

sonen. § 7 AÜG ordnet (besser: stellt fest) die Geltung des DHG auf das Verhältnis zwischen überlassenen DN und Beschäftigter an; vgl dazu Rz 13.

Andererseits schränkt Abs 2 den Geltungsbereich im öffentlichen Dienst ganz wesentlich ein: Schädigungen im Rahmen der Hoheitsverwaltung unterliegen nicht dem DHG.

### 1. Heimarbeiter

- 11** Heimarbeiter ist, wer, ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der GewO 1973 zu sein, in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist (§ 2 Abs 1 HeimArbG 1960 idF BGBl I 2018/61). Heimarbeiter sind wegen persönlicher Unabhängigkeit **keine DN**; vgl Arb 5957 und 6689; ebenso *Spielbüchler*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 66f; kritisch allerdings *Schwarz*, DRdA 1954 H 12/13, 18; *Kummer*, DRdA 1955 H 17, 3.

Heimarbeiter werden idR aber **arbeitnehmerähnlich** sein; so nun auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1 DHG Rz 7; ist das HeimArbG wegen besonderer (qualifizierter) Tätigkeit nicht anzuwenden, kann dennoch Arbeitnehmerähnlichkeit gegeben sein.

**Erfasste Tätigkeiten:** Adressieren von Briefumschlägen (VwGH ZAS 1974, 106 mit Anm *Holzer*); Zusammenfassen von Adressen und Listen (VwGH Arb 8256). Trotz weiter Auslegung von „Waren“ (nicht im handelsrechtlichen Sinn zu verstehen) sollen nur **minderqualifizierte Schreibarbeiten**, nicht aber Übersetzungsarbeiten für ein Übersetzerbüro Heimarbeit sein; vgl VwGH VwSlg 8307; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>15</sup> Rz 6168. *Wachter* (in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 40) will sich von der rein warenwirtschaftlichen Betrachtung lösen, um damit auch die **Telearbeit** erfassen zu können. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, wobei aber mE der Weg über die Arbeitnehmerähnlichkeit der methodisch saubere sein wird; vgl auch ausführlich *Brodil*, ZAS 2016/37, 209ff; weiters *Köck*, ZAS 2016/43, 246 (Telearbeit unterliegt dem DHG). *Brodil* (ZAS 2016/37, 209) hat überzeugend und ausführlich dargelegt, dass das DHG grundsätzlich auch bei Telearbeit bzw bei „Homeoffice“ gelten muss. Dass der **Inhalt des Dienstvertrages** dabei maßgebliche Grundlage sein muss, habe auch ich immer – weil wohl selbstverständlich – unterstellt. Fremdbestimmung und Fremdnützigkeit stellen zu Recht nach *Brodil* maßgebliche Abgrenzungsparameter dar (ZAS 2016, 212) wie auch die Arbeitsbedingungen (§ 2 Abs 2 Z 4) eine entscheidende Rolle spielen werden.

Personen, die **außerhalb ihrer Wohnung** oder (eigenen) Arbeitsstätte ihren Dienst verrichten (zB Interviewer), können arbeitnehmerähnlich sein.

„Auftrag“ iSd § 2 Abs 1 lit a HeimArbG ist nicht im rechtstechnischen Sinne des ABGB (Verpflichtung zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit für einen anderen) zu verstehen, was sich mE eindeutig aus dem Inhalt der Verpflichtung ergibt, der nur faktische Tätigkeiten erfasst; ebenso nun *Wachter* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 1 DHG Rz 41.

Die Einbeziehung der Heimarbeiter in den Geltungsbereich des DHG zeigt, dass die räumliche Eingliederung in die Betriebsorganisation des DG jedenfalls kein konstitutives Merkmal des DHG sein kann; dennoch wird diesem maßgebliche Bedeutung bei der Auslegung zukommen, weil hier insofern nur eine „Randgruppe“ betroffen ist.

Das DHG gilt seinem Wortlaut nach noch immer auch für Personen, die **gem § 3 HeimArbG** den **Entgeltsschutz** für Heimarbeit genießen. Bei rein objektiv-teleologischer Auslegung konnte man wohl auch gem § 4 HeimArbG gleichgestellte Personen als erfasst ansehen (aA diesbezüglich *Wachter* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 38). Der Verweis läuft nun ins Leere, weil §§ 3 und 4 HeimArbG in der Zwischenzeit wegen mangelnder Bedeutung aufgehoben worden sind; vgl ErläutRV 206 BlgNR 24. GP 3.

Das DHG wird daher auf Zwischenmeister und Gleichgestellte nicht mehr generell anwendbar sein; so auch *Wachter in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 38f. Das schließt freilich nicht aus, dass im Einzelfall Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegen kann.

## 2. Arbeitnehmerähnliche Person

Der personelle Geltungsbereich des DHG wird in seiner Reichweite durch den Einschluss von arbeitnehmerähnlichen Personen offen, dadurch reichlich vage, aber dafür auch in Hinblick auf neue Entwicklungen im Arbeitsleben wie jetzt **Telearbeit, neuen „Werkverträgen“ und neuen „Selbstständigen“** ausreichend flexibel. 12

Gesichert wird sein, dass die Dienstleistung aufgrund eines **Schuldverhältnisses** einem anderen gegenüber zu erbringen ist, dem der wirtschaftliche Erfolg der Arbeit zukommen soll; „Auftrag“ ist wie im HeimArbG nicht in der Terminologie des ABGB (Verpflichtung zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit) zu verstehen, wird doch mit „Arbeitsleistung“ auch eine rein faktische Tätigkeit gemeint sein; ebenso jetzt auch *Wachter in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 55; ist rechtsgeschäftliche oder faktische Tätigkeit Inhalt der Verpflichtung, spielt die spezifische Rechtsnatur des Vertrages keine maßgebliche Rolle (also auch Werkvertrag, Franchisevertrag, Vertrag sui generis ua); zutreffend *Wachter in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 56; aA offenbar *Köck* (in *Tomandl*, Haftungsprobleme 48f), der zumindest den typischen Fall in der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit sehen will. Bei „mithelfenden“ Dritten, die zur Mithilfe vertraglich nicht verpflichtet sind, soll nach *Otto/Schwarze* (Haftung<sup>3</sup> Rz 155) die Haftungserleichterung greifen, wenn diese in ähnlicher Lage wie DN sind; vgl zu Notärzten und Sanitätern für Österreich *Aigner*, RdM 2002, 100ff (insb 109), der mit guten Gründen für die Geltung des DHG plädiert.

