

▸ Titel

Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht

Dargestellt am Beispiel der IT-Branche

▸ Rubrik

Beitrag

▸ Autor

Susanne Auer-Mayer

▸ bespricht folgende Normen

§ 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG.

§ 2 Abs 1 GSVG.

Direkt aufrufbare Normen: ▸ [§ 4 ASVG idF BGBl. I Nr. 187/2013](#) ▸ [§ 4 ASVG idF BGBl. I Nr. 187/2013](#) ▸ [§ 2 GSVG idF BGBl. I Nr. 131/2006](#)

▸ Fundstelle

ZAS 2015/2

▸ Abstract

Die Abgrenzung zwischen einer selbständigen Tätigkeit iS des GSVG und einer solchen als DN oder dienstnehmerähnlicher freier DN iS des ASVG stellt einen "Dauerbrenner" sowohl in der höchstgerichtlichen Judikatur als auch in der Praxis der Sozialversicherungsträger dar. Der Beitrag versucht, ausgehend von Beispielen aus der IT-Branche, (FN 1) die nach der Rsp relevanten Kriterien für jene besonders diffizilen Fallkonstellationen auszuloten, in denen "Ein-Personen-Unternehmen" (EPU), also über eine Gewerbeberechtigung verfügende Einzelpersonen oder "Ein-Mann-GmbH", mit der Leistungserbringung beauftragt werden.

▸ Inhaltsübersicht

A. Problemstellung

B. Dienstnehmer oder Selbständige?

1. Grundsätzliches

2. Persönliche Arbeitspflicht

3. Bindung in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten

a. Arbeitsort

b. Arbeitszeit

c. (Sonstige) Weisungs- und Kontrollunterworfenheit

4. Im Zweifel maßgebliche weitere Kriterien

C. Wer ist Dienstgeber iSd § 35 ASVG?

▸ Langtext

A. Problemstellung

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit als selbständig iS des GSVG oder unselbständig iS des ASVG hängt bekanntermaßen nicht von der Art der Tätigkeit, sondern von den konkreten Umständen deren Erbringung ab und ist daher stark **einzelfallabhängig**. Besondere Schwierigkeiten bereiten hier Konstellationen, in denen die Leistungserbringung -

wie zB im Bereich der IT-Dienstleistungen - keine umfangreiche eigene betriebliche Organisation erfordert und (daher) häufig durch "**Ein-Personen-Unternehmen**" (**EPU**) erfolgt.

Beispiel 1

Ein Möbelunternehmen schließt als Kunde (K) mit einem IT-Experten (I) einen "Werkvertrag", wonach es diesen (vorläufig) für sechs Monate mit der Durchführung der erforderlichen Wartungen im Softwarebereich beauftragt. I verfügt über eine Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik. Er hat keine DN und auch keine Büroräumlichkeiten, benützt im Zuge seiner Tätigkeit aber (auch) seinen eigenen Laptop.

Noch komplexer werden die zu lösenden Fragen, wenn Teile der geschuldeten Leistung an "Subunternehmen" **delegiert** werden. Denn in solchen Fällen stellt sich nicht nur - sowohl in Bezug auf den primär Beauftragten als auch auf den "Subunternehmer" - die Frage der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung als DN oder Selbständiger; wird die DN-Eigenschaft des Subbeauftragten bejaht, ist auch fraglich, wer als dessen **DG** in Betracht kommt. Keineswegs ist nämlich zwingend, dass dies sein Vertragspartner sein muss.

Beispiel 2

Das Möbelunternehmen (K) schließt den in Bsp 1 geschilderten "Werkvertrag" mit einem - wiederum nur aus einem einzigen IT-Experten ohne angemeldete DN bestehenden - IT-Unternehmen (U), welches seinerseits ebenfalls im Rahmen eines "Werkvertrags" einen IT-Experten (I) tw mit der Durchführung der Wartung beauftragt.

Die beauftragten EPU verfügen über eine **Gewerbeberechtigung**. Ungeachtet des Wortlauts des § 2 Abs 1 Z 1 GSVG, wonach ua "*die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft*" nach dem GSVG pflichtversichert sind, (FN 2) bedeutet dies aber nicht, dass allein deshalb eine Versicherungspflicht nach dem GSVG anzunehmen ist. Denn der VwGH (FN 3) hat mehrfach festgehalten, dass das Bestehen einer Gewerbeberechtigung eine unselbständige Beschäftigung nicht ausschließt,

Ende
Seite 4» Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (4)

Anfang
Seite 5»

da es nicht auf die (gewerberechtliche) Zulässigkeit der Tätigkeitsausübung, sondern auf die konkreten Umstände der Leistungserbringung ankommt. (FN 4) Die Tatsache, dass I bzw U im Rahmen einer bestehenden Gewerbeberechtigung tätig werden, hilft daher lediglich insofern weiter, als sich nur die Frage der Abgrenzung zwischen "echten" DN iSd § 4 Abs 2 ASVG und Selbständigen iSd § 2 Abs 1 Z 1 (uU auch Z 2 oder 3) GSVG, nicht aber jene zu dienstnehmerähnlichen freien DN iSd § 4 Abs 4 ASVG stellt. Eine Pflichtversicherung nach § 2

Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG geht nämlich einer solchen nach § 4 Abs 4 ASVG ausdrücklich vor. (FN 5) Im Fall der Verneinung der persönlichen Abhängigkeit ist daher von einer Pflichtversicherung nach dem GSVG auszugehen. **§ 4 Abs 4 ASVG** ist insoweit **subsidiär**.

