

Menschliche Arbeit kann in verschiedenen Rechtsformen erbracht werden. Diese (oft vergessene) „Binsenweisheit“ gilt es an die Spitze aller Überlegungen zu den möglichen Rahmenbedingungen gerade für sog. „EDV-Jobs“ zu stellen. Wovon sie abhängen und wie stark sie variieren können, wird im folgenden Beitrag aufgezeigt.

RECHTLICHER RAHMEN FÜR „EDV-JOBS“: REGULÄRES DIENSTVERHÄLTNIS ODER FREIE MITARBEIT?

FREIE MITARBEITSFORMEN GEWINNEN AN BEDEUTUNG

Hinsichtlich des Ob und Wie der Arbeit gilt nach wie vor der unser bürgerliches Recht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie, also die Vertragsfreiheit. Letztere gilt freilich hinsichtlich der Rahmenbedingungen und Rechtsfolgen weitgehend nicht mehr für unselbständige Arbeit im Rahmen regulärer Dienstverhältnisse, oft auch Normalarbeitsverhältnisse genannt. Vor allem deshalb rücken die möglichen Alternativformen sog. freier Mitarbeit vielfach in den Vordergrund, nicht nur in der Privatwirtschaft, sondern auch im öffentlichen Bereich.

Unselbständige Arbeit ist in besonderem Maße reguliert, mit all den Vor- und Nachteilen: Auf sie findet zwingendes Arbeitsrecht in all seinen Facetten und Auswirkungen voll Anwendung, gleichgültig ob es sich um Vollzeit- oder Teilzeitarbeit handelt. Auch Teilzeitarbeitsverhältnisse unterliegen seit 1993 allen arbeitsrechtlichen Bestimmungen, mit einem speziellen Benachteiligungsverbot, aus dem notfalls Gleichstellungsansprüche geltend gemacht werden können.¹

Noch keine arbeitsrechtliche Antwort gefunden hat der sich in den letzten Jahren verstärkende Trend, Arbeit immer mehr in arbeitsrechtlich nicht erfaßten und geregelten

Arbeitsformen zu vergeben bzw. anzunehmen. 1996 hat der Gesetzgeber versucht, freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Beschäftigungen durch *weitgehende Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht nach dem Modell der Dienstnehmer-Pflichtversicherung* auch für die Auftraggeber weniger attraktiv zu machen, in der erklärten Hoffnung, damit nicht nur Schutzlücken zu schließen, sondern auch den Trend der Flucht aus den Normalarbeitsverhältnissen zu stoppen bzw. umzukehren.

Diese Hoffnung ist bislang jedenfalls sicher nicht aufgegangen, eher das Gegenteil scheint der Fall zu sein. Infolge teilweiser Aufhebung dieser Sonderbestimmungen durch den Verfassungsgerichtshof wurde die Diskussion darüber neu entfacht. Sie beschränkt sich bislang freilich darauf, diese neuen Erwerbsformen kostenmäßig unattraktiver und unter Schutzaspekten attraktiver zu machen, *ohne die tiefer liegenden Ursachen dieses Trends in neue, noch von zwingendem Recht weitgehend unberührte Erwerbsformen zu hinterfragen*. Da aber sachlich meines Erachtens sehr viel dafür spricht, daß nicht zuletzt die zu große Regelungsdichte und Kompliziertheit des Arbeitsrechts, verbunden mit einer Unterbewertung des Leistungsaspekts und der konkreten Austauschgerechtigkeit eine wesentliche Ursache für den an-



FRANZ SCHRANK

Univ.-Prof. Dr. jur.; Jahrgang 1945, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Graz; seit 1970 in der sozialpolitischen Abteilung der Wirtschaftskammer Steiermark tätig, seit 1988 als deren Leiter; zahlreiche arbeits- und sozialrechtliche Veröffentlichungen. Ab WS 1997/98 Vortragender für Arbeitsrecht an der TU-Graz (BWL).

¹⁾ § 19 d Abs 6 AZG.

haltenden Trend in neue Arbeitsformen ist, *begeht man damit meines Erachtens einen fundamentalen Fehler. Mit dem Unterbleiben einer Ursachendiskussion verpaßt man nämlich auch die Chance, das Arbeitsrecht erfolgreich und rechtzeitig an die neuen Herausforderungen anzupassen und dadurch die Flucht in andere Arbeitsformen ebenso zu stoppen wie das Vertreiben nicht konkurrenzfähiger Arbeit aus unserem Land.*

Wenngleich sich zum traditionellen Arbeitsrecht aus Gründen ökonomischer Notwendigkeiten zarte Ansätze einer Reformdebatte in Richtung stärkerer Flexibilität und Erhöhung des Leistungsgedankens finden², bleibt die rechtliche Regelungswirklichkeit im Sinne des traditionellen Arbeitnehmerschutzgedankens einseitig auf die Stärkung der Position des Arbeitnehmers und entsprechende wirtschaftliche und administrative Belastung der Arbeitgeber ausgerichtet. Gerade auch für Technikstudenten und -absolventen wird es immer schwieriger, sofort ein volles Normalarbeitsverhältnis mit der umfassenden arbeits- und sozialrechtlichen Sicherheit zu bekommen. Oft geht es nur über den Umweg der vorherigen Bewährung durch erfolgreiche selbständige Arbeit.