Da § 2 **ArbGG** (jetzt § 51 Abs 3 ASGG) ausweislich der Materialien (vgl RV 631 BlgNR 10. GP 4) Vorbild war, kann nach zutreffender hA grundsätzlich die diesbezügliche **Rsp** herangezogen werden; vgl etwa *Köck* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 46f; *Wachter in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 47; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1 DHG Rz 9. Das schließt freilich nicht aus, dass die Arbeitnehmerähnlichkeit stets auch in Hinblick auf die spezifischen Zwecke der Gesamtregelung, hier also des DHG, zu bestimmen ist; vgl zur zweckspezifischen Auslegung auch wbl 1997, 367 = RdW 1997, 30 = infas 1996, A 114 (IESG-spezifische Betrachtung); allgemein auch VwGH VwSlg 12.015 A. **Zum DHG müssen demnach maßgeblich das betriebliche Risikopotenzial und der soziale Schutz des Beschäftigten bedeutsam sein** (vgl näher § 2 Rz 50 und Einleitung). **Im Rahmen eines Typenvergleichs muss bei einer Gesamtbetrachtung die Basiswertung im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit erreicht werden.** Ist diese zwar für die grundsätzliche Bejahung der Arbeitnehmerähnlichkeit gegeben, können schwächer ausgeprägte Elemente die Haftungsmäßigung geringer ausfallen lassen. Aber auch diese Judikatur lässt keineswegs klare Konturen erkennen; im Zweifel wird eher für Arbeitnehmerähnlichkeit entschieden; zum DHG selbst liegen kaum Entscheidungen vor; vgl nur Arb 10.015 = EvBl 1981/237, 662 = Ind 1982/1, 4 = SZ 54/120 („selbstständiger“ Sprengmeister); aber auch OGH 10. 7. 2003, 6 Ob 83/03 d (Handelsvertreter).

Nach § 1 Abs 1 kann für Arbeitnehmerähnlichkeit – neben dem Handeln im Auftrag und auf Rechnung eines anderen – nur die **wirtschaftliche Unselbstständigkeit** maßgeblich sein; vgl jetzt auch OGH 10. 7. 2003, 6 Ob 83/03 d und OLG Wien 8 Ra 129/07 k (erotische Masseurin). Für *Marhold/Friedrich* (ASoK 2006, 362ff) soll allein die Einschränkung der Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß entscheidend sein. Die Rsp lässt dafür verschiedene **Kriterien** (Elemente) entscheiden: wirtschaftliche Unterordnung für Zwecke eines anderen (Arb 6056); Erfolg kommt Unternehmer zugute (zB Arb 9600; 10.310); keine eigene Betriebsstätte; regelmäßige Honorierung; persönliche Dienstleistung; Einordnung in den Organismus des anderen 12/1

(zB Arb 9317; Arb 8102 = ZAS 1966, 24 mit Anm *Harmos*); Beschränkung der Entschlussfähigkeit auf ein Minimum (zB Arb 9829); wirtschaftliche Abhängigkeit iS des Angewiesenseins auf Entgelt zur Bestreitung des Lebensunterhalts (zB Arb 10.310); Beschäftigung bei bestimmten, nicht ständig wechselnden Auftraggebern (zB Arb 9400); zusammenfassend etwa RdW 1997, 30 = wbl 1997, 367 = infas 1996, A 114 (weitere wirtschaftliche Abhängigkeit von einem oder mehreren, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmen, Bestreitung des Lebensunterhalts zu einem nicht merkantilen Teil, Fremdbestimmung der Arbeit, soziale Schutzbedürftigkeit); vgl dazu weiters *Rebhahn* in ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 123f; ausführlich auch *Windisch-Graetz* in ZellKomm<sup>3</sup> § 1 DHG Rz 10ff; *Pfeil* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 64f; *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht (1987) 49ff; *Jabornegg/Resch*, ÖJZ 1996, 841ff; *Strasser*, *ecolex* 1996, 780f; *Strasser*, DRdA 1992, 93ff; *Klein*, RdW 1996, 230 jeweils mwN. Die durch das **Strukturangepassungsgesetz** 1996 neu geschaffene **Sozialversicherungspflicht** bei freien Dienstverträgen (§ 4 Abs 4 ASVG: „zu Dienstleistung . . . verpflichtet, ohne Dienstnehmer . . . zu sein“) und dienstnehmerähnlicher Beschäftigung (§ 4 Abs 3 Z 12 ASVG: „dienstnehmerähnlich . . . beschäftigt“) kann ein **Indiz** für die Arbeitnehmerähnlichkeit nach DHG sein. Die regelmäßige Beschäftigung wird aber weiterhin für das DHG keine Voraussetzung, aber ein Kriterium der Arbeitnehmerähnlichkeit sein; zutreffend *Strasser*, *ecolex* 1996, 781; vgl aber auch die vier Kriterien der Dienstnehmerähnlichkeit in den Erläuterungen 72 BlgNR 20. GP 251.

