



# ARBEIT & SOZIALES

**ARBEITSVERTRAG,  
FREIER DIENSTVERTRAG,  
WERKVERTRAG -**

**DIE RICHTIGE BESCHÄFTIGUNGSFORM**

Jänner 2018

## Einleitung

Benötigt ein Unternehmen im Rahmen seines Betriebes Unterstützung, bestehen zwei Möglichkeiten zu disponieren. Es kann Mitarbeiter einstellen oder aber auch mit anderen Unternehmern zusammenarbeiten.

Die Beschäftigung von Mitarbeitern zieht ganz andere arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Konsequenzen nach sich als die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmern.

Arbeitnehmer unterliegen den Regeln des Arbeitsrechts, sind entsprechend dem anzuwendenden Kollektivvertrag zu entlohnen und vom Arbeitgeber vor Arbeitsantritt bei der Gebietskrankenkasse anzumelden. Es gilt für sie das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG).

Hingegen finden auf die Rechtsbeziehung zwischen zwei Unternehmern die Regeln des Zivil- und Handelsrechts Anwendung. Unternehmer können ihre Honorare frei vereinbaren und sind selbst bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft sozialversichert. Es gilt für sie das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (GSVG).

Je nachdem, welche Form der Unterstützung ein Unternehmer anstrebt, stehen ihm unterschiedliche Vertragsvarianten zur Verfügung. In Betracht kommen hierbei Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag oder Werkvertrag.

Die Abgrenzung zwischen der Zusammenarbeit mit einem Arbeitnehmer und der Zusammenarbeit mit einem Unternehmer ist nicht immer leicht zu treffen. Darüber hinaus kann sie nur im Einzelfall erfolgen.

Die Gebietskrankenkassen bzw. die Finanzbehörden kontrollieren bei der Gemeinsamen Prüfung der lohnabhängigen Abgaben (GPLA) sehr streng die Einhaltung der Versicherungs-, Melde- und Beitragsbestimmungen der Sozialversicherung. Wird im Rahmen dieser Prüfung festgestellt, dass die Zuordnung einer Vertragsbeziehung zu einer bestimmten Vertragsform nicht korrekt ist, kann die Wahl der falschen Vertragsform schnell nachteilige und oft auch sehr kostspielige Folgen für den Unternehmer haben.

In dieser Broschüre sind die relevanten Inhalte der wesentlichen Vertragsformen, die Unternehmer im Rahmen ihres Betriebes verwenden können, eingehend zusammengefasst. Sie soll Ihnen eine praxisnahe Hilfestellung für die richtige Zuordnung von Sachverhalten, wie sie in der Wirtschaft tagtäglich vorkommen, zu den jeweiligen Vertragsformen bieten.

### Tipp!

Im Anhang dieser Broschüre finden Sie eine Liste mit jenen Kriterien, die für das Vorliegen einer Tätigkeit als Arbeitnehmer sprechen. Umso mehr diese Kriterien vorliegen, umso eher ist die überprüfte Tätigkeit als Arbeitnehmertätigkeit zu qualifizieren und die betreffende Person als Arbeitnehmer bei der Gebietskrankenkasse anzumelden. Weiters befindet sich im Anhang eine Übersichtstabelle zu den arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Unterschieden zwischen dem Dienstvertrag, dem freien Dienstvertrag und dem Werkvertrag.

Die in dieser Broschüre angeführten Beträge zur Sozialversicherung beziehen sich auf das Jahr 2018.

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Arbeitsvertrag</b> .....	<b>3</b>
1.1. Allgemeines .....	3
1.2. Persönliche Abhängigkeit - als wesentliches Kriterium .....	3
1.2.1. Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich .....	4
1.2.2. Weisungsgebundenheit.....	4
1.2.3. Persönliche Arbeitspflicht .....	5
1.2.4. Kontrollunterworfenheit.....	5
1.2.5. Disziplinäre Verantwortung .....	5
1.3. Arbeitsrechtliche Ansprüche.....	6
1.4. Sozialversicherung.....	6
<b>2. Freier Dienstvertrag</b> .....	<b>7</b>
2.1. Gewerberechtliche Aspekte .....	7
2.2. Begriff.....	7
2.3. Persönliche Unabhängigkeit.....	7
2.4. Generelles Vertretungsrecht.....	8
2.5. Ablehnungsrecht .....	8
2.6. Arbeitsrechtliche Ansprüche .....	8
2.7. Sozialversicherung.....	9
<b>3. Der Werkvertrag und Unternehmereigenschaft</b> .....	<b>10</b>
3.1. Allgemein .....	10
3.2. Der Werkvertrag - Erfolgsverbindlichkeit .....	10
3.3. Selbständigkeit/Unternehmereigenschaft .....	10
3.4. Arbeitsrechtliche Ansprüche .....	11
3.5. Sozialversicherung.....	11
3.5.1. Selbständige mit Gewerbeschein.....	11
3.5.2. Neue Selbständige .....	12
<b>4. Abgrenzungen anhand von Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofs</b> .....	<b>14</b>
4.1. Lehrende und Vortragende.....	14
4.2. Warenpräsentator .....	14
4.3. Künstler .....	15
4.4. Schilehrer .....	15
4.5. Call Center Mitarbeiter .....	16
4.6. Unternehmer mit manuellen Tätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten .....	16
4.6.1. Pizzazusteller .....	16
4.6.2. Reinigungskräfte .....	16
4.7. Dienstvertrag trotz Gewerbeschein.....	17
4.7.1. Verspachtler .....	17
4.7.2. Kraftfahrer.....	17
<b>5. Fehlbehandlung und ihre Konsequenzen</b> .....	<b>19</b>
5.1. Allgemeines .....	19
5.2. Arbeitsrechtliche Rückabwicklung .....	19
5.3. Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung .....	20
<b>6. Checkliste zur Abgrenzung zwischen der Zusammenarbeit mit einem Arbeitnehmer und einem Unternehmer</b> .....	<b>21</b>
<b>7. Übersichtstabelle zu den arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Unterschieden zwischen dem Dienstvertrag, dem freien Dienstvertrag und dem Werkvertrag</b> .....	<b>24</b>

# 1. Der Arbeitsvertrag

## 1.1. Allgemeines

Der Arbeitsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis und als solches auf eine unbestimmte oder bestimmte Zeit ausgerichtet.

Er ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber gekennzeichnet. Damit wird die Arbeit unter der funktionellen Autorität des Arbeitgebers umschrieben, die sich in verschiedenen Einschränkungen der persönlichen Freiheit des Arbeitnehmers äußert.

## 1.2. Persönliche Abhängigkeit - das wesentliche Kriterium

In der Lehre und Judikatur wird die persönliche Abhängigkeit als wesentliches Kriterium des Arbeitsverhältnisses gesehen.

Die persönliche Abhängigkeit besteht in einem weitgehenden Ausschluss der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist.

Die Rechtsprechung hat folgende Merkmale erarbeitet, die auf die Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit deuten lassen:

- die Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich,
- die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers,
- die Verpflichtung zur persönlichen Dienstleistung,
- die Kontrolle der Durchführung der Arbeit,
- die disziplinierte Verantwortung des Arbeitnehmers.

Die persönliche Abhängigkeit stellt einen allgemeinen, aus vielen Einzelmerkmalen zusammengesetzten Tatbestand dar.

Daher ist es nicht erforderlich, dass alle obigen Kriterien der persönlichen Abhängigkeit gemeinsam vorliegen müssen. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik eines beweglichen Systems die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.

