



BACHELORARBEIT

Frau
Barbara Lang

**Dienstvertrag versus
freier Dienstvertrag
-
Ziele, Möglichkeiten
und Grenzen der
Vertragsgestaltung**

Mittweida, 2013

BACHELORARBEIT

Dienstvertrag versus freier Dienstvertrag - Ziele, Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsgestaltung

Autor:

Frau Barbara Lang

Studiengang:

Betriebswirtschaft

Seminargruppe:

BW07sBSA

Erstprüfer:

Prof. Dr. René-Claude Urbatsch

Zweitprüfer:

Mag. iur. Karin Loh

Einreichung:

Mittweida, 24.06.2013

Verteidigung/Bewertung:

BACHELOR THESIS

**Employment contract versus
freelance contract
-
Aims, possibilities
and limitations**

author:

Ms. Barbara Lang

course of studies:

business management

seminar group:

BW07sBSA

first examiner:

Prof. Dr. René-Claude Urbatsch

second examiner:

Mag. iur. Karin Loh

submission:

Mittweida, 24.06.2013

defence/ evaluation:

Bibliografische Beschreibung:

Lang, Barbara:

Dienstvertrag versus freier Dienstvertrag – Ziele, Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsgestaltung. - 2013. - IV, 94, X S.

Mittweida, Hochschule Mittweida, Fakultät Wirtschaftswissenschaften, Bachelorarbeit, 2013

Referat:

Diese Bachelorarbeit setzt sich mit der Abgrenzung zwischen „echtem“ Dienstvertrag und freiem Dienstvertrag auseinander. Dies sowohl durch Vergleich im Arbeits-, Sozialversicherungs- sowie Steuer- und Abgabenrecht als auch bezüglich der tatsächlichen Anwendung in der Praxis, wobei die Aufarbeitung hierbei anhand eines Fallbeispiels erfolgt. Ziel ist es, die Vor- und Nachteile des freien Dienstverhältnisses zu beleuchten, Kombinations- und Gestaltungsmöglichkeiten auszuloten, rechtliche und wirtschaftliche Folgen der getroffenen Qualifikation auszumachen und Lösungsvorschläge zu erarbeiten.

Die Arbeit beschränkt sich auf die Darstellung der österreichischen Rechtslage.

Inhalt

Inhalt	I
Tabellenverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	IV
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung.....	3
1.2 Zielsetzung.....	4
1.3 Methodisches Vorgehen.....	5
2 Der freie Dienstnehmer	7
2.1 Entwicklung, rechtliche Rahmenbedingungen und Stellenwert des freien Dienstnehmers	7
2.1.1 Anwendbare Bestimmungen des Arbeitsrechtes	15
2.1.1.1 Anwendbare Bestimmungen des ABGB	19
2.1.1.2 Anwendbare sonstige Bestimmungen des Arbeitsrechtes	31
2.1.1.3 Zusammenfassende Gegenüberstellung	38
2.1.2 Entwicklung und anwendbare Bestimmungen des Sozialversicherungs- und Abgabenrechtes	43
2.1.3 Entwicklung und anwendbare Bestimmungen des Steuerrechtes.....	55
2.2 Abgrenzungsmerkmale bzw. Definition des freien Dienstvertrages	62
2.2.1 Abgrenzung Dienstnehmer / freier Dienstnehmer / Werkunternehmer.....	63
2.2.1.1 Abgrenzung im Arbeitsrecht	63
2.2.1.2 Abgrenzung im Sozialversicherungs- und Abgabenrecht.....	66
2.2.1.3 Abgrenzung im Steuerrecht.....	68
2.2.2 Zusammenfassender Abgrenzungskriterienkatalog für den freien Dienstnehmer	72
2.2.3 Beurteilung anhand des zugrunde liegenden Fallbeispielen	74
2.3 Folgen der Qualifikation.....	83
2.3.1 Arbeitsrechtliche Folgen	83
2.3.2 Sozialrechtliche Folgen	87
2.3.3 Steuerrechtliche Folgen.....	89
3 Schluss	91
3.1 Ergebnisse	91
3.2 Maßnahmen	92
3.3 Konsequenzen	94
Literatur	95
Anlagen	105
Anlagen, Teil 1	CVII
Anlagen, Teil 2	CIX
Anlagen, Teil 3	CXII
Anlagen, Teil 4	CXIV
Anlagen, Teil 5	CXVI
Selbstständigkeitserklärung	119

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1	Vergleich Arbeiter, Angestellter und freier Dienstnehmer aus arbeitsrechtlicher Sicht	41
Tabelle 2	Vergleich der Dienstverhältnisse aus abgaben- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht	52
Tabelle 3	Vergleich der Dienstverhältnisse aus steuerrechtlicher Sicht	61
Tabelle 4	Abgrenzungskriterien des freien Dienstverhältnisses	73
Tabelle 5	Fallprüfung zu den Abgrenzungskriterien des freien Dienstverhältnisses	82
Tabelle 6	Aufstellung der Honoraransprüche samt Abgaben und Steuern.....	84
Tabelle 7	Vergleich Angestellter / freier Dienstnehmer aus abgaben- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht	88
Tabelle 8	Darstellung der Honoraransprüche samt Einkommensteuerlast.....	90

Abkürzungsverzeichnis

(T...)	Teilsatz ...
§	Paragraf
§§	Paragrafen
%	Prozent
∑	Summe
€	Euro
a.a.O.	am angeführten/angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABGB-ON	Online Kommentar zum ABGB
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977
AMS	Arbeitsmarktservice
AngG	Angestelltengesetz
APSG	Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz 1991
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art.	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZ	Aktenzahl/Aktenzeichen
AZG	Arbeitszeitgesetz
B-GIBG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet/e/s
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
betr.	betrifft/betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesminister(ium) für Finanzen

BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz
BPG	Betriebspensionsgesetz
BSVG	Bauern-Sozialversicherungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
dEStG	deutsches Einkommensteuergesetz
DG	Dienstgeber
DG BT / DB	Dienstgeberbeitrag/-beiträge
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DN	Dienstnehmer
DN BT	Dienstnehmerbeitrag/-beiträge
DRdA	Das Recht der Arbeit
E	Entscheidung
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
Erg.Lfg.	Ergänzungslieferung
Est.	Einkommensteuer
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende / und die folgenden
FLAG	Familienlastenausgleichsfonds
FSVG	Freiberuflichen Sozialversicherungsgesetz
Ges.Kosten	Gesamtkosten
GewO	Gewerbeordnung
GewO 1994	Gewerbeordnung 1994
GKK	Gebietskrankenkasse
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GPLA	gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GZ	Geschäftszahl
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.v.	in der Fassung vom
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
insb.	insbesondere
insges.	insgesamt
IO	Insolvenzordnung
JGS	Justizgesetzsammlung
Jh.	Jahrhundert
KautSchG	Kautionschutzgesetz
Kfz	Kraftfahrzeug
KIAB	Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung
KO	Konkursordnung
Lfg.	Lieferung

lit.	litera
lt.	laut
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MSchG	Mutterschutzgesetz 1979
N. N.	Nomen Nominandum / zu nennender Name / nicht genannter Name
NAV	Normalarbeitsvertrag
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz 1970
PVP	Personalverrechnung für die Praxis
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RS	Rechtssatz
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
Sbg.	Salzburg
SRÄG	Sozialrechts-Änderungsgesetz 1996
ST	spezielle Tätigkeit (laut Kollektivvertrag)
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u. dgl.	und dergleichen
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
UrhG	Urheberrechtsgesetz
URL	Uniform Resource Locator / Internetadresse
UrlG	Urlaubsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz 1994
usw.	und so weiter
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl., vgl.	Vergleiche, vergleiche
VKG	Väter-Karenzgesetz
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

1 Einleitung

Eine Person, die regelmäßig einer Arbeit nachgeht, kann schon lange nicht mehr salopp als „Arbeitnehmer“ bezeichnet werden. Die moderne Arbeitswelt bietet unterschiedlichste Vertragsformen und Bezeichnungen – bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings häufig, dass die für den Vertrag gewählte Überschrift nicht der tatsächlichen Ausgestaltung des Dienstverhältnisses gerecht wird bzw. bei näherer Prüfung einem anderen Dienstvertrags-typus entspricht.

Im Allgemeinen unterscheiden wir den „echten“ Dienstvertrag (Arbeits- und Angestelltenvertrag), den freien Dienstvertrag, den Werkvertrag, den Gesellschaftsvertrag, die Bevollmächtigung, die Vereinsmitarbeit, die Familienmitarbeit und noch weitere besondere Dienstverhältnisse, wie zum Beispiel jene der Beamten.¹

Den Vertragsparteien steht es grundsätzlich frei, für welche Art des Vertrages sie sich gemeinsam entscheiden, solange die gewählte Form und deren gesetzliche Vorschriften und Rahmenbedingungen mit der tatsächlich geleisteten Tätigkeit übereinstimmen. Die österreichische Gesetzgebung liefert hierbei die Regeln für ein faires Zusammenspiel von beiden Vertragsseiten, versucht aber insbesondere auch, den allenfalls Schwächeren zu schützen.

Der Beratungsalltag der Arbeiterkammern und die Verhandlungsprotokolle der Arbeitsgerichte machen deutlich, dass es nicht nur Einzelfälle sind, bei denen Arbeitgeber versuchen, Schutzbestimmungen zu einzelnen Vertragstypen geschickt zu umgehen, um ihre Dienstnehmer so unbürokratisch und kostenschonend wie möglich zu beschäftigen.² Nur zu gern wird unter dem Motto „wird schon niemand merken“ ein Angestellter als freier Dienstnehmer qualifiziert oder ein Arbeiter als Werkunternehmer, wenn sich dadurch ein finanzieller Vorteil ergibt. In diesen Fällen erfahren die Dienstnehmer meist erst nach eingehender arbeitsrechtlicher oder im Streitfall bei gerichtlicher Prüfung, dass die gewählte Vertragsform den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht und sie dadurch auf mehr Einkommen, Absicherung im Krankheitsfall, Urlaubsansprüche und dergleichen „verzichtet“ haben, ohne sich dessen bewusst gewesen zu sein.

Andererseits erfordern die wirtschaftlichen Gegebenheiten sowohl für Dienstgeber als auch für Dienstnehmer unverzichtbar das Vorhandensein mehrerer unterschiedlicher Ver-

¹ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht : Individualarbeitsrecht Kollektives Arbeitsrecht. – 4. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2011, Rz. 52 ff.

² Vgl. Petter, Dagmar ; Weis, Peter: Der freie Dienstvertrag : Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Grundlagen. URL: http://noe.arbeiterkammer.at/bilder/d117/freier_dienstvertrag_2012_kern.pdf – Wien, 2012, verfügbar am 27.12.2012, S. 5.

tragsarten, um gemäß der sich ändernden Nachfrage jeweils entsprechend flexibel und konkurrenzfähig zu sein. Schon seit vielen Jahren lässt sich der Trend weg vom „Normalarbeitsverhältnis“ – sprich vom abhängigen, unbefristet beschäftigten Vollzeitmitarbeiter mit fest geregelten Arbeitszeiten – hin zu unterschiedlichen, teilweise atypischen Vertragsformen feststellen.³

Der freie Dienstvertrag ist ein solches atypisches Vertragsverhältnis. Gemäß Erhebungen der STATISTIK AUSTRIA Bundesanstalt Statistik Österreich sind in etwa 1,2 bis 1,5 % aller Erwerbstätigen (selbstständig und unselbstständig) freie Dienstnehmer. Konkret waren das in den Jahren 2004 (Beginn der diesbezüglichen Erhebungen) bis 2010 zwischen 45.900 und 63.000 Personen, wobei der Anteil der Frauen mit durchschnittlich 56,17 % stets höher war als jener der Männer.⁴ Noch weiter klafft diese Schere bei näherer Betrachtung der geringfügig beschäftigten freien Dienstnehmer auseinander. Die aus Verwaltungsdaten erhobenen Arbeitsmarktstatistiken ergeben bei den geringfügig beschäftigten freien Dienstnehmern eine Frauenquote von circa 60 %.⁵

Seit 2008/2009 lässt sich ein signifikanter Rückgang der freien Dienstnehmer – besonders der geringfügigen – verzeichnen. Hierfür können zwei Gründe vermutet werden: Einerseits traten per 01.01.2008 gewichtige Maßnahmen zur Verbesserung der Stellung der freien Dienstnehmer in Kraft. So haben sie seither Anspruch auf Kranken- und Wochenlohn und werden in das System der „Abfertigung neu“ einbezogen. Zudem unterliegen sie seit diesem Tag dem Insolvenzentgeltversicherungsgesetz für den Fall der Insolvenz des Auftraggebers und genießen die Vorzüge des nun auf sie anwendbaren Arbeiterkammergesetzes. Außerdem werden die freien Dienstnehmer seit Anfang 2008 im System der Arbeitslosenversicherung berücksichtigt.⁶ Zu guter Letzt wurden mit 01.01.2010 aufgrund einer Angleichung an die echten Dienstnehmer die Lohnnebenkosten für freie Dienstnehmer um rund 8 % erhöht, welche von den Auftraggebern zu tragen sind.⁷ Die genannten Änderungen und die damit einhergehenden finanziellen Aufwendungen machen für viele Auftraggeber die Wahl des freien Dienstvertrages weniger interessant. Hinzu kommt zweitens im gleichen Zeitraum die Belastung durch die Finanz- und Wirtschaftskrise, welche die Unternehmer zwingt, „den Gürtel enger zu schnallen“ und Mitarbeiter freizusetzen. Leider trifft dies häufig die – trotz aller Änderungen und Verbesserungen nach wie vor schlechter gestellten und schlechter abgesicherten – freien Dienstnehmer.

³ Vgl. Schulte, Bernd: Flexicurity : Arbeitsflexibilität und soziale Sicherung, in: Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte, Hrsg. Mazal, Wolfgang ; Muranaka, Takashi – 1. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2005, S. 117.

⁴ Vgl. Arbeitsmarktstatistiken 2004 bis 2010. URL: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/arbeitsmarkt/erwerbsstatus/index.html, Hrsg. STATISTIK AUSTRIA Bundesanstalt Statistik Österreich – Wien, verfügbar am 24.02.2011, S. 23 (2004), S. 23 (2005), S. 23 (2006), S. 23 (2007), S. 27 (2008), S. 18 (2009), jew. S. 28 (1. bis 3. Quartal 2010).

⁵ Vgl. Arbeitsmarktstatistiken 2004 bis 2010, a.a.O., S. 18 (2009), jew. S. 18 (1. bis 3. Quartal 2010).

⁶ Vgl. Petter, Dagmar ; Weis, Peter: Der freie Dienstvertrag : Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Grundlagen, a.a.O., S. 5.

⁷ Vgl. Artikel „Achtung: Mehr Nebenkosten bei freiem Dienstvertrag“. URL: http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AnzID=1&StID=519815&DstID=2609, Hrsg. Wirtschaftskammer Steiermark, 25.11.2009, verfügbar am 27.12.2012.

Ein freier Dienstvertrag gilt im Übrigen gemäß den Bestimmungen des Arbeitsmarktservice („AMS“) Österreich nicht als ein von diesem „zumutbares“ Beschäftigungsverhältnis. Bezieht man Arbeitslosengeld, ist man verpflichtet, „zumutbare“ Beschäftigungsangebote anzunehmen. Dies gilt allerdings nicht für freie Dienstverträge, denn selbst, wenn der Betroffene bereits zuvor als freier Dienstnehmer tätig war, ist eine solche Stelle als „nicht zumutbar“ einzustufen und darf vom AMS nicht unter Androhung einer Sanktion (Sperrung des Arbeitslosengeldes) angeboten werden.⁸ Diese Regelung kann als Beispiel für den schlechten Stellenwert des freien Dienstvertrages in Relation zu anderen Vertragsverhältnissen herangezogen werden.

Zwangsläufig drängt sich nach den angeführten negativen Aspekten die Frage auf, worin diese Vertragsform ihre Berechtigungsgrundlage hat und weshalb sich zigtausende Personen dennoch bewusst oder unbewusst für einen freien Dienstvertrag entscheiden.

1.1 Problemstellung

Wie bereits einleitend dargestellt, liegt das Problem in der Praxis darin, einen durch die Vertragsparteien gewählten Dienstvertragstypus sowohl im Hinblick auf die gewählte Vertragsformulierung als auch hinsichtlich der tatsächlichen Ausgestaltung des Dienstverhältnisses zu bewerten. Dabei sind in erster Linie jene Kriterien heranzuziehen, welche durch die Judikatur ausgearbeitet wurden. Das nachfolgende Beispiel aus der Praxis soll diesen Vorgang verdeutlichen und gleichzeitig als Musterfall einer Prüfung unterzogen werden. Dieser Fall zeigt ebenso, dass nicht zwingend Dienstnehmerinteressen durch eine gewählte Vertragsform gefährdet werden können, sondern oft auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen bzw. Kriterien der Judikatur dafür sorgen, dass letztlich die Entscheidung getroffen wird, dass auf dieser Grundlage kein Beschäftigungsverhältnis angeboten werden kann. Der zugrunde gelegte Sachverhalt ist einem zur gerichtlichen Prüfung vorgelegenen Fall nachempfunden, wobei dieser soweit abgewandelt bzw. anonymisiert wurde, dass Rückschlüsse auf die Beteiligten ausgeschlossen werden können.

Die im Anhang 2 bis 4 dargestellten Teile spiegeln den in der Praxis ermittelbaren Sachverhalt wider. So steht am Beginn die Entscheidung des Dienstgebers eine bestimmte Funktion im Betrieb über die Ausschreibung eines freien Dienstvertrages zu besetzen. Wie die Ergebnisse des Einstellungsgespräches zeigen, gibt es in der Praxis mitunter das gemeinsame Interesse, das Beschäftigungsverhältnis in Form eines freien Dienstvertrages auszugestalten. Es folgen die Ausarbeitung eines freien Dienstnehmervertrages und der Abschluss desselben. Nun gilt es, diesen Vertrag sowie die gelebte Praxis im Betrieb einer Prüfung zu unterziehen, ob die konkrete Ausgestaltung des Beschäftigungsverhält-

⁸ Vgl. Petter, Dagmar ; Kligenbrunner, Gerda ; Kendlbacher, Birgit: Der freie Dienstvertrag. URL: http://www.ak-salzburg.at/bilder/d147/DefreieDienstvertrag11_WEB.pdf, Hrsg. Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg – Salzburg, 2011, verfügbar am 29.12.2012.

nisses zur Qualifikation als freier Dienstvertrag führen kann. Wie das Praxisbeispiel zeigt, gelingt dies häufig nicht. Die weitreichenden Folgen einer Qualifizierung des vermeintlich freien Dienstverhältnisses als Angestellten- oder Arbeitsvertrag sowie die Möglichkeiten bzw. Erfordernisse der praktischen Ausgestaltung eines Dienstverhältnisses sind daher anhand dieses Beispiels herauszuarbeiten.

1.2 Zielsetzung

Den Ausgangspunkt dieser Arbeit bildet die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen für den freien Dienstvertrag. Zu klären ist die Frage, welche gesetzlichen Regelungen auf das Vertragsverhältnis des freien Dienstnehmers angewendet werden. Dies ist erforderlich, um die Grenzen der Ausgestaltbarkeit eines freien Dienstvertragsverhältnisses auszuloten und andererseits mögliche Grundlagen für eine vom Parteiwillen der Beteiligten abweichende Qualifikation durch Gerichte und Verwaltungsbehörden zu erkennen. Bei den einzelnen Rechtsmaterien wird zuletzt auf in der Praxis häufig gestellte Fragen eingegangen und deren Lösung aufbauend auf dem zuvor Festgestellten abschließend angeboten. Diesem umfassenden, die Materien des Arbeits-, Sozialversicherungs-, Abgaben- und Steuerrechtes behandelnden Teil folgt, aufbauend auf den ersten Teil, die zweite zentrale Fragestellung: Welche Qualifikationsmerkmale führen zur Feststellung eines freien Dienstverhältnisses? Dazu kann bereits an dieser Stelle vorausgeschickt werden, dass eine materienübergreifende einheitliche Definition durch die Rechtsprechung in der Regel verneint wird. Ausgehend von dem Fallbeispiel aus der Praxis werden sodann die einzelnen Qualifikationskriterien des freien Dienstverhältnisses dargestellt. Dabei wird das Fallbeispiel mithilfe der ausgearbeiteten Qualifikationsmerkmale analysiert und eine abschließende Beurteilung vorgenommen, ob das von diesen Parteien gewählte Vertragsverhältnis und die praktische Ausgestaltung einer Prüfung – etwa im Rahmen einer GPLA oder im Rahmen der dienstlichen Wahrnehmung der Finanzpolizei (vormalig KIAB) – standhalten kann.

Bei Durchführung der gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (kurz GPLA) werden im Zuge eines Prüfungsvorgangs durch Organe des Finanzamtes und/oder der Gebietskrankenkasse alle Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen, die Lohnsteuer, die Kommunalsteuer, der Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds und der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag geprüft. Alle Dienstgeber werden mit dem Ziel einer flächendeckenden Prüfung in regelmäßigen zeitlichen Abständen (drei bis maximal fünf Jahre) geprüft. Im Anlassfall ist auch eine Prüfung in kürzeren Zeitabständen möglich. Geprüft werden die Einhaltung der Versicherungs-, Melde- und Beitragsbestimmungen der Sozialversicherung sowie die richtige Abfuhr von Lohnsteuer und Kommunalsteuer.

Die Feststellungen des Prüfers werden den beteiligten Institutionen zur Weiterverarbeitung übermittelt.⁹

Hinzu tritt in weiterer Folge die Finanzpolizei (früher KIAB für: Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung). Diese Einheit ist seit 01.07.2002 im Bundesministerium für Finanzen angesiedelt und verfügt seit 01.01.2007 über eigenständige Teams in den Finanzämtern. Deren Mitarbeiter können sämtliche Erwerbstätigen kontrollieren, ob in- oder ausländische, ob selbstständige oder unselbstständige.¹⁰

Ziel der gegenständlichen Arbeit ist es, aufbauend auf den zuvor getroffenen Feststellungen einen Kriterienkatalog für die Ausgestaltung eines freien Dienstverhältnisses auszuarbeiten. Dabei werden die wesentlichen Vor- und Nachteile im Vergleich zu den sonst gängigen Modellen des Dienstvertrages und des Werkvertrages herausgearbeitet. Zuletzt werden die Folgen einer fehlerhaften Qualifikation für Dienstgeber und Dienstnehmer aufgezeigt, wobei auch mögliche Vorkehrungsmaßnahmen angeführt werden, um auf all diesen ermittelten Grundlagen am Ende ein Muster für einen freien Dienstvertrag samt Verhaltensanweisungen für die Ausgestaltung des Arbeitsalltags auszuarbeiten.

1.3 Methodisches Vorgehen

Die zusammenfassende Darstellung der anwendbaren Bestimmungen des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Abgabenrechtes sowie des Steuerrechtes und die Auflistung der rechtlichen Qualifikationsmerkmale des freien Dienstnehmers erfolgen anhand von einschlägiger Fachliteratur unter ergänzender Heranziehung der höchstgerichtlichen Judikatur. Da hierfür aus systematischer Sicht eine Unterscheidung zwischen der arbeitsrechtlichen Einstufung des freien Dienstnehmers unter Heranziehung der Judikatur des Obersten Gerichtshofes (OGH) einerseits und der sozialversicherungsrechtlichen und steuerlichen Klassifizierung des freien Dienstnehmers unter Heranziehung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) andererseits erforderlich ist, wird bei den jeweiligen Qualifikationsmerkmalen dahingehend differenziert. Anschließend erfolgt anhand der zuvor ausgearbeiteten Merkmale eine gesonderte Beurteilung des Fallbeispiels. Im Weiteren wird eine zusammenfassende Darstellung unter Einbeziehung beider Qualifikationen dargelegt. Hierzu werden die wesentlichen Merkmale des Dienstvertrages zur besseren methodischen Eingliederung kurz illustriert.

⁹ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch. – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz / VI. Anhang, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 220 f.

¹⁰ Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Erlass „Organisationshandbuch KIAB“, GZ BMF-28000/0070-IV/2/2008 vom 01.08.2008. URL: <https://findok.bmf.gv.at/findok/link?gz=%22BMF-280000%2F0070-IV%2F2%2F2008%22&queltig=20080801&segid=%2236019.1.1+31.07.2008+12%3A04%3A00%3A42%22>, verfügbar am 18.06.2013.

Das Spannungsverhältnis der Qualifikationserfordernisse wird auf Basis eines einem gerichtsanhängigen Sachverhalt nachempfundenen Falls veranschaulicht. Der Praxisfall dient gleichsam dazu, die einzelnen Aspekte bzw. Abgrenzungskriterien des freien Dienstvertrages herauszuarbeiten.

Zuletzt wird auf die in der Praxis sehr relevante Thematik der Folgen einer Fehlqualifikation in arbeits-, sozialversicherungs- und kurz umrissen in straf- und steuerrechtlicher Hinsicht eingegangen und eine abschließende Lösung für das gegenständliche Praxisbeispiel herbeigeführt. Auf dieser Grundlage wird am Ende ein freier Dienstvertrag ausgearbeitet, der den zuvor aufgestellten Kriterien entspricht. Bereits an dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt bzw. das tatsächlich geübte Dienstverhältnis ausschlaggebend für die rechtliche Einordnung ist und keinesfalls bloß die gewählte Bezeichnung des Vertrages. Daher wird ein Kriterienkatalog für die praktische Ausgestaltung anhand des Fallbeispiels erstellt und quasi für die betriebliche Praxis zur notwendigen Ergänzung zum Mustervertrag erhoben.

2 Der freie Dienstnehmer

Im Folgenden wird zum einen allgemein auf die Frage eingegangen, welche Entwicklung in der österreichischen Rechtsordnung hin zum freien Dienstnehmer nachgezeichnet werden kann, welche Rechtsnormen Regelungen zum freien Dienstverhältnis treffen und welche Regelungen durch herrschende Lehre und Judikatur analog für den freien Dienstnehmer herangezogen werden. Die Ermittlung der rechtlichen Rahmenbedingungen bildet eine wesentliche Grundlage für die Beurteilung der vertraglichen Ausgestaltung des freien Dienstverhältnisses und zeigt gleichzeitig die Grenzen und Möglichkeiten der Vertragsgestaltung auf. Dabei werden die arbeits-, sozial- und abgaben- bzw. steuerrechtlichen Grundlagen beleuchtet.

2.1 Entwicklung, rechtliche Rahmenbedingungen und Stellenwert des freien Dienstnehmers

Mitglieder der arbeitsteiligen Gesellschaft sind in der Regel darauf angewiesen, ihre Fähigkeiten am Markt gegen Entgelt anzubieten. Schon seit Anbeginn solcher Gesellschaften kommt der Frage der Regelung der verschiedenen Vertragsverhältnisse, welche eine Form der Leistungserbringung zum Gegenstand haben, wesentliche Bedeutung zu. Während das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)¹¹ in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1811 noch vom „Lohnvertrag“ als grundsätzlich einheitlich konzipierter Typus für entgeltliche Verträge über Dienstleistungen ausging, sah schon die III. Teilnovelle zum ABGB¹² im Jahr 1916 im 26. Hauptstück eine Differenzierung zwischen Verträgen über Dienstleistungen und Werkverträgen vor und trifft im § 1151 Abs. 1 ABGB die Unterscheidung dahingehend: *„Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.“*¹³ Ihre Begründung findet diese Differenzierung im unterschiedlichen Regelungsbedürfnis der Rechtsbeziehung des „ab-

¹¹ Vgl. ABGB (i.d.F.v. 01.06.1811).