**12/2 Fälle der Arbeitnehmerähnlichkeit:** Buchhaltungsarbeiten außerhalb des Betriebes des Auftraggebers, aber mit dessen Hilfsmitteln (Arb 5933); Handelsagenten bei starker wirtschaftlicher Abhängigkeit (SozM IV A 231); Handelsvertreter (Arb 5072; 10.025 6 Ob 83/03 d); vgl zu diesen ausführlich *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht 54ff und OGH 10. 7. 2003, 6 Ob 83/03 d; Tankstellenpächter (dazu Arb 6056; 8159 = EvBl 1964, 103/69; Arb 9466; 9887; in concreto ablehnend LG Innsbruck SozM IV A 126); Gruppenarbeitsführer (Arb 4995); Kolporteur (ARD 2341/18); Franchisenehmer (Arb 9829 = DRdA 1981, 136 mit Anm *Wachter*); Ärzte (Arb 9317); Journalisten (LGZ Wien Arb 8333); Frachtführer (Arb 9518); Filmregisseure (Arb 5039); „unentgeltliche“ Mitarbeit am Hof durch zukünftige Schwiegertochter (Arb 5819; fraglich; eher Bereicherungsanspruch); als Designerin zeitweise beschäftigte „Direktrice“ (Arb 10.310); Tankstellenpächter (JBl 1998, 60: Einzelfallbeurteilung; Entschlussfähigkeit auf Minimum eingeschränkt; der Organisation des Vertragspartners untergeordnet); Gesellschafter einer GesBR als Handelsvertreter (ZIK 1997, 68); bei einem völlig getrennten Betrieb muss wirtschaftliche Abhängigkeit besonders stark ausgeprägt sein (wieder RdW 1997, 30); zum arbeitnehmerähnlichen Franchisenehmer (Tankstellenpächter) vgl OGH 8 ObA 57/06 z (iZm *KautSchG*); dazu auch *Marhold/Friedrich*, ASoK 2006, 362ff; vgl weitere Fälle bei *Dirschmied*, DHG<sup>2</sup> 67f und *Wachter* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 59.

**12/3 Nicht arbeitnehmerähnlich:** Amateurfußballer (DRdA 1997, 409); in der Regel nicht Vorstandsmitglieder (RdW 1997, 417); Transportaufträge ausschließlich für eine Firma (RdW 1997, 30 = wbl 1997, 367 = infas 1996, A 114 – wegen faktisch weitgehender Fremdbestimmtheit mE fraglich).

**12/4 In der Lehre** wird an den Kriterien der Rsp zu Recht kritisiert, dass sie meist Elemente der persönlichen Abhängigkeit bilden, die ja die Dienstnehmereigenschaft selbst prägen; so *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1151 Rz 91; *Eypeltauer/Strasser*, Haftung der Organe 40f. Die persönliche Abhängigkeit kann aber nicht mit der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit gleichgesetzt werden, wengleich dafür Indiz sein; zutreffend *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht 51f; aA allerdings *Dirschmied*, DHG 21. Vielmehr muss entscheiden, ob **ausschließlich** (oder überwiegend) **fremdbestimmte Arbeit** vorliegt; so bzw ähnlich *Spielbüchler*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 66; *Schwarz/Holzer/Reissner*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz<sup>4</sup> 59; *Eypeltauer/Strasser*, Haftung der Organe 40f; *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht 53f; vgl nun RdW 1996, 180 („Kriterien

fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang“) und OGH 10. 7. 2003, 6 Ob 83/03 d. Auch *ecolex* 2000, 306 (mit Anm *Mazal*) hält die Fremdbestimmung für wesentlich: Eine solche sei anzunehmen, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit dem Unternehmer zukommt (so 6 Ob 83/03 d) und der Beschäftigte in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß beschränkt ist. Nach hA sollen auch **nicht die konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnisse** zur Feststellung der sozialen Schutzbedürftigkeit geprüft werden; vgl Arb 9317; wohl auch DRdA 1993, 110 mit Anm *Kuderna* (Rsp aber uneinheitlich); ausführlich *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht 52f mwN gegen *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Person 156f; *Klein*, RdW 1996, 232. ME erscheint das fraglich, weil sich zwar ein Durchgriff auf die tatsächliche soziale Lage wohl im Kernbereich von Schutzgesetzen verbieten wird, gerade in Randbereichen aber nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sein könnte, um Missbräuche hintanzuhalten. Damit wird der Unterschied zur These *Wachters* (in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 51 ff), wonach die persönliche und die wirtschaftliche Abhängigkeit die maßgeblichen Teilkomponenten sind, stark relativiert.

„**Freie Dienstnehmer**“ iS der neuen Werkvertragsregelung 1996 werden danach in der Regel arbeitnehmerähnlich sein; zutreffend schon *Steiger*, FJ 2000, 25; *Filzmoser*, RdW 1999, 215; ausführlich zur Abgrenzung *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag (2013). Das wird bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise weitgehend auf die sogenannten „**neuen Selbstständigen**“ zutreffen, bei denen die frühere Tätigkeit als DN inhaltlich (kaum) verändert wird, sodass sie auch weiterhin überwiegend fremdbestimmt erfolgt; zum zumindest stark verwandten „Institut“ der **Scheinselbstständigkeit** vgl etwa *Rebhahn*, Dienstnehmerbegriff und persönliche Abhängigkeit bei Vertretungsbefugnis wbl 1998, 277 ff; *Rebhahn* in ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 64; *Grillberger*, Über die Effektivität arbeitsrechtlicher Normen, in FS Robert Rebhahn (2019), weiters *Waldhör/Iljic/Trost*, Unselbstständig. Selbstständig. Erwerbslos (2017). Neue Selbstständige mit Personenbetreuung gab es im Jahr 2018 nach Auskunft der WKO 5.504, solche ohne Personenbetreuung 4.756. Welcher Vertragstypus formal gewählt wird (idR Werkvertrag), ist dabei nicht maßgeblich. Das seit geraumer Zeit wachsende Phänomen könnte fortschreitend zu einer Ausdünnung des Arbeitsrechts führen: Was bislang A als DN geleistet hat, erbringt er nun als „neuer Selbstständiger“. Der OGH-E 8 ObA 20/04f wbl 2005, 478 liegt folgender symptomatischer Fall zu Grunde: Ohne Änderung seiner Tätigkeit „mutiert“ der bisher angestellte Monteur zum OHG-Gesellschafter. Statt Dienstvertrag wird ein Werkvertrag oder freier Dienstvertrag abgeschlossen. Betroffene Berufsgruppen sind insbesondere Frächter, Software-Hersteller, Designer, Franchisenehmer, Tankstellenpächter.

Es besteht insofern die zunehmende Gefahr einer gewaltigen Umgehung des zwingenden Arbeitsrechts und damit auch des DHG.