### **Vorsicht!**

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit besteht, ist damit nicht primär das maßgeblich, was die Vertragsparteien vereinbart und wie sie es benannt haben. Entscheidend sind vielmehr die wahren Verhältnisse, d.h. wie das Vertragsverhältnis in der Realität gelebt wird.

### **Beispiel:**

Ein selbstständiger Unternehmer mit Gewerbeschein muss nach fixen Zeitvorgaben an einem vom Auftraggeber bestimmten Ort angeordnete Arbeiten verrichten. Damit ist eine klassische Einschränkung der persönlichen Unabhängigkeit gegeben. Es liegt bei richtiger Beurteilung ein Arbeitsvertrag vor.

### 1.2.1. Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich

Für die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebs- bzw. Unternehmensorganisation des Arbeitgebers sind nicht nur die örtlichen Umstände, wie das Arbeiten in den Büroräumlichkeiten oder im Betriebsgelände, entscheidend.

Entscheidend sind vielmehr die mannigfaltigen Rahmenbedingungen, unter denen die Arbeitsleistung erbracht wird. Zu diesen gehören:

- das betriebliche Weisungsgefüge,
- die organisatorischen Vorschriften,
- die konkret bestimmten Arbeitstage,
- der konkret festgelegte Beginn und das konkret festgelegte Ende der täglichen Arbeitszeit,
- die konkret festgelegte Dauer und Lage der Arbeitspausen,
- die Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes,
- die Einhaltung bestimmter Arbeitsverfahren,
- die firmeninternen Bestimmungen über das Verhalten am Arbeitsplatz,
- die Unterordnung unter die bestehende betriebliche Hierarchie,
- der Nutzung von Betriebsmitteln

### 1.2.2. Weisungsgebundenheit

Die persönliche Abhängigkeit hat ihre Ursache darin, dass die Arbeitsleistung für einen anderen, nämlich den Arbeitgeber, erbracht wird, dem der Erfolg der Arbeitsleistung zugutekommt. Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber die Art und Weise, wie der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, durch entsprechende Weisungen gestalten kann.

Nicht jede Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers kann aber als Kriterium der Fremdbestimmtheit gewertet werden.

Die Rechtsprechung differenziert zwischen persönlichen und sachlichen Weisungen:

Persönliche Weisungen sind Weisungen, die auf die persönliche Gestaltung der Dienstleistung abzielen und damit die eigene Gestaltungsfreiheit des Arbeitnehmers weitgehend ausschalten. Persönliche Weisungen sind als Indiz für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit zu werten.

#### **Beispiel:**

Der Firmeninhaber gibt seiner Sekretärin die Weisung, zwischen 11 Uhr und 12 Uhr, wenn er in einer Besprechung ist, bestimmte Geschäftsunterlagen auf seinem Schreibtisch durchzusehen und zu bearbeiten.

Sachliche Weisungen sind Weisungen, die den Arbeits- oder Dienstleistungserfolg an sich betreffen und daher mit persönlicher Abhängigkeit nichts zu tun haben. Sie kommen daher auch bei Werkverträgen und freien Dienstverträgen vor.

#### **Beispiel:**

Die Kundin gibt ihrer Friseurin die Weisung, ihre Haare blonder als beim letzten Besuch zu färben.

### 1.2.3. Persönliche Arbeitspflicht

Für den Arbeitnehmer besteht eine persönliche Arbeitspflicht. Das Wesen des Arbeitsvertrages ist von der zweiseitigen persönlichen Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung derart geprägt, dass eine Vertretung durch einen Dritten nicht in Betracht kommt.

Wird einem Dienstleister eine generelle Vertretungsmöglichkeit eingeräumt und nutzt dieser die Vertretungsmöglichkeit auch regelmäßig, ist das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ausgeschlossen. Andererseits lässt sich aus der persönlichen Leistungspflicht allein noch nicht auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages schließen.

**Beispiel:**

Ein berühmter Schauspieler ist für eine Lesung seines neuesten Buches engagiert. Eine Vertretung ist vertraglich ausgeschlossen. Dennoch liegt kein Arbeitsvertrag mit dem Schauspieler vor.

### 1.2.4. Kontrolle durch den Arbeitgeber

Der Dienstnehmer unterliegt bei Ausübung seiner Dienste der Kontrolle durch den Arbeitgeber. Allerdings ist jeder Vertragspartner Kontrollen bezüglich seiner Leistungspflichten durch den anderen Vertragspartner unterworfen. So muss sich der selbständige Unternehmer etwa eine Kontrolle hinsichtlich des Ergebnisses seiner Arbeit gefallen lassen.

**Beispiel:**

Der Kunde ist berechtigt, zu kontrollieren, ob der Fliesenleger die vereinbarten Fliesen verlegt hat.

Kontrollen können somit nicht schlechthin als typisches Merkmal des Arbeitsvertrages angesehen werden. Sie indizieren vor allem dann das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, wenn sie die Einhaltung der persönlichen Weisungen betreffen.

**Beispiel:**

Der Verkaufsleiter kontrolliert, ob seine Außendienstmitarbeiter ihre Besuchsberichte, wie angeordnet, bis 12 Uhr geschrieben haben.

### 1.2.5. Disziplinaire Verantwortung

Arbeitnehmer müssen im Falle eine Pflichtverletzung damit rechnen, persönlich zur Verantwortung gezogen zu werden.

Disziplinarmaßnahmen sind alle Maßnahmen des Arbeitgebers zur Wahrung oder Wiederherstellung der betrieblichen Ordnung, z.B. eine Verwarnung, eine Rüge oder ein Verweis, der Entzug freiwillig gewährter Leistungen oder das Unterlassen von Beförderungen. Schlussendlich ist auch die Trennung vom Arbeitnehmer eine Konsequenz aus einer Pflichtverletzung.

### 1.3. Arbeitsrechtliche Ansprüche

Arbeitnehmer unterliegen den arbeitsrechtlichen Gesetzen, den Kollektivverträgen und etwaigen Betriebsvereinbarungen.

Sie haben Ansprüche auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt (einschließlich Überstundenzuschläge und Sonderzahlungen), auf Urlaub und auf Urlaubsentgelt, sowie auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit und auf Feiertagsentgelt.

### 1.4. Sozialversicherung

Arbeitnehmer unterliegen den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG). Weiters gelten jedenfalls auch Personen als Dienstnehmer, die der Lohnsteuerpflicht im Sinne des Einkommenssteuergesetzes unterliegen.

Sie sind in der Krankenversicherung, in der Pensionsversicherung, in der Unfallversicherung und in der Arbeitslosenversicherung pflichtversichert.

Der Arbeitgeber muss seine Arbeitnehmer vor Arbeitsantritt bei der Gebietskrankenkasse anmelden und von den Löhnen und Gehältern Sozialversicherungsbeiträge berechnen und abführen. Die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge ergibt sich aus den Beitragssätzen zur Krankenversicherung, zur Pensionsversicherung, zur Unfallversicherung und zur Arbeitslosenversicherung. Diese Beitragssätze sind unterschiedlich hohe Prozentsätze des jeweiligen Bezuges. Die Beiträge gliedern sich in einen Arbeitgeber- und in einen Arbeitnehmerbeitrag.

#### **Achtung!**

Diese Sozialversicherungsmeldungen (An-, Um- bzw. Abmeldung) können seit 1.1.2016 nur noch mittels elektronischem Datenaustausch mit der Gebietskrankenkasse (ELDA) gemacht werden. Wird diese Anmeldung dennoch in Papierform gemacht, ist sie unwirksam und der Arbeitgeber muss mit Sanktionen rechnen.

