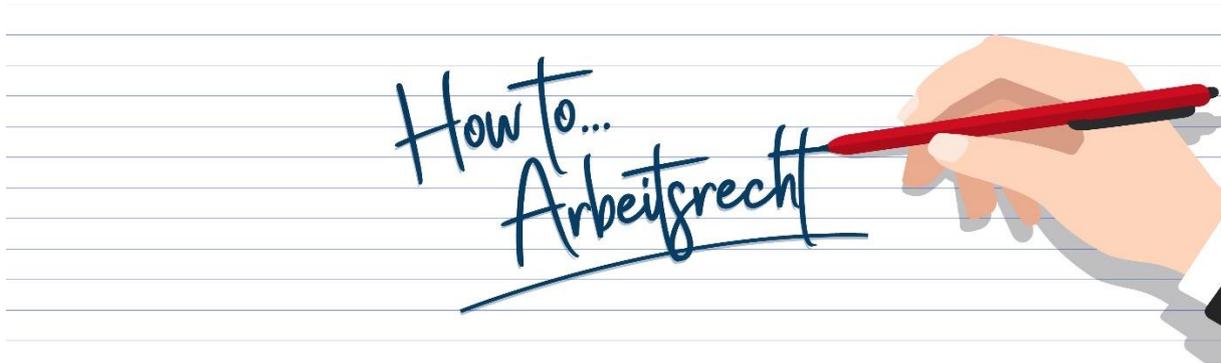


## How to... alternative Arbeitsverträge

Im folgenden Artikel gehen wir in spannenden Beispielen auf praktisch relevante Fragen zum Thema „Der Arbeitsvertrag und dessen Alternativen“ ein. Wir beantworten im Artikel Fragen wie: Ist ein als „Dienstvertrag“ betitelter Vertrag auch immer ein solcher? Ist ein Arbeitsverhältnis zwangsweise entgeltlich? Kann ich mich als Arbeitnehmer<sup>1</sup> vertreten lassen? Wird man als freie Dienstnehmerin vom Chef weniger kontrolliert? Kann ich einen Werkvertrag kündigen?



### Was macht ein Arbeitsverhältnis aus?

Es stellt für den Großteil der Bevölkerung kein großes Problem dar, ein Arbeitsverhältnis (im Groben) zu beschreiben. Meist fallen dabei Begriffe wie *Gehalt* und *Arbeitsleistung*. Der Tausch von (Arbeits-)Leistung gegen Geld fasst das Wesen des Arbeitsvertrages auch gut zusammen. Diese Beschreibung passt jedoch nicht bloß auf das (traditionelle) Arbeitsverhältnis, sondern auf eine Vielzahl an Mischformen und Alternativen. Insbesondere auf den Titel eines Vertrages kann man sich in dieser Hinsicht auch nicht verlassen, denn letztlich zählt dessen Inhalt.<sup>2</sup> Deswegen wollen wir uns zuerst mit den Alleinstellungsmerkmalen des Arbeitsverhältnisses beschäftigen.

### Ist ein Arbeitsverhältnis immer entgeltlich?

Das Arbeitsverhältnis zeichnet sich durch Leistungserbringung des Arbeitnehmers im Gegenzug für eine Entlohnung durch die Arbeitgeberin. Jedoch ist diese nur eine oberflächliche Erklärung.

Der Arbeitsvertrag ist der rechtlichen Vertragskategorie der Dauerschuldverhältnisse zuzuordnen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass eine Leistung wiederholend auf bestimmte oder unbestimmte Zeit erbracht wird. Somit braucht man für die Beendigung eines solchen Dauerschuldverhältnisses auch eine gesonderte Willenserklärung (beispielsweise die [Kündigung](#)).

---

<sup>1</sup> Zur einfacheren Lesbarkeit des Artikels verwenden wir im Folgenden bei personenbezogenen Bezeichnungen stets entweder die weibliche oder die männliche Schreibweise. Alle personenbezogenen Bezeichnungen im Artikel sind geschlechtsneutral zu verstehen.

<sup>2</sup> OGH, 29.04.2020, 9ObA21/20h.

Durch die erbrachte Leistung wird ein Entgeltanspruch ausgelöst. Im Zweifel und in Ermangelung einer expliziten Vereinbarung gilt ein angemessenes Entgelt.

Wichtige Unterscheidungsmerkmale des Arbeitsverhältnisses sind die persönliche Leistungserbringung und die persönliche Abhängigkeit im Zuge dessen.

