

Kundmachung der Bundesregierung vom 17. April 1979, mit der das Bundesgesetz über den Mutterschutz (Mutterschutzgesetz) wiederverlautbart wird, BGBl 1979/221 idF BGBl I 2019/112

## Abschnitt 1 Geltungsbereich

**§ 1.** (1) Dieses Bundesgesetz gilt für:

1. Dienstnehmerinnen,
2. Heimarbeiterinnen.

(2) Dieses Bundesgesetz ist nicht anzuwenden auf

1. Dienstnehmerinnen, für deren Dienstverhältnis das Landarbeitsgesetz 1984, BGBl. Nr. 287, gilt,
2. Dienstnehmerinnen, die in einem Dienstverhältnis zu einem Land, einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband stehen, sofern sie nicht in Betrieben tätig sind.

(3) Abweichend von Abs. 2 Z 2 ist dieses Bundesgesetz auf Dienstnehmerinnen anzuwenden, deren Dienstrecht gemäß Art. 14 Abs. 2 oder Art. 14a Abs. 3 lit. b B-VG gesetzlich vom Bund zu regeln ist.

(4) Die in diesem Bundesgesetz für Dienstnehmerinnen getroffenen Regelungen gelten auch für weibliche Lehrlinge, die für Dienstgeber getroffenen Regelungen auch für Auftraggeber im Sinne des Heimarbeitsgesetzes 1960, BGBl. Nr. 105/1961.

(5) Auf freie Dienstnehmerinnen im Sinne des § 4 Abs. 4 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 sind § 3 sowie § 5 Abs. 1 und 3 anzuwenden.

[idF BGBl I 2015/149]

### Übersicht

I. Geltungsbereich.....	1–3
II. Ausnahmen gemäß § 1 Abs 2 MSchG.....	4–7
III. Dienstnehmerbegriff und Dienstverhältnis.....	8
IV. Werkvertrag und Freier Dienstvertrag.....	9–12
V. Heimarbeiterinnen.....	13, 14
VI. Lehrlinge.....	15
VII. Ausbildungsverhältnisse.....	16, 17
VIII. Praktikum/Ferialarbeit/Volontariat .....	18, 19

### I. Geltungsbereich

Das MSchG enthält mangels sinnvoller Trennbarkeit Arbeitnehmerschutz-, aber auch arbeitsvertragsrechtliche Bestimmungen. Im Verhältnis zu anderen

Arbeitnehmerschutzbestimmungen, die denselben Teilaspekt regeln, zB die Arbeitszeitgrenzen im AZG, KJBG oder KA-AZG, sind die Bestimmungen des MSchG als **Spezialnorm** anzusehen.

Das Gesetz basiert auf den **Verfassungsgrundlagen** Arbeitsrecht (Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG) und Dienstrecht (Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG), da das MSchG auch für Bundesbedienstete gilt.

- 2 Mit der B-VG-Novelle BGBl I 1998/8 wurde festgelegt, dass das **Dienstrecht** sowie der Arbeitnehmerschutz für die Bediensteten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände den Ländern obliegt, jedoch hat der Bund die Kompetenz zu Gesetzgebung und Vollziehung im Bereich Arbeitnehmerschutz, wenn Bedienstete in Betrieben beschäftigt sind. Das MSchG gilt daher für Bedienstete der Gebietskörperschaften, sofern sie in Betrieben und nicht in Dienststellen beschäftigt sind.

### Art 21 B-VG

(1) Den Ländern obliegt die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Dienstrechtes einschließlich des Dienstvertragsrechtes und des Personalvertretungsrechtes der Bediensteten der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände, soweit für alle diese Angelegenheiten in Abs. 2, in Art. 14 Abs. 2, Abs. 3 lit. d und Abs. 5 lit. c und in Art. 14a Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. b nicht anderes bestimmt ist. Über Streitigkeiten aus vertraglichen Dienstverhältnissen entscheiden die ordentlichen Gerichte.