¹² Vgl. Dittrich, Robert ; Tades, Helmuth: Arbeitsrecht online. – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012, 51. Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916, RGBl. 69 über die III. Teilnovelle zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Art. I, §§ 150 bis 153; ausführlich dazu: Jabornegg, Peter: Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im ABGB, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, Hrsg. Fischer-Czermak, Constanze ; Hopf, Gerhard ; Kathrein, Georg ; Schauer, Martin - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2011, S. 426 ff. (insb. S. 429 f.).

¹³ § 1151 ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

hängigen“, „unselbstständigen“, „fremdbestimmten“ Dienstnehmers¹⁴ zu seinem Dienstgeber einerseits und der Rechtsbeziehung des „unabhängigen“, „selbstständigen“, „selbstbestimmenden“ Werkunternehmers zum Werkbesteller andererseits.¹⁵

Diese Regelung hat ihren Ursprung in der Entwicklung des Arbeitsrechtes im 19. Jh. als Spätfolge der Industrialisierung. Das Arbeitsrecht hat seine Geburtsstätte in England, das bereits 1802 auf gewaltige soziale Missstände in der arbeitenden Bevölkerung reagierte und versuchte, diese Schutzlücken durch Gesetze zu schließen. Dies geschah im Ansatz durch den „Moral and health act“ zur Beschränkung der Kinderarbeit.¹⁶ In Österreich, das sich zu dieser Zeit an der Schwelle vom Agrar- zum Industriestaat befand, trat diese Entwicklung erst mit etwa 50-jähriger Verspätung ein.¹⁷ So wurde das dem Preußischen Regulativ aus dem Jahr 1839 nachempfundene Österreichische Hofkanzleidekret, das die Fabrikarbeit von Kindern unter neun Jahren verbot und die Arbeitszeit der Kinder bis zu zwölf Jahren mit zehn und für Jugendliche bis zu sechzehn Jahren mit zwölf Stunden bei gleichzeitigem Verbot der Nachtarbeit begrenzte, erst im Jahre 1842 in Kraft gesetzt.¹⁸ Dennoch erklärte noch 1859 die Gewerbeordnung (GewO)¹⁹, beharrlich am liberalen Dogma festhaltend, den Inhalt des Arbeitsvertrages ausdrücklich zum Gegenstand der freien Vereinbarung und folgte damit dem Primat der Vertragsfreiheit, womit die Möglichkeit des einseitigen Diktates der Arbeitsbedingungen durch den Dienstgeber gewährleistet wurde. Der Staat sah sich zu dieser Zeit noch in einer „Nachtwächterrolle“ und griff nicht reglementierend zum Schutz der Lohnabhängigen in die Arbeitsbedingungen ein.²⁰

Der Intention der Redakteure der III. Teilnovelle des ABGB, die am 19.03.1916 durch Graf Stürgkh als kaiserliche Notverordnung in Kraft trat, wonach „die Bestimmungen des ABGB als systematische Grundlage und zugleich als Richtlinie sozialer Regelung aller Arbeitsverhältnisse zu stehen“ hätten, wird das ABGB jedoch nicht gerecht und besteht bis heute ein Wildwuchs an Sondergesetzen auch für allgemeine arbeitsvertragliche Regelungsanliegen. Dennoch stellte diese Teilnovelle nach Günther Löschnigg eine Teilkodifikation des Arbeitsrechtes dar, die für die damalige Zeit bemerkenswert und fortschrittlich war und die arbeitsrechtlichen Regelungen vieler europäischer Staaten an sozialem Geist weit

¹⁴ Anmerkung: Terminologisch entspricht der Ausdruck „Dienstvertrag“ dem des „Arbeitsvertrages“, der des „Dienstvertragsrechtes“ dem des „Arbeitsvertragsrechtes“ bzw. der des „Dienstverhältnisses“ dem des „Arbeitsverhältnisses“ und der des „Dienstgebers“ dem des „Arbeitgebers“, wobei der jeweils zweitgenannte Begriff im Arbeitsrecht geläufiger ist. In dieser Arbeit wird jedoch der Terminologie des ABGB folgend fortan vom Dienstvertrag, Dienstnehmer, Dienstgeber usw. gesprochen. (Vgl. Krejci, Heinz, in: ABGB online : Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Rummel, Peter - 3. Auflage - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2007, § 1151, Rz. 5).

¹⁵ Vgl. Krejci, Heinz, in: ABGB online, Hrsg. Rummel, Peter, a.a.O., § 1151, Rz. 1; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht. - 11. Auflage – Wien : ÖGB Verlag, 2011, S. 42, Rz. 1/002 f.

¹⁶ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 42 ff.; Rz. 1/007.

¹⁷ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht, a.a.O., Rz. 17.

¹⁸ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 42, Rz. 1/007.

¹⁹ Vgl. GewO (i.d.F.v. 27.12.1859) - Anmerkung: heute GewO 1994 (i.d.F.v. 28.05.2013).

²⁰ Vgl. Grillberger, Konrad ; Pfeil, Walter: Österreichisches Sozialrecht. – 9., aktualisierte Auflage – Wien : Verlag Österreich GmbH, 2012, S. 3 f.; ebenso Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 42 f., Rz. 1/007 f.

übertraf.²¹ Im Rahmen der weiteren Bemühungen, das Arbeitsrecht in Österreich einheitlich zu kodifizieren, gelang es lediglich, einen erheblichen Teil des kollektiven Arbeitsrechtes 1974 im Arbeitsverfassungsgesetz (kurz ArbVG)²² zusammenzufassen, während im Bereich des Individualarbeitsrechtes bislang die Anstrengungen in diese Richtung scheiterten.²³ Nicht zuletzt wird eine Novellierung des Arbeitsvertragsrechtes als dringend erforderlich angesehen, um auch den neueren Entwicklungen des Arbeitsvertragsrechtes Rechnung tragen zu können.²⁴

Ziel des in weiterer Folge entwickelten Arbeitsrechtes war und ist es folglich, den Schutz des schwächeren Dienstnehmers gegenüber seinem Dienstgeber sicherzustellen. Ausgehend von der Entstehungsgeschichte des Arbeitsrechtes wird deutlich, dass dabei angenommen wird, dass ohne diese rechtliche Stütze die meisten Dienstnehmer aufgrund ihrer schwachen Verhandlungsposition gegenüber dem Dienstgeber unterlegen sind, weil dieser faktisch die Arbeitsbedingungen diktieren könnte.²⁵ Die Arbeitskraft des Dienstnehmers würde sonst als Produktionsfaktor den marktwirtschaftlichen Gesetzen der Preisbildung unterliegen und wären die Dienstnehmer, in Ermangelung eines sonstigen Vermögens, angewiesen, abhängige Arbeit zu den Bedingungen als ihre Leistung zu erbringen, die sich aus dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage ergeben.²⁶ Diese Entwicklung aufgreifend setzte eine umfassende Regelung des Individualarbeitsrechtes (Dienstvertrags- und Dienstnehmerschutzrecht) aber auch des Kollektivarbeitsrechtes (Berufsverfassungsrecht und Betriebsverfassungsrecht) einerseits und des Sozialrechtes andererseits ein und werden diese Bereiche bis heute in einer Vielzahl von Sondergesetzen geregelt.²⁷

Es wurden unterschiedliche Möglichkeiten entwickelt, um den Schutzzweck des Arbeitsrechtes zu verwirklichen. So sieht das Arbeitsrecht in Abkehr von der sonst bestehenden Vertragsfreiheit einseitig zwingende Normen vor, um Mindestinhalte der Arbeitsverträge zu gewährleisten. „Einseitig zwingend“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass diese Normen nur zum Vorteil des Dienstnehmers überschritten werden können. Diese Normen sichern somit einen Mindeststandard zugunsten des Dienstnehmers. Hinzu tritt die gesetzlich determinierte Pflicht des Dienstgebers, bestimmte Interessen seines Dienstnehmers wahrzunehmen, wozu insbesondere die Fürsorgepflicht des Dienstgebers zählt. Komplettiert wird dieses Schutzsystem durch die Instrumente des kollektiven Arbeitsrechtes, durch welche, ausgehend von der Überlegung, dass Dienstnehmerverbände stärker

²¹ Vgl. Jabornegg, Peter: Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechtes im ABGB, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, a.a.O., S. 436; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 43.

²² Vgl. ArbVG (i.d.F.v. 17.04.2013).

²³ Anmerkung: Ausführlich dazu, samt Erläuterung der Gesetzgebung unter der Hanusch-Ära nach 1918 und der weiteren Kodifizierung in der Zeit der zweiten Republik: Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 43 f.

²⁴ Vgl. Jabornegg, Peter: Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechtes im ABGB, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, a.a.O., S. 439.

²⁵ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 44, Rz. 1/013.

²⁶ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht, a.a.O., Rz. 10 f.

²⁷ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht, a.a.O., Rz. 19.

als der einzelne Dienstnehmer auftreten können, in wesentlichen Bereichen bessere Arbeitsbedingungen ausgehandelt werden.²⁸

Daraus wird ein spezifischer Stufenbau der Rechtsquellen des Arbeitsrechtes²⁹ abgeleitet, an dessen Spitze zweiseitig zwingende Gesetze stehen, welche keine abweichende Vereinbarung zulassen (Arbeitsverfassungsgesetz, öffentlich-rechtliche Verbotsnormen des Arbeitnehmerschutzes), gefolgt von den bereits genannten einseitig bzw. relativ zwingenden Gesetzen (in der Regel jene Vorschriften, die den Inhalt der Dienstverträge festlegen). Zu beachten ist zudem, dass zweiseitig zwingende Gesetze grundsätzlich unabdingbar sind, daher kann darauf prinzipiell nicht verzichtet werden, solange ein Arbeitsverhältnis rechtlich aufrecht ist. Dies wird insbesondere auch für den Zeitraum der Abrechnung des Dienstverhältnisses im Zusammenhang mit der Beendigung desselben bzw. darüber hinaus angenommen, wenn noch ein die Drucksituation indizierendes Abhängigkeitsverhältnis besteht (Konkurrenzklauseln, Beeinflussung potentieller zukünftiger Arbeitgeber, Einflussnahme auf neu begründete Arbeitsverhältnisse etc.).³⁰ In Verbindung mit einseitig bzw. relativ zwingendem Recht ist das Günstigkeitsprinzip zu berücksichtigen. Danach darf, wenn die Bestimmung einen Spielraum offen lässt, eine für den Arbeitnehmer günstigere Gestaltung gewählt werden.³¹ Diesen relativ zwingenden Gesetzen untergeordnet sind wiederum Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen aus dem Bereich des kollektiven Arbeitsrechtes. Welchen dann auf dem nächsten Rang der Einzelvertrag folgt, diesem sind schließlich dispositive Gesetzesbestimmungen (z. B. die Bestimmungen des ABGB, insbesondere § 1151 ABGB) nachgeordnet. Von letzteren kann abgegangen werden, auch wenn dies dem Dienstnehmer zum Nachteil (verglichen zum gesetzlich normierten Standard) gereicht. Auf den untersten Stufen finden sich das Weisungsrecht des Dienstgebers und zuletzt die betriebliche Übung.³²

Der Arbeits- oder Dienstvertrag wurde damit in erheblichem Maße der ursprünglich bestehenden privatautonen Gestaltung entzogen.³³ Bemerkenswert ist jedoch, dass trotz zahlreicher Sondergesetze der arbeitsrechtliche Grundtatbestand des Dienstvertrages lediglich im § 1151 ABGB definiert wird, weswegen die diesbezügliche Hauptarbeit der Begriffsdefinition der Rechtsprechung und Lehre zukommt.³⁴

²⁸ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht, a.a.O., Rz.13 ff.; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 91 f., Rz. 3/012 ff., ferner: Kuras, Gerhard ; Strohmayer, Peter: Der „freie“ Dienstvertrag : Anthologie aus einer Schaffensperiode, in: Festschrift Bauer, Peter ; Maier, Gustav ; Petrag, Karl Heinz: Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht. - 1. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2004, S. 40 f.

²⁹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 93 ff., Rz. 3/017 ff.

³⁰ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 104, Rz. 3/052.

³¹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 97 ff., Rz. 3/037 ff.

³² Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht, a.a.O., Rz. 37 ff.

³³ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 44 f.

³⁴ Vgl. Krejci, Heinz, in: ABGB online, Hrsg. Rummel, Peter, a.a.O., § 1151, Rz. 4; Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael - Bd. 4 - 3., neu bearb. Auflage – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2005, § 1151, Rz. 3.

Der grundsätzlichen Vertragsfreiheit der Menschen, selbst zu entscheiden, in welcher Form sie ihre Fähigkeiten am Markt gegen Entgelt anbieten, sind allerdings mit den zuvor bezeichneten Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes Grenzen gesetzt. Diese stellen den Schutzzweck des Arbeitsrechtes sicher, der im Stufenbau der Rechtsquellen des Arbeitsrechtes zum Ausdruck kommt.

Die Vertragsfreiheit der Parteien endet daher, sobald eine dem Einzelvertrag übergeordnete Regelung zuungunsten des Dienstnehmers abgeändert werden sollte oder gegen zwingendes Recht verstoßen wird. Darüber hinaus besteht jedoch Vertragsfreiheit. Das heißt, der ursprüngliche Katalog, der lediglich den Dienst- und den Werkvertrag als Vertragstypen vorsah, kann im Rahmen der freien Vertragsgestaltung beliebig durch weitere Formen der Dienstverhältnisse ergänzt werden. Neben dem „echten“ Dienstvertrag in Form des Arbeitervertrages und des Angestelltenvertrages hat sich der freie Dienstvertrag als Vertragsverhältnis herausgebildet, das sich zwischen dem Werkvertrag und dem Dienstvertrag ansiedelt.³⁵

Der Unterscheidung der einzelnen Vertragstypen kommt besondere Bedeutung zu, da zahlreiche Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechtes an den Dienst- bzw. Arbeitsvertrag anknüpfen und in weiterer Folge nur auf Dienst- bzw. Arbeitnehmer anwendbar sind.³⁶ In der Rechtsliteratur wird aus diesem Grund von der „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ gesprochen, da durch neue Formen von Vertragsverhältnissen jene Schutzbestimmungen, welchen der Dienst- oder Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt, für diese neuen Formen der Zusammenarbeit keine Anwendung finden.³⁷ Gerade vor diesem Hintergrund kann auch die restriktive Haltung der Judikatur nachvollzogen werden, welche eben diese „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ durch strenge Prüfung und Auslegung zu verhindern sucht.³⁸ Tendenziell wird daher in Grenzfällen eher zugunsten des Dienst- oder Arbeitsvertrages entschieden.

Hinsichtlich des freien Dienstnehmers differenziert der Oberste Gerichtshof zwischen jenen Bestimmungen, die typischerweise an die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers anknüpfen, wie etwa Regelungen betreffend Kündigungsschädigung, arbeitsrechtliche Entlassungsgründe u. dgl., welche analog angewendet werden und jenen Bestimmungen, die auf dem für das Arbeitsverhältnis charakteristischen Schutzbedürfnis aufbauen, wie etwa der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, nur dann angewendet werden, wenn die Merkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit konkret besonders stark ausgeprägt sind. Regelungen über den Anspruch auf Sonderzahlungen, des Urlaubsge-

³⁵ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht, a.a.O., Rz. 52 ff.; Ausführlich insb. zur Abgrenzung: Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1151, Rz. 30 ff.

³⁶ Vgl. Rebhahn, Robert, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012, § 1152 ABGB, Rz. 3.

³⁷ Vgl. Kuras, Gerhard ; Strohmayer, Peter: Der „freie“ Dienstvertrag, in: Festschrift Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, a.a.O., S. 37 f.

³⁸ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 163, Rz. 4/021.

setzes (kurz UrlG)³⁹, Angestelltengesetzes (kurz AngG)⁴⁰, Arbeitszeitgesetzes (kurz AZG)⁴¹ werden nicht analog auf den freien Dienstvertrag angewendet.⁴²

Ausgehend von der ursprünglichen Zweiteilung der Organisationsformen des Leistungsaustauschs in „Koordination durch Hierarchie“ einerseits, in Form der längerfristigen Vertragsbeziehung und Einordnung in die Organisation des anderen (Dienstvertrag) und die „Koordination durch den Markt“ andererseits mit einer Mehrzahl von Austauschverträgen und wechselnden Partnern (Werkvertrag), erfolgt heutzutage eine feinere Differenzierung. Dies geht mit der Entwicklung einher, dass das ursprüngliche Interesse der Dienstgeber, vor allem Transaktionskosten zu vermeiden (welche durch das Finden und Einschulen von Arbeitskräften bedingt werden) und ständig über Arbeitskräfte verfügen und deren Betriebserfahrung nutzen zu können abnimmt und in der jüngeren Entwicklung der Bedarf und das Interesse an einer Eingliederung in die Organisation sinkt. Dies wird hervorgerufen durch die Entwicklung am Arbeitsmarkt in Form der Verschiebung von der Produktion von Waren hin zur Dienstleistungserbringung und von manueller Arbeit hin zu geistiger sowie der Beschleunigung der Kommunikation und letztlich der Loslösung von festen Standorten. Hinzu tritt die weitgehende Automatisierung und Standardisierung von Arbeitsabläufen im Bereich von Produktionsbetrieben. In diesem Zusammenhang hat sich vor allem der freie Dienstvertrag als besondere Form des Dauerschuldverhältnisses ohne persönliche Abhängigkeit herausgebildet, welcher Gegenstand dieser Arbeit ist.⁴³

Die moderne Arbeitswelt bietet unterschiedlichste Vertragsformen und Bezeichnungen, die in der Literatur (allerdings nicht einheitlich) unter dem Begriff „atypische Beschäftigungsverhältnisse“ Einzug gefunden haben. So finden sich neben dem freien Dienstvertrag noch Teilzeitarbeit, geringfügige Beschäftigung, befristete Beschäftigung, Leiharbeit, Scheinselbstständigkeit, Arbeit auf Abruf und Telearbeit. Diese sind gleichsam Ausprägungen einer neuen Produktions- und Organisationsform, welche unterschiedliche Varianten der Zusammenarbeit fordert, gleichwohl die teilweise gegebene ökonomische Attraktivität dieser Vertragsformen für die Dienstgeber die Versuchung gestärkt haben könnte, durch dahingehende Vertragsgestaltungen wirtschaftlich günstigere Formen der Zusammenarbeit zu erreichen.⁴⁴

Die Entwicklung des freien Dienstvertrages kann daher als Ausprägung geänderter Arbeitsmarktbedingungen gesehen werden, welche in zunehmendem Maße eine Flexibilisierung der am Arbeitsmarkt Beteiligten fordert. Diese steht naturgemäß in einem Spannungsverhältnis zu den durch das Arbeits- und Sozialrecht verfolgten Zielen, welche letzt-

³⁹ Vgl. UrlG (i.d.F.v. 10.01.2013).

⁴⁰ Vgl. AngG (i.d.F.v. 27.07.2010).

⁴¹ Vgl. AZG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁴² Vgl. Gerhartl, Andreas: Grundlagen für eine Reform des Arbeitnehmerbegriffes, in: Das Recht der Arbeit : DRdA (2009), Heft 1, S. 19.

⁴³ Vgl. Rebhahn, Robert, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1152 ABGB, Rz. 1 f.; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 163, Rz. 4/020.

⁴⁴ Vgl. Kuras, Gerhard ; Strohmayer, Peter: Der „freie“ Dienstvertrag, in: Festschrift Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, a.a.O., S. 38 (m.w.N.).

lich schon aus ihrer historischen Entwicklung heraus dem Schutz des schwächeren Dienstnehmers verpflichtet sind. Rechtsprechung und Lehre haben daher eine Reihe von Abgrenzungskriterien entwickelt, welche eine Zuordnung zum Dienst-, freien Dienst- oder Werkvertrag ermöglichen sollten. Dieser Qualifikation des Vertragsverhältnisses kommt erhebliche Bedeutung zu, da damit wesentliche Folgen in arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher und zuletzt steuer- bzw. strafrechtlicher Hinsicht auftreten können. Mitunter kann eine fehlerhafte Klassifizierung strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, wenn den spezifischen Melde-, Anzeige- und Auskunftspflichten hinsichtlich des Pflichtversicherten (§§ 33 ff. Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG⁴⁵) nicht entsprochen wurde (sogenannter Sozialbetrug im Sinne der §§ 153c bis 153e Strafgesetzbuch – StGB⁴⁶).⁴⁷

Nach Bernhard Gruber hat der freie Dienstvertrag ungefähr seit 1945 einen festen Platz in Rechtsprechung und Lehre.⁴⁸ Die österreichische Rechtsliteratur ist seit Beginn der 1970er-Jahre mit der Aufarbeitung des „freien Dienstvertrages“, vor allem in Bezug auf die Frage der Abgrenzung des „echten“ Dienst- bzw. Arbeitsvertrages von neuen Phänomenen der Zusammenarbeit, und dabei auch des freien Dienstvertrages, unter dem Aspekt der „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ befasst⁴⁹. Schon die Abgrenzung des echten Arbeitsvertrages oder Normalarbeitsvertrages (kurz NAV) von sogenannten atypischen Arbeitsverhältnissen, die nicht der Norm unbefristeter, abhängiger Vollzeitbeschäftigung mit festgelegter Arbeitszeit entsprechen, ist schwierig.⁵⁰ Dies geht einher mit der uneinheitlichen Reichweite der jeweiligen Bestimmungen der Materien Gesetze im ABGB, ASVG, Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (kurz GSVG)⁵¹ und Einkommensteuergesetz (kurz EStG)⁵², die den echten Dienstnehmer vom (vor allem arbeitnehmerähnlichen) freien Dienstnehmer, vom Werkunternehmer und Selbstständigen unterscheiden. In Ermangelung einer exakten Begriffsbestimmung ist beispielsweise nach dem System des ASVG der freie Dienstnehmer den arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmern gleichzustellen, wohingegen der Selbstständigenbegriff des GSVG auch besonders unabhängige freie Dienstnehmer umfasst.⁵³

Im Rahmen der Ausmittlung der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten sind aus diesem Grund die unterschiedlichen Regelungen der Materien Gesetze, aber auch die dazu entwi-

⁴⁵ Vgl. ASVG (i.d.F.v. 14.06.2013).

⁴⁶ Vgl. StGB (i.d.F.v. 18.01.2013).

⁴⁷ Vgl. Dittrich, Robert ; Tades, Helmuth: Arbeitsrecht online, a.a.O., § 1151, Rz. 21, 24.

⁴⁸ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, in: Arbeits- und SozialrechtsKartei : ASoK (2000) S. 306; Wachter, Gustav: Der sogenannte freie Dienstvertrag, in: Das Recht der Arbeit : DRdA (1984), S. 405 ff.

⁴⁹ Vgl. Kuras, Gerhard ; Strohmayer, Peter: Der „freie“ Dienstvertrag, in: Festschrift Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, a.a.O., S. 37 f.

⁵⁰ Vgl. Schulte, Bernd: Flexicurity, a.a.O., S. 117.

⁵¹ Vgl. GSVG (i.d.F.v. 14.06.2013).

⁵² Vgl. EStG 1988 (i.d.F.v. 20.03.2013).

⁵³ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbstständiger : Begriffe und Abgrenzungen im Sozialversicherungs- und Steuerrecht. – 2., überarbeitete Auflage – Wien : FACULTAS Verlags- und Buchhandels AG, 2008, S. 17.

ckelten Leitsätze der jeweiligen Höchstgerichte sowie Verwaltungsbehörden und die vorliegenden Lehrmeinungen heranzuziehen. Diese Abwägungen stellen in der Praxis komplexe Problemstellungen dar – das Risiko der Fehlbeurteilung ist dementsprechend groß.

Die Herausforderung der Materiengesetzgeber, aber auch der rechtsanwendenden Gerichte und Verwaltungsbehörden besteht heute darin, diese neuen Vertragsformen an den Maßstäben der historisch gewachsenen Gesetzesmaterien, der höchstgerichtlichen Judikatur und den Zielen des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts zu messen bzw. allenfalls ergänzend einzugreifen.

Leider ist es bis dato nicht gelungen, einen einheitlichen materienübergreifenden Dienstnehmerbegriff bzw. damit einhergehend eine materienübergreifende Definition des „freien Dienstnehmers“ zu etablieren.

Schon die Ausgangslage gestaltet sich dabei unterschiedlich. So erfolgt im Bereich des Arbeitsrechtes aufgrund der fehlenden zivilrechtlichen Regelungen die Entwicklung im Wesentlichen in der Ausarbeitung von Abgrenzungskriterien zum echten Dienstvertrag, und der Beurteilung der Frage, welche sonstigen zivilrechtlichen Regelungen auf den freien Dienstnehmer allenfalls analog angewendet werden könnten, während im Bereich des Sozialversicherungsrechtes die positive Abgrenzung zum Werkvertrag im Vordergrund steht.⁵⁴

In der Praxis werden nunmehr ferner zwei Typen von freien Dienstverträgen unterschieden. Zum einen jene freien Dienstnehmer, die als typische Unternehmer längerfristig am Markt auftreten und ihre Leistungen laufend einer Mehrzahl an potenziellen Kunden anbieten. Zum anderen jene, die als atypische Selbstständige nicht permanent am Markt auftreten und nur gelegentlich oder nur für einen oder wenige Auftraggeber tätig werden. Gerade die Abgrenzung der letzteren vom echten Dienstvertrag bereitet besondere Schwierigkeiten.⁵⁵

Wie der Dienstvertrag stellt auch der freie Dienstvertrag zunächst ein synallagmatisches Vertragsverhältnis dar, das auf den Austausch von Leistungen, nämlich einerseits der Zurverfügungstellung der Arbeitskraft und andererseits der Verpflichtung zur Zahlung eines Entgeltes, gerichtet ist. Zudem stellt auch der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar, d. h. es liegt nicht wie beim Werkvertrag eine von vornherein konkret bestimmte Einzelleistung vor, sondern ist zumindest für eine gewisse Zeit die Arbeitskraft durch den freien Dienstnehmer zur Verfügung zu stellen.⁵⁶

⁵⁴ Vgl. Kuras, Gerhard ; Strohmayer, Peter: Der „freie“ Dienstvertrag, in: Festschrift Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, a.a.O., S. 39.

⁵⁵ Vgl. Rebhahn, Robert, in : ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Kletečka, Andreas ; Schauer, Martin - Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012, § 1151, Rz. 97.

⁵⁶ Vgl. Wachter, Gustav: Der sogenannte freie Dienstvertrag, a.a.O., S. 405 ff.

Die Anwendung eines neuen Vertragstypus namens „freier Dienstvertrag“ macht daher sowohl aus der Sicht des Rechtsdogmatikers wie auch aus der Sicht des Praktikers nur dann einen Sinn, wenn die Frage, welchen Regeln dieser neue Vertragstypus unterworfen wird, einigermaßen verlässlich geklärt ist. Pauschale Aussagen in der Gestalt, dass jene arbeitsrechtlichen Normen auf den freien Dienstnehmer anzuwenden sind, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen, reichen dafür nicht aus, vielmehr ist eine Beurteilung im Einzelnen erforderlich, um diesen rechtlichen Rahmen klar abzustecken.⁵⁷ Zunächst ist daher die Frage zu beantworten, welche gesetzlichen Bestimmungen im Arbeits-, Sozial- und Einkommensteuerrecht auf den freien Dienstnehmer zur Anwendung gelangen.

