
I. Einleitung

Um einen möglichst schnellen und direkten Zugang zum Arbeitsrecht zu finden, ist es wichtig, sich zunächst seiner Notwendigkeit und Grundausrichtung bewusst zu werden.

Historisch wurde bald erkannt, dass die Prinzipien und Regeln des allgemeinen Zivilrechts, insb der Grundsatz der freien Vertragsgestaltung, beim Arbeitsverhältnis zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Dies liegt vor allem daran, dass sich im Arbeitsverhältnis nicht zwei ebenbürtige Vertragsparteien gegenüberstehen, sodass das Ergebnis der Vertragsverhandlungen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wesentlich durch ein Verhandlungsungleichgewicht zugunsten der AG-Seite geprägt ist. Die AN sind ihren AG nämlich idR vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht unterlegen, da sie zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind und sie dies auch mangels eigener Ressourcen nur im Rahmen der Organisation des AG können.

Gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit haben sie keine Alternative dazu, den Arbeitsvertrag zu den wesentlich von der AG-Seite vorgegebenen Inhalten (insb Entgelthöhe, Länge und Lage der Arbeitszeit) abzuschließen. Sie müssen somit bereit sein, auch zu schlechtesten Bedingungen zu arbeiten, bevor sie gar keinen Lebensunterhalt verdienen können. Insofern sind AN de facto nicht frei, über das Ob und das Wie der Verwertung ihrer Arbeitskraft frei zu verfügen.

Um diesen speziellen Anforderungen der Lebenswirklichkeit gerecht zu werden und vor allem dieses Ungleichgewicht auszugleichen, gibt es das Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht. Es befasst sich primär mit den rechtlichen Fragen der **unselbstständig Erwerbstätigen**, dh jener Personen, die auf Basis eines Arbeitsvertrages für andere arbeiten.

Die Besonderheit des Arbeitsrechts besteht nun zum einen darin, dass es in erheblichem Maße der privatautonomen Gestaltung (dh der freien Gestaltung durch die Vertragsparteien) entzogen ist. So finden sich im Arbeitsrecht typischerweise **zwingende Rechtsvorschriften**, die Mindeststandards im Arbeitsverhältnis gesetzlich absichern sollen. Konkret handelt es sich dabei in den meisten Fällen um **relativ zwingendes Recht**: In diesem Fall kann nur zugunsten des AN eine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen werden. Der Eingriff in die Privatautonomie geht somit nur so weit, als dies zum Schutz der AN notwendig ist.

Die zweite wesentliche Besonderheit des Arbeitsrechts sind dessen spezielle Institutionen und Rechtsquellen, die sich im Laufe der Zeit entwickelt haben, um das oben beschriebene Machtungleichgewicht auszugleichen. AN haben sich in Gewerkschaften zusammengeschlossen, um auf kollektiver Ebene Arbeitsbedingungen in Form von KV auszuhandeln bzw um auf betrieblicher Ebene die auf Basis der Verfügungsmacht über den Betrieb bedingte „Alleinherrschaft“ der AG durch Mitbestimmung des BR und insb durch den Abschluss von BV abzuschwächen.

Traditionell wird das Arbeitsrecht in das **kollektive und individuelle Arbeitsrecht** gegliedert:

- Das Individualarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen Individuen, es befasst sich also mit dem zweipersonalen (individuellen) Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien (AG und AN).
- Das Kollektivarbeitsrecht hingegen regelt das Verhältnis von Gruppen (Kollektiven) von AN bzw AG. Es beinhaltet das Verbändewesen (gesetzliche und freiwillige Interessenvertretungen), das Recht des KV sowie die betriebliche Mitbestimmung, die sog Betriebsverfassung (2. Teil des ArbVG).

Das **Arbeitsrecht** versucht das – aus dem Arbeitsverhältnis und den ihm zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Gegebenheiten faktisch resultierende – Ungleichgewicht mittels (oftmals relativ) zwingender Sondernormen auszugleichen. Es ist das Sonderrecht der unselbstständig Erwerbstätigen.

