

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

Präsentation der Studie
Univ.-Prof. Dr. Alexander
Schopper
Wiener Gespräche 5.11.2014

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Inhalt

- Gesetzliche Grundlagen
- Abgrenzungskriterien der Judikatur
- Einbindung in fremden Betrieb
- Wesentliche eigene Betriebsmittel
- Weisungsrecht
- Persönliche Arbeitspflicht und generelles Vertretungsrecht

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Rechtsgrundlagen

- § 1151 Abs 1 ABGB
 - Dienstvertrag: jemand verpflichtet sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen
 - Werkvertrag: jemand übernimmt die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt
- § 4 Abs 2 ASVG
 - wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; (...) auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen

Univ-Prof Dr Alexander Schopper

3

Rechtswissenschaftliche Fakultät 


  




Rechtsgrundlagen II

- § 4 Abs 4 ASVG
 - Freie Dienstnehmer: wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen

Univ-Prof Dr Alexander Schopper

4

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Abgrenzungskriterien der Judikatur – VwGH I

- Konkretisierung der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gem § 4 Abs 2 ASVG anhand des **Gesamtbilds im konkreten Einzelfall**
- VwGH 2013/08/0191 (Unternehmensberater als echter DN)
- VwGH 2005/08/0023 (IT-Supportmitarbeiter als echter DN)
- Zahlreiche Kriterien der Abgrenzung (siehe nächste Folie)

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 5


Rechtswissenschaftliche Fakultät 




  

Abgrenzungskriterien der Judikatur – VwGH II

- Kriterien der Abgrenzung vor allem:
 - Bindung an Ordnungsvorschriften über **Arbeitsort, Arbeitszeit** und arbeitsbezogenes **Verhalten**; darauf abzielende **Weisungs- und Kontrollrechte**
 - Vorliegen eines generellen **Vertretungsrechts**
 - **Einbindung in den fremden Betrieb**
 - Vorhandensein wesentlicher eigener **Betriebsmittel** bzw einer eigenen **Unternehmensstruktur**
 - Beschränkung auf die Disposition über die eigene Arbeitskraft
 - Modalitäten der **Bezahlung**
 - Tragung des **unternehmerischen Risikos**
 - Herstellung eines konkreten, individualisierbaren **Werkes** oder bloß die Bereitschaft zu **Dienstleistungen?**

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 6


Rechtswissenschaftliche Fakultät 




  

Abgrenzungskriterien der Judikatur – OGH I

- Gesamtbetrachtung der für und der gegen das Arbeitsverhältnis sprechenden Merkmale
- OGH spricht vom „beweglichen System“ und stellt auf Überwiegen der für eine persönliche Abhängigkeit sprechenden Merkmale ab

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 7

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Abgrenzungskriterien der Judikatur – OGH II

- Kriterien der Abgrenzung vor allem:
 - Weisungsgebundenheit
 - persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers
 - Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt
 - funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge
 - Beistellung des Arbeitsgeräts durch den Dienstgeber

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 8

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Zwischenergebnis:

- Gesetz enthält keine Aufzählung der Abgrenzungskriterien
- Die von VwGH und OGH heute herangezogenen Merkmale zur Abgrenzung des (freien) Dienstvertrages vom Werkvertrag sind Ergebnis einer jahrzehntelangen Entwicklung der Judikatur
- Abgrenzungskriterien der Rsp sind nicht „abschließend“, sondern offen für Ergänzung
- Abgrenzungskriterien sind offen für eine angemessene Berücksichtigung der Besonderheit einzelner Tätigkeiten (siehe nächste Folie)

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 9

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

OGH – Berücksichtigung der „Natur der Tätigkeit“

- Umstände, die allein in Natur der Tätigkeit liegen, können für persönliche Abhängigkeit von vornherein nicht relevant sein (RIS-Justiz RS0021518 [T32], [T34])
- Ist vertraglich vereinbarte Anwesenheit eines Justizanstaltsarzt in den Räumlichkeiten des Auftraggebers sachlich erforderlich, um den übernommenen Auftrag zu erfüllen, spricht das nicht für persönliche Abhängigkeit (OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g)
- Abhaltung von Lehrtätigkeit in Räumlichkeiten des Veranstalters (OGH 23.3.2010, 8 ObA 57/09d)

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 10

Rechtswissenschaftliche Fakultät 


  

Konsequenzen für UIBT-Tätigkeiten

- **„Externe“ Unternehmensberatung:** erfordert iaR Anwesenheit vor Ort und Einbindung in fremden Betrieb
- **IT-Dienstleister:** Anwesenheit vor Ort und Verwendung von Hard- und Software des Auftraggebers häufig durch die Natur der geschuldeten Tätigkeit begründet
- **Buchhaltung:** zu prüfen ist, ob Verwendung von fremden Betriebsmittel notwendiger Bestandteil der Tätigkeit ist
- **Folge:** Kriterium hat keinen Aussagegehalt für persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit – andere Kriterien treten in Vordergrund

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 11

Rechtswissenschaftliche Fakultät 


  




Wesentliche eigene Betriebsmittel I

VwGH:

- Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel relevant für wirtschaftliche Abhängigkeit (§ 4 Abs 2 ASVG) und Tatbestandsmerkmal des freien Dienstvertrages (§ 4 Abs 4 ASVG)
- VwGH verlangt Sachmittel, das für die konkrete Tätigkeit des (freien) Dienstnehmers wesentlich ist
- Offenbar geht VwGH davon aus, dass **immaterielle Güter** (insbes Know-how) **keine Betriebsmittel sein können** (VwGH 11.6.2014, 2012/08/0245)