(2) Den Ländern obliegt die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Arbeitnehmerschutzes der Bediensteten (Abs. 1) und der Personalvertretung der Bediensteten der Länder, soweit die Bediensteten nicht in Betrieben tätig sind. Soweit nach dem ersten Satz nicht die Zuständigkeit der Länder gegeben ist, fallen die genannten Angelegenheiten in die Zuständigkeit des Bundes.

- 3 Das MSchG gilt auch für **Lehrerinnen**.

Für manche Bedienstete der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände gilt jedenfalls das MSchG, da ihr Dienstverhältnis gesetzlich vom Bund zu regeln ist. Es handelt sich dabei um Lehrerinnen an öffentlichen Pflichtschulen (Kompetenzgrundlage Art 14 Abs 2 B-VG) sowie an öffentlichen land- und forstwirtschaftlichen Berufs- und Fachschulen und um Erzieherinnen an öffentlichen Schülerheimen (Art 14a Abs 3 B-VG).

Eine Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen durch die **Arbeitsinspektion** für diese Arbeitnehmerinnen ist allerdings nicht möglich, da öffentliche Unterrichts- und Erziehungsanstalten vom Geltungsbereich der Arbeitsinspektion ausgenommen sind (Ausnahme in § 1 Abs 2 Z 4 ArbIG).

Für Bundesschulen gilt das B-BSG.

**Art 14 Abs 2 B-VG**

(2) Bundessache ist die Gesetzgebung, Landessache die Vollziehung in den Angelegenheiten des Dienstrechtes und des Personalvertretungsrechtes der Lehrer für öffentliche Pflichtschulen, soweit im Abs. 4 lit. a nicht anderes bestimmt ist. In diesen Bundesgesetzen kann die Landesgesetzgebung ermächtigt werden, zu genau zu bezeichnenden einzelnen Bestimmungen Ausführungsbestimmungen zu erlassen; hierbei finden die Bestimmungen des Art. 15 Abs. 6 sinngemäß Anwendung. Durchführungsverordnungen zu diesen Bundesgesetzen sind, soweit darin nicht anderes bestimmt ist, vom Bund zu erlassen.

**Art 14a Abs 3 lit b B-VG**

b) des Dienstrechtes und des Personalvertretungsrechtes der Lehrer für öffentliche land- und forstwirtschaftliche Berufs- und Fachschulen und der Erzieher für öffentliche Schülerheime, die ausschließlich oder vorwiegend für Schüler dieser Schulen bestimmt sind, ausgenommen jedoch die Angelegenheiten der Behördenzuständigkeit zur Ausübung der Diensthoheit über diese Lehrer und Erzieher.

**II. Ausnahmen gemäß § 1 Abs 2 MSchG****Z 1 – Dienstnehmerinnen, für deren Dienstverhältnis das LAG gilt** 4

Das Bundesgesetz betreffend die Grundsätze für die Regelung des Arbeitsrechts in der **Land- und Forstwirtschaft** (Landarbeitsgesetz 1984 – LAG), BGBl 1984/287, ist ein Grundsatzgesetz des Bundes gemäß Art 12 B-VG. Zu diesem gibt es neun Landarbeitsordnungen der Bundesländer. Diese Vorschriften enthalten sowohl Arbeitnehmerschutzbestimmungen wie auch das Arbeitsvertragsrecht der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter und Angestellten. Im Bereich Arbeitnehmerschutz sind im LAG bzw in den Landarbeitsordnungen sowohl technische und arbeitshygienische Vorschriften wie auch Verwendungsschutzvorschriften – auch betreffend Mutterschutz – enthalten.

**§ 1 Abs 2 bis 4 LAG****Geltungsbereich**

(2) Land- und Forstarbeiter im Sinne dieses Bundesgesetzes sind jene Personen, die vertragsmäßig Dienstleistungen in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft gegen Entgelt verrichten, gleichgültig, ob sie in die Hausgemeinschaft des Dienstgebers aufgenommen sind oder nicht.