Zu besonderem Optimismus, daß dies auch von der maßgeblichen österreichischen Politik rechtzeitig erkannt wird, besteht leider kein Anlaß. Symptomatisch für das „*Einbunkern*“ in *gestrige bis vorgestrige Denk- und Reaktionsschemata* ist auch die aufkommende Diskussion über moderne (dislozierte) *Telearbeit*. Auch hier ist bereits der Ruf nach neuen arbeitsrechtlichen Regelungen zu hören, obwohl das bisherige Instrumentarium problemlos sachgerechte Differenzierungen und Lösungen ermöglicht, die auch unter sozialen Aspekten angemessen und fair sind. Das österreichische Schicksal der Heim-

arbeit – mit einem laufend verschärften und für die Heimarbeiter verbesserten Heimarbeitsgesetz, aber mit kaum mehr verbliebenen Heimarbeitern – sollte ein ausreichend warnendes Beispiel für die Überschätzung der rechtlichen Möglichkeiten und die kontraproduktiven Folgen einer komplizierten Überregulierung sein. Mangels ernsthafter Diskussionsansätze hinsichtlich der Ursachen der neuen Trends läuft das Arbeitsrecht jedenfalls Gefahr, seine rechtzeitige Anpassung an die neuen Herausforderungen zu verschlafen und trotz bester politischer Absichten zu einer hochentwickelten „Restgröße“ zu verkümmern, die immer weniger Menschen erfaßt und schützt.

Im folgenden sollen daher die wesentlichen Unterschiede in den verschiedenen Formen der Erwerbsarbeit, insbesondere auch ihre Vor- und Nachteile, dargestellt werden, zumal sich gerade die Arbeit im EDV-Bereich besonders dazu eignet, je nach Situation und Vertragswillen in einer der verschiedenen Arbeitsformen erbracht zu werden.

WAS KENNZEICHNET DAS REGULÄRE DIENSTVERHÄLTNISS?

Die traditionelle, meist im Vordergrund auch der Job-Bestrebungen stehende Arbeitsform ist das reguläre Dienst- oder Arbeitsverhältnis. Sein Wesenskern besteht darin, sich einem anderen gegenüber – dem Arbeitgeber – zu bestimmten, generell umschriebenen Diensten und dazu verpflichtet zu haben, sie *persönlich und unter der Organisationsautorität des Arbeitgebers*, zu leisten.

Jedes vorwiegend fremdbestimmte Arbeitsverhältnis unterliegt – automatisch und zwingend, also durch Vereinbarung oder bloß unrichtige Vertragsetikettierung nicht beseitigbar – allen Bestimmungen, Ansprüchen und Einsatzbeschränkungen des Arbeitsrechts.

Aus der Sicht des Auftragnehmers von Arbeit sind daher arbeitsrechtliche Arbeitsverhältnisse (zumindest vordergründig) besonders vorteilhaft, weil sie für ihn die *Arbeit relativ risikolos und mittel- bis langfristig stabil* gestalten. Dazu kommt bei Überschreiten der sog. Geringfügigkeitsgrenze³ auch noch die *volle Sozialversicherungspflicht* und die mit ihr verbundene Absicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung.

Infolge eher versteckter Leistungsorientierung und hoher Nebenkosten begrenzen diese mittelbaren Vorteile aber naturgemäß die unmittelbaren Verdienstmöglichkeiten des Arbeitnehmers.

Berücksichtigt man die zusätzlichen Belastungen des Arbeitgebers, wird im heutigen wettbewerblichen Umfeld verständlich, daß und warum potentielle Auftraggeber im Rahmen des sachlich Sinnvollen und rechtlich Möglichen zunehmend auf vorwiegend selbständige und damit arbeitsrechtsfreie Auftrags- und Arbeitsformen zurückgreifen.

FREIE MITARBEIT AUF BASIS VON WERKVERTRÄGEN

Im Gegensatz zum Arbeits- oder Dienstvertrag schuldet der Auftragnehmer eines Werkvertrages nicht Dienste, sondern Ergebnisse oder Erfolge, im weitesten Sinne eben Werke. Bezahlt wird nicht das Arbeiten sondern allein das Ergebnis. Nur wenn das Werk vertragskonform erbracht ist, gebührt das vereinbarte Entgelt. Das Risiko der Werkerbringung liegt voll beim Auftragnehmer. Schon insofern ist das Arbeiten auf Werkvertragsbasis unternehmerisch und selbständig.