Kollektivarbeitsrecht

Verhältnis zwischen AG- und AN-Gruppen
Verbandewesen
Betriebsverfassung
KV

Individualarbeitsrecht

Verhältnis zwischen einzelnen AG und AN

II. Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff

A. Wesen und Merkmale

Voraussetzung für die Anwendung des Arbeitsrechts ist idR das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Bisweilen wird dieser auch Dienstvertrag genannt, die Begriffe können synonym verwendet werden.

Dienstvertrag/Arbeitsvertrag (AV) = schuldrechtliche Vereinbarung, mit der sich der AN gegenüber dem AG zur persönlichen Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet

Typischerweise bestehen im AV Haupt- und Nebenpflichten:

Hauptpflichten: Zurverfügungstellung der Arbeitskraft (Arbeitspflicht) vs Zahlung des Arbeitsentgelts

Nebenpflichten: Fremdinteressenwahrungspflichten in Form der Treue- und Fürsorgepflichten beider Vertragsparteien, deren besonders intensive Ausprägung gerade für das Arbeitsverhältnis typisch ist

Regelungen finden sich grds in §§ 1151 ff ABGB (sofern nicht speziellere Normen wie die des AngG die allgemeinen Bestimmungen verdrängen). **Entgeltlichkeit** ist zwar die Regel, aber nicht zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines AV. Im Zweifel gilt jedoch gem § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als vereinbart. Diese Regelung kommt aber wegen der fast flächendeckenden Anwendung von KV in Österreich (rd 98 % der privaten Dienstverhältnisse sind von KV erfasst) sehr selten zur Anwendung.

Der AV ist ein **Dauerschuldverhältnis**. Es wird auf bestimmte (befristeter AV) oder unbestimmte Zeit (AV auf unbestimmte Zeit) eingegangen. Im Gegensatz zu Zielschuldverhältnissen ist seine Existenz von Erfüllungshandlungen unabhängig. Es wird also seitens des AN nicht die Erfüllung eines bestimmten Erfolges, sondern vielmehr bloß die **Zurverfügungstellung der Arbeitskraft** geschuldet, über die der AG verfügen kann. Der AN verkauft seine Selbstbestimmung dadurch, dass dem AG vertraglich Verfügungsmacht über Zeit und Handlungsfreiheit des AN in Form des Weisungsrechts eingeräumt wird. Für die vereinbarte Zeit kann der AG dem AN somit im vereinbarten Rahmen im Wege von Weisungen vorschreiben, was dieser zu tun hat.

Es ist wichtig, sich vor Augen zu führen, dass jede Tätigkeit Inhalt eines Arbeitsverhältnisses sein kann. So kann die Reparatur einer Waschmaschine Inhalt eines Werkvertrages sein, den zB Sie mit einem Reparaturunternehmen abschließen; sie kann aber zugleich auch Inhalt eines AV sein, wenn dieses Unternehmen eine bei ihr angestellte Person zu Ihnen schickt, damit diese die Waschmaschine auf Basis ihres mit dem Reparaturunternehmen abgeschlossenen AV repariert. Wesentlich ist dabei, wie die Leistung im Vertrag umschrieben ist und wie sie erbracht wird.

Der AN ist nämlich anders als eine selbständig tätige Person in **persönlicher Abhängigkeit** tätig. Wichtigstes Merkmal ist die **Weisungsunterworfenheit** des AN nicht nur in sachlicher, sondern auch in persönlicher Hinsicht. Auch beim freien Dienstvertrag herrscht zwar Weisungsunterworfenheit, jedoch ist diese auf sachliche Weisungen beschränkt (Art, Umfang etc der Leistung). Beim AV – im Unterschied zu sonstigen Verträgen – herrscht jedoch **persönliche** Weisungsunterworfenheit, die die Gestaltungsfreiheit des AN bei Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschaltet. So kann der AG seinen AN anweisen, die Arbeit in ganz bestimmter Weise an einem vorgegebenen Ort zu verrichten, dabei bestimmte Arbeitsabläufe oder sogar Bekleidungs Vorschriften einzuhalten (bspw Anzug bei Bankmitarbeitern). Daher ist va die Bindung an **persönliche Weisungen** ein Merkmal des AV.

