihr Dienstverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht.

§ 4. Das Dienstverhältnis der als Beamte oder Bedienstete des Bundes, einer Bundesanstalt oder eines vom Bund verwalteten Fonds angestellten Personen wird durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt.

§ 5. Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden keine Anwendung auf Lehrlinge im Sinne der GewO, ferner auf Angestellte der Seeschifffahrt und der Eisenbahnen sowie auf Angestellte in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, sofern letztere nicht Handlungsgehilfen sind.

Demnach setzt der Angestelltenstatus kaufmännische Dienste oder höhere nicht kaufmännische Dienste oder Kanzleiarbeiten voraus, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes oder von bestimmten anderen AG (siehe §§ 2 und 3 AngG) erbracht werden. Ausschlaggebend sind die tatsächlich erbrachten Tätigkeiten (OGH 12.12.1967, 4 Ob 86/67, Arb 8.478, OLG Wien 28.7.2004, 7 Ra 91/04k, ARD 5540/10/2004). Titel bzw interne Bezeichnungen sind hingegen gegenstandslos bzw allenfalls ein Indiz für eine bestimmte Qualifikation. Unerheblich ist daher, ob ein AN betriebsintern als „Objekt-leiter“ oder „Vorarbeiter“ bezeichnet wird (ASG Wien 10.6.1999, 32 Cga 154/98w, ARD 5077/3/99).

Die Tätigkeit des AN ist zur Unterscheidung zwischen Arbeiter- und Angestellteigen-schaft in ihrer Gesamtheit zu beurteilen (OLG Wien 15.12.1999, 7 Ra 300/99k, ARD 5100/2/2000, OGH 12.7.2006, 9 ObA 107/05h).

Spitzenleistungen führen nicht jedenfalls zum Angestellten-Status (beim Berufsfußballer ergibt sich dies daraus, dass manuelle Fähigkeiten einen zentralen Aspekt darstellen, OGH 16.7.2004, 8 ObS 20/03d).

### **Kaufmännische Dienste**

5.1

Zu den typischen kaufmännischen Diensten gehören alle mit dem Ein- und Verkauf zusammenhängenden Tätigkeiten, die eine selbständige Anpassung an eine konkrete (Markt-)Situation zur Hebung des Umsatzes erfordern, wie insbesondere Kundenwerbung, Kundenberatung, Einfluss auf die Preisbildung, Sorge um die Lagerergänzung, Einkauf und Bestellung, ferner Buchführung, Geldgebarung und Warenprüfung (OGH 22.9.1993, 9 Ob A 98/93, 5.10.1999, 10 ObS 209/99d).

Kaufmännische Dienste erfordern eine durch das Wesen des Warenumsatzes bedingte kaufmännische Ausbildung und Geschicklichkeit (OGH 21.10.1958, 4 Ob 111/58, Arb 6.946, OGH 25.9.2014, 9 ObA 74/14v).

Keine kaufmännischen Dienste liegen beispielsweise unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Einfache Verkaufstätigkeiten, denen es an der selbständigen Anpassung an konkrete Marktsituationen zwecks Umsatzhebung mangelt, wie dies bei Kantinenverkäuferinnen der Fall ist, stellen keine kaufmännischen Dienste im Sinne des § 1 Abs 1 AngG dar (ArbG Linz 7.7.1969, 3 Cr 10/69, Arb 8.688).

- Eine Ladnerin, die keine kaufmännischen Dienste, wie Preiskalkulation, Führung der Kassa usw, zu leisten hat, ist nicht als Angestellte im Sinne des § 1 AngG zu qualifizieren (OGH 14.9.1988, 9 ObA 189/88, Arb 10.780).
- Die Qualifikation eines AN als Angestellter wegen überwiegender Verrichtung kaufmännischer Dienste erfordert solche Dienstleistungen, die ihrer Art nach zu den typischen Tätigkeiten eines Kaufmannes gehören und für die Führung des Betriebes eine nicht bloß untergeordnete Bedeutung haben. Auch die unmittelbar dem Warenumsatz dienende Tätigkeit eines Verkäufers kann nur dann als kaufmännische Dienstleistung gewertet werden, wenn sie durch ein besonderes, den kaufmännischen Charakter dieser Tätigkeit begründendes Merkmal – insbesondere durch das Erfordernis einer selbständigen Anpassung an konkrete Marktsituationen – gekennzeichnet ist. Die für die Angestellteneigenschaft sprechende Kassaführung liegt nicht vor, wenn beim Verkauf von Blumen lediglich die eingenommenen Geldbeträge in eine Kassenlade zu legen sind und jeweils am Abend (zunächst sogar ohne besondere Zählung) in einem Tresor zu verwahren sind. Auch die Entnahme von Geld aus der Kasse, um erworbene Blumen zu bezahlen, ändert nichts an dieser Beurteilung, weil diese Tätigkeiten nach einer kurzen Einschulung von jedem Absolventen der Grundschule bewältigt werden können (OGH 20.10.1981, 4 Ob 157/80, Arb 10.045).
- Ein in einem Weinkeller beschäftigter AN, der den Ehrentitel „Kellermeister“ erhalten hat, ist kein Angestellter, sofern er nur Tätigkeiten ausübt, die kein kaufmännisches Fachwissen erfordern (OLG Innsbruck 2.7.1991, 5 Ra 109/91, Arb 10.932).
- Tätigkeiten, die von jedem Durchschnittsmenschen ohne weiteres erbracht werden können, sind keine kaufmännischen Dienste (OGH 19.5.1993, 9 ObA 98/93).
- Das Bedienen der Kassa, welches im Vergleich zu den Kopiertätigkeiten einer AN eine untergeordnete Rolle spielt, stellt keine kaufmännischen Dienste dar. Davon abgesehen übersteigt die Kassiertätigkeit nicht die Qualifikation einer Ladnerin, weil diese Tätigkeit weder eine besondere Kundenberatung noch Warenkenntnis oder Schulung oder sonst eine besondere Fertigkeit erfordert (LG Salzburg 11.9.1991, 5 Ra 109/91, Arb 10.936).
- Die Mitwirkung eines Oberkellners insbesondere bei Personalaufnahmen, bei der Personalbereitstellung und bei der Einteilung in untergeordneter Weise, wobei er nur dann, wenn er selbst betroffen war, Personalbeurteilungsbögen vor Ende der Probezeit zu erstellen hatte, weiters die Überwachung der ihm unterstellten Servicecrew, deren Einschulung, die Vornahme der Arbeitseinteilung und die Überwachung der Arbeitsweisen und -zeiten sowie die Koordination der Urlaube der Mitarbeiter erfordern zwar eine gewisse Qualifikation, die aber im Grunde genommen die beim Lehrberuf Kellner erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht wesentlich überschreitet. Die Erstellung von Weinkarten oder die Bedienung von Kassen und die Unterweisung wie auch die Kontrolle der Tagesabrechnung, die mit der in der Berufsausbildungsvorschrift enthaltenen Erstellung einer Abrechnung verknüpft ist, gehören zu den Facharbeiterkenntnissen, die lediglich durch eine größere Berufserfahrung gesteigert worden sind (OGH 29.3.1995, 9 ObA 17/95, ARD 4674/25/95).
- Die Tätigkeit in einem Wettbüro besteht vorrangig in der Entgegennahme von Wertscheinen, der Eingabe der Daten in den Computer, der Auszahlung der vom Computer errechneten Gewinnsummen sowie der gelegentlichen Beratung von Kunden und dem