B. Dienstnehmer oder Selbständige?

1. Grundsätzliches

DN iSd § 4 Abs 2 ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei auch Personen erfasst sind, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit **überwiegen**. Ob dies der Fall ist, hängt nach stRsp des VwGH davon ab, ob nach dem **Gesamtbild** der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten weitgehend ausgeschaltet oder aber nur beschränkt ist. (FN 6) Der VwGH versteht unter der wirtschaftlichen Abhängigkeit das Fehlen einer im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die für einen Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel. Daher ist diesem zufolge die wirtschaftliche Abhängigkeit die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit und hat für die Beurteilung der DN-Eigenschaft nur in Zweifelsfällen eigenständige Bedeutung (vgl B.4.). (FN 7)

Auszugehen ist zunächst von der **vertraglichen Gestaltung**. Für sie spricht die Vermutung der Richtigkeit, es sei denn, es gäbe Anhaltspunkte für ein bloßes Scheinverhältnis oder die tatsächlichen Verhältnisse würden nachweislich von der vertraglichen Vereinbarung abweichen. (FN 8) Ein Werkvertrag liegt nach der Rsp (nur) vor, wenn jemand die Herstellung einer im Vertrag individualisierten und konkretisierten Leistung, also einer in sich geschlossenen Einheit, gegen Entgelt übernimmt. Der Werkvertrag begründet somit idR ein auf das Endprodukt gerichtetes Zielschuldverhältnis, das in der Verpflichtung besteht, eine genau umrissene Leistung meist bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen, wobei das Vertragsverhältnis mit der Erbringung der Leistung endet. (FN 9) Der Erfolg der Tätigkeit muss "gewährleistungstauglich" sein. (FN 10) Beim Dienstvertrag kommt es dagegen auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des DG über die Arbeitskraft des DN, also die Bereitschaft zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit in Eingliederung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in den Betrieb des Leistungsempfängers an. (FN 11) IS der nach § 539a ASVG erforderlichen **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** ändert es insb auch nichts am Vorliegen eines DV, wenn Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt werden. (FN 12) Auf die Bezeichnung des Verhältnisses - etwa als "Auftrag", "Werkvertrag" oder "freier Dienstvertrag" - kommt es nicht an. (FN 13)

Die Beurteilung der Tätigkeit der IT-Experten in den Ausgangsfällen hängt daher entscheidend von den konkreten **vertraglichen Vereinbarungen** und deren **tatsächlicher Umsetzung** ab. Mangels gegenteiliger Indizien ist zunächst die Vertragsgestaltung heranzuziehen. Der GKK obliegt es, deren Richtigkeit ggf durch Feststellungen abweichender faktischer Verhältnisse zu widerlegen. (FN 14) Beispielsweise zu Hilfsarbeitern auf einer Baustelle oder zu Kellnern in einer Gastwirtschaft hat der VwGH zwar mehrfach festgehalten, das Antreffen arbeitender Personen unter Umständen, die nach der Lebenserfahrung auf ein DV hindeuten, berechtige zur Annahme eines solchen, sofern dem keine atypischen Umstände entgegenstünden. (FN 15) Dieser äußere Anschein dürfte bei der Tätigkeit einer IT-Fachkraft aber eher selten gegeben sein. Dennoch spielen nach § 539a ASVG die tatsächlichen Verhältnisse eine entscheidende Rolle, va (aber nicht nur) in Bezug auf Aspekte, die in der schriftlichen Vereinbarung nicht

geregelt sind.

Wird der IT-Experte bzw das IT-Unternehmen wie in den Bsp (schlicht) mit der Durchführung von Wartungsarbeiten für einen bestimmten Zeitraum beauftragt, spricht dies für die Erbringung von gattungsmäßig umschriebenen **Dienstleistungen** und damit gegen das Vorliegen eines Werkvertrags. Abweichendes könnte etwa gelten, wenn konkret das "Neu-Aufsetzen" eines oder mehrerer Computer oder die Erstellung eines bestimmten Programms (FN 16) vereinbart würde. Auch in einem solchen Fall müsste aber geprüft werden, ob

Ende
Seite «5» Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (5)

Anfang
Seite «6»