Das Sozialversicherungsrecht hat bereits reagiert; dazu auch *Grillberger* in GS Rebhahn 94ff: Die Versicherungspflicht für sogenannte selbstständige Erwerbstätige, die nicht Mitglied in der Kammer für gewerbliche Wirtschaft sind, ist in § 4 Abs 1 Z 4 GSVG normiert. Demnach gelten als „neue Selbstständige“ Personen,

1. die Erwerbseinkünfte iSd § 22 und/oder § 23 EStG beziehen und
2. nicht bereits nach § 2 Abs 1 Z 1–3 GSVG oder nach ASVG, B-KUVG, BSVG, FSVG oder NVG pflichtversichert sind (*Seidl* in *Geppert*, Sozialversicherung in der Praxis, Kap 2.7.2.).

Um unter das GSVG zu fallen, muss das Einkommen eine gewisse Grenze übersteigen. Je nachdem, ob die selbstständige Erwerbstätigkeit alleine das Einkommen des potentiell Beitragspflichtigen ausmacht oder noch andere Einnahmequellen (zB aus unselbstständiger Arbeit, auch wenn dieser nur für ein paar Tage im Jahr nachgegangen wurde [*Seidl* in *Geppert*,

Sozialversicherung in der Praxis, Kap. 2.7.2.1.6.2.]) bestehen, liegen die Versicherungsgrenzen im Jahr 2019 bei € 6.453,36 bzw € 5.361,72, wobei grundsätzlich die Höhe der im Einkommensbescheid ausgewiesenen Erwerbseinkünfte ausschlaggebend sind ([https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Neue\\_Selbststaendige.html](https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Neue_Selbststaendige.html)).

**Abzugsgrenzen sind die neuen Selbstständigen von freien Dienstnehmern.** Während letztere nach § 4 Abs 4 ASVG pflichtversichert und Mitglieder der Arbeiterkammer sind, sind erstere nicht Mitglied in der gesetzlichen Arbeitnehmervertretung (auch nicht auf freiwilliger Basis möglich ([https://www.arbeiterkammer.at/beratung/steuerundeinkommen/freidienstnehmerinnen/beschaeftigungsformen/Bin\\_ich\\_neuer\\_Selbststaendiger.html](https://www.arbeiterkammer.at/beratung/steuerundeinkommen/freidienstnehmerinnen/beschaeftigungsformen/Bin_ich_neuer_Selbststaendiger.html))). Kriterien, um diese beiden Gruppen der Erwerbstätigen unterscheiden zu können, sind ua Art des Vertrages, eigene Betriebsmittel, Selbstständigkeit in der Ausübung, Regelung der Arbeitszeiten, Erfolgs- oder Sorgfaltsverbindlichkeit, unternehmerisches Risiko, Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung (im Detail siehe *Geppert* in *Geppert*, Sozialversicherung in der Praxis, Kap 2.4.4., der darauf hinweist, dass es auf eine Gesamtbetrachtung mittels Abwägung und spezifischer Beispiele für neue Gewichtung der einzelnen Merkmale ankommt; vgl auch *Mosler*, DRdA 2005, 1487; *Tomandl*, ZAS 2006/38).

**Beispiele für neue Selbstständige** ([https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Neue\\_Selbststaendige\\_einfach.html](https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Neue_Selbststaendige_einfach.html)):

- selbstständige Erwerbstätige, die nicht der WKO angehören und somit nicht nach den Bestimmungen der Gewerbetreibenden versichert werden können, wie zB Vortragende, Künstler, Sachverständige, Journalisten, Selbstständige in Gesundheitsberufen;
- freie Dienstnehmer, die sich im Wesentlichen eigener Betriebsmittel bedienen;
- Werkunternehmer ohne WKO-Mitgliedschaft;
- Selbstständige, die dem Gewerbe (unbefugterweise) ohne entsprechende Genehmigung nachgehen;
- gewisse an Gesellschaften beteiligte Personen.

Die Rechtslage wird auch durch das **Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz** (BMSVG, BGBl I 2002/100 idF BGBl I 2019/25; vgl näher etwa *Neumann/Schindler*, „Abfertigung neu“ für Selbstständige, ASoK 2008, 172 ff; *Neumann*, Die neue Selbständigenvorsorge – obligatorische und freiwillige Vorsorge im Vergleich, ZAS 2008/22), maßgeblich mitbestimmt: Seit 1. 1. 2008 sind die pflichtversicherten neuen Selbstständigen in die Selbständigenvorsorge integriert (§ 49 Abs 2 BMSVG). Einschlägig ist hierbei der 4. Teil des BMSVG (§§ 49–61). Die neuen Selbstständigen („Anwartschaftsberechtigte“) sind verpflichtet, für die Dauer der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung nach GSVG einen Betrag iHv 1,53% der Bemessungsgrundlage zu leisten (§ 52). Anspruch auf einen Kapitalertrag aus der Selbständigenvorsorge haben neue Selbstständige nach Beendigung ihrer betrieblichen Tätigkeit, sofern bereits drei Jahre (36 Beitragsmonate) seit der ersten Einzahlung iSd § 52 Abs 1 bzw seit der letztmaligen Verfügung eingezahlt wurde (§ 5 Abs 1 Z 2 BMSVG). Über die Selbständigenvorsorge verfügen (iSd § 58 BMSVG) können die anwartschaftsberechtigten neuen Selbstständigen

1. bei Inanspruchnahme der Eigenpension (§ 55 Abs 2 Z BMSVG) oder
2. bei Erlöschen der Beitragspflicht nach dem BMSVG (zB bei Aufgabe der Tätigkeit als neuer Selbstständiger) über einen Zeitraum von fünf Jahren (§ 55 Abs 2 Z 2 BMSVG).

