

## Werkvertrag - Dienstvertrag – Scheinselbstständigkeit\*

Die Abgrenzungen zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag sind fließend. Daraus ergeben sich sowohl für Auftraggeber und Auftragnehmer bzw. Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhebliche rechtliche Probleme und Risiken.

Die Scheinselbstständigkeit wird dann unterstellt, wenn ein als Selbstständiger auftretender Unternehmer, **eine Arbeit verrichtet, die der eines angestellten Arbeitnehmers gleichkommt**. Dabei wird stets die Art der verrichteten Tätigkeit bzw. wie das Arbeitsverhältnis tatsächlich gelebt wird und nicht die Bezeichnung des Vertrages als Kriterium zur Unterscheidung zwischen Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit herangezogen.

Die Behörden unterstellen mit dem Vorwurf einer Scheinselbstständigkeit, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis umgangen werden soll, um steuerliche Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge zu sparen. Auch ein Umgehen beispielsweise des Kündigungsschutzes auf Seiten der Auftraggeber wird hier automatisch unterstellt.

### Wie vermeiden Sie diese Problematik?

In dem die zu der Selbstständigkeit gehörenden Eigenschaften gelebt werden.

- Vermeiden Sie generell Analogien zum Angestelltenverhältnis, wie z. B. Anwesenheitspflicht an einem bestimmten Arbeitsplatz, zu bestimmten Arbeitszeiten.
- Vermeiden Sie die Vereinbarung von fixen pauschalen Monatsentgelten oder gar Urlaubsregelungen.
- Definieren Sie ein zu erstellendes Werk, einen Projektanfang, einen Projektverlauf, ein Projektende, einen Leistungsumfang.
- Die Bezahlung sollte leistungsbezogenen sein, bei Projektfortschritt, Teillieferung. Wenn die Abrechnung nicht pauschal, sondern auf Manntag- oder Stundenbasis erfolgt, ist eine Zeitaufzeichnung mit Leistungsbeschreibung sinnvoll. Der Auftragnehmer soll mit eigenen Betriebsmitteln arbeiten.
- Wenn Ihr Auftragnehmer auch andere Kunden hat, vereinbaren Sie kein Konkurrenzverbot, keine ausschließliche Tätigkeit für Ihr Unternehmen, ein Unternehmer hat i.d.R. mehrere Kunden.
- Vereinbaren Sie keine Sozialleistungen, Unternehmen leben nur von Leistungsentgelten.

### Dies sind die wichtigsten Merkmale eines Selbstständigen/Werkvertrages:

- Auftragnehmer schuldet die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt,
- Keine Bindung an Arbeitszeit- und Ort (eine sachlich notwendige Zuweisung eines Orts der Leistungserbringung ist jedoch möglich),
- Auftragnehmer kann vertreten werden,
- Verwendung von Betriebsmittel des Arbeitnehmers,
- Sämtliche Kosten sind mit Werkhonorar abgegolten (kein zusätzliches Urlaubsentgelt oä),
- Bezahlung erfolgt leistungsbezogen (zB bei Projektfortschritt).

### Die wichtigsten Merkmale eines echten Dienstnehmers sind:

- Dienstnehmer schuldet Arbeitszeit (auf bestimmte oder unbestimmte Zeit),
- ein auf Zeit abgestelltes Dienstverhältnis,
- Vorschrift von Arbeitszeit- und Ort durch den Arbeitgeber,
- Ordnungsvorschriften und Kontrollbefugnis durch den Arbeitgeber,
- Persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegen Entgelt (Bindung an einen Auftraggeber),
- Arbeitnehmer erbringt Leistung persönlich und kann nicht vertreten werden,
- Arbeitgeber stellt Betriebsmittel bereit.

Liegen aufgrund der Feststellungen die Merkmale eines echten Dienstverhältnisses (siehe obigen Merkmale) vor, wird der Werkvertrag in ein echtes Dienstverhältnis umqualifiziert. **In diesem Falle schützt auch das Vorliegen eines einschlägigen Gewerbescheines nicht vor der Einstufung als echter Dienstnehmer.**

## Folgen der Scheinselbständigkeit für den Auftraggeber

Für den Auftraggeber hat die Umqualifizierung eines Auftragnehmers in einen Dienstnehmer weitreichende Folgen. Die „Umqualifizierung“ beschert dem nunmehrigen Arbeitgeber Kosten im sozialversicherungs-, arbeits- und abgabenrechtlichen Bereich:

### Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen

Der nunmehrige Arbeitgeber muss die gesamten Sozialversicherungsabgaben rückwirkend für bis zu 5 Jahre nachzahlen. Als Berechnungsgrundlage werden die bisherigen „Nettogehälter“ verwendet. Der Arbeitgeber muss sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmeranteile übernehmen. Rückwirkend werden nun Beiträge in der Höhe von 41,33% des Bruttoverdiensts (bei Summierung von Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträgen) fällig, statt den 27,68%, die die SVA den Selbstständigen im Regelfall verrechnet. Lediglich die Arbeitnehmeranteile für die vergangenen drei Monate kann er mit dem Gehalt seines „neuen“ Angestellten gegen rechnen.

### Arbeitsrechtliche Auswirkungen

Für den ehemals Selbstständigen ist durch die Umqualifizierung des Vertragsverhältnisses nunmehr auch Arbeitsrecht anwendbar – er kann beim Arbeits- und Sozialgericht seine arbeitsrechtlichen Ansprüche einklagen. Damit drohen dem Arbeitgeber die Nachzahlung von Sonderzahlungen, Urlaubs- und Feiertagsentgelt und weiterer Ansprüche, die auf dem Kollektivvertrag beruhen. Das betrifft etwa das kollektivvertragliche Mindestentgelt.

Wird auch umsatzsteuerlich die Unternehmereigenschaft des „freien Mitarbeiters“ verneint, war er nicht zum Ausweis der Umsatzsteuer berechtigt. Folglich war und ist der Vorsteuerabzug für den Auftraggeber unzulässig und die abgezogene Vorsteuer muss für alle noch nicht veranlagten Jahre zurückgezahlt werden.

Wird auch einkommenssteuerlich die Unternehmereigenschaft des „freien Mitarbeiters“ verneint und bestehen aus diesen Jahren Einkommenssteuerschulden, so haftet der Auftraggeber ebenso bis zur Höhe der Lohnsteuern, die er an das Finanzamt abführen hätte müssen, wenn der Scheinselbständigen als Arbeitnehmer abgerechnet worden wäre.

Mit Hilfe dieser Tabelle können Sie viele Merkmale Ihres Vertrages überprüfen:

Indiz	„echter Dienstvertrag“	Freier Dienstvertrag	Werkvertrag
Arbeitszeit und Arbeitsort	Vorgabe durch Auftraggeber	Gestaltbar durch Auftragnehmer	Keine Vorgaben
Auftraggeber (Anzahl)	wenige	i.d.R. wenige	Unbegrenzt
Auslagenersatz (Kostentragung)	Auftraggeber	Auftraggeber oder Auftragnehmer	Eher Auftragnehmer
Betriebsmittel-Bereitstellung	Auftraggeber	Auftraggeber oder Auftragnehmer	Eher Auftragnehmer
Entlohnung, Entgelt	Zeitlohn, Nichtleistungslohn	Zeitlohn	Erfolgslohn
Haftung für die Tätigkeit	minimal	teilweise	Ja
Kapitaleinsatz durch Auftragnehmer	nein	gering	Ja
Konkurrenzklausele	Eher ja	Eher nein	Nein
Kontrolle durch Auftraggeber	ja	ja	Nein
Kündigungsbestimmungen	ja	ja	Nein
Leistungserbringung	persönlich	Im Wesentlichen persönlich	Auch durch Hilfskräfte
Rechtsnatur der Vereinbarung	Dauerschuldverhältnis	Dauerschuldverhältnis	Zielschuldverhältnis
Regelmäßigkeit der Tätigkeit	üblich	möglich	Nein
Sozialleistungen für Auftragnehmer	üblich	möglich	Nein
Tätigkeitsdauer	Bestimmte oder	Bestimmte oder	Nicht relevant

	unbestimmte Zeit	unbestimmte Zeit	
Tätigkeitsinhalt	Persönliches Schulden der Arbeitskraft	Gattungsmäßig umschriebene Dienstleistung	Abgeschlossenes Werk
Unternehmerrisiko des Auftragnehmers	nein	gering	Ja
Unternehmerische Struktur Auftragnehmer	nein	minimal	Ja
Vertretungsmöglichkeit	nein	Nur unwesentlich möglich	Üblich
Weisungsbindung	persönlich	Nur teilweise persönlich	Sachlich

\* Inhalt von freemarkets.at, filmsupport.at und FAMA.