Dienstleistungen nicht nur in einzelne Werke zerlegt wurden. (FN 17) Die einschlägigen Judikate des VwGH zeigen überdies, dass das Bestehen eines Werkvertrags schlussendlich weniger mit Blick auf das Vorliegen eines Werks als anhand der Kriterien für das Vorliegen **persönlicher Abhängigkeit** geprüft wird. Denn eine ausschließlich auf die Herbeiführung eines (gewährleistungstauglichen) Erfolgs gerichtete Verpflichtung ist nicht mit der Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Leistungserbringenden vereinbar. (FN 18) Es gibt also keinen persönlich abhängigen (echten) Werkvertragsnehmer. Die Einordnung einer Leistung als Werk oder Dienstleistung ist zwar bei Verneinung der persönlichen Abhängigkeit grundsätzlich für die Beurteilung der Versicherungspflicht nach § 4 Abs 4 ASVG von Bedeutung. Dies spielt nach dem Gesagten aber im gegebenen Zusammenhang keine Rolle, da angesichts der vorliegenden Gewerbeberechtigung sowohl die Leistungserbringung im Rahmen eines freien Dienstvertrags als auch eines Werkvertrags zur Pflichtversicherung nach § 2 GSVG führt.

2. Persönliche Arbeitspflicht

Grundvoraussetzung für die Annahme der persönlichen Abhängigkeit ist nach stRsp die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, ist die DN-Eigenschaft schon deshalb zu verneinen. (FN 19) Eine persönliche Arbeitspflicht ist nach der Judikatur zunächst zu verneinen, wenn übernommene Dienste **sanktionslos abgelehnt** werden können. Dieser Fall ist jedoch von dem der sanktionslosen Ablehnung (nur) der Erbringung einzelner angebotener Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit nach Zusage, zu unterscheiden. (FN 20) Hier ist zu überprüfen, ob nicht in Wahrheit ein durchgängiges Vertragsverhältnis vorliegt. Ist dies zu verneinen, muss für jeden Einzelfall geprüft werden, ob der Dienstleistende im Zuge seiner konkreten Arbeitseinsätze persönlich abhängig war oder nicht. (FN 21) Ein die persönliche Arbeitspflicht ausschließendes sanktionsloses Ablehnungsrecht in der vom VwGH geforderten Form wird demnach, auch in Gestalt des immer wieder genannten Falles des Bestehens eines entsprechend großen Arbeitskräftepools, (FN 22) nur selten vorliegen. Bei unseren Bsp ist es weder im Verhältnis zu U noch zu I vorgesehen.

Keine persönliche Arbeitspflicht besteht jedoch auch, wenn dem Dienstleistenden das - auch faktisch gelebte oder zumindest "lebbar" (FN 23) - Recht eingeräumt wird, sich **generell**, jederzeit nach Gutdünken und nicht nur in bestimmten Einzelfällen (zB Krankheit, Urlaub), **vertreten zu lassen**. (FN 24) Dafür reicht es allerdings nicht aus, dass sich mehrere, vom selben Vertragspartner beschäftigte Personen wechselseitig vertreten können. (FN 25) Eine solche Vertretungsbefugnis liegt - auch unter Berücksichtigung des zu Recht strengen

Verständnisses des VwGH - im Bsp 2 im Verhältnis K - U nahe, hat doch U den Auftrag tatsächlich teilweise an I delegiert. Probleme könnten sich allerdings dann ergeben, wenn sich das Möbelhaus als Auftraggeber die Genehmigung des "Subunternehmers" vorbehalten hat, spezifische Vorgaben bezüglich möglicher Vertretungsgründe und/oder -personen macht oder eine Vertretung nur zu bestimmten Zeitpunkten (zB jeweils nach Abschluss einer "Wartungsphase") zulässt. Nach Auffassung des VwGH schadet nämlich selbst eine Regelung, wonach nur an "Subunternehmer" mit einer spezifischen Qualifikation delegiert werden darf. (FN 26) Dass der Beschäftigte vereinbarungsgemäß nur **geeignete** Dritte als Vertreter stellig machen darf, schließt das Bestehen einer generellen Vertretungsbefugnis jedoch nicht aus. Denn für eine Vertretungsberechtigung kommen stets nur Personen in Frage, die in der Lage sind, die jeweilige konkrete Arbeitspflicht auch zu erfüllen. (FN 27) Eine persönliche Arbeitspflicht wäre daher mE nicht zu verneinen, wenn der Kunde dem IT-Unternehmen konkrete Vorgaben über die erforderliche Ausbildung der herangezogenen IT-Experten (zB Studium der Informatik) macht, wohl aber dann, wenn er bloß die Heranziehung "geeigneter Personen" verlangt.