Eng damit verbunden ist die **Einordnung** des AN in die organisatorische und hierarchische **Struktur des Betriebs**. Die daraus resultierende Bindung an betriebliche Ordnungsvorschriften (Arbeitszeiten, Schichtpläne, Arbeitsort oder Produktionsabläufe ua) ist ebenfalls charakteristisch für einen AV und

beschränkt ebenfalls die persönlichen Spielräume des AN bei der Leistungserbringung. Im Rahmen von Überwachung und Durchsetzung solcher innerbetrieblicher Ordnungsvorschriften bzw der Ausführung von persönlichen Weisungen unterliegt der AN zumeist auch einer **Kontrolle** und ist dem AG **disziplinar verantwortlich**, dh, dass Fehlverhalten auch entsprechend sanktioniert werden kann.

Die **wirtschaftliche Abhängigkeit**, dh die Abhängigkeit vom Arbeitsentgelt zur Bestreitung des Lebensunterhalts, ist zwar der tragende Grund für das Entstehen des Arbeitsrechts, sie muss aber im Einzelfall nicht vorliegen. Es wäre kaum praktikabel, müsste der AG untersuchen, ob der AN noch andere Einkommensquellen hat. Deshalb wird auf das soeben beschriebene praktikablere Kriterium der persönlichen Abhängigkeit abgestellt, das idR bei wirtschaftlich abhängigen Personen vorliegt.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist für den Arbeitsvertrag nur insofern von Bedeutung, als der AN regelmäßig nicht mit eigenen Betriebsmitteln, sondern mit Produktionsmitteln des AG tätig wird und in diesem Sinne von ihm wirtschaftlich abhängig ist. Dies ist ein wesentliches (Hilfs-)Kriterium für die Prüfung, ob ein Vertrag als Arbeitsvertrag einzuordnen ist.

Wesentlich ist somit vor allem, dass der AN für die Zeit des „Zurverfügungstehens“ über seine Arbeitskraft nicht mehr frei verfügen kann, er somit **seine Selbstbestimmung** (im Rahmen des Arbeitsvertrages, zB montags von 08.00–17.30) **aufgibt**. Er ist insofern „unfrei“, dh fremdbestimmt und damit persönlich abhängig. Grundlage und Ausgangspunkt dieser persönlichen Abhängigkeit ist typischerweise auch eine **höchstpersönliche Arbeitspflicht** des AN, also dass sich ein AN nicht beliebig durch andere Personen vertreten lassen kann.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Arbeitsvertrag – und damit einhergehend der AN-Begriff – ein **Typusbegriff** ist. Das bedeutet, dass nicht alle beschriebenen Merkmale im gleichen Ausmaß erfüllt sein müssen. Vielmehr kann im Rahmen eines *beweglichen Systems* das Überwiegen eines Merkmals das Fehlen anderer Merkmale ausgleichen. Es kommt im Wesentlichen darauf an, ob die für den Arbeitsvertrag typischen Elemente die untypischen überwiegen und so in einer Gesamtbetrachtung ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit besteht.

Auch kommt es nicht auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses durch die Vertragspartner an, sondern ist die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen im Einzelfall ausschlaggebend, also das „gelebte Vertragsverhältnis“.

B. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Bei unklaren Fällen hilft es, die Charakteristika anderer Vertragstypen zu prüfen und im Ausschließungsverfahren vorzugehen. So sollte immer kontrolliert werden, ob das vorliegende Vertragsverhältnis möglicherweise ein Werkvertrag, Dienstvertrag, freier Dienstvertrag oder eine andere Beschäftigungsform darstellt. Dieses Vorgehen erleichtert auch das Erkennen eines echten AV.