#### **Tipp!**

Sämtliche Beitragssätze für die Lohnverrechnung von Arbeitnehmern finden Sie unter <https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/gehalt-lohn-beitragsaetze.html>

#### **Vorsicht!**

Bei einem Meldeverstoß drohen Geldstrafen von € 730,- bis zu € 2.180,-, im Wiederholungsfall in Höhe von bis zu € 5.000,- für jede nicht angemeldete Person. Hat der Arbeitgeber erstmalig seit einem Jahr gegen die Meldepflicht verstoßen und hatte dieser Verstoß lediglich unbedeutenden Folgen, ist eine Strafreduktion auf € 365,- möglich.

Zusätzlich können von der Gebietskrankenkasse Beitragszuschläge vorgeschrieben werden. Diese betragen € 500,- je verabsäumter Meldung und € 800,- für den Prüfeinsatz. Nur in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen können diese Beitragszuschläge gesenkt werden oder gar entfallen.

## 2. Freier Dienstvertrag

### 2.1. Gewerberechtliche Aspekte

Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und freier Dienstvertrag hat nicht nur arbeits- und sozialversicherungsrechtliche, sondern auch gewerberechtliche Auswirkungen.

Im Regelfall wird der freie Dienstnehmer mit seiner Tätigkeit den Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ im Sinne der Gewerbeordnung (GewO) verwirklichen und eine Gewerbeberechtigung benötigen.

#### Vorsicht!

Zur Klärung, ob für die Tätigkeit als freier Dienstnehmer ein Gewerbeschein benötigt wird, wenden Sie sich bitte an die Experten der Wirtschaftskammer!

### 2.2. Begriff

Der freie Dienstvertrag ist, so wie der Arbeitsvertrag, ein Dauerschuldverhältnis, bei dem die geschuldeten Leistungen gattungsmäßig umschrieben sind.

Eine gesetzliche Definition des freien Dienstvertrages besteht nicht. Nach der Rechtsprechung liegt ein freier Dienstvertrag vor, wenn sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, einem Auftraggeber für bestimmte oder unbestimmte Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, ohne sich in persönliche Abhängigkeit zu begeben.

Der maßgebliche Unterschied zum echten Dienstnehmer liegt demnach darin, dass der freie Dienstnehmer die Dienstleistungen in persönlicher Unabhängigkeit erbringt.

### 2.3. Persönliche Unabhängigkeit

Wesentliches Kriterium des freien Dienstvertrages ist die persönliche Unabhängigkeit des freien Dienstnehmers. Indizien für das Vorliegen einer persönlichen Unabhängigkeit zeigen sich insbesondere durch:

- die fehlenden Weisungsbindungen hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Verhalten bei der Arbeit,
- die fehlenden Kontrollbefugnisse des Auftraggebers und
- die fehlende Einbindung bzw. Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers.

#### Beispiel:

Ein EDV-Spezialist verpflichtet sich zu laufenden Programmierarbeiten im Betrieb des Auftraggebers in freier Zeiteinteilung. Sofern seine Tätigkeiten nicht an die EDV-Anlage des Auftraggebers gebunden sind, arbeitet er zu Hause. Es bestehen keine Berichtspflichten und keine Pflichten zur Teilnahme an Firmenmeetings. Er kann sich durch geeignete Personen seiner freien Wahl vertreten lassen.

#### Vorsicht!

Steht hingegen fest, dass eine Person zu bestimmten Zeiten an einem bestimmten Ort anwesend sein muss, liegt keine Tätigkeit als freier Dienstnehmer vor.



**Beispiel:**

Ein Billeteur, der bei einer Veranstaltung Tickets kontrolliert und den Gästen bei Bedarf ihre Plätze anweist, kann nicht als freier Dienstnehmer beschäftigt werden.

**2.4. Generelles Vertretungsrecht**

Die persönliche Abhängigkeit einer Person ist zu verneinen, wenn sie die übernommenen Arbeiten nicht selbst zu verrichten hat und sich vertreten lassen kann.

Nach der Rechtsprechung schließt die Vereinbarung einer generellen Vertretungsbefugnis die persönliche Abhängigkeit nur dann aus, wenn das Recht zur Vertretung auch tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt.

Ein tatsächlich gelebtes generelles Vertretungsrecht setzt daher voraus, dass der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und ohne bestimmten Grund einen geeigneten Vertreter seiner Wahl zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen.

**Vorsicht!**

Es kann daher nicht vom Vorliegen einer generellen Vertretungsberechtigung ausgegangen werden, wenn sich der Beschäftigte nur in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten vertreten lassen kann.

Der Verwaltungsgerichtshof betont außerdem, dass die persönliche Abhängigkeit durch eine wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen nicht ausgeschlossen wird. Ein solches wechselseitiges Vertretungsrecht - insbesondere im Rahmen eines Mitarbeiterpools - stellt keine generelle Vertretungsbefugnis dar.

**Beispiel:**

Ein Textilhändler hat einen Pool von Studenten und Studentinnen organisiert. Jeden Samstag sind zusätzlich zum Stammpersonal Studenten und Studentinnen aus diesem Mitarbeiterpool im Verkauf tätig. Wegen seiner Prüfungsvorbereitungen bittet einer der Studierenden einen Kollegen aus dem Mitarbeiterpool, am nächsten Samstag für ihn tätig zu sein.

**2.5. Ablehnungsrecht**

Die persönliche Unabhängigkeit ist auch dann gegeben, wenn der Beschäftigte generell das Recht hat, jederzeit Arbeiten ohne Begründung abzulehnen. Das Ablehnungsrecht ist insbesondere in jenen Fällen von Bedeutung, in denen eine Vertretung aus rein rechtlichen oder praktischen Erwägungen nicht in Betracht kommen kann.

Das Ablehnungsrecht ist hinsichtlich der Relevanz genauso zu behandeln wie das generelle Vertretungsrecht; es ist daher nur dann beachtlich, sofern es tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt.

**2.6. Arbeitsrechtliche Ansprüche**

Bei Abschluss eines freien Dienstvertrages gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Der freie Dienstnehmer hat keine Ansprüche aus arbeitsrechtlichen Bestimmungen, also keine Ansprüche auf Urlaub, auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, auf Abfertigung alt, auf kollektivvertraglichen Lohn bzw. Sonderzahlungen. Er ist aber in die Abfertigung neu einzubeziehen.

Enthält der freie Dienstvertrag keine Regeln über die Vertragsauflösung, beträgt die Kündigungsfrist grundsätzlich 14 Tage. Nur bei Diensten höherer Art, die die Erwerbstätigkeit des freien Dienstnehmers hauptsächlich in Anspruch nehmen und schon 3 Monate gedauert haben, beträgt die Kündigungsfrist 4 Wochen.

Nach einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes ist die mehrmalige Aneinanderreihung von befristeten freien Dienstverträgen zulässig.

### **Tipp!**

Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zur Vertragsbeendigung kann der freie Dienstvertrag aus besonders wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist jederzeit aufgelöst werden.

## **2.7. Sozialversicherung**

Freie Dienstnehmer sind wie echte Dienstnehmer in der Pensions-, Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung pflichtversichert. Es ist diesbezüglich auf die sozialversicherungsrechtlichen Ausführungen in Kapitel 1.4. zu verweisen. In diesem Fall ist der freie Dienstnehmer auch Mitglied der Kammer für Arbeiter und Angestellte.

Es besteht aber keine Sozialversicherungspflicht, wenn der freie Dienstnehmer

- aufgrund seiner Erwerbstätigkeit bereits nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz oder als Beamter versichert ist,
- die Erwerbstätigkeit als freiberufliche Tätigkeit ausübt, welche die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet,
- Arzt oder
- Kunstschaffender ist.