**Diese doch recht komplexe sozialversicherungsrechtliche Lage kann allenfalls Indiz (aber nicht mehr) dafür sein, dass neue Selbstständige arbeitnehmerähnlich iSd DHG sind** (vgl *Kerschner*, DHG<sup>2</sup> § 1 Rz 12; *Filzmoser*, RdW 1999, 213). Für arbeitnehmerähnliche Personen gilt das DHG ja bekanntlich. **Insofern erweist sich das DHG somit gegenüber neuen Ent-**

wicklungen offen und als recht flexibel. Ob neue Selbstständige arbeitnehmerähnlich iSD DHG gelten, hängt natürlich allein und maßgeblich von den Wertungen des DHG und nicht von der Sozialversicherungspflicht ab. Die an mich gerichteten Vorwürfe von *Windisch-Graetz* (in *Neumayr/Reissner* [Hrsg], *ZellKomm* [2006] § 1 DHG Rz 14; *Windisch-Graetz* wohl deutlich abgeschwächt in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1 DHG Rz 14 und *B.Oberhofer* [ZAS 2008/17 FN 128, 129]) sind daher völlig unbegründet. Die maßgeblichen Elemente der Arbeitnehmerähnlichkeit sind – wie *Jabornegg* (Handelsvertreterrecht [1987] 49 ff; *Jabornegg/Resch*, *ÖJZ* 1996, 841 ff) zutreffend herausgearbeitet hat, wirtschaftliche Abhängigkeit und die damit verbundene Fremdbestimmung (*Kerschner*, *DHG*<sup>2</sup> § 1 Rz 12). **Bei echter Scheinselbstständigkeit** (Fälle, bei denen vorsätzlich oder irrtümlich ein Vertrag, der zur Arbeitsleistung verpflichtet, nicht als Arbeitsvertrag bezeichnet und behandelt wird, sondern der Erbringer der Arbeitsleistung als Selbstständiger agieren soll) **wird ohnehin ein Arbeitsvertrag vorliegen.**

ME besteht daher beim DHG bei richtiger Betrachtung der Arbeitnehmerähnlichkeit kein Regelungsbedarf. Nötig erscheint aber eine deutliche Bewusstseinsbildung in der Praxis, um von vornherein eine Ausdünnung berechtigter DN-Schutzinteressen zu vermeiden bzw zumindest einzuschränken.

**Der ausschließliche Erwerb oder Haupterwerb aus der Tätigkeit wird idR für die wirtschaftliche Unselbstständigkeit großes Gewicht haben;** so schon zutreffend *Strasser*, *DRdA* 1992, 99. Die **Beweislast** für das konkrete Nichtangewiesensein wird beim DG liegen. Wegen möglicher Veränderung (Scheidung) kann dabei nicht der Umstand maßgeblich sein, dass der Tätige von seiner Frau unterhalten werden kann; im Ergebnis zutreffend daher *ecolex* 2000, 306 mit Anm *Mazal*.

(Nur) Unter den genannten Voraussetzungen können arbeitnehmerähnlich auch Rechtsanwälte (vgl *Köck* in *Tomandl*, *Haftungsprobleme* 47), Vorstandsmitglieder einer AG, Organe von Gebietskörperschaften (vgl aber die allgemeinen Bedenken oben Rz 7 aE), Vereinsorgane und Ärzte sein.

Dass idR **Kassenärzte** im Verhältnis zum Krankenversicherungsträger arbeitnehmerähnlich sind (so *Köck* in *Tomandl*, *Haftungsprobleme* 47; differenzierter hingegen *Krejci*, *ZAS* 1989, 121), wird nicht zutreffen; zum einen mag es oft an der konkreten sozialen Schutzbedürftigkeit fehlen; meist kann auch ein Umstellen auf eine Privatordination – wenn auch bei niedrigerem Einkommen – zumutbar sein; so nun auch *Brodil*, *RdM* 1994, 52. Selbst bei Arbeitnehmerähnlichkeit des Kassenarztes gilt das nur im Verhältnis zwischen Arzt – Sozialversicherung, nicht aber im Verhältnis Arzt – Patient; zutreffend *Brodil*, *RdM* 1994, 52 gegen *Schrammel* und *Oberhofer* in FN 25; vgl auch *Grillberger*, *DRdA* 1993, 325; zu bundesbediensteten Klinikärzten, die dem Spitalsträger im Zuge einer gesetzlichen Sondervereinbarung zu Dienstleistungen im Rahmen der Krankenversicherung vom Bund zur Verfügung gestellt werden, *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1 DHG Rz 18.

**Liegt Arbeitnehmerähnlichkeit vor, ist völlige Gleichbehandlung** mit DN geboten; vgl *Arb* 10.015 = *DRdA* 1982, 128 = *SZ* 54/120 = *EvBl* 1981/237, 662.

Ob nicht doch ganz allgemein eine spezifische Interpretation der Arbeitnehmerähnlichkeit nach der Teleologie des DHG geboten sein könnte, kann hier nicht näher untersucht werden.

### 3. Überlassene Arbeitskraft

Vor dem AÜG (BGBl 1988/196) war streitig, ob das DHG im Verhältnis zwischen überlassendem DN und Beschäftigter gilt; dagegen *Arb* 9677; dafür *Binder*, *ZAS* 1973, 198 f; *Waas*, Anm zu *DRdA* 1978, 133; *Kerschner*, *JBl* 1981, 393 ff; differenzierend *Schrammel*, *DRdA* 1979, 407. Für den Anwendungsbereich des AÜG hat der Gesetzgeber die Streitfrage eindeutig entschieden.

den: Gem § 7 Abs 1 AÜG (vgl Anhang X) gilt das DHG auch zwischen Beschäftiger und überlassener „Arbeitskraft“; vgl nun DRdA 1997, 478 mit Anm *Kerschner*. Weil § 7 Abs 1 AÜG mE nur eine Klarstellung bringt, wird Gleiches auch für jene Fälle der Dienstnehmerüberlassung gelten, die in den Ausnahmekatalog des § 1 Abs 2 AÜG fallen (zB Arbeitskräfteüberlassung durch Gebietskörperschaften; „Konzernleihe“; ARGE); so wohl auch *Geppert*, AÜG 94; *Köck* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 52ff; eindeutig *Jabornegg* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 119f. Die **Fürsorgepflicht** trifft auch den Beschäftiger; so etwa die Sorge, dass die Persönlichkeitssphäre der in seinem Betrieb eingegliederten DN nicht durch unsachliche Belästigungen durch andere DN beeinträchtigt wird (OGH 8 ObA 3/04f ZAS 2004, 263ff mit Anm *Posch*).

Sowohl Überlasser als auch Beschäftiger sind – auch außerhalb des AÜG – als DG iSd DHG anzusehen; ebenso *Jabornegg* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 120; nun auch *Wachter* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 35f; *Oberhofer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 2 DHG Rz 18.

Nach überwiegender Meinung wird die „Gestellung“ von Arbeitskräften innerhalb einer Arge als Arbeitskräfteüberlassung gesehen. Das AÜG geht selbst davon aus (vgl § 1 Abs 3 Z 3 AÜG, wonach seit dem LSDB-G § 7 AÜG bei „Überlassungen innerhalb der Arge“ nicht mehr angenommen ist); aA allerdings *Wiesinger* (bbl 2012, 12), der eine Einlage annimmt. Wird nicht nur ein AN überlassen, sondern auch eine Sache (zB Maschine) vermietet, ist eine Sachbeschädigung durch den überlassenen AN dem Beschäftiger zuzurechnen; zutreffend OGH 13. 10. 2010, 3 Ob 145/10k; ebenso *Wiesinger*, bbl 2012, 13.

#### 4. Sonstige Fälle

**13/1** Entsprechend den Grundwertungen des DHG (vgl näher § 1 Rz 22) wird in manchen Fällen die Erstreckung auf den **funktionalen DG** zu erwägen sein. Dabei werden vor allem das Betriebsrisiko (Vor- und Nachteile) und die Möglichkeit der Einflussnahme maßgeblich sein; vgl schon *Kerschner*, Außenhaftung 195f; insofern zutreffend auch *Oberhofer*, DRdA 1993, 309. Ein Dritter wird dann zum funktionalen DG, **wenn er iS der DHG-Wertungen ausreichend mit der Arbeitsleistung zu tun hat**. Das kann etwa bei einem **beherrschenden Gesellschafter**, auch bei einem OHG-Gesellschafter (vgl *Jabornegg*, Haftungsprobleme 121; *Oberhofer*, in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 2 DHG Rz 18) oder Mitgliedern von Arbeitsgemeinschaften (vgl *Krejci*, Bau-ARGE 144; *Oberhofer/Trenker* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 2 DHG Rz 28; *Wiesinger*, ZRB 2014, 168) der Fall sein. ME zu weit geht es allerdings, wenn *Oberhofer/Trenker* (in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 2 DHG Rz 27) es als ausreichend ansehen, dass dem Dritten, der Sachen zur betrieblichen Nutzung zur Verfügung stellt, objektiv erkennbar ist, dass DN mit diesen Sachen hantieren werden; vgl näher dazu Rz 19; mE muss der Dritte zumindest die Stellung eines „quasi-funktionalen“ DG haben; vgl näher *Kerschner*, DRdA 1997, 481. Der „vertragliche“ DG bleibt daneben auch DG iSd DHG; zutreffend *Oberhofer* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 2 DHG Rz 19; zu bundesbediensteten Ärzten an Universitätskliniken *Grimm*, RdM 2003/20.

**13/2** Auch der **Gesetzgeber** hat den **Anwendungsbereich des DHG ausdrücklich** in folgenden Fällen **erweitert**:

- Das sogenannte „**Freiwilligengesetz**“ (FreiWG, BGBl I 2012/7 idF BGBl I 2018/100 – Geltung ab 1. 6. 2012; siehe unten Anhang XIV) verweist für freiwillige Helfer im Interesse der Allgemeinheit auf das DHG (§ 16 FreiWG).  
Nach § 2 Abs 2 FreiWG liegt ein **freiwilliges Engagement** vor, wenn eine natürliche Person freiwillige Leistungen für andere in einem organisatorischen Rahmen unentgeltlich mit dem Zweck der Förderung der Allgemeinheit oder aus vorwiegend sozialen Motiven erbringt, ohne dass dies in Erwerbsabsicht, aufgrund eines Arbeitsverhältnisses oder im Rahmen ei-

ner Berufsausbildung erfolgt. Die Bestimmungen des DHG sind sowohl im Verhältnis zwischen dem Träger des Freiwilligen Sozialjahrs und dem Teilnehmer als auch im Verhältnis zwischen dem Träger der Einsatzstelle und den dort tätigen Teilnehmern sinngemäß anzuwenden. Die Arbeits- und Sozialgerichte sind zuständig, wobei das ASGG wiederum sinngemäß anzuwenden ist.

- Für Beschuldigte, die sich freiwillig einer **Diversion** unterziehen, ordnen § 90e Abs 3–5 StPO bzw § 202 Abs 3–5 StPO **Sonderhaftungsregeln** im Verhältnis Beschuldigter und Einrichtung und Beschuldigter zum Bund an: Fügt der Beschuldigte bei der Erbringung gemeinnütziger Leistungen der **Einrichtung** (oder deren Träger) einen Schaden zu, ist das DHG sinngemäß anzuwenden. Schädigt der Beschuldigte einen Dritten, so haftet diesem neben ihm auch der Bund. Im Verhältnis Bund – Beschuldigter gilt das DHG wieder sinngemäß; vgl dazu auch OGH 1 Ob 99/08b.

### C. Einschränkung des Geltungsbereiches

Eine ausdrückliche und praktisch wichtige Einschränkung des Geltungsbereiches bringt § 1 Abs 2 für öffentlich Bedienstete mit sich: **Schädigendes Verhalten im Rahmen der Hoheitsverwaltung wird ausgenommen**. Ob die dadurch bewirkte haftungsrechtliche Differenzierung je nach Art der Tätigkeit sachlich gerechtfertigt erscheint, ist höchst str; vgl *Eccher*, Amtshaftung und Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1983, 464ff, dem allerdings de lege lata nicht zu folgen ist. Immerhin kann der Ausschluss der direkten Haftung des Organwalters nach AHG die Risikofreudigkeit erhöhen und damit Anreiz zum Handeln bieten.

Aus der Gesamtteleologie des DHG ergibt sich eine zweite, nicht ausdrücklich positivierete Einschränkung: **Betriebsräte handeln aufgrund ihres gesetzlichen Auftrags im Interesse der Belegschaft und nicht im Interesse des DG**. Daher kann **grundsätzlich** die Betriebsrats-tätigkeit die Haftungsbegünstigung nach DHG nicht rechtfertigen; vgl näher und differenzierend unten Rz 16.