2.1.1 Anwendbare Bestimmungen des Arbeitsrechtes

Den Bemühungen zur Schaffung einer einheitlichen Arbeitsrechtskodifikation bzw. eines Arbeitsvertragsgesetzes oder zuletzt eines Arbeitsverhältnisgesetzes war bisher kein Erfolg beschieden. Schon den Autoren der Stammfassung des ABGB gelang es nicht, den bereits damals vorhandenen unterschiedlich geregelten Teilbereichen der Arbeitswelt wenigstens für den Bereich des Arbeitsvertragsrechtes eine umfassende begriffliche und inhaltliche Ordnung zu geben. An diesem Manko hat sich nach Peter Jabornegg bis heute nichts geändert, der zum legislatischen Zustand des Arbeitsrechtes zusammenfassend festhält, *„dass ein solches Maß an Unübersichtlichkeit und oft auch an inhaltlich willkürlichen Differenzierungen in einzelnen Regelungsbereichen besteht, dass im Sinne einer umfassenden systematischen Aufarbeitung und Rechtsbereinigung die Schaffung eines einheitlichen Arbeitsvertragsgesetzbuches dringend erforderlich wäre.“*⁵⁸

Im Arbeitsrecht fehlt, wie bereits mehrfach festgehalten, im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht (vgl. § 4 Abs. 4 ASVG) eine Legaldefinition des „freien Dienstnehmers“. Schon aus diesem Grund kommt der Begriffsdefinition im Rahmen der durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze besondere Bedeutung zu. Darüber hinaus stellt sich daher die Frage, welche Gesetzesbestimmungen allenfalls analog auf den freien Dienstnehmer zur Anwendung gelangen.

Dazu führt das Landesgericht Salzburg in seiner Entscheidung vom 12.11.1991 zu GZ 20 Cga 230/09 aus, dass jene Vorschriften des echten Arbeitsvertrages anzuwenden sind, *„die nicht an die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit anknüpfen, sondern ganz allgemein an die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses.“*⁵⁹ Zur Begründung wird danach weiter ausgeführt, dass ein Großteil der Bestimmungen des ABGB über die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses

⁵⁷ Vgl. Wachter, Gustav: Der sogenannte freie Dienstvertrag, a.a.O., S. 405 ff.

⁵⁸ Vgl. Jabornegg, Peter: Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im ABGB, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, a.a.O., S. 437 ff.

⁵⁹ LG Salzburg: Urteil vom 12.11.1991, GZ 20 Cga 230/09, Arb 10.993.

nichts mit der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu tun habe, sondern lediglich die auf ein Dauerschuldverhältnis über Arbeitsleistungen zugeschnittene Spezifizierung allgemeiner schuldrechtlicher Grundsätze darstelle.⁶⁰

Wie bereits erwähnt sind nach ständiger Rechtsprechung jene arbeitsrechtlichen Normen, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und nicht den sozial Schwächeren schützen sollen, auch auf den freien Dienstvertrag analog anwendbar.⁶¹ Der Oberste Gerichtshof stellt in ständiger Rechtsprechung fest, dass eine analoge Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften möglich ist, *„wenn der freie Dienstnehmer ebenso schutzbedürftig erscheint wie typischerweise der abhängig beschäftigte Arbeitnehmer. Hierbei ist auf die organisatorischen Umstände [...] abzustellen, weshalb arbeitsrechtliche Vorschriften dann zur Anwendung gelangen können, wenn im Einzelfall die Arbeitnehmerähnlichkeit besonders stark ausgeprägt ist. Entscheidend ist daher, ob der betreffende Beschäftigte in Bezug auf seine Tätigkeit in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß eingeschränkt ist.“*⁶²

Zusammengefasst und um Missverständnisse zu vermeiden ist nach Robert Rebhahn daher festzuhalten, dass die Bestimmungen des ABGB grundsätzlich nicht auf den freien Dienstnehmer anwendbar sind, jedoch in Ausnahmefällen dennoch durch die Rechtsprechung analog herangezogen werden.⁶³ Liegt hingegen „Arbeitnehmerähnlichkeit“ des freien Dienstnehmers vor, sind weitere Bestimmungen anwendbar.⁶⁴

Dies führt jedoch zwangsläufig zu einer einzelfallbezogenen Entscheidung der Gerichte, da der Grad der Arbeitnehmerähnlichkeit und damit einhergehend die Beurteilung der spezifischen Schutzbedürftigkeit des freien Dienstnehmers von Fall zu Fall zu einem abweichenden Ergebnis führen kann.⁶⁵ Bei einer intensiven organisatorischen Einbindung des freien Dienstnehmers in die Strukturen des Dienstgebers, die einem abhängig beschäftigten Arbeitnehmer weitestgehend gleichzuhalten sind, wird Arbeitnehmerähnlichkeit angenommen. Die Arbeitnehmerähnlichkeit ist dabei unabhängig von der rechtlichen Natur des zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses, der steuerrechtlichen oder sozialversicherungsrechtlichen Behandlung oder der sonstigen wirtschaftlichen Lage des freien Dienstnehmers zu beurteilen. Entscheidend ist, ob der freie Dienstnehmer in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß eingeschränkt ist.⁶⁶

⁶⁰ Vgl. LG Salzburg: Urteil vom 12.11.1991, GZ 20 Cga 230/09, Arb 10.993.

⁶¹ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0021747; OGH: Rechtssatz RS21758; OGH: Urteil vom 14.09.1995, GZ 8 ObA 240/95.

⁶² OGH: Rechtssatz RS0065185; vgl. OGH: Urteil vom 14.09.1995, 8 ObA 240/95.

⁶³ Vgl. Rebhahn, Robert, in: ABGB-ON, Hrsg. Kletečka, Andreas ; Schauer, Martin, a.a.O., § 1151, Rz. 136.

⁶⁴ Vgl. Rebhahn, Robert, in: ABGB-ON, Hrsg. Kletečka, Andreas ; Schauer, Martin, a.a.O., § 1151, Rz. 137 ff.

⁶⁵ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), in: Arbeits- und SozialrechtsKartei : ASoK (2000), S. 344.

⁶⁶ Vgl. OGH: Urteil vom 14.09.1995, GZ 8 ObA 240/95; OGH: Urteil vom 17.12.1997, GZ 9 ObA 367/97d; OGH: Rechtssatz RS0086121 (T5).

Unter Verweis auf die oberstgerichtliche Judikatur und die herrschende Lehre führt Gabriela Petrovic dazu zusammenfassend aus, dass die wirtschaftliche Dispositionsfähigkeit des Arbeitnehmerähnlichen vor allem auch dadurch eingeschränkt werde, dass er längere Zeit oder doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit für einen oder mehrere bestimmte Vertragspartner tätig werde und unter Umständen Leistungen für andere Personen als den konkreten Vertragspartner vertraglich ausgeschlossen oder zumindest auf jene Fälle beschränkt seien, da dessen (deren) ausdrückliche Zustimmung vorliege. Auch der Mangel einer eigenen Betriebsstätte werde als Indiz für die wirtschaftliche Abhängigkeit gewertet. Darüber hinaus müsse der Betreffende in seiner Entschlussfähigkeit eingeschränkt sein. Freilich nicht so weit, dass bereits persönliche Abhängigkeit und damit Arbeitnehmer-eigenschaft vorliege. Dennoch sei nach Petrovic die arbeitnehmerähnliche Person nicht vollkommen frei von sachlichen Weisungen des Empfängers der Arbeitsleistung. Auch bei ihr sei im Großen und Ganzen die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung vorausgesetzt, wobei aber die Verfügungsgewalt des Vertragspartners über ihre Arbeit infolge des Fehlens der Eingliederung in dessen Betrieb weniger weit gehe als beim Dienstnehmer.⁶⁷ Hinzu kommt ferner das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit, das in der Abhängigkeit von einem oder mehreren bestimmten, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmen, gesehen wird.⁶⁸

Die für die Arbeitnehmerähnlichkeit heranzuziehenden Kriterien sind zwar nach ihrer Gesamtheit zu beurteilen⁶⁹, müssen jedoch keineswegs kumulativ vorliegen und werden durch die herrschende Lehre wie folgt zusammengefasst:

- *„Tätigkeit für einen oder mehrere, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;*
- *gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;*
- *vertragliche Einschränkung der Tätigkeit in Bezug auf andere Personen (Bindung an den Unternehmer);*
- *Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;*
- *Verpflichtung zur persönlichen Arbeit (zur Erbringung der geschuldeten Leistung), wofür z. B. ein Aufnahmetest sprechen kann;*
- *Berichterstattungspflicht;*
- *Verrichtung der Arbeit in einem Betrieb bzw. in einer Betriebsstätte des Unternehmers;*
- *Bindungen in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht;*
- *Beschränkung der Entschlussfähigkeit in Bezug auf die verrichtete Tätigkeit auf ein Minimum bei Einräumung der Dispositions- und Weisungsbefugnis an den Unternehmer;*

⁶⁷ Vgl. Petrovic, Gabriela: Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, in: Recht der Arbeit : RdA (1983), S. 194; vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 196 ff., Rz. 4/140 ff.; OGH: Rechtssatz RS0065185; OGH: Urteil vom 14.09.1995, GZ 8 ObA 240/95.

⁶⁸ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0086121 (T1, T2); OGH: Urteil vom 19.12.2006, GZ 4 Ob 231/06h.

⁶⁹ Vgl. OGH: Beschluss vom 08.02.1989, GZ 9 ObA 43/89.

- *Verwertung der Ergebnisse der Arbeit durch den Unternehmer.*⁷⁰

Demgegenüber stellen das Einkommen und Vermögen der leistenden Person, die weitgehende Bestreitung des Lebensunterhalts aus den Einkünften, die Art und Weise sowie die Höhe der Entlohnung, die Bezeichnung des Vertrages, die steuer-, sozialversicherungs- und gewerberechtliche Behandlung, die wirtschaftliche Unterordnung und das Unternehmerrisiko in Bezug auf die Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit lediglich neutrale Kriterien dar.⁷¹ Unbedeutend ist ferner die Frage, ob der Betreffende einen Gewerbeschein für die ausgeübte Tätigkeit besitzt oder ob es sich um eine Pfuschertätigkeit handelt.⁷² Die Beurteilung der Umstände, welche für die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses sprechen, hat in ihrer Gesamtheit nach den Regeln eines beweglichen Systems zu erfolgen.⁷³ Es müssen nicht alle Kriterien verwirklicht sein, sondern sind vielmehr in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten. Diese Bewertung der unterschiedlich stark ausgeprägten Merkmale erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, *„in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird, d. h. das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales wird durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen.“*⁷⁴ Sind die Elemente der Arbeitnehmerähnlichkeit beim freien Dienstnehmer besonders stark ausgeprägt, sind jene arbeitsrechtlichen Vorschriften analog auf den freien Dienstnehmer anwendbar, welche der spezifischen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer Rechnung tragen. Je arbeitnehmerähnlicher ein freier Dienstnehmer ist, desto wahrscheinlicher ist die analoge Anwendung einschlägiger Schutzbestimmungen des sonstigen Arbeitsrechtes. Dies führt im Ergebnis zu einer Zweiteilung der Gruppe der freien Dienstnehmer.⁷⁵

In seiner Entscheidung vom 20.09.1983 zu GZ 4 Ob 93/83 hält der Oberste Gerichtshof unter Verweis auf die herrschende Lehre fest: *„Es kommt daher weithin eine Unterstellung des freien Arbeitsvertrages unter das 26. Hauptstück des ABGB in Frage.“* Da der Oberste Gerichtshof sohin die Frage der Anwendung der einzelnen Bestimmungen des 26. Hauptstückes (weithin) offen lässt, bleibt nach Gustav Wachter letztlich nichts anders

⁷⁰ Neumayr, Matthias, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 51 ASGG, Rz. 17 f.; vgl. ferner: Mazal, Wolfgang ; Risak Martin E.: Das Arbeitsrecht : System und Praxiskommentar – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG – Loseblattsammlung, 19. Erg.Lfg., Stand: April 2012, I. 3.1 Die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das Arbeitsrecht, S. 68, Rz. 87.

⁷¹ Vgl. Neumayr, Matthias, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 51 ASGG, Rz. 19.

⁷² Vgl. Mazal, Wolfgang ; Risak Martin E.: Das Arbeitsrecht : System und Praxiskommentar, a.a.O., I. 3.1 Die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das Arbeitsrecht, S. 69, Rz. 89.

⁷³ Vgl. Mazal, Wolfgang ; Risak Martin E.: Das Arbeitsrecht : System und Praxiskommentar, a.a.O., I. 3.1 Die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das Arbeitsrecht, S. 69, Rz. 88.

⁷⁴ VwGH: Erkenntnis vom 18.10.2000, GZ 99/09/011.

⁷⁵ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

übrig, als für jede einzelne Bestimmung des 26. Hauptstückes des ABGB speziell zu prüfen und zu begründen, ob ihre (analoge) Anwendung auf freie Dienstverträge zulässig erscheine oder nicht.⁷⁶ Welche Schwierigkeiten die Beantwortung der in der Praxis daher nur vordergründig einfach zu klärenden Frage bereitet, welche Bestimmungen des Arbeitsrechtes konkret auf den freien Dienstnehmer zur Anwendung gelangen, zeigt die folgende zusammenfassende Darstellung.

Dabei ist zunächst auf die Bestimmungen des 26. Hauptstückes des ABGB einzugehen und sodann zu entscheiden, welche einschlägigen Bestimmungen des Arbeitsrechtes über das ABGB hinaus noch zur Anwendung gelangen können. Die Frage der Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes⁷⁷ (kurz AVRAG), des Arbeitszeit-⁷⁸ und des Arbeitsruhegesetzes⁷⁹ (kurz AZG bzw. ARG), des Entgeltfortzahlungsgesetzes⁸⁰ (kurz EFZG), des Urlaubsgesetzes⁸¹ (kurz UrlG), des Arbeitsverfassungsgesetzes (kurz ArbVG), des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes⁸² (kurz ASchG), des Betriebspensionsgesetzes⁸³ (kurz BPG), des Arbeitsplatz-Sicherungsgesetzes 1991⁸⁴ (kurz APSG), des Behinderteneinstellungsgesetzes⁸⁵ (kurz BEinstG) sowie des Mutterschutz-⁸⁶ (kurz MSchG) und des Väter-Karenzgesetzes⁸⁷ (kurz VKG) ist daher im Anschluss zu klären.

2.1.1.1 Anwendbare Bestimmungen des ABGB

Zunächst ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Bestimmung des § 1152 ABGB anwendbar, wonach bei Fehlen einer Vereinbarung ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt, eine Orientierung können vergleichsweise heranzuziehende Kollektivvertragslöhne bilden.⁸⁸ Das Vorhandensein einer Entgeltvereinbarung, auch wenn diese unangemessen niedrig ist, schließt jedoch die Anwendung des § 1152 ABGB aus.⁸⁹ So wurde dies etwa für einen Behandlungsvertrag eines Arztes oder für die Geschäftsbesorgung durch einen Rechtsanwalt bejaht.⁹⁰ In Ermangelung einer Entgeltvereinbarung ist zudem im Zweifel von einer Bruttovereinbarung auszugehen. Eine Nettolohnvereinbarung

⁷⁶ Vgl. OGH: Urteil vom 20.09.1983, GZ 4 Ob 93/83, samt Glosse von Wachter, Gustav, in: Recht der Arbeit : RdA (1984), S. 18.

⁷⁷ Vgl. AVRAG (i.d.F.v. 20.06.2013).

⁷⁸ Vgl. AZG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁷⁹ Vgl. ARG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁸⁰ Vgl. EFZG (i.d.F.v. 14.12.2010).

⁸¹ Vgl. UrlG (i.d.F.v. 10.01.2013).

⁸² Vgl. ASchG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁸³ Vgl. BPG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁸⁴ Vgl. APSG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁸⁵ Vgl. BEinstG (i.d.F.v. 20.06.2013).

⁸⁶ Vgl. MSchG (i.d.F.v. 17.04.2013).

⁸⁷ Vgl. VKG (i.d.F.v. 28.12.2012).

⁸⁸ Vgl. OGH: Urteil und Beschluss vom 15.11.2001, GZ 8 ObA 95/01f; Pfeil, Walter in: ABGB Taschenkommentar, Hrsg. Schwimann, Michael - 2. Auflage – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012, § 1152 ABGB, Rz. 1.

⁸⁹ Vgl. OGH: Beschluss vom 26.04.1995, GZ 9 ObA 48/95 (9 ObA 1008/95).

⁹⁰ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1152, Rz. 1.

kann zwar getroffen werden, der Beweis dafür trifft jedoch den Dienstnehmer.⁹¹ Gerade in diesen Fällen wurden daher die Gebühren- und Honorarordnungen der Berufsgruppen als Anhaltspunkt zur Ermittlung der Höhe des jeweiligen Anspruches herangezogen.⁹² In den übrigen Fällen wird das Entgelt nach dem durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsatz zu ermitteln sein, wonach im Zweifel ein angemessenes Entgelt, also ein Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt.⁹³

Für den Fall, dass der freie Dienstnehmer zur Leistung bereit war, gebührt ihm das Entgelt für die Dienstleistungen nach § 1155 Abs. 1 ABGB auch dann, wenn er durch Umstände, die auf Seiten des Dienstgebers liegen, an der Dienstleistungserbringung gehindert wurde. Hierbei muss sich der freie Dienstnehmer jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderwärtige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.⁹⁴ Da der § 1155 ABGB eine allgemein gültige Gefahrentragungsregel beinhaltet, welche im Übrigen auch auf Werkunternehmer und Dienstnehmer angewandt wird und nichts mit dem Schutz Schwächerer zu tun hat, ist diese Bestimmung auch auf freie Dienstnehmer anwendbar.⁹⁵

Nach § 1157 ABGB hat der Dienstgeber die Dienstleistungen so zu regeln, dass das Leben und die Gesundheit der Dienstnehmer geschützt werden. Der Dienstgeber hat danach die physische und psychische Integrität des Dienstnehmers zu schützen und dabei nicht nur auf die typischen Betriebsgefahren Bedacht zu nehmen, sondern auch auf die persönliche Indisposition des Dienstnehmers, wenn zwischen der möglichen Beeinträchtigung des Dienstnehmers und der betrieblichen Gefahrenquelle ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Geschützt werden nach heutiger Rechtsprechung die Persönlichkeitsrechte des Dienstnehmers schlechthin und erfolgt keine Beschränkung auf die Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Sittlichkeit und Eigentum. Auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Dienstnehmers wird daher bewahrt. Die Fürsorgepflicht gilt sowohl im betriebsinternen Bereich, wie auch in Ausstrahlungen nach außen.⁹⁶

Die Anwendung der Fürsorgepflicht auf den freien Dienstvertrag ist nach Walter Pfeil grundsätzlich anzuerkennen⁹⁷, während Bernhard Gruber dies ablehnt, jedoch unter Heranziehung der allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten die Anwendung der materiellrechtlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen ebenso bejaht.⁹⁸

⁹¹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 362, Rz. 6/259; Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1152, Rz. 16 f.

⁹² Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1152, Rz. 1.

⁹³ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1152, Rz. 28.

⁹⁴ Vgl. ASG Wien: Urteil vom 21.02.2012, GZ 13 Cga 71/11x, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2012), Heft 6233 vom 22.05.2012, S. 7.

⁹⁵ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

⁹⁶ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 387 f., Rz. 6/352 ff.

⁹⁷ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1157, Rz. 4;

Pfeil, Walter, in: ABGB Taschenkommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1157 ABGB, Rz. 12.

⁹⁸ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

Der aus der nach § 1157 ABGB durch die Rechtsprechung abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz ist auf arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer nach herrschender Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes anzuwenden. Danach hat der Dienstgeber zwar grundsätzlich die Möglichkeit, mehrere Dienstnehmer bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Rahmen der gesetzlichen oder vertraglichen Bindungen verschieden zu behandeln, er darf dies jedoch nicht willkürlich ohne einleuchtende sachliche Rechtfertigung tun.⁹⁹

In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist die Judikatur zur „betrieblichen Übung“, wonach eine regelmäßige vorbehaltlose Gewährung bestimmter Leistungen an die Gesamtheit der Dienstnehmer oder eine Heranziehung falscher Entgeltberechnungsmethoden zu einem einzelvertraglichen Anspruch führen, wenn sich aus diesem Verhalten eine entsprechende Vertrauensposition der Dienstnehmer ableiten lässt und darin der Wille des Dienstgebers zur Verpflichtung für die Zukunft und die schlüssige Zustimmung der Dienstnehmer erblickt werden kann.¹⁰⁰ Auch hinsichtlich der betrieblichen Übung kann eine willkürliche und sachfremde Differenzierung zwischen den Dienstnehmern zur Verletzung des zuvor dargestellten Gleichbehandlungsgrundsatzes führen.¹⁰¹ Im Allgemeinen kann eine betriebliche Übung nicht einseitig widerrufen werden, zumindest ein konkludent angenommener Verzicht der in Betracht kommenden Dienstnehmer wäre dafür erforderlich. Zudem ist eine bereits begründete betriebliche Übung auch bei neu hinzutretenden Dienstnehmern anwendbar, da auch diese davon ausgehen können, dass ihnen gewährte Vergünstigungen in derselben Weise wie vergleichbaren Dienstnehmern zugutekommen.¹⁰² Da sich die betriebliche Übung nicht auf spezifische arbeitsrechtliche Vorschriften stützt, sondern ihre Grundlage in den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen hat (§ 863 ABGB), bestehen nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes in seinem Urteil vom 13.07.1994 zu GZ 9 ObA 77/94 keine Bedenken gegen die Anerkennung der Möglichkeit spezieller betrieblicher Übungen für freie Dienstnehmer (hier einem Vorstandsmitglied einer AG)¹⁰³. Nach Bernhard Gruber kann daher von einer generellen Anwendung der Betriebsübungs-Judikatur auf freie Dienstnehmer ausgegangen werden.¹⁰⁴

Im Weiteren werden die Bestimmungen des ABGB zur Kündigung des Dienstverhältnisses, sohin die §§ 1159 bis 1159b ABGB¹⁰⁵ bzw. 1159c ABGB¹⁰⁶ sowie die §§ 1162 bis 1162d ABGB analog angewendet, womit dem freien Dienstnehmer für den Fall der ungerichtfertigten vorzeitigen Lösung des Vertragsverhältnisses durch den Dienstgeber ein

⁹⁹ Vgl. OGH: Urteil vom 14.09.1995, GZ 8 ObA 240/95.

¹⁰⁰ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0033756; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 360, Rz. 6/252.

¹⁰¹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 360 f., Rz. 6/253.

¹⁰² Vgl. OGH: Urteil vom 23.01.2003, GZ 8 ObA 170/02m.

¹⁰³ Vgl. OGH: Urteil vom 13.07.1994, GZ 9 ObA 77/94.

¹⁰⁴ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

¹⁰⁵ Vgl. Rebhahn, Robert, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1159 ABGB, Rz. 4.

¹⁰⁶ Vgl. Reissner, Gert-Peter, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1159c ABGB, Rz. 5.

Anspruch auf Kündigungsentschädigung zukommt¹⁰⁷ dies auch bei berechtigtem vorzeitigem Austritt, wenn etwa der Dienstgeber trotz Mahnung seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt¹⁰⁸ und das Entgelt in Wochen bemessen wird. Umgekehrt gelangen die arbeitsrechtlichen Entlassungsgründe nur dann zur Anwendung, soweit nicht ausschließlich arbeitnehmerspezifische Umstände von diesen Bestimmungen erfasst werden.¹⁰⁹

Danach gilt auch für den freien Dienstnehmer ein abgestuftes System von Kündigungsfristen. Grundsätzlich sind dabei jene Dienstverhältnisse, die keine Dienste höherer Art zum Gegenstand haben und für welche das Entgelt nach Stunden oder Tagen, nach Stück oder Einzelleistungen bemessen wird, jederzeit für den folgenden Tag kündbar. Wenn das Dienstverhältnis schon drei Monate gedauert hat und die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers hauptsächlich in Anspruch nimmt oder das Entgelt nach Wochen bemessen wird, ist die Kündigung spätestens am ersten Werktag für den Schluss der Kalenderwoche zulässig.¹¹⁰ Wohingegen für die zuletzt genannten Fälle, sofern zugleich auch Dienste höherer Art zum Gegenstand der Erwerbstätigkeit erhoben wurden, nach § 1159a ABGB eine mindestens vierwöchige Kündigungsfrist einzuhalten ist.¹¹¹ In allen anderen Fällen ist nach § 1159b ABGB die Beendigung des Dienstverhältnisses unter Einhaltung einer vierzehntägigen Kündigungsfrist möglich.¹¹² Auch für den freien Dienstnehmer ist ferner zu beachten, dass diese Bestimmungen zu den Kündigungsfristen und -terminen nicht zwischen Dienstnehmer- und Dienstgeberkündigung differenzieren und die Kündigungsfristen nach § 1159c ABGB für beide Vertragsteile gleich lang sein müssen.¹¹³

Nach der Bestimmung des § 1162 ABGB¹¹⁴ kann ein Dienstverhältnis, das auf eine bestimmte Zeit eingegangen wurde, vor Ablauf dieser Zeit, sonst aber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teil aus wichtigen Grund gelöst werden. Dies folgt der Tendenz des Gesetzgebers, bei Dauerschuldverhältnissen – und ein solches ist der freie Dienstvertrag – für den Fall, dass eine Änderung der Umstände, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vorlagen, aber im Laufe der Zeit, für die Vertragsparteien unvorhersehbar, dazu führten, dass die bestehende vertragliche Bindung nicht mehr weiter aufrecht gehalten werden kann, jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung eines Termines oder von Fristen vorzeitig beendet werden kann. Diese Gründe

¹⁰⁷ Vgl. OGH: Urteil vom 12.07.2000, GZ 9 ObA 89/00d; OGH: Beschluss vom 20.08.2008, GZ 9 ObA 17/08b; sowie: OGH: Beschluss vom 26.03.1997, GZ 9 ObA 54/97z; OGH: Urteil vom 11.07.1996, GZ 8 ObA 2150/96a; OGH: Beschluss vom 19.06.1991, GZ 9 Ob 902/91; OGH: Rechtssatz RS0021747.

¹⁰⁸ Vgl. OGH: Urteil vom 14.09.1995, GZ 8 ObA 204/95 (GZ 8 ObA 205/95); Krejci, Heinz, in: ABGB online, Hrsg. Rummel, Peter, a.a.O., § 1151, Rz. 83; Rebhahn, Robert, in: ABGB-ON, Hrsg. Kletečka, Andreas ; Schauer, Martin, a.a.O., § 1151, Rz. 135.

¹⁰⁹ Vgl. OGH: Urteil vom 25.06.2003, GZ 9 ObA 15/03a.

¹¹⁰ Vgl. § 1159 ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

¹¹¹ Vgl. § 1159a ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916); ASG Wien: Urteil vom 25.04.2003, GZ 21 Cga 218/01h, in: Arbeitsrechtliche Ansprüche eines freien Dienstnehmers, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2003), Heft 5457 vom 05.12.2003.