### **Tipp!**

Zu Beginn der Tätigkeit sollte vom freien Dienstnehmer eine schriftliche Bestätigung eines Sozialversicherungsträgers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer anderweitigen Pflichtversicherung aufgrund derselben Tätigkeit (z.B. Versicherung als gewerblich Selbständiger) eingeholt werden.

### **Vorsicht!**

In der Praxis wird es sehr selten vorkommen, dass eine Person als freier Dienstnehmer ohne dies bereits als selbstständig Erwerbstätiger zu sein, sozialversichert ist. Übt eine Person eine gewerbliche Tätigkeit aus, benötigt diese dafür die entsprechende Gewerbeberechtigung. Mit dem Vorliegen dieser Gewerbeberechtigung ist wiederum automatisch eine Sozialversicherungspflicht nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz gegeben. Sie schützt aber nicht vor einer nachträglichen „Umwandlung“ in ein echtes Dienstverhältnis.

## 3. Werkvertrag und Unternehmereigenschaft

### 3.1. Allgemein

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn sich eine Person - der Auftragnehmer - gegen Entgelt verpflichtet, für eine andere Person - den Auftraggeber - ein bestimmtes Werk herzustellen.

Als besondere Merkmale des Werkvertrages gelten:

- die Verpflichtung des Auftragnehmers zu einem Erfolg,
- dessen Herbeiführung nach eigenem Plan,
- die Verwendung von eigenen Betriebsmitteln,
- das Beiziehen von Mitarbeitern oder Subunternehmern,
- die Gewährleistung für Mängel des Werks,
- die Übernahme der Gefahr des Mislingens.

### 3.2. Der Werkvertrag - Erfolgsverbindlichkeit

Der Werkvertrag ist ein sogenanntes Zielschuldverhältnis. Er zeichnet sich gegenüber dem Dienstvertrag dadurch aus, dass er auf das Ergebnis der Arbeitsleistung, im Regelfall auf ein konkretes körperliches Werk, abstellt.

Das geschuldete Werk ist bereits von vornherein im Vertrag genau individualisiert, weshalb dem Werkbesteller zu ihrer Konkretisierung kein Gestaltungsrecht zukommt.

#### Beispiel:

Ein Tischler übernimmt einen Auftrag für die Anfertigung eines Einbauschranks. Mit pünktlicher und ordnungsgemäßer Übergabe des Schrankes durch den Tischler und die Bezahlung des Honorars durch den Auftraggeber ist der Werkvertrag erfüllt.

#### Vorsicht!

Ist die Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht worden, das Werk etwa mangelhaft, können gegen den Unternehmer Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. Bei nicht pünktlicher Erbringung der Leistung ist außerdem die Geltendmachung eines Verspätungsschadens denkbar. Der Werkvertragsnehmer trägt somit das wirtschaftliche Risiko für seinen Auftrag.

### 3.3. Selbständigkeit/Unternehmereigenschaft

Der Werkvertrag umschreibt eine typische Tätigkeit als selbstständiger Unternehmer.

Entscheidend für die Eigenschaft einer Person als Unternehmer ist deren persönliche Unabhängigkeit. Der Unternehmer gestaltet seinen Betrieb selbst, ist somit weisungsfrei hinsichtlich des Arbeitsorts, seiner Arbeitszeit und seines Verhaltens bei der Arbeit und nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingliedert.

Möglich sind lediglich fachliche Weisungen für die Herstellung des Werkes. Dies geschieht etwa durch das Erstellen eines Anforderungskataloges vor der Auftragserteilung.

Weitere typische Kriterien der Unternehmereigenschaft sind:

- der Einsatz von eigenen Betriebsmitteln,
- eine Mehrzahl von Auftraggebern,
- eine eigene betriebliche Struktur (Firmenadresse, Briefpapier, etc.),
- die Beiziehung von Mitarbeitern oder Subunternehmern,
- ein entsprechender Marktauftritt.

### **Tipp!**

Die Unternehmereigenschaft aufgrund dieser Kriterien ist dann sehr oft strittig, wenn ein Gewerbetreibender ohne Mitarbeiter überwiegend nur für einen oder für wenige Kunden tätig wird. Auch die besonders lange Dauer einer Leistungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wurden von der Rechtsprechung als Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft des Auftragnehmers angesehen. Umso wichtiger ist in solchen Fällen das Vorliegen einer eigenen betrieblichen Struktur und eigener Betriebsmittel. Von Betriebsmitteln kann nur dann gesprochen werden, wenn sich Materialien, Werkzeuge und Maschinen von jenen Gegenständen abheben, wie sie in einem Privathaushalt üblich sind.

### **Vorsicht!**

Auch das Lösen einer Gewerbeberechtigung schützt nicht jedenfalls vor dem Vorliegen eines Dienstverhältnisses. Überwiegen in einem solchen Fall die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit, dann ist wohl davon auszugehen, dass die Gewerbeberechtigung lediglich zum Zwecke der Verschleierung eines abhängigen Dienstverhältnisses erworben wurde.

## **3.4. Arbeitsrechtliche Ansprüche**

Mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses bestehen bei einem Werkvertrag keine arbeitsrechtlichen Ansprüche auf Urlaub, auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, auf Abfertigung alt, bzw. auf kollektivvertraglichen Lohn.

## **3.5. Sozialversicherung**

Unternehmer sind grundsätzlich entweder als Gewerbetreibende oder als Neue Selbständige nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz in der Kranken- und Pensionsversicherung pflichtversichert. Weiters besteht eine Pflichtversicherung in der Unfallversicherung. Darüber hinaus können Unternehmer eine freiwillige Arbeitslosenversicherung abschließen.

### **3.5.1. Selbständige mit Gewerbeschein**

Die Pflichtversicherung des Unternehmers beginnt an dem Tag, an dem er den Gewerbeschein löst und endet mit dem Ablauf desjenigen Monats, in dem er den Gewerbeschein zurücklegt. Keine Pflichtversicherung besteht auch für den Fall, dass er den Gewerbeschein ruhend meldet.

Der Unternehmer hat der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) Beginn und Ende der Pflichtversicherung zu melden, es sei denn dies erfolgt elektronisch durch die Gewerbebehörde.

Die Beiträge zur Sozialversicherung ergeben sich aus einem bestimmten Prozentsatz der Beitragsgrundlage. In der Krankenversicherung sind 7,65 %, in der Pensionsversicherung sind 18,50 % und in der Selbständigenvorsorge sind 1,53 % der Beitragsgrundlage zu

entrichten. Der Unfallversicherungsbeitrag beträgt monatlich € 9,60 - unabhängig von der Höhe der Beitragsgrundlage.

Beitragsgrundlage sind die Einkünfte aus Gewerbebetrieb (Einnahmen abzüglich Betriebsausgaben) laut dem jeweiligen Einkommensteuerbescheid zuzüglich der vorgeschriebenen Beiträge zur Kranken-, Pensions- und freiwilligen Arbeitslosenversicherung. Da dieser Steuerbescheid oft erst einige Jahre später vorliegt, werden die Beiträge vorläufig von den Einkünften des drittvorangegangenen Kalenderjahres bemessen und bei Vorliegen des Einkommensteuerbescheides entsprechend den aktuellen Einkünften korrigiert. Von dieser Korrektur ausgenommen sind die Beiträge zur Selbständigenvorsorge.

#### **Vorsicht!**

Das GSVG bestimmt eine Mindestbeitragsgrundlage, von welcher die Beiträge auch dann zu entrichten sind, wenn die Einkünfte tatsächlich geringer sind oder Verluste erwirtschaftet werden.

