



REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF
DER PRÄSIDENT

509 Präs 53/25b

Der Oberste Gerichtshof erstattet durch den Präsidenten Univ.-Prof. Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie den Senatspräsidenten Mag. Ziegelbauer, die Hofräte Dr. Stefula, Dr. Thunhart, Dr. Stiefsohn und Dr. Vollmaier sowie die Hofrätin Dr. Wallner-Friedl als weitere Mitglieder folgende

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem
das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Arbeitsverfassungsgesetz und das
Landarbeitsgesetz 2021 geändert werden**

1. Zum Gesetzesvorhaben

Nach geltender Rechtslage können sich freie Dienstnehmer weder auf gesetzliche Kündigungsfristen noch auf kollektivvertragliche Regelungen berufen. Zumindest wenn es sich um arbeitnehmerähnliche Dienstnehmer handelt, ist die Einführung gesetzlicher Kündigungsfristen und die Ermöglichung kollektivvertraglicher Regelungen für freie Dienstverhältnisse zu begrüßen, weil dadurch bestehende Schutzlücken geschlossen werden können.

2. Zum Begriff des freien Dienstverhältnisses

Der Begriff des freien Dienstverhältnisses wird im Gesetzesentwurf nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf beziehen sich auf die herrschende Meinung im Arbeitsrecht, wonach der freie Dienstvertrag im Gegensatz zum Arbeitsvertrag dadurch charakterisiert ist, dass keine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber besteht und der Arbeitsablauf selbst gestaltet werden kann. Darüber hinaus führen die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf aus, dass der geltende § 4 Abs 4 ASVG freie Dienstnehmer als Personen erfasse, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, *„wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt*

beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen“.

Dabei wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass es sich beim § 4 Abs 4 ASVG um keine Definition des freien Dienstverhältnisses, sondern um eine Tatbestand handelt, der nur ganz bestimmte freie Dienstverhältnisse erfasst. Insbesondere dass die Dienstleistungen persönlich erbracht werden muss, ist nämlich – wie die Erläuterung selbst ausführen – gerade kein charakteristisches Merkmal des freien Dienstvertrags. Auch enthält § 4 Abs 4 ASVG noch weitere Einschränkungen, zumal frei Dienstverhältnisse von Gewerbetreibenden, freiberuflich Tätigen oder Kunstschaffenden ausgenommen sind. Damit ist der Begriff des freien Dienstverhältnisses daher erheblich weiter als der Tatbestand der Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG, der nur ganz bestimmte frei Dienstverhältnisse erfasst. Da diesem Umstand erhebliche Bedeutung für den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelungen zukommt, sollte dies auch in den Erläuterungen zum Ausdruck gebracht werden.

3. Zum Tatbestand des vorgeschlagenen § 1159 Abs 6 ABGB

Während § 1 Abs 1 ArbVG in der vorgeschlagenen Fassung nur für „freie Dienstverhältnisse nach § 4 Abs 4 ASVG“ gelten soll, ist eine solche Einschränkung in § 1159 Abs 6 ABGB des Entwurfs nicht enthalten. Nach dem Wortlaut des Entwurfs ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Kündigungsfristen in § 1159 Abs 6 ABGB für alle freien Dienstverhältnisse gelten sollen.

Welche freien Dienstverhältnisse von der geplanten Neuregelung erfasst sein sollen, bleibt freilich der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass der Begriff des freien Dienstverhältnisses eine Vielzahl von Verträgen umfasst, die äußerst unterschiedlich ausgestaltet sein können. Nach der Rechtsprechung ist beispielsweise auch der Vertrag zwischen einem Patienten und einem Zahnarzt als freier Dienstvertrag zu qualifizieren ([RS0021759](#)). Solche Behandlungsverträge gesetzlichen Kündigungsfristen zu unterwerfen, scheint aber nicht sachgerecht. Eine Gleichbehandlung mit Arbeitnehmern ist vielmehr von vornherein nur dort angebracht, wo dem freien Dienstnehmer eine „arbeitnehmerähnliche“ Stellung zukommt.