¹¹² Vgl. § 1159b ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

¹¹³ Vgl. Reissner, Gert-Peter, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1159c ABGB, Rz. 5; Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1159c, Rz. 26 u. 29; § 1159c ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

¹¹⁴ Vgl. § 1162 ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

müssen in der Person des freien Dienstnehmers gelegen sein, wirtschaftliche Engpässe des Dienstgebers stellen daher beispielsweise keinen Grund für eine sofortige Beendigung dar.¹¹⁵

Diese Regelung, welche analog auf freie Dienstnehmer angewendet wird, entspricht dem § 25 AngG. Allerdings fehlt in diesem Fall eine taxative Aufzählung der einzelnen Austritts- bzw. Entlassungsgründe (vgl. §§ 26 und 27 AngG). Der Oberste Gerichtshof hält im Zusammenhang mit der Beurteilung eines freien Dienstverhältnisses in seiner Entscheidung vom 25.06.2003 zu GZ 9 ObA 15/03a fest: „*Da die sondergesetzlichen Tatbestände (hier insbesondere die nur demonstrativ aufgezählten Entlassungsgründe des § 27 AngG) und die hiezu ergangene Rechtsprechung der Konkretisierung des „wichtigen Grundes“ nach § 1162 ABGB dienen (Krejci in Rummel ABGB 13 Rz. 1 zu § 1162), besteht kein vernünftiger Grund, der eine analoge Anwendung auch dieser Sonderbestimmungen und der darauf bezüglichen Rechtsprechung hindern würde, soweit davon nicht nur ganz arbeitnehmerspezifische Umstände umfasst sind.*“¹¹⁶

Eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund setzt prinzipiell voraus, dass die Fortdauer des Dienstverhältnisses für die betreffende Vertragspartei auch für die Dauer der Kündigungsfrist oder den Ablauf der restlichen Vertragszeit unzumutbar ist.¹¹⁷ Somit ist die vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, zu erklären. Eine nicht unverzügliche Geltendmachung des Auflösungsrechtes wird mitunter als konkludenter Verzicht auf dieses gewertet.¹¹⁸

An **Austrittsgründen** im Sinne des § 1162 ABGB werden im Einzelnen durch Rechtsprechung und Lehre nachfolgende Gründe angenommen:

- Dienstunfähigkeit, Gesundheits- oder Sittlichkeitsgefährdung: Allerdings ist ein Austrittsgrund nur bei dauernder Hinderung des Dienstnehmers, etwa bedingt durch ein chronisches Leiden anzunehmen. Unter dem Tatbestand der Sittlichkeitsgefährdung wird vorwiegend der Fall der sexuellen Belästigung eines Dienstnehmers angenommen.¹¹⁹
- Entgeltschmälerung oder -vorenthaltung: Darunter wird eine einseitige, rechtswidrige Herabsetzung des Entgeltes verstanden. Das Austrittsrecht besteht unabhängig davon, ob der Dienstgeber in Benachteiligungsabsicht, aus Nachlässigkeit oder aus Unvermö-

¹¹⁵ Vgl. Petrovic, Gabriela: Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, a.a.O., S. 194 (Punkt III. B.).

¹¹⁶ OGH: Urteil vom 25.06.2003, GZ 9 ObA 15/03a.

¹¹⁷ Vgl. Pfeil, Walter, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1162 ABGB, Rz. 3 u. 5; Petrovic, Gabriela: Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, a.a.O., S. 194 (Punkt III B.).

¹¹⁸ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 594, Rz. 7/226; Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 30ff.

¹¹⁹ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 44 ff.

gen, etwa bei Zahlungsunfähigkeit, gehandelt hat.¹²⁰ Jedoch wird auch für diesen Fall eine wesentliche Vertragsverletzung (analog zu § 26 Z 2 AngG) vorausgesetzt, d. h. eine einmalige, kurzfristige Verzögerung bei der Entgeltzahlung berechtigt noch nicht zum Austritt. Gleiches gilt dann, wenn über Anspruchsgrund und -höhe unterschiedliche Rechtsmeinungen vorliegen.¹²¹

- Andere Pflichtverletzungen durch den Dienstgeber: beispielsweise bei Verletzung zwingender Arbeitnehmerschutzbestimmungen. Auch die bewusste Nichtanmeldung des Dienstnehmers zur Sozialversicherung wäre eine solche den Austritt rechtfertigende Pflichtverletzung.
- Ehrenverletzungen oder Tätlichkeiten: Eine Ehrenverletzung muss nach Art und Umständen des Einzelfalls so erheblich sein, dass ein Mensch mit normalem Ehrgefühl sie nicht anders als mit Abbruch der Beziehungen beantworten kann. Unter Tätlichkeiten sind schuldhaft, objektiv gegen die körperliche Integrität gerichtete Handlungen zu verstehen, wobei es auf das dahinterliegende Motiv nicht ankommt.¹²²

An **Entlassungsgründen** im Sinne des § 1162 ABGB werden im Einzelnen durch Rechtsprechung und Lehre nachfolgende Gründe anerkannt:

- Dienstunfähigkeit: Diese wird für jene Fälle angenommen, in welchen dem (freien) Dienstnehmer die notwendigen geistigen, körperlichen oder auch rechtlichen Voraussetzungen zur Erbringung der versprochenen oder den Umständen nach angemessenen Dienstleistung dauerhaft fehlen und dieser damit für den Dienstgeber schlechthin unverwendbar wird. Ein in der Praxis häufig anzunehmender Fall liegt dann vor, wenn der Dienstnehmer, der zur Erfüllung seiner Dienstpflicht auf die Verwendung eines Kfz angewiesen ist, seinen Führerschein für längere Dauer verliert.¹²³
- Lang andauernde Dienstverhinderung: Darunter wird eine Verhinderung der Erbringung der Dienstleistungen für eine erhebliche Zeitspanne angenommen, wenn beispielsweise eine Freiheitsstrafe zu verbüßen ist (auch eine Untersuchungshaft). Krankheits- oder unglücksfallsbedingte Verhinderungen bilden jedoch keinen Entlassungsgrund.¹²⁴
- Unbefugtes Unterlassen der Dienstleistung: Zusammengefasst wird dieser Tatbestand verwirklicht, wenn die vereinbarten Dienstpflichten (ausdrücklich oder stillschweigend bedungen) schuldhaft, erheblich und pflichtwidrig versäumt werden.¹²⁵ Pflichtwidrig handelt der (freie) Dienstnehmer dann, wenn er den vertraglich vereinbarten Pflichten

¹²⁰ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 57 ff.

¹²¹ Vgl. OGH: Beschluss vom 02.02.2005, GZ 9 ObA 7/04a.

¹²² Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 64 ff.

¹²³ Vgl. OGH: Beschluss vom 26.03.1997, GZ 9 ObA 54/97z; Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 70 ff.

¹²⁴ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 75 ff.

¹²⁵ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 79 f.

nicht nachkommt. Gerechtfertigt ist dies nur in Ausnahmefällen, so etwa bei Krankheit, im Unglücksfall oder wenn sittliche, moralische oder menschlichsoziale Verpflichtungen die Teilnahme am Begräbnis naher Verwandter oder von Menschen, mit denen ein enger Kontakt bestand, fordert. Nach bisher herrschender Lehre ist zu beachten, dass die Teilnahme an einem Streik eine Verletzung des Dienstvertrages darstellt und zwar auch für den Fall, dass der Streik als Gesamtktion rechtmäßig ist.¹²⁶ Aus der Anerkennung des Streikrechtes als Grundrecht (Art. 28 der Grundrechtecharta¹²⁷) wird dies in Zukunft jedoch nicht mehr vertreten werden können.¹²⁸ Schließlich ist anhand des Einzelfalls zu erheben, ob die Unterlassung der Dienstleistung eine Erheblichkeitschwelle überschreitet, was insbesondere dann angenommen wird, wenn dringliche Arbeiten dadurch nicht verrichtet werden können, ein Arbeitserfolg daher nicht mehr herbeigeführt werden kann und dem daraus resultierenden betrieblichen Nachteil erhebliche Bedeutung zukommt.¹²⁹

- Beharrliche Verletzung der Dienstpflichten: Dieser Entlassungsgrund tritt ergänzend zum Entlassungsgrund des unbefugten Unterlassens der Dienstleistung hinzu und betrifft sämtliche Fälle, in denen der Dienstnehmer vorsätzlich seine Pflicht aus dem Dienstvertrag beharrlich überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt. Dies ist mittels der aus dem Dienstvertrag geschuldeten Pflichten zu beurteilen. Sowohl die Verletzung der Arbeitspflicht als auch die vorsätzliche Nichtbefolgung von gerechtfertigten Weisungen des Dienstgebers fallen darunter.¹³⁰ Zuletzt fordert die Rechtsprechung auch hierbei die Überschreitung einer Erheblichkeitsgrenze, welche durch eine besondere Beharrlichkeit in Form einer nachhaltigen, unnachgiebigen und hartnäckigen Arbeitsverweigerung zum Ausdruck kommt.¹³¹
- Verletzung von Nebenpflichten aus dem Dienstvertrag:
 - Untreue: Ein vorsätzlicher und pflichtwidriger Verstoß gegen die dienstlichen Interessen des Dienstgebers fällt unter diesen Entlassungsgrund. Dazu gehören nicht nur abträgliche Äußerungen über den Dienstgeber gegenüber Geschäftspartnern und Kunden, sondern auch das bewusste Abwerben von Dienstnehmern und der Dienstdiebstahl.¹³² Dieser Entlassungsgrund wurde im Falle eines Vorstandes der Kammer für Arbeiter und Angestellte, welcher als freier Dienstnehmer diverse Beiträge aus einem Refundierungs- bzw. Präsidialfonds (insges. ATS 358.691,37) zweckwidrig verwendete und damit veruntreute, bejaht.¹³³ Die Abgrenzung zum Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit ist in der Praxis schwierig. Der Entlas-

¹²⁶ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 84 f.

¹²⁷ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 871.

¹²⁸ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 881 f.

¹²⁹ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 89 ff.

¹³⁰ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 94 ff.

¹³¹ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 102 ff.

¹³² Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 106 ff.

¹³³ Vgl. OGH: Urteil vom 12.06.1996, GZ 9 ObA 2096/96t (Anmerkung: wenn auch hier in Bezug auf den Verlust eines Pensionsbezugsrechtes, wegen einer nachträglich hervorgekommenen Tat).

sungsgrund der Untreue darf im Zweifel zulasten des Dienstnehmers nicht angenommen werden, jedoch wurde aufgrund von Geschäften eines Geschäftsführers als freier Dienstnehmer, die den Verdacht der Untreue bewirkten, der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit bejaht.¹³⁴ In einem Streitfall der abfälligen Äußerung über den Dienstgeber durch einen Universitätsprofessor, welcher als freier Dienstnehmer beschäftigt war, wurde ebenso auf den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit zurückgegriffen.¹³⁵

- Unberechtigte Vorteilsnahme: Darunter ist generell die Entgegennahme von Vorteilen von dritter Seite durch den Dienstnehmer ohne die Zustimmung des Dienstgebers zu verstehen. Eine Schädigung des Dienstgebers ist nicht erforderlich, allerdings muss eine gewisse Intensitätsschwelle überschritten werden. Branchenübliche Trinkgeldannahmen stellen jedoch keine unberechtigte Vorteilsannahme dar.¹³⁶
- Konkurrenz- und Nebentätigkeit: Zweierlei Problemstellungen werden unter diesem Entlassungsgrund zusammengefasst. Einerseits die Verminderung der Leistungsfähigkeit in der Form, dass die geschuldete Leistung durch den Dienstnehmer nicht mehr erbracht werden kann – etwa in Folge von eingetretener Erschöpfung. Andererseits in jenen Fällen, in denen der Dienstnehmer in direkte Konkurrenz mit seinem Dienstgeber tritt, beispielsweise in der Form, dass er Leistungen, die er für den Dienstgeber erbringt auch selbst dem gleichen Kundenkreis gegenüber anbietet.¹³⁷
- Verletzung von Verschwiegenheitspflichten: Als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden jene kaufmännischen, organisatorischen, technischen, fachlichen und/oder dienstlichen Betriebstatsachen und Erkenntnisse verstanden, die nur einem eng umgrenzten Personenkreis bekannt und anderen Personen nicht oder nur schwer zugänglich sind und an deren Geheimhaltung der Dienstgeber ein berechtigtes Interesse hat. Als Beurteilungskriterien, ob eine Intensität erreicht wird, die eine Entlassung rechtfertigen, ist ein bewegliches System unter Abwägung der Faktoren des Motives der Informationsweitergabe, des Gesamtverhaltens des Dienstnehmers und die tatsächliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Dienstgebers heranzuziehen.¹³⁸ Diese Verschwiegenheits- und Diskretionspflicht trifft auch den freien Dienstnehmer, der als Teil der interessengemäßen Erfüllung seiner Dienstpflicht zur Verschwiegenheit über ihm im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt gewordene Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bzw. – bei entsprechender Tätigkeit – auch über Privat- und Familienverhältnisse verpflichtet ist.¹³⁹

¹³⁴ Vgl. OGH: Urteil vom 26.04.1990, GZ 8 Ob 563/89 (insb. 2. Zum Rekurs der beklagten Partei).

¹³⁵ Vgl. LG Salzburg: Urteil vom 12.11.1991, GZ 20 Cga 230/09, Arb 10.993.

¹³⁶ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 111 ff.

¹³⁷ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 114 ff.

¹³⁸ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 119 ff.

¹³⁹ Vgl. Petrovic, Gabriela: Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, a.a.O., S. 194.

- Vertrauensunwürdigkeit: Nach ständiger Rechtsprechung liegt Vertrauensunwürdigkeit vor, wenn das Verhalten des Dienstnehmers nach vernünftigem Ermessen objektiv befürchten lässt, dass die Interessen und Belange des Dienstgebers gefährdet werden. Insoweit tritt dieser Tatbestand zur Untreue hinzu, da ebenso ein pflichtwidriges oder schuldhaftes Verhalten gefordert wird, jedoch Fahrlässigkeit genügt.¹⁴⁰ Dies wurde beispielsweise bei einem freien Dienstnehmer wegen der absichtlichen Abgabe eines unrichtigen Kursberichtes mit damit einhergehender gravierender Störung des Vertrauensverhältnisses zum Dienstgeber bejaht.¹⁴¹ Auch außerdienstliches Verhalten kann – allerdings nach einem strengeren Maßstab beurteilt – geeignet sein, eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit darzustellen. Im Fall der (einschlägigen) strafrechtlichen Verurteilung, etwa wegen schuldhafter Herbeiführung eines tödlichen Verkehrsunfalles unter schwerer Alkoholisierung und mit anschließender Fahrerflucht, wurde dies als Vertrauensunwürdigkeit befunden. Anhand des Einzelfalles ist jedoch eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen, bei der auch das bisherige Verhalten des Dienstnehmers über die Beschäftigungsdauer hindurch sowohl zum Positiven als auch zum Negativen miteinbezogen wird.¹⁴²
- Tätlichkeiten, Verletzung der Sittlichkeit, erhebliche Ehrverletzung: Auch diese Themen sind grundsätzlich einzelfallbezogen zu beurteilen. Darunter fallen beispielsweise schuldhaft begangene Körperverletzungen, unabhängig davon, ob sie nun aus Schmerz, Rohheit oder Feindseligkeit heraus begangen wurden. Sofern sich diese außerdienstlich ereignet haben, ist deren Relevanz nur bei einer Auswirkung auf das Dienstverhältnis (Angriff gegen Dienstgeber, Kollegen usw.) gegeben. An Bedeutung zugenommen haben in der heutigen Berufswelt die Fälle der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz und stellen diese als Verletzungen der Sittlichkeit einen Entlassungsgrund dar, dies unabhängig davon, ob durch Versetzung Abhilfe geschaffen werden kann.¹⁴³ Als Ehrenverletzung sind nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes alle Handlungen, die geeignet sind, das Ansehen und die soziale Wertschätzung des Betroffenen durch Geringschätzung, Vorwurf einer niedrigen Gesinnung, üble Nachrede, Verspottung oder Beschimpfung herabzusetzen und auf diese Weise das Ehrgefühl des Betroffenen zu verletzen, zu qualifizieren. Dazu gehören vor allem gegen die Ehre gerichtete strafbare Handlungen, doch können auch nicht strafbare derartige Handlungen tatbestandsmäßig sein.¹⁴⁴ Danach sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Stellung des Dienstnehmers im Betrieb, sein Bildungsgrad, die Art des Betriebes, der dort herrschende Umgangston, die Gelegenheit, bei der die Äußerung gefallen ist sowie das bisherige Verhalten des Dienstnehmers zur Beurteilung heranzuzie-

¹⁴⁰ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 122 ff., insb. 130 ff.; Petrovic, Gabriela: Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, a.a.O., S. 194.

¹⁴¹ Vgl. LG Salzburg: Urteil vom 12.11.1991, GZ 20 Cga 230/09, Arb 10.993.

¹⁴² Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 122 ff., insb. 130 ff.; OGH: Urteil vom 26.04.1990, GZ 8 Ob 563/89; OGH: Urteil vom 12.06.1996, GZ 9 ObA 2096/96t.

¹⁴³ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162, Rz. 122 ff., insb. 135 ff.

¹⁴⁴ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0109363; OGH: Rechtssatz RS0029876.

hen.¹⁴⁵ So wurden die Äußerungen eines als freier Dienstnehmer beschäftigten Universitätsprofessors, der den Präsidenten des Universitätszentrums mit dem Vorwurf der „unverantwortlich agierenden Universitätsspitze“ konfrontierte und des Verhaltens der „wenig professionell agierenden Universitätsspitze“ bezichtigte sowie zu dieser weiter äußerte: „vom moralischen Standpunkt aus inakzeptabel“ bzw. „miserables Krisenmanagement“ als eine Entlassung rechtfertigende Ehrenverletzung qualifiziert.¹⁴⁶

Nach § 1162a ABGB kann der Dienstgeber, wenn der Dienstnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt, entweder dessen Wiedereintritt zur Dienstleistung nebst Schadenersatz oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen. Wird der Dienstnehmer wegen eines Verschuldens vorzeitig entlassen, so hat er Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu leisten. Für die schon bewirkten Leistungen, deren Entgelt noch nicht fällig ist, steht dem Dienstnehmer ein Anspruch auf den entsprechenden Teil des Entgelts nur insoweit zu, als dieses nicht durch die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses für den Dienstgeber seinen Wert ganz oder zum größeren Teil eingebüßt hat.¹⁴⁷ Nach herrschender Lehre ist es zulässig, für diese Fälle von vornherein einen pauschalierten Schadenersatz in Form einer Konventionalstrafe zu vereinbaren.¹⁴⁸

Zudem ist zu beachten, dass nach Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes (kurz ASG) Wien vom 22.09.1999 zu GZ 28 Cga 24/99 sowie laut Beschluss des Oberlandesgerichtes (kurz OLG) Wien vom 29.05.2000 zu GZ 10 RA 27/00i dem Dienstgeber gegenüber dem entgeltlich beschäftigten freien Dienstnehmer nach den allgemeinen Vorschriften über Gewährleistung bei entgeltlichen Verträgen bei unzureichender Dienstleistung ein Anspruch auf angemessene Minderung des Entgelts zukommt (Preisminderungsanspruch). Im konkreten Streitfall wurden dem Dienstgeber für die durch den freien Dienstnehmer übergebenen, unvollständigen, nicht wie vorgegeben recherchierten Artikel jene Kosten zugesprochen, welche durch die Komplettierung der Artikel entstanden sind.¹⁴⁹ Dies wird zusammengefasst damit begründet, dass der Dienstgeber beim freien Dienstvertrag, im Gegensatz zum Arbeits- oder Angestelltenverhältnis, keine Möglichkeit hat, Einfluss auf Arbeitszeit, Arbeitsort und sonstige nähere Umstände der Erbringung der Arbeitsleistung Einfluss zu nehmen. Während den Arbeitnehmer keine Gewährleistungspflicht trifft und dieser nur bei schuldhafter Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Ausführung der ihm obliegenden Arbeiten schadenersatzpflichtig werden kann, hat der freie Dienstnehmer für den Minderwert seiner Leistung (verschuldensunabhängig) einzutreten. Auch hier wäre bei einem wesentlichen und behebbaren Mangel zunächst zur Verbesserung aufzufordern. Wenn jedoch der Gewährleistungsberechtigte (hier Dienstgeber) die Verbesserung nicht durch den Gewährleistungspflichtigen (hier Dienstnehmer) durchfüh-

¹⁴⁵ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0029360.

¹⁴⁶ Vgl. OGH: Urteil vom 25.06.2003, GZ 9 ObA 15/03a.

¹⁴⁷ Vgl. § 1162a ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

¹⁴⁸ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1162a, Rz. 9.

¹⁴⁹ Vgl. ASG Wien: Urteil vom 22.09.1999, GZ 28 Cga 24/99, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2000), Heft 5110 vom 28.03.2000.

ren lassen will, kann er nur den Preis mindern, jedoch nicht die konkreten Verbesserungskosten fordern. Vielmehr ist der Gesamtminderungsanspruch aus der Differenz des Wertes der mangelhaften Sache (Dienstleistungserbringung) mit jenem der mangelfreien Sache zu ermitteln.¹⁵⁰

Indessen hat der freie Dienstnehmer nach herrschender Rechtsprechung¹⁵¹ gegenüber dem Dienstgeber für den Fall, dass dieser ihn ohne wichtigen Grund vorzeitig entlässt oder wenn ihn ein Verschulden an dem vorzeitigen Austritt des Dienstnehmers trifft, unbeschadet weiterer Schadenersatzansprüche, nach § 1162b ABGB einen Anspruch auf sein vertragsgemäßes Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung hätte verstreichen müssen, dies unter Anrechnung dessen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistungen erspart oder durch anderwertige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Soweit der zuvor angeführte Zeitraum drei Monate nicht übersteigt, kann der Dienstnehmer das ganze für diese Zeit gebührende Entgelt ohne Abzug sofort fordern.¹⁵²

Dem freien Dienstnehmer kommt jedoch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, während desurlaubes oder bei längerer Dienstverhinderung aus persönlichen Gründen zu.¹⁵³ Auch Urlaubsgeldaliquotierungen und Sonderzahlungsaliquotierungen (Umgangssprachlich: „13. und 14. Monatsgehalt“) werden bei freien Dienstverträgen nicht gewährt.¹⁵⁴ Ebenso wenig finden die Regelungen über Abfertigung und Urlaub sowie die Regelungen in Kollektivverträgen Anwendung auf den freien Dienstvertrag.¹⁵⁵

Bei der konkreten Berechnung der Kündigungsentschädigung wurde daher bei einem als freier Dienstnehmer beschäftigten Steuerberater die Summe der in den Honorarnoten verzeichneten Gesamtstunden durch die Anzahl der Tage des Vertragsverhältnisses dividiert und auf dieser Grundlage die durchschnittliche Tagesleistung ermittelt. Dies führt im Ergebnis dazu, dass jene Zeiträume der urlaubs- oder krankenstandsbedingten Dienstverhinderung letztlich eingerechnet werden und die Kündigungsentschädigung aufgrund der Gesamtdurchrechnung daher verringert wird.¹⁵⁶ Damit kommt deutlich zum Ausdruck, dass der freie Dienstnehmer einem höheren Erwerbsrisiko ausgesetzt ist, als der Arbeiter oder Angestellte. Verliert er auch nur vorübergehend seine Erwerbsfähigkeit, entfällt der Anspruch auf Zahlung des Entgeltes. Eine Ausnahme bilden dazu lediglich jene Fälle der Dienstverhinderung, die ausschließlich der Sphäre des Dienstgebers zuzuordnen sind, für welche nach § 1155 Abs. 1 ABGB der Dienstgeber das Risiko des Ausfalls trägt.

¹⁵⁰ Vgl. OLG Wien: Beschluss vom 29.05.2000, GZ 10 Ra 27/00i, in: *Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis* : ARD (2000), Heft 5139 vom 25.07.2000.

¹⁵¹ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0021758.

¹⁵² Vgl. § 1162b ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916).

¹⁵³ Vgl. OGH: Urteil vom 25.02.1999, GZ 8 ObA 38/99t.

¹⁵⁴ Vgl. OGH: Urteil vom 24.10.2001, GZ 9 ObA 183/01d.

¹⁵⁵ Vgl. OGH: Beschluss vom 29.10.2008, GZ 9 ObA 133/08m.

¹⁵⁶ Vgl. ASG Wien: Urteil vom 09.10.2000, GZ 30 Cga 74/00x, in: *Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis* : ARD (2001), Heft 5190 vom 09.02.2001, Kündigungsentschädigung von freien Dienstnehmern.

Nach dem einleitend dargestellten Stufenbau der Rechtsquellen wäre zudem zu beachten, dass die Bestimmungen der §§ 1159 bis 1159b ABGB sowie der §§ 1162 bis 1162d ABGB nach § 1164 Abs. 1 ABGB einseitig zwingend sind¹⁵⁷ und daher grundsätzlich einen unabdingbaren Mindeststandard definieren, der nur zugunsten des Dienstnehmers abgeändert werden kann. Die Anwendung des § 1164 ABGB erfordert jedoch eine differenzierende Betrachtung.

Gerade die bewusst unabhängige Gestaltung des freien Dienstvertrages kann nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes dazu führen, dass die ausdrücklich auf die jederzeitige Beendbarkeit des Vertragsverhältnisses gerichtete Vereinbarung und die damit einhergehende Interessenlage bei den Parteien zum Wegfall der Schutzbedürftigkeit führen. Dies selbst unter der Bedachtnahme, dass die Kündigungsfristen in den §§ 1159 ff. ABGB so kurz gestaltet sind, dass sie in der Regel nur die legitimen Interessen der Vertragspartner vor einer abrupten einseitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Kontrahenten schützen.¹⁵⁸ Für diesen Fall hat der Oberste Gerichtshof, entgegen der Regelung des § 1164 Abs. 1 ABGB, eine bewusste Abkehr von den Bestimmungen der §§ 1159 bis 1159b ABGB bzw. §§ 1162 bis 1162d ABGB zugelassen. Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass für den freien Dienstnehmer nicht von einseitig zwingenden Regelungen auszugehen ist. Daher kann von diesen Bestimmungen auch zum Nachteil des freien Dienstnehmers abgegangen werden, dies setzt jedoch eine ausdrücklich darauf gerichtete Vereinbarung der Parteien voraus. Wird keine abweichend Regelung getroffen, ist jedoch weiterhin von der analogen Anwendung der zuvor genannten Gesetzesbestimmungen auszugehen.

In einem weiteren Fall wurde dem Vorstand einer Aktiengesellschaft, welcher als freier Dienstnehmer beschäftigt war und der durch Beschluss der Hauptversammlung (ohne Vorliegen eines Entlassungsgrundes) mit sofortiger Wirkung enthoben wurde, zugestanden, dass ihm im Sinne des § 1162b ABGB eine Entschädigung bis zum hypothetischen Ende des Vertragsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist zukommt.¹⁵⁹ Nach diesen Entscheidungen ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob von der Regelung der Kündigungsfristen nach der Parteiendisposition einvernehmlich abgegangen wurde bzw. dem arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer der Mindeststandard nach § 1164 Abs. 1 ABGB zukommt.

Bemerkenswert ist die 2004 eingeführte Bestimmung des § 1164a ABGB über den Dienstzettel für das freie Dienstverhältnis. Diese Bestimmung stellt im Bereich des ABGB die erste und einzige ausdrückliche Regelung des freien Dienstvertrages dar. Inhaltlich ist sie dem § 2 Abs. 2 und 3 AVRAG angenähert, wobei jene für den freien Dienstnehmer entbehrlichen Angaben, wie Arbeitsort, Einstufung in ein generelles Schema, Normal-

¹⁵⁷ Vgl. § 1164 Abs. 1 ABGB (i.d.F.v. 07.07.2000).

¹⁵⁸ Vgl. OGH: Urteil vom 13.04.1988, GZ 9 ObA 160/87.