### **3.5.2. Neue Selbstständige**

Neue Selbstständige sind im wesentlichen Unternehmer, die Tätigkeiten ausüben, die nicht der Gewerbeordnung unterliegen, z.B. selbständige Autoren, Künstler oder Vortragende.

Die Pflichtversicherung des Neuen Selbstständigen beginnt mit dem Tag der Aufnahme der betrieblichen Tätigkeit und endet mit dem Letzten des Kalendermonates, in dem die Beendigung der betrieblichen Tätigkeit erfolgt. Die Meldung über die Aufnahme sowie die Beendigung der Tätigkeit als neuer Selbstständiger hat innerhalb einer Frist von einem Monat an die SVA zu erfolgen. Bei nicht rechtzeitiger Meldungserstattung wird im Zweifel die Pflichtversicherung über das ganze Kalenderjahr angenommen. Allerdings kann auch in diesem Fall der spätere Beginn bzw. das frühere Ende der Pflichtversicherung glaubhaft gemacht werden.

#### **Vorsicht!**

Bei Feststellung der Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides wird ein 9,3 %-iger Strafzuschlag seitens der SVA vorgeschrieben. Dieser fällt - nach einer im Jahr 2012 geänderten Verwaltungspraxis - schon dann an, wenn das Überschreiten der Versicherungsgrenze nicht bis zum Ende des jeweiligen Kalenderjahres gemeldet worden ist.

Fraglich ist, ob diese Vorgangsweise durch den Gesetzeswortlaut (§ 35 Abs 6 GSVG) und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 30.9.2009 2009/08/0007; VwGH 14.10.2009, 2009/08/0118) gedeckt ist.

Neue Selbstständige werden seit 1.1.2016 nur dann in die GSVG-Pflichtversicherung einbezogen, wenn deren Einkünfte (bzw. die Beitragsgrundlage) aus selbständiger Arbeit die Versicherungsgrenze von € 5.256,60 (2018) pro Kalenderjahr (entspricht dem 12-fachen der Geringfügigkeitsgrenze) überschreiten.

**Tipp!**

Neue Selbständige können sich durch die Erklärung, dass ihre Einkünfte diese Versicherungsgrenze überschreiten werden, in die Pflichtversicherung einbeziehen lassen („Überschreitungserklärung“). Der Versicherte bleibt (ohne weitere Prüfung von Einkünften) bis zum Widerruf der Erklärung pflichtversichert. Es gibt allerdings keine rückwirkende Ausnahmemöglichkeit mehr, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Einkünfte geringer waren als die Versicherungsgrenze. Eine Einbeziehung ist auch nur in der Krankenversicherung („Opting In“) möglich. Dies führt auch zur Pflichtversicherung in der Unfallversicherung.

## 4. Abgrenzungen anhand von Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofs

### 4.1. Lehrende und Vortragende

Bei der Beurteilung ob Lehrende und Vortragende Dienstnehmer, freier Dienstnehmer oder Werkvertragsnehmer sind, ist zunächst ganz allgemein die Prüfungsreihenfolge (persönliche Abhängigkeit, Unternehmereigenschaft, etc) einzuhalten. Ist hieraus kein eindeutiges Ergebnis feststellbar, muss das Bestehen eines steuerlichen Dienstverhältnisses geprüft werden. Für die Annahme eines Dienstverhältnisses im steuerrechtlichen Sinn spricht bei Lehrenden und Vortragenden jedenfalls eine etwaige Eingliederung in einen Schulbetrieb und einer entsprechenden Lehrverpflichtung.

Ist dies jedoch nicht der Fall, etwa weil der Lehrende weitreichende Freiheiten hat und keiner Weisung unterliegt, ist zu überprüfen, ob die Vortragenden, Lehrenden oder Unterrichtenden Tätigkeiten an Erwachsenenbildungseinrichtungen nach Maßgabe eines vorgegebenen Studien-, Lehr oder Stundenplans verrichten. Ist das der Fall wird davon ausgegangen, dass bei einem vorgegebenen Studien-, Lehr- oder Stundenplan für den Vortragenden ein Mindestmaß an Einbindung in die Organisation der Bildungseinrichtung notwendig ist und daher ein Dienstverhältnis vorliegt.

Damit ein solches Mindestmaß an Einbindung vorliegt, ist ein regelmäßiges Tätigwerden im Ausmaß von durchschnittlich mindestens einer Semesterwochenstunde im Rahmen eines Studien-, Lehr- oder Stundenplanes erforderlich. Wird diese Lehrverpflichtung geblockt, liegen ebenfalls lohnsteuerpflichtige Einkünfte und daher ein echtes Dienstverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vor.

Fallweise Vorträge oder fallweise Vertretungen stellen hingegen auch bei Vorliegen eines vorgegebenen Studien-, Lehr- oder Stundenplanes keine lohnsteuerpflichtigen Einkünfte dar und können daher auch im Rahmen eines Werkvertrages erbracht werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hatte schon mehrfach Gelegenheit, sich mit der Frage der Pflichtversicherung von Vortragenden zu beschäftigen. Er kam bei Vortragenden an medizinisch-technischen Schulen, bei einem Trainer für EDV-Schulungen, bei Lektorentätigkeiten eines Sprachlehrers, bei einem Vortragenden an einer Fachhochschule, bei einem Fluglehrer in einer Paragleitschule jeweils zum Ergebnis, dass (tageweise) Beschäftigungsverhältnisse vorliegen, da diese in den Betrieb der Dienstgeber organisatorisch eingebunden waren, ihre Tätigkeit durch Richtlinien determiniert war oder zumindest eine die persönliche Bestimmungsfreiheit des Vortragenden einschränkende Kontrollmöglichkeit bestand.

### 4.2. Warenpräsentatoren

Ein Warenpräsentator, der aufgrund einer Rahmenvereinbarung an mehreren Tagen im Monat Waren in Kaufhäusern präsentiert, unterliegt an den einzelnen Beschäftigungstagen der Versicherungspflicht als fallweise Beschäftigter, sofern die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit überwiegen.

In dem Fall, den der Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden hatte, konnte der Warenpräsentator Arbeit zwar grundsätzlich ablehnen, jedoch war er bei einer Zusage an den Arbeitsort, die Arbeitszeit und an die organisatorischen Richtlinien des Auftraggebers gebunden. Außerdem wurden ihm die Betriebsmittel (Werbeunterlagen und Werbematerial, Becher, Servietten) vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt. Er war an die Öffnungszeiten des Kaufhauses gebunden und hatte Einsatzberichte zu erstellen.

Der Verwaltungsgerichtshof ging daher vom Bestehen einer Arbeitsverpflichtung an den jeweiligen Tagen der Beschäftigung des Versicherten aus.

### 4.3. Künstler

Auch für die Beurteilung, ob Künstler Dienstnehmer oder Unternehmer sind, ist zu prüfen ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit überwiegen.

Demnach spricht für das Vorliegen echter Dienstverhältnisse, wenn Künstler also etwa Sänger, Musiker oder Choristen nach festgelegten Proben- und Spielplänen tätig werden müssen, sich zu Leistungen im Rahmen einer Spielsaison verpflichten und an Weisungen der Regisseure, des Dirigenten, des Chordirektors in Bezug auf Probeanzahl, Probezeit sowie Art der Wiedergabe der Arbeitsleistung gebunden sind.

Eine Beschäftigung als freie Dienstnehmer wird meist nicht in Frage kommen, weil sie durch die Eingliederung im Bühnengeschehen, zum Beispiel im Orchester, persönlich abhängig sind. Aus diesen Gründen sind Orchester-, Chor- sowie Ballettensemblesmitglieder grundsätzlich als echte Dienstnehmer zu qualifizieren.