#### 1. Hoheitsverwaltung

Schädigung durch Organwalter „in Vollziehung der Gesetze“ iSd Art 23 Abs 1 B-VG wird allgemein so verstanden, dass damit Schadenszufügung **im Bereich der Hoheitsverwaltung gemeint** ist; auch das AHG und das OrgHG knüpfen daran an; vgl *Ent*, ZVR 1968, 38. Diesen Haftungsnormen liegt demnach dieselbe Abgrenzung zwischen Privatwirtschafts- und Hoheitsverwaltung wie im DHG zugrunde. Jedes schädigende Organwalterhandeln, soweit es nicht Privathandlung ist (dazu *Schrager*, AHG<sup>3</sup> 173), unterliegt entweder dem DHG oder dem AHG bei Drittschädigung bzw dem OrgHG bei Eigenschäden der juristischen Person des öffentlichen Rechts; s das AHG im Anhang II, das OrgHG in Anhang I. Ist die Tätigkeit der Mitglieder der Begutachtungskommission nach dem AusschreibungsG (AusG) hoheitlich zu bewerten, dann greift nur das AHG, nicht aber das DHG; wohl verkennend *Gerhartl*, wbl 2010, 390ff.

Die **Unterscheidung zwischen Privatwirtschafts- und Hoheitsverwaltung** kann **haftungsrechtlich** für den schädigenden Organwalter überaus **bedeutsam** sein; vgl dazu ausführlich *Eccher*, JBl 1983, 464ff. Greift bei Drittschädigung das AHG ein, kann der Organwalter vom Geschädigten nicht in Anspruch genommen werden; § 1 Abs 1 Satz 2 AHG. Der Rechtsträger vermag gem § 3 Abs 1 AHG nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung regressieren. Seit 29. 12. 1984 kann bei grober Fahrlässigkeit nach den Grundsätzen des DHG die Haftung gemäßigt werden (BGBl 1984/537). Ist das DHG anwendbar, kann der Organwalter selbst vom Dritten belangt werden; ein Vergütungsanspruch gem § 3 besteht nur bei Eigenhaftung des Rechtsträgers. Bei deliktischer Haftung wird wegen der engen Voraussetzungen des § 1315 ABGB der Regress aber meist scheitern; vgl Rz 23 zu § 3. Bei Schädigung des



Rechtsträgers ist die haftungsrechtliche Lage des Organwalters seit BGBl 1984/537 (Mäßigung auch bei grober Fahrlässigkeit nach OrgHG) weitgehend gleich wie nach DHG. Unterschiede bestehen aber noch; so entfällt die Haftung nach OrgHG grundsätzlich bei weisungsgemäßigem Handeln; Weisung allein begründet aber noch keine Hoheitsverwaltung (vgl *Schrage*, AHG<sup>3</sup> 124) und stellt wohl auch keinen generellen Rechtfertigungsgrund dar. Nach § 1 Abs 1 OrgHG ist nur Geldersatz zu leisten, während das DHG die Pflicht zur Naturalrestitution nicht ausschließt.

Auch die Verjährung ist unterschiedlich geregelt: § 5 OrgHG kennt – anders als § 6 – keine kürzere als die dreijährige Verjährungsfrist.

**Die sachliche Rechtfertigung der haftungsrechtlichen Differenzierung ist fragwürdig;** besonders kritisch *Eccher*, JBl 1983, 464ff; zurückhaltend *Schrage*, AHG<sup>3</sup> 104; vgl nunmehr auch kritisch für Deutschland *Otto/Schwarze/Krause*, Haftung<sup>4</sup> § 14; dort hat man seit 1993 die Haftungsbeschränkung im öffentlichen Dienst auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch auf das privatrechtliche (einschließlich rein fiskalischer Tätigkeit) Handeln erstreckt.

Die **Abgrenzung zwischen Privatwirtschafts- und Hoheitsverwaltung** bietet nicht nur in Randbereichen große Schwierigkeiten, was zu zT wenig systematischer Rsp-Kasuistik führt; vgl zu dieser näher *Schrage*, AHG<sup>3</sup> 72ff; *Wachter* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 69f. Mehrere **Theorien** bemühen sich um durchgehende Abgrenzungskriterien; vgl vor allem *B. Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980) passim; diesem weitgehend folgend *Vrba/Zechner*, Amtshaftungsrecht 67ff. Auf diese Abgrenzungsversuche ist hier nicht im Einzelnen einzugehen; vgl dazu ausführlich *Schrage*, AHG<sup>3</sup> 103ff; Beispiele aus der Rsp auch bei *Dirschmied*, DHG 71. Nur einige **Grundsätze** sind hier zu nennen: Nach der Rsp aller Höchstgerichte ist die Abgrenzung primär und soweit als möglich nach **rechtstechnischen Mitteln**, also nach formalen und nicht inhaltlichen Kriterien zu treffen; vgl VfGH VfSlg 3262, 6084 ua; VwGH zB VwSlg 7065 A; OGH SZ 51/173; zuletzt DRdA 1993, 499 = infas 1994, A 14 = ARD 4510/11/93. Wird ein **Bescheid** erlassen oder **unmittelbar Befehls- und Zwangsgewalt** ausgeübt (verfahrensfreier Verwaltungsakt), liegt Hoheitsverwaltung vor; das gilt auch bei Abschluss eines **öffentlich-rechtlichen Vertrages**. Weiters dann, wenn eine Handlung die Ausübung hoheitlicher Gewalt bloß **vorbereitet** oder sonst hoheitlichen Zielsetzungen dient und einen **hinreichend engen Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe** aufweist („Bereichstheorie“); vgl VfSlg 1936; *ecolex* 1990, 607; SZ 60/156 ua. MR 1992, 154 = ÖBl 1993, 133 (ebenso ARD 5419/8/2003) verlangt einen unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkret gesetzten Hoheitsakt. Alle damit zusammenhängenden Vorkehrungen seien **einheitlich** hoheitlich zu beurteilen; JBl 1992, 122 (Eingriff in Immaterialgüterrecht zwecks Herausgabe einer Briefmarke; fraglich). Dieser Zusammenhang kann durch gesetzlich determinierte selbstständige und abgrenzbare Akte durchbrochen sein; so OGH 1 Ob 99/08b bei der Diversion. Bei Abschluss privatrechtlicher Verträge (aber auch in deren Vorfeld; culpa in contrahendo) liegt Privatwirtschaftsverwaltung vor. Auch die Errichtung von Gebäuden, selbst wenn diese Zwecken der Hoheitsverwaltung dienen, fällt in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung; so DRdA 1993, 499 = infas 1994, A 14 = ARD 4510/11/93 (Errichtung von Fernmeldeanlagen); zur Abgrenzung im Bereich des Schulwesens ÖBl 1993, 133 = MR 1992, 154.

