

Merkblatt Selbstständiger Koch

Der Fachverband Gastronomie erhält in letzter Zeit immer wieder Anfragen zu alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten von Köchen im Gastgewerbe. Grundsätzlich raten wir hier zur Vorsicht. Um mögliche unangenehme Überraschungen zu vermeiden, haben wir im Folgenden die Merkmale zur Unterscheidung von selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit kurz zusammengefasst.

Die Unterscheidung zwischen abhängigem Arbeitnehmer und selbstständiger Tätigkeit (freier Dienstnehmer, Werkvertrag) ist für die Anwendbarkeit von arbeitsrechtlichen Gesetzen (z.B. Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit), Kollektivverträgen, Betriebsvereinbarungen und im Sozialversicherungsrecht maßgeblich.

Selbstständig oder Unselbstständig?

Ob eine selbstständige Tätigkeit oder ein klassisches Arbeitsverhältnis vorliegt, ist nach unterschiedlichen Kriterien zu beurteilen. Das wichtigste Kriterium dabei ist eine **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers. Die persönliche Abhängigkeit zeigt sich darin, dass der Arbeitnehmer hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten nicht selbst bestimmen kann und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. In der Regel besteht eine persönliche Arbeitspflicht.

Diese Punkte müssen nicht alle vorliegen. Für das Vorliegen einer unselbstständigen Tätigkeit reicht es, wenn die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen. **Wichtig: maßgeblich ist, wie das Vertragsverhältnis in der Realität gelebt wird und nicht wie es im Vertrag bezeichnet wurde!**

In Bezug auf Mietköche wird prinzipiell darauf abzustellen sein, wie sehr der Koch in die jeweilige Organisation eingebunden ist. Bei einem Koch, welcher mehrere Tage pro Woche in einem Gasthaus arbeitet, dort bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten hat und Betriebsmittel des Betriebsinhabers nutzt, wird in aller Regel ein Dienstverhältnis und *keine* selbstständige Tätigkeit vorliegen, da die persönliche Abhängigkeit gegenüber möglichen Elementen der Selbstständigkeit überwiegt.

Eine selbstständige Tätigkeit wäre allerdings denkbar, wenn an jedem Abend der Woche in einem unterschiedlichen Lokal gekocht wird, der Koch eigene Zutaten verwendet und für die Zeit des Engagements selbst das „Kommando“ in der Küche übernimmt, etc.

Nachzahlungsverpflichtungen

Nach unserer Ansicht wird in den gängigen Konstellationen in diesem Zusammenhang meist eine klassische Arbeitnehmertätigkeit und keine selbstständige Beschäftigung vorliegen. Der Charakter der Tätigkeit wird von den Gebietskrankenkassen und Finanzbehörden im Rahmen der GPLA (Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben) nach dem wahren Gehalt der Tätigkeit beurteilt. Sollte es im Rahmen einer derartigen Überprüfung durch die Abgabenbehörden zu einer Nichtanerkennung etwaiger vereinbarter Werkverträge oder freier Dienstverträge kommen, droht dem Unternehmer eine Umwandlung dieser Vereinbarung in echte Dienstverträge. Die Rechtsfolgen einer solchen Umwandlung sind

schwerwiegend und treffen in der Regel den Auftraggeber. Im Zuge der arbeitsrechtlichen Rückabwicklung besteht aus Sicht des Auftraggebers die Gefahr, dass sich der vermeintlich selbstständige Dienstnehmer auf eine Arbeitnehmereigenschaft beruft und nachträglich bezahlten Urlaub, Feiertagsentgelte und Sonderzahlungen nachfordert. Ebenso können dem Auftraggeber von der Sozialversicherung weitreichende Nachzahlungsverpflichtungen auferlegt werden (Rückwirkend auf bis zu 5 Jahre).

Fazit

Bei alternativen Beschäftigungsmodellen ist also immer darauf zu achten, dass möglichst keine gesetzlichen Vorgaben umgangen werden, da in einem solchen Fall umfangreiche Nachzahlungsverpflichtungen entstehen können.

Stand August 2015

Rückfragehinweis:
Fachverband Gastronomie
Tel: 05 90 900 - 4940
gastronomie@wko.at