¹⁵⁹ Vgl. OGH: Beschluss vom 29.01.2010, GZ 1 Ob 190/09m.

arbeitszeit, anzuwendende kollektivvertragliche Normen sowie zur Mitarbeitervorsorgekasse fehlen.¹⁶⁰ Durch den Verweis auf § 4 Abs. 4 ASVG wird der Anwendungsbereich des § 1164a ABGB auf den arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer eingeschränkt. Diesbezüglich regt die herrschende Lehre jedoch eine analoge Anwendung auf alle freien Dienstnehmer an.¹⁶¹ Nach § 1164a Abs. 1 ABGB ist dem freien Dienstnehmer unverzüglich nach dessen Arbeitsbeginn eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem freien Dienstvertrag (Dienstzettel) auszuhändigen. Darin sind der Name und die Anschrift des Dienstgebers, der Name und die Anschrift des freien Dienstnehmers, der Beginn des freien Dienstverhältnisses, bei freien Dienstverhältnissen auf bestimmte Zeit das Ende des freien Dienstverhältnisses, die Dauer der Kündigungsfrist und der Kündigungstermin, die vorgesehene Tätigkeit und das Entgelt sowie die Fälligkeit des Entgelts anzugeben.¹⁶² Soweit der freie Dienstnehmer länger als einen Monat hindurch zur Tätigkeit im Ausland verpflichtet ist, sind zudem nach Abs. 2 die voraussichtliche Dauer der Auslandstätigkeit, die Währung, in der das Entgelt auszuzahlen ist, sofern es nicht in Euro auszuzahlen ist, allenfalls Bedingungen für die Rückführung nach Österreich und allfällige zusätzliche Vergütungen für die Auslandstätigkeit in den Dienstzettel aufzunehmen.¹⁶³ Die Bestimmungen des § 1164a ABGB können durch den freien Dienstnehmer weder aufgehoben noch beschränkt werden.¹⁶⁴ In der Praxis entfällt die Verpflichtung zur Aushändigung des Dienstzettels vor allem dann, wenn ein schriftlicher Vertrag ausgehändigt wurde, der alle notwendigen Angaben beinhaltet, die sonst der Dienstzettel nach § 1164a ABGB enthalten müsste.¹⁶⁵

2.1.1.2 Anwendbare sonstige Bestimmungen des Arbeitsrechtes

Wie bereits einleitend erörtert stellen die herrschende Lehre und die Judikatur auch hinsichtlich der Anwendung der sonstigen Bestimmungen des Arbeitsrechtes auf die Qualifikation der Arbeitnehmerähnlichkeit des freien Dienstnehmers ab. Aus diesem Grund wird auch für diesen Bereich innerhalb der freien Dienstnehmer zwischen jenen, welche den Erfordernissen der Arbeitnehmerähnlichkeit genügen, und jenen, welchen diese Merkmale fehlen, differenziert.

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung werden § 51 Abs. 3 Z 2 Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (kurz ASGG)¹⁶⁶, § 1 Abs. 1 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (kurz DHG)¹⁶⁷, § 3 Abs. 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (kurz AÜG)¹⁶⁸, § 1 Abs. 3 Z 2 Gleichbehandlungsgesetz (kurz GIBG)¹⁶⁹, § 7a Abs. 2 Z 4 Behinderteneinstellungsgesetz (kurz

¹⁶⁰ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Taschenkommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1164a, Rz. 1 ff.

¹⁶¹ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1164a, Rz. 2.

¹⁶² Vgl. § 1164a Abs. 1 ABGB (i.d.F.v. 14.07.2004).

¹⁶³ Vgl. § 1164a Abs. 2 ABGB (i.d.F.v. 14.07.2004).

¹⁶⁴ Vgl. § 1164a Abs. 5 ABGB (i.d.F.v. 14.07.2004).

¹⁶⁵ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1164a, Rz. 4.

¹⁶⁶ Vgl. ASGG (i.d.F.v. 28.05.2013).

¹⁶⁷ Vgl. DHG (i.d.F.v. 22.03.1983).

¹⁶⁸ Vgl. AÜG (i.d.F.v. 14.11.2012).

¹⁶⁹ Vgl. GIBG (i.d.F.v. 17.04.2013).

BEinstG)¹⁷⁰, § 2 Abs. 2 lit. b) Ausländerbeschäftigungsgesetz (kurz AuslBG)¹⁷¹ auf den arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer angewendet:¹⁷²

- Freie Dienstnehmer im Sinne der Legaldefinition des § 51 Abs. 3 Z 2 ASGG sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind. Aus diesem Grund sind für Rechtsstreitigkeiten zwischen arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmern und deren Dienstgebern nach §§ 4 ff. ASGG ausschließlich die Arbeits- und Sozialgerichte zuständig. Zudem ist es zulässig, Schiedsvereinbarungen nach § 9 ASGG zu treffen und hat die Gerichtsbesetzung nach § 10 Abs. 2 ASGG zu erfolgen.¹⁷³ Schon allein deswegen kommt der Beurteilung der zuvor dargestellten Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit in der Praxis eine primäre und bedeutende Rolle zu, da sowohl die Frage der Zuständigkeit der Gerichte als auch jene der Anspruchsgrundlagen wesentlich von der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit abhängig sind.
- Nach dem hinsichtlich der Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit gleich definierten § 1 Abs. 1 DHG sind die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes auch auf den arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer anzuwenden. Der Regelungszweck des DHG besteht darin, den Dienstnehmer hinsichtlich der latent bestehenden Bedrohung, den Dienstgeber zu schädigen und anschließend mit Schadenersatzforderungen in unter Umständen enormer Höhe konfrontiert zu sein, zu schützen. Den Dienstnehmer für jedes Verschulden haften zu lassen, erscheint nach dem Zweck dieser Bestimmung unbillig, zumal gewisse Schäden dem Betriebsrisiko zuzuordnen sind und vom Dienstgeber häufig bereits einkalkuliert wurden. Aus diesem Grund wurden durch den Gesetzgeber diverse Haftungserleichterungen für schädigende Dienstnehmer vorgesehen.¹⁷⁴
- Nach § 2 Abs. 1 AÜG bezweckt das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.¹⁷⁵ Nach § 3 Abs. 4 AÜG, der wiederum der Definition des § 51 Abs. 3 Z 2 ASGG folgt, sind auch freie Dienstnehmer vom Regelungsbereich des AÜG umfasst und haben

¹⁷⁰ Vgl. BEinstG (i.d.F.v. 20.06.2013).

¹⁷¹ Vgl. AuslBG (i.d.F.v. 17.04.2013).

¹⁷² Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 196 f., Rz. 4/141 f.; Mazal, Wolfgang ; Risak Martin E.: Das Arbeitsrecht : System und Praxiskommentar, a.a.O., I. 3.1 Die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das Arbeitsrecht, S. 66 f., Rz. 83 f.; OLG Wien: Erkenntnis vom 24.01.2008, GZ 8 Ra 129,07k, in: Konkurrenzklausele bei freiem Dienstvertrag über erotische Massagen, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2008), Heft 5897 vom 23.09.2008.

¹⁷³ Vgl. Neumayr, Matthias, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 51 ASGG, Rz. 1.

¹⁷⁴ Vgl. Windisch-Graetz, Michaela in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1 DSG, Rz. 1.

¹⁷⁵ Vgl. § 2 Abs. 1 AÜG (i.d.F.v. 21.04.1988).

diese nach § 10 Abs. 1 AÜG ausnahmsweise Anspruch auf jenes Entgelt, dass der Beschäftigter-Kollektivvertrag vorsieht. Zudem muss der abgeschlossene freie Dienstvertrag den Bestimmungen des § 11 AÜG entsprechen. Im Übrigen ist nach herrschender Lehre jedoch lediglich eine sinngemäße Anwendung der Bestimmungen des AÜG erforderlich.¹⁷⁶

- Auch § 1 Abs. 3 Z 2 GIBG folgt den einleitend zum § 51 Abs. 3 Z 2 ASGG dargestellten Tatbestandsmerkmalen.¹⁷⁷ Das Gleichbehandlungsgesetz wurde zuletzt in Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG umfassend neugestaltet und beinhaltet im Wesentlichen drei Teile. Im ersten Teil wird die Gleichstellung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt geregelt (Gleichbehandlungsgebot). Im zweiten Teil wird die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung (Antidiskriminierung) festgelegt. Der dritte Teil setzt sich mit gemeinsamen Bestimmungen zu den ersten beiden Teilbereichen, insbesondere den Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes und der Geltendmachung von Ansprüchen sowie mit Institutionen und Verfahren auseinander. Ein letzter Teil beinhaltet spezifische Regelungen für den Bereich der Land- und Forstwirtschaft sowie für Angehörige von Universitäten in Ergänzung der Bestimmungen des zweiten Teiles.¹⁷⁸
- In sachlichem Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgesetz stehen die Bestimmungen der § 7a bis 7q des BEinstG, welche den Schutz behinderter Menschen¹⁷⁹ vor Diskriminierung in der Arbeitswelt bezwecken. § 7a Abs. 1 Z 4 BEinstG folgt der Definition des § 51 Abs. 3 Z 2 ASGG und sind daher auch freie Dienstnehmer vom Geltungsbereich dieser Bestimmung umfasst. Normiert wird nach § 7b BEinstG ein umfassender Schutz, von der Begründung des Dienstverhältnisses bis zur Festsetzung des Entgeltes, der freiwilligen Gewährung von Sozialleistungen, von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen über beruflichen Aufstieg, sonstige Arbeitsbedingungen, der Beendigung des Dienstverhältnisses bis hin zum Zugang zu Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflicher Weiterbildung und Umschulung sowie der Mitwirkung bei Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen, ferner der Zugang zu selbstständiger Erwerbstätigkeit. Darüber hinaus werden in § 7d BEinstG Belästigungen – welche vorliegen, wenn gegen die betroffene Person unerwünschte, unangebrachte oder anstößige Verhaltensweisen gesetzt werden, die die Würde der betroffenen Person verletzen und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes Umfeld für die Person schaffen – den Diskriminierungen gleichgesetzt. Für den Fall einer Diskriminierung

¹⁷⁶ Vgl. Schindler, René in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 3 AÜG, Rz. 14.

¹⁷⁷ Vgl. Windisch-Graetz, Michaela in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1 GIBG, Rz. 8.

¹⁷⁸ Vgl. § 1 GIBG (i.d.F.v. 17.04.2013); Windisch-Graetz, Michaela in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1 GIBG, Rz. 3 f.

¹⁷⁹ Vgl. Legaldefinition der Behinderung in § 3 BEinstG.

werden in den §§ 7e ff. BEinstG spezifische Rechtsfolgen, insbesondere Schadenersatzansprüche gegen den Dienstgeber, normiert.¹⁸⁰ Allerdings ist zu beachten, dass die sonstigen Bestimmungen des BEinstG, vor allem die Regelungen zur Kündigung nach § 8 BEinstG, auf freie Dienstnehmer nicht anwendbar sind. Danach kann die Kündigung eines behinderten freien Dienstnehmers auch ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ausgesprochen werden.¹⁸¹

- Das Ausländerbeschäftigungsgesetz trifft spezifische Regelungen über die Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern in Österreich. Danach darf ein Arbeitgeber Ausländer nach § 3 Abs. 1 AuslBG nur dann beschäftigen, wenn diese über eine Beschäftigungsbewilligung verfügen, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendungsbewilligung erteilt wurde, wenn eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein, eine „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“, einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ oder einen Niederlassungsausweis besitzt. Als Beschäftigung gilt nach § 2 Abs. 2 lit. b) AuslBG auch ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis.¹⁸²

Nach herrschender Rechtsprechung findet darüber hinaus das Kautionschutzgesetz (kurz KautSchG) unter analoger Anwendung des § 8 Abs. 2 KautSchG¹⁸³ auf arbeitnehmerähnliche Dienstnehmer Anwendung.¹⁸⁴ Nach dem KautSchG ist es nicht zulässig, den Abschluss oder die Aufrechterhaltung eines Dienstverhältnisses davon abhängig zu machen, dass der Dienstnehmer oder ein Dritter sich mit einer Geldeinlage an dem Unternehmen beteiligt oder ein Darlehen gewährt wird. Eine Kautionsvereinbarung gilt das Schriftlichkeitsgebot. Vereinbarungen entgegen der Bestimmungen des KautSchG sind nach § 4 KautSchG absolut nichtig.¹⁸⁵ Nach Auflösung des Dienstverhältnisses hat der Dienstgeber nach § 2 KautSchG die Kautionsvereinbarung binnen 4 Wochen freizugeben. In jüngerer Zeit haben diese Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien durch Dienstnehmer an Bedeutung gewonnen.¹⁸⁶

Bei Eintritt einer Insolvenz des Dienstgebers trifft der § 25 Insolvenzordnung (kurz IO)¹⁸⁷ spezifische Regelungen für die Beendigung bzw. den Fortbestand von Dienstverhältnissen (sowohl für das Insolvenz- als auch für das Sanierungsverfahren). Danach bestehen besondere Möglichkeiten für den Masseverwalter, das Dienstverhältnis zu kündigen bzw.

¹⁸⁰ Vgl. §§ 7a bis 7q BEinstG (i.d.F.v. 10.08.2005 / 07.05.2008 / 15.02.2011).

¹⁸¹ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0077648; Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

¹⁸² Vgl. § 3 Abs. 1 AuslBG (i.d.F.v. 28.04.2011) und § 2 Abs. 2 AuslBG (i.d.F.v. 14.11.2012).

¹⁸³ Vgl. KautSchG (i.d.F.v. 07.08.2001).

¹⁸⁴ Vgl. OGH: Beschluss vom 07.04.1987, GZ 14 Ob 10/87 (Anmerkung: betr. den freien Handelsvertreter).

¹⁸⁵ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 378 f., Rz. 6/310 ff.

¹⁸⁶ Vgl. Mayr, Klaus: Anwendbarkeit des Kautionschutzgesetzes bei Erwerb von Aktien?, in: ecolex (2012), S. 247 ff.

¹⁸⁷ Vgl. IO (i.d.F.v. 30.12.2010).

dem Dienstnehmer den berechtigten Austritt zu erklären. Nach herrschender Rechtsprechung ist diese Bestimmung auch auf freie Dienstnehmer anzuwenden.¹⁸⁸ Alternativ, vor allem für noch nicht angetretene Dienstverhältnisse, wird das Rücktrittsrecht nach § 21 IO auch für freie Dienstverträge anerkannt und kommt freien Dienstnehmern bei Ablehnung der (weiteren) Erfüllung ein Schadenersatzanspruch als Insolvenzforderung zu.¹⁸⁹ Für den Fall des berechtigten vorzeitigen Austritts durch den freien Dienstnehmer bestimmen sich die Ansprüche nach den bereits zu § 1162b ABGB dargestellten Grundsätzen.¹⁹⁰

Nach § 46 Z 3 IO sind Forderungen der Arbeitnehmer (arbeitnehmerähnlichen Personen) auf laufendes Entgelt einschließlich Sonderzahlungen für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseforderungen einzustufen. Ansprüche aus freien Dienstverträgen sind demnach nur bei Feststellung der Arbeitnehmerähnlichkeit des freien Dienstnehmers nach § 46 IO als Masseforderungen zu behandeln.¹⁹¹ Aus der Insolvenzmasse sind nach § 47 IO vor allem die Masseforderungen zu befriedigen. Für den Fall, dass diese nicht vollständig zu befriedigen sind, sind nach § 47 Abs. 2 Z 4 und Z 5 IO die Forderungen der Arbeitnehmer (arbeitnehmerähnlichen Personen), soweit sie nicht nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz gesichert sind, an vierter bzw. fünfter Stelle nachrangig zu den Barauslagen des Insolvenzverwalters (Z 1), den Kosten des Insolvenzverfahrens (Z 2) und den erlegten Kostenvorschüssen (Z 3) zu befriedigen.

Nach diesen Grundsätzen hat der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 22.12.1993 zu GZ 8 Ob 28/93 betreffend einen Geschäftsführer als freien Dienstnehmer im Insolvenzverfahren (Anmerkung: zu dieser Zeit noch als Konkursverfahren bezeichnet) über die Gesellschaft festgehalten, dass der Anstellungsvertrag nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses bis zu dem durch die Kündigung bestimmten Endigungstermin vom Masseverwalter aus der Konkursmasse voll zu erfüllen ist und demnach alle Vergütungsansprüche aus diesem Vertrag als Masseforderungen nach § 46 Abs. 1 Z 4 Konkursordnung (kurz KO) (Anmerkung: heute § 46 Z 3 IO) zu qualifizieren sind. Demgegenüber stellen Abfertigungsansprüche, Urlaubsentschädigungsansprüche und andere Vergütungsansprüche, die aufgrund der Auflösung des Vertrages oder erst nach seiner Auflösung (z. B. Ruhegeldansprüche) entstehen, Konkursforderungen dar.¹⁹² Für die Praxis kommt dieser Judikatur insofern Bedeutung zu, da Masseforderungen bei ausreichendem Massevermögen vollständig befriedigt werden, während Insolvenzforderungen der lediglich quotenmä-

¹⁸⁸ Vgl. Mohr, Franz: Die Insolvenzordnung : samt Nebengesetzen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen und ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung. - 11., neu bearb. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, § 25 IO, S. 219, E5; vgl. Reissner, Gert-Peter, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 21 IO, Rz. 14.

¹⁸⁹ Vgl. Reissner, Gert-Peter, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 21 IO, Rz. 14 f.

¹⁹⁰ Vgl. Mohr, Franz, in: Die Insolvenzordnung, a.a.O., § 25 IO, S. 226, E53.

¹⁹¹ Vgl. Mohr, Franz, in: Die Insolvenzordnung, a.a.O., § 46 IO, S. 435, E88 f.

¹⁹² Vgl. OGH: Beschluss vom 22.12.1993, GZ 8 Ob 28/93.

ßigen Befriedigung unterliegen.¹⁹³ Seit 01.01.2008 sind freie Dienstnehmer (im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG)¹⁹⁴ den Arbeitnehmern gleichgestellt und haben nach § 1 Abs. 1 Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (kurz IESG)¹⁹⁵ einen Anspruch auf Insolvenz-Entgelt für offene Forderungen aus dem freien Dienstverhältnis.¹⁹⁶

Entgegen der konträren Ansicht von Bernhard Gruber¹⁹⁷ fallen nach herrschender Meinung auch freie Dienstnehmer unter den Dienstnehmerbegriff des § 6 Patentgesetz 1970 (kurz PatG)¹⁹⁸ und haben danach grundsätzlich Anspruch auf Erteilung des Patentbesitzes für die von ihnen während des Bestandes des Dienstverhältnisses gemachten Erfindungen.¹⁹⁹ Vereinbarungen, wonach dem Dienstgeber ein Benützungszrecht an Dienstfindungen eingeräumt wird bzw. zukünftige Dienstfindungen dem Dienstgeber gehören, bedürfen nach § 7 PatG der Schriftform. Laut § 8 PatG gebührt dem Dienstnehmer eine angemessene besondere Vergütung, sofern er nicht ausdrücklich zur Erfindertätigkeit eingestellt wurde bzw. nicht von vornherein ein höheres Entgelt im Hinblick auf die zu erwartenden Erfindungen vereinbart wurde.²⁰⁰ Im Falle dieser Voraussetzungen über Dienstfindungen ist der Dienstnehmer zur Meldung an den Dienstgeber nach § 12 Abs. 1 PatG verpflichtet. Der Dienstgeber hat sich binnen einer Frist von vier Monaten nach erfolgter Meldung zu erklären, ob er die Dienstfindung für sich in Anspruch nimmt, anderenfalls die frei gewordene Erfindung dem Dienstnehmer zufällt.²⁰¹

Im Vergleich dazu ist zu beachten, dass für Computerprogramme nach §§ 40a ff. Urheberrechtsgesetz (kurz UrhG)²⁰² und Datenbankwerke nach §§ 40f ff. UrhG²⁰³ abweichende Bestimmungen gelten. An Computerprogrammen, welche in Erfüllung von dienstlichen Obliegenheiten geschaffen werden, steht dem Dienstgeber ein unbeschränktes Werknutzungsrecht zu, wenn er mit dem Dienstnehmer nichts anderes vereinbart hat. Danach kommt dem Dienstgeber ein uneingeschränktes Recht an der Verwendung des Computerprogrammes zu, der Programmierer als Dienstnehmer ist sohin von der Verwertung des von ihm selbst geschaffenen Computerprogrammes ausgeschlossen. Diese umfassende Rechtsstellung des Dienstgebers wird darum ergänzt, dass nach § 40c UrhG Computerprogramme generell ohne Einwilligung des Urhebers auf Dritte übertragen werden

¹⁹³ Vgl. Reissner, Gert-Peter, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 46 IO, Rz. 1 f.

¹⁹⁴ Vgl. Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das Einkommensteuergesetz geändert werden (i.d.F.v. 28.12.2007), Artikel 6.

¹⁹⁵ Vgl. IESG (i.d.F.v. 24.04.2012).

¹⁹⁶ Vgl. Gahleitner, Sieglinde, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1 IESG, Rz. 9 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

¹⁹⁸ Vgl. PatG (i.d.F.v. 30.12.2009).

¹⁹⁹ Vgl. Mayr, Klaus, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 6 PatG, Rz. 3.

²⁰⁰ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 327 f., Rz. 6/150 f.

²⁰¹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 328, Rz. 6/152.

²⁰² Vgl. UrhG (i.d.F.v. 27.07.2010).

²⁰³ Vgl. § 40 UrhG (i.d.F.v. 09.04.1936).

können, sofern mit dem Urheber des Computerprogrammes nichts anderes vereinbart wurde. Diese Regelung gilt für alle Computerprogramme im Sinne des § 40a UrhG und Datenbankwerke im Sinne des § 40f UrhG, welche von Dienstnehmern in Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten erstellt wurden. Der Dienstgeber benötigt bei der Veräußerung von Werknutzungsrechten an Dritte daher nicht die Zustimmung von seinem Dienstnehmer.²⁰⁴ Vom Dienstnehmerbegriff der §§ 40a ff. UrhG nach herrschender Lehre nicht umfasst wird jedoch der freie Dienstnehmer. Aus diesem Grund sind die Nutzungsrechte an einem Computerprogramm, welches von einem freien Dienstnehmer hergestellt wurde, wie im Übrigen auch von jedem anderen selbstständig Tätigen, gesondert vertraglich zu erwerben.²⁰⁵

Demgegenüber wird der freie Dienstnehmer nicht vom § 36 ArbVG umfasst²⁰⁶ und ist daher nicht zur Kündigungs- bzw. Entlassungsanfechtung nach §§ 105 f. ArbVG berechtigt.²⁰⁷ Nicht anwendbar sind ferner die Bestimmungen über Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen und kann der freie Dienstnehmer aus diesen Vereinbarungen keine Ansprüche begründen.²⁰⁸ So verneinte der Oberste Gerichtshof den auf den Kollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe gestützten Anspruch auf Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration bei einer Beschäftigung im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses.²⁰⁹ Eine Anwendung von Bestimmungen des Kollektivvertrages oder einer Betriebsvereinbarung auf ein freies Dienstverhältnis kommt folgerichtig nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung zwischen freiem Dienstnehmer und seinem Dienstgeber in Betracht.²¹⁰

Ebenso wenig gelangen die alten sondergesetzlichen Abfertigungsbestimmungen²¹¹ sowie die Bestimmungen des AngG über Kündigungstermine und -fristen sowie Urlaub²¹² und die Bestimmungen des AZG betreffend Überstundenentlohnung²¹³ zur Anwendung.²¹⁴ Da auch die Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG nur von Arbeitnehmern spricht, geht Bernhard Gruber von einer europarechtskonformen Judikatur des Obersten Gerichtshofes aus,

²⁰⁴ Vgl. Ciresa, Meinhard: Österreichisches Urheberrecht : Kommentar. – 1. Auflage – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012, § 40b UrhG, Rz. 12 f.

²⁰⁵ Vgl. Ciresa, Meinhard: Österreichisches Urheberrecht, a.a.O., § 40b UrhG, Rz. 23.

²⁰⁶ Vgl. Strasser, Rudolf: § 36. Arbeitnehmerbegriff, in: ArbVG online : Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Hrsg. Strasser, Rudolf ; Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2013, § 36 ArbVG, Rz. 11.

²⁰⁷ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0050959, zuletzt: OGH: Urteil vom 13.09.2012, GZ 8 ObA 49/12g.

²⁰⁸ Vgl. OGH: Urteil vom 11.05.1988, GZ 9 ObA 165/87.

²⁰⁹ Vgl. OGH: Urteil vom 29.10.2008, GZ 9 ObA 133/08m.

²¹⁰ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

²¹¹ Vgl. OGH: Urteil vom 29.09.1981, GZ 4 Ob 45/81, Arb 10.055; OGH: Urteil vom 10.04.1991, GZ 9 ObA 35/91; VwGH: Erkenntnis vom 12.02.1986, GZ 84/11/0264.

²¹² Vgl. OGH: Urteil vom 28.08.1991, GZ 9 ObA 99/91.

²¹³ Vgl. OGH: Beschluss vom 26.03.1997, GZ 9 ObA 54/97z.

²¹⁴ Vgl. Krejci, Heinz, in: ABGB online, Hrsg. Rummel, Peter, a.a.O., § 1151, Rz. 83; Rebhahn, Robert, in: ABGB-ON, Hrsg. Kletečka, Andreas ; Schauer, Martin, a.a.O., § 1151, Rz. 135 f.

schließt jedoch in Hinkunft in Fällen stark ausgeprägter Arbeitnehmerähnlichkeit die Anwendbarkeit des Arbeitszeit- und Urlaubsrechtes auf freie Dienstnehmer nicht aus.²¹⁵

Der freie Dienstnehmer hat bislang keinen Anspruch auf Ersatzleistungen für Urlaubsentgelt²¹⁶ und eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall²¹⁷.

Der § 11 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)²¹⁸ regelt die Bildungskarenz, die eine Vereinbarung des Dienstgebers mit dem Dienstnehmer über dessen Freistellung gegen Entfall der Bezüge zum Zweck der Weiterbildung des Dienstnehmers darstellt. Auf diesem Weg soll das Nachholen von Schul-, Studiums- oder Berufsausbildungen nach Aufnahme der beruflichen Tätigkeit ermöglicht werden.²¹⁹ § 11 AVRAG ist grundsätzlich nur für Dienstnehmer gültig, nicht jedoch für freie Dienstnehmer, da diese vom Anwendungsbereich des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes nicht erfasst werden. In seiner Entscheidung vom 04.03.2011, GZ B 340/11, hat der Verfassungsgerichtshof allerdings festgehalten, dass, wenn ein freier Dienstnehmer mit seinem Dienstgeber eine normale Karenzierung zum Zweck der Weiterbildung vereinbart hat, auch diesem bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen nach § 26 Abs. 1 Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (kurz AIVG)²²⁰ ein Anspruch auf Weiterbildungsgeld (analog der Bildungskarenz nach § 11 AVRAG) zukommt.²²¹

2.1.1.3 Zusammenfassende Gegenüberstellung

Dieser umfassenden Darstellung der auf die (in der Regel arbeitnehmerähnlichen) freien Dienstnehmer anwendbaren Bestimmungen ist einerseits zu entnehmen, dass diese den Dienstnehmern in vielen Bereichen in ihrer Rechtsstellung angeglichen wurden. Andererseits sollte jedoch berücksichtigt werden, dass aus dem verbleibenden rechtlichen Rahmen für die Praxis erhebliche Unterschiede hervorgehen. Daher soll mit der nachfolgenden zusammenfassenden Gegenüberstellung der Vergleich zwischen Arbeitern, Angestellten, arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmern und freien Dienstnehmern veranschaulicht werden. Diese Darstellung ist auf in der Praxis relevante Themenbereiche beschränkt, um die Unterschiede zwischen arbeitnehmerähnlichem freien Dienstnehmer, freiem Dienstnehmer und Arbeiter bzw. Angestelltem zu verdeutlichen.

²¹⁵ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

²¹⁶ Vgl. OGH: Urteil vom 26.02.1998, GZ 8 ObA 46/98t.