In den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf wird auch nicht erwähnt, dass das ABGB mit § 1168a bereits eine Regelung zu freien Dienstverhältnissen enthält. Demnach besteht eine Verpflichtung zur Aushändigung eines Dienstzettels nach § 1168a ABGB – zumindest nach der Absicht des Gesetzgebers – nur bei solchen freien Dienstverhältnissen, welche alle Tatbestandsmerkmale der Pflichtversicherung des § 4 Abs 4 ASVG erfüllen (ErläutRV [464](#)

[BlgNR 22](#). GP 12). Da sich sowohl der Anspruch auf einen Dienstzettel als auch die Einhaltung gesetzlicher Kündigungsfristen bei freien Dienstverhältnissen letztlich nur in der „Arbeitnehmerähnlichkeit“ solcher Personen rechtfertigen kann, würde es durchaus naheliegen, den Tatbestand in § 1159 Abs 6 ABGB und § 1168a ABGB einheitlich zu regeln.

3. Zum Tatbestand des vorgeschlagenen § 1 Abs 1 Z 2 ArbVG

Nach § 1 Abs 1 ArbVG in der vorgeschlagenen Fassung sollen „freie Dienstverhältnisse nach § 4 Abs 4 ASVG“ dem ArbVG unterstellt werden. Zumindest bei kritischer Betrachtung ist dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, ob die Ausnahmen von der Versicherungspflicht in § 4 Abs 4 ASVG für Gewerbetreibende, freiberuflich Tätige und Künstler auch für die Kollektivvertragsunterworfenheit nach § 1 Abs 1 Z 2 ArbVG gelten sollen. Das Abstellen auf für „freie Dienstverhältnisse nach § 4 Abs 4 ASVG“ könnte nämlich auch so verstanden werden, dass der Begriff des freien Dienstverhältnisses jenem in § 4 Abs 4 ASVG entspricht, die in § 4 Abs 4 ASVG angeführten Ausnahmen für bestimmte Personengruppen aber nur die Versicherungspflicht nach dem ASVG betreffen. Hinzu kommt, dass sich die Ausnahmen von der Versicherungspflicht vor allem im Umstand rechtfertigen, dass diese Personen anderweitig versichert sind, sodass diese Ausnahmen, wenn es um die Kollektivvertragsunterworfenheit des freien Dienstverhältnisses geht, eher willkürlich erscheinen.

Ob auch freie Dienstverhältnisse von Gewerbetreibenden, freiberuflich Tätigen und Kunstschaffenden dem kollektiven Arbeitsrecht unterstellt werden sollen, bleibt freilich der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen. Im Interesse der Rechtssicherheit wird aber empfohlen, in § 1 Abs 1 ArbVG eine entsprechende Klarstellung aufzunehmen. Sollte beabsichtigt sein, dass freie Dienstverhältnisse von Gewerbetreibenden, freiberuflich Tätigen und Kunstschaffenden vom kollektiven Arbeitsrecht ausgenommen werden, könnte dies im Tatbestand des § 1 Abs 1 ArbVG wie folgt zum Ausdruck gebracht werden:

„freie Dienstverhältnisse, die der Versicherungspflicht nach § 4 Abs 4 ASVG unterliegen“

Sollte hingegen beabsichtigt sein, auch freie Dienstverhältnisse von Gewerbetreibende, freiberuflich Tätige und Künstlern dem kollektiven Arbeitsrecht unterstellt werden, wenn sie die Voraussetzungen der „Arbeitnehmerähnlichkeit“ nach § 4 Abs 4 ASVG erfüllen, könnte dies wie folgt zum Ausdruck gebracht werden:

„freie Dienstverhältnisse, welche die Voraussetzungen des § 4 Abs 4 ASVG erfüllen, auch wenn sie nach § 4 Abs 4 lit a bis d von der Versicherungspflicht ausgenommen sind“

In diesem Zusammenhang würde es sich anbieten, im Sinne eines einheitlichen Tatbestands auch die Formulierung in § 1164a ABGB und in weiterer Folge möglicherweise auch jene in § 1159 Abs 6 ABGB entsprechend anzupassen.