Dennoch ist für Künstler eine Tätigkeit als Unternehmer denkbar. Sie müssen dazu eine eigene unternehmerische Infrastruktur besitzen, also zum Beispiel ein Büro, eine Homepage, einen Probenraum, ein Aufnahmestudio, eigene Instrumente und eigenes Equipment. Darüber hinaus sollten sie regelmäßig wechselnde Auftraggeber haben, künstlerische Gestaltungsfreiheit bei den Darbietungen genießen und bei eintägigen oder mehrtägigen geblockten Veranstaltungen auftreten.

### 4.4. Schilehrer

Der VwGH hat festgestellt, dass es sich bei den Verträgen von Schilehrern aufgrund ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit vom Schischulleiter um echte Dienstnehmer handelt. Dies gilt auch dann, wenn sie als Kommanditisten einer Skischule tätig sind.

Ein die persönliche Abhängigkeit ausschließendes generelles Vertretungsrecht besteht nicht, weil der Schischulleiter für die entsprechende Qualifikation seiner Schilehrer verantwortlich ist und ihm daher deren Auswahl obliegt.

Die persönliche Weisungsbindung der Schilehrer manifestiert sich in der Bindung an die Betriebsordnung der Schischule und in den sogar über das bloße Arbeitsverfahren hinausgehenden Kontrollrechten und Aufsichtspflichten des Schischulleiters.

Auch die Verpflichtung zum Tragen schischulspezifischer Kleidung ist Ausdruck der persönlichen Abhängigkeit.

Die Tatsache, dass ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden war und die Skilehrer Kommanditisten waren, war diesbezüglich irrelevant.

#### **Vorsicht!**

Derartige gesellschaftsrechtliche Konstruktionen sind sozialversicherungsrechtlich mit einem hohen Risiko verbunden und schützen nicht vor einer „Umwandlung“ der Gesellschafter durch die Krankenkassen in echte Dienstnehmer. Es ist daher unbedingt davon abzuraten!



## 4.5. Call Center Mitarbeiter

Verpflichten sich Telefonisten vertraglich dazu, an entsprechend ausgestatteten Telefonarbeitsplätzen in freier Zeiteinteilung potentielle Geschäftspartner anzurufen um telefonische Terminvereinbarungen für Werbeveranstaltungen zu treffen, und erhalten Sie dafür eine Gegenleistung, so liegt kein freies Dienstverhältnis sondern ein echtes Dienstverhältnis vor.

Der VwGH hat hervorgehoben, dass zwei Kriterien für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers.

Sollte sich auch dann keine klare Abgrenzung der ausgeübten Tätigkeit ergeben, ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH auf weitere Abgrenzungskriterien, wie etwa auf das Fehlen eines Unternehmerrisikos Bedacht zu nehmen.

Nach Meinung des VwGH ergab sich jedoch bereits aus den primär zu prüfenden Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung, eindeutig das Vorliegen eines Dienstverhältnisses. Die Mitarbeiter waren hinsichtlich ihrer Zielvorgaben weisungsgebunden und verpflichteten sich laufend potentielle Geschäftspartner aus der vorgegebenen Adressdatei anzurufen, um Termine für Werbeveranstaltungen zu vereinbaren. Zudem waren Sie durch die eigens eingerichteten Telearbeitsplätze und durch das Bestehen von Dienstplänen in den Betrieb eingegliedert.

Außerdem trugen die Mitarbeiter kein unternehmerisches Risiko, da den Arbeitnehmern ein vom Erfolg unabhängiger Lohn bezahlt wurde.

## 4.6. Unternehmer mit manuellen Tätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten

Übt eine Person einfache manuelle Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten aus, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben, kann bei ihrer Integration in den Betrieb des Beschäftigers das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden.

### 4.6.1. Pizzazusteller

Der Verwaltungsgerichtshof wertete die Tätigkeit als Pizzazusteller in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung als ebensolche Tätigkeit, die keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlaubt. Aufgrund der strikten Einteilung des Pizzazustellers in den Wochendienstplänen, des zeitlichen Umfangs seiner Tätigkeit, seiner Weisungsgebundenheit und Kontrolle durch den Betrieb sowie seiner Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung und Integration in den Betrieb hat er das Vorliegen einer durchgehenden Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit abgeleitet.

### 4.6.2. Reinigungskräfte

Der VwGH hat festgestellt, dass auch die Tätigkeit der Reinigung von Toiletten auf einer Autobahnraststation eine manuelle Hilfstätigkeit, die in organisatorischer Einbindung in den Betrieb des Dienstgebers erbracht wird, darstellt. Diese einfache manuelle Tätigkeit oder Hilfstätigkeit erlaubt dem Dienstnehmer keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit der Arbeit.

Des Weiteren war der Dienstnehmer durch die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation am Ort der Arbeitserbringung derart in den Betrieb eingegliedert, sodass der Dienstnehmer nicht die Möglichkeit hatte, den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern.

Zudem sprach der VwGH aus, dass es für das Vorliegen eines Werkvertrages nicht ausreicht nur den Rahmen für im Einzelfall abgeschlossene Vertragsverhältnisse abzustecken. Hinsichtlich der zu verrichtenden Tätigkeiten fehlte es an der für eine Zuordnung zu einem Werkvertrag erforderliche Bestimmtheit der Leistung.

## **4.7. Dienstvertrag trotz Gewerbescheins**

Verrichtet eine Person Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit liegt auch dann ein Arbeitsvertrag vor, wenn die Person über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfügt. Die bloße Innehabung eines Gewerbescheins dient in einem solchen Fall lediglich der Verschleierung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses.

### **4.7.1. Verspachtler**

Der Verwaltungsgerichtshof hat festgestellt, dass auch Einzelunternehmer, die zum Verspachteln von Rigipswänden beauftragt werden, im Rahmen eines meldepflichtigen Dienstverhältnisses beschäftigt werden, wenn das gesamte Baumaterial vom Auftraggeber bereitgestellt wurde, der Arbeiter in den Betrieb eingegliedert war und die Ausführung der Arbeiten vom Dienstgeber kontrolliert wurde.

Der Umstand, dass der Arbeiter Inhaber eines Gewerbescheins "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten" ist, steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit nicht entgegen. Der Verwaltungsgerichtshof sprach in diesem Zusammenhang aus, dass die Innehabung solcher Gewerbebescheine oftmals Teil eines verbreiteten Missbrauchs der Gewerbeordnung ist, der zur Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient.

Der VwGH wies auch darauf hin, dass hinsichtlich Gewerbebescheine für Tätigkeiten wie das "Verspachteln von Gipskartonplatten" anzunehmen ist, dass es sich hierbei um die Verrichtungen einfachster Art handelt, die von der Gewerbeordnung ausgenommen sind.

### **4.7.2. Kraftfahrer**

Auch die getroffene Vereinbarung zwischen einem LKW-Fahrer und seinem Auftraggeber beurteilte der VwGH als Arbeitsvertrag.

Der LKW-Lenker verrichtete seine Tätigkeit mit den ihm zur Verfügung gestellten Fahrzeugen und entsprechend den Anordnungen des Auftraggebers, nämlich die ihm aufgetragenen Arbeiten unter Einhaltung der vorgegebenen Routen und Termine auszuführen. Der VwGH ging demnach von einer Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit aus.