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 12

Rechtswissenschaftliche Fakultät 


  




Wesentliche eigene Betriebsmittel II

Literatur:

- Lehre lässt auch immaterielle Güter als Betriebsmittel zu
 - *Mosler/Glück*: zB Urheberrechte, Patente , „good will“
 - *Schrank/Grabner*: Verweis auf Wirtschaftsgut iSd EStG; zu Wirtschaftsgütern gem EStG gehören auch immaterielle Werte

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 13

Rechtswissenschaftliche Fakultät 


  

Wesentliche eigene Betriebsmittel III

Eigene Ansicht:

- Vorhandene eigene Betriebsmittel sollen selbständige (unternehmerische) Tätigkeit von unselbständiger Tätigkeit abgrenzen
- Entscheidende Frage: hat Betroffener zur Anschaffung der Betriebsmittel ein Investitionsrisiko (Betriebsmittlerisiko) übernommen?
- Irrelevant: Materielle oder immaterielle Güter

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 14

Rechtswissenschaftliche Fakultät 


  




Wesentliche eigene Betriebsmittel IV

Eigene Ansicht:

- Auch Know-how ist als eigenes Betriebsmittel gem § 4 ASVG anzuerkennen, wenn Know-how wesentlich für die Verwirklichung des Betriebs- bzw Unternehmenszwecks ist und Betroffener zu dessen Erwerb ein bezifferbares Investitionsrisiko übernommen hat

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 15


Rechtswissenschaftliche Fakultät 



  

Weisungsrecht I

- **Persönlichen Weisungen**, die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben und die eigene Gestaltungsfreiheit bzw den Ermessenspielraum bei der Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschalten = Kennzeichen persönlicher Abhängigkeit
- **Sachbezogene Weisungen** und Kontrollen schließen persönliche Unabhängigkeit nicht aus

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 16


Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Weisungsrecht II

- VwGH: DN, bei denen infolge ihrer Kenntnisse, Erfahrungen oder Fähigkeiten Weisungen entbehrlich sind, können dennoch der „**stillen Autorität**“ ihres DG unterliegen und daher persönlich weisungsgebunden sein
- Stille Autorität ist begrifflich unbestimmt, kann praktisch schwer entkräftet werden
- Stellt hochqualifizierte Tätigkeiten mit hohem Ermessensspielraum unter Generalverdacht einer persönlichen Weisungsgebundenheit

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 17


Rechtswissenschaftliche Fakultät 



 

Persönliche Arbeitspflicht und generelles Vertretungsrecht I

- VwGH: generelles Vertretungsrecht schließt persönliche Abhängigkeit aus
- Liegt vor, wenn der zur Leistung Verpflichtete jederzeit nach Gutdünken und ohne Verständigung seines Vertragspartners beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann
- Rsp des VwGH steht in Divergenz zum Zivilrecht, wo höchstpersönliche Ausführungspflicht nichts am Vorliegen eines Werkvertrages ändert

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 18


Rechtswissenschaftliche Fakultät 




  

Persönliche Arbeitspflicht und generelles Vertretungsrecht II

- Auch im Sozialversicherungsrecht müsste anerkannt sein, dass es dem Besteller erkennbar auf besondere Eigenschaften des Werkunternehmers ankommen kann, weshalb auch eine persönliche Ausführung durch den Werkunternehmer relevant ist.
- Generelles Vertretungsrecht wird meist nur bei manuellen, einfachen Tätigkeiten vorkommen, seltener bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten (siehe nächste Folie).

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 19


Rechtswissenschaftliche Fakultät 




  

Persönliche Arbeitspflicht und generelles Vertretungsrecht III

- „Generelles Vertretungsrecht“ wird bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten häufig allein wegen Art der geschuldeten Tätigkeit fehlen.
- Eine Aussage, ob persönliche Abhängigkeit vorliegt, lässt sich dann daraus nicht ableiten.

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 20

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Stellungnahme zur geltenden Rechtslage

- Große Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten
- Gravierende Rechtsfolgen bei nachträglicher Aufdeckung von „Scheinselbständigkeit“
- Ausübung von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten in Form eines selbständigen Ein-Personen-Unternehmens wird bei starrer Heranziehung der Abgrenzungskriterien nahezu unmöglich

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 21

Rechtswissenschaftliche Fakultät 

Ansätze für Verbesserung

- Rsp kann Lage nur einzelfallbezogen verbessern etwa durch:
 - Verstärkte Berücksichtigung der Besonderheiten von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten bei Anwendung der Abgrenzungskriterien
 - Anerkennung von Know-how als Betriebsmittel
- Erforderlich sind Klarstellungen durch den Gesetzgeber:
 - Entschärfung der Rechtsfolgen bei nachträglicher Aufdeckung von „Scheinselbständigkeit“
 - Schaffung klarer Abgrenzungskriterien, eventuell Sonderregelungen für hochqualifizierte wissensbasierte Tätigkeiten (Abgleich mit freien Berufen)

Univ-Prof Dr Alexander Schopper 22

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit

Kontakt
Univ-Prof Dr Alexander Schopper
Universität Innsbruck
Institut für Unternehmens- und Steuerrecht
Innrain 52
6020 Innsbruck
T +43 512/507-8370
E alexander.schopper@uibk.ac.at
W www.uibk.ac.at/unternehmensrecht/