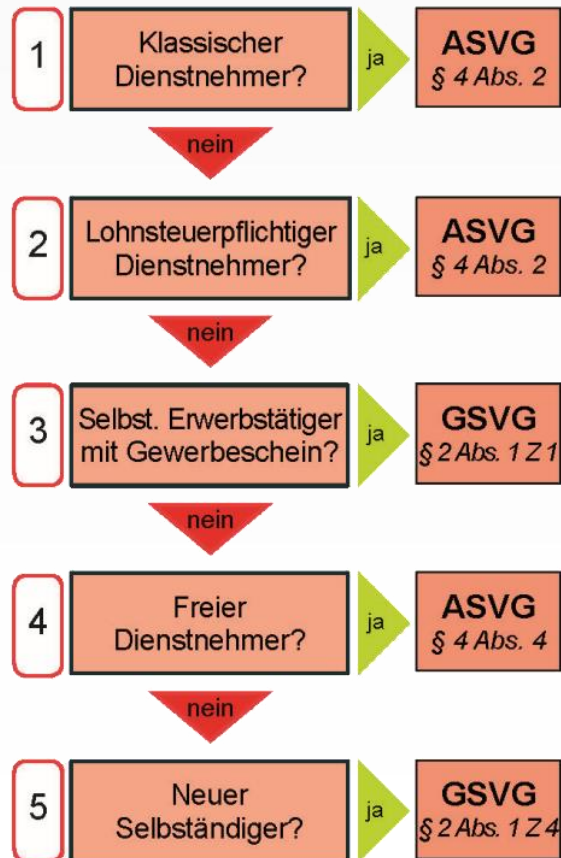


Sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung

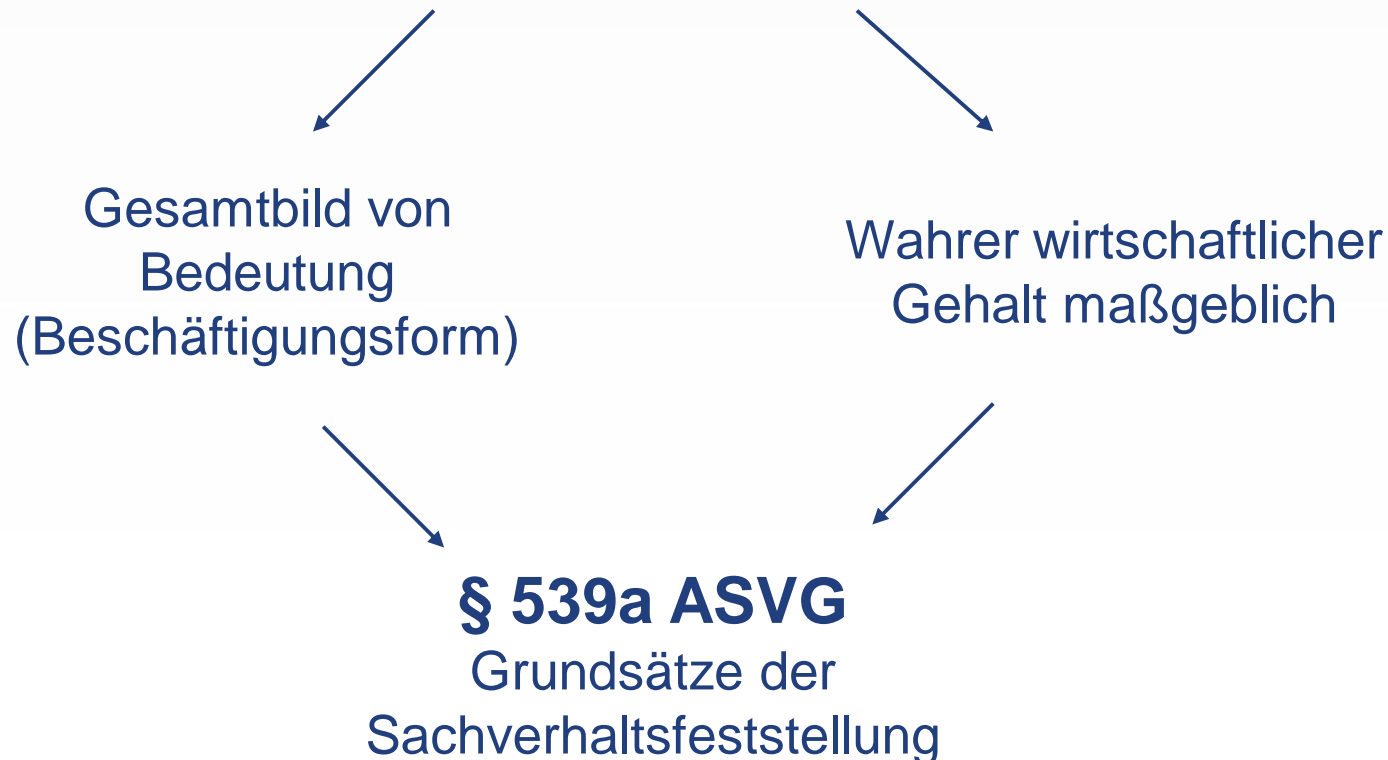
Dienstnehmer – freier Dienstnehmer - Werkvertrag