Weiters sprach er auch hier aus, dass eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit auch dadurch nicht zu einer selbständigen Tätigkeit in Erfüllung eines Werkvertrages wird, wenn der Dienstnehmer ein freies Gewerbe "Anbieten persönlicher Dienste" anmeldet und fortan selbst seine Beiträge zur Sozialversicherung abführt.

Weder eine Versicherungspflicht nach GSVG noch eine Gewerbebeanmeldung stehen dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages entgegen, da es entscheidend auf die Erbringung von Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit ankommt und nicht darauf, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrages vermeiden wollen.

**Vorsicht!**

Der Besitz einer Gewerbeberechtigung macht, wenn die wesentlichen Voraussetzungen wie

- der Einsatz von eigenen Betriebsmitteln,
- eine Mehrzahl von Auftraggebern,
- eine eigene betriebliche Struktur (Firmenadresse, Briefpapier, etc.),
- die Beziehung von Mitarbeitern oder Subunternehmern,
- ein entsprechender Marktauftritt,

nicht vorliegen, niemanden zu einem Unternehmer.

## 5. Fehlbehandlung und ihre Konsequenzen

### 5.1. Allgemeines

Ob ein Vertragsverhältnis ein echtes Dienstverhältnis, ein freies Dienstverhältnis oder einen Werkvertrag bzw. eine Tätigkeit als Unternehmer darstellt, beurteilen die Gebietskrankenkassen bzw. die Finanzbehörden im Rahmen der GPLA nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhalts.

Sollte es im Rahmen einer Überprüfung durch die Abgabenbehörden zu einer Nichtanerkennung etwaiger vereinbarter Werkverträge oder freier Dienstverträge kommen, droht dem Unternehmer eine „Umwandlung“ in echte oder freie Dienstverträge. Die Rechtsfolgen einer solchen Umwandlung sind bedeutsam und treffen in der Regel nur den Auftraggeber nachteilig.

#### **Vorsicht!**

Ausschlaggebend für die Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses ist nicht die Bezeichnung im Vertrag oder der Inhalt des Vertrages, sondern wie der Sachverhalt tatsächlich „gelebt“ wird. Im Rahmen einer GPLA wird dieser tatsächlich gelebte Sachverhalt festgestellt und die Beurteilung anhand der im konkreten Einzelfall vorliegenden tatsächlichen Umstände vorgenommen. Bei Beginn der Betriebsprüfung durch Prüfer der Gebietskrankenkassen nach dem 1.10.2012 besteht die Möglichkeit zur Schlussbesprechung einer GPLA einen Vertreter der SVA beizuziehen. Die SVA kann eine Empfehlung abgeben, ob ein Einzelunternehmer versicherungsrechtlich auch als solcher eingestuft bleibt.

#### **Tipp!**

Bestehen Sie darauf, dass ihre SVA bei möglichen Umwandlungen in die Schlussbesprechung einbezogen wird!

### 5.2. Arbeitsrechtliche Rückabwicklung

Stellt sich nachträglich die Fehlbehandlung eines Arbeitsvertrages als freier Dienstvertrag oder Werkvertrag heraus, so muss diese Fehlbehandlung für die Vergangenheit korrigiert werden. Der Arbeitnehmer kann sich nämlich auch nachträglich auf seine Arbeitnehmereigenschaft berufen und verlangen, dass seine erbrachten Leistungen nach den zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts behandelt und vergütet werden.

Der Arbeitnehmer kann nachträglich insbesondere die folgenden arbeitsrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen:

- bezahlter Urlaub,
- Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit,
- kollektivvertragliches Mindestentgelt,
- Überstundenvergütung und Überstundenzuschläge,
- Feiertagsentgelt,
- Sonderzahlungen,
- Kündigungsschädigung.

**Tipp!**

Es können in freien Dienstverträgen oder Werkverträgen sogenannte Vorsorgeklauseln vereinbart werden, die das Werkentgelt bzw. das Honorar ausdrücklich als Pauschalentgelt festlegen, mit dem alle allfälligen Ansprüche im Falle einer Umwandlung zu einem Arbeitsvertrag abgegolten sind.

Die Klausel ist allerdings nur dann zulässig, wenn der vereinbarte Werklohn bzw. das Honorar einer überkollektivvertraglichen Entlohnung entspricht. Mithilfe solcher Vorsorgeklausel können zwar Sonderzahlungen, Überstundenvergütung und -zuschläge, nicht jedoch Ausfallsentgelte (wie Urlaubsentgelt, Feiertagsentgelt, Krankenentgelt sowie die Urlaubersatzleistung) gedeckt werden. Diese Ansprüche sind dem Beschäftigten zusätzlich auf Basis des ursprünglich vereinbarten Werklohns zu bezahlen.

**5.3. Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung**

Wird ein Werkvertrag in einen Dienstvertrag umgewandelt, hat der Arbeitgeber mit einer entsprechenden Belastung hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge zu rechnen.

**Vorsicht!**

Dem Arbeitgeber werden nicht nur die Dienstgeber- sondern auch die Dienstnehmerbeiträge rückwirkend für die letzten drei Jahre (oder fünf Jahre bei Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt) zur Sozialversicherung vorgeschrieben. Eine Umwandlung hat daher folgenschwere finanzielle Auswirkungen für den Arbeitgeber.

Die Beitragsgrundlage der Nachzahlungen ist immer das ursprünglich vereinbarte Entgelt als freier Dienstnehmer bzw. der Werklohn zuzüglich allfälliger tatsächlich zu leistender Nachzahlungen, die sich aus dem Arbeitsrecht ergeben.

Neben den Beiträgen zur Sozialversicherung umfasst die Rückabwicklung auch die Lohnnebenkosten (DB, DZ Kommunalsteuer) sowie in Wien für echte Dienstnehmer die U-Bahn-Steuer.

Es ist auch möglich, dass ein Werkvertrag seitens der Abgabenbehörden nicht in einen echten Dienstvertrag, sondern lediglich in einen freien Dienstvertrag umgewandelt wird. Sollte dem Auftraggeber gegenüber dem Lohnabgabenprüfer der Beweis gelingen, dass der Beschäftigte bislang seine Sozialversicherungsbeiträge bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ordnungsgemäß entrichtet hat, kann eine Umwandlung des Auftragnehmers in einen freien Dienstnehmer nur für die Zukunft vorgenommen werden. Eine rückwirkende Umwandlung ist nach herrschender Auffassung der Verwaltungsbehörden nicht möglich. Nur in diesem Fall genießt der Auftraggeber daher einen so genannten Rückwirkungsschutz.

## 6. Checkliste zur Abgrenzung zwischen der Zusammenarbeit mit einem Arbeitnehmer und einem Unternehmer

Ein Arbeitnehmer ...	ankreuzen	Ein Unternehmer...	ankreuzen
<p>... ist an die persönlichen Weisungen des Chefs gebunden. („Fahren Sie zum Kunden Müller, bevor Sie Ihr Büro aufräumen!“)</p>		<p>... ist an die sachlichen Wünsche bzw. Vorgaben des Kunden gebunden. („Das Dach soll mit roten Ziegeln gedeckt werden!“) Der Arbeitsablauf ist grundsätzlich Sache des Unternehmers.</p>	
<p>... ist an die mit dem Chef vereinbarte tägliche und wöchentliche Arbeitszeit gebunden. („Ich muss wöchentlich 40 Stunden im Betrieb verbringen. Arbeitsbeginn ist Montag bis Freitag 7:00 Uhr, Arbeitsende ist 15:30 Uhr. Von 12:00 Uhr bis 12:30 Uhr muss ich eine halbe Stunde Mittagspause halten.“) Das unerlaubte bzw. unentschuldigete Fernbleiben vom Arbeitsplatz während der vereinbarten Arbeitszeit kann den Grund für eine fristlose Entlassung bilden.</p>		<p>... kann sich die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit selbst einteilen. („Ich erledige die Korrespondenz mit dem Kunden Maier morgen um 22:00 Uhr nach dem Abendessen.“)</p>	
<p>... unterliegt der persönlichen Kontrolle durch den Chef und seine Vorgesetzten. („Ich werde mir in den nächsten Wochen genauer anschauen, was Sie so während der Arbeitszeit alles tun.“) Fehlleistungen führen nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz nur eingeschränkt zu Schadensersatzansprüchen gegen den Arbeitnehmer</p>		<p>... unterliegt nur der Kontrolle durch den Kunden, inwieweit seine sachlichen Wünsche bzw. Vorgaben erfüllt worden sind. („Das gelieferte Manuskript hat nicht den bestellten und ausdrücklich vereinbarten Inhalt.“) Fehlleistungen führen nach dem Handelsrecht zu Gewährleistungsansprüchen und umfassenden Schadenersatzansprüchen.</p>	