Zur Erleichterung werden deshalb in der Folge die entscheidenden Unterschiede aufgeschlüsselt.

1. Freier Dienstvertrag

Vom AV zu unterscheiden ist der gesetzlich nicht geregelte, sondern der Vertragsfreiheit entspringende sog freie Dienstvertrag. Er entspricht in wesentlichen Strukturen dem Arbeitsvertrag und ist ebenso ein Dauerschuldverhältnis, auf dessen Grundlage Dienstleistungen erbracht werden (deshalb „Dienstvertrag“).

Allerdings sind die Merkmale **persönlicher Abhängigkeit nur schwach oder gar nicht ausgeprägt**, weshalb der DN insofern „frei“ ist.

Dies ist insb dann der Fall, wenn der freie DN den Ablauf der Arbeit selbst regeln und jederzeit ändern kann, keiner Anwesenheitspflicht unterliegt oder sich beliebig vertreten lassen kann. Die Vereinbarung

einer generellen Vertretungsbefugnis schließt die persönliche Abhängigkeit jedoch nur dann aus, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt. Es darf somit nicht nur „auf dem Papier bestehen“.

Auf freie Dienstverträge sind nur jene arbeitsrechtlichen Normen (analog) anzuwenden, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des AN ausgehen.

Typische freie Dienstverträge umfassen Tätigkeiten, zu welchen der DN auf Zeit ohne persönliche Abhängigkeit verpflichtet ist, bspw Konsulentenverhältnisse, die (nebenberufliche) Tätigkeit als Rettungsärztin, als Werbeleiter, Sprachlehrer, Werbemittelverteiler und Kontrollor, Fachhochschullektorin, Vereinsarzt, Rechtsberaterin etc. Auch freie Handelsvertreter sowie Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften sind idR freie DN.

Auch im Sozialversicherungsrecht ist die Unterscheidung deshalb von Bedeutung, da für freie DN andere Sozialversicherungstatbestände (siehe § 4 Abs 4 ASVG) greifen als für „echte“ DN.

2. Werkvertrag

Vom Werkvertrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag dadurch, dass der Werkunternehmer dem Werkbesteller die **Herstellung eines bestimmten Erfolges** und **nicht das bloße Bemühen** (dh die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft) schuldet. Damit handelt es sich um ein **Zielschuldverhältnis**, das mit der **Leistungserfüllung beendet** wird. Der Werkunternehmer ist selbständig tätig und hat grds für die ordnungsgemäße Werkerstellung Gewähr zu leisten. Er muss aber keine (persönlichen) Weisungen befolgen.

So schulden zB ein Tischler die Herstellung eines Kastens oder eine Installateurin die Reparatur einer Heizung im Rahmen von Werkverträgen. Im Gegensatz dazu schulden die AN in den Beispielfällen „nur“ die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitskraft als Tischler oder Installateurin im Ausmaß der vereinbarten Arbeitszeit.

Für die praktische Unterscheidung von (freien) Dienstverträgen ist bedeutsam, dass beim Werkvertrag der Leistungsgegenstand regelmäßig bereits derart genau („**individuell konkret**“) im Vertrag selbst umschrieben ist, dass weitere Konkretisierungen durch Weisungen nicht erforderlich sind (bspw Anfertigung und Lieferung einer Holzterrasse). Demgegenüber ist die Leistung in Dienstverträgen bloß gattungsmäßig umschrieben („**generell abstrakt**“ – Schreiarbeiten, Kanzleidienste oder auch Tischlerarbeiten) und wird im „gelebten Rechtsverhältnis“ durch einzelne Weisungen des AG in konkretisierender Art und Weise abgerufen.

3. Auftrag

Vom Auftrag oder Bevollmächtigungsvertrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag dadurch, dass der Auftrag regelmäßig rechtsgeschäftliche Tätigkeiten umfasst, während der Arbeitsvertrag bloß tatsächliche Verrichtungen beinhaltet, wenngleich ein Arbeitsvertrag auch die Verrichtung rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten beinhalten kann. Diesfalls sind nach der Bestimmung des § 1151 Abs 2 ABGB auch die Bestimmungen des Auftragsverhältnisses (§§ 1002 ff ABGB) anwendbar.