In der Grauzone liegen **Realakte**; nach dem VfGH ist **im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung** anzunehmen; zB VfSlg 7078; 5395; OGH wbl 1994, 202. Die Lehre schlägt mit guten Argumenten eine **typologische Betrachtungsweise** vor; so *Melichar*, JBl 1956, 431; *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt 131; *Schrage*, AHG<sup>3</sup> 115f. In Grenzfällen mag auch die Interssenthese helfen; dazu *Rill*, ZÖR 1961, 469; *Novak*, ÖJZ 1979, 10; *Kerschner*, Bereicherung im öffentlichen Recht (1983) 71, 87ff.

Umfassend zur Abgrenzung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit mit **Systematisierung** der nicht immer konsistenten Rsp vor allem *Mader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 AHG Rz 24 ff, bei öffentlichen Universitäten vgl *Kerschner*, Haftung und Schadenersatz im Bereich öffentlicher Universitäten – Systeme und Einzelfragen, in *Funk* (Hrsg), Öffentliche Universitäten im wirtschaftlichen Wettbewerb (2010) 15 ff.

## 2. Betriebsratstätigkeit

Die Haftungsbeschränkung des DHG beruht (auch) auf dem ganz allgemeinen Rechtsgedanken, dass bei einer **Tätigkeit im fremden Interesse** derjenige das Risiko tragen soll, dem der Nutzen aus der Tätigkeit zukommt; vgl grundlegend für Österreich *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse (1985) passim. DN, die **in ihrer Funktion als Betriebsrat oder als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat** tätig sind (und nicht als Privatperson), handeln nach gesetzlichem Auftrag im Interesse der Belegschaft und nicht im Interesse des DG. Damit fehlt eine maßgebliche Voraussetzung für die Anwendung des DHG; so nun auch *Zollner*, Schadenersatz und Arbeitsvertrag 25 und *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1 DHG Rz 6. Einschlägige Rsp zum DHG fehlt, doch vertritt der OGH zum insofern analogen Problem der Risikohaftung des DG gem § 1014 ABGB, dass diese auch gegenüber Betriebsräten gelte; DRdA 1989, 400 mit insofern ablehnender Anm *Jabornegg* = ZAS 1988, 174 mit ebenfalls ablehnender Anm *Kerschner*; meiner Kritik an dieser Entscheidung haben sich inzwischen angeschlossen *Strasser* in *Rummel*<sup>3</sup> §§ 1014, 1015 Rz 10; *Grillberger*, DRdA 1993, 325 und *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1157 Rz 41; zweifelnd *Tomandl*, Arbeitsrecht 162. Ein Teil der Lehre hält das DHG auf Betriebsräte für anwendbar; so *Spielbüchler*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 209; *Marhold*, ZAS 1980, 3 ff; *Marhold*, ZAS 1991, 178 ff; *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht 84; *Reischauer*, DRdA 1987, 195; *Dirschmied*, DHG 54; *Wachter* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 98; grundsätzlich wohl bejahend, wenngleich differenzierend *Köck* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 32 ff; **dagegen** *Schrammel*, ZAS 1985, 207; *Floretta* und *Strasser* in Diskussionsbeiträgen, vgl *Firlei*, Tagungsbericht, DRdA 1978, 125 ff; *Kerschner*, ZAS 1988, 177 ff; wohl nun auch *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> 656 ff. Aus dem Freistellungsanspruch des Betriebsrats lässt sich entgegen *Köck* (in *Tomandl*, Haftungsprobleme 40) mE bezüglich der Anwendbarkeit des DHG überhaupt nichts ableiten.

Zu erwägen mag sein, dass das **DHG dann gelten könnte, wenn das fehlende** (freilich ganz gewichtige) **Element der Tätigkeit im Interesse des DG durch besonders starke andere Elemente aufgewogen wird**. Das könnte etwa der Fall sein, wenn der Betriebsrat wie jeder andere DN im Rahmen seiner Tätigkeit als DN auch als Vertreter agiert und dabei in gleicher Weise in die Organisation des Betriebes eingebunden und damit gleichen Gefahren ausgesetzt ist; im Ergebnis wohl ähnlich *Köck* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 41 f; zur Anwendbarkeit des DHG auf Mitglieder eines europäischen Betriebsrats *Kirschbaum*, DRdA 2001, 458 ff mit allerdings sehr fragwürdigen Begründungen.

**Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat** unterliegen bei dieser Tätigkeit keinesfalls dem DHG; so auch *Köck* in *Tomandl*, Haftungsprobleme 45 f; aA allerdings *Reischauer*, DRdA 1978, 195; *Dirschmied*, DHG 80 f mwN.

## III. Sachlicher Geltungsbereich

Das DHG erfasst **nur einen Teil** der im Rahmen eines Dienstverhältnisses möglichen Schadensfälle. Das schädigende Verhalten muss außerdem „bei Erbringung der Dienstleistungen“ erfolgen. Das und die Festlegung, welche Schäden betroffen sind, findet sich erst in den §§ 2–4 näher geregelt. Im Anschluss an den personellen Geltungsbereich gilt es aber, vorweg einen Überblick über die Struktur des DHG zu gewinnen, um auf dieser Grundlage bei der Kommentierung der folgenden Bestimmungen Einzelfragen nachgehen zu können.