### **Hauptmerkmale eines Arbeitsvertrages**

Die höchstpersönliche Arbeitspflicht ist ein Hauptmerkmal eines Arbeitsvertrages. Obwohl es gesetzlich nicht unmöglich wäre, hat es sich etabliert, dass sich die Arbeitnehmerin nur ausnahmsweise bei Erbringung der Arbeitsleistung vertreten lassen darf. Das bedeutet, dass eine Vertretung in einem (sehr) kleinen Umfang, nach Absprache mit dem Arbeitgeber, auch als Arbeitnehmerin möglich ist. Die Rechtsprechung hat hierzu erkannt, dass dabei die tatsächliche Inanspruchnahme und nicht bloß die Vertretungsmöglichkeit selbst, für die Qualifizierung als Arbeitnehmer ausschlaggebend ist.<sup>3</sup>

Wichtigste Ausformung der persönlichen Abhängigkeit ist die Möglichkeit einer Weisung durch die Arbeitgeberin. Zusammengefasst ist eine Weisung ein Mittel zur Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses oder eines bestimmten Arbeitsvorganges. Man unterscheidet zwischen sachlicher und persönlicher Weisung. Besonders die Bindung an persönliche Weisungen ist ein Merkmal eines Arbeitsvertrages.

Diese zwei Kriterien sind insbesondere bei der Unterscheidung zum freien Dienstvertrag (siehe hierzu weiter unten) äußerst relevant.

Ein weiteres wichtiges Charakteristikum des Arbeitsvertrages ist die starke Einbindung des Arbeitnehmers in die Struktur des Betriebes. Die klare Organisation der Arbeit durch Schichtpläne, Festlegung eines bestimmten Arbeitsortes oder bestimmter Arbeitskleidung spricht stark für eine Einordnung als Arbeitsverhältnis. Insbesondere wenn auf solche Ordnungsvorschriften Kontrolle folgt und eine Arbeitnehmerin im Falle eines Verstoßes mit Konsequenzen rechnen muss, ist von einem Arbeitsverhältnis auszugehen.

Schließlich ist noch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses relevant. Dabei geht es nicht um den Verdienst der Arbeitnehmerin, sondern darum, ob der Arbeitnehmer zur Erbringung der Leistung eigene oder vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Betriebsmittel benutzt. Werden betriebliche Mittel genutzt, so ist die Arbeitnehmerin in dieser Hinsicht auch wirtschaftlich von der Arbeitgeberin abhängig.

Beispiel:

Herr F. arbeitet als Journalist im Außendienst. Anfangs noch sehr unabhängig, ohne zeitliche oder örtliche Fremdbestimmung, wird er im Laufe der Zeit immer öfter zu Redaktionssitzungen, Postsitzungen und dergleichen eingeladen. Es bürgert sich ein, dass Herr F. an Sitzungen, regelmäßigen Telefongesprächen, etc. teilnimmt. Dies wird auch von ihm erwartet. Die Einbindung in den Betrieb wird immer umfangreicher. Schließlich wird Herr F. krank und fordert die Entgeltfortzahlung von seiner Arbeitgeberin. Seine Chefin weigert sich und behauptet, er sei nur freier Dienstnehmer und somit gebühre ihm keine Entgeltfortzahlung im

---

<sup>3</sup> Vgl. OGH 13.11.2004, 8 Ob A 86/03k; 30.6.2005, 8 Ob A 35/05p.

Krankheitsfall. Der Oberste Gerichtshof hat sich in diesem Fall für eine persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers entschieden, da dieser unter anderem die Selbstständigkeit und Freiheit in Bezug auf sein Verhalten und die Gestaltung der Leistung nicht mehr hat.<sup>4</sup>

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass alle Merkmale, die für oder gegen einen Arbeitsvertrag sprechen, lediglich als Hinweis dienen. Die Einteilung zwischen Arbeitsvertrag und den verschiedenen Alternativen ist ein bewegliches System, in welchem jedem Merkmal eine gewisse Gewichtung zukommt und sich somit die Waage letztendlich in die eine oder andere Richtung neigt.

## **Andere Vertragstypen**

Wie bereits beschrieben, ist ein Arbeitsvertrag in gewissen Grenzen autonom gestaltbar. Je weiter man sich dabei von dem „herkömmlichen“ Arbeitsvertrag entfernt, desto eher stellt sich die Frage, auf welche Verträge denn noch die arbeitsvertraglichen Regelungen anzuwenden sind – also was rechtlich noch als Arbeitsvertrag gilt, und was nicht mehr.

