

1. Werkvertrag

- 21 Beim Werkvertrag (vgl § 1151 Abs 1 Satz 2, §§ 1165 ff ABGB) verpflichtet sich der **Werkunternehmer für den Auftraggeber (Werkbesteller) „ein Werk“ in persönlicher Selbständigkeit herzustellen**. Der Vertrag ist erst dann erfüllt, wenn das bestellte Werk vollendet, also der „Erfolg“ eingetreten ist (**Zielschuldverhältnis**). Erst dann gebührt dem Werkunternehmer „Werklohn“.

***Beispiel:** Ein Tischler, der ein eigenes Unternehmen betreibt, stellt für einen Kunden auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung (Werkvertrag) ein Möbelstück her.*

Zur Abgrenzung vom Dienstvertrag (Arbeitsvertrag) ist somit darauf abzustellen, dass der Werkvertrag, wie gesagt, ein Zielschuldverhältnis darstellt, dh dass ein **bestimmtes Arbeitsergebnis** (zB eine bestimmte Gartenmauer oder ein in seinen Funktionen definiertes EDV-Programm herzustellen) **vereinbart ist**, und nicht die Tätigkeit an sich (zB Tätigkeit als Maurer oder als EDV-Programmierer). **Zudem** ist das **Fehlen von persönlicher Abhängigkeit** wesentlich. An sich schließen **Zielschuldverhältnis und persönliche Abhängigkeit** einander von vornherein aus, dh **sie können in der Regel nicht zusammen vorliegen**.

In der Praxis wird aber mitunter versucht, den Arbeitsvertrag (und damit die Anwendung des Arbeitsrechts) durch entsprechende Vereinbarungen zu umgehen, sodass sich auch bei scheinbarem Vorliegen eines Zielschuldverhältnisses der „Kontrollblick“ darauf lohnt, ob die näheren Umstände der Leistungserbringung auf persönliche Abhängigkeit hindeuten. Kennzeichnend kann hierfür der **Grad der Konkretisierung des Leistungsinhaltes im Vertrag** sein. Also: Ist bereits durch den Vertrag klar bezeichnet, was konkret zu leisten ist? Dies deutet auf einen „echten“ Werkvertrag hin. Oder wird der Leistungsinhalt erst bei der Abwicklung durch Weisungen konkretisiert? Dies spricht für einen Dienstvertrag (Arbeitsvertrag).

Das **Unternehmerisiko** liegt ganz beim Werkunternehmer. Ihn kennzeichnet seine persönliche und zumeist auch wirtschaftliche Selbständigkeit. Daher **gelten die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen** für ihn **nicht**. Werkverträge können **aber** arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnissen (siehe im Folgenden unter Rz 31 f) zu Grunde liegen.

Hinweis: Der Werkunternehmer schuldet – anders als ein freier oder echter Dienstnehmer – eine mangelfreie Leistung (zB Funktionieren eines EDV-Programmes). Tritt der Erfolg nicht wie vereinbart ein, hat der Werkbesteller Ansprüche aus dem Gewährleistungsrecht der §§ 922 ff ABGB (Nachbesserung, Preisminderung oder Wandlung des Vertrages).

- 22 **Sozialversicherungsrechtlicher Schutz** besteht für Werkunternehmer idR nach dem **GSVG** (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz). Dabei kommt es darauf an, ob seine Tätigkeit auf einer Gewerbeberechtigung beruht (sog „alter“ Selbständiger) oder nicht (sog „neuer“ Selbständiger). Dabei gilt im Einzelnen:
- **„Alte“ Selbständige** sind gewerblich selbständig Erwerbstätige, die infolge ihrer **Mitgliedschaft bei einer Wirtschaftskammer (WK)** der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterliegen (§ 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG). Jeder Inhaber einer **Gewerbeberechtigung** ist kraft Gesetzes Mitglied einer Wirtschaftskammer (siehe dazu Rz 505).

- Die Bezeichnung „**neue**“ **Selbständige** wurde in der Literatur zur **Abgrenzung** von der Gruppe der „alten“ Selbständigen entwickelt. Pflichtversicherung für „neue“ Selbständige liegt vor, wenn der Selbständige nicht Mitglied einer Wirtschaftskammer ist (also über **keine Gewerbeberechtigung** verfügt, etwa weil seine Tätigkeit nicht unter die Gewerbeordnung fällt), aber dennoch „**auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit**“ bestimmte **Einkünfte** iSd Einkommensteuergesetzes (EStG 1988) erzielt (§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG). Hinsichtlich der betrieblichen Tätigkeit bestehen nur geringe Anforderungen: Die Verbindung der Arbeitsleistung mit sachlichen Arbeitsmitteln zu einer organisatorischen Einheit genügt. Die Pflichtversicherung als „neuer“ Selbständiger ist subsidiär zur ASVG-Pflichtversicherung und zu anderen Versicherungstatbeständen im GSVG und anderen Sozialversicherungsgesetzen (zB BSVG).

Beachte: „**Alte**“ **Selbständige** sind grundsätzlich unabhängig von der Höhe ihrer Einkünfte nach GSVG pflichtversichert und müssen entsprechende Beiträge leisten (siehe Rz 109).

Lediglich bestimmte **Kleinunternehmer** (nämlich Berufsanfänger und ältere Personen ab dem 57. Lebensjahr), die im Jahr nicht mehr als € 30.000,- Umsatz und nicht mehr als € 4.395,96 Einkommen erzielen, können auf Antrag von der Pflichtversicherung in PV und KV ausgenommen werden.

