

## THEMA - ARBEITSRECHT

# Arbeitsrechtliche Aspekte des freien Dienstvertrages

Mag. Bettina Sabara

### ARTIKEL-NR.

ARD  
6493/4/2016

07.04.2016  
Heft 6493/2016

Freie Dienstnehmer sind keine Arbeitnehmer im Sinn des Arbeitsrechts. Deshalb finden die meisten arbeitsrechtlichen Spezialgesetze auf freie Dienstnehmer keine Anwendung - es sind grundsätzlich nur jene arbeitsrechtlichen Bestimmungen anwendbar, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick darüber, welche arbeitsrechtlichen Normen bei freien Dienstnehmern zu beachten sind und welche nicht.

## 1. Der freie Dienstvertrag

Im Arbeitsrecht existiert im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht (siehe § 4 Abs 4 ASVG) **keine Definition** der Begriffe freier Dienstvertrag bzw freie Dienstnehmer. Das ABGB definiert zwar die Begriffe Dienstvertrag und Werkvertrag (§ 1151 Abs 1 ABGB), nicht jedoch den Begriff des freien Dienstvertrages, der eine **Mischform** zwischen echtem Dienstvertrag und Werkvertrag darstellt.

Während echte Dienstnehmer in persönlicher Abhängigkeit zu einem Arbeitgeber Arbeitsleistungen erbringen, sind freie Dienstnehmer **persönlich unabhängig**. Dies bedeutet, dass sie nicht in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eingegliedert sind, nicht an Arbeitszeit und Arbeitsort und sonstige persönliche Weisungen gebunden sind und keine persönliche Arbeitspflicht haben. Sie dürfen sich somit bei Erbringung der Dienstleistungen geeigneter - frei gewählter - Vertreter bedienen, ohne dass hierfür die Zustimmung des Arbeitgebers erforderlich ist. Im Gegensatz zum Werkvertrag wiederum werden keine "Werke", sondern Dienstleistungen geschuldet, es liegt ein Dauerschuldverhältnis vor.

Ob im Einzelfall ein echter, ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt, ist immer anhand des **Gesamtbildes** zu beurteilen. Es müssen nicht alle Kriterien, die für das eine oder das andere Vertragsverhältnis sprechen, kumulativ vorliegen, die **Kriterien** müssen lediglich **überwiegen**.

Kommt man im Einzelfall zu dem Ergebnis, dass ein freier Dienstvertrag vorliegt, so ist stellt sich die Frage, welche arbeitsrechtlichen Gesetze/Bestimmungen auf das Beschäftigungsverhältnis anzuwenden sind und welche nicht.

## 2. Individualarbeitsrecht

### 2.1. Nicht anwendbare Gesetze

Die meisten **arbeitsrechtlichen Spezialgesetze** sind auf freie Dienstnehmer nicht anzuwenden, da sie auf die **besondere Schutzbedürftigkeit** der Dienstnehmer abstellen

und zum Schutz der sozial Schwächeren dienen.

Insbesondere die folgenden arbeitsrechtlichen Gesetze sind auf freie Dienstnehmer **nicht anwendbar**:

- **Angestelltengesetz (AngG)**: dh zB kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit und sonstiger Dienstverhinderung, kein Abfertigungsanspruch, die Kündigungsfristen des AngG gelten nicht
- **Arbeitsplatzsicherungsgesetz (APSG)**: kein Kündigungs- und Entlassungsschutz während Präsenz- oder Zivildienst
- **Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG)**: zB kein Anspruch auf Pflegekarenz, Familienhospizkarenz, keine Anwendung der Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsbestimmungen. Es ist weiters abzulehnen, für freie Dienstnehmer die Konkurrenzklausalbeschränkungen des § 2c AVRAG analog heranzuziehen; die Konkurrenzklausele kann aber als sittenwidrig zu qualifizieren sein (vgl OLG Wien 24. 1. 2008, 8 Ra 129/07k, ARD 5897/6/2008). Auch die Bildungskarenz nach § 11 AVRAG können nur echte, nicht aber freie Dienstnehmer in Anspruch nehmen. Freien Dienstnehmern steht es jedoch frei, mit ihrem Arbeitgeber eine "normale" Karenzierung zu vereinbaren und diese zu Zwecken der Weiterbildung zu nutzen. Entspricht eine solche Vereinbarung den Kriterien des § 11 AVRAG, haben auch freie Dienstnehmer bei Erfüllung der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen des § 26 Abs 1 ALVG Anspruch auf Weiterbildungsgeld (vgl VfGH 4. 3. 2011, B 340/10, ARD 6135/10/2011).
- **Arbeitszeitgesetz (AZG)**: keine Bindung an Höchstarbeits- und Ruhezeiten, kein Überstundenentgelt
- **Arbeitsruhegesetz (ARG)**: keine Wochen-, Wochenend- bzw Feiertagsruhe
- **Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG)**: keine Berücksichtigung bei Berechnung der Pflichtzahl, kein besonderer Kündigungsschutz nach BEinstG, aber Achtung: Die Diskriminierungsbestimmungen der §§ 7a ff BEinstG gelten auch für freie Dienstnehmer.
- **Betriebspensionsgesetz (BPG)**: Das BPG umfasst Leistungszusagen an Arbeitnehmer, dabei wird auf den Arbeitnehmerbegriff des § 1151 ABGB abgestellt, vgl *Resch* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1, 2 BPG Rz 13.

---

Arbeitsrechtliche Aspekte des freien Dienstvertrages - Anfang Seite 4

- **Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)**: keine Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit
- **Mutterschutzgesetz (MSchG)**: kein Anspruch auf Karenz und Elternteilzeit (zur teilweisen Anwendbarkeit des MSchG siehe aber unter Pkt 2.2.2.)
- **Patentgesetz (PatG)**: Die Bestimmungen der §§ 6 ff PatG betreffend Dienstleistungen gelten gemäß § 6 Abs 2 PatG für Angestellte und Arbeiter aller Art. Darunter fallen begrifflich nicht freie Dienstnehmer, wobei es in der Literatur Stimmen gibt, die für eine analoge Anwendung plädieren, siehe dazu *K. Mayr* in ZellKomm<sup>2</sup> § 6 PatG, Rz 3.
- **Urlaubsgesetz (UrlG)**: kein Anspruch auf bezahlten Urlaub und Urlaubersatzleistung
- **Väterkarenzgesetz (VKG)**: kein Anspruch auf Karenz und Elternteilzeit

Will der Dienstgeber seinen freien Dienstnehmern Ansprüche basierend auf den eben genannten, grundsätzlich nicht anwendbaren Gesetze gewähren (zB bezahlten Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Überstundenentlohnung), so kann die Anwendung der Gesetze **individuell vereinbart** werden (vgl OGH 9. 11. 1976, 4 Ob69/76, ARD 2948/10/77). Zu beachten ist dabei jedoch das **Risiko einer Umqualifizierung** des freien in einen echten Dienstvertrag infolge einer GPLA oder eines arbeitsgerichtlichen Prozesses. Die Vereinbarung arbeitsrechtlicher Gesetze für freie Dienstnehmer könnte in strittigen Abgrenzungsfällen als **Indiz** für das Vorliegen eines **echten Dienstvertrages** angesehen werden.

## 2.2. Anwendbare Gesetze

### *2.2.1. Abstellen auf Analogie bzw Arbeitnehmerähnlichkeit*

Auf einen freien Dienstvertrag sind grundsätzlich nur jene Normen **analog** anwendbar, die **nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis** des Arbeitnehmers ausgehen und den **sozial Schwächeren schützen** sollen (vgl OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 54/97z, ARD 4873/2/97). Darüber hinaus ist auch die analoge Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften, die die spezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zum Anlass haben, dann nicht völlig ausgeschlossen, wenn der **freie Dienstnehmer ebenso schutzbedürftig** erscheint wie

typischerweise der abhängig beschäftigte Arbeitnehmer. Dabei ist auf die organisatorischen Umstände, unter denen die Arbeitsleistung dem Vertragspartner erbracht wird, abzustellen, weshalb arbeitsrechtliche Vorschriften dann zur Anwendung gelangen können, wenn im Einzelfall die **Arbeitnehmerähnlichkeit besonders stark ausgeprägt** ist (vgl. OGH 14. 9. 1995, 8 ObA 240/95, ARD 4730/6/96).

Arbeitnehmerähnlichkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass an sich kein Dienstverhältnis vorliegt, jedoch die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Es handelt sich um Personen, die eine Art Mittelstellung zwischen Arbeitnehmer und einem rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen Unternehmer einnehmen. Sie sind trotz rechtlich vorhandener Selbstständigkeit **wirtschaftlich unselbstständig** (vgl. OGH 26. 4. 2005, 9 ObA 48, 1008/95, ARD 4712/44/96). Für die Arbeitnehmerähnlichkeit gelten nach der Rechtsprechung die folgenden Kriterien: keine eigene Betriebsstätte, keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel, im Wesentlichen persönliche Leistungserbringung, Tätigkeit nur für einen Auftraggeber oder eine begrenzte Zahl von Auftraggebern, längere Dauer der Beschäftigung bzw regelmäßige Beschäftigung, regelmäßige Honorierung. Als arbeitnehmerähnlich gelten ua **in aller Regel freie Dienstnehmer**.

## 2.2.2. Auflistung anwendbarer Gesetze

Auf freie Dienstverhältnisse sind in der Regel nun folgende Gesetze anwendbar:

- **Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB):** Folgende Bestimmungen des ABGB gelten auch für freie Dienstnehmer analog: § 1152 (angemessenes Entgelt), § 1155 (Entgeltfortzahlung bei Nichtzustandekommen der Dienstleistung wegen Umständen, die auf Dienstgeberseite liegen), §§ 1159-1159b (Kündigungsfristen), § 1162-1162d (vorzeitiger Austritt, Kündigungsschädigung) [\[1\]](#) siehe dazu ausführlich unter Pkt 2.2.3.
- **ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG):** Arbeitnehmer iSd ASchG sind alle Personen, die im Rahmen eines Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses tätig sind. Erfasst werden alle in typischen oder atypischen Arbeitsverhältnissen beschäftigten Personen, somit auch freie Dienstnehmer.
- **Arbeiterkammergesetz (AKG):** Seit 1. 1. 2008 sind freie Dienstnehmer arbeiterkammerzugehörig.
- **Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG):** Arbeitnehmerähnliche Personen - und somit in der Regel auch freie Dienstnehmer - sind gemäß § 51 Abs 3 Z 2 ASGG den Arbeitnehmern prozessual gleichgestellt.
- **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG):** § 3 Abs 4 AÜG regelt explizit, dass unter Arbeitskräften iSd Gesetzes Arbeitnehmer und auch arbeitnehmerähnliche Personen zu verstehen sind. Sind die Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit erfüllt, kann auch ein freier Dienstnehmer unter das AÜG fallen.
- **Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG):** Gemäß § 2 Abs 2 lit b AuslBG gilt die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung iSd AuslBG.
- **Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG):** Das BMSVG gilt seit 1. 1. 2008 für alle freien Dienstnehmer, deren freier Dienstvertrag nach dem 31. 12. 2007 abgeschlossen wurde bzw über dieses Datum hinaus fortgesetzt wird, sowie grundsätzlich für freie Dienstverhältnisse von Vorstandsmitgliedern iSd § 4 Abs 1 Z 6 ASVG, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen (§ 1 Abs 1a BMSVG).
- **Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG):** Gemäß § 1 Abs 1 DHG ist das DHG ua auch für Personen, die, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind, im Verhältnis zu ihren Auftraggebern sinngemäß anzuwenden. Das DHG kommt in den Fällen zur Anwendung, in denen arbeitnehmerähnliche Personen, in der Regel also auch freie Dienstnehmer, den Dienstgeber oder einen Dritten "bei Erbringung der Dienstleistung" schädigen.