²¹⁷ Vgl. Rebhahn, Robert, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1151 ABGB, Rz. 131.

²¹⁸ Vgl. AVRAG (i.d.F.v. 20.06.2013).

²¹⁹ Vgl. Sabara, Bettina: Die Bildungskarenz, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2011), Heft 6135 vom 19.04.2011, S. 5 f.

²²⁰ Vgl. AIVG (i.d.F.v. 23.05.2013).

²²¹ Vgl. VfGH: Erkenntnis vom 04.03.2011, GZ B340/10.

	Arbeiter	Angestellter	arbeitnehmer-ähnlicher freier Dienstnehmer	freier Dienstnehmer
Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der Dienstleistung	§ 1153 ABGB,	§ 6 AngG - höchstpersönliche Verpflichtung ²²²	keine	keine
Recht auf Beschäftigung	direkter Anspruch gegenüber Dienstgeber auf angemessene Beschäftigung; besonderer Schutz für Lehrverhältnisse ²²³		keines	keines
Arbeitsort	Eingliederung in den Betrieb des Dienstgebers - Beschäftigungsort durch Arbeitsvertrag und betriebliche Organisationsstruktur festgelegt; üblicherweise der Betrieb des Dienstgebers ²²⁴		durch den freien Dienstnehmer selbst bestimmt	
Versetzungsschutz hinsichtlich Arbeitsort und Tätigkeitsbereich	nach §§ 101 ff. ArbVG Melde- und teilweise Zustimmungspflicht gegenüber Betriebsrat; ²²⁵ fehlt ein solcher, ist die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich ²²⁶		vom Schutz der §§ 101 ff. ArbVG nicht erfasst ²²⁷	
Arbeitszeit	Vereinbarungen nur im Rahmen des AZG möglich; umfassende Beschränkungen hinsichtlich Lage, Ausmaß usw.; Ausnahmen bestehen hinsichtlich leitender Angestellter ²²⁸		keine Einschränkungen	
Ruhepausen, Ruhezeiten, Feiertagsruhe	im Rahmen der Bestimmungen des AZG und ARG zulässig		keine Einschränkungen	
Überstunden	nach dem AZG umfassende Regelungen hinsichtlich Überstundenvergütung, höchstzulässiger Anzahl, Aufzeichnungspflichten und Kontrollrechten durch das Arbeitsinspektorat ²²⁹		keine Einschränkungen	

²²² Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 278 f., Rz. 6/002 ff.

²²³ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 300, Rz. 6/059.

²²⁴ Vgl. OGH: Urteil vom 06.12.1989, GZ 9 ObA 327/89.

²²⁵ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 304 ff., Rz. 6/071 ff.

²²⁶ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 307, Rz. 6/082.

²²⁷ Vgl. Strasser, Rudolf: § 36. Arbeitnehmerbegriff, in: ArbVG online, Hrsg. Strasser, Rudolf ; Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard, a.a.O., § 36 ArbVG, Rz. 11.

²²⁸ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 406 ff., Rz. 6/405 ff.

²²⁹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 427 ff., Rz. 6/492 ff.

	Arbeiter	Angestellter	arbeitnehmer-ähnlicher freier Dienstnehmer	freier Dienstnehmer
Fürsorgepflicht des Dienstgebers (insb. Gleichbehandlungsgrundsatz)²³⁰	nach § 1157 ABGB gegeben; GIBG und BEinstG anwendbar	§ 18 AngG umfassend anzuwenden; GIBG und BEinstG anwendbar	§ 1157 ABGB analog anwendbar ²³¹ , GIBG und BEinstG anwendbar	keine
Urlaub	Im UrlG werden Ausmaß, Verbrauch, Verjährung und Urlaubersatzleistung verbindlich geregelt ²³²		kein Anspruch	
Vertretung durch den Betriebsrat²³³	nach §§ 40 ff. ArbVG ist für Arbeiter und/oder Angestellte ein Betriebsrat zu errichten		keine Vertretung	
Entgeltanspruch	Lohn	Gehalt	Honorar	Honorar
	in der Regel Vereinbarung eines Mindestgehalts in Kollektivverträgen ²³⁴		analoge Anwendbarkeit des § 1152 ABGB, falls eine Entgeltvereinbarung gänzlich fehlt; grundsätzlich ist auch ein sehr niedriges vereinbartes Entgelt zulässig	
Entgeltfortzahlungspflicht des Dienstgebers	bei Dienstverhinderung in der Arbeitgeber- wie Arbeitnehmersphäre nach den Bestimmungen des EFZG, § 8 AngG sowie §§ 1155, 1154b ABGB ²³⁵		wenn die Gründe für den Wegfall bei Dienstleistungsbereitschaft ausschließlich in der Sphäre des Dienstgebers gelegen: analog § 1155 ABGB	
Kollektivvertragszugehörigkeit	nach § 1 Abs. 1 ArbVG grundsätzlich sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte; jedoch Unterschiede bei den einzelnen Kollektivverträgen ²³⁶		nach herrschender Rechtsprechung nicht gegeben	
Kündigungsfrist	§ 77 GewO: beidseitig 14 Tage. ²³⁷	§ 20 AngG: für Dienstgeber 1 bis 5 Monate, für Angestellte 1 Monat (spez. Kündigungs-termine) ²³⁸	nach §§ 1159a ff. ABGB zwischen 1 Woche und 4 Wochen, jeweils gleich für Dienstgeber wie freien Dienstnehmer	

²³⁰ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 387 ff., Rz. 6/352 ff.

²³¹ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1157, Rz. 4; Pfeil, Walter, in: ABGB Taschenkommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1157 ABGB, Rz. 12.

²³² Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 486 ff., Rz. 6/683 ff.

²³³ Vgl. Betriebsrat, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner, Rz. 177 ff.

²³⁴ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 116, Rz. 3/102ff.

²³⁵ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 452 ff., Rz. 6/582 ff.

²³⁶ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 115 ff., Rz. 3/098 ff. (insb. Rz. 3/102).

²³⁷ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 532 f., Rz. 7/017.

²³⁸ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 532, Rz. 7/014 ff.

	Arbeiter	Angestellter	arbeitnehmer- ähnlicher freier Dienstnehmer	freier Dienst- nehmer
Entlassungsgründe	§ 82 GewO	§ 27 AngG	§ 1162 ABGB unter analoger Heranziehung der Gründe nach § 27 AngG / § 82 GewO	
Austrittsgründe	§ 82a GewO	§ 26 AngG	§ 1162 ABGB unter analoger Heranziehung der Gründe nach § 26 AngG und § 82a GewO	
Kündigungsentschädigung bei unberechtigter Entlassung oder fristwidriger Kündigung	§ 84 GewO	§ 29 AngG	§ 1162b ABGB	
Kündigungs- und Entlassungsanfechtung	nach den Bestimmungen der §§ 105 ff. ArbVG vorgesehen		nicht möglich	
Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichtes	nach § 51 ASGG für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeits- oder Angestelltenverhältnis		Zuständigkeit nach § 51 Abs. 3 Z 2 ASGG gegeben	Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichte
Dienstnehmerhaftungsprivileg	Beschränkung der Haftung nach den Bestimmungen des DHG ²³⁹		nach § 1 Abs. 1 DHG anwendbar	Haftung nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht.

Tabelle 1 Vergleich Arbeiter, Angestellter und freier Dienstnehmer aus arbeitsrechtlicher Sicht ²⁴⁰

In der Gesamtbetrachtung ist festzustellen, dass sich an dem von Gustav Wachter bereits 1984 gezeichneten Bild zum freien Dienstnehmer zwischenzeitig wenig geändert hat:

„Besieht man sich die bisherige arbeits- und zivilrechtliche Judikatur und Literatur zum freien Dienstvertrag näher, muss man nämlich feststellen, dass es sich dabei um eine noch ziemlich unausgeglichene Hilfskonstruktion handelt. Auf sie pflegt man anscheinend vor allem dann zurückzugreifen, wenn man bei der vertragsrechtlichen Einordnung einer Vereinbarung über Arbeitsleistungen nicht mehr so recht weiter weiß, bzw. wenn man aus irgendwelchen Gründen zur Rechtsfrage in den Normenkomplexen über die hiefür traditionellerweise zur Verfügung stehenden Vertragstypen (Arbeitsvertrag, Werkvertrag usw.) keine oder keine als angemessen empfundene Antwort findet.“²⁴¹

Soweit der Schutz der arbeitsrechtlichen Normen inzwischen durch teilweise Novellierung der Gesetzesbestimmungen, vor allem aber durch Fortentwicklung der Judikatur ausgeweitet wurde, zeigt sich doch in der Übersicht, dass der freie Dienstnehmer hauptsächlich durch das Charakteristikum der persönlichen Selbstständigkeit in den Vordergrund rückt. Dazu hat sich in der Rechtsprechung der negative Begriff des „Fehlens persönlicher Ab-

²³⁹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 508 ff., Rz. 6/766 ff.

²⁴⁰ Vgl. Kapitel 2.1.1.

²⁴¹ Wachter, Gustav: Der sogenannte freie Dienstvertrag, a.a.O., S. 405 f.

hängigkeit“ eingebürgert.²⁴² Selbst für arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer ist daher festzustellen, dass ein wesentliches Merkmal in der zulässigen Vereinbarung der Erfolgsentlohnung gegeben ist, bei der für den Fall rechtmäßig unterbliebener Arbeitsleistungen, etwa bei Krankheit, Urlaub oder aus einem anderen persönlichen Grund, kein Anspruch auf Entgelt besteht. Während dies beim Arbeiter oder Angestellten eine unzulässige Überwälzung des unternehmerischen Risikos auf den Dienstnehmer darstellen würde, ist dies eben gerade beim freien Dienstnehmer zulässig.²⁴³

Wo also der Arbeiter oder Angestellte in der Regel über einen im Vorhinein vereinbarten Lohn- oder Gehaltsanspruch verfügen kann und das wirtschaftliche Risiko, ihn ausreichend beschäftigen zu können, den Dienstgeber trifft, sieht sich der freie Dienstnehmer demgegenüber selbst einem wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt. Sein Honoraranspruch entsteht ausschließlich für erbrachte Dienstleistungen, weitestgehend unabhängig davon, aus welchen Gründen er diese erbringen konnte oder eben nicht. Einerseits steht es aus diesem Grund dem freien Dienstnehmer offen, seine Arbeitszeit selbst einzuteilen, er kann de facto so viel und wann er will arbeiten, ohne etwa an die Grenzen des AZG, ARG oder UrlG gebunden zu sein, andererseits trägt er das Risiko des Erwerbsausfalls. Will der freie Dienstnehmer etwa auf Urlaub gehen, muss er für diese Zeit auf jegliches Einkommen aus seiner Tätigkeit als freier Dienstnehmer verzichten. Zudem ist der freie Dienstnehmer hinsichtlich der Vertretung durch den Betriebsrat, der Kollektivvertragszugehörigkeit, der Kündigungs- und Entlassungsanfechtung usw. vom Schutzsystem des kollektiven Arbeitsrechtes ausgeschlossen und somit – plakativ gesprochen – stets auf sich allein gestellt. Dies kann Fluch und Segen zugleich bedeuten.

Jedenfalls sind die vordargestellten Bestimmungen des ABGB und des sonstigen Arbeitsrechtes als gesetzlicher Rahmen im Bereich der Ausgestaltung des freien Dienstvertrages zu berücksichtigen. Gleichzeitig ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass darin auch wesentliche Vorteile für die konkrete Ausgestaltung bestehen können. Nutzen lassen sich daraus sowohl für den freien Dienstnehmer als auch für den Dienstgeber generieren. Gründe für die Wahl einer flexiblen Gestaltung des Dienstverhältnisses können nicht nur auf der Seite des Dienstgebers, sondern auch auf der Seite des freien Dienstnehmers gelegen sein. Der freie Dienstvertrag ist jedenfalls geeignet, die dafür erforderlichen Möglichkeiten zu bieten. Da jedoch die Frage der anwendbaren gesetzlichen Regelungen teils nur schwer beantwortet werden kann, ist die sorgfältige und umfassende Prüfung unumgänglich. Im Gegensatz zur verhaltenen Entwicklung im Bereich des Arbeitsrechtes zeigt das Sozial- und Abgabenrecht durchaus mehr Tendenzen in Richtung der Einbindung des freien Dienstnehmers in das Gefüge des Sozialversicherungsrechtes. Dies kann bei entsprechender Qualifikation des Dienstverhältnisses durchaus auch beim freien Dienstnehmer zu einer gewissen Abfederung des Erwerbsrisikos führen. Gleichzeitig kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Einordnung des freien Dienstnehmers in

²⁴² Vgl. Wachter, Gustav: Der sogenannte freie Dienstvertrag, a.a.O., S. 405 ff.

²⁴³ Vgl. OGH: Urteil vom 25.02.1999, GZ 8 ObA 38/99t.

das Normengefüge nicht weniger problembehaftet ist, als dies für das Arbeitsrecht bereits festzustellen war.

2.1.2 Entwicklung und anwendbare Bestimmungen des Sozialversicherungs- und Abgabenrechtes

Die Entwicklung des Sozialrechtes steht in engem Zusammenhang mit jener des Arbeitsrechtes. Auch für das Sozialrecht ist festzustellen, dass seine Entwicklung mit der industriellen Revolution im 19. Jh. zusammenhängt. Bis dahin beschränkte sich der Staat auf seine Nachtwächterrolle und griff in das Gefüge zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer nicht ein. Wie bereits erwähnt erklärte die Gewerbeordnung noch 1859 den Inhalt des Arbeitsvertrages zum Gegenstand freier Vereinbarung. Während bis dahin die politischen und wirtschaftlichen Umstände zu einer heute fast unvorstellbaren Verelendung vor allem der Fabrikarbeiter führten, sah sich die Politik, um insbesondere den aufkommenden marxistischen Ideen entgegenzuwirken, veranlasst, Maßnahmen im Interesse der Fabrikarbeiter einzuführen. Zu dieser Zeit wurden die Grundlagen für das heutige Arbeits- und Sozialrecht geschaffen. Nach vorwiegend deutschem Vorbild (Kranken- und Unfallversicherungsgesetz 1883 bis 1884 unter Reichskanzler Bismarck) wurde in Österreich 1887 das Unfallversicherungsgesetz und 1888 das Krankenversicherungsgesetz erlassen. Diese waren freilich zunächst nur einem eingeschränkten Adressatenkreis zugänglich und nahmen Arbeiter in Handwerksbetrieben sowie Landarbeiter noch aus. Im Jahr 1907 ermöglichte eine Novelle zur Gewerbeordnung erstmalig die Bildung von obligatorischen Krankenkassen für Gewerbetreibende. Nach mehreren weiteren Novellierungen und der Einführung erster Regelungen für eine Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversicherung erfolgte erst mit dem Anschluss an das Deutsche Reich im Jahr 1938 und der damit einhergehenden Geltung der Reichsversicherungsordnung (RVO) eine grundlegende Umgestaltung des Sozialrechts. Die RVO blieb mit Ausnahme ergänzender österreichischer Vorschriften, insbesondere der geänderten Organisation der Sozialversicherungsträger, bis zur Einführung des ASVG im Jahr 1956 in Kraft. Dieser Versicherungsschutz wurde im Weiteren auf Selbstständige, Bauern und Freiberufler ausgedehnt und führte zu einer weitgehenden Vereinheitlichung bereits bestehender Sozialversicherungsschutzbestimmungen. In der weiteren Entwicklung war das Sozialversicherungsrecht von zahlreichen Novellierungen geprägt, die jedoch vorwiegend der Sicherung der Finanzierung des Systems dienten und weniger einem Ausbau der Leistungen.²⁴⁴

Im Gegensatz zum Arbeitsrecht stellt das Sozialrecht überwiegend öffentliches Recht dar, für dessen Vollziehung die Sozialversicherungsträger als juristische Personen des öffentlichen Rechts und Inhaber von Hoheitsgewalt zuständig sind. Diese entscheiden in Bescheid- oder Verordnungsform. Eine Besonderheit besteht jedoch darin, dass ein großer Teil der Streitigkeiten nicht vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, sondern vor

²⁴⁴ Vgl. Grillberger, Konrad ; Pfeil, Walter: Österreichisches Sozialrecht, a.a.O., S. 3 ff.

ordentlichen Gerichten (§ 65 ASGG) entschieden werden.²⁴⁵ Neben den gemeinsamen historischen Wurzeln ist das Sozialrecht mit dem Arbeitsrecht in vielfacher Hinsicht verbunden. So stimmt im Wesentlichen der Dienstnehmerbegriff mit jenem des Arbeitsrechtes überein. Zudem dient das Sozialrecht der Sicherung entfallener Entgeltansprüche und knüpft daher beispielsweise beim Krankengeld, Insolvenz-Ausfallgeld oder Arbeitslosengeld an arbeitsrechtliche Tatbestände an. Nicht zuletzt bildet der arbeitsrechtliche Entgeltanspruch des Dienstnehmers die Bemessungsgrundlage für die Beiträge zur Sozialversicherung und die Höhe der sozialversicherungsrechtlichen Leistungen.²⁴⁶

Eng verwoben mit der historischen Entwicklung des Sozialrechtes sind die Rechtsquellen des Sozialrechtes. Dem Grundsatz folgend, jede Gruppe soll selbst für die Sicherung ihrer Mitglieder sorgen, folgend gibt es kein eigenes Sozialgesetzbuch, sondern werden die einzelnen Versicherungsgruppen in einheitlichen Gesetzen zusammengefasst. Für Dienstnehmer wird der Schutz im Fall von Krankheit, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit sowie im Alter und bei Minderung der Arbeitsfähigkeit im ASVG geregelt. Für Gewerbetreibende und andere Selbstständige ist das GSVG, für Land- und Forstwirte das Bauern-Sozialversicherungsgesetz (kurz BSVG)²⁴⁷ und für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (kurz B-KUVG)²⁴⁸ maßgebend.²⁴⁹

Freie Dienstnehmer waren hingegen bis vor wenigen Jahren im Sozialversicherungsrecht nicht geregelt. Sie waren daher entweder ASVG- oder GSVG-versichert bzw. in vielen Fällen nicht der Pflichtversicherung unterworfen. So waren kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung bestimmte Gruppen von Selbstständigen, wenn sie im Rahmen eines freien Dienstvertrages tätig wurden (z. B. Heimarbeiter, Hebammen, Lehrer und Erzieher, Krankenpfleger, Gepäckträger, Winzer), im ASVG versichert bzw. als gewerblich Selbstständige, welche aufgrund einer Gewerbeberechtigung mit Wirtschaftskammerzugehörigkeit tätig wurden, vom GSVG erfasst. Darüber hinaus waren freie Dienstnehmer in der Regel nicht pflichtversichert. Ähnlich wie im Arbeitsrecht war daher auch eine „Flucht aus dem Sozialversicherungsrecht“ festzustellen, welche mit einer umfassenden Neuregelung des Sozialversicherungsrechtes in den Jahren 1996 bis 1998 bekämpft werden sollte.²⁵⁰ So wurde die Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG im Strukturanpassungsgesetz 1996²⁵¹ und Sozialrechtsänderungsgesetz 1996²⁵² auf freie Dienstnehmer und arbeitnehmerähnliche Beschäftigte ausgedehnt und gleichzeitig nach § 539a ASVG ausdrücklich die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Grundsatz der Sachverhaltsermittlung festgeschrieben. Während der Verfassungsgerichtshof einen Großteil der Neuregelungen, ins-

²⁴⁵ Vgl. Grillberger, Konrad ; Pfeil, Walter: Österreichisches Sozialrecht, a.a.O., S. 9.

²⁴⁶ Vgl. Grillberger, Konrad ; Pfeil, Walter: Österreichisches Sozialrecht, a.a.O., S. 10.

²⁴⁷ Vgl. BSVG (i.d.F.v. 14.06.2013).

²⁴⁸ Vgl. B-KUVG (i.d.F.v. 14.06.2013).

²⁴⁹ Vgl. Grillberger, Konrad ; Pfeil, Walter: Österreichisches Sozialrecht, a.a.O., S. 10.

²⁵⁰ Vgl. Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, in: Das Recht der Arbeit : DRdA (2005), Heft 6 vom 01.12.2005, S. 488 f.

²⁵¹ Vgl. Strukturanpassungsgesetz 1996 (i.d.F.v. 30.04.1996).

²⁵² Vgl. SRÄG 1996 (i.d.F.v. 20.08.1996).

besondere die Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Beschäftigten, als verfassungswidrig aufhob, bestätigte er hingegen die Regelung zu den freien Dienstnehmern.²⁵³

Um das erklärte Ziel der fairen Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Solidargemeinschaft im Sinne einer umfassenden Sozialversicherung zu erreichen, wurde mit dem Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997 eine Neugestaltung vorgenommen, wobei der Dienstnehmerbegriff neu gefasst wurde (Verweis auf die Lohnsteuerpflicht nach dem EStG), die Versicherungspflicht für arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer im ASVG, die Versicherungspflicht für Selbstständige ohne Gewerbeberechtigung im GSVG angeordnet und eine Neuregelung der geringfügig Beschäftigten vorgenommen wurde.²⁵⁴ Ausgehend von dieser geänderten Rechtslage ergeben sich nun nachfolgende Möglichkeiten der Pflichtversicherung von freien Dienstnehmern:

- Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG²⁵⁵ für arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer: Den Dienstnehmern sind jene freie Dienstnehmer gleichgestellt, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten und zwar nach § 4 Abs. 4 Z 1 ASVG gegenüber einem Dienstgeber im Rahmen seines Gewerbebetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Verinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe, sowie nach § 4 Abs. 4 Z 2 ASVG gegenüber einer Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. der 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. Zusammenfassend sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Voraussetzungen des Dienstnehmerbegriffes nach § 4 Abs. 4 ASVG erfüllt bei:
 - Verpflichtung zu Dienstleistungen für einen Dienstgeber mit Gewerbebetrieb, Verein, Gebietskörperschaft usw.,
 - Vertragsdauer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit,
 - Entgeltbezug aus dieser Tätigkeit,
 - Leistungserbringung im Wesentlichen persönlich,
 - keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel,
 - keine (andere) Pflichtversicherung aufgrund dieser Tätigkeit.²⁵⁶

²⁵³ Vgl. VfGH: Erkenntnis vom 14.03.1997, GZ G392/96, G398/96, G399/96.

²⁵⁴ Vgl. Parlament der Republik Österreich: 886 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP. URL: http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=886%20der%20beilagen%20zu%20den%20stenographischen%20protokollen%20des%20nationalrates%20xx.%20gp.&source=web&cd=1&ved=0C4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.parlament.gv.at%2FPAKT%2FVHG%2FXX%2FI%2FI_00886%2Ffname_139758.pdf&ei=tHAUfiNK304QTf4IDQAA&usq=AFQjCNGXvGzkLrHDUaTB3JLR1BTDkUZybg – Wien, 1997, S. 76 ff.

²⁵⁵ Vgl. § 4 Abs. 4 ASVG (i.d.F.v. 25.09.2012).

²⁵⁶ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 4 ASVG, Rz. 8.; Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, a.a.O., S. 497 f.

- Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG für lohnsteuerpflichtige Einkünfte nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG²⁵⁷ 1988: Nach § 47 Abs. 1 EStG liegt ein Dienstverhältnis 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. In diesem Zusammenhang kommt es mitunter zum Auseinanderfallen der zivilrechtlichen Qualifikation eines freien Dienstnehmers mit jener des Steuer- und Sozialversicherungsrechtes. Dies ist einerseits relevant für die Fälle abweichender steuerlicher Verwaltungspraxis zu § 47 EStG, kann andererseits aber auch am Beispiel eines weisungsfreien Geschäftsführers einer GmbH mit einer Gesellschaftsbeteiligung von bis zu 25 % dargestellt werden, der gemäß § 47 Abs. 2 EStG in Verbindung mit § 25 Abs. 1 Z 1 lit. b) EStG lohnsteuerpflichtig ist und in der Folge der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG unterworfen ist, obwohl er zivilrechtlich als freier Dienstnehmer zu qualifizieren wäre.²⁵⁸ In diesem Zusammenhang tritt daher das Abgrenzungserfordernis zwischen den Begriffen Dienstnehmer und freier Dienstnehmer bzw. Werkunternehmer in den Vordergrund. Das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales hat dazu mit Erlass vom 18.01.2000 festgestellt: *„Vom Werk- und vom freien Dienstvertrag unterscheidet sich der Dienstvertrag im Sinne des § 1151 ABGB vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber, während die damit regelmäßig verbundene wirtschaftliche Abhängigkeit und die persönliche Arbeitspflicht auch im freien Dienstverhältnis und Werkvertragsverhältnis vorkommen können. Im Gegensatz zu dem so gekennzeichneten Arbeitsvertrag steht der freie Dienstvertrag, der die Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, weitgehend selbstständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens ermöglicht. Der freie Dienstnehmer kann den Ablauf der übernommenen Arbeit selbst regeln und jederzeit ändern. Ein freier Dienstvertrag wird immer in Form eines Dauerschuldverhältnisses ausgeübt. Werkvertrag und freier Dienstvertrag sind somit gewissermaßen Gegensatzpaare. Jene Kriterien, die den echten Dienstnehmer vom freien Dienstnehmer demnach wesentlich unterscheiden, sind somit die Bindung des echten Dienstnehmers an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse.“*²⁵⁹

²⁵⁷ Vgl. § 47 EStG 1988 (i.d.F.v. 15.02.2005).

²⁵⁸ Vgl. Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, a.a.O., S. 489 f.; Poperl, Robert, ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 74.

²⁵⁹ Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales: Erlass vom 18.01.2000, Aktenzeichen 124.007/1-2/200, in: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, Hrsg. Poperl, Robert, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 41.

- Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 ASVG für die in Z 1 bis Z 14 genannten Berufsgruppen: Nach § 4 Abs. 6 ASVG schließt eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 ASVG eine Versicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG aus. Neben Ausbildungsdienstverhältnissen, wie Lehrlingen, Volontären oder Schülern in Ausbildung zur Krankenpflege oder Hebamme oder in Ausübung eines medizinischen Assistenzberufes, werden von dieser Bestimmung unter anderem Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (Z 6) und Heimarbeiter erfasst.²⁶⁰
- Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG²⁶¹ aufgrund der Mitgliedschaft in einer Wirtschaftskammer sowie nach § 2 Abs. 1 BSVG²⁶² im Rahmen der land- bzw. forstwirtschaftlichen Betriebsführung, bzw. eines Nebengewerbes, einer Buschenschank oder einer Tätigkeit in einem sachlichen Naheverhältnis zum land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb oder nach § 2 Abs. 1 und 2 Freiberuflichen Sozialversicherungsgesetz (kurz FSVG)²⁶³ für Mitglieder der Österreichischen Apothekerkammer, Patentanwaltskammer und der Kammer der Architekten- und Ingenieurkonsulenten sowie Angehörige der Ärztekammer und der Zahnärztekammer, soweit sie nicht als Wohnsitzärzte eingetragen sind. Auch bei arbeitnehmerähnlichen freien Dienstverhältnissen kommt nach § 4 Abs. 4 lit. a) ASVG in diesen Fällen eine Versicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG nicht in Betracht. Ebenso verhält es sich nach § 4 Abs. 4 lit. c) bis d) ASVG für freie Dienstnehmer, die eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f) B-KUVG ausüben, eine selbstständige Tätigkeit ausführen, die eine Kammermitgliedschaft für freie Berufe begründet (z. B. Rechtsanwaltskammer) oder jene die Tätigkeiten als Kunstschaffende, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetz verrichten.
- Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG für freie Dienstnehmer als sogenannte „neue Selbstständige“: Diese Versicherungspflicht ist gegenüber jener nach § 4 Abs. 4 ASVG subsidiär. Danach hat die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nach § 194a GSVG²⁶⁴ über Antrag ein Verfahren bei der Gebietskrankenkasse zu beantragen, worin diese festzustellen hat, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vorliegt. Lediglich für den Fall, dass die Gebietskrankenkasse ihrer Entscheidungspflicht nicht innerhalb der einmonatigen Frist nach § 194a GSVG nachkommt, hat die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft diese Frage als Vorfrage selbst zu beurteilen. Selbst bei bestehender Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG hat die Gebietskrankenkasse nach § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG die Mög-

²⁶⁰ Vgl. § 4 ASVG (i.d.F.v. 25.09.2012).