(3) Als Landarbeiter sind ferner Personen anzusehen, die Dienste für die Hauswirtschaft des Dienstgebers oder für Mitglieder des Hausstandes verrichten, wenn sie auch Dienste für den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb des Dienstgebers leisten und nicht unter das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz fallen.

(4) Land- und forstwirtschaftliche Angestellte sind Personen, die in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft vorwiegend zur Leistung höherer oder kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind.

## § 5 Abs 1 LAG

(1) Betriebe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Produktion und ihre Nebenbetriebe, soweit diese in der Hauptsache die Verarbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstand haben und sich nicht als selbständige, von der Land- und Forstwirtschaft getrennt verwaltete Wirtschaftskörper darstellen, ferner die Hilfsbetriebe, die der Herstellung und Instandhaltung der Betriebsmittel für den land- und forstwirtschaftlichen Hauptbetrieb dienen. In diesem Rahmen zählen zur land- und forstwirtschaftlichen Produktion die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte einschließlich des Wein- und Obstbaues, des Gartenbaues und der Baumschulen, das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse sowie die Jagd und Fischerei. Der land- und forstwirtschaftlichen Produktion gleichzuhalten ist die der Erhaltung der Kulturlandschaft dienende Landschaftspflege, sofern dafür Förderung aus öffentlichen Mitteln bezogen wird, deren zugrunde liegendes Förderungsziel die Erhaltung der Kulturlandschaft direkt oder indirekt mit einschließt.

Auch die Arbeitnehmerinnen der **land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften** fallen größtenteils unter das LAG bzw unter die Landarbeitsordnungen der Bundesländer.

Die Mutterschutzbestimmungen in den §§ 77, 96a, 97, 98, 98a, 100, 100a sowie 101 LAG unterscheiden sich auf Grund der faktischen Gegebenheiten in der Land- und Forstwirtschaft von jenen des Mutterschutzgesetzes (zB betreffend Beschäftigungsverbote, Nacharbeit).

Die Kontrolle der Einhaltung der Schutzvorschriften für Landarbeitnehmer/innen obliegt den Land- und Forstwirtschaftsinspektionen der Bundesländer.

## 5 Z 2 Dienstnehmerinnen der Gebietskörperschaften (ausgenommen zum Bund), die nicht in Betrieben beschäftigt sind

Gemäß Art 21 Abs 2 B-VG steht den Ländern die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Arbeitnehmerschutzes der Bediensteten der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände zu, sofern diese nicht in **Betrieben** tätig sind. Bei der Interpretation dieser Bestimmung ist vom Betriebsbegriff zum Zeitpunkt der B-VG-Novelle 1974, mit der dieser Artikel eingefügt wurde, auszugehen; es handelt sich um den Betriebsbegriff des damals geltenden Betriebsrätegesetzes bzw des nunmehrigen § 34 ArbVG.

## 6 Die Abgrenzung zwischen **Betrieb** und **Dienststelle** ist oft schwierig, jedoch für die Arbeitsinspektion grundsätzlich relevant, da nur für Betriebe der Gebietskörperschaften eine Zuständigkeit der Arbeitsinspektion und die Anwendung von ASchG und der dazu erlassenen Verordnungen bestehen. (Ausnahme für Beschäftigte in Dienststellen der Gebietskörperschaften in § 1 Abs 3 ArbIG und in § 1 Abs 2 Z 1 und 2 ASchG).

Hat das Land, die Gemeinde oder der Gemeindeverband eine Einrichtung ausgegliedert und wird diese von einer eigenständigen (juristischen) Person geführt (zB eine Freizeitanlage), so handelt es sich nicht um eine Dienststelle. Typische Betriebe sind zB **Krankenanstalten**, die von eigenen Landesgesellschaften geführt werden.

Ist eine Einrichtung eines Landes, einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes (iSd Artikel 116a B-VG) jedoch nicht ausgegliedert, sondern wird von der **Gebietskörperschaft** direkt geführt, hängt es vom Ausmaß der Eigenständigkeit der Einrichtung ab, ob es sich um einen „Betrieb“ handelt. Ausschlaggebend sind dabei die vom Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis Zl B 629/83 aufgezeigten Kriterien.