---

Arbeitsrechtliche Aspekte des freien Dienstvertrages - Anfang Seite 5

- **Exekutionsordnung (EO):** Gemäß § 290a Abs 1 Z 2 EO können Forderungen auf sonstige wiederkehrende Vergütungen für Arbeitsleistungen aller Art, die die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen, gepfändet werden. Daher sind auch Einkünfte aus einem freien Dienstvertrag als Arbeitseinkommen im Sinne der Lohnpfändungsvorschriften anzusehen.
- **Gleichbehandlungsgesetz (GIBG):** Sowohl die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt sowie über die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung gelten für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen (§ 1 Abs 3 Z 2 und § 16 Abs 3 Z 2 GIBG). Von diesem Geltungsbereich sind auch arbeitnehmerähnliche Personen umfasst.

- **Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG):** Das IESG gilt seit 1. 1. 2008 auch für freie Dienstverhältnisse, dh der Dienstgeber muss auch für freie Dienstnehmer IESG-Beiträge abführen.
- **Kautionschutzgesetz (KautSchG):** Das KautSchG ist analog auf arbeitnehmerähnliche Personen heranzuziehen, falls die konkrete Vertragsgestaltung dem Hauptzweck des KautSchG, nämlich der Verhinderung des Missbrauchs von Kautionen durch die Verwendung im eigenen Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers, zuwiderläuft (vgl OGH 7. 4. 1987, 14 ObA 10/87, ARD 3929/13/87).
- **Kinder- und Jugendlichenbeschäftigungsgesetz (KJBG):** Der Begriff des Dienstverhältnisses in § 1 Abs 1 KJBG ist in Hinblick auf das durch dieses Gesetz geschützte Rechtsgut, nämlich die Gesundheit der Jugendlichen, weit auszulegen. Auch ein schlüssiger dienstnehmerähnlicher Werkvertrag oder ein solches freies Dienstverhältnis fällt unter die Schutzbestimmungen des KJBG (vgl VWGH 12. 4. 1996, 96/02/0137, ARD 4777/38/96).
- **Mutterschutzgesetz (MSchG):** Seit 1. 1. 2016 gilt das MSchG zumindest teilweise auch für freie Dienstnehmerinnen (siehe dazu BGBl I 2015/149, ARD 6480/8/2016). Freie Dienstnehmerinnen dürfen sowohl während des generellen und allenfalls individuellen Beschäftigungsverbots vor der Geburt als auch während des generellen Beschäftigungsverbots nach der Geburt nicht beschäftigt werden, dh § 3 sowie § 5 Abs 1 und Abs 3 MSchG sind anwendbar. Außerdem gilt für freie Dienstnehmerinnen ein Motivkündigungsschutz (§ 10 Abs 8 MSchG): Die Kündigung einer freien Dienstnehmerin, die wegen ihrer Schwangerschaft oder eines Beschäftigungsverbots bis 4 Monate nach der Geburt ausgesprochen wird, kann binnen 2 Wochen nach Ausspruch der Kündigung bei Gericht angefochten werden, wobei die freie Dienstnehmerin den Anfechtungsgrund glaubhaft zu machen hat.

;  
; **Hinweis:** *Freie Dienstnehmerinnen haben aber nach wie vor keinen Anspruch auf Karenz und Elternteilzeit! Die meisten Bestimmungen des MSchG gelten auch weiterhin nicht für freie Dienstnehmerinnen.*

### 2.2.3. Anwendbare Bestimmungen des ABGB

Gemäß § 1152 ABGB gilt ein **angemessenes Entgelt** als bedungen, wenn im Vertrag **kein Entgelt bestimmt** und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist. Der Dienstgeber ist verpflichtet, auch einem freien Dienstnehmer das vereinbarte, mangels Vereinbarung das angemessene Entgelt nach § 1152 ABGB zu bezahlen (vgl OGH 24. 7. 2013, 9 ObA 46/13z ARD 6358/5/2013). Wurde mit einem freien Dienstnehmer aber ein Entgelt vereinbart, so hat er keinen darüber hinausgehenden Anspruch nach § 1152 ABGB, selbst wenn das vereinbarte Entgelt nicht angemessen ist.

Auch § 1155 ABGB, wonach dem Dienstnehmer das **Entgelt** für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, dann gebührt, wenn er zur **Leistung bereit** war und durch **Umstände**, die auf Seite des **Dienstgebers** liegen, daran **verhindert** worden ist, gilt analog für freie Dienstnehmer (vgl *Gruber*, ASoK 2000, 345).

Nach Ansicht von Lehre und Judikatur sind die Bestimmungen über die **Beendigung von Arbeitsverhältnissen** auf freie Dienstnehmer analog anzuwenden (vgl OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 54/97z, ARD 4873/2/97). Demnach gilt bezüglich **Kündigungsmodalitäten** Folgendes:

- Für ein Dienstverhältnis, das **Dienste höherer Art** zum Gegenstand hat (entspricht dem Angestelltenbegriff des AngG), die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers hauptsächlich in Anspruch nimmt und schon **3 Monate gedauert** hat, ist eine **Kündigungsfrist** von mindestens **4 Wochen** einzuhalten (§ 1159a Abs 1 ABGB).
- Ansonsten ist eine Kündigungsfrist von mindestens **14 Tagen** einzuhalten (§ 1159b ABGB).
- Wenn bei einem Dienstverhältnis, das keine Dienste höherer Art zum Gegenstande hat, das Entgelt nach Stunden oder Tagen, nach Stück oder Einzelleistungen bemessen ist, kann jederzeit für den **folgenden Tag** gekündigt werden; wenn ein solches Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers hauptsächlich in Anspruch nimmt und schon drei Monate gedauert hat oder wenn das Entgelt nach Wochen bemessen ist, kann spätestens am ersten Werktag für den Schluss der Kalenderwoche gekündigt werden. Die Wirkung der Kündigung tritt im Falle der Entlohnung nach Stück oder Einzelleistungen keinesfalls vor Vollendung der zur Zeit der Kündigung in Ausführung begriffenen Leistungen ein (§ 1159 ABGB).

Das Vertragsverhältnis kann unter Einhaltung der Kündigungsfrist an jedem Wochentag enden, da das ABGB nur Kündigungsfristen regelt, aber **keine Kündigungstermine**.

Auch die Bestimmungen der §§ 1162 ff ABGB über die **vorzeitige Auflösung** sind auf freie Dienstnehmer analog anzuwenden. Gemäß § 1162 ABGB kann das Dienstverhältnis, wenn es für bestimmte Zeit eingegangen wurde, vor Ablauf dieser Zeit, sonst aber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teile aus **wichtigen Gründen** gelöst werden. Auch die arbeitsrechtlichen **Entlassungsründe** sind auf freie Dienstnehmer anzuwenden, soweit von diesen nicht nur arbeitnehmerspezifische Umstände erfasst sind (vgl OGH 25.

6. 2003, 9 ObA 15/03a, ARD 5444/8/2003). Anhaltspunkt für die Beurteilung, ob ein wichtiger Auflösungsgrund vorliegt, bieten die im AngG und in der GewO 1859 definierten Entlassungsgründe.

---

Arbeitsrechtliche Aspekte des freien Dienstvertrages - Anfang Seite 6

Kommt es zu einer vorzeitigen Auflösung ohne wichtigen Grund oder zu einer fristwidrigen Kündigung gebührt auch dem freien Dienstnehmer eine **Kündigungsschädigung** bis zum nächsten ordnungsgemäßen Kündigungstermin analog § 1162b ABGB (vgl OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 54/97z, ARD 4873/2/97). Im Fall eines freien Dienstnehmers, der nur Provisionseinkünfte, aber kein Fixgehalt bezogen hatte, hat der OGH entschieden, dass durch die vorzeitige Beendigung entgangene Provisionseinkünfte - im Zweifel bemessen nach den zuletzt durchschnittlich verdienten Provisionen - im Rahmen der Kündigungsschädigung zu ersetzen sind (vgl OGH 20. 8. 2008, 9 ObA 17/08b, ARD 5919/6/2008). Hinsichtlich der Höhe der Kündigungsschädigung ist demnach auf den **durchschnittlichen Verdienst** abzustellen.

### 2.3. Dienstzettel für freie Dienstnehmer

Gemäß § 1164a ABGB ist der **Dienstgeber verpflichtet**, dem freien Dienstnehmer unverzüglich nach dessen Beginn eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem freien Dienstvertrag (**Dienstzettel**) **auszuhändigen**. Solche Aufzeichnungen sind von Stempel- und unmittelbaren Gebühren befreit. Der Dienstzettel hat folgende Angaben zu enthalten (§ 1164a Abs 1 ABGB):

1. Name und Anschrift des Dienstgebers,
2. Name und Anschrift des freien Dienstnehmers,
3. Beginn des freien Dienstverhältnisses,
4. bei freien Dienstverhältnissen auf bestimmte Zeit das Ende des freien Dienstverhältnisses,
5. Dauer der Kündigungsfrist, Kündigungstermin,
6. vorgesehene Tätigkeit,
7. Entgelt, Fälligkeit des Entgelts.

Hat der freie Dienstnehmer seine Tätigkeit **länger als einen Monat im Ausland** zu verrichten, so hat der vor der Aufnahme der Auslandstätigkeit auszuhändigende Dienstzettel oder schriftliche freie Dienstvertrag zusätzlich weitere in § 1164a Abs 2 ABGB vorgesehene Angaben zu enthalten.

Kein Dienstzettel ist auszustellen, wenn die Dauer des freien Dienstverhältnisses höchstens einen Monat beträgt oder ein schriftlicher Dienstvertrag ausgehändigt wurde, der die notwendigen Angaben enthält.

Jede Änderung der Angaben ist dem freien Dienstnehmer unverzüglich, spätestens jedoch einen Monat nach ihrer Wirksamkeit schriftlich mitzuteilen, es sei denn, die Änderung erfolgte durch Änderung von Gesetzen. Die Dienstzettelpflicht ist weiters unabdingbar.

- **Praxistipp:** Der Dienstzettel ist bloß ein deklaratorisches Schriftstück (= Wissenserklärung über schon vorher vereinbarte Vertragsbedingungen). Er ist lediglich eine schriftliche Auflistung der mündlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Regelungen und bewirkt keine Vereinbarung. Daher ist es aufgrund der höheren Bestand- und Beweiskraft **empfehlenswert**, von vornherein einen **schriftlichen freien Dienstvertrag** auszuarbeiten und zu unterschreiben.

## 2.4. Sonstige anwendbare Grundsätze und Hinweise

- Nach der Rechtsprechung gilt der **arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** für jene freien Dienstnehmer, bei denen die **Arbeitnehmerähnlichkeit sehr stark ausgeprägt** ist. Der aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entwickelte Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch auf das freie Dienstverhältnis eines intensiv in die Strukturen des Arbeitgebers organisatorisch eingebundenen freien Mitarbeiters anzuwenden, wenn er einem abhängig beschäftigten Arbeitnehmer weitestgehend gleichzuhalten ist (vgl OGH 14. 9. 1995, 8 ObA 240/95, ARD 4730/6/96).
- Die dogmatischen Erklärungsversuche der **betrieblichen Übung** sind nicht in spezifisch arbeitsrechtlichen Vorschriften begründet, sondern in **allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen**. Daher bestehen grundsätzlich keine Bedenken gegen die Anerkennung der Möglichkeit spezieller betrieblicher Übungen für freie Dienstnehmer (vgl OGH 13. 7. 1994, 9 ObA 77-78/94, ARD 4592/10/94).
- Das grundsätzliche Verbot von Kettenarbeitsverträgen für echte Arbeitnehmer ist eine Auswirkung des zugunsten "echter" Arbeitnehmer bestehenden Schutzprinzips. Die **Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse** ist daher bei freien Dienstnehmern **zulässig** (vgl OGH 21. 4. 2004, 9 ObA 127/03x, ARD 5515/4/2004).
- Aus der Rechtsprechung geht weiters hervor, dass die **Kündigungsmöglichkeit befristeter freier Dienstverträge** nicht restriktiver beurteilt werden kann als jene von echten Arbeitsverträgen. Es müssen daher auch die Parteien eines auf bestimmte Zeit eingegangenen freien Dienstverhältnisses (zusätzlich) die Möglichkeit einer Kündigung zu einem früheren Termin vereinbaren können (vgl OGH 24. 10. 1995, 8 ObA 261/95, ARD 4745/22/96).

## 3. Kollektives Arbeitsrecht

Freie Dienstnehmer unterliegen weder dem I. Teil (Kollektive Rechtsgestaltung) noch dem II. Teil (Betriebsverfassung) des Arbeitsverfassungsgesetzes.

Personen, bei denen das Merkmal persönlicher Abhängigkeit nicht gegeben ist, die daher bei der Erbringung ihrer Dienstleistung persönlich selbstständig sind wie zB freie Dienstnehmer, fallen nicht unter den Schutzzweck des ArbVG und damit auch nicht unter die Geltung der kollektiven Rechtsgestaltung (vgl OGH 8. 2. 1989, 9 ObA43/89, ARD 4075/38/89). **Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen** sind daher auf freie Dienstnehmer grundsätzlich **nicht anwendbar**. Freie Dienstnehmer haben demnach etwa keinen Anspruch auf kollektivvertragliche Sonderzahlungen, Jubiläumsgelder, Anspruch auf Überstundenzuschläge sowie auf kollektivvertraglich festgelegte Reiseaufwandsentschädigungen.

Der persönliche Geltungsbereich des Betriebsverfassungsrechts (II. Teil des ArbVG, § 33 bis § 134b ArbVG) richtet sich nach dem Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG, wonach die Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden muss.

---

Arbeitsrechtliche Aspekte des freien Dienstvertrages - Anfang Seite 7

Demnach sind freie Dienstnehmer auch nicht als Arbeitnehmer im Sinn der Betriebsverfassung anzusehen (vgl OGH 12. 2. 1997, 9 ObA 2260/96k, ARD 4832/9/97). Freie Dienstnehmer werden daher **nicht** durch den **Betriebsrat vertreten**, sie sind bei der Betriebsratswahl weder aktiv noch passiv wahlberechtigt und unterliegen **nicht** dem **allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz** nach § 105 ff ArbVG. Das bedeutet, dass der Betriebsrat von einer bevorstehenden Kündigung nicht informiert bzw von einer Entlassung nicht verständigt werden muss. Freie Dienstnehmer können in weiterer Folge eine Kündigung bzw Entlassung auch nicht wegen Sozialwidrigkeit nach § 105 Abs 3 Z 2

ArbVG oder eines verpönten Motives nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG anfechten.

*Hinweis: Da freie Dienstnehmer aber dem GIBG unterliegen, können sie sich auf eine **Diskriminierung** im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung berufen (§ 3, § 17 GIBG). So kann etwa eine freie Dienstnehmerin, die aufgrund ihres Geschlechts gekündigt wurde, oder ein freier Dienstnehmer, der aufgrund seiner ethnischen Zugehörigkeit gekündigt wurde, die **Kündigung bei Gericht anfechten** (§ 12 Abs 7, § 26 Abs 7 GIBG). Zum GIBG siehe auch Pkt 2.2.2.*

## 4. Resümee

Zentrale Bereiche des Arbeitsrechts, wie etwa das kollektive Arbeitsrecht, die Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen finden auf freie Dienstnehmer keine Anwendung. Dennoch gibt es etliche Gesetze bzw Bestimmungen, wie zB die Kündigungsfristen des ABGB, die auf freie Dienstnehmer anwendbar sind und in der Praxis keinesfalls ignoriert werden dürfen.