²⁶¹ Vgl. § 2 GSVG (i.d.F.v. 27.07.2006).

²⁶² Vgl. § 2 BSVG (i.d.F.v. 18.08.2010).

²⁶³ Vgl. § 2 FSVG (i.d.F.v. 10.01.2013).

²⁶⁴ Vgl. § 194a GSVG (i.d.F.v. 18.08.1998).

lichkeit, einen Bescheid zu erlassen, in dem die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 4 ASVG festgestellt wird.²⁶⁵

Für die Praxis der Sozialversicherungsträger wird daher unter Bezugnahme auf die zuvor dargestellte Einteilung folgende Prüfungsreihenfolge empfohlen:

1. Liegen die Dienstnehmermerkmale nach § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG vor?
2. Ist die Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 zweiter Satz ASVG gegeben, liegt also eine steuerliche Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG vor?
3. Fällt das Dienstverhältnis in die Ausnahmetatbestände nach § 4 Abs. 4 lit. a) bis d) ASVG (Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG, § 2 Abs. 1 und 2 FSVG, § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f) B-KUVG, Zugehörigkeit zu einer Kammer freier Berufe, Tätigkeit als Kunstschaffender)?
4. Werden die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 4 Abs. 4 ASVG erfüllt – liegt also ein freies Dienstverhältnis in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht vor?
5. Zuletzt ist eine Pflichtversicherung nach GSVG oder BSVG zu prüfen.²⁶⁶

Ob mit dieser Regelung letztlich die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer in das ASVG geglückt ist, wird bezweifelt. Vielmehr wurde durch diese Regelung eine weitere Kategorie hinzugefügt, die einen zusätzlichen Abgrenzungsaufwand hervorruft und außerdem nicht mit dem Arbeits- und Steuerrecht konform geht.²⁶⁷

Die §§ 33 und 34 ASVG sind auch auf den freien Dienstvertrag anzuwenden, daher trifft den Dienstgeber die Verpflichtung, einen freien Mitarbeiter vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende bei der Pflichtversicherung abzumelden. Der Dienstgeber hat dem freien Dienstnehmer unverzüglich eine Bestätigung über die An- oder Abmeldung beim Sozialversicherungsträger auszuhändigen.²⁶⁸ Damit werden die Vorschriften über Dienstnehmer hinsichtlich des Melde- und Beitragsrechtes im Wesentlichen auch auf freie Dienstnehmer angewendet.²⁶⁹ Grundsätzlich beginnt auch beim freien Dienstnehmer die Pflichtversicherung am Tag des Beginnes der Beschäftigung (§ 10 Abs. 1 ASVG).²⁷⁰ Eine Anmeldung beim Sozialversicherungsträger hat nach § 33 Abs. 1 und 1a in Verbindung mit § 33 Abs. 2 ASVG

²⁶⁵ Vgl. Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, a.a.O., S. 490.

²⁶⁶ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 39. Lfg., Stand: Dezember 2008, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, VI. Anhang, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 43.

²⁶⁷ Vgl. Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, a.a.O., S. 500 f.

²⁶⁸ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 39. Lfg., Stand: Dezember 2008, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, VI. Anhang, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 183.

²⁶⁹ Vgl. Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, a.a.O., S. 490.

²⁷⁰ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 39. Lfg., Stand: Dezember 2008, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, VI. Anhang, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 158.

jedoch vor Arbeitsantritt zu erfolgen.²⁷¹ Die Beitragsgrundlage für die Bemessung der Sozialversicherungsabgaben bildet für freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG ebenso wie für Dienstnehmer das im Kalendermonat gebührende Entgelt.²⁷² Die Höchstbeitragsgrundlage im Sinne des § 45 Abs. 3 ASVG für das Jahr 2013 wurde ohne vereinbarte Sonderzahlungen mit EUR 5.180,00, mit vereinbarten Sonderzahlungen mit EUR 4.440,00 und für Sonderzahlungen zusätzlich jährlich mit EUR 8.880,00 festgesetzt.²⁷³ Die Geringfügigkeitsgrenze liegt für freie Dienstnehmer bei EUR 386,80 monatlich bzw. EUR 29,70 täglich, für diesen Fall ist lediglich ein Unfallversicherungsbeitrag von 1,4 % abzuführen.²⁷⁴ Dabei ist jedoch zu beachten, dass bei der Versicherungspflicht der freien Dienstnehmer nach geübter Verwaltungspraxis der Gebietskrankenkassen immer die monatliche Geringfügigkeitsgrenze heranzuziehen ist, auch wenn der freie Dienstnehmer nur tageweise beschäftigt war.²⁷⁵

Der Beitragszeitraum ist nach § 44 Abs. 2 ASVG grundsätzlich der Kalendermonat, für geringfügig Beschäftigte hingegen das Kalenderjahr. Tritt eine Änderung der Voraussetzung für eine Vollversicherung bzw. eine geringfügige Beschäftigung ein, so hat nach § 11 Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 4 ASVG der Dienstgeber eine Änderungsmeldung beim Sozialversicherungsträger abzugeben.²⁷⁶ In der Praxis treten für freie Dienstnehmer mehrere Problemfelder zutage. Zum einen ist es möglich, dass mit dem freien Dienstnehmer keine auf den Kalendermonat bezogenen Entgeltvereinbarungen getroffen werden, für diesen Fall ist nach § 44 Abs. 8 ASVG der gesamte Arbeitsverdienst durch die Anzahl der Kalendermonate der Pflichtversicherung aufgrund der Tätigkeit zu dividieren. Kalendermonate, die nur zum Teil von der vereinbarten Tätigkeit ausgefüllt wurden, sind als volle Monate zu rechnen.²⁷⁷ Dies führt in der Praxis auf Seiten des Dienstgebers zum Erfordernis, für jeden laufenden Monat zu ermitteln, ob das Entgelt des freien Dienstnehmers über oder unter der Geringfügigkeitsgrenze liegt. Liegt das Entgelt darüber, ist eine Änderungsmeldung abzugeben und tritt die Vollversicherungspflicht ein. Zuletzt ist für das Kalenderjahr eine Durchschnittsberechnung vorzunehmen und anhand dieser zu ermitteln, ob im Jahresdurchschnitt die Geringfügigkeitsgrenze über- oder unterschritten wurde. Ist hierbei festzustellen, dass insgesamt doch ein geringfügiges Beschäftigungsver-

²⁷¹ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 33.

²⁷² Vgl. Poperl, Robert, ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 39. Lfg., Stand: Dezember 2008, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, VI. Anhang, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 244.

²⁷³ Vgl. Beitragssätze und Höchstbeitragsgrundlage ab Jänner 2013, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2012), Heft 6287 vom 28.12.2012, S. 12.; Freier Dienstvertrag, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner, Rz. 310.

²⁷⁴ Vgl. Lohn(Gehalts)nebenkosten ab 2013 in EUR, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2012), Heft 12 vom 27.12.2012.

²⁷⁵ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 93.

²⁷⁶ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 14 ff.

²⁷⁷ Vgl. § 44 Abs. 8 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 441/2012 (Anmerkung: tritt mit 30.06.2013 außer Kraft!).

hältnis vorliegt, können die zu viel entrichteten Beiträge grundsätzlich nach § 69 ASVG zurückgefordert werden.²⁷⁸ Geringfügig beschäftigte freie Dienstnehmer sind nach § 7 Z 3 lit. a) ASVG nur in der Unfallversicherung pflichtversichert. Der freie Dienstnehmer hat dabei keine Beiträge zu leisten, kann jedoch eine Selbstversicherung nach § 19a ASVG vornehmen (führt zusätzlich zur Kranken- und Pensionsversicherung, Beitrag nach § 77 Abs. 2a ASVG monatlich EUR 54,59²⁷⁹). Zudem besteht nach den §§ 471f ff. ASVG eine Vollversicherungspflicht bei mehreren geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen des (freien) Dienstnehmers.²⁸⁰

Seit Einbeziehung der freien Dienstnehmer in die Vollversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG hat der Dienstgeber nach § 58 Abs. 2 und 3 ASVG die Gesamtbeiträge an den Sozialversicherungsträger abzuführen. Die Beiträge für freie Dienstnehmer sind so rechtzeitig durch den Dienstgeber zu leisten, dass sie innerhalb von 15 Tagen nach Ende des Kalendermonates beim Sozialversicherungsträger (der Kasse) eingelangt sind.²⁸¹ Der Dienstgeber ist jedoch nach § 60 Abs. 1 ASVG berechtigt, den auf den versicherten freien Dienstnehmer entfallenden Beitragsteil von dessen Entgeltanspruch in bar abzuziehen. Jene auf den Dienstgeber entfallenden Anteile hat dieser in jedem Fall selbst zu tragen. Eine Vereinbarung, wonach der Dienstgeber auch den auf ihn entfallenden Beitragsteil von dem Entgelt des freien Dienstnehmers in Abzug bringen könnte ist hingegen nach § 539 ASVG unwirksam und sind derartige vertragliche Vereinbarungen nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nichtig.²⁸²

Beginnend mit 01.01.2008 erfolgte durch den Gesetzgeber²⁸³ die Einbeziehung des freien Dienstnehmers nach § 4 Abs. 4 ASVG in das „Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz“ (kurz BMSVG)²⁸⁴, die Arbeitslosenversicherung²⁸⁵ sowie das Insolvenzentgeltsicherungsgesetz²⁸⁶. Während für den freien Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG diesbezüglich eine Pflichtversicherung bestimmt wurde, sah der Gesetzgeber für selbstständige, nach GSVG versicherte Personen ein Optionsmodell vor, d. h. eine Einbeziehungsmöglichkeit mit Wahlfreiheit.²⁸⁷ Zudem wurde die Arbeiterkammerzugehörig-

²⁷⁸ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 11 ff.

²⁷⁹ Vgl. § 77 Abs. 2a ASVG (i.d.F.v. 10.01.2013).

²⁸⁰ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 20 bzw. Rz. 45 ff.

²⁸¹ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 42. Lfg., Stand: November 2009, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 58 ASVG, Rz. 22 ff.

²⁸² Vgl. OGH: Urteil vom 26.01.2000, GZ 9 ObA 301/99a; OGH: Urteil vom 31.01.2007, GZ 8 ObA 112/06p; OGH: Rechtssatz RS0083890.

²⁸³ Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das Einkommensteuergesetz geändert werden (i.d.F.v. 28.12.2007).

²⁸⁴ Vgl. § 1 Abs. 1a BMSVG (i.d.F.v. 28.12.2007).

²⁸⁵ Vgl. Art. 1 § 1 Abs. 8 AIVG (i.d.F.v. 24.04.2012).

²⁸⁶ Vgl. § 1 IESG (i.d.F.v. 20.05.2010).

²⁸⁷ Vgl. Maurer, Michaela: Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (2008), Heft 1 b vom 23.01.2008, S. 89 ff.

keit der freien Dienstnehmer verankert. Seit 01.01.2010 sind für freie Dienstnehmer ebenso der Dienstgeberbeitrag und die Kommunalsteuer abzuführen.²⁸⁸ Die Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (kurz EFZG)²⁸⁹ sind auf das freie Dienstverhältnis nicht anwendbar. Zwar spricht § 1 Abs. 1 EFZG lediglich von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht, doch wird die Anwendung des EFZG mit dem Argument abgelehnt, dass freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG in Verbindung mit § 138 Abs. 2 lit. f) ASVG generell keinen Anspruch auf Krankengeld haben und es einen Wertungswiderspruch hervorrufen würde, wenn dennoch die Entgeltfortzahlungsbestimmungen auf arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer angewendet würden.²⁹⁰ Zusammenfassend lassen sich die Lohnnebenkosten ab 01.01.2013 wie folgt gegenüberstellen:

Anteil:	Angestellte § 4 Abs. 1 u. 2 ASVG			Arbeiter § 4 Abs. 1. u. 2 ASVG		
	DG	DN	Σ	DG	DN	Σ
Pensionsversicherung	12,55%	10,25%	22,80%	12,55%	10,25%	22,80%
Krankenversicherung	3,83%	3,82%	7,65%	3,70%	3,95%	7,65%
Unfallversicherung	1,40%	-	1,40%	1,40%	-	1,40%
Arbeitslosenversicherung	3,00%	3,00%	6,00%	3,00%	3,00%	6,00%
IESG Zuschlag	0,55%	-	0,55%	0,55%	-	0,55%
Wohnbauförderungsbeitrag	0,50%	0,50%	1,00%	0,50%	0,50%	1,00%
Arbeiterkammerumlage	-	0,50%	0,50%	-	0,50%	0,50%
Betriebliche Vorsorgekasse	1,53%	-	1,53%	1,53%	-	1,53%
Beitrag zum FLAG (DB)	4,50%	-	4,50%	4,50%	-	4,50%
Zuschlag zum DG-Beitrag (Sbg.)	0,42%	-	0,42%	0,42%	-	0,42%
Kommunalsteuer	3,00%	-	3,00%	3,00%	-	3,00%
Summe Sozialversicherung	31,28%	18,07%	49,35%	31,15%	18,20%	49,35%

²⁸⁸ Vgl. Beitragssätze und Höchstbeitragsgrundlage ab Jänner 2013, a.a.O., S. 11 f.

²⁸⁹ Vgl. EFZG (i.d.F.v. 14.12.2010).

²⁹⁰ Vgl. Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), a.a.O., S. 344.

Anteil:	freie Dienstnehmer § 4 Abs. 4 ASVG			(Neue) Selbstständige § 2 GSVG
	DG	DN	Σ	Σ
Pensionsversicherung	12,55%	10,25%	22,80%	18,50%
Krankenversicherung	3,78%	3,87%	7,65%	7,65%
Unfallversicherung	1,40%	-	1,40%	€ 8,48
Arbeitslosenversicherung	3,00%	3,00%	6,00%	6,00% (optional)
IESG Zuschlag	0,55%	-	0,55%	-
Wohnbauförderungsbeitrag	-	-	0,00%	-
Arbeiterkammerumlage	-	0,50%	0,50%	-
Betriebliche Vorsorgekasse	1,53%	-	1,53%	1,53% (optional)
Beitrag zum FLAG (DB)	4,50%	-	4,50%	
Zuschlag zum DG-Beitrag (Sbg.)	0,42%	-	0,42%	
Kommunalsteuer	3,00%	-	3,00%	
Summe Sozialversicherung	30,73%	17,62%	48,35%	33,68%

Tabelle 2 Vergleich der Dienstverhältnisse aus abgaben- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht ²⁹¹

Für jene freien Dienstnehmer, welche nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 bzw. § 4 GSVG zur Abführung der Sozialversicherung verpflichtet werden, bilden die nach § 25 Abs. 1 bis 6 GSVG jährlich zu ermittelnden betrieblichen Einkünfte die Beitragsgrundlage. Wenn keine gesetzliche Buchführungspflicht besteht, kann diese nach § 4 Abs. 3 EStG 1988 durch Ausweisung des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ermittelt werden. Von § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG werden vor allem jene freien Dienstnehmer erfasst, welche legal ohne Gewerbeberechtigung, also in einem freien Gewerbe tätig sind, aber auch jene, die unerlaubterweise ohne Gewerbeberechtigung eine der Gewerbeordnung unterliegende Tätigkeit als „Pfuscher“ ausüben.²⁹²

Gerade für jene Gruppe von freien Dienstnehmern, welche berechtigterweise oder eben unberechtigterweise über keinen Gewerbeschein verfügt und daher keiner Kammer angehört, ist sowohl eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG, als auch (subsidiär) nach § 2 Abs. 1 Z 4 ASVG möglich. Nur für diese Fälle ist es zweckmäßig, noch vor Aufnahme der Tätigkeit die Erlassung eines Feststellungsbescheides nach § 194a GSVG bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft zu beantragen. Dies hindert zwar nicht eine später abweichende Feststellung durch den Krankenversicherungsträger nach

²⁹¹ Vgl. Lohn(Gehalts)nebenkosten ab 2013 in EUR, a.a.O. S. 310 f.; Lohnnebenkosten 2013, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner, Rz. 428.

²⁹² Vgl. Mosler, Rudolf: Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung : Ausgewählte Probleme der Neuregelung : Teil 1, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (1998), Heft 2 vom 15.02.1998, S. 78 ff.

§ 410 Abs. 1 Z 8 ASVG, doch beginnt dann die Pflichtversicherung nach § 10 Abs. 1a ASVG erst mit dem Tag der Erlassung des Feststellungsbescheides.²⁹³

Da dies sowohl für die sozialversicherungsrechtliche als auch für die folgende steuerrechtliche Beurteilung des freien Dienstnehmers maßgeblich ist, wird in einem kurzen Exkurs die Frage behandelt, ob der freie Dienstnehmer eine Gewerbeberechtigung benötigt. Den Ausgangspunkt bildet § 1 Abs. 2 GewO 1994. Nach diesem wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, „wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen“. Nach § 1 Abs. 3 GewO 1994 liegt Selbstständigkeit dann vor, „wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.“²⁹⁴ Während die Fragen der Ertragserzielungsabsicht und der Wiederholungsabsicht für das in der Regel entgeltliche Dauerschuldverhältnis des freien Dienstnehmers unter einem bejaht werden können,²⁹⁵ tritt das Kriterium des Unternehmerwagnisses nach § 1 Abs. 3 GewO 1994 ins Zentrum der Prüfung. Ausnahmen wären diesbezüglich lediglich für rein kostendeckende Tätigkeiten²⁹⁶ oder bei der Ausübung von Hobbys²⁹⁷ denkbar, für diese Fälle wird jedoch schon die Eigenschaft als freier Dienstnehmer zu verneinen sein. Durch den Verwaltungsgerichtshof wurden nachfolgende Kriterien entwickelt²⁹⁸, die als Merkmale für das Unternehmenswagnis herangezogen werden können:

- Das Unternehmenswagnis ist zunächst aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit darstellt²⁹⁹ (sogenanntes Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise).
- Lediglich das „Zufließen eines wirtschaftlichen Vorteils“ für sich alleine führt noch nicht zum Vorliegen des Tatbestandmerkmals eines unternehmerischen Risikos.³⁰⁰
- Alleine die Berechtigung, die Ausübung der Tätigkeit ganz oder teilweise Dritten zu überlassen, schließt für sich das Merkmal der Selbstständigkeit nicht aus, sondern ist der Gewerbeausübende in der Regel dazu berechtigt.³⁰¹
- Die gewerbliche Tätigkeit wird von jener Person ausgeübt, auf deren Rechnung dieses Gewerbe betrieben wird.³⁰²
- Erfolgt die Tätigkeit bei völlig freier Tätigkeits- und Zeiteinteilung, der Möglichkeit, die Tätigkeit jederzeit abzurechnen und auf reiner Provisionsbasis und hängt damit das

²⁹³ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 20.02.2008, GZ 2006/08/0320.

²⁹⁴ Vgl. § 1 GewO 1994 (i.d.F.v. 18.03.1994).

²⁹⁵ Vgl. Mosing, Florian: Benötigt ein freier Dienstnehmer eine Gewerbeberechtigung?, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (2012), Heft 12 vom 17.12.2012, S. 733.

²⁹⁶ Vgl. Hanusch, Andreas: Kommentar zur Gewerbeordnung. – 1. Auflage – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG - Loseblattsammlung, 19. Lfg., Stand: März 2013, § 1 Rz. 23 ff.

²⁹⁷ Vgl. Hanusch, Andreas, Kommentar zur Gewerbeordnung, a.a.O., § 1 Rz. 26 ff.

²⁹⁸ Vgl. OGH: Urteil vom 28.10.1997, GZ 4 Ob 316/97t.

²⁹⁹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 23.04.1991, GZ 88/04/0111, Rechtssatz Nr. 2.

³⁰⁰ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 06.11.1995, GZ 94/04/0107, Rechtssatz Nr. 5.

³⁰¹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 06.11.1995, GZ 94/04/0107, Rechtssatz Nr. 4.

³⁰² Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 21.10.1970, GZ 1765/69, Rechtssatz Nr. 1.

Entgelt ausschließlich vom Erfolg dieser Tätigkeit ab, dann ist das Merkmal der Selbstständigkeit gegeben.³⁰³

Ein Mindestmaß an unternehmerischem Risiko wird durch die Rechtsprechung nicht gefordert. Schon deshalb ist bei einem freien Dienstnehmer in aller Regel vom Erfordernis der Gewerbeberechtigung auszugehen, sofern dieser ein der Gewerbeordnung unterliegendes Geschäft auf eigene Rechnung und Gefahr ausübt.³⁰⁴ Dabei ist einschränkend zu berücksichtigen, dass nach § 2 GewO 1994 zahlreiche Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen sind und weitere sondergesetzlich bestimmte Ausnahmen vorliegen.³⁰⁵

Zur Thematik, ob durch den freien Dienstnehmer ein bestimmtes Gewerbe ausgeübt wird, sollte einerseits aus Sicht des freien Dienstnehmers in Anbetracht der Strafbestimmung des § 366 Abs. 1 GewO 1994³⁰⁶ (Verwaltungsstrafe bis zu EUR 3.600,00) und des § 367 Z 1 und 2 GewO 1994³⁰⁷ (Verwaltungsstrafe bis EUR 2.180,00), als auch andererseits aus Sicht des Dienstgebers aufgrund der Strafbestimmung des § 367 Z 50 GewO 1994 (Verwaltungsstrafe bis EUR 2.180,00)³⁰⁸ hinsichtlich der mit der Aufnahme der Tätigkeit ausgelösten wettbewerbsrechtlichen Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche besonderes Augenmerk gelegt werden, da die Aufnahme der Tätigkeit ohne Gewerbeberechtigung bei Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbes sittenwidrig im Sinne des § 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (kurz UWG)³⁰⁹ ist.³¹⁰

Zuletzt kommt der Frage der Ausübung der Tätigkeit im Rahmen einer Gewerbeberechtigung auch wesentliche Bedeutung hinsichtlich der sozialversicherungs- wie auch steuerrechtlichen Qualifikation des freien Dienstnehmers zu.

Zurückkommend zur sozialversicherungsrechtlichen Stellung des freien Dienstnehmers wird in der zusammenfassenden Darstellung ersichtlich, dass das Ziel der Einbeziehung sämtlicher Dienstnehmer in die Sozialversicherung weitgehend erreicht wurde. Möglichkeiten, die hohen Lohnnebenkosten zu umgehen, werden daher heute zunehmend im Bereich der „neuen Selbstständigen“ gesucht. Abhilfe kann in diesem Zusammenhang die gebotene Bezugnahme auf den wahren wirtschaftlichen Sachverhalt nach § 539a ASVG verschaffen.³¹¹ Hinsichtlich des freien Dienstnehmers nach § 4 Abs. 4 ASVG ist jedoch

³⁰³ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 17.03.1987, GZ 85/04/0223, Rechtssatz Nr. 4.

³⁰⁴ Vgl. Mosing, Florian: Benötigt ein freier Dienstnehmer eine Gewerbeberechtigung?, a.a.O., S. 734; Filzmoser, Friedrich: Gewerbe- und haftungsrechtliche Aspekte neuer Arbeitsformen, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (1999), Heft 4a vom 15.04.1999, S. 213 ff.

³⁰⁵ Vgl. Hanusch, Andreas, Kommentar zur Gewerbeordnung, a.a.O., § 1, Rz. 2.

³⁰⁶ Vgl. § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 (i.d.F.v. 14.08.2012).

³⁰⁷ Vgl. § 367 GewO 1994 (i.d.F.v. 14.08.2012).

³⁰⁸ Vgl. Mosing, Florian: Benötigt ein freier Dienstnehmer eine Gewerbeberechtigung?, a.a.O., S. 735.

³⁰⁹ Vgl. § 1 UWG (i.d.F.v. 13.11.2007).

³¹⁰ Vgl. Mosler, Rudolf: Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, a.a.O., S. 78 ff.; OGH: Urteil vom 28.10.1997, GZ 4 Ob 316/97t.

³¹¹ Vgl. Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, a.a.O., S. 500 f.

festzustellen, dass dieser hinsichtlich der Lohnnebenkosten weitgehend an jene der Arbeiter und Angestellten angepasst wurde.

Dies mag einerseits dazu führen, dass vor diesem Hintergrund das Argument, die Vertragsform des freien Dienstnehmers zu wählen, um Lohnnebenkosten in Form von Sozialabgaben zu sparen, aus heutiger (Dienstgeber-)Sicht nicht mehr herangezogen werden kann, doch ergibt sich auf der anderen Seite eine weitere Absicherung des freien Dienstnehmers in sozialversicherungsrechtlicher Sicht. Dies stellt einen gewissen Ausgleich zum arbeitsrechtlich determinierten Erwerbsrisiko dar. Eine weitgehende Flexibilisierung des Erwerbslebens für den freien Dienstnehmer muss daher aus heutiger Sicht nicht zwangsläufig mit einem weitgehenden Verzicht auf soziale Absicherung, etwa bei Erkrankung, Unfall, Arbeitslosigkeit oder Insolvenz des Dienstgebers einhergehen. Der Preis dafür besteht wohl in de facto gleich hohen Lohnnebenkosten wie diese für einen Arbeiter oder Angestellten zu veranschlagen wären. Außerdem besteht ein nicht unerheblicher administrativer Mehraufwand für den Dienstgeber.

Nachdem nun die anwendbaren Bestimmungen des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Abgabenrechtes durchleuchtet wurden, stellt sich in einem letzten Punkt die Frage, wie der freie Dienstnehmer aus steuerrechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Aufgrund der teilweise engen Verschränkung zwischen Sozialversicherungsrecht und Einkommensteuerrecht wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die betreffenden Punkte im Zuge der steuerlichen Betrachtung zurückgekommen werden.

2.1.3 Entwicklung und anwendbare Bestimmungen des Steuerrechtes

Auch das heutige Einkommensteuerrecht geht auf reichsdeutsche Vorschriften zurück, welche im Jahr 1938 im Zuge des Anschlusses an Deutschland in die österreichische Rechtsordnung übernommen wurden und auch nach 1945 in bereinigter Form weiter in Geltung blieben. Nach § 9 des deutschen Einkommensteuergesetzes 1920³¹² wurden unter Einkommen aus Arbeit Gehälter und andere geldwerte Vorteile der in öffentlichem oder privatem Dienst angestellten oder beschäftigten Personen, ferner Einnahmen aus wissenschaftlichen, künstlerischen, schriftstellerischen, unterrichtenden, erziehenden und freiberuflichen Tätigkeiten und zuletzt Einnahmen aus einmaliger oder dauernder Tätigkeit jeder Art verstanden. Aufwandsentschädigungen wurden im angemessenen Ausmaß nach § 34 des deutschen Einkommensteuergesetzes 1920 nicht versteuert.³¹³ Die nach heutigem Steuerrecht getrennten Einkünfte aus selbstständiger und nicht selbstständiger Arbeit waren daher im Einkommensteuerrecht 1920 noch als „Einkünfte aus Arbeit“ (§§ 5 bis 9 dt. EStG 1920) zusammengefasst. Erst mit dem deutschen Einkommensteuergesetz 1925³¹⁴ erfolgte die Gliederung in „Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit“ und die

³¹² Vgl. dEStG 1920 (i.d.F.v. 29.03.1920) S. 359.