4. Zur Anwendung des ArbVG

§ 1 Abs 1 ArbVG in der vorgeschlagenen Fassung ordnet an, dass für freie Dienstverhältnisse nach § 4 Abs 4 ASVG „die Bestimmungen des I. Teiles“ des ArbVG gelten würden, was aber nicht zutrifft, weil nach den Erläuterungen zum Gesetzesvorschlag das 4. und 5. Hauptstück des I. Teils für freie Dienstverhältnisse gerade nicht gelten soll. Dem vorgeschlagenen Gesetzestext kann dies aber nur indirekt entnommen werden, weil im nächsten Satz angeordnet wird, dass „im Anwendungsbereich des 1. bis 3. Hauptstückes des I. Teiles“ unter dem Begriff „Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag“ auch „freies Dienstverhältnis und freier Dienstvertrag“ zu verstehen ist. Schon um Missverständnisse zu vermeiden, wird folgende Textierung vorgeschlagen:

„(1) Die Bestimmungen des I. Teiles gelten - soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist – für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen.

Die Bestimmungen des 1. bis 3. Hauptstückes des I. Teiles gelten auch für freie Dienstverhältnisse (...), wobei unter dem Begriff „Arbeitnehmer“ auch „freie Dienstnehmer“, unter den Begriffen „Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag“ auch „freies Dienstverhältnis und freier Dienstvertrag“ und unter dem Begriff „Arbeitgeber“ auch „Dienstgeber der freien Dienstnehmer“ zu verstehen ist.“

5. Zu den Mindestentgelten bei freien Dienstverhältnissen

In § 18 Abs 3 ArbVG des Entwurfs ist vorgesehen, dass Kollektivverträge, die lediglich für Arbeitsverhältnisse gelten, hinsichtlich der Mindestentgelte auch für freie Dienstverhältnisse zur Satzung erklärt werden dürfen. Eine solche Satzung ist aber deshalb problematisch, weil freie Dienstverträge das Ausmaß der aufzuwendenden Arbeitszeit häufig nicht festlegen. So können freie Dienstverhältnisse beispielsweise die Geschäftsführung als Vorstand einer Aktiengesellschaft (4 Ob 5/85), eine Reiseleitung (14 ObA 46/87) oder die Wartung eines Aufzugs (8 ObA 95/01f) betreffen, ohne dass dem Vertrag die aufzuwendenden Arbeitsstunden entnommen werden können. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Mindestentgelte eines Kollektivvertrags, die von der jeweiligen Arbeitszeit abhängen und sich typischerweise auf eine Vollbeschäftigung beziehen, auf solche freie Dienstverhältnisse überhaupt anwendbar sind.

Natürlich könnte man hier die Auffassung vertreten, dass freie Dienstverhältnisse, welche keine Vorgaben hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit enthalten, von vornherein keinen kollektivvertraglichen Mindestentgelten unterliegen können. Dadurch würden solche Satzungen ihren Zweck aber weitgehend verfehlen, weil die kollektivvertraglichen Mindestentgelte dann sehr leicht umgangen werden könnten. Es wird daher in Ergänzung des § 18 Abs 3 ArbVG folgende Regelung vorgeschlagen:

„In einem solchen Fall gelten die kollektivvertraglichen Mindestentgelte für jene Arbeitszeit, die zur Erfüllung des freien Dienstverhältnisses tatsächlich aufgewendet werden muss“.

Oberster Gerichtshof
Wien, 5. September 2025
Dr. Kodek, Präsident

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG