

Studie

zur Abgrenzung (freier) Dienstverträge von Werkverträgen im Bereich Unternehmensberatung, IT-Dienstleistung und Buchhaltung

von

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper

Professor am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht
Universität Innsbruck

Oktober 2014

Gliederung

A. AUFTRAG	4
B. RECHTSGRUNDLAGEN	4
C. BEDEUTUNG DES EINZELFALLBEZOGENEN GESAMTBILDES	6
D. BEURTEILUNG VON SACHVERHALTEN IN WIRTSCHAFTLICHER BETRACHTUNGSWEISE (§ 539A ASVG)	9
E. IN DER NATUR DER TÄTIGKEIT LIEGENDE UMSTÄNDE BLEIBEN FÜR BEURTEILUNG DER PERSÖNLICHEN ABHÄNGIGKEIT AUßER BETRACHT	11
F. EINBINDUNG IN DEN FREMDEN BETRIEB	11
G. WESENTLICHE EIGENE BETRIEBSMITTEL BZW EIGENE UNTERNEHMENSSTRUKTUR	13
H. WEISUNGSRECHT	19
I. PERSÖNLICHE ARBEITSPFLICHT UND GENERELLES VERTRETUNGSRECHT	20
J. ZU DEN BEGRIFFEN „WERK“ UND „ABGRENZBARER ERFOLG“	22
K. TRAGUNG EINES UNTERNEHMERISCHEN RISIKOS	25
L. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE IN THESEN	25

Vorbemerkung

Diese Studie dient als Information für die Wirtschaftskammer Wien, Fachgruppe Unternehmensberatung, Buchhaltung und IT als Auftraggeber.

Diese Studie gibt die Rechtsmeinung des Verfassers wieder. Sie hat nicht die Aufgabe, alle einschlägigen Literaturstellen und Gerichtsentscheidungen zu sammeln und darzustellen. Diese Stellungnahme beschreibt, auf welche Weise der Verfasser die untersuchten Rechtsprobleme lösen würde, wäre er selbst zur Entscheidung berufen und würde der Sachverhalt sich so verhalten, wie er dem Verfasser vorgelegt wurde. Es versteht sich von selbst, dass der Verfasser nicht zusichern kann, seine Rechtsmeinung werde von Gerichten geteilt.

Ausdrücklich wurde vereinbart: Eine Haftung des Verfassers für leichte Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen. Eine etwaige Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist mit der Höhe des dem Verfasser bezahlten Honorars begrenzt.

A. Auftrag

- 1 Von der Wirtschaftskammer Wien, Fachgruppe Unternehmensberatung, Buchhaltung und IT wurde ich im August 2014 mit der Ausarbeitung der vorliegenden Studie beauftragt. Auftragsgemäß zu untersuchen sind ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Abgrenzung (freier) Dienstverträge von Werkverträgen für Tätigkeiten im Bereich Unternehmensberatung und IT-Dienstleistung. Dies unter Einbeziehung des Zivilrechts und auch des Sozialversicherungsrechts. Auftragsgemäß zu untersuchen ist vor allem die Frage, ob die von der Rsp des OGH und VwGH herangezogenen Kriterien zur Abgrenzung von (freien) Dienstverträgen und Werkverträgen auch sachgerecht und zeitgemäß sind für hochqualifizierte wissensbasierte Tätigkeiten im Bereich der Unternehmensberatung, IT-Dienstleistung und Buchhaltung bzw Bilanzbuchhaltung.
- 2 Vom Auftraggeber wurde ich mündlich in einer Telefonkonferenz im August und in einem Meeting am 30.9.2014 in Wien über die unterschiedlichen Tätigkeiten, die praktisch in den Bereichen der Unternehmensberatung, IT-Dienstleistung und Buchhaltung ausgeübt werden, informiert. Auf Grund der Vielfalt der unterschiedlichen Tätigkeiten, kann die vorliegende Studie keine vollständige und abschließende Antwort auf die vertrags- bzw sozialversicherungsrechtliche Einordnung aller in Betracht kommender Tätigkeiten geben. Auftragsgemäß werden einige zentrale Abgrenzungskriterien der Rsp im Hinblick auf hochqualifizierte wissensbasierte Tätigkeiten kritisch überprüft. Steuerliche Erwägungen bleiben ebenso außer Betracht, wie Fragen zum Gewerberecht. Vom Auftraggeber wurde mir jedoch mitgeteilt, dass die hier untersuchten Tätigkeiten im Rahmen einer bestehenden Gewerbeberechtigung ausgeübt werden und eine Mitgliedschaft in der Kammer der gewerblichen Wirtschaft besteht. Auf § 2 Abs 1 Z 1 GSVG, der für einen solchen Fall grundsätzlich die Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG anordnet, sei bereits an dieser Stelle ausdrücklich hingewiesen. Allerdings steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit (und damit einer Vollversicherungspflicht nach ASVG) nach der Rsp des VwGH nicht entgegen, dass derjenige, der die Tätigkeit ausübt, Inhaber eines Gewerbescheins ist.¹

B. Rechtsgrundlagen

- 3 Die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag regelt **§ 1151 Abs 1 ABGB**. Demnach entsteht ein Dienstvertrag, „*wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet*“. Ein Werkvertrag liegt vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt. Nach **§ 1165**

¹ Siehe zB VwGH 21.12.2011, 2010/08/0129.

ABGB ist der Werkunternehmer verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen.

4 Gemäß **§ 4 Abs 2 ASVG** in der geltenden Fassung ist Dienstnehmer im Sinne des ASVG,

- „wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.
- Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um
 1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
 2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
 3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Vom DLSG werden nur einfache haushaltstypische Dienstleistungen in Privathaushalten erfasst. Für die Zwecke dieser Studie kann das DLSG außer Betracht bleiben.

5 Seit dem ASRÄG 1997 (BGBl I 1997/139) enthält **§ 4 Abs 2 Satz 2 ASVG** einen **Verweis auf § 47 Abs 1 und Abs 2 EStG 1988**. Dadurch erfolgt auch eine Harmonisierung des Steuerrechtes mit dem Sozialversicherungsrecht, indem die Sozialversicherungspflicht im Wesentlichen an die Lohnsteuerpflicht gekoppelt wurde. Lohnsteuerpflichtig nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG 1988 ist, wer als Arbeitnehmer nicht-selbständiger Arbeit Einkünfte bezieht.² Dazu gehören unter anderem Bezüge und Vorteile aus einem bestehenden oder früheren Dienstverhältnis (§ 25 Abs 1 Z 1 EStG). Ein Dienstverhältnis liegt gem § 47 Abs 2 EStG 1988 vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist nach dem EStG der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist (§ 47 Abs 2 EStG 1988).

² Die Ausnahmen für Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit a oder b EStG 1988 oder Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz können für die Zwecke dieser Studie außer Betracht bleiben.

6 § 4 Abs 4 ASVG enthält eine für diese Studie besonders wichtige Regelung für die „freien Dienstnehmer“. Demnach stehen Dienstnehmern im Sinne des ASVG Personen gleich,

- *„(...)die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für*
 1. *einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,*
 2. *eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit)*
- *wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn*
 - a) *dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder*
 - b) *dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder*
 - c) *dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder*
 - d) *dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschafter, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).*

C. Bedeutung des einzelfallbezogenen Gesamtbildes

7 Die in dieser Studie untersuchten hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten im Bereich der Unternehmensberatung, IT-Dienstleistung und Buchhaltung sind Grenzfälle im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Werkvertrag, freiem Dienstvertrag und Dienstvertrag. Einschlägig für derartige Grenzfälle im Bereich des Sozialversicherungsrechts sind vor allem § 4 Abs 2, zweiter Halbsatz ASVG: *„(...) hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen (...)“* und § 4 Abs 4 ASVG *„(...)wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen(...)“*.

8 Schon aus dem **Wortlaut** von § 4 Abs 2, zweiter Halbsatz ASVG geht hervor, dass der Gesetzgeber den Tatbestand der persönlichen Abhängigkeit ebenso wie jenen der wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht anhand eines bestimmten Merkmals konkretisiert

wissen will. Vielmehr ist ausdrücklich von mehreren Merkmalen die Rede. Welche Merkmale das sind und wie sich diese Merkmale zueinander verhalten (also die Frage, ob einzelnen Merkmalen ein besonderes Gewicht zukommt, anderen ein geringeres), legt das Gesetz nicht fest, und zwar weder für die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit noch für die Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit.³ Auch die Gesetzesmaterialien zu § 4 Abs 2 ASVG geben keine näheren Aufschlüsse. Dort heißt es lediglich, dass mit den Tatbestandsmerkmalen persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit die bis dahin von der Rsp des VwGH entwickelten Grundsätze übernommen werden sollen.⁴

- 9 Ganz im Einklang mit dem soeben dargestellten gesetzlichen Vorgaben stellt auch der **VwGH** in ständiger Rsp bei der Konkretisierung der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gem § 4 Abs 2 ASVG auf das **Gesamtbild im konkreten Einzelfall** ab und zieht dabei mehrere Merkmale heran.⁵ Zu diesen Merkmalen zählen vor allem die Bindung an (vertragliche) Ordnungsvorschriften über Arbeitsort, Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten sowie darauf abzielende Weisungs- und Kontrollrechte, das Vorliegen eines generellen Vertretungsrechts, die Einbindung in den fremden Betrieb, das Vorhandensein wesentlicher eigener Betriebsmittel bzw einer eigenen Unternehmensstruktur, die Beschränkung auf die Disposition über die eigene Arbeitskraft, die Modalitäten der Bezahlung, die Tragung des unternehmerischen Risikos sowie die Frage, ob die Herstellung eines konkreten, individualisierbaren Werkes oder bloß die Bereitschaft zu Dienstleistungen geschuldet ist.
- 10 Auch der **OGH** stellt bei der zivilrechtlichen Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Vertragstypen (insbesondere vom freien Dienstvertrag und vom Werkvertrag) eine Gesamtbetrachtung der für und der gegen das Arbeitsverhältnis sprechenden Merkmale an.⁶ Zu prüfen ist nach der ständigen Rsp des OGH, ob Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nach der tatsächlichen Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehung überwiegen.⁷ Nicht alle Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen gemeinsam vorliegen und können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. „*Entscheidend ist*“, so der OGH wörtlich, „*ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik des beweglichen Systems die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.*“⁸ Für

³ Vgl zur selbständigen Erwerbstätigkeit zB *Neumann* in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 2 GSVG Rz 22 ff mwN.

⁴ Siehe NR-Ausschussbericht 613 Blg VII. GP, 6.

⁵ Vgl etwa die Darstellung der Judikatur bei *Korn*, Werkverträge und freie Dienstverträge⁶ (2010) 20 ff; *Poperl*, ASVG Sozialversicherungs-Handbuch 54. Lfg (August 2014) § 4 ASVG Rz 7 ff.

⁶ ZB OGH 17.2.2005, 8 ObA 20/04f.

⁷ OGH 25.11.2003, 8 ObA 44/03h (Kolporteure).

⁸ OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g (Justizanstaltsarzt ist freier Dienstnehmer).

das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sprechende Merkmale sind nach der Rsp des OGH vor allem Weisungsgebundenheit, die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge und die Beistellung des Arbeitsgeräts durch den Dienstgeber.⁹ Für die Abgrenzung Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag und Werkvertrag kommt es nicht auf die Art (bzw den Inhalt) der ausgeübten Tätigkeiten an, sondern darauf, ob die Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit zu verrichten wurden.¹⁰

11 Aus den oben unter B. dargestellten gesetzlichen Grundlagen und aus der soeben zitierten Rsp des VwGH und des OGH ergibt sich folgendes **Zwischenergebnis**:

- Das Gesetz enthält keine abschließende Aufzählung der Merkmale, die im Zusammenhang mit der Abgrenzung des (freien) Dienstvertrages vom Werkvertrag zu prüfen sind. Auch gibt das Gesetz nicht vor, ob bestimmten Merkmalen bei dieser Abgrenzung ein besonderes Gewicht zukommt, anderen hingegen ein geringeres.
- Die in der Rsp von VwGH und OGH heute herangezogenen Merkmale zur Abgrenzung des (freien) Dienstvertrages vom Werkvertrag sind das Ergebnis einer jahrzehntelangen Entwicklung der Judikatur. Wie insbesondere der OGH zutreffend festhält, handelt es sich dabei um ein bewegliches System. Weder VwGH noch OGH vertreten die Ansicht, dass die in der Rsp derzeit herangezogenen Abgrenzungskriterien „abschließend“ sind. Sofern die Besonderheiten einer bestimmten Tätigkeit die Heranziehung eines „neuen“ (dh in der bisherigen Rsp noch nicht ausreichend berücksichtigten Kriteriums) erfordern, ist auch dieses Kriterium bei der Betrachtung des Gesamtbildes im jeweiligen Einzelfall heranzuziehen.
- Die von der Rsp verwendeten Abgrenzungskriterien sind nicht statisch, sondern dynamisch, dh sie sind offen für eine angemessene Berücksichtigung der Besonderheit einzelner Tätigkeiten. Nicht die Art der Tätigkeit als solche, sondern das Nichtvorhandensein einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit ist entscheidend für die Abgrenzung einer Tätigkeit gem § 4 Abs 2 ASVG zur selbständigen unternehmerischen Betätigung. Die Natur einer bestimmten Tätigkeit kann dazu führen, dass ein von der Rsp ansonsten herangezogenes Abgrenzungskriterium keine Aussagekraft über das Vorliegen einer persönlichen bzw wirtschaftlichen Abhängigkeit hat. Wenn beispielsweise ein

⁹ Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DrdA 1992, 93 (94); diesem folgend zB OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g.

¹⁰ OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g.

externer Unternehmensberater „beauftragt“¹¹ wird, eine Studie zur umfassenden Optimierung der Unternehmensorganisation zu erstellen, wird er dafür Erhebungen über die bestehende Struktur der Mitarbeiter, Lieferanten, Kunden und Maschinen des Unternehmens anstellen müssen. Eine Einbindung des externen Unternehmensberaters in den Betrieb des Auftraggebers wird dabei unerlässlich sein. Die Einbindung in den fremden Betrieb ist hier notwendige Folge der geschuldeten Tätigkeit und hat für sich genommen keine Aussagekraft im Hinblick auf das Bestehen einer persönlichen Abhängigkeit.

D. Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG)

- 12** Der soeben skizzierte Ansatz, wonach das Abgrenzungssystem zwischen (freiem) Dienstvertrag und Werkvertrag offen ist einerseits für neue Kriterien und andererseits im Einzelfall um bestimmte Kriterien reduziert werden muss – insbesondere wenn dies die Natur der Tätigkeit erfordert – steht auch im Einklang mit § 539a ASVG, auf den der VwGH regelmäßig bei Grenzfällen zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag Bezug nimmt.¹²
- 13** Gem § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Daraus folgt für den VwGH: Weicht die tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit gegenüber dem vertraglich festgelegten Pflichtenprogramm ab, ist vorrangig auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Insoweit ist dem VwGH jedenfalls zuzustimmen. Diese Rechtsansicht deckt sich im Übrigen auch mit dem Zivilrecht, wo ebenfalls anerkannt ist, dass auf die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehung abzustellen ist und der Bezeichnung eines Vertrages (zB als „Werkvertrag“ oder „Dienstvertrag“) lediglich Indizwirkung zukommt.¹³
- 14** Der normative Aussagegehalt von § 539a ASVG ist jedoch nicht darauf beschränkt. Die Vorschrift verlangt ganz allgemein eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Im vorliegenden Zusammenhang folgt daraus auch, dass bei der Einordnung einer bestimmten Tätigkeit als (freier) Dienstvertrag oder als Werkvertrag der „*wahre wirtschaftliche Gehalt*“ der Tätigkeit Berücksichtigung finden muss. Insofern ist unter

¹¹ Wenn hier und in weiterer Folge von einer „Beauftragung“ die Rede ist, dann soll damit nicht das Bestehen eines Auftrags im zivilrechtlichen Sinn gemeint sein. Der Begriff wird an manchen Stellen bewusst gewählt, weil er gegenüber der hier entscheidende Differenzierung zwischen (freiem) Dienstvertrag und Werkvertrag neutral ist.

¹² Siehe zB VwGH 24.4.2014, 2013/08/0258 (Vertretungsrecht); VwGH 2.12.2013, 2013/08/0191.

¹³ RIS-Justiz RS0014509, RS0111914.

Berücksichtigung des „*wahren wirtschaftliche Gehalts*“ der Tätigkeit als Unternehmensberater oder IT-Dienstleister beispielsweise zu berücksichtigen:

- Notwendiger Bestandteil der Tätigkeit als Unternehmensberater, IT-Dienstleister und häufig auch Buchhalters ist wie bereits erwähnt, dass diese Tätigkeit zu einem (meist überwiegenden) Teil im Betrieb des Auftraggebers ausgeführt werden muss. Dabei ist auch eine Einbindung in den fremden Betrieb, eine Kommunikation mit den Mitarbeitern des Auftraggebers und – im Falle der IT-Dienstleistung – eine Verwendung der vorhandenen IT-Infrastruktur (Hard- und Software) des Auftraggebers notwendiger Bestandteil der Tätigkeit. Unter Heranziehung der gem § 539a ASVG gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgt daraus, dass die **Einbindung in den fremden Betrieb** auf Grund der Natur der geschuldeten Tätigkeit notwendig ist und dass daher – anders als bei anderen Tätigkeiten – aus diesem Kriterium keine Rückschlüsse auf eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit gezogen werden können. In der Entscheidungsbegründung zu VwGH 2.12.2013, 2013/08/0191 (betreffend die Qualifikation eines Unternehmensberaters als Dienstnehmer) wurde dieser Aspekt mE nicht ausreichend berücksichtigt.
- Aus der nach § 539a ASVG gebotene Berücksichtigung des „wahren wirtschaftlichen Gehalts“ einer Tätigkeit folgt auch, dass bei modernen wissensbasierten Tätigkeiten **persönliches Know-how** häufig wesentlich entscheidender für die Ausübung der Tätigkeit ist als eigene materielle Betriebsmittel bzw eine eigene Unternehmensstruktur tritt. Zur Erbringung von modernen wissensbasierten Tätigkeiten im Bereich der Unternehmensberatung und bei der IT-Dienstleistung sind „herkömmliche“ eigene Betriebsmittel bzw eine klassische eigene Unternehmensstruktur meist nur eingeschränkt erforderlich, sehr wohl aber ganz spezifisches Wissen, Fachkenntnisse und Erfahrungen. Die nach § 539a ASVG gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise muss hier mE zum Ergebnis führen, dass aus dem Fehlen eigener Betriebsmittel im Sinne von vorhandenen körperlichen Gegenständen (dazu näher unten) bzw einer eigenen Unternehmensstruktur kein Rückschluss auf die persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit gezogen werden kann.
- Vor allem gebietet eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, dass auch **immaterielle Güter als eigene wesentliche Betriebsmittel** (sowohl bei der Prüfung der wirtschaftlichen Abhängigkeit gem § 4 Abs 2 ASVG als auch als negatives Tatbestandsmerkmal der freien Dienstleistung gem § 4 Abs 4 ASVG) zu berücksichtigen sind. Das starre Abstellen auf das historisch gewachsene Abgrenzungskriterium bloß materieller Betriebsmittel blendet vor allem Know-how gänzlich aus und führt bei modernen, hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten zu unrichtigen Ergebnissen.

E. In der Natur der Tätigkeit liegende Umstände bleiben für Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit außer Betracht

- 15 Nach der Rsp des OGH können **Umstände, die allein in der Natur der Tätigkeit liegen**, für die persönliche Abhängigkeit von vornherein nicht relevant sein.¹⁴ Bei der Prüfung der einzelnen Merkmale, die für eine persönliche Abhängigkeit sprechen, haben daher jene Merkmale außer Betracht zu bleiben, die allein auf Grund der Natur der Tätigkeit sachlich erforderlich sind. Beispielsweise kann aus der Eingliederung in den Betrieb des Werkbestellers dann kein Rückschluss auf die persönliche Abhängigkeit gezogen werden, wenn die Natur der geschuldeten Tätigkeit eine solche Einbindung in die betriebliche Organisation sachlich erfordert, die geschuldete Tätigkeit mit anderen Worten ohne eine entsprechende Einbindung in den Betrieb gar nicht erbracht werden könnte.
- 16 Diesen Grundsatz hat der OGH bereits mehrfach betont.¹⁵ Auch der VwGH hat in jüngerer Zeit erkennen lassen, dass sich eine **Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort aus „gegebenen Sachzwängen“** ergeben könne und in einem solchen Fall für die Feststellung einer persönlichen Abhängigkeit nicht unterscheidungskräftig sei.¹⁶ In diesem Fall hat das Kriterium bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit außer Betracht zu bleiben und es komme in besonderem Maß auf die anderen Kriterien an.¹⁷
- 17 Wie in weiterer Folge zu zeigen sein wird, ist gerade bei **Unternehmensberatung und IT-Dienstleistung** (und wohl auch bei der Buchhaltung) häufig **allein auf Grund der Natur der Tätigkeit eine Einbindung in den Betrieb des Auftraggebers erforderlich** (dazu sogleich unten G). Auch die Verwendung fremder Betriebsmittel ergibt sich – insbesondere bei IT-Dienstleistungen – aus gegebenen Sachzwängen und ist daher für den Tatbestand der persönlichen Abhängigkeit häufig nicht aussagekräftig (siehe unten).

F. Einbindung in den fremden Betrieb

- 18 Für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit spricht nach der Rsp des VwGH und des OGH der Umstand, dass die betreffende Tätigkeit in den Betriebsräumlichkeiten des Auftraggebers im Wesentlichen zu den üblichen Betriebszeiten ausgeübt wird.¹⁸ Davon macht der OGH ausdrücklich dann eine Ausnahme, wenn die vertrag-

¹⁴ RIS-Justiz RS0021518 (T32), (T34).

¹⁵ RIS-Justiz RS0021518 (T32), (T34).

¹⁶ VwGH 7.5.2008, 2007/08/0341 (IT-Supportleistungen).

¹⁷ VwGH 7.5.2008, 2007/08/0341 (IT-Supportleistungen).

¹⁸ ZB VwGH 25.6.2013, 2013/08/0079 (Grafiker).

lich vereinbarte **Anwesenheit in den Räumlichkeiten des Auftraggebers sachlich erforderlich ist**, um den übernommenen Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen.¹⁹

- 19 Eine sachliche Erforderlichkeit der Einbindung in den fremden Betrieb wurde vom OGH für einen **Justizanstaltsarzt** angenommen. Die Anwesenheit des Arztes in den Räumlichkeiten der Justizanstalt sei auf Grund der Natur der Tätigkeit erforderlich und könne daher nicht als Kriterium für seine persönliche Abhängigkeit oder seine selbstständige Erwerbstätigkeit herangezogen werden. Nach Prüfung weiterer Kriterien lehnte der OGH in dem Fall das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit und damit eines Arbeitsvertrages ab.²⁰
- 20 In einer anderen Entscheidung führte der OGH im Zusammenhang mit der Qualifikation einer (in der Entscheidung nicht näher beschriebenen) Lehrtätigkeit als Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag wörtlich aus: „(...) die Abhaltung der Kurse in den Räumen des Veranstalters liegt in der Natur vergleichbarer Tätigkeiten; derartige Umstände sind daher für sich allein nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des Vortragenden zu begründen“²¹ (Hervorhebung durch den Verfasser).
- 21 Auch für die wohl überwiegenden Tätigkeiten von **Unternehmensberatern** wird eine Anwesenheit des Unternehmensberaters in den Räumlichkeiten des Auftraggebers sachlich erforderlich, um den übernommenen Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Strategische Managementberatung, Beratungen im Personalwesen, in der betrieblichen Organisation, im Controlling, Finanz- und Rechnungswesen sowie Beratungen im Vertrieb bzw im Marketing erfordern im Regelfall die umfassende räumliche Einbindung des Unternehmensberaters in den Betrieb des Auftraggebers.²² Dabei ist in aller Regel nicht nur die räumliche Anwesenheit des Beraters im fremden Betrieb erforderlich, sondern – zu einem im Einzelfall sicherlich unterschiedlichen Ausmaß – auch eine sachliche Einbindung des Beraters in die betrieblichen Abläufe des Auftraggebers.
- 22 Angesprochen ist damit die sogenannte „**Externe Beratung**“.²³ Der externe Berater steht organisatorisch außerhalb des Unternehmens, was ihm erlaubt, unabhängig und frei von betrieblichen Sachzwängen zu agieren. Die Beratungsleistungen kann aber ein externer Unternehmensberater natürlich nur erbringen, wenn er ein ausreichendes Verständnis für die internen betrieblichen Gegebenheiten und Abläufe des Auftraggebers

¹⁹ OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g (Justizanstaltsarzt ist freier Dienstnehmer).

²⁰ OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g (Justizanstaltsarzt ist freier Dienstnehmer).

²¹ OGH 23.3.2010, 8 ObA 57/09d (Lehrtätigkeit).

²² Vgl zur Typologie der Unternehmensberatung und zu den Beratungsfeldern ausführlich *Ennsfellner/Bodenstein/Herget*, Exzellenz in der Unternehmensberatung (2014) 21 ff.

²³ Zur Differenzierung zwischen Externer und Interner Beratung *Ennsfellner/Bodenstein/Herget*, Exzellenz in der Unternehmensberatung (2014) 16 f.

hat. Dies erfordert eine entsprechende räumliche und sachliche Einbindung des Unternehmensberaters in den Betrieb des Auftraggebers. Somit ist die räumliche Anwesenheit und die sachliche Einbindung in den fremden Betrieb im Regelfall ein notwendiger Bestandteil der Tätigkeit eines externen Unternehmensberaters. Im Anschluss an die oben zitierte Rsp des OGH ist die Einbindung in den fremden Betrieb für sich allein nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des externen Unternehmensberaters zu begründen.²⁴

- 23 Auch bei **IT-Dienstleistungen** werden die räumliche Anwesenheit und die Einbindung in den fremden Betrieb in sehr vielen Fällen sachlich erforderlich sein, um die vertraglich geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erfüllen. Wenn **Arbeiten an der vorhandenen IT-Infrastruktur des Auftraggebers** durchzuführen sind, liegt es beispielsweise nahe, dass der IT-Dienstleister diese Arbeiten in den Räumlichkeiten des Auftraggebers durchführen wird. Auch Sicherheits- und Geheimhaltungsgründe oder die vertraglich vereinbarte Aufgabe, vorhandene IT-Strukturen zu optimieren, können dafür sprechen, dass der IT-Dienstleister räumlich und sachlich in den fremden Betrieb eingegliedert werden muss, um seine vertraglichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Erfordert die Art der Tätigkeit des IT-Dienstleisters eine Eingliederung in den fremden Betrieb, ist sie für sich allein nicht geeignet, seine persönliche Abhängigkeit zu begründen.