### **Kriterien für einen Betrieb laut VfGH B 629/83:**

7

- das Vorliegen eines gesonderten Personalstandes
- die eigenständige Verfügungsbefugnis auch hinsichtlich größerer Ausgaben (keine Genehmigungspflicht)
- die Möglichkeit einer eigenständigen Aufnahme von Personal
- die Möglichkeit einer selbständigen Warenbeschaffung

Handelt es sich um Bedienstete von Gebietskörperschaften, die in Betrieben eines Landes, einer Gemeinde oder einer Gebietskörperschaft beschäftigt sind, so gilt das MSchG mit den Sonderbestimmungen des Abschnitts 8.

Handelt es sich um Bedienstete der Länder, die in Dienststellen eines Landes, einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes beschäftigt sind, so sind für diese Bediensteten Arbeitnehmerschutzbestimmungen von den Bundesländern zu erlassen. Es gibt daher neun **Bedienstetenschutzgesetze** mit den entsprechenden Verordnungen und neun Mutterschutzgesetze der Bundesländer. Auch diese Landesvorschriften müssen den EU-Richtlinien entsprechen. Für Bedienstete in Dienststellen des Bundes gelten das Bundes-Bedienstetenschutzgesetz (B-BSG) und die dazu erlassenen Verordnungen.

### **III. Dienstnehmerbegriff und Dienstverhältnis**

Voraussetzung für die Anwendung des Mutterschutzgesetzes 1979 ist – abgesehen vom Geltungsbereich – das Vorliegen eines **Dienstverhältnisses**. Das Gesetz gilt für „Dienstnehmerinnen“.

8

Für die Sozialversicherung ist Dienstnehmer, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird (§ 4 Abs 2 ASVG).

Die Judikatur hat in einer Vielzahl von Entscheidungen folgende Kriterien für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses erarbeitet:

- persönliche Arbeitspflicht
- Weisungsgebundenheit an Anordnungen der Arbeitgeber

- Arbeitsmittel stellt der/die Arbeitgeber
- zeitliche Verpflichtung
- wirtschaftlicher Erfolg kommt Arbeitgeber zu Gute
- Einordnung in Organisation des Betriebes (Arbeitszeit, Arbeitsort etc)

Nicht alle Merkmale müssen vorliegen, die einzelnen Merkmale können auch unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Einzelfälle können daher oft nur durch eine Klage beim **Arbeitsgericht** entschieden werden. Keine entscheidenden Merkmale sind Entgeltlichkeit und die Bezeichnung des Vertrags.

Für die Beurteilung, ob nun ein Dienstverhältnis vorliegt oder nicht, ist nicht nur der Text des Arbeitsvertrags, sondern auch die tatsächliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses in der Praxis heranzuziehen; dies ist im Bereich Mutterschutz für die Beurteilung der Zumutbarkeit eines Ersatzarbeitsplatzes (siehe § 2b) besonders relevant.

### **Beispiel: Hausbetreuungsgesetz**

§ 1151 ABGB, § 1 HBeG, §§ 159 f GewO – Die Betreuung von Personen in deren Privathaushalt (hier: als 24-Stunden-Betreuung) kann im Rahmen eines Dienstverhältnisses oder einer selbstständigen Erwerbstätigkeit erfolgen; dabei verbleibt es grundsätzlich bei der allgemein vom OGH judizierten Abgrenzung der Vertragstypen.

## **IV. Werkvertrag und Freier Dienstvertrag**

- 9 Für Beschäftigte mit Werkvertrag oder freiem Dienstverhältnis gilt das Mutterschutzgesetz **nicht**.

### **§ 1151 Abs 1 ABGB**

#### **Werkvertrag**

Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.

Werkvertragsnehmer schulden nicht ihre Arbeitsleistung in einem **Dauerschuldverhältnis**, sondern einen bestimmten Erfolg (ein Werk), es handelt sich um ein **Zielschuldverhältnis** („freie Berufe“, zB nicht angestellte Ärzte, Architekten, Gewerbetreibende). Sie sind nicht persönlich und wirtschaftlich abhängig vom Auftraggeber des Werkvertrags und nicht in seine Organisation eingebunden (betreffend Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsmittel).

Auch hier kann im Zweifelsfall eine Prüfung erforderlich sein, ob es sich tatsächlich um einen Werkvertrag handelt oder ob nicht doch ein Dienstverhältnis vorliegt und somit die Schutzbestimmungen des MSchG Anwendung finden.

**Selbständige Unternehmerinnen** erhalten im Mutterschutzfall Leistungen von der Sozialversicherungsanstalt der Wirtschaft (SVA). Seit 1.7.2013 kann

für den Zeitraum des Mutterschutzes die selbständige Tätigkeit unterbrochen bzw das Gewerbe ruhend gemeldet werden, ohne den Wochengeldanspruch zu verlieren. Eine Unternehmerin hat Anspruch auf Wochengeld in Höhe von 56,03 € täglich oder auf Betriebshilfe, wenn sie zu ihrer Entlastung im Anspruchszeitraum eine entsprechend geeignete Arbeitskraft an mindestens vier Tagen pro Woche oder im Ausmaß von 20 Wochenstunden einsetzt. Es besteht weiterhin Anspruch auf Leistungen in der Krankenversicherung. [https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Wochengeld\\_fuer\\_Unternehmerinnen.html](https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Wochengeld_fuer_Unternehmerinnen.html) [15.8.2020].

### Freier Dienstvertrag (§ 4 Abs 4 ASVG):

10

Freie Dienstnehmer sind nur wirtschaftlich, nicht aber persönlich abhängig. Ein **freies Dienstverhältnis** liegt vor, wenn sich jemand auf gewisse Zeit verpflichtet, einem anderen seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, ohne persönlich abhängig zu sein.

Kriterien sind:

- persönliche Erbringung von Dienstleistungen
- im Wesentlichen persönliches Tätigwerden
- Arbeit ohne wesentliche eigene Betriebsmittel
- vertragliche Verpflichtung zur Tätigkeitsverrichtung
- Selbstbestimmung des Arbeitsablaufs

Wesentlich ist weiters, dass der freie Dienstnehmer tätig wird für

- einen Dienstgeber im Rahmen dessen Geschäftsbetriebes, dessen Gewerbeberechtigung, dessen berufsrechtlicher Befugnis oder dessen statutenmäßigen Wirkungsbereiches, mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe, oder
- eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit).

Auf einen freien Dienstvertrag sind grundsätzlich nur jene Normen analog anwendbar, die nicht vom **persönlichen Abhängigkeitsverhältnis** des Arbeitnehmers ausgehen, jedoch den sozial Schwächeren schützen sollen (vgl zB OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 54/97z, ARD 4873/2/97).

Für freie Dienstnehmer gelten zB das UrlG, das AngG und das AVRAG nicht, sie sind allerdings in vielen Bereichen Arbeitnehmern gleichgestellt (Sozialversicherung, Arbeitslosenversicherung). Im Bereich des Arbeitnehmerschutzes gelten die Bestimmungen des technischen und arbeitshygienischen Arbeitnehmerschutzes (also das ASchG und die dazu erlassenen Verordnungen), nicht aber die Bestimmungen des **Verwendungsschutzes** (zB AZG, ARG).

Da freien Dienstnehmerinnen Wochengeld zusteht, wurde durch die Novelle BGBl I /2015/149 ein Anspruch auf Freistellung gemäß § 3 sowie § 5 Abs 1

11

und 3 geschaffen. Weiters wurde eine Möglichkeit der Anfechtung einer Motivkündigung festgelegt (§ 10 Abs 8). Freie Dienstnehmerinnen, die über der **Geringfügigkeitsgrenze** verdienen, haben Anspruch auf Wochengeld während der gesetzlichen Schutzfrist vor und nach der Entbindung in Höhe des durchschnittlichen Nettoeinkommens der letzten drei Monate. Auch bei Freistellung gem § 3 Abs 3 MSchG besteht dieser Anspruch. Freie Dienstnehmerinnen, die unter der Geringfügigkeitsgrenze verdienen und sich selbst bei der Sozialversicherung versichern, erhalten ein pauschaliertes tägliches Wochengeld von 9,30 € (2019).