Typische (reine) Auftragsverhältnisse sind bspw Verträge mit einem Hausverwalter oder einer Rechtsanwältin.

4. Gesellschaftsvertrag

Vom Gesellschaftsvertrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag durch das Fehlen der prinzipiellen gesellschaftsrechtlichen Gleichordnung. Vielmehr ist der Arbeitsvertrag durch ein System der *Über-* bzw *Unterordnung* geprägt, das sich primär in Weisungsbefugnis bzw -befolgungspflicht manifestiert. Ist ein AN an einer Gesellschaft beteiligt, so kommt es darauf an, ob er dadurch die Gesellschafterbeschlüsse

wesentlich beeinflussen kann, was insb durch Mehrheitseigentum oder (vertraglich vereinbarte) Sperrminoritäten der Fall sein kann. Ansonsten würde sich der AN ja selbst die Weisungen geben (womit keine Fremdbestimmung vorläge); niemand kann sein eigener AN sein.

5. Beamtenverhältnis

Da der Arbeitsvertrag – wie bereits erwähnt – eine schuldrechtliche Vereinbarung ist, unterscheidet er sich klar vom öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis. Hier beruht die Leistungserbringung nämlich auf einem (antragsbedürftigen, einseitigen) hoheitlichen Ernennungsakt (**Beamte**). Anders ist dies bei **Vertragsbediensteten**, bei denen eine privatrechtliche Vereinbarung Grundlage der Tätigkeit ist. Deren Arbeitsverhältnis ist in den Vertragsbedienstetengesetzen des Bundes bzw der Länder gesetzlich sehr detailliert geregelt, die als Sonderrecht (*leges speciales*) dem allgemeinen Arbeitsrecht vorgehen und wenig Raum für vertragliche Vereinbarungen lassen.

6. Tätigkeiten im Rahmen von Vereinen, Ehe oder Lebensgemeinschaft

Bei sonstigen Tätigkeiten, die im Rahmen von Vereinen, Ehen oder Lebensgemeinschaften verrichtet werden, ist zu prüfen, inwieweit eine Verpflichtung zur (insb persönlich) abhängigen Leistungserbringung besteht. Erfolgt die Leistung bloß im Rahmen der „normalen“ Vereinsmitgliedschaft oder in Erfüllung der sittlichen bzw familienrechtlichen Pflichten, liegt kein AV vor.

C. Sonderformen im Arbeitsverhältnis und Arbeitskräfteüberlassung

1. Beschäftigungsformen der modernen Arbeitswelt

Auch die vielen Ausgestaltungen von Beschäftigungen in der „**modernen**“ **Arbeitswelt** sind durch die bereits dargestellten Arbeitsformen erfasst. So ist bspw bei Telearbeit (Arbeitsleistungserbringung bei frei gewähltem Ort unter Verwendung moderner Informations- und Kommunikationstechnologien), beim *job-sharing* (zwei AN teilen sich einen Arbeitsplatz, wobei sie ihre Leistungserbringung selbst so koordinieren, dass dieser zur vorgegebenen Zeit immer besetzt ist) oder auch bei der Plattformarbeit (einzelne Arbeitsaufgaben werden über eine Internetplattform einer großen Menge von potenziellen Leistungserbringern, der *crowd*, angeboten) genauso zu prüfen, inwieweit eine Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit vorliegt. Bei Fehlen eines oder mehrerer Merkmale eines Arbeitsvertrages sind sodann andere Rechtsverhältnisse – wie freier Dienstvertrag oder Werkvertrag – zu prüfen.

2. Ausbildungsverhältnisse

Ausbildungsverhältnisse wie **Lehrverträge** sind grundsätzlich Arbeitsverträge, da persönliche Abhängigkeit vorliegt. Hinsichtlich der Lehrverträge sieht das Berufsausbildungsgesetz (BAG) Sonderbestimmungen vor.