G. Wesentliche eigene Betriebsmittel bzw eigene Unternehmensstruktur

- 24 Das Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel ist – neben der im Wesentlichen persönlichen Erbringung der Dienstleistung – kennzeichnend für einen freien **Dienstvertrag gem § 4 Abs 4 ASVG**. Ferner ist das Nichtvorhandensein eigener wesentlicher Betriebsmittel auch ein Abgrenzungskriterium, das der VwGH in ständiger Rsp iZm der wirtschaftlichen Abhängigkeit, als ein Tatbestandsmerkmal eines Dienstvertrages gem § 4 Abs 2 ASVG heranzieht. Die Ausübung einer Tätigkeit unter Verwendung von fremden Betriebsmitteln wird ganz allgemein als Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit angesehen und spielt daher eine entscheidende Rolle für die Abgrenzung des freien Dienstvertrages (§ 4 Abs 4 ASVG) und des Dienstvertrages (§ 4 Abs 2 ASVG) auf der einen Seite von einer echten selbständigen Tätigkeit bzw einem Werkvertrag auf der anderen Seite.²⁵

²⁴ Anderes gilt für sogenannte interne Berater. Dabei handelt es sich um Dienstnehmer, die in anderen Bereichen desselben Unternehmens beschäftigt sind, also um Dienstnehmer; vgl dazu *Ennsfellner/Bodenstein/Herget*, Exzellenz in der Unternehmensberatung (2014) 16.

²⁵ Vgl auch Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (912 BlgNR XX. GP, 5) iZm der Novellierung des § 4 Abs 4 ASVG.

- 25 Über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt nach der Rsp des VwGH, wer sich mit Betriebsmitteln **eine eigene betriebliche Infrastruktur** geschaffen hat.²⁶ Auch in Fällen, in denen eine unternehmerische Organisation bestimmten Ausmaßes nicht klar zutage tritt, ist ein Betriebsmittel dann für eine Tätigkeit wesentlich, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch **Aufnahme in das Betriebsvermögen** (und die damit einhergehende steuerliche Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es **seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt** ist.²⁷
- 26 Nach mittlerweile wohl als gefestigt zu bezeichnender Rsp des VwGH ist stets vorausgesetzt, dass es sich um ein „**Sachmittel**“ handelt, welches für die konkret in Rede stehende Tätigkeit des (freien) Dienstnehmers wesentlich ist.²⁸ Die **Beschränkung auf Sachmittel** findet sich soweit ersichtlich erstmals im Erkenntnis des **VwGH 2007/08/0223 vom 23.1.2008**, in dem sich das Höchstgericht besonders ausführlich mit dem Tatbestand der wesentlichen eigenen Betriebsmittel gem § 4 Abs 4 ASVG unter Würdigung der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, der Materialien und der Literatur auseinandersetzte. Allerdings betraf der zu entscheidende Fall die Verwendung eines Pkw bzw Fahrrades durch einen freien Dienstnehmer, dessen Tätigkeit in der Verrichtung von Botendiensten bestand. Die Beschränkung auf Sachmittel stellt in diesem Erkenntnis daher ein bloßes obiter dictum dar, weshalb es auch nicht überrascht, dass in dieser ansonsten überaus umfassend begründeten Entscheidung keine nähere Begründung für diesen – für die Entscheidung letztlich irrelevanten – Punkt zu finden ist. Die Beschränkung auf Sachmittel findet sich dann wieder im Erkenntnis des **VwGH 2013/08/0030 vom 11.12.2013**, das ebenfalls die Verwendung eines Pkw bzw von Fahrrädern als Betriebsmittel für die Ausübung einer Botentätigkeit betraf. Eine Begründung für die Beschränkung auf Sachmittel ist auch diesem Erkenntnis nicht zu entnehmen.
- 27 Entscheidungswesentlich war die Beschränkung auf Sachmittel erst für das Erkenntnis **VwGH 11.6.2014, 2012/08/0245**. Im Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung der Tätigkeit eines Masseurs ging es unter anderem um die Frage, ob das Know-how und die Arbeitskraft des Masseurs als eigenes wesentliches Betriebsmittel anzusehen sind. Der VwGH verneinte dies und begründete seine Rechtsansicht, indem der den Rechtssatz aus den beiden oben bereits näher dargestellten Erkenntnissen zitierte, wonach es sich bei einem Betriebsmittel um ein Sachmittel handeln muss. Offenbar geht der VwGH somit davon aus, dass Sachmittel gleichzu-

²⁶ ZB VwGH 23.1.2008, 2007/08/0223; VwGH 15.5.2013, 2012/08/0163.

²⁷ VwGH 15.5.2013, 2012/08/0163; VwGH 23.1.2008, 2007/08/0223.

²⁸ VwGH 11.6.2014, 2012/08/0245; VwGH 23.1.2008, 2007/08/0223; VwGH 11.12.2013, 2013/08/0030.

setzen sind mit „körperlichen“ Gegenständen. Diese Beschränkung von Betriebsmitteln iSd § 4 Abs 4 ASVG auf Sachmittel (womöglich verstanden als körperliche Gegenstände) geht somit auf ein obiter dictum im Erkenntnis VwGH 2007/08/0223 vom 23.1.2008 zurück und hat sich in der Rsp des VwGH fortgepflanzt.

- 28 Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus den Gesetzesmaterialien zu § 4 Abs 4 ASVG lässt sich ein Betriebsmittel-Begriff beschränkt ausschließlich auf körperliche Gegenstände ableiten. Auch die **hL** legt den Begriff der Betriebsmittel nicht derart eng aus. Regelmäßig findet sich in der Literatur zwar der Hinweis auf „sachliche“ bzw „sächliche“ Hilfsmittel, doch ist damit wohl nicht gemeint, dass es sich zwingend um „gegenständliche“ bzw „körperliche“ Hilfsmittel handeln muss und immaterielle Güter von vornherein nicht als wesentliche Betriebsmittel in Betracht kommen. Beispielsweise vertreten *Mosler/Glück*²⁹, dass **Betriebsmittel** alle sachlichen Hilfsmittel des Betriebes bzw Unternehmens seien, die zur Erreichung des Betriebszweckes benötigt würden, wie zB **auch Urheberrechte, Patente sowie der „good will“** eines Unternehmens (Kundenstock, Kreditwürdigkeit, Kenntnis von Bezugsquellen). Urheberrecht, Patentrechte und der „good will“ sind keine körperlichen Gegenstände. Damit werden ausdrücklich auch immaterielle Güter als Betriebsmittel im Sozialversicherungsrecht anerkannt.
- 29 Nach *Schrank/Grabner*³⁰ sind unter Betriebsmittel „Sach- und Organisationsmittel“ zu verstehen, die typischerweise über den einzelnen Dienstleistungsauftrag hinausgehen und der Akquisition und Erfüllung einschlägiger Dienstleistungsaufträge dienen und/oder eine diesen entsprechende betriebliche Infrastruktur zu schaffen geeignet sind. Im Zweifel seien auch im Sozialversicherungsrecht als Betriebsmittel alle Wirtschaftsgüter anzusehen, die steuerlich als Wirtschaftsgüter anerkannt werden. Der Begriff des Wirtschaftsgutes ist im EStG nicht definiert. Nach der Rechtsprechung sind Wirtschaftsgüter alle im wirtschaftlichen Verkehr nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertbaren Güter jeder Art. Zu den **Wirtschaftsgütern** gehören auch **immaterielle Werte**.³¹ Das Wirtschaftsgut iSd EStG setzt nicht einmal voraus, dass es bilanzierungsfähig ist.³² Durch den Verweis auf den Begriff des Wirtschaftsgutes iSd EStG erkennen somit auch *Schrank/Grabner*³³ an, dass Betriebsmittel nicht zwingend körperliche Gegenstände sein müssen. Ferner führen die Autoren *Schrank/Grabner*³⁴ aus, dass eine eventuelle steuerliche Nichtanerkennung als Betriebsausgabe, wie zB

²⁹ Ebenso *Mosler/Glück*, Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, RdW 1998, 78 ff.

³⁰ *Schrank/Grabner*, Werkverträge und freie Dienstverträge², 40ff.

³¹ *Doralt* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 4 Tz 36 mwN.

³² *Doralt* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 4 Tz 37 mwN.

³³ *Schrank/Grabner*, Werkverträge und freie Dienstverträge², 43.

³⁴ *Schrank/Grabner*, Werkverträge und freie Dienstverträge², 43.

seit 1997 in vielen Fällen das im Wohnungsverband gelegene Arbeitszimmer, auf fiskalischen Erwägungen beruhe und daher in Fällen „*sachlich plausibler Notwendigkeit des Einsatzes sächlicher Mittel*“ nichts an ihrer Qualifikation als Betriebsmittel iSd Sozialversicherungsrechts ändere. Die Autoren ziehen also im Zweifel eine Parallele zum Steuerrecht, gehen aber dann offenkundig davon aus, dass der Begriff des Betriebsmittels im Sozialversicherungsrecht im Zweifel noch weiter gehen kann, als die betrieblich-beruflich veranlassten Wirtschaftsgüter iSd § 4 Abs 4 EStG.

- 30** Unabhängig davon, ob man zur Auslegung der Betriebsmittel im Zweifel auf das Steuerrecht zurückgreift oder nicht³⁵, ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten, dass nach der hL **auch immaterielle Güter als Betriebsmittel iSd § 4 ASVG in Betracht kommen.**
- 31** Für den hier interessierenden eigenen Betriebsmitteleinsatz als Abgrenzungskriterium von Dienstleistungen gem § 4 Abs 2 ASVG und nicht-unternehmerischen freien Dienstleistungen gem § 4 Abs 4 ASVG auf der einen Seite von unternehmerischen freien Dienstleistungen sowie Werkverträgen auf der anderen Seite, ist mE der **Kapitaleinsatz** und **das damit verbundene unternehmerische Risiko** ganz wesentlich.³⁶ Eigene Betriebsmittel sind Güter, für welche der selbständig Erwerbstätige Kapital eingesetzt hat, um sie zu erwerben und zur Erreichung des Betriebs- bzw Unternehmenszweckes einzusetzen. Durch die Auswahl der Betriebsmittel und den Einsatz des hierfür erforderlichen Kapitals hat der freie Dienstnehmer oder Werkunternehmer ein unternehmerisches Risiko übernommen (Betriebsmittelrisiko bzw Investitionsrisiko in Bezug auf die angeschafften Betriebsmittel). Erweist sich die Auswahl der erworbenen Betriebsmittel als ungeeignet zur Erreichung des Unternehmenszweckes, trägt allein der Unternehmer hierfür das Risiko. Unerheblich ist dann die Frage, aus welchem Grund die eigenen Betriebsmittel zur Zweckerreichung ungeeignet waren.
- 32** Die **Übernahme des Betriebsmittelrisikos (Investitionsrisiko für die Anschaffung eigener Betriebsmittel)**, die für den Betriebs- bzw Unternehmenszweck erforderlich sind, ist ein wesentliches Kriterium für die Unterscheidung einer unternehmerischen Tätigkeit von Tätigkeiten in wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG und von nicht-unternehmerischen freien Dienstleistungen gem § 4 Abs 4 ASVG. Wer fremde Betriebsmittel verwendet, geht kein Investitionsrisiko ein, was für eine nicht-unternehmerische Tätigkeit spricht. Der Gedanke der Tragung des Unternehmerrisikos trägt auch für die Zwecke des Sozialversicherungsrechts.

³⁵ Für eine Orientierung am EStG *Schrank/Grabner*, Werkverträge und freie Dienstverträge², 43; dagegen *Mosler/Glück*, Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, RdW 1998, 78 ff.

³⁶ Grundlegende Überlegungen zur Bedeutung des Unternehmerrisikos im Arbeitsrecht finden sich bei *Reiner*, Der OGH, das Arbeitsrecht und das Unternehmerrisiko: Ein erster Befund, ZAS 2008, 204 ff.

- 33 Irrelevant ist vor diesem Hintergrund die Frage, ob es sich bei den erworbenen Betriebsmitteln um materielle oder immaterielle Güter handelt. Entscheidend ist vielmehr, welche Mittel wesentlich für die Verwirklichung des Betriebs- bzw Unternehmenszwecks sind und ob der Betroffene sie angeschafft hat und dabei ein unternehmerisches Risiko eingegangen ist. Welche Betriebsmittel als wesentlich anzusehen sind, muss allgemein (unternehmerische Struktur) als auch im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit beurteilt werden.³⁷ Erfordert eine konkrete Tätigkeit ein ganz bestimmtes Know-how, das der freie Dienstnehmer oder Werkunternehmer durch Einsatz des hierfür erforderlichen Kapitals erst erwerben muss und wofür somit ein bezifferbares Investitionsrisiko übernommen wurde, kann mE auch dieses erworbene **Know-how als eigenes Betriebsmittel** anerkannt werden. Die Übernahme eines Investitionsrisikos beim Erwerb der für die konkrete Tätigkeit notwendigen Betriebsmittel ist kennzeichnend für eine unternehmerische Tätigkeit. Dabei ist nicht nur der Aufwand für den erstmaligen Erwerb des erforderlichen Know-hows zu berücksichtigen, sondern auch der Kapitaleinsatz, den der Betroffene aus eigenen Mitteln bestreiten muss, um sich laufend fortzubilden, damit er die Tätigkeit weiterhin ausüben kann und am Markt wettbewerbsfähig bleibt.
- 34 Auch § 539a ASVG stützt dieses Argument im vorliegenden Zusammenhang: Bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten im Bereich der Unternehmensberatung, IT-Branche und Buchhaltung treten neben oder sogar an die Stelle von körperlichen Gegenständen als Betriebsmittel (Produktionsmaschine, Lagerraum, Computer oder betrieblich genutzter Pkw) regelmäßig immaterielle Betriebsmittel. Dazu gehören mE auch die über längere Zeit erworbenen Spezialkenntnisse und Erfahrungen des Betroffenen. Dieser Kenntnis- und Erfahrungserwerb erfordert idR nicht unbeträchtliche Investitionen des Betroffenen in die eigene Aus- und Weiterbildung und somit die Übernahme eines unternehmerischen Investitionsrisikos. Nach der gem § 539a ASVG **gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise** wird das Investitionsrisiko für den Erwerb von derartigen Spezialkenntnissen und Erfahrungen das Investitionsrisiko für den Erwerb von materiellen Wirtschaftsgütern (zB Kauf eines betrieblich genutzten Notebooks) regelmäßig sogar summenmäßig übersteigen.
- 35 Es kann auch nicht gesagt werden, dass ein speziell **erworbenes Know-how notwendiger Teil der eigenen Arbeitskraft** ist und der Betroffene somit nur über seine eigene Arbeitskraft verfügt. Bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten obliegt es nämlich der unternehmerischen Entscheidung des Einzelnen, welche Spezialkenntnisse er erwerben möchte, um seine Leistungen am Markt anzubieten. Wirtschaftlich betrachtet ist daher das konkret erworbene Know-how gerade der entscheidende Zusatz zur eigenen Arbeitskraft, das für den unternehmerischen Erfolg oder

³⁷ Mosler/Glück, Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, RdW 1998, 78ff.

Misserfolg des Anbieters von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten am Markt entscheidet.

- 36 Wirtschaftlich betrachtet ist es aus diesen Gründen nicht einzusehen, warum die Anschaffung eines gebrauchten Pkws für betriebliche Zwecke iHv EUR 5.000,- oder der Kauf einer Spezialsoftware iHv EUR 800,- als eigene Betriebsmittel anzusehen sind, nicht aber die im Rahmen eines kostenpflichtigen speziellen Lehrgangs erworbenen besonderen Kenntnisse. Maßgebend ist in allen Fällen, ob die Betriebsmittel im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit am Markt erforderlich sind. Spezial-(Kenntnisse) und Erfahrungen des Unternehmensberaters oder IT-Dienstleisters werden regelmäßig der entscheidende Faktor sein, ob eine Auftragsvergabe erfolgt und welcher Preis für den Auftrag verlangt werden kann. Das Vorhandensein eigener materieller Betriebsmittel tritt demgegenüber auf Grund der Art der konkreten Tätigkeit in den Hintergrund.
- 37 Für die Berücksichtigung von immateriellen Gütern im Allgemeinen und von Spezialkenntnissen sowie Erfahrungen im Besonderen als Betriebsmittel iSd ASVG spricht auch ein **Blick ins Zivilrecht**. Dem Zivilrecht liegt ein weites Verständnis des Begriffs „Werk“ zugrunde. Es umfasst auch die **Herstellung unkörperlicher Werke**. Die Schaffung **unkörperlicher Werke** erfordert regelmäßig andere „Betriebsmittel“ als die Herstellung von körperlichen Werken. Es liegt nahe, dass bei der Herstellung eines unkörperlichen Werks auch unkörperliche Betriebsmittel zum Einsatz zu bringen sind. Dieser Umstand ist mE auch im Sozialversicherungsrecht entsprechend zu berücksichtigen.
- 38 Die Nichtberücksichtigung von Spezialkenntnissen und Erfahrungen als wesentliche Betriebsmittel zur Herstellung unkörperlicher Werke dürfte auch eine Ungleichbehandlung von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten im Vergleich zu handwerklichen Tätigkeiten darstellen, bei denen stets materielle Betriebsmittel im Vordergrund stehen. Es ist mE kein Schutzzweck des Sozialversicherungsrechts erkennbar für eine derartige Ungleichbehandlung der Herstellung von körperlichen und unkörperlichen Werken und damit einhergehend von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten und handwerklichen bzw maschinellen Tätigkeiten.
- 39 Ganz allgemein ist zu berücksichtigen, dass wesentliche eigene Betriebsmittel bzw eine eigene Unternehmensstruktur als Abgrenzungskriterien vor einem rein sozialversicherungsrechtlichen Hintergrund insoweit zu relativieren sind, als damit nicht die selbständige Ausübung einer bestimmten Tätigkeit von vornherein ausgeschlossen werden darf. Gerade im Zusammenhang mit der Erbringung von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten ist mit diesen Abgrenzungskriterien nämlich ganz offensichtlich die Gefahr verbunden, dass die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch Ein-Personen-Unternehmen benachteiligt bzw im Segment der hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten sogar unmöglich gemacht wird. Daher ist auch hier stets zu fragen, ob die Natur einer bestimmten Tätigkeit überhaupt das Vorhan-

densein einer unternehmerischen Infrastruktur erfordert und wenn ja, welcher Art diese sein muss.

H. Weisungsrecht

- 40 Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit ist als entscheidendes Kriterium der Fremdbestimmung der Unterschied zwischen persönlichen und sachlichen Weisungen zu berücksichtigen.³⁸ Sachliche Weisungen kommen auch bei Werkverträgen oder freien Dienstverträgen vor. Zutreffend betont der OGH, dass in vielen Fällen derartige Verträge ohne Weisungen gar nicht vorstellbar sind.³⁹ Unter persönlichen Weisungen hingegen versteht man Weisungen, die die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben und die, soweit sie berechtigt nach dem Vertragsinhalt erteilt werden, die eigene Gestaltungsfreiheit bzw den Ermessenspielraum bei der Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschalten.⁴⁰ Ein Grund für eine Abweichung von diesen zivilrechtlichen Grundsätzen im Sozialversicherungsrecht ist mE nicht erkennbar. **Sachbezogene Weisungen und Kontrollen schließen die persönliche Unabhängigkeit nicht aus.**⁴¹ Sie sprechen auch im Sozialversicherungsrecht nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages bzw gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit.
- 41 Erbringt ein Unternehmensberater, ein IT-Dienstleister oder Buchhalter seine Leistungen auf Grund **der Natur der Tätigkeit in den Räumlichkeiten des Auftraggebers, stellen** betrieblichen Ordnungsvorschriften – also Weisungen des Auftraggebers, „Arbeitsordnungen“, „Dienstordnungen“ oder „Betriebsordnungen“ die sich auf den Aufenthalt im Betrieb und den Gebrauch der Betriebsmittel beziehen – keine persönlichen Weisungen dar, wenn derartige Weisungen auch für alle übrigen Personen gelten, die sich im Betrieb des Auftraggebers aufhalten. Beispielsweise hat der OGH im bereits zitierten Fall des in der Anstalt tätigen Justizanstaltsarztes zutreffend festgehalten, dass Weisungen in Bezug auf die Sicherheit und Ordnung der Justizanstalt schon deshalb keine „persönlichen Weisungen“ darstellen, weil diesen sämtliche in der Justizanstalt aufhältige Personen unterworfen sind, unabhängig davon, ob sie überhaupt in einem Vertragsverhältnis zur beklagten Partei stehen. Entsprechendes muss auch für Unternehmensberater oder IT-Dienstleister gelten, die sich allein auf Grund der Natur ihrer Tätigkeit im Betrieb des jeweiligen Auftraggebers aufhalten müssen. Die Einhaltung derartiger betrieblicher Ordnungsvorschriften ist eine notwendige Begleiterscheinung, die sich aus dem Umstand erklärt, dass die Tätigkeit auf Grund ihrer Natur eine Einbindung in den fremden Betrieb erfordert. Eine Aussage

³⁸ ZB OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g.

³⁹ OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g.

⁴⁰ OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f.

⁴¹ VwGH 17.11.2004, 2001/08/0158.

über eine persönliche Anhängigkeit kann aus diesem Umstand für sich alleine nicht gezogen werden.

- 42 Kritisch zu hinterfragen ist mE der in der Rsp des VwGH in diesem Zusammenhang regelmäßig verwendete Begriff einer sogenannten **stillen Autorität**. Der VwGH hat bereits in seinem Erkenntnis vom 18.5.1955, Slg Nr 3744/A, einer **Säuglingsschwester** nicht deshalb persönliche Abhängigkeit absprechen können, weil sie die erforderlichen Fachkenntnisse selbst besaß, so dass sich die Erteilung von Weisungen erübrigte. Dienstnehmer, bei denen infolge ihrer Kenntnisse, Erfahrungen oder Fähigkeiten Weisungen entbehrlich sind, können nach der Rsp dennoch der **stillen Autorität** ihres Dienstgebers unterliegen und daher persönlich weisungsgebunden sein.⁴² Dies soll auch dann gelten, wenn die Art der Arbeit so beschaffen ist, dass sich daraus allein schon die (weitgehende) Freistellung von Weisungen ergibt, was insbesondere bei hochqualifizierten/wissenschaftlichen oder künstlerischen Tätigkeiten der Fall sei.
- 43 Da mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw sachliche Entscheidungsbefugnis stetig erweitert wird, spielt die Figur der stillen Autorität vor allem bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten eine Rolle. Was genau die stille Autorität ist, bleibt dabei regelmäßig offen. Jedenfalls wird durch diese terminologisch unbestimmte Rechtsfigur das Kriterium einer persönlichen Weisungsgebundenheit maßgebend auch auf Fälle erweitert, in denen nachgewiesener Maßen derartige Weisungen gar nicht stattgefunden haben. Die stille Autorität substituiert nämlich nach der Rsp des VwGH ausdrückliche persönliche Weisungen bzw Kontrollen und stellt damit vor allem Tätigkeiten, die durch eine hohe eigene Entscheidungsbefugnis des Beauftragten gekennzeichnet sind, unter den Generalverdacht einer persönlichen Weisungsgebundenheit. Praktisch ist es sehr schwer möglich, das Nichtvorliegen einer stillen Autorität nachzuweisen. Mit den Zwecken des Sozialversicherungsrechts ist das mE nicht vereinbar. Daher wäre eine Aufgabe dieser Rechtsfigur oder zumindest eine restriktivere Handhabung durch die Rsp des VwGH dringend angezeigt.

I. Persönliche Arbeitspflicht und generelles Vertretungsrecht

- 44 Nach der Rsp des VwGH fehlt die persönliche Arbeitspflicht (und damit auch eine persönliche Abhängigkeit) jedenfalls dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein sogenanntes generelles Vertretungsrecht zukommt.⁴³ Ein „generelles Vertretungsrecht“ liegt nach der Rsp aber nur dann vor, wenn der zur Leistung Verpflichtete jederzeit nach Gutdünken und ohne Verständigung seines Vertragspartners beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann. Keine generelle Vertretungsbeziehung stellt nach Ansicht des VwGH die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen

⁴² Siehe beispielsweise VwGH 15.5.2013, 2013/08/0051; VwGH 25.6.2013, 2013/08/0093 jeweils mwN.

⁴³ Vgl etwa VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131; VwGH 2.12.2013, 2013/08/0191.

dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, zB im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen.⁴⁴ Nach der Rsp soll dieses Kriterium vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen berücksichtigen, der – anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter – im Rahmen einer unternehmerischen Organisation werkvertragliche Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters oder Subunternehmers bedient.⁴⁵

45 Festzuhalten ist, dass diese Rsp des VwGH zum generellen Vertretungsrecht in Divergenz zur zivilrechtlichen Rsp und Lehre zu § 1165 ABGB steht. Im Zivilrecht ist anerkannt, dass der Unternehmer bei einem Werkvertrag zur Werkherstellung im Zweifel auch Angestellte und Subunternehmer heranziehen kann. Ist eine persönliche Ausführung vereinbart, scheidet aber eine Werkherstellung durch Gehilfen grundsätzlich aus. **Höchstpersönliche Ausführung** kann auch schlüssig vereinbart sein, wenn es dem Besteller erkennbar auf das persönliche Tätigwerden des Unternehmers ankommt, was insbesondere bei anerkannten Spezialisten zu prüfen ist.⁴⁶ Die Vereinbarung einer persönlichen Ausführung durch den Werkunternehmer macht den Werkvertrag – zumindest im Zivilrecht – aber nicht zu einem (freien) Dienstvertrag.

46 Diese Divergenz zwischen Sozialversicherungsrecht und Zivilrecht ist zumindest im Hinblick auf ihre sachliche Rechtfertigung erklärungsbedürftig. Auch im Sozialversicherungsrecht müsste anerkannt sein, dass es dem Besteller erkennbar auf besondere Eigenschaften des Werkunternehmers ankommen kann, weshalb es ihm auf eine persönliche Ausführung durch den Werkunternehmer ankommt. Je höher die Qualifikation des beauftragten Werkunternehmers ist und je spezieller die in Aussicht genommene Tätigkeit, desto wichtiger wird aus Sicht des Werkbestellers die persönliche Ausführung sein. Betroffen sind praktisch somit vor allem hochqualifizierte wissensbasierte Tätigkeiten, denn im Ergebnis führt die Rsp-Linie des VwGH zu einer Ungleichbehandlung von einfachen manuellen Tätigkeiten, bei denen ein „generelles Vertretungsrecht“ iSd Rsp viel häufiger vorkommen wird, und hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten, bei welchen es meist auf ganz bestimmte Fähigkeiten und Kenntnisse des beauftragten Unternehmers ankommt. Vor der eigentlich im Mittelpunkt stehenden Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit (unabhängig von ihrer konkreten Natur) überwiegend in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht wird oder eine selbständige Erwerbstätigkeit darstellt, ist diese Ungleichbehandlung mE sachlich nicht gerechtfertigt. Daher ist – wie bereits oben bei der Einbindung in den fremden Betrieb

⁴⁴ VwGH 24.4.2014, Zl. 2013/08/0258.

⁴⁵ VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131; VwGH 25.6.2013, 2013/08/0191.

⁴⁶ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 1165, 1166 Rz 29.

– im Einzelfall zu prüfen, ob das Nichtvorhandensein eines „generellen Vertretungsrechts“ allein auf Grund der Art der geschuldeten Tätigkeit beruht. Ist dies der Fall, kann daraus zumindest für sich genommen, kein Rückschluss auf eine persönliche Abhängigkeit gezogen werden.

J. Zu den Begriffen „Werk“ und „abgrenzbarer Erfolg“

- 47** In dieser Studie kann aus zeitlichen Gründen keine umfassende Untersuchung des Werkbegriffes im Zivil- und Sozialversicherungsrecht erfolgen. Auftragsgemäß beschränken sie die folgenden Ausführungen auf **ausgewählte Punkte** iZm der Tätigkeit von Unternehmensberatern und IT-Dienstleistern.
- 48** Wie bereits oben ausgeführt stellt § 1151 ABGB die **Verpflichtung zur Dienstleistung** für einen Anderen auf eine gewisse Zeit der **Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes** gegenüber. Auf diese Abgrenzung nimmt der VwGH auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts regelmäßig Bezug.⁴⁷ Beim Werkvertrag kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis, die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung –in der Regel bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet auch das Vertragsverhältnis.⁴⁸
- 49** Dem ABGB liegt ein weites Verständnis des Begriffs „Werk“ zugrunde, der **körperliche und unkörperliche Werke** gleichermaßen umfasst.⁴⁹ Inhalt des Werkvertrags können daher die Herstellung oder Bearbeitung einer körperlichen Sache, die Herstellung einer Software, das Schaffen und Bearbeiten eines geistigen Werks und sonstige Leistungen sein. Maßgebend für die Abgrenzung zum Dienstvertrag ist, dass beim Werkvertrag ein **Erfolg** geschuldet ist, so dass das Risiko des zufälligen Misslingens des Werks den Werkunternehmer trifft.⁵⁰
- 50** Für den Bereich der Unternehmensberatung ist zunächst festzuhalten, dass die von Unternehmensberatern vertraglich geschuldeten Leistungen in der Praxis sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Eine generelle Aussage, dass die von einem Unternehmensberater erbrachte Tätigkeit im Lichte des § 1151 ABGB stets einen Werkvertrag oder immer einen (freien) Dienstleistungsvertrag darstellt, lässt sich nicht machen. Als Grundlage soll daher die Beschreibung der Tätigkeit von Unternehmensberatern in der einschlägigen Europäischen Norm EN 16114 herangezogen werden.⁵¹ Pkt 3.10. EN

⁴⁷ Siehe zB VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131.

⁴⁸ Rechtssatz aus der stRsp des VwGH.

⁴⁹ RIS-Justiz RS0021678.

⁵⁰ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 1165, 1166 Rz 8.

⁵¹ Abgedruckt bei *Ennsfellner/Bodenstein/Herget*, *Exzellenz in der Unternehmensberatung* (2014) 218 ff.

16114 definiert eine **Unternehmensberatungsdienstleistung** wie folgt: *„Zusammenstellung multidisziplinärer geistiger Arbeiten im Bereich der Managementtätigkeiten mit dem Ziel, Werte zu schaffen oder Veränderungen zu fördern, indem Beratung oder Lösungen bereitgestellt werden oder indem Maßnahmen getroffen werden oder indem abzuliefernde Leistungen hergestellt werden.“*

- 51** In Punkt 3.13 EN 16114 ist ein „**Ergebnis**“ definiert: *„Folge eines Prozesses oder einer Aktion, die sich auf etwas Bewertbares für das Unternehmen bezieht“*. Als Beispiele werden unter dieser Definition die Verbesserung der Profitabilität oder des Werts einer bestimmten Kennzahl genannt.
- 52** Nach EN 16114 Pkt 4.1. ist der **Auftrag** nach Vervollständigung der zu liefernden Leistungen und Prüfung der Ergebnisse **abgeschlossen**, *„wenn alle noch offenen Punkte sowie alle vertraglichen und rechtlichen Verpflichtungen geklärt sind. Es ist wichtig, dass die Unternehmensberatung mit dem Klienten Einverständnis herstellt, dass der Auftrag vollständig erfüllt ist“*. In dem Zusammenhang empfiehlt Pkt 5.5.3. der Norm EN 16114: *„Der Vertrag sollte eine Beschreibung der zu erbringenden Leistungen und der am Ende der Beratungstätigkeit zu erreichenden Ergebnisse beinhalten. Die Zielvorgaben sollten spezifisch, messbar, erreichbar, realistisch und zeitlich eingegrenzt festgelegt werden, so dass die tatsächlichen Ergebnisse des Auftrags evaluiert werden können.“*
- 53** Auf der Grundlage dieser Angaben aus der Europäischen Norm EN 16114 kann der Schluss gezogen werden, dass im Rahmen von Unternehmensberatungsverträgen häufig ein konkreter Erfolg geschuldet sein wird, mag dieser im Regelfall auch in der **Herstellung eines unkörperlichen Werkes** bestehen. Ausdrücklich empfohlen wird in der Europäischen Norm immerhin, dass das vom Unternehmensberater geschuldete Ergebnis **spezifisch, messbar und zeitlich eingegrenzt festgelegt werden** sowie **evaluierbar** sein sollte. Ein solcherart vereinbartes „Werk“ wird daher regelmäßig auch einer (eingeschränkten) Gewährleistungspflicht des Unternehmensberaters unterliegen: Im Falle einer Schlechterfüllung wird dem Unternehmensberater kein Anspruch auf die Bezahlung des vollen Honorars zustehen. Somit sind zumindest in den von der Europäischen Norm dargestellten Empfehlungen die Voraussetzungen eines Werkvertrages im Regelfall wohl erfüllt. Ob dies auch im konkreten Einzelfall zutrifft, kann hier nicht generell beantwortet werden, sondern muss auf Grund der konkreten Umstände gesondert geprüft werden.
- 54** Gleiches gilt im Wesentlichen für Tätigkeiten der IT-Dienstleister. Auch hier lässt sich eine generelle Aussage über die Einordnung der geschuldeten Leistung als Werk oder als bloße Dienstleistung iSd § 1151 ABGB nicht treffen. Jedenfalls ein Vertrag über die **Herstellung von Software** durch einen externen Unternehmer wird von der ganz

hA als Wertvertrag angesehen.⁵² Nach der zutreffenden Ansicht von *Krejci*⁵³ sind auch **Wartungsverträge** als **Werkverträge** einzustufen, wenn sie eine eigenverantwortliche einzelne Wartung durch einen Unternehmensexternen betreffen. Das gilt auch für einen Vertrag über die Einzelwartung von Soft- oder Hardware. Der Besteller darf erwarten, dass einerseits die nötigen Verrichtungen (zB Aktualisierung der Software), andererseits die entsprechenden Überprüfungen (zB an der Hardware) durchgeführt werden. Werden Fehler gefunden, die im Rahmen des üblichen Wartungsdienstes nicht behoben werden, so ist dies dem Besteller mitzuteilen. Wird ein **Dauerwartungsvertrag** abgeschlossen, in welchem der Unternehmer von vornherein verspricht, in regelmäßigen Abständen eine Überprüfung und Wartung des in Frage stehenden Gerätes oder der Software vorzunehmen, so liegt darin die Verpflichtung zur Durchführung wiederkehrender Werke.⁵⁴ Zumindest zivilrechtlich betrachtet bleiben die Pflichten des Unternehmers bezüglich der einzelnen Wartung im Hinblick auf seine Verantwortlichkeit gleich.⁵⁵

55 In ständiger Rsp betont der VwGH, dass ein vertraglich geschuldetes Werk eine geschlossene Einheit darstellen muss, **die bereits im Vertrag konkretisiert wurde**.⁵⁶ Gerade im Bereich der IT-Entwicklung kommt es dem Vernehmen nach aber häufig vor, dass die Vertragspartner am Beginn eines Projekts noch kein konkret geschuldetes Werk definieren können. Die erste Projektphase ist häufig dadurch gekennzeichnet, dass der IT-Dienstleister zunächst die konkreten Bedürfnisse und die Machbarkeit von bestimmten IT-Lösungen in Bezug auf den Kunden erhebt und im Anschluss daran im Einvernehmen mit dem Kunden das geschuldete Werk festlegt. Obwohl eine solche Vorgehensweise auf den ersten Blick nicht die Voraussetzungen eines Werkvertrages iSd soeben zitierten Rsp des VwGH erfüllt, weil im ursprünglichen Vertrag noch kein Werk als eine geschlossene Einheit konkretisiert wurde, kann kein Zweifel am Vorliegen eines Werkvertrages bestehen, wenn sich die Parteien nach einer Erhebungsphase auf die Herstellung eines bestimmten Werkes einvernehmlich geeinigt haben. Maßgebend ist der vertraglich geschuldete konkrete Erfolg, auch wenn sich dieser erst nach einer Erhebungsphase im Laufe des Projekts einvernehmlich konkretisieren lässt.