Grenzüberschreitender Arbeitseinsatz

Harald Tastl



Schein- und Umgehungsgeschäfte sind **NICHTIG**



Ein Dienstvertrag liegt nach § 1151 ABGB dann vor, „wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“.

„Wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt“, entsteht hingegen ein Werkvertrag.

In § 1153 ABGB ist zudem geregelt, dass „der Dienstnehmer die Dienste in eigener Person zu leisten hat“ (= persönliche Leistungspflicht).

Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG) definiert als „klassischen“ Dienstnehmer eine Person, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.

Es genügt hierbei, dass die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber jenen der selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen (§ 4 Abs. 2 ASVG).

- Dauerschuldverhältnis (Bemühen, Arbeitskraft, Dienstleistung).
- Persönliche Leistungserbringung (keine generelle Vertretungsmöglichkeit).
- Weisungen und Kontrollen bzgl. Arbeitszeit, Arbeitsort, arbeitsbezogenem Verhalten.
- Eingliederung in Betriebsorganisation.
- Wirtschaftliche Abhängigkeit (Betriebsmittel).
- Entgeltlichkeit.
- Fehlen eines Unternehmerrisikos.

- Keine eigene unternehmerische Struktur.
- Tätigkeit wird nicht auf dem freien Markt angeboten.
- Keine eigenen Arbeitnehmer.

Vertretungsbefugnis

- Generelle Vertretungsbefugnis versus keine generelle Vertretungsbefugnis.
 - Wechselseitige Vertretung? VwGH 20.4.2005, ZI. 2002/08/0222
 - Einräumung des Vertretungsrechtes im Widerspruch zu anderen Vereinbarungen? VwGH 2.12.2013, ZI. 2013/08/0191
 - Wird die Möglichkeit der Vertretung gelebt? VwGH 20.10.2010, ZI. 2007/08/0145
 - Vertretung vom DG tatsächlich zugelassen? VwGH 20.10.2010, ZI. 2007/08/0145

Arbeitsort – Arbeitszeit – arbeitsbezogenes Verhalten

- „Hat die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheit und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung doch im Kern **an den Bedürfnissen des Unternehmens orientiert** sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis **persönlicher Abhängigkeit**“ VwGH 2011/08/0322, 11.12.2013.