Die Selbständigkeit wird auch dadurch unterstrichen, daß sich jeder Werkvertragnehmer anderer Personen als Erfüllungsgehilfen bzw. Mitarbeiter bedienen kann. Rechtlich

²) Dies ist das – wenn auch nur eher halbherzig verwirklichte – Kernanliegen der jüngsten AZG-Novelle BGBl I 1997/46.

³) § 5 Abs. 2 lit b ASVG: S 3.740,- im Monat (1997).

wird das Arbeiten bzw. Erbringen von Leistungen im Rahmen von Werkverträgen häufig auch gewerbepflichtig sein, doch ist die gewerberechtliche Seite mit der vertragsrechtlichen nicht zu verwechseln. Vertragliche Rechte und Pflichten sind unabhängig vom Erfordernis einer Gewerbeberechtigung zu beurteilen und einzuhalten.

Für Werkverträge gilt im wesentlichen nur das Vereinbarte, insbesondere auch hinsichtlich der Höhe des Werkentgelts. Es gilt der *Grundsatz der Vertragsfreiheit, Arbeitsrecht greift nicht*. Werkverträge als solche sind überdies derzeit wieder unabhängig davon, ob sie voll unternehmerisch oder bloß dienstnehmerähnlich erfüllt werden, zur Gänze *sozialversicherungsfrei*.⁴

FREIE DIENSTVERTRÄGE

Zwischen dem vorwiegend fremdbestimmten Arbeitsverhältnis und der Erwerbsarbeit auf Werkvertragsbasis angesiedelt sind die sog. freien Dienstverträge, zum Beispiel von Konsulenten und freien Programmierern. Wie beim Arbeitsverhältnis geht es auch bei ihnen nicht um das Erbringen bestimmter Ergebnisse oder Erfolge, sondern um das Leisten von Diensten, also um das Tätigwerden für den Auftraggeber. *Der wesentliche Unterschied besteht in der vorwiegenden Selbstständigkeit und Weisungsfreiheit, in welcher die vereinbarten Dienste zu erbringen sind.*

Ergibt sich diese Selbstständigkeit nicht schon aus einem vereinbarten Recht, sich jederzeit durch einen selbst ausgewählten, fachlich geeigneten Dritten vertreten lassen zu können, muß sich die notwendige Freiheit und Selbstständigkeit aus dem Fehlen einer Bindung an Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit, den Arbeitsort und das arbeitsbezogene Verhalten ergeben.

Sich aus der Natur der Sache notwendigerweise ergebende Bindungen an Zeiten und Orte schaden nicht, machen also aus dem freien noch keinen fremdbestimmten Dienstvertrag.⁵

Auch freie Dienstverträge unterliegen grundsätzlich keinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Sie sind daher auch *vertraglich flexibel gestaltbar und haben nicht die arbeitsrechtlichen Nebenkosten*. Arbeitsrecht findet nur insoweit Anwendung, als der Vertrag lückenhaft ist und für das jeweilige Sachproblem eine Arbeitsrechtsvorschrift besteht, die ihren Grund nicht in der vorwiegenden persönlichen Abhängigkeit von Arbeitnehmern hat, sondern in allgemeinen Prinzipien von Dauerschuldverhältnissen.

Freie Dienstverträge, deren Entgelt im Monatsschnitt S 7.000,- übersteigt, sind allerdings seit 1.7.1996 speziell sozialversicherungspflichtig⁶, falls sie nicht auf Grundlage einer Gewerbeberechtigung mit Wirtschaftskammermitgliedschaft ausgeübt werden oder ohnedies Teil einer FSVG-pflichtigen freiberuflichen Erwerbstätigkeit sind. Die spezielle SV-Pflicht bewirkt den Abzug eines Dienstnehmeranteils von 13,5% und die Verpflichtung zu einem Dienstgeberanteil von 17,2%. Damit verbunden ist der Schutz in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung⁷, nicht aber in der Arbeitslosenversicherung.

WELCHE RECHTSFORM IST KONKRET SINNVOLL?

a) Worin liegen die Vor- und Nachteile freier Mitarbeit gegenüber regulären Dienstverhältnissen?

Freie Dienstverträge, Werkverträge und ähnliche Vertragsgestaltungen

unterliegen nicht dem zwingenden Arbeitsrecht:

- Die Vertragsgestaltung wird daher nicht durch zwingende Vorschriften eingeengt. Es herrscht *weitestgehende Vertragsfreiheit*; Es gilt das materiell Vereinbarte, mehr im Regelfall nicht.
- Es gibt *keine arbeitsrechtlichen Ansprüche und Folgekosten*. Der Auftragnehmer kommt also nicht in den Genuß der materiellen Absicherungen des Arbeitsrechts, insbesondere auch nicht des Kollektivvertrages. Freie Mitarbeit ist damit zugleich für beide Seiten *unmittelbarer, „überschaubarer“ und auch wesentlich einfacher*.
- Die gesetzlichen *Einsatzgrenzen des Arbeitsrechts greifen nicht*, insbesondere also nicht die Arbeitszeitbeschränkungen.
- Auch hinsichtlich der Vertragsdauer gilt im wesentlichen nur das Vereinbarte. Es greift *kein Kündigungsschutz*.