56 Auch bei den Tätigkeiten eines **Buchhalters** lässt sich eine generelle Aussage über die Einordnung der geschuldeten Leistung als Werk oder als bloße Dienstleistung iSd § 1151 ABGB nicht treffen. Zu beachten ist auch hier, ob ein bestimmtes, individuell abgrenzbares Arbeitsergebnis geschuldet wird oder eine laufende Tätigkeit, die den

⁵² *Staudegger* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht³ 135 (144 f, 160 ff); *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 1165, 1166 Rz 7.

⁵³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1165 Rz 65.

⁵⁴ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1165 Rz 65.

⁵⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1165 Rz 65.

⁵⁶ Statt vieler siehe nur VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131.

Rechtsbeziehungen Dauerrechtscharakter gibt.⁵⁷ Sofern ein konkreter und individualisierbarer Erfolg geschuldet ist, wird es sich auch hier häufig um die Herstellung immaterieller Werke handeln. Besteht die Tätigkeit des (Bilanz-)Buchhalters in der Vertretung des Klienten, wird darin zivilrechtlich betrachtet weder ein Dienst- noch ein Werkvertrag liegen. Vielmehr gelten die Regeln über den **Bevollmächtigungsvertrag**.

K. Tragung eines unternehmerischen Risikos

- 57 Nicht unberücksichtigt dürfen bei der Einordnung von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten im Bereich der Unternehmensberatung und IT-Dienstleistung auch die Kennzeichen einer selbständigen (unternehmerischen) Erwerbstätigkeit bleiben. Kennzeichnend für eine unternehmerische Tätigkeit ist, dass dem Unternehmer die **Gewinnchancen** aus seiner Arbeit zumindest überwiegend selbst zugute kommen.⁵⁸
- 58 Auf der anderen Seite trägt der Unternehmer das **Unternehmerrisiko**. Neben dem bereits oben erwähnten Investitionsrisiko in Bezug auf die Anschaffung eigener Betriebsmittel gehört dazu unter anderem, dass der Unternehmer typischerweise das **Erfolgsrisiko** in Bezug auf die vertraglich geschuldete Leistung übernimmt. Das Erfolgsrisiko für die geschuldete Leistung trägt derjenige, dem bei Ausbleiben der vertraglich vereinbarten Leistung als Folge von eigener Krankheit bzw Abwesenheit/Urlaub oder bei Schlechterfüllung der Leistung, mag diese auch unverschuldet sein, kein Anspruch auf das (volle) Honorar zusteht.

L. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen

- Das Gesetz enthält keine abschließende Aufzählung der Merkmale, die im Zusammenhang mit der Abgrenzung des (freien) Dienstvertrages vom Werkvertrag zu prüfen sind. Auch gibt das Gesetz nicht vor, ob bestimmten Merkmalen bei dieser Abgrenzung ein besonderes Gewicht zukommt, anderen hingegen ein geringeres.
- Die in der Rsp von VwGH und OGH heute herangezogenen Merkmale zur Abgrenzung des (freien) Dienstvertrages vom Werkvertrag sind das Ergebnis einer jahrzehntelangen Entwicklung der Judikatur. Diese Abgrenzungskriterien in Rsp sind nicht „abschließend“. Neuartige Tätigkeiten können auch die Mitberücksichtigung neuer Kriterien erfordern, sofern dies mit den vom Zivil-, Arbeits- bzw Sozialversicherungsrecht verfolgten Zwecken im Einklang steht. Für hochqualifizierte wissensbasierte Tätigkeiten betrifft das insbesondere die Anerkennung von Know-how als eigenes wesentliches Betriebsmittel.
- Umstände, die allein in der Natur der Tätigkeit liegen, können für die persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG von vornherein nicht relevant sein. Bei

⁵⁷ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1165 Rz 28.

⁵⁸ Vgl zB Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1151 Rz 90ff mwN.

der externen Unternehmensberatung ist die Einbindung in den fremden Betrieb regelmäßig erforderlich zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung und daher für sich allein nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des externen Unternehmensberaters zu begründen.

- Das gilt auch für IT-Dienstleistung oder Buchhaltung: Erfordert die Art der Tätigkeit des IT-Dienstleisters oder Buchhalters eine Eingliederung in den fremden Betrieb, ist diese für sich allein nicht geeignet, seine persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG zu begründen.
- Entscheidend für den Tatbestand wesentlicher eigener Betriebsmittel im Rahmen des § 4 ASVG ist der Umstand, dass der Betroffene durch deren Anschaffung ein Investitionsrisiko (Betriebsmittelrisiko) übernommen hat, was kennzeichnend für eine unternehmerische Tätigkeit ist. Wer hingegen fremde Betriebsmittel verwendet, geht kein Investitionsrisiko ein, was für eine nicht-unternehmerische Tätigkeit spricht.
- Vor diesem Hintergrund ist es – entgegen einer Tendenz in der Rsp des VwGH – irrelevant, ob die erworbenen eigenen Betriebsmittel materielle oder immaterielle Güter sind. Auch immaterielle Güter kommen als Betriebsmittel iSd § 4 Abs 2 und Abs 4 ASVG in Betracht.
- Für den Bereich der hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten kann auch das vom Betroffenen Unternehmer erworbene Know-how als wesentliches eigenes Betriebsmittel anerkannt werden, wenn die Natur einer bestimmten Tätigkeit das Vorhandensein dieses Know-hows erfordert und der Erfolg oder Misserfolg des Unternehmers auf dem Markt entscheidend von dem Know-how abhängt.
- Sachbezogene Weisungen und Kontrollen schließen die persönliche Unabhängigkeit nicht aus. Sachbezogene Weisungen sprechen auch nicht per se gegen das Vorliegen eines Werkvertrages.
- Die in der ständigen Rsp des VwGH anzutreffende Figur der sogenannten stillen Autorität des Dienstgebers stellt im Ergebnis vor allem Tätigkeiten, die durch eine hohe eigene Entscheidungsbefugnis des Beauftragten gekennzeichnet sind, unter den Generalverdacht einer persönlichen Weisungsgebundenheit. Mit den Zwecken des Sozialversicherungsrechts ist das nicht vereinbar. Daher wäre Aufgabe dieser Rsp oder zumindest eine restriktivere Handhabung dieser Figur durch den VwGH dringend angezeigt.
- Die Rsp-Linie des VwGH zum „generellen Vertretungsrecht“ führt im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung von einfachen manuellen Tätigkeiten, bei denen ein solches Vertretungsrecht viel häufiger vorkommen wird, und hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten, bei welchen es meist auf ganz bestimmte Fähigkeiten und Kenntnisse des beauftragten Unternehmers ankommt.

- Je höher die Qualifikation des beauftragten Werkunternehmers ist und je spezieller die vertraglich geschuldete Tätigkeit ist, desto wichtiger wird aus Sicht des Werkbestellers die persönliche Ausführung sein. Daher ist der Ausschluss eines generellen Vertretungsrechts gerade bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten häufig eine Folge der Art der geschuldeten Tätigkeit und lässt – zumindest für sich genommen – keinen Rückschluss auf eine persönliche Abhängigkeit gem § 4 Abs 2 ASVG zu.
- Dem ABGB liegt ein weites Verständnis des Begriffs „Werk“ zugrunde, der körperliche und unkörperliche Werke gleichermaßen umfasst. Im Sozialversicherungsrecht kann diesbezüglich nichts anderes gelten. Generell sind Divergenzen bei der Abgrenzung von (freien) Dienstverträgen und Werkverträgen im Sozialversicherungsrecht (VwGH) und im Arbeits- bzw Zivilrecht (OGH) wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Rechtsordnung bzw der Kohärenz tunlichst zu vermeiden.
- Die Prüfung der Empfehlungen über den Vertragsinhalt bei Unternehmensberatungen aus der Europäischen Norm EN 16114 hat ergeben, dass bei der Unternehmensberatung häufig ein konkreter Erfolg geschuldet sein wird, mag dieser auch in der Herstellung eines unkörperlichen Werkes bestehen. Ob dies auch im Einzelfall zutrifft, kann hier nicht generell beantwortet werden, sondern muss auf Grund der konkreten Umstände gesondert geprüft werden.
- Auch bei IT-Dienstleistungen lässt sich eine generelle Aussage über die Einordnung der geschuldeten Leistung als Werk oder als bloße Dienstleistung iSd § 1151 ABGB nicht treffen. Maßgebend ist eine Einzelfallbetrachtung.
- Entgegen der restriktiven Rsp-Linie des VwGH ist es bei IT-Projekten unschädlich, wenn im ursprünglichen Vertrag noch kein Werk als eine geschlossene Einheit konkretisiert wurde, die Parteien sich aber nach einer Erhebungsphase im Laufe des Projekts auf die Herstellung eines bestimmten Werkes einvernehmlich geeinigt haben.
- Bei der Einordnung von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten im Bereich der Unternehmensberatung, IT-Dienstleistung und Buchhaltung müssen auch die Kennzeichen einer selbständigen (unternehmerischen) Erwerbstätigkeit mitberücksichtigt werden. Dazu gehören die Gewinnchancen aus seiner Arbeit ebenso wie die Tragung des Unternehmerrisikos.

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper

Innsbruck, 31.10.2014