## 12 Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen sind „Personen, die ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind“ (§ 51 Abs 3 Z 2 ASGG, § 1 Abs. 3 Z 2 GIBG). Für diese Personen gelten ASG, GIBG, DHG, AuslBG und AÜG, nicht jedoch die Arbeitnehmerschutzvorschriften und somit auch nicht das Mutterschutzgesetz.

## V. Heimarbeiterinnen

- 13 Die ausdrückliche Erwähnung von Heimarbeiterinnen im Geltungsbereich des MSchG ist erforderlich, da es sich beim **Heimarbeitsvertrag** um ein Dienstverhältnis sui generis handelt und Heimarbeiter nicht unter den Begriff Dienstnehmer fallen (OGH, Arb 5957 und Arb 6689).

**OGH 15.10.1997, 10 Obs 217/97b; 10 Obs 332/99t; 8 ObA 92/01i**

Sowohl in der Judikatur als auch in der Lehre wird die Auffassung vertreten, daß das Beschäftigungsverhältnis in der Heimarbeit (Heimarbeitsverhältnis) kein Arbeitsverhältnis (Dienstverhältnis) aufgrund eines Arbeitsvertrages darstellt, wie es in der Regel beim Betriebsarbeitnehmer vorliegt. Diese Auffassung geht von der Überlegung aus, daß ein wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses, nämlich die Eingliederung in die Betriebsorganisation und damit die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, im Heimarbeitsverhältnis nicht gegeben ist.

§ 2 Z 1 und 2 HAG enthält **Legaldefinitionen für Heimarbeiter und Auftraggeber**.

**Heimarbeiter** ist, wer, ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung 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.

**Auftraggeber** ist, wer Waren durch Heimarbeiter herstellen, bearbeiten, verpacken oder verpacken lässt, und zwar auch dann, wenn keine Gewinn-

erzielung beabsichtigt ist oder die Waren für den Verbrauch bzw. Gebrauch durch die eigenen Dienstnehmer bestimmt sind.

Typische in Heimarbeit vergebene Arbeiten sind Nährarbeiten, Fertigen von Holz-, Plastik- und Metallkleinteilen, Adressenschreiben.

Häufig kommt es zu Umgehungen des HAG durch den Abschluss von **Werkverträgen**, wobei das Vertragsverhältnis letztlich nur im Rahmen eines Arbeitsgerichtsverfahrens oder – bei Anzeige durch das Arbeitsinspektorat – durch ein Verwaltungsstrafverfahren zu klären ist. **14**

#### **OGH 8.7.1999, 8 ObA 26/99b**

##### **Dienstvertrag trotz Vertretungsmöglichkeit und Verrichtung von Schreibarbeiten in Heimarbeit**

Die Verrichtung von Schreibarbeiten zu Hause sowie ein – eingeschränktes – Vertretungsrecht vermögen das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft nicht zu verhindern, wenn ansonsten die Merkmale persönlicher Abhängigkeit – wie zB Anwesenheitspflicht, Weisungsgebundenheit, Verwendung von Arbeitsmitteln des Arbeitgebers – überwiegen.

#### **VwGH 22.12.1999, 97/08/0044**

In dieser Entscheidung setzt sich der VwGH mit dem Begriff des Heimarbeiters und der Abgrenzung zum Gewerbetreibenden, mit dem ein Werkvertrag abgeschlossen wird, auseinander.

Auf Grund der besonderen Vorschriften des HAG, zB betreffend die Arbeitszeit, sieht das Mutterschutzgesetz in Abschnitt 10 Sondervorschriften für schwangere/stillende Heimarbeiterinnen vor.

### **VI. Lehrlinge**

Lehrlinge haben eindeutig ein **Arbeitsverhältnis** (OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t), ihre Erwähnung in § 2 Abs 4 MSchG wäre daher nicht erforderlich. Weibliche Lehrlinge fallen unter das MSchG. **15**

Für jugendliche Lehrlinge gilt das KJBG (einige Bestimmungen davon auch für Lehrlinge, die das 18. Lebensjahr vollendet haben – § 1 Abs 1a KJBG) sowie die Beschäftigungsverbote und -beschränkungen der KJBG-VO. Das MSchG ist als Spezialnorm anzuwenden.

### **VII. Ausbildungsverhältnisse**

In bestimmten **Ausbildungsvorschriften** finden sich Sonderbestimmungen betreffend Mutterschutz. **16**

#### **§ 24 RPG, BGBl 1987/644 betreffend Rechtspraktikantinnen**

Die §§ 3 bis 9 des Mutterschutzgesetzes 1979, BGBl. Nr. 221, gelten für weibliche Rechtspraktikanten sinngemäß.

§ 36d Abs 2 VBG, BGBl 1948/86 betreffend Verwaltungspraktikantinnen

(2) Die §§ 3 bis 9 des Mutterschutzgesetzes 1979 gelten für Verwaltungspraktikantinnen sinngemäß.

- 17 Krankenpflegeschülerinnen** sind keine Dienstnehmerinnen, es besteht jedoch Anspruch auf Wochengeld und auf Unterbrechung der Ausbildung für die Zeit der Schutzfrist und Karenz.

GuKG und § 13 Abs 2 Z 1 und 2 der Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales über die Ausbildung im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege (Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung – GuK-AV), BGBl II 2010/296

**Unterbrechung der Ausbildung**

- (1) Die Ausbildung ist vorbehaltlich Abs. 2 ohne Unterbrechung durchzuführen.
- (2) Eine Unterbrechung der Ausbildung ist aus folgenden Gründen zulässig:
  1. für Zeiträume, für die das Mutterschutzgesetz 1979 Beschäftigungsverbote vorsieht, und zwar auch dann, wenn die Schülerin nicht in einem Dienstverhältnis steht,
  2. für Zeiträume, für die gesetzlich eine Karenz vorgesehen ist, und zwar auch dann, wenn die Schüler nicht in einem Dienstverhältnis stehen,

**VIII. Praktikum/Ferialarbeit/Volontariat**

- 18 Ein Praktikum** kann sowohl als Dienstverhältnis wie auch als befristetes Dienstverhältnis gestaltet sein, wobei es auch hier nicht auf die Bezeichnung, sondern auf die tatsächlichen Gegebenheiten ankommt. Steht der Ausbildungszweck, also das Interesse der Praktikantin im Vordergrund, so besteht kein Dienstverhältnis und das Mutterschutzgesetz ist nicht anwendbar. Demgegenüber ist zB im KV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe festgehalten, dass das zu Ausbildungszwecken zu absolvierende Praktikum ein Ferialpraktikum mit Anspruch auf die Lehrlingsentschädigung ist (Punkt 8 f Lohnordnung).

- 19 Ferialarbeiten** oder **Aushilfstätigkeiten**, die von Schülern oder Studenten aus finanziellen Motiven übernommen werden, sind (meist befristete) Dienstverhältnisse.

Bei einem echten **Volontariat** entsteht ebenfalls kein Dienstverhältnis, und das Mutterschutzgesetz ist nicht anwendbar.

*Radner* (Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, DRdA 2001, 128) schlägt einen Analogieschluss wie im ArbeitnehmerInnenschutzgesetz vor, um die §§ 3 bis 9 MSchG auch auf nicht als Arbeitsverhältnisse zu wertende Dienstverhältnisse – also auf Volontärinnen und Praktikantinnen – analog anzuwenden, da diese Schutzbestimmungen auf die Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen für Mutter und Kind abzielen, die aus der tatsächlichen Beschäftigung im Betrieb herrühren.