<p>... arbeitet hauptsächlich mit fremden Betriebsmitteln. (<i>Büroeinrichtung, EDV-Anlage, Maschinen des Arbeitgebers</i>)</p>		<p>... arbeitet hauptsächlich mit eigenen Betriebsmitteln. Unter Betriebsmitteln versteht man alles, was über das Haushaltsübliche hinausgeht. (<i>professionelle eigene Büroeinrichtung, eigener Internetauftritt zur Kundenakquisition, eigene Maschinen</i>)</p>	
<p>... arbeitet in einem fremden Unternehmen, verwendet dessen Visitenkarten und dessen Firmenpapier. (<i>„Hans Huber, Außendienstmitarbeiter der Firma XY GmbH, Firmenadresse“</i>)</p>		<p>... arbeitet am eigenen Unternehmenssitz, verwendet eigene Visitenkarten und eigenes Firmenpapier zur geschäftlichen Korrespondenz und zur Geltendmachung von Honoraren. (<i>„Hans Huber, selbstständiger Handelsvertreter, Wohnadresse“</i>)</p>	
<p>... ist in die Organisation eines fremden Unternehmens eingebunden. (<i>„Ich nehme an regelmäßigen Besprechungen in der Firma teil, habe einen eigenen Arbeitsplatz, muss meine Arbeitszeit an der Stechuhr erfassen.“</i>)</p>		<p>... organisiert sich selber. (<i>„ich bin mein eigener Chef, vereinbare Besprechungen mit Auftraggebern auf Basis meines Terminkalenders an unterschiedlichen Orten, auch in meinem eigenen Büro; wo und wie lange ich arbeite, ist meine Sache.“</i>)</p>	

<p>... erhält sein Gehalt dafür, dass er sich und seine Arbeitskraft einem fremden Unternehmen zur Verfügung stellt. Aufgabe des Chefs ist es, den Arbeitnehmer entsprechend einzusetzen.  <i>(„Ich habe gestern mein Monatsgehalt von € 2.000 brutto erhalten, obwohl aufgrund des Schlechtwetters nicht viel zu tun war.“).</i>          Benötigt der Chef den Arbeitnehmer aus Kapazitätsgründen nicht mehr oder ist er mit seiner Arbeitsleistung unzufrieden, kann er ihn kündigen.</p>		<p>... erhält sein Honorar dafür, dass er für einen Kunden eine konkrete Dienstleistung erbracht oder ein konkretes Werk erstellt hat.  <i>(„Ich verzeichne für die Unternehmensberatung am 9.4.2016 ein Honorar von € 2.000,-“)</i>          Ist der Kunde mit der konkreten Dienstleistung oder dem konkreten Werk unzufrieden, wird er den Unternehmer nicht mehr beauftragen. Unter Umständen kann er auch Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche geltend machen.</p>	
<p>... muss seine Arbeitsleistung höchstpersönlich erbringen.  <i>(„Am liebsten hätte ich zur heutigen Besprechung mit meinem Chef meinen Bruder geschickt.“)</i></p>		<p>... kann sich durch andere Unternehmer vertreten lassen oder Aufträge durch Mitarbeiter erbringen.  <i>(„Ich kann den heutigen Auftrag bei der Firma XY GmbH nicht selbst ausführen, weil ich mit einem anderen Auftrag in Rückstand bin und werde einen Subunternehmer hinschicken.“)</i></p>	
<p>... darf nicht für die Konkurrenz arbeiten.  <i>(„In meinem Vertrag steht, dass ich für keine Konkurrenzfirma tätig werden darf.“)</i></p>		<p>... darf für alle Kunden arbeiten, egal in welchem Verhältnis sie zueinander stehen.  <i>(„Ich habe für das Hotel „Goldener Adler“ eine Homepage gestaltet, die großen Anklang findet. Jetzt will auch das benachbarte Hotel „Blauer Hirsch“ eine Homepage von mir haben.“)</i></p>	
<p><b>Summe</b></p>			



## 7. Übersichtstabelle zu den arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Unterschieden zwischen dem Dienstvertrag, dem freien Dienstvertrag und dem Werkvertrag

GewO	Unselbständige		Selbstständige
Status	echte Dienstnehmer	freie Dienstnehmer	Unternehmer
Merkmale	<ul style="list-style-type: none"> <li>kein Unternehmerrisiko</li> <li>wirtschaftlich abhängig</li> <li>persönlich abhängig</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>kein Unternehmerrisiko</li> <li>wirtschaftlich abhängig</li> <li>pers. unabhängig</li> <li><u>fremde</u> Betriebsmittel</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Unternehmerrisiko</li> <li>wirtschaftlich unabhängig</li> <li>persönlich unabhängig</li> <li><u>eigene</u> Betriebsmittel</li> </ul>
Arbeitsrecht	voller Schutz	punktuellder Schutz	kein Schutz
SV	ASVG, volle Lohnnebenkosten für Dienstgeber		GSVG, keine Lohnnebenkosten für Vertragspartner
Lohnnebenkosten	<b>DG-Anteil zur SV:</b> 21,48% vom Bruttobezug <b>Kommunalsteuer:</b> 3% vom Bruttobezug <b>Beitrag MV-Kasse:</b> 1,53% vom Bruttobezug <b>Zuschlag zum DG Beitrag:</b> zw. 0,36 % und 0,44% je nach Bundesland <b>DG-Beitrag zum FLAF:</b> 4,1% vom Bruttobezug <b>U-Bahnsteuer für Wien:</b> 2,- pro DN pro Woche		
Steuerrecht	Unselbständig Lohnsteuer vom DG abzuführen	Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit bzw. Gewerbebetrieb: Einkommensteuer, selbst abzuführen	
Zugehörigkeit	AK, GKK		<b>Gewerbl. Selbstständige:</b> SVA; WK <b>Neue Selbstständige:</b> nur SVA, keine Interessensvertretung <b>Freiberufler:</b> SVA, div. Kammern

Diese Broschüre ist ein Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern. Bei Fragen wenden Sie sich bitte an:  
 Burgenland Tel. Nr.: 0590 907-2330, Kärnten Tel. Nr.: 0590 904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,  
 Oberösterreich Tel. Nr.: 0590 909, Salzburg Tel. Nr.: (0662) 8888-397, Steiermark Tel. Nr.: (0316) 601-601,  
 Tirol Tel. Nr.: 0590 905-1111, Vorarlberg Tel. Nr.: (05522) 305-1122, Wien Tel. Nr.: (01) 51450-1620  
**Hinweis:** Diese Information finden Sie auch im Internet unter <http://wko.at>. Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!