Zu beachten ist nicht zuletzt, dass dem VwGH zufolge die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ein generelles Vertretungsrecht vor vornherein ausschließt. (FN 28)

Die grundsätzliche Bejahung **persönlicher Arbeitspflicht** bedeutet freilich noch **nicht**, dass deshalb auch **persönliche Abhängigkeit** vorliegt. (FN 29) Dieses Kriterium erleichtert vielmehr nur insofern die Beurteilung, als sich bei Verneinung der persönlichen Arbeitspflicht eine Prüfung der weiteren Kriterien erübrigt. U wäre daher im Bsp 2 nach dem GSVG und nicht nach dem ASVG versichert, wäre ihm tatsächlich ein generelles Vertretungsrecht eingeräumt und dieses auch "gelebt" worden. Ist die persönliche Arbeitsverpflichtung dagegen zu bejahen, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob bei ihrer Ausübung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen. (FN 30)

Ende
Seite «6» Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (6)

Anfang
Seite «7»

3. Bindung in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten

Unterscheidungskräftige Kriterien sind hier nach Auffassung des VwGH vorerst nur die Bindung des Beschäftigten an Vorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse. (FN 31)

a. Arbeitsort

Der Arbeitsort ist vielfach bereits durch die Art der Tätigkeit - oder, wie es der VwGH ausdrückt, durch die **"Natur der Sache"** - vorgegeben, (FN 32) weil sie nur in den Räumlichkeiten des "Auftraggebers" oder an einem bzw mehreren bestimmten anderen Ort(en) durchgeführt werden kann. Auch selbständig Erwerbstätige sind also daran notwendigerweise gebunden. Die Bindung an einen Arbeitsort ist daher nur dann ein Indiz für das Vorliegen

persönlicher Abhängigkeit, wenn aus der Art der Tätigkeit grds **keine** solche Bindung folgt. (FN 33) Der VwGH hat freilich umgekehrt in einer Entscheidung auch der weitgehenden Freiheit bei der Wahl des Arbeitsortes "von vornherein" keine Unterscheidungskraft zugebilligt, da die Arbeit projektgebunden war, bestimmte Fertigstellungstermine vorgegeben wurden und eine Berichterstattungspflicht bestand. (FN 34) Dies überzeugt jedoch nicht, (FN 35) da die Bedeutsamkeit der Ortsgebundenheit als ein(!) Kriterium zunächst entscheidend nur davon abhängen kann, ob der **Ort** des Tätigwerdens notwendigerweise **durch die Art der Tätigkeit bestimmt** wird oder nicht. Bindungen anderer Art sind zwar im Rahmen der Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen und können die aus der Ortsungebundenheit resultierende Freiheit erheblich relativieren. Dies kann aber nicht bedeuten, dass der fehlenden Bindung an einen bestimmten Arbeitsort jede Relevanz abgesprochen wird.

Bei **Programmierern** ist der VwGH in einer älteren Entscheidung davon ausgegangen, dass der Arbeitsort durch den Standort der Datenverarbeitungsgeräte bestimmt werde und daher nicht unterscheidungskräftig sei. (FN 36) Angesichts der inzwischen bestehenden **technischen Möglichkeiten** wird diese zwingende örtliche Bindung allerdings häufig nicht mehr gegeben sein. Demnach spräche der Umstand, dass U bzw I verpflichtet sind, die Softwarewartung jeweils in den Räumlichkeiten des Kunden durchzuführen, dann für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit, wenn technisch auch eine **Fernwartung**, zB von zu Hause aus, möglich wäre bzw die Computer (ohne unverhältnismäßigen Aufwand) an einen anderen Ort verbracht und dort "serviciert" werden könnten. (FN 37) Freiheiten bei der Wahl des Arbeitsorts wären demgegenüber ein Indiz gegen das Bestehen eines DV. Bei der Beurteilung des Gesamtbilds ist jedoch auch zu berücksichtigen, inwieweit - losgelöst von der Erbringung der vereinbarten Hauptleistung - örtliche Bindungen etwa dahingehend bestehen, dass zu regelmäßigen "Teambesprechungen" oÄ zu erscheinen ist.

b. Arbeitszeit

Vergleichbare Probleme ergeben sich bei Arbeitszeitvorgaben. Auch diesbezüglich ist der VwGH in der zitierten Entscheidung zu Programmierern davon ausgegangen, dass die Arbeitszeit durch die **Betriebszeiten** der Datenverarbeitungsgeräte - und damit durch die **Natur der Tätigkeit** - bestimmt werde, weshalb daraus nicht auf persönliche Abhängigkeit geschlossen werden könne. (FN 38) Abermals stellt sich die Situation angesichts der aktuellen **technischen Entwicklungen** wohl anders dar, womit der Arbeitszeitgebundenheit durchaus Aussagekraft beizumessen ist. Gewisse Absprachen gehen freilich mit den meisten Tätigkeiten notwendigerweise einher. Auch selbständige Unternehmer müssen mit ihren Kunden idR Terminvereinbarungen treffen. Es wird daher entscheidend darauf ankommen, wie weit die arbeitszeitbezogenen Bindungen gehen und wie groß die **Einflussmöglichkeiten** des Arbeitenden bzw des Auftraggebers sind. Der VwGH hat zudem mehrfach betont, persönliche Abhängigkeit könne unter Berücksichtigung aller Umstände auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte zwar Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen könne, diese Möglichkeit aber Grenzen in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen habe, weshalb die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den **Bedürfnissen des DG orientiert** sei. (FN 39) In solchen Fällen würden die bestehenden zeitlichen Freiheiten die persönliche Abhängigkeit und damit die DN-Eigenschaft somit nicht von vornherein ausschließen.

Insofern hat der VwGH die Auffassung als zutreffend beurteilt, dass die grds freie Zeiteinteilung von Programmierern nicht entscheidend gegen das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit spricht, wenn sich dies aus der Eigenart der Arbeitsaufgaben ergibt und **Fertigstellungstermine** vorgegeben werden. (FN 40) Ähnliches wurde bei Reinigungsarbeiten judiziert, die stets nur außerhalb der Betriebszeiten abends oder in der Nacht durchgeführt werden durften, wodurch

der Spielraum so eng war, dass von einer Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit ausgegangen werden musste. (FN 41) Dem-

Ende
Seite «7» Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (7)

Anfang
Seite «8»

nach könnten auch die dem (den) IT-Experten allenfalls eingeräumten zeitlichen Freiheiten nur sehr begrenzt als ein Kriterium für die persönliche Unabhängigkeit ins Treffen geführt werden, wenn die Arbeiten stets nur vor oder **nach Dienstschluss** der Mitarbeiter des Kunden ausgeführt werden dürfen. Gleiches würde gelten, müsste sich der Subbeauftragte I hinsichtlich seiner Arbeitszeiten nach den Einsatzzeiten des primär beauftragten U richten (zur Frage, wem bei Bejahung der persönlichen Abhängigkeit des I in Bsp 2 die DG-Eigenschaft zukommt, s unten C.). Umso mehr spräche es gegen persönliche Unabhängigkeit, wenn ein bestimmtes Stundenausmaß vereinbart würde, welches in einem konkreten **zeitlichen Rahmen** (zB zwölf Stunden wöchentlich, jeweils Montag und Mittwoch zwischen 9 und 18 Uhr) absolviert werden muss. (FN 42) Bei Beurteilung der (tatsächlichen) Freiheiten des Tätigwerdenden spielt daher auch das **Ausmaß der zeitlichen Inanspruchnahme** eine gewisse Rolle, da die Freiräume des Beschäftigten idR umso größer sind, je geringer das Arbeitszeitausmaß ist. (FN 43)

Auch hier wäre überdies zu berücksichtigen, ob die die Wartung durchführende(n) Person(en) zwar an sich in der Zeiteinteilung weitgehend frei ist (sind), aber etwa zu wöchentlichen "Lagebesprechungen" erscheinen (FN 44) oder für Notfälle (wie etwa eines "Absturzes" bestimmter Anwendungen) **erreichbar** sein muss (müssen). (FN 45)

c. (Sonstige) Weisungs- und Kontrollunterworfenheit

Selbst bei relativ niedrig qualifizierten Tätigkeiten besteht idR ein gewisser fachlich eigener Entscheidungsbereich des Arbeitenden, der sich mit steigender Qualifikation und Erfahrung ständig erweitert. (FN 46) Daher ist für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit nach der Rsp weniger die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse als jene hinsichtlich des **arbeitsbezogenen Verhaltens** maßgebend. (FN 47) Bedeutsam ist auch, ob der Beschäftigte so in die betriebliche Organisation (insb auch die innerbetrieblichen Abläufe) des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "**stille Autorität**" substituiert werden. (FN 48)

Auch qualifizierte fachliche bzw sachliche **Dispositionsbefugnisse** können aber eine Rolle spielen, da diese insb bei Fehlen der Einbindung in eine Betriebsorganisation für persönliche Unabhängigkeit sprechen, weil sie einen Spielraum für eine **eigenständige Gestaltung** der Tätigkeiten bieten. (FN 49) Umgekehrt bilden tatsächlich erteilte fachliche Weisungen ein Indiz für das Fehlen unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeiten und damit für das Vorliegen eines DV. (FN 50) Zumal die Abgrenzung von (primär relevanten) persönlichen Weisungen zu den bei selbständiger wie unselbständiger Tätigkeit möglichen (rein) sachlichen - also nur das Arbeitsergebnis betreffenden - Weisungen alles andere als einfach ist, (FN 51) hat auch der VwGH eingeräumt, sie könne nicht immer "*in voller Schärfe vorgenommen*" werden. (FN 52)

In Konstellationen wie den Ausgangsfällen wird es demnach insb darauf ankommen, ob der Beschäftigte bezüglich seines Verhaltens an Ordnungsvorschriften, etwa in Bezug auf die **Arbeitskleidung**, (FN 53) oder an **Aufzeichnungs- oder Berichtspflichten** gebunden ist,

die mit einer **Kontrollmöglichkeit** verbunden sind. (FN 54) Indizien für persönliche Abhängigkeit wären etwa die Verpflichtung, detaillierte Aufzeichnungen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie über deren Unterbrechung zu führen und vorzulegen, (FN 55) im Rahmen eines elektronischen Arbeitszeiterfassungssystems "ein- und auszustecken" oder Vorgaben einzuhalten, in welcher Reihenfolge die einzelnen Computer zu warten sind. Da Stundenaufzeichnungen vielfach (auch) der Abrechnung dienen, könnte allein daraus jedoch noch nicht zwingend auf persönliche Abhängigkeit geschlossen werden. (FN 56)

4. Im Zweifel maßgebliche weitere Kriterien

Nur wenn die geschilderten Kriterien noch keine abschließende Beurteilung im Einzelfall ermöglichen, können nach der Rsp auch weitere Kriterien, wie die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, das Fehlen eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechts oder die **Art des Entgelts und der Entgeltleistung** (§ 49 ASVG), von maßgebender Bedeutung sein. (FN 57) Somit steht zwar ein leistungsbezogenes Entgelt (und/oder die Abrechnung mittels Honorarnoten) der Annahme eines DV grds nicht entgegen, (FN 58) kann aber in Zweifelsfällen ein (freilich schwaches) Indiz für persönliche Unabhängigkeit sein. (FN 59) Umgekehrt kann eine

Ende Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus
Seite «8» sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (8)

Anfang
Seite «9»

Entlohnung nach Zeiträumen für das Vorliegen von DN-Eigenschaft sprechen. (FN 60)

Der VwGH hält ergänzend auch die im Wesentlichen ausschließliche **Erbringung der Arbeitsleistungen für eine Person** oder den fehlenden Einsatz eigener **Betriebsmittel** für beachtlich. (FN 61) Damit kommt in Zweifelsfällen also, abweichend von den nach anderen Kriterien entscheidbaren Fällen, auch der **wirtschaftlichen Abhängigkeit** eigenständige Bedeutung für die Beurteilung der DN-Eigenschaft zu. (FN 62) Diese bedeutet nach stRsp jedoch nicht das Angewiesensein des Beschäftigten auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhalts, weshalb auch die außerhalb der Erwerbstätigkeit bestehenden Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht zu berücksichtigen sind. (FN 63) Dass der Beschäftigte auch weitere Kunden hat und daher anderweitige Einkünfte erzielt, schließt somit ein DV selbst bei hauptberuflich anderer Tätigkeit nicht aus. (FN 64) Dennoch berücksichtigt die Rsp im Rahmen der Gesamtabwägung zu Recht auch, ob der Betroffene nur für einen oder **wenige Auftraggeber** tätig wird, da die Zahl der Kunden gegen bzw für eine eigentliche unternehmerische Tätigkeit am Markt sprechen kann. Dies spielt va dann eine Rolle, wenn sich - wie in den Ausgangsfällen - angesichts der nur sehr beschränkt erforderlichen Betriebsmittel das Vorliegen einer unternehmerischen Struktur schwer beurteilen lässt.

Demnach wäre es im Zweifel ein (leichtes) Indiz gegen das Vorliegen der DN-Eigenschaft, wenn U bzw I jeweils mehrere weitere Kunden hätten. Dass weder U noch I eigene Mitarbeiter oder Büroräumlichkeiten (und sonstige spezifische Betriebsmittel) aufweisen, ist hingegen ein Indiz für das Fehlen einer unternehmerischen Struktur (FN 65) und damit für das Vorliegen wirtschaftlicher und in Zweifelsfällen auch persönlicher Abhängigkeit. Dabei ändert es im Fall des Fehlens einer eigenen unternehmerischen Organisation an sich auch nichts, wenn der Beschäftigte sich für seine Arbeit auch **eigener Betriebsmittel**, wie etwa eines eigenen Kfz, eigener Ausrüstung oder eben des eigenen Laptops, bedient. (FN 66) Der VwGH hat zwar im

Zusammenhang mit der Versicherungspflicht nach § 4 Abs 4 ASVG festgehalten, es obliege der **Disposition des Tätigwerdenden**, ob er über eine unternehmerische Struktur verfügen möchte, also zB losgelöst vom konkreten Auftrag Betriebsmittel anschaffe und werbend am Markt auftrete. Dabei hat er auch darauf abgestellt, ob für die Tätigkeit wesentliche Sachmittel durch Aufnahme in das Betriebsvermögen der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet wurden. (FN 67) Für das Vorliegen der persönlichen Unabhängigkeit kann aber dem Umstand allein, dass der DG die Verwendung verlangt, bei einem Betriebsmittel, das seiner Art nach nicht von vornherein in erster Linie zu einer betrieblichen Verwendung bestimmt ist, keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Auch dass das Betriebsmittel eigens angeschafft und die Aufwendungen dafür steuerlich geltend gemacht wurden, ändert hieran nach der Rsp nichts. (FN 68)

Demnach kann das uU auch in der Verwendung eigener Betriebsmittel zum Ausdruck kommende Vorliegen einer eigenen unternehmerischen Organisation zwar in Zweifelsfällen gegen persönliche Abhängigkeit sprechen, va aus der Verwendung auch privat nutzbarer Sachmittel wird diesbezüglich aber selten etwas gewonnen werden können. (FN 69)

C. Wer ist Dienstgeber iSd § 35 ASVG?

Ergibt sich, dass (nur) der Subbeauftragte, im Bsp 2 also I, in persönlicher Abhängigkeit tätig wird, stellt sich die schwierige Frage, ob der Kunde (K) oder dessen Vertragspartner (U) sein DG ist.

Als DG gilt gem § 35 Abs 1 ASVG derjenige, für dessen **Rechnung der Betrieb** geführt wird, in dem der DN in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der DG den DN durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder tw auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist. Nach der Entscheidung eines verStSen kommt es darauf an, wer nach **rechtlichen** (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebs im Gesamten unmittelbar trifft. (FN 70) Dies gilt auch, wenn das Vertragsverhältnis formell mit einer anderen Person geschlossen wurde. (FN 71) Damit kommen a priori sowohl K als auch U als DG des I in Betracht.

Die DG-Stellung setzt ex lege das Vorhandensein eines **Betriebs** voraus. (FN 72) Dabei wird von der Rsp auf den Betriebsbegriff des **§ 34 Abs 1 ArbVG** zurückgegriffen, wonach jede Arbeitsstätte als Betrieb gilt, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht. (FN 73) Bei einem Fleischermeister, der gemeinsam mit Hilfskräften Fleischzerlegungsarbeiten für einen Schlachthof durchführte, hat der VwGH hinsichtlich des fehlenden Bestehens eines Betriebs auf das Nichtvorliegen einer mit eigenen Betriebsmitteln aus-

Ende Seite «9» Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (9)

Anfang
Seite «10»

gestatteten eigenen Betriebsstätte, in der er die oberste Geschäfts- und Betriebsleitung innegehabt hat, abgestellt. (FN 74) Ebenso hat er festgehalten, das bloße Eigentum an einem

Haus, an dem Bauarbeiten durchgeführt werden, begründe keinen Betrieb. (FN 75) Allerdings wurde im letztgenannten Fall dennoch für entscheidend erachtet, ob dem Hauseigentümer gegenüber den Bauarbeitern ein **Weisungs- oder Kontrollrecht** zukam, letztlich also weniger auf das Vorliegen eines Betriebs als auf jenes persönlicher Abhängigkeit abgestellt. In Bezug auf einen Bauarbeiter, der zusammen mit anderen von ihm "beauftragten" Bauarbeitern für verschiedene Auftraggeber tätig war, hat der VwGH überdies darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer "maßgeblichen betrieblichen Struktur" der DG-Eigenschaft - und damit auch der Bejahung eines Betriebs - nicht entgegenstehe. (FN 76)

Im Ausgangsfall ist das Möbelunternehmen K wohl unstrittig ein Betrieb. Auch eine DG-Eigenschaft des U würde aber im Licht der geschilderten Rsp selbst dann nicht von vornherein ausscheiden, wenn dessen Betrieb nicht in einer umfassenden unternehmerischen Organisation zu Tage treten würde. Entscheidend ist vielmehr, ob U eine eigene betriebliche Tätigkeit (insb in Form des Angebots von IT-Leistungen; zur Möglichkeit einer Arbeitskräfteüberlassung näher unten) entfaltet, im Zuge derer er I als DN aufgenommen hat, oder aber lediglich als "Strohmann" zwischengeschaltet wurde. Es kommt also darauf an, ob die **persönliche Abhängigkeit** des I **begründenden Umstände**, insb also Weisungs- und Kontrollrechte, aus dem Verhältnis zu U oder aus jenem zu K resultieren. Demnach spräche es für die DG-Eigenschaft des U, also des Vertragspartners des I, wenn dieser die (allenfalls mit K vereinbarten) "Einsatzzeiten" des I vorgibt, I dem U gegenüber zu regelmäßigen Berichten oder zur Vorlage von (Arbeitszeit-)Aufzeichnungen verpflichtet ist und U die ordnungsgemäße Durchführung der Wartung durch I - ggf auch aufgrund von Rückmeldungen seines Vertragspartners K (FN 77) - kontrolliert. Ein weiteres Indiz für die DG-Eigenschaft des U wäre es, wenn die Abrechnung diesem gegenüber erfolgt und I zB mit Visitenkarten und Logo des U auftritt. Wenngleich die vertragliche Beziehung nicht zwingend ausschlaggebend ist, ist auch diese mangels spezifischer Anhaltspunkte für eine "Strohmann-Konstruktion" mE als Indiz für die DG-Eigenschaft des U zu werten.

Kommen die genannten Befugnisse dagegen nicht U, sondern K zu, spricht dies für eine bloße Stellung des U als **"Mittelsmann"**. K könnte dabei auch dann DG sein, wenn sich U dem Kunden gegenüber zur Beiziehung eines weiteren IT-Experten verpflichtet hätte und unmittelbare vertragliche Beziehungen (zunächst) nur zwischen K und U bestanden hätten. (FN 78) Selbst wenn U den IT-Experten nicht nur "besorgt" hätte, sondern diesem bei der (gemeinsamen) Arbeitsleistungen auch gewisse Anweisungen erteilen und ihn anleiten würde, wäre eine DG-Eigenschaft des K möglich. Wenn U gegenüber I tatsächlich nur Vorgaben des K weitergibt, kann Ersterer nämlich auch als dessen Bevollmächtigter zu qualifizieren sein. (FN 79) Hier würde es nach der Rsp etwa auch eine Rolle spielen, ob U de facto nur als Auszahlungsstelle gegenüber I fungiert oder aber Ersterer ein Pauschalhonorar von K erhält, von dem er I nach eigenen Vorstellungen entlohnt. Insofern kommt es also auch entscheidend auf die zwischen K und U getroffene **Vereinbarung** an. (FN 80)

Umgekehrt muss aber auch die Ausübung von Weisungsrechten seitens K nicht notwendigerweise dessen DG-Stellung begründen. Denn es ist möglich, dass U den IT-Experten als eigenen DN mit dessen Zustimmung vereinbarungsgemäß an den Kunden **zur Dienstleistung überlässt**, wobei die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem DV zu U aufrechtbleiben (vgl zur Arbeitskräfteüberlassung insb auch die Vorgaben des AÜG). Die Einordnung des I in den Betrieb des Möbelunternehmens und insb die Bindung an dessen Weisungen und Unterworfenheit unter dessen Kontrolle wären dann iS der Judikatur nur als Konkretisierung der gegenüber U als Überlasser weiter bestehenden persönlichen Abhängigkeit anzusehen. Letzterer bliebe (einziger) DG. (FN 81) I würde durch seine Tätigkeit bei K rechtlich nur seiner Arbeitspflicht gegenüber U nachkommen, wobei Weisungen des K im Ergebnis als solche des U als DG zu beurteilen wären. (FN 82) Soweit U gegenüber selbst - wie im Ausgangsfall - unmittelbar keine Arbeitsleistung erbracht wird, setzt dessen DG-Stellung als

Überlasser freilich im Licht der Rsp voraus, dass sich I gegenüber U **vertraglich verpflichtet** hat, diesem seine Arbeitskraft in Gestalt der Erbringung von Arbeitsleistungen in einem von U bezeichneten Unternehmen nach den dort zu erteilenden Weisungen zur Verfügung zu stellen. (FN 83) Fehlt eine solche Vereinbarung und liegen auch keine Anhaltspunkte für das tatsächliche Vorliegen eines DV zwischen I und U vor, kann Letzterer nicht aufgrund der faktisch in persönlicher Abhängigkeit erbrachten Arbeitsleistung bei K als "verleihender" DG angesehen werden. In einem solchen Fall wäre vielmehr wiederum K als DG anzusehen. (FN 84)

Insgesamt ist die DG-Stellung demnach zwar unter Berücksichtigung der **tatsächlichen Verhältnisse** zu beurteilen, doch kommt va auch den zwischen den Beteiligten **getroffenen Vereinbarungen** entscheidende Bedeutung zu.

Ende
Seite 10 Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (10)

Anfang
Seite 11

↳ In Kürze

- **Die Versicherungspflicht als DN iS des ASVG oder Selbständiger iS des GSVG muss auch bei Vorliegen einer Gewerbeberechtigung im Einzelfall unter Berücksichtigung der in der Rsp herausgearbeiteten Kriterien für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit beurteilt werden.**
- **Ergibt sich in Bezug auf bestehende Bindungen hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsorts und des arbeitsbezogenen Verhaltens kein eindeutiges Bild, spielen auch Kriterien wie die Art der Entgeltzahlung, die Zahl der weiteren Auftraggeber und das Vorhandensein einer eigenen unternehmerischen Struktur für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eine Rolle.**
- **Wird eine dem Kunden (Auftraggeber) gegenüber eingegangene Verpflichtung durch den primär Beauftragten an eine als DN zu qualifizierende Person delegiert, hängt die Frage, wer als deren DG iSd § 35 ASVG anzusehen ist, davon ab, ob die die persönliche Abhängigkeit begründenden Umstände aus dem Verhältnis zum unmittelbaren Vertragspartner oder aber tatsächlich aus jenem zum Kunden resultieren.**

• • • • Susanne Auer-Mayer, Die Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015/2 (11)

↳ Fussnote(n)

(FN 1)

Herzlicher Dank gilt Herrn Dir. Dr. Thomas Neumann für die Zurverfügungstellung einiger typischer Fallkonstellationen. [← zurück zum Text](#)