Für „**neue Selbständige**“ gelten hingegen sog **Versicherungsuntergrenzen**: Nur wer durch seine Tätigkeit als „neuer Selbständiger“ folgende – jährlich neu festgesetzte – Entgeltgrenzen überschreitet, fällt unter die Versicherungspflicht:

- € 6.453,36 jährlich (Wert 2011), wenn er nur diese Erwerbstätigkeit ausübt und auch kein Erwerbsersatzeinkommen (zB Pension, Krankengeld) bezieht;
- € 4.488,24 jährlich (Wert 2011), wenn er daneben noch eine andere versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ausübt (also zB im Rahmen des ASVG) oder ein Erwerbsersatzeinkommen (zB Pension) bezieht.

„Alte“ und „neue“ Selbständige haben unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, in die Arbeitslosenversicherung zu optieren (§ 3 AIVG).

2. Freier Dienstvertrag

2.1. Arbeitsrechtliche Beurteilung

Ein freier Dienstvertrag liegt vor, wenn sich jemand vertraglich verpflichtet, für eine andere Person eine **kontinuierliche** (also laufende) **Tätigkeit** (Dauerschuldverhältnis) **ohne persönliche Abhängigkeit** zu erbringen.

Bei diesen **Begriffen** ist zu beachten: **Dienstvertrag und Arbeitsvertrag** werden häufig synonym, also gleichlautend verwendet. Allerdings wird bei Angestellten häufiger vom „Dienstvertrag“ und bei Arbeitern meistens vom „Arbeitsvertrag“ gesprochen. Beide Begriffe setzen persönliche Abhängigkeit voraus. Der **freie Dienstvertrag** ist hingegen etwas anderes als der Dienstvertrag und nicht etwa bloß dessen Unterform! Aber man spricht sowohl im Zusammenhang mit dem Dienstvertrag als auch (!) dem freien Dienstvertrag von **Dauerschuldverhältnissen** über **Dienstleistungen**; beim Werkvertrag von einem **Zielschuldverhältnis** über eine **Werkleistung**.

Der freie DN ist somit – anders als der AN – **nicht voll in die betriebliche Organisation eingebunden** und verwendet idR **eigene Betriebsmittel**. Im Gegensatz zum Werkunternehmer **schuldet** aber auch der freie DN **keinen bestimmten Erfolg**, sondern – ebenso wie der AN – nur die sachgemäße und sorgfältige Tätigkeitsausübung.

***Beispiele:** Ein Tischler betreibt zwar ein eigenes Unternehmen, ist aber vertraglich verpflichtet, für einen Auftraggeber kontinuierlich Möbelstücke anzufertigen. Ein Anwalt verpflichtet sich gegenüber einem Unternehmen als Konsulent vertraglich zur kontinuierlichen Beratung und zur rechtsfreundlichen Vertretung gegen ein monatliches Entgelt.*

24 Der **freie Dienstvertrag** ist im österr Recht **nirgends** grundlegend **geregelt**. Daher werden von den **dienstvertraglichen Regelungen im ABGB** (§§ 1151 – 1164) für freie DN (ausschließlich!) jene **sinngemäß („analog“)** angewendet, die **nicht auf das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit** und die daraus resultierende besondere Schutzbedürftigkeit eines abhängig Beschäftigten (Arbeitnehmer) **abstellen**. Im Zweifel gilt daher zB ein **angemessenes Entgelt** als bedungen (§ 1152 ABGB), denn diese Vorschrift „passt“ nicht nur für persönlich abhängige AN, sondern erscheint auch im Zusammenhang mit anderen, nicht besonders schutzwürdigen Vertragspartnern geboten. Ebenfalls kommen die Kündigungsvorschriften des ABGB auf freie DN zur Anwendung (zu diesen Rz 371).

Demgegenüber ist etwa die Bestimmung über die **Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall (§ 1154b ABGB, Näheres siehe Rz 174 ff) **auf freie DN ebenso wenig anwendbar** wie die arbeitsrechtlichen **Sondergesetze** (zB das AngG oder das UrlG, zu letzterem Rz 266), weil deren Normzweck im Schutz persönlich abhängiger AN besteht.

Seit 2008 sind **bestimmte** freie DN allerdings vom Gesetzgeber in einige arbeitsrechtliche Gesetze einbezogen worden (siehe sogleich unter Rz 25). Dies mag vom Ergebnis her sinnvoll sein, erschwert aber das Verständnis dafür, dass es sich beim Dienstvertrag (Arbeitsvertrag) einerseits und dem freien Dienstvertrag andererseits nach wie vor um **verschiedene** Vertragsverhältnisse mit unterschiedlichen Rechtsfolgen handelt.

2.2. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung

25 In Bezug auf den **Sozialversicherungsschutz** eines freien DN ist zu differenzieren:

a) „Dienstnehmerähnlicher“ freier Dienstvertrag

Weist sein Dienstverhältnis **bestimmte** der **gesetzlich** **geregelt** **Elemente der Dienstnehmerähnlichkeit** auf, dann besteht für den **freien DN Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG**. Dies ist im Wesentlichen der Fall, wenn er

- seine Dienstleistung auf Grund eines **freien Dienstvertrages** (also nicht etwa aufgrund eines Dienst-, Werk- oa Vertrages) und
- für einen **DG** „im Rahmen seines **Geschäftsbetriebes**“ (also zB nicht für Privathaushalte) oder für eine Gebietskörperschaft erbringt,
- aus dieser Tätigkeit ein **Entgelt** bezieht,
- die Dienstleistung **im Wesentlichen** persönlich erbringt, aber über **keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel** verfügt