### **Wieso sind diese Unterscheidungen wichtig?**

Je nachdem, um welche Vertragsart es sich handelt, kommen andere Gesetze zur Anwendung. Dementsprechend kann es vorkommen, dass sich eine vermeintliche Arbeitnehmerin im Falle einer Kündigung durch ihren scheinbaren „Arbeitgeber“ auf die Kündigungsfrist berufen will und dies nicht kann, weil es sich in ihrem Fall um einen freien Dienstvertrag und keinen klassischen Arbeitsvertrag handelt.

## **Freier Dienstvertrag**

### **Wird man als freier Dienstnehmer vom Chef weniger kontrolliert?**

Eine der praktisch bedeutendsten Alternativen zum Arbeitsvertrag stellt der freie Dienstvertrag dar. Dieser ist dem Arbeitsvertrag zu einem großen Teil ähnlich. Er ist ebenfalls ein Dauerschuldverhältnis und es werden ebenso Dienstleistungen erbracht.

Im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis ist man als freier Dienstnehmer viel weniger in den Betrieb eingebunden. Die persönliche Abhängigkeit ist in dieser Hinsicht kaum bis gar nicht existent. In der Regel ist es einem freien Dienstnehmer selbst überlassen, über die Dauer der Arbeit zu entscheiden.<sup>5</sup> Es besteht auch im Regelfall keine Anwesenheitspflicht und der freie Dienstnehmer kann sich beliebig vertreten lassen.

Wie oben beim Arbeitsvertrag erläutert, verstehen sich diese Merkmale ebenfalls als Indizien. Je weniger der angeführten Freiheiten der vertraglich genannte „Freie Dienstnehmer“ hat, desto eher muss man sich die Frage stellen, ob die Regelungen für den Arbeitsvertrag anwendbar sind.

Insbesondere auf die Frage der Vertretbarkeit scheint man besonderes Augenmerk gelegt zu haben. Denn im Einklang mit der oben erwähnten Erklärung der höchstpersönlichen

---

<sup>4</sup> Vgl. OGH 23.12.1998, 9ObA292/98a.

<sup>5</sup> OGH, 28.06.2018, 9ObA65/18a.

Arbeitspflicht ergibt sich, dass je öfter man eine Vertretung in Anspruch nimmt, desto eher ist man der Sphäre des freien Dienstvertrages zuzuordnen.

Beispiel:

Frau W. arbeitet als Journalistin bei einer Mediengruppe. Im Zuge ihrer Einstellung wurde ihr vertraglich grundsätzlich eine Vertretungsmöglichkeit eingeräumt. Tatsächlich hat sie sich in einer Zeitspanne von 4 ½ Jahren bloß 6 Mal vertreten lassen. Bei ihrer Anfrage nach Urlaub wird ihr dieser nicht bewilligt, mit der Begründung, dass sie aufgrund der Vertretungsmöglichkeit keine Arbeitnehmerin, sondern freie Dienstnehmerin sei. Als freie Dienstnehmerin hätte sie auch keinen Anspruch auf Urlaub.<sup>6</sup>

Grundsätzlich ist die tatsächliche Inanspruchnahme solcher Vertretungsmöglichkeiten weitaus wichtiger als die bloße Vereinbarung im Vertrag.<sup>7</sup> Da Frau W. diese Möglichkeit sehr selten benutzt hat, reicht dies nicht aus, um eine Umdeutung ihres Arbeitsvertrages zu einem freien Dienstvertrag zu rechtfertigen. Frau W. wird im Optimalfall das Gespräch mit ihrem Chef suchen und dies klären. Ansonsten kann sie bei Gericht eine Feststellungsklage auf Bestehen eines Arbeitsvertrages einbringen.

### **Der freie Dienstvertrag ganz kurz:**

Zusammengefasst kann ein freier Dienstnehmer frei von der Kontrolle des Arbeitgebers seinen Arbeitsort und das Ausmaß seiner Arbeitszeit selbst wählen. Infolgedessen ist die freie Dienstnehmerin klarerweise nicht in den Betrieb eingebunden. Man hat als freier Dienstnehmer keinen Anspruch auf Urlaubs- oder Krankengeld. Ohne erbrachte Arbeit gibt es dementsprechend auch keine Entlohnung. Man ist außerdem wie schon erwähnt jederzeit kündbar. Für die Anmeldung bei der Sozialversicherung ist schließlich die Arbeitgeberin zuständig.<sup>8</sup>

## **Werkvertrag**

### **Kann ich einen Werkvertrag kündigen?**

Der Werkvertrag ist eine weitere dem Arbeitsvertrag ähnliche Vertragsart. Großer Unterschied ist jedoch, dass hierbei kein Dauerschuldverhältnis, sondern ein Zielschuldverhältnis begründet wird. Es wird somit keine Dienstleistung auf bestimmte oder unbestimmte Dauer, sondern die Erbringung eines konkreten Werkes geschuldet. Somit lautet das Vertragsverhältnis zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller beispielsweise auf Herstellung und Lieferung eines Tisches. Das Vertragsverhältnis endet automatisch mit der Lieferung beziehungsweise der allfälligen Bezahlung. Beim (unbefristeten) Arbeitsverhältnis hingegen bedarf es einer Willenserklärung, wie beispielsweise einer Kündigung, um das Verhältnis zu beenden. Außerdem ist die Werkunternehmerin selbstständig tätig und haftet für schlecht erbrachte oder fehlerhaft hergestellte Werke.

---

<sup>6</sup> Vgl. OGH 30.6.2005, 8 Ob A 35/05p.

<sup>7</sup> Vgl. OGH 13.11.2004, 8 Ob A 86/03k; 30.6.2005, 8 Ob A 35/05p.

<sup>8</sup> <https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/arbeitsvertrag-freier-dienstvertrag-werkvertrag-praktikante.html> (abgefragt am 10.08.2020)

## **Der Werkvertrag kurz zusammengefasst:**

Kurz gefasst stellt beim Werkvertrag der Auftragnehmer für den Auftraggeber gegen Entgelt ein bestimmtes Werk her. Da es kein Arbeitsverhältnis ist, finden auch keine arbeits- oder kollektivvertraglichen Regelungen Anwendung. Es wird vom der Auftragnehmerin (auch *Werkunternehmerin* genannt) selbst geplant und in aller Regel werden auch eigene Mittel verwendet. Infolgedessen muss er/sie auch selbst für Fehler haften. Es besteht für den Werkunternehmer die Pflicht, sich zur gewerblichen Sozialversicherung anzumelden.<sup>9</sup>

## **Wie unterscheidet sich der Werkvertrag vom Dienstvertrag?**

In erster Linie unterscheidet sich der Werkvertrag durch seinen Charakter als Zielschuldverhältnis vom Arbeitsvertrag. Man muss jedoch auch beachten, dass durch die Selbstständigkeit der Werkunternehmerin auch die persönliche Abhängigkeit nicht mehr gegeben ist. Somit schuldet der Werkunternehmer die vereinbarte Sache, wobei die Werkbestellerin keine Weisungsbefugnis im Herstellungsprozess hat.

Oftmals können bestimmte Werke sowohl im Zuge eines Werkvertrages, aber auch im Zuge eines Arbeitsvertrages erledigt werden.

Ein Beispiel:

Die Herstellung eines Tisches für den Unternehmer T. kann entweder im Rahmen eines Werkvertrages von der Tischlerei G. durchgeführt werden oder vom angestellten Haustischler hergestellt werden. Im letzteren Fall würde kein Werkvertrag entstehen.

## **Wie unterscheidet sich der Werkvertrag vom Freien Dienstvertrag?**

Für die Unterscheidung setzt man meist beim Leistungsgegenstand an. Beim Werkvertrag ist dieser nämlich in aller Regel schon sehr genau beschrieben („individuell konkret – Herstellung und Lieferung eines Tisches), wobei er beim freien Dienstvertrag abstrakt und mit Überbegriffen beschrieben ist (generell abstrakt – Verkaufstätigkeiten, Schreibarbeiten, etc.). Dies wird zumeist im Laufe der Tätigkeit vom Arbeitgeber mittels Weisungen konkretisiert.

## **Zusammenfassung**

Passend zur fortwährenden Weiterentwicklung und Flexibilisierung der Arbeitswelt sieht auch das österreichische Arbeitsrecht eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten für verschiedenste Gegebenheiten. In einer solchen Fülle an Möglichkeiten mag es teilweise schwierig sein, die passende Vertragsart für das bestehende Bedürfnis zu finden. Um in einer solchen Situation genau das Richtige auszuwählen und keine Fehler zu begehen, sollte man sich beim Vertragsentwurf unbedingt von Arbeitsrechtsexperten beraten lassen.

---

<sup>9</sup> <https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/arbeitsvertrag-freier-dienstvertrag-werkvertrag-praktikante.html> (abgefragt am 10.08.2020)

Quellen:

Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber (2019).

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen (2013).

Geiger, Dienstvertrag - freier Dienstvertrag – Werkvertrag (2018).