Weisungs- und Kontrollunterworfenheit

- Stille Autorität des Dienstgebers
 - VwGH 17.9.1991, ZI. 90/08/0152
 - VwGH 19.2.2003, ZI. 99/08/0054

Wirtschaftliche Abhängigkeit

- Betriebsmittel:
 - VwGH 16.11.1993, ZI. 92/08/0223
 - VwGH 21.2.2007, ZI. 2003/08/0232
- Wesentliche Betriebsmittel:
 - VwGH 23.1.2008, ZI. 2007/08/0223
 - VwGH 03.4.2001, ZI. 96/08/0023
- Mittel des täglichen Gebrauches:
 - VwGH 22.12.2009, 2006/08/0317

Eingliederung in Betriebsorganisation

- Dauer der Tätigkeit

VwGH 14.3.2001, 96/08/0301

Entgelt

- Anspruchslohn (ASVG)
- Leistungsbezogene Entlohnung
 - VwGH 21.12.2005, ZI. 2003/08/0201
 - VwGH 18.1.2012, ZI. 2008/08/0252

„Manuelle Tätigkeit – echtes Dienstverhältnis“

(VwGH 21.12.2011, 2010/08/0129)

- Bei **einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten**, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des „Auftraggebers“ – **in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte** – **das Vorliegen eines DV ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden.**

„Manuelle Tätigkeit - echtes Dienstverhältnis“

VwGH 21.12.2011, 2010/08/0129

- Die Innehabung von Gewerbescheinen für „Verspachteln von Gipskartonplatten“ ist Teil eines verbreiteten Missbrauchs der Gewerbeordnung, der zur Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient.
- Ebenso steht die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes einem DV nicht entgegen (vgl. das soeben zitierte hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, ZI. 2007/08/0038).
- Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein DV vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, ZI. 2007/08/0038).

„Manuelle Tätigkeit - echtes Dienstverhältnis“

VwGH 2007/08/0041 vom 18.2.2009

- Auch wenn die Gesamtheit der Montagearbeiten bei Errichtung einer Sprinkleranlage auf einzelne Arbeitssparten aufgeteilt wird, liegt doch in der **Montage der gesamten Sprinkleranlage das Werk**, dessen Herstellung der Auftragnehmer seinem Auftraggeber schuldet, während die **einzelnen manuellen Beiträge der Monteure zu diesem Werk nicht in sich geschlossene Einheiten darstellen, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufweisen.**

Überwiegen der Dienstnehmermerkmale“

„ Gewerbeschein steht Dienstverhältnis nicht entgegen“

VwGH 2009/08/0145 vom 18.1.2012

- Dass sich bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung ergebende Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit genügt, um zum Ergebnis zu gelangen, dass die Arbeitnehmer als Dienstnehmer anzusehen sind.
- Im Falle des Vorliegens einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit kann auch die Innehabung eines Gewerbescheins nichts am Eintritt der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG ändern.

„Lohnsteuerrechtliches“ Dienstverhältnis – Definition - ASVG

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 von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(§ 4 Abs. 2 ASVG)

„Lohnsteuerrechtliches“ Dienstverhältnis – Definition EStG

Arbeitnehmer i. S. d. EStG ist gemäß § 47 Abs. 1 EStG eine natürliche Person, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht, wozu auch Bezüge aus einem Dienstverhältnis gehören.

Ein Dienstverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist 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.

„Lohnsteuerrechtliches“ Dienstverhältnis - Merkmale

- Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber.
- Organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers.
- Kein Unternehmerwagnis.
- Vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel und –kleidung.
- Vom Auftraggeber vorgegebene Arbeitszeit und vorgegebener Arbeitsort.
- Auslagenersätze durch den Auftraggeber.
- Entlohnung, die weitgehend erfolgsunabhängig ist.
- Entlohnung auch bei Arbeitsverhinderung (Krankheit, Urlaub usw.).
- Keine Haftung des Auftragnehmers.
- Persönliche Arbeitsverpflichtung (keine Vertretungsmöglichkeit und keine Heranziehung von Hilfskräften).

Den Dienstnehmern stehen im Sinne des § 4 Abs. 4 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.