Keine AN sind hingegen **Praktikanten oder Volontäre**, wenn für diese keine Arbeitspflicht besteht und ihnen nur die Gelegenheit geboten wird, sich, wie bisweilen in Ausbildungs- oder Studienordnungen vorgesehen, gewisse praktische Fähigkeiten anzueignen.

3. Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen sind Personen, die wegen des Fehlens persönlicher Abhängigkeit (siehe Seite 3) nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, aber im Auftrag und für Rechnung anderer Personen

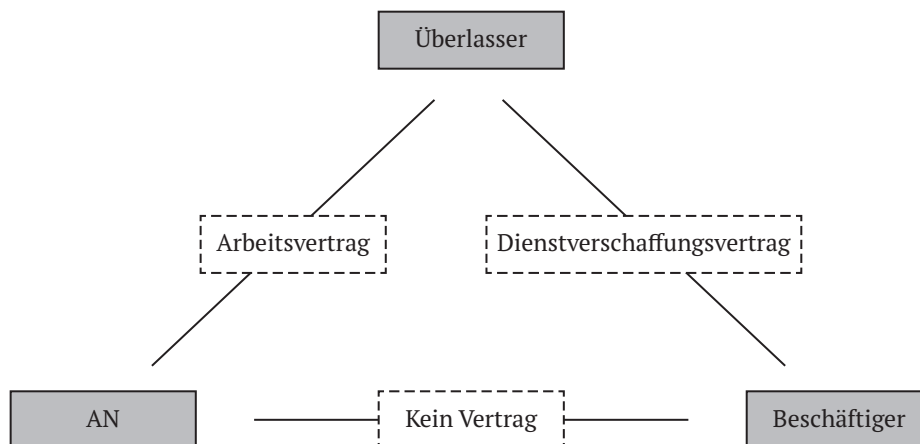
Arbeit in **wirtschaftlicher Unselbständigkeit** leisten. Entscheidend ist hierbei, dass die wirtschaftliche Unselbständigkeit auch ohne Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses einem „normalen“ AN zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht ähnelt (zB Privatlehrer, Tankstellenpächter, uU auch Junior-Partnerin in einer Rechtsanwaltskanzlei oder Kassenärzte). Indizien für diese wirtschaftliche Unselbständigkeit sind nur wenige Geschäftspartner (Auftraggeber), keine nennenswerte eigene unternehmerische Struktur, dass die (eigene) menschliche Arbeitsleistung im Vordergrund steht oder auch Wettbewerbsverbote.

In solchen Fällen wollte die Gesetzgebung bestimmte arbeitsrechtliche Bestimmungen wirken lassen, da wegen der gleichgelagerten Schutzbedürftigkeit eine Differenzierung sachlich nicht angemessen schien. Anders gesagt: Wenn der Sinn eines Gesetzes darin besteht, Personen zu schützen, die in wirtschaftlicher Unselbständigkeit tätig sind, sollte auch die wirtschaftliche Abhängigkeit (Unselbständigkeit) – und nicht das Vorliegen eines AV – über die Entfaltung des Schutzes entscheiden („Schutzinteresse sticht Vertrag“).

Insb entfalten die

- **Haftungserleichterungen des DHG,**
- **der Schutz des AÜG**
- und das **GIBG** ihre Wirkungen.
- Darüber hinaus unterliegen sie der **Gerichtsbarkeit der Arbeits- und Sozialgerichte.**

4. Arbeitskräfteüberlassung



Als Arbeitskräfteüberlassung (Leiharbeit) bezeichnet man die **Überlassung von AN zur Arbeitsleistung an Dritte** (zB wird für die Dauer der Erkrankung eines Sekretärs eine Ersatzarbeitskraft von einem Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen zur Verfügung gestellt). Dies erfolgt dergestalt, dass mit Zustimmung des AN das Weisungsrecht aus dem Arbeitsvertrag an diesen Dritten (den sog Beschäftiger) übertragen wird.

Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet und überlässt (in der Praxis auch als „Personalleasing-Unternehmen“, „Leiharbeitsfirmen“ oder ähnlich bezeichnet). **Beschäftiger** ist, wer „geliehene“ Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Wesentlich ist dabei, dass der überlassene AN lediglich einen AV zum Überlasser aufweist, nicht jedoch zum Beschäftiger. Der Beschäftiger wiederum steht nur zum Überlasser in einer Vertragsbeziehung („Dienstverschaffungsvertrag“), nicht jedoch zum AN selbst. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass der Überlasser insb das Weisungsrecht gegenüber dem AN in einem gewissen Umfang an den Beschäftiger abtritt.

II. Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff

Zum Schutz dieser überlassenen AN („Leih-AN“) wurde das **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)** geschaffen, um sowohl etwaige Nachteile in arbeitsvertraglicher, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht zu verhindern, als auch Regelungen zur Vermeidung arbeitsmarktpolitischer nachteiliger Entwicklungen zu treffen (§ 2 AÜG). Arbeitskräfte iSd AÜG sind AN und **arbeitnehmerähnliche Personen** (dazu oben Seite 6 f).

Das AÜG unterscheidet danach, ob eine nach der Gewerbeordnung konzessionspflichtige Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, wobei Erstere strengeren Regelungen unterliegt. Wesentliche Bestimmungen sind zB:

- Keine Arbeitskraft darf ohne ihre ausdrückliche Zustimmung überlassen werden.
- Durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte darf für die AN im Beschäftigterbetrieb keine Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirkt werden.
- Überlassene AN haben für die Dauer der Überlassung einen Anspruch auf zumindest das Mindestentgelt des KV, dem der Beschäftigter unterliegt. Sollte jedoch das Entgelt aus dem Überlasser-KV höher sein, gebührt weiter dieses. Es gelangt also immer das höhere Entgelt zur Auszahlung.
- Im Zusammenhang mit AN-Schutzvorschriften und Diskriminierungsverboten gilt auch der Beschäftigter als AG.
- Das DHG und das **Organhaftpflichtgesetz** gelten sowohl im Verhältnis zwischen Überlasser und überlassenem AN als auch zwischen Beschäftigter und überlassenem AN.
- Bestimmte Vertragsklauseln sind zum Schutz der überlassenen AN verboten (zB Konkurrenzklauseln).

D. Arbeiter – Angestellte

Liegt ein AV vor, wurde in Österreich die längste Zeit zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden, da in vielen Fällen unterschiedliche gesetzliche Regelungen für diese beiden Personengruppen zur Anwendung kamen. Die 2017 beschlossene Rechtsangleichung beseitigte die größten Unterschiede schrittweise:

- Die Entgeltfortzahlungsregelungen bei Krankheit und Unfall wurden mit 1. 7. 2018 im Wesentlichen entlang der ehemaligen Arbeiter-Systematik vereinheitlicht.
- Ebenfalls seit 1. 7. 2018 besteht nun im Falle einer unverschuldeten Dienstverhinderung aus anderen wichtigen persönlichen Gründen (zB Eheschließung oder notwendiger Arztbesuch) auch für Arbeiter ein zwingender Anspruch auf Entgeltfortzahlung.
- Kündigungen von Arbeitern haben seit 1. 10. 2021 nach den für Angestellten geltenden Fristen (§ 20 AngG, siehe dazu Gruber-Risak/Obrecht, Individualarbeitsrecht, Seite 55 f) zu erfolgen. Nur für Arbeiter, die in saisonal geprägten Branchen beschäftigt sind (zB Bau) sowie für überlassene AN generell kann der KV kürzere Kündigungsfristen vorsehen.