Die *Sozialversicherungskosten* sind, isoliert betrachtet, etwas *geringer*. Dafür ist auch die Absicherung teils geringer.

All das wird sich in der Regel in den Entgelt- bzw. Honorarvereinbarungen niederschlagen: *Freie Mitarbeit ist wegen Fehlens der rechtlichen Absicherungen und Folgekosten im Entgeltansatz meist erheblich höher bewertet.*

„Ausweichen“ in versicherungsfreie Werkverträge oder in freie Dienstverträge unter der Versicherungsgrenze sollte man aber immer *nur dann, wenn man sozialversicherungsrechtlich ausreichend abgesichert ist* (z. B. durch ein Dienstverhältnis mit guter Beitragsgrundlage) *und das Unfallrisiko nicht ins Gewicht fällt.*

b) Worin liegen die Vor- und Nachteile des freien Dienstvertrages gegenüber bloßer „Werkvertrags“-Beschäftigung?

4.) Sofern die Werkverträge nicht im Rahmen eines Gewerbebescheines ausgeführt werden und infolgedessen die Pflichtversicherung nach dem GSVG greift.

5.) Die konkreten Abgrenzungen sind freilich alles andere als einfach: Vgl dazu die näheren Ausführungen und Nachweise bei Schrank/Grabner, *Werkverträge und freie Dienstverträge – Sozialversicherung und Abzugsteuer*, Wien 1997, Kapitel 2, 19ff.

6.) Während der VerfGH die neue SV-Pflicht bloß dienstnehmerähnlicher Beschäftigung aufhob, bestätigte er die neue SV-Pflicht freier Dienstverträge.

7.) Zu den Auswirkungen und in der Krankenversicherung auch Beschränkungen des Schutzes Schrank, aaO 111ff.

- Der freie Dienstvertrag steht *dem Arbeitsrecht viel näher* als selbst dienstnehmerähnliche Werkverträge u. dgl.
- Sind im Dienst(leistungs)vertrag oder nach den tatsächlichen Verhältnissen die „*Freiheitselemente*“ nicht genügend stark ausgeprägt, greift das gesamte Arbeitsrecht mit all seinen Absicherungen und Beschränkungen selbst wenn man dies nicht beabsichtigte und ein hohes Entgelt vereinbart hat. Arbeitsrecht läßt sich durch Vereinbarung nicht ausschließen, wohl aber läßt sich ei-

ne Vertragsbeziehung so gestalten, daß es auf sie keine Anwendung findet.

- *Werkverträge* können zwar – bei ausreichendem gesamtbildhaften Zutreffen der entsprechenden Kriterien – Dienstnehmerähnlichkeit begründen, ein *arbeitsrechtlicher Dienstvertrag* liegt damit aber noch lange nicht vor, insbesondere dann *nicht*, wenn die persönliche Freiheit durch ein (ernsthaftes) *jederzeitiges Vertretungsrecht* vertraglich abgesichert ist.
- Aus *Auftraggebersicht* werden daher im Zweifel *Werkverträge*

und gleichwertige Vereinbarungen auch den freien Dienstverträgen vorgezogen, jedenfalls dann, wenn man Ergebnisse/Erfolge und nicht bloß ein Tätigwerden (Dienste) will. Aus *Auftragnehmersicht* erscheint der *Dienstvertrag* im Zweifel günstiger.

- Bei *Werkverträgen* besteht auch dann, wenn keine andere Pflichtversicherung greift, *Sozialversicherungsfreiheit*. Braucht man dagegen die Sozialversicherung, geht nur der freie Dienstvertrag, selbstverständlich nur bei Überschreiten der Versicherungsgrenze.

Klick!

Alle Provider sind gleich. Aber nicht gleich gut.

Netway AG: Hollandstraße 11-13, 1020 Wien
Tel.: 01 217 19 100, Fax: 01 217 19 199
e-mail: info@netway.at, www.netway.at

Testen Sie jetzt 10 Stunden den
Internet-Zugang
bei NETWAY für nur **50,-**

Bestell-Hotline: 01 217 19 100



netway
Internet für alle.

KURIER ONLINE @

Bestell- und Info-Hotline ... Mo-Fr 8.00 - 21.30 Uhr ... 217 19 100! landesweit zum Telefon-Ortstarif !