Ausschluss der Pflichtversicherung gem. § 4 Abs. 4 ASVG sofern

- aufgrund dieser Tätigkeit Versicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG besteht.
- Nebentätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG.
- Selbständige Tätigkeit – Zugehörigkeit zu einer der Kammer der freien Berufe.
- Tätigkeit als Kunstschafter – Künstler.

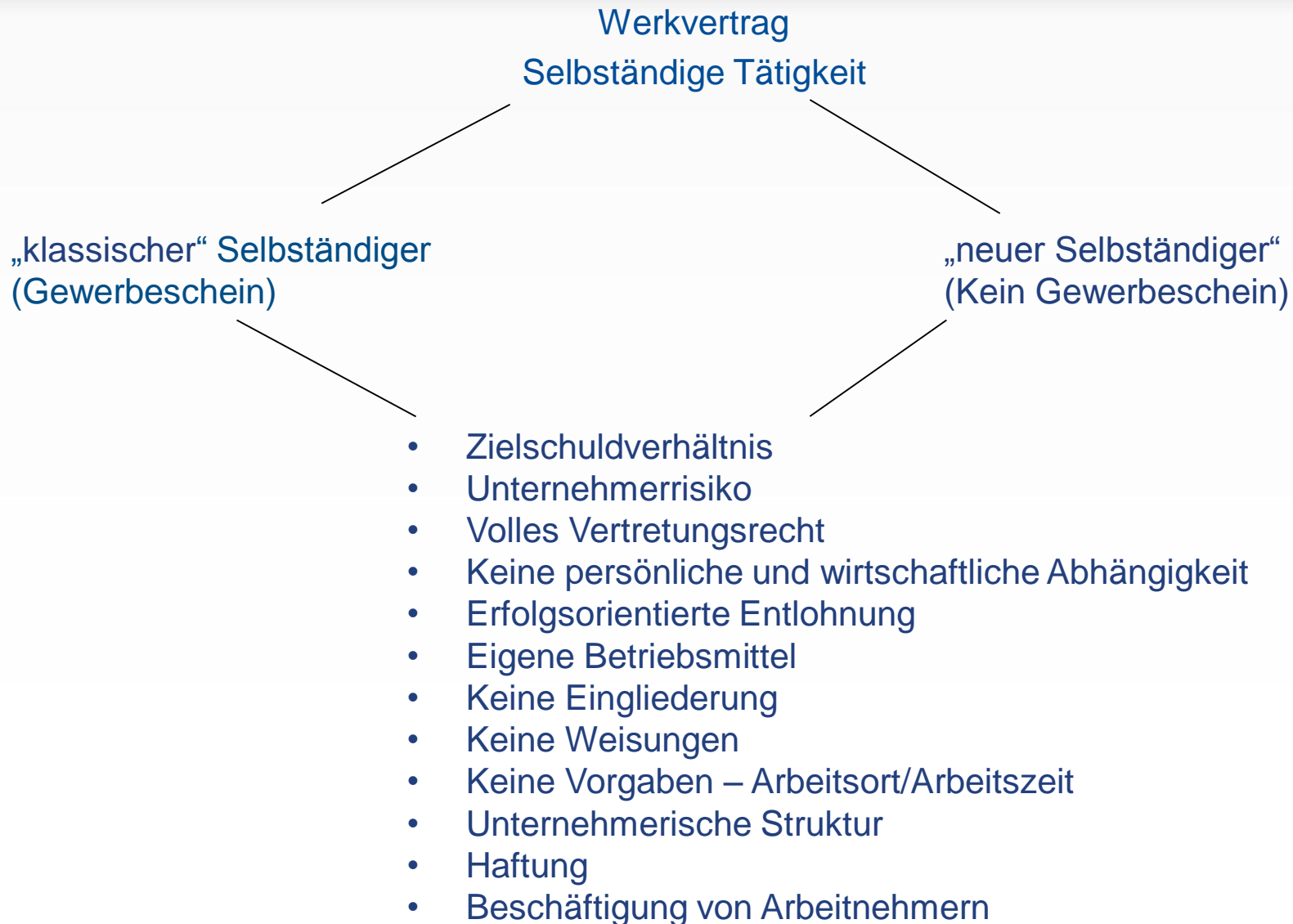
- Dauerschuldverhältnis (Bemühen, Arbeitskraft, Dienstleistung)
- Im **Wesentlichen** persönliche Leistungserbringung (Vertretungsmöglichkeit).
- Flexible Handhabung bzgl. Arbeitszeit und –ort.
- Verfügt im **Wesentlichen** über keine eigenen Betriebsmittel.
- Entgelt.

Journalist

VwGH 2008/08/0034 vom 26.01.2010

VwGH 2002/08/0264 vom 19.10.2005

- Verpflichtung zu Dienstleistungen für einen bestimmten Zeitraum.
- Kein fester Kundenkreis.
- Keine Vorgaben betreffend Arbeitsort und Arbeitszeit.
- Im Belieben des Journalisten mehr oder weniger intensiv tätig zu werden.
- Tätigkeit nach keinem vorgegebenen Plan – keine Weisungen.
- Keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel.
- Keine einzelnen Werke.
- Vertretungsmöglichkeit.



Selbständiger Handelsvertreter

VwGH 2012/08/0163 vom 15.5.2013

- Keine Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort.
- Keine Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit.
- Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.
- Wesentliche eigene Betriebsmittel.
- Unternehmerische Struktur (Büro, Büroausstattung etc.).
- Kein Ersatz von Aufwendungen.
- Haftung.
- Unternehmerisches Risiko.

Dienstverhältnis versus Selbständige Tätigkeit

	SELBSTÄNDIGE TÄTIGKEIT	Dienstverhältnis
	Zielschuldverhältnis	Dauerschuldverhältnis
Art der Vereinbarung	<ul style="list-style-type: none"> > Die Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bezieht sich auf einen konkret abgrenzbaren Auftrag. > Der Auftragnehmer schuldet ein in sich geschlossenes Werk bzw. einen dezidiert vereinbarten Erfolg. > Das Ergebnis der erwarteten Leistung wird vertraglich im Vorfeld bereits konkret definiert (z. B. in Form eines Lastenheftes bzw. einer Produktspezifikation). > Die Vereinbarung endet automatisch ohne Zutun der Vertragsparteien nach Erfüllung des jeweiligen Auftrages. 	<ul style="list-style-type: none"> > Es werden vorab lediglich gattungsmäßig umschriebene Leistungen (z. B. Büroarbeiten) vereinbart. > Die zu erbringenden Arbeiten werden vom Dienstgeber laufend konkretisiert bzw. seinen Bedürfnissen entsprechend abgerufen. > Der Dienstnehmer stellt seine Arbeitskraft auf bestimmte bzw. unbestimmte Zeit zur Verfügung. > Die Beendigung der Vereinbarung bedarf einer dezidierten Auflosungshandlung (z. B. Kündigung).
	Keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit	Persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit
Vertretung	<ul style="list-style-type: none"> > Es besteht keine Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung. Die einzelnen Arbeiten können jederzeit uneingeschränkt und ohne Einverständnis des Auftraggebers an „Dritte“ (z. B. Gehilfen oder Mitarbeiter) delegiert werden. 	<ul style="list-style-type: none"> > Es besteht persönliche Arbeitsverpflichtung. Die Möglichkeit, sich nur in bestimmten Fällen (Krankheit, Urlaub) oder nach Rücksprache mit dem Dienstgeber vertreten zu lassen, steht dem nicht entgegen (Poolvertretung).