Die verbliebenen Unterschiede bestehen in folgenden Bereichen:

- Entlassungsrecht
- Kollektivvertragsanwendung: Arbeiter und Angestellte unterliegen wegen der Gewerkschaftsstruktur unterschiedlichen KV
- Betriebsverfassungsrecht: Auf Betriebsebene gibt es ab einer bestimmten Belegschaftsgröße (5 AN pro Beschäftigtengruppe) getrennte (Gruppen-)BR für Arbeiter und Angestellte
- Sozialversicherungsrecht (insb im Pensionsrecht betreffend den Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit, dh die Invaliditätspension bei Arbeitern und die Berufsunfähigkeitspension bei Angestellten)

1. Angestellte nach § 1 AngG

Angestellter ist, wer im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes (Unternehmers iSd Unternehmensgesetzbuches) bzw diesem in § 2 gleichgestellten Unternehmen

- vorwiegend kaufmännische Dienste,
- höhere, nicht kaufmännische Dienste oder
- Kanzleiarbeiten verrichtet.

Wenn dies nicht der Fall ist, ist der AN als **Arbeiter** einzustufen („Restbegriff“). Es ist dabei auch unerheblich, ob ein AN im AV als Arbeiter bezeichnet wird und/oder keine Angestelltentätigkeiten als Arbeitsaufgaben definiert wurden. Wenn er im Arbeitsverhältnis faktisch Angestelltentätigkeiten verrichtet, ist er auch Angestellter. Die Einteilung hängt also einzig und allein vom „gelebten Arbeitsverhältnis“ ab.

a) Kaufmännische Dienste

Die Handlungsgehilfen des Kaufmannes waren der Ausgangspunkt für den Angestelltenbegriff. Er orientiert sich deshalb an der Tätigkeit eines (Umsatz-)Kaufmannes. Die wichtigsten Kriterien sind folgende:

- Tätigkeiten, die normalerweise von einem Kaufmann verrichtet werden und die auch Inhalt einer kaufmännischen Ausbildung sind (Einkauf, Verkauf, Lagerhaltung, Qualitätskontrolle, Preisgestaltung etc).
- Zur Ausübung bedarf es gewisser kaufmännischer Kenntnisse und Fähigkeiten, dh idR einer Ausbildung, die mit den unterschiedlichen kaufmännischen Lehrberufen vermittelt wird.
- Kaufmännische Tätigkeiten erfordern eine fachliche Durchdringung der Arbeitsaufgabe, dh sie können nicht von einer beliebigen Ersatzkraft verrichtet werden.
- Es müssen regelmäßig kaufmännische Entscheidungen getroffen werden (zB selbständige Preisgestaltung, Wareneinkauf, Verwaltung des Bestellwesens, qualifiziertes Beratungsgespräch).

b) Höhere nichtkaufmännische Dienste

In dieser Kategorie werden nichtkaufmännische Dienste erfasst, die überdurchschnittliche geistige Fähigkeiten erfordern. Dies wird anhand folgender Kriterien geprüft:

- Anforderungen an große Selbständigkeit, Denkfähigkeit, höhere Intelligenz, Genauigkeit und Verlässlichkeit.
- Fachliche Durchdringung der Arbeitsaufgabe.
- Es ist keine bestimmte Ausbildung erforderlich, dafür aber entsprechende Vorkenntnisse, Schulungen etc (eine beliebige Ersatzkraft sollte die Tätigkeit nicht bereits nach kurzer Einschulung beherrschen können).

c) Kanzleiarbeiten

- Schreibaarbeiten, die über das bloße Abschreiben hinausgehen.
- Sekretariatsarbeiten (administrative Tätigkeiten im Betrieb).

Nicht umfasst sind: Einfachste und untergeordnete Verrichtungen sowie manuelle Arbeiten, die mit Pflichtschulbildung geleistet werden können..

d) Misch Tätigkeiten

Manche AN verrichten sowohl Arbeiter- als auch Angestelltentätigkeiten (sog Misch Tätigkeiten). IdR erfolgt die Zuordnung zur Gruppe der Arbeiter oder der Angestellten in solchen Fällen nach der zeit-