Weisungen	<ul style="list-style-type: none"> > Es besteht kein Weisungsrecht des Auftraggebers in Bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten des Auftragnehmers. > Der Auftraggeber hat während des Vertragsverhältnisses keine Möglichkeit, den Arbeitsablauf und die Arbeitsfolge zu beeinflussen. > Sachliche Abmachungen, die ausschließlich im Zusammenhang mit dem vereinbarten Vertragsgegenstand stehen (z. B. Terminabsprache), stehen dem nicht entgegen. 	<ul style="list-style-type: none"> > Den fachlichen Weisungen (Arbeitsablauf, Arbeitsfolge etc.) und den organisatorischen Anordnungen (Berichtspflichten, Dokumentation des Arbeitsergebnisses etc.) des Dienstgebers ist Folge zu leisten. > Der Arbeitseinsatz wird vom Dienstgeber nach dessen Bedürfnissen „gelenkt“. Eine ständige Weisungerteilung ist nicht erforderlich. Die Möglichkeit, Anordnungen zu erteilen, reicht in diesem Zusammenhang aus („stille Autorität“).
Arbeitsort, Arbeitszeit	<ul style="list-style-type: none"> > Es bestehen keine Vorgaben hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit. 	<ul style="list-style-type: none"> > Der Arbeitsort und die Arbeitszeit werden vorgegeben bzw. orientieren sich an den Bedürfnissen des Dienstgebers.
Kontrolle	<ul style="list-style-type: none"> > Es erfolgt eine (abschließende) Kontrolle, ob die Leistung vereinbarungsgemäß erbracht wurde. > Es besteht keine disziplinarische Verantwortlichkeit gegenüber dem Auftraggeber. 	<ul style="list-style-type: none"> > Es wird laufend kontrolliert, ob die erteilten Weisungen bzw. Vorgaben eingehalten bzw. umgesetzt werden. > Ein Zuwiderhandeln gegen die Anweisungen führt zu entsprechenden Konsequenzen (disziplinarische Verantwortlichkeit).
Entlohnung	<ul style="list-style-type: none"> > Die Entlohnung erfolgt erfolgsorientiert nach Erbringung der vereinbarten Leistung bzw. Übergabe des Werkes. 	<ul style="list-style-type: none"> > Entlohnung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft (erfolgsabhängige Prämien schaden nicht).
Betriebsmittel	<ul style="list-style-type: none"> > Der Auftragnehmer verwendet eigene wesentliche Betriebsmittel. 	<ul style="list-style-type: none"> > Sämtliche Betriebsmittel werden vom Dienstgeber zur Verfügung gestellt bzw. die Kosten dafür übernommen.
Unternehmerische Struktur	<ul style="list-style-type: none"> > Der Auftragnehmer verfügt über eine eigene unternehmerische Struktur (eigenes Büro, kaufmännische Buchführung etc.) und bietet seine Leistungen am freien Markt an. 	<ul style="list-style-type: none"> > Der Dienstnehmer verfügt über keine unternehmerische Struktur.
Risiko	<ul style="list-style-type: none"> > Das unternehmerische Risiko liegt beim Auftragnehmer. Er kann durch eigene Disposition den wirtschaftlichen Erfolg seiner Tätigkeit (Einnahmen, Ausgaben) maßgeblich selbst beeinflussen. 	<ul style="list-style-type: none"> > Den Dienstnehmer trifft keinerlei Unternehmerrisiko. Die Planung und wirtschaftliche Verwertbarkeit der Arbeitsleistung des Dienstnehmers fällt ausschließlich in die Disposition des Dienstgebers.
Eingliederung	<ul style="list-style-type: none"> > Es besteht keinerlei Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers. Eine fallweise Anwesenheit im Betrieb (Abstimmungsmeeting) schadet nicht. 	<ul style="list-style-type: none"> > Der Dienstnehmer ist in die betriebliche Organisation des Dienstgebers integriert (eigener Schreibtisch, Telefon, Zeitaufzeichnungen, Erreichbarkeit im Unternehmen etc.).

Sachverhalt:

im Weinviertel ist der Bau einer Straße geplant. Betroffen ist ein keltisches Siedlungsgebiet (6000 m²). Es erfolgt eine archäologische Grabung. In diesem Zusammenhang wird das Unternehmen X beauftragt.

Dauer: ca. 6 Monate

Benötigtes Personal:

- 1 Grabungsleiter
- 2 Archäologen
- 8 Grabungstechniker

Sachverhalt:

Tätigkeit:

Grabungsleiter: Verantwortlich für den Ablauf und fachliche Korrektheit.

Archäologen: Freilegung von Befunden und Funden.
Archäologische Säuberung.
Dokumentieren, Vermessen , Beschreiben.
Grabungstätigkeiten: Putzen, Abziehen.

**Grabungs-
techniker** Freilegung von Befunden und Funden.
Säubern der Fläche.

Sachverhalt:

Art und Weise der Tätigkeitsausübung:

- Einteilung des Grabungsfeldes durch Grabungsleiter in Bereiche/Sektoren sowie diesbezügliche Zuordnung der Personen.
- Einschulung der Archäologen und der Grabungstechniker durch den Grabungsleiter.
- Konkrete Anweisungen der Archäologen und der Grabungstechniker durch den Grabungsleiter.

Sachverhalt:

Art und Weise der Tätigkeitsausübung:

- Persönliche Kontrolle der Archäologen und Grabungstechnikern durch den Grabungsleiter.
- Zusammenwirken sämtlicher im Rahmen der „Grabung“ tätigen Personen - „Verzahnung der einzelnen Tätigkeitsbereiche“.
- Tätigkeit sämtlicher Personen, die im Rahmen der „Grabung“ agieren, ist persönlich an bestimmten Tagen und Zeiten zu erbringen – Interesse des Unternehmens.
- Kein Vertretungsrecht.

Sachverhalt:

Art und Weise der Tätigkeitsausübung:

- Verpflichtung der Archäologen und der Grabungstechniker bestimmte Umstände an den Grabungsleiter zu melden (Funde etc.).
- Grabungsleiter ist verpflichtet der Unternehmensleitung regelmäßig zu berichten und an Besprechungen am Firmensitz teilzunehmen.
- Grabungsleiter erhält konkrete Weisungen – Vorgaben vom Unternehmen.

Sachverhalt:

Art und Weise der Tätigkeitsausübung:

- Wesentliche Arbeitsmittel werden vom Unternehmen beigestellt.
- Persönliche Arbeitskraft steht im Vordergrund.
- Manuelle Tätigkeit der Archäologen und insbesondere der Grabungstechniker.
- Aufzeichnungspflicht – Kontrolle der Unterlagen.
- Entlohnung nach geleisteten Stunden.

Ergebnis:

- Persönliche Arbeitsleistungspflicht.
- Gebundenheit an Weisungen (Arbeitszeit, Arbeitsort, arbeitsbezogene Verhalten).
- Kontrolle der Arbeitsleistung.
- Eingliederung in die betriebliche Struktur.
- Betriebsmittel vom Auftraggeber.

Die Merkmale für das Vorliegen von „klassischen“ Dienstverhältnissen gemäß § 4 Abs. 2 ASVG sind gegeben.

- **Europäisches Sozialversicherungsrecht
(VO 883/2004)**
- **Zwischenstaatliche Abkommen**
- **Nationales Recht**

- **Europäisches Sozialversicherungsrecht**

Beschäftigungsstaatprinzip

Sonderregelungen:

(z. B. Entsendung, Beschäftigung in mehreren MS)

Ausnahmerevereinbarung

Formular PD A1

- **Zwischenstaatliche Abkommen**

In der Regel:

Beschäftigungsstaatprinzip

Entsendung

Ausnahmerevereinbarung

- **Nationales Recht**

Beschäftigung im Inland
(§ 3 ASVG)

Entsendung

**DANKE FÜR IHRE
AUFMERKSAMKEIT**