³¹³ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 28.

³¹⁴ Vgl. dEStG 1925 (i.d.F.v. 10.08.1925) S. 189.

„Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit“.³¹⁵ Das deutsche Einkommensteuergesetz 1925 differenzierte jedoch bereits zwischen den auch heute noch gängigen sieben Einkunftsarten. Unter Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit wurden nach § 36 des deutschen Einkommensteuerrechtes Gehälter oder andere geldwerte Vorteile der in öffentlichem oder privatem Dienst angestellten oder beschäftigten Personen verstanden. Das deutsche Einkommensteuergesetz aus dem Jahr 1934³¹⁶ hielt diese Formulierung aufrecht und wurde in § 1 Abs. 2 der Verordnung zur Durchführung des Steuerabzuges vom Arbeitslohn vom 29.11.1934³¹⁷ festgehalten, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der zum Dienst Verpflichtete in der Betätigung seines geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Diese Formulierung entspricht der heutigen Formulierung des § 47 Abs. 2 EStG 1988.³¹⁸

Der Begriff des „freien Dienstnehmers“ ist dem Steuerrecht jedoch fremd und ist demzufolge aufgrund des tatsächlich verwirklichten Geschehens im Einzelfall zu ermitteln, ob dieses überwiegend als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988³¹⁹ zu qualifizieren ist.³²⁰ Das Einkommensteuerrecht unterscheidet daher in erster Linie zwischen den

- betrieblichen Einkunftsarten im Rahmen eines Gewerbebetriebes (§ 23 EStG 1988³²¹),
- Einkünften aus der Land- und Forstwirtschaft (§ 21 EStG 1988³²²) sowie
- Einkünften von Selbstständigen (§ 22 EStG 1988³²³)

auf der einen Seite und außerbetrieblichen Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit (§ 25 EStG 1988³²⁴ in Verbindung mit § 47 Abs. 2 EStG 1988) auf der anderen Seite.³²⁵

Die Differenzierung in betriebliche und außerbetriebliche Einkünfte hat im Einkommensteuerrecht große Bedeutung. So erfolgt etwa die Erhebung der Einkünfte im betrieblichen Bereich durch Gewinnermittlung und im außerbetrieblichen Bereich durch den Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten. Der Umfang der steuerlich relevanten Vorgänge ist bei den betrieblichen Einkünften weiter als bei den außerbetrieblichen, zu-

³¹⁵ Vgl. Bundesfinanzhof, BFH, Urteil vom 22.05.1975, GZ IV R 33/72.

³¹⁶ Vgl. dEStG 1934 (i.d.F.v. 16.10.1934) S. 1005.

³¹⁷ Vgl. Verordnung zur Durchführung des Steuerabzuges vom Arbeitslohn vom 29.11.1934.

³¹⁸ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 28 f.

³¹⁹ Vgl. § 47 EStG 1988 (i.d.F.v. 15.02.2005).

³²⁰ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 20.02.2008, GZ 2006/08/0320.

³²¹ Vgl. § 23 EStG 1988 (i.d.F.v. 26.06.2006).

³²² Vgl. § 21 EStG 1988 (i.d.F.v. 29.07.1988).

³²³ Vgl. § 22 EStG 1988 (i.d.F.v. 30.04.1996).

³²⁴ Vgl. § 25 EStG 1988 (i.d.F.v. 17.06.2009).

³²⁵ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 56 f.

dem bestehen abweichende Ermittlungsvorschriften, spezielle sachliche Begünstigungen, unterschiedliche Freibeträge oder tarifliche Ausnahmenormen.³²⁶

Ein wesentlicher Unterschied besteht auch hinsichtlich der Erhebung der Einkommensteuer. Betriebliche Einkünfte sind jährlich bis längstens zum 31. März des Folgejahres durch Steuererklärung des Einkommensteuerpflichtigen – so auch durch den freien Dienstnehmer, der betriebliche Einkünfte erzielt – zu veranlagen (§ 42 EStG 1988). Aufgrund dieser Veranlagung wird die Einkommensteuerpflicht für das betreffende Kalenderjahr mit Bescheid festgelegt. Darüber hinaus hat der Einkommensteuerpflichtige nach § 45 EStG 1988 vierteljährliche Vorauszahlungen auf die Einkommensteuer zu entrichten, die im ersten Veranlagungsjahr aufgrund der voraussichtlich zu erwartenden Einkommensteuer durch das Finanzamt bescheidmäßig festgestellt werden (§ 120 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO)).³²⁷ Auf der anderen Seite sind Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit (§ 47 EStG 1988) durch Abzug der Lohnsteuer zu veranlagen. Danach ist zwar der Arbeitnehmer Schuldner der Lohnsteuer, die Berechnung und Abfuhr der Lohnsteuer obliegt jedoch dem Arbeitgeber, der für die richtige Einbehaltung und Abfuhr der Lohnsteuer haftet (§§ 78, 79 und 82 EStG 1988).³²⁸

Aus steuerrechtlicher Sicht ist daher zunächst zu untersuchen, ob nach abgabenrechtlichen Gesichtspunkten die für die Nichtselbstständigkeit sprechenden Merkmale überwiegen.³²⁹ Der Verwaltungsgerichtshof knüpft nach ständiger Judikatur im Zuge der Abgrenzung einerseits am Begriff des Dienstverhältnisses (vgl. § 25 Abs. 1 Z 1 EStG 1988 in Verbindung mit § 47 Abs. 2 EStG 1988), andererseits am Begriff des Unternehmers im Umsatzsteuerrecht und damit an der selbstständigen Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit (vgl. § 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz 1994, kurz UStG 1994³³⁰) an.³³¹

Nach der Legaldefinition des § 25 Abs. 1 Z 1 lit. a) EStG 1988 stellen Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit (Arbeitslöhne) Bezüge und Vorteile aus einem bestehenden oder früheren Dienstverhältnis dar. Der Begriff des Dienstverhältnisses wird in § 47 Abs. 2 EStG 1988 näher definiert. Demnach liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist wie bereits erwähnt 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 Wei-

³²⁶ Vgl. Doralt, Werner ; Ruppe, Hans Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts : Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umgründungssteuergesetz, Umsatzsteuer, Kommunalsteuer. – Bd. I - 8. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH und LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2003, S. 26, Rz. 42 bzw. 44.

³²⁷ Vgl. Doralt, Werner ; Ruppe, Hans Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, a.a.O., S. 287 f., Rz. 722 ff.

³²⁸ Vgl. Doralt, Werner ; Ruppe, Hans Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, a.a.O., S. 290 ff., Rz. 727 ff.

³²⁹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 22.02.1996, GZ 94/15/0123.

³³⁰ Vgl. § 2 UStG 1994 (i.d.F.v. 30.04.1996).

³³¹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 09.07.1997, GZ 95/13/0289; Braunsteiner, Gerhard ; Lattner, Christa, in: EStG online : Sonderausgabe zum Einkommensteuergesetz 1988, Hrsg. Wiesner, Werner ; Grabner, Roland ; Wanke, Rudolf – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009, § 47 Anm. 14.

sungen zu folgen verpflichtet ist. Darüber hinaus ist ein Dienstverhältnis anzunehmen, wenn eine Person an einer Kapitalgesellschaft nicht wesentlich im Sinne des § 22 Z 2 EStG 1988 (mit mehr als 25 % Beteiligung am Stammkapital) beteiligt ist und die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Z 1 lit. b) EStG vorliegen.

Die Ausführungen des § 47 Abs. 2 EStG 1988 stellen eine eigenständige Definition für den Dienstnehmerbegriff im Steuerrecht dar und ist dieser nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes weder von der Qualifikation nach bürgerlichem Recht (ABGB) noch nach Sozialversicherungsrecht, noch aus anderen Rechtsgebieten entnommen.³³² Dabei kommt es nicht auf die von den Vertragsparteien gewählte Vertragsbezeichnung an³³³, ebenso wenig auf die Beurteilung in anderen Rechtsgebieten, etwa im Sozialversicherungs- oder Gewerberecht³³⁴. Da dem Steuerrecht der freie Dienstvertrag fremd ist, erzielen freie Dienstnehmer im Allgemeinen – den Werkunternehmern gleich – als Selbstständige berufliche bzw. betriebliche Einkünfte. Die Beurteilung nach dem Steuerrecht steht jedoch in Wechselwirkung zum Sozialversicherungsrecht. So führt die nachträgliche Qualifikation der Entgelte als unselbstständige Einkünfte nach § 25 Abs. 1 Z 1 EStG 1988 (§ 47 EStG) wiederum zur Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG.³³⁵

Nach § 1 der Verordnung des Bundesministers für Finanzen betreffend Mitteilungen gemäß § 109a EStG 1988 haben Unternehmen unter anderem für natürliche Personen die in § 109a Abs. 1 Z 1 bis 4 EStG 1988 genannten Daten mitzuteilen, soweit diese sonstige Leistungen, die im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht werden und der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterliegen und außerhalb eines Dienstverhältnisses (§ 47 EStG 1988) liegen, betreffen.³³⁶ Im Zuge dieser Mitteilung hat der Dienstgeber unter anderem den Namen, die Anschrift und die Sozialversicherungsnummer, die Steuernummer, die Art der erbrachten Leistung, das Kalenderjahr, in dem das Entgelt geleistet wurde sowie das Entgelt und die darauf entfallende ausgewiesene Umsatzsteuer bekannt zu geben.³³⁷ Diese Mitteilung hat in elektronischer Form an das für die Einhebung der Umsatzsteuer zuständige Finanzamt des Dienstgebers zu erfolgen.³³⁸ Nach § 2 Abs. 1 UStG wird unternehmerisch tätig, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Als gewerblich oder beruflich werden jene Tätigkeiten angesehen, die auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sind, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt. Eine gewerbliche oder berufliche Ausübung der Tätigkeit ist jedoch ausgeschlossen, wenn eine natürliche Person derart in ein Unternehmen eingegliedert ist, dass sie den Weisungen des Unternehmens zu folgen verpflichtet ist.³³⁹

³³² Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 22.01.1986, GZ 84/13/0015.

³³³ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 19.09.2007, GZ 2007/13/0071.

³³⁴ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 22.03.2010, GZ 2009/15/0200.

³³⁵ Vgl. Braunsteiner, Gerhard ; Lattner, Christa in: EStG online, Hrsg. Wiesner, Werner ; Grabner, Roland ; Wanke, Rudolf, a.a.O., § 47, Anm. 14.

³³⁶ Vgl. § 1 VO BMF betreffend Mitteilungen gemäß § 109a EStG 1988 (i.d.F.v. 30.11.2001).

³³⁷ Vgl. § 109a EStG 1988 (i.d.F.v. 19.12.2003).

³³⁸ Vgl. §§ 2, 3 VO BMF betreffend Mitteilungen gemäß § 109a EStG 1988 (i.d.F.v. 30.11.2001).

³³⁹ Vgl. § 2 UStG 1994 (i.d.F.v. 30.04.1996).

Da für den freien Dienstnehmer keine Abzugssteuer vorgesehen ist, kommt der Einkommensteuerveranlagung Bedeutung zu, diese ist nach § 42 Abs. 1 Z 3 EStG abzugeben, wenn bestimmte Einkommengrenzen überschritten werden. Dies ist der Fall wenn in dem Einkommen neben lohnsteuerpflichtigen Einkünften auch andere Einkünfte (z. B. aus einem freien Dienst- oder Werkvertrag) von insgesamt mehr als EUR 730,00 enthalten sind und das gesamte Einkommen EUR 12.000,00 pro Jahr übersteigt, bzw. selbst wenn keine weiteren Einkünfte bezogen werden, wenn das Einkommen mehr als EUR 11.000,00 pro Jahr beträgt.³⁴⁰ Betriebliche Einkünfte des freien Dienstnehmers werden in aller Regel durch eine sogenannte Einnahmen-Ausgaben-Rechnung nach § 4 Abs. 3 EStG 1988³⁴¹ ermittelt. Danach werden von den im Kalenderjahr bezogenen Einnahmen die Ausgaben in Abzug gebracht und so die Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb (§ 23 EStG 1988) oder aus selbstständiger Tätigkeit (§ 22 EStG 1988) ausgewiesen, die wiederum die Bemessungsgrundlage für die Errechnung der Einkommensteuer darstellen.³⁴² Das berechnete Einkommen wird nach § 33 Abs. 1 EStG 1988 einem progressiven Staffeltarif unterzogen³⁴³, der dazu dient, untere Einkommen steuerlich zu entlasten, währenddessen höhere Einkünfte überproportional belastet werden. Dies stellt ein Grundprinzip des Einkommensteuerrechtes dar, das davon ausgeht, dass die Leistungsfähigkeit mit steigendem Einkommen überproportional steigt und dadurch das Ziel einer Einkommensumverteilung erreicht werden soll.³⁴⁴ Demzufolge beträgt die Einkommensteuer bis zu einem Einkommen von EUR 11.000,00 nur EUR 0,00. Für Einkommensteile über EUR 60.000,00 gilt hingegen ein Steuersatz von 50 %. Zwischen EUR 11.000,00 und EUR 60.000,00 ist die Einkommensteuer nach den in § 33 Abs. 1 EStG 1988 dargestellten Formeln zu berechnen.³⁴⁵

Einnahmen eines freien Dienstnehmers sind etwa sämtliche durch den Dienstgeber auf das Bankkonto des freien Dienstnehmers überwiesene Beträge, alle Kostenersätze (z. B. Fahrtkostenersätze, Tagesgelder, Ersätze für Arbeitsmittel), die vom Auftraggeber einbehaltenen Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sowie allfällige Sachbezüge, beispielsweise in Form der Bereitstellung eines Dienst-Pkw oder einer Dienstwohnung. Zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel wie Werkzeuge, Maschinen oder Arbeitsräume stellen jedoch keine Sachbezüge dar. Gerade bei der Bewertung von Sachbezügen wird angeraten, sich an den Empfehlungen der Sachbezugsverordnung³⁴⁶ zu orientieren. Steuerbe-

³⁴⁰ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 31.

³⁴¹ Vgl. § 4 Abs. 3 EStG 1988 (i.d.F.v. 14.12.2012).

³⁴² Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Einkommensteuer für die Einkünfte aus einem freien Dienstvertrag oder Werkvertrag. URL: <https://www.bmf.gv.at/steuern/arbeitnehmer-pensionisten/dienstvertrag-werkvertrag/einkommensteuer-einkuenfte-aus-freien-dienstvertrag-werkver.html> – Wien, verfügbar am 09.06.2013.

³⁴³ Vgl. Doralt, Werner ; Ruppe, Hans Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band I, a.a.O., S. 278, Rz. 694 f.

³⁴⁴ Vgl. Doralt, Werner ; Ruppe, Hans Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band I, a.a.O., S. 18, Rz. 27.

³⁴⁵ Vgl. § 33 EStG 1988 (i.d.F.v. 20.03.2013).

³⁴⁶ Vgl. VO BMF betreffend die Änderung der Verordnung über die bundeseinheitliche Bewertung bestimmter Sachbezüge ab 2002 (i.d.F.v. 09.12.2004).

günstigungen von Lohnsteuerpflichtigen, etwa für das Urlaubsgeld oder eine Weihnachtsremuneration, sowie vorgesehene Steuerbefreiungen, wie z. B. für die Gewährung von Mahlzeiten, üblichen Geschenken bis EUR 186,00 pro Jahr, Zukunftsvorsorgen bis EUR 300,00 pro Jahr oder Trinkgelder sind für den freien Dienstnehmer nicht vorgesehen. All diese Einnahmen stellen Einkünfte dar und unterliegen der Besteuerung nach der Einkommensteuer. Umgekehrt ist der freie Dienstnehmer jedoch berechtigt, von den ermittelten Einnahmen Betriebsausgaben in Abzug zu bringen. Darunter fallen etwa Arbeitsbekleidung, Arbeitsmittel, Werkzeuge, Maschinen (die der freie Dienstnehmer selbst beschafft und welche ihm nicht zur Verfügung gestellt werden), Arbeitszimmer, Aus- und Fortbildung, Umschulungskosten, Computer, Internet, Sprachkurse, Telefon- bzw. Handycosten, Fachliteratur und Fahrtkosten für die Tätigkeit als freier Dienstnehmer. Unter letztere fallen Kosten für öffentliche Verkehrsmittel oder den eigenen Pkw oder auch das amtliche Kilometergeld für die Fahrt von der Wohnung zur Arbeitsstätte.³⁴⁷

Alternativ besteht die Möglichkeit, einen pauschalierten Betriebsausgabenabzug nach § 17 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG für Umsätze bis zu EUR 200.000,00 und für den Fall der Gewinnermittlung nach der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung einen pauschalen Betriebskostenabzug zu berücksichtigen, der für Einkünfte aus schriftstellerischen, vortragenden, wissenschaftlichen, unterrichtenden oder erzieherischen Tätigkeiten 6 % (Höchstbetrag EUR 13.200,00) des Umsatzes und in den übrigen Fällen, also bei anderen selbstständigen oder gewerblichen Einkünften 12 % (Höchstbetrag EUR 26.400,00) des Umsatzes beträgt. Zu beachten ist jedoch, dass die einmal getroffene Wahl des pauschalierten Betriebskostenabzugs nach § 17 Abs. 3 EStG 1988 für die Dauer von fünf Jahren bindend ist.³⁴⁸ Zudem haben freie Dienstnehmer seit dem Jahr 2010 die Möglichkeit, einen Gewinnfreibetrag, bestehend aus einem Grundfreibetrag (13 % des vorläufigen Gewinns, maximal jedoch EUR 3.900,00) sowie aus einem investitionsbedingten Gewinnfreibetrag (bei Gewinnen über EUR 30.000,00, jedoch nur für Investitionen in begünstigte Wirtschaftsgüter und nicht möglich bei pauschaliertem Betriebskostenabzug) geltend zu machen. Welche der zur Verfügung stehenden Alternativen zu wählen ist, ist im Einzelfall durch Planrechnung zu ermitteln. Rechenbeispiele dafür sind auf der Seite des Bundesministeriums für Finanzen abrufbar. Jedenfalls hat der freie Dienstnehmer über alle seine Betriebseinnahmen oder -ausgaben Aufzeichnungen zu führen und die Belege dafür für die Dauer von sieben Jahren aufzubewahren.³⁴⁹

³⁴⁷ Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Einkommensteuer für die Einkünfte aus einem freien Dienstvertrag oder Werkvertrag. URL: <https://www.bmf.gv.at/steuern/arbeitnehmer-pensionisten/dienstvertrag-werkvertrag/einkommensteuer-einkuenfte-aus-freien-dienstvertrag-werkver.html> – Wien, verfügbar am 09.06.2013.

³⁴⁸ Vgl. § 17 EStG 1988 (i.d.F.v. 14.12.2012).

³⁴⁹ Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Einkommensteuer für die Einkünfte aus einem freien Dienstvertrag oder Werkvertrag. URL: <https://www.bmf.gv.at/steuern/arbeitnehmer-pensionisten/dienstvertrag-werkvertrag/einkommensteuer-einkuenfte-aus-freien-dienstvertrag-werkver.html> – Wien, verfügbar am 09.06.2013.

Freie Dienstnehmer, selbst geringfügig beschäftigte freie Dienstnehmer, sind grundsätzlich von den Bestimmungen des UStG erfasst, da sie in der Regel dem Unternehmerbegriff nach § 2 UStG entsprechen. Danach ist Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt, worunter jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Gewinnerzielungsabsicht fehlt, verstanden wird. Auch geringfügig beschäftigte freie Dienstnehmer wären als Kleinunternehmer grundsätzlich vom Umsatzsteuerrecht erfasst, doch sind diese nach § 6 Abs. 1 Z 27 UStG steuerbefreit. Ein Kleinunternehmen wird angenommen, wenn die Umsätze im Veranlagungszeitraum EUR 30.000,00 nicht übersteigen. Der Kleinunternehmer kann jedoch in die Regelbesteuerung optieren, was insbesondere für den Fall zweckmäßig ist, in dem ein Vorsteuerüberhang gegeben ist.³⁵⁰ Einkommensteuerrechtlich ergeben sich nachfolgende alternative Besteuerungsmodelle:

	Lohnsteuerpflicht nach § 25 Abs. 1 Z 1 i. V. m. § 47 EStG	Einkommensteuerpflicht nach §§ 21, 22, 23 i. V. m §§ 39 ff. EStG
Wer hat das Einkommen zu ermitteln?	der Dienstgeber im Zuge der Lohnsteuerveranlagung ³⁵¹	der freie Dienstnehmer im Zuge der Einkommensteuerveranlagung
Wie erfolgt die Abführung der Steuer?	monatlich durch Abzug des Dienstgebers, der die Steuer direkt abführt – der Dienstnehmer erhält den Nettolohn ausbezahlt	Vorauszahlungen durch den freien Dienstnehmer auf die Einkommensteuerveranlagung; zudem Veranlagung bis längstens zum 31.03. des Folgejahres
Wie wird das Einkommen ermittelt?	Einkommen sind die monatlich vereinbarten Lohn- bzw. Gehaltszahlungen (Arbeitslohn im Sinne des § 47 Abs. 1 EStG) – diese bilden die Grundlage für die Besteuerung	in der Regel durch Einnahmen-Ausgaben-Rechnung i. S. d. § 4 Abs. 3 EStG 1988 (alternativ durch doppelte Buchführung nach § 4 Abs. 1 EStG 1988)
Wer hat die Ermittlung der Einkommensteuer durchzuführen?	der Arbeitgeber (Arbeiter bzw. Angestellte tragen selbst keine Aufwendungen dafür)	der freie Dienstnehmer im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung; er trägt den diesbezüglichen diesbezüglichen Aufwand
Berechtigung zum Vorsteuerabzug?	keine	bei mehr als EUR 30.000,00 Umsatz verpflichtend; darunter besteht die Möglichkeit zur Regelbesteuerungsoption

Tabelle 3 Vergleich der Dienstverhältnisse aus steuerrechtlicher Sicht³⁵²

³⁵⁰ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 5 Abs. 2 ASVG, Rz. 31; Bundesministerium für Finanzen: Umsatzsteuer für Einkommen aus einem freien Dienstvertrag oder Werkvertrag. URL: <https://www.bmf.gv.at/steuern/arbeitnehmer-pensionisten/dienstvertrag-werkvertrag/ust-fuer-einnahmen-aus-freien-dienstvertrag-oder-werkvertra.html> – Wien, verfügbar am 09.06.2013.

³⁵¹ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 278 f., Rz. 6/002 ff.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass für den freien Dienstnehmer in der österreichischen Rechtsordnung ein differenziertes Bild zu zeichnen ist. Vielfach sind Regelungsdefizite zu finden, die nur über analoge Heranziehung passender anderer Regelungen, etwa jener über Dienstnehmer, geschlossen werden können. Dennoch ist der freie Dienstnehmer in wesentlichen Bereichen bereits in einen normativen Rahmen eingebettet, der bei der Vertragsgestaltung zu beachten ist. Gerade die Berücksichtigung des freien Dienstnehmers in der Sozialversicherung hat für eine weitere Absicherung freier Dienstnehmer gesorgt, die in gewisser Hinsicht eine Abhilfe für das Erwerbsrisiko des freien Dienstnehmers darstellen kann. So wird er nunmehr etwa in die Arbeitslosenversicherung miteinbezogen.

Eine zentrale Frage blieb jedoch in diesem Abschnitt noch unbeantwortet: „Wann ist ein Beschäftigungsverhältnis als freies Dienstverhältnis zu qualifizieren?“. Erst wenn diese Frage zufriedenstellend beantwortet werden kann, sind die zuvor dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen auf den Beschäftigten als freier Dienstnehmer anzuwenden. Materienspezifisch wird dabei eine eigenständige Interpretation des Begriffes des freien Dienstnehmers durch die herrschende Lehre wie auch Judikatur beansprucht. Der Grund dafür liegt in den bereits erläuterten Regelungszwecken der einzelnen Materien und deren historischer Entwicklung. Abgrenzungskriterien zum „echten“ Dienstnehmer wie auch zum Werkunternehmer wurden daher durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes sowie des Verwaltungsgerichtshofes herausgebildet. Dabei ist stets eine Prüfung anhand des konkreten Falles notwendig, da ein sorgfältiges Abwägen der einzelnen Qualifikationsmerkmale zueinander erforderlich ist. Deshalb werden die Qualifikationsmerkmale im Folgenden auf Basis des der Arbeit zugrunde liegenden Sachverhaltes erkundet und auf diesen angewendet. Anschließend werden die Folgen der fehlerhaften Qualifikation herausgearbeitet und Lösungsvorschläge für eine richtige Ausgestaltung des Vertrages, aber auch des Beschäftigungsverhältnisses erarbeitet.

2.2 Abgrenzungsmerkmale bzw. Definition des freien Dienstvertrages

Wie im vorausgegangenen Kapitel bereits einleitend dargelegt, stellt der freie Dienstvertrag einen „Mischvertrag“ dar, der Elemente des Werkvertrages mit Elementen des Dienstvertrages vereinigt. Vordergründig besteht daher die Herausforderung in der Abgrenzung des freien Dienstvertrages vom Werkvertrag einerseits und Dienstvertrag andererseits. Zudem fehlt bekanntermaßen ein einheitlicher Dienstnehmerbegriff in den einzelnen Materien des Arbeitsrechtes, Steuerrechtes sowie Sozialversicherungs- und Abgabenrechtes und auch die Zielrichtung ist, wie bereits dargestellt, eine unterschiedliche.

³⁵² Vgl. Kapitel 2.1.3.

2.2.1 Abgrenzung Dienstnehmer / freier Dienstnehmer / Werkunternehmer

2.2.1.1 Abgrenzung im Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht ist **Dienstnehmer** nach § 1151 ABGB, „*wer sich auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet*“.³⁵³ Schon der historische Gesetzgeber sah dazu weitere Charakteristika für den Dienstnehmer vor: von symptomatischer Bedeutung sind:³⁵⁴ „(1) ein dauerndes Verpflichtungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Arbeit (2) unter der Leitung und Verfügung und (3) mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers, (4) persönliche Arbeitspflicht und persönlicher Anspruch auf die Arbeit, (5) Haftung des Arbeitnehmers für Diligenz, im Übrigen aber (6) Erfolg wie Misserfolg der Arbeit auf Rechnung des Arbeitgebers; alles in allem betrachtet somit (7) persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des Arbeitnehmers in den Organismus des Unternehmens des Arbeitgebers“.³⁵⁵

Aus diesem Grund stellt der in weiterer Folge durch die herrschende Lehre und Rechtsprechung entwickelte Dienstnehmerbegriff im Sinne des § 1151 ABGB einen Typusbegriff dar. Der Dienstnehmerbegriff wird durch verschiedene Tatbestandselemente geprägt, die in ihrer Gesamtheit abzuwägen und zu bewerten sind. Durch Einbeziehung sämtlicher maßgeblicher Umstände ist abzuschätzen, ob im konkreten Fall der Dienstnehmerbegriff erfüllt wird. Charakteristisch für den Dienstnehmerbegriff im Arbeitsrecht sind nach heute herrschender Lehre (a) die Eingliederung des Dienstnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers, (b) die Arbeitsleistungserbringung am durch Vertrag oder Weisung des Dienstgebers bestimmten Arbeitsort, (c) die Weisungsbindung des Arbeitnehmers hinsichtlich Arbeitsfolge und Arbeitsart, (c) die Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit, (d) die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung, (e) stets das Schulden von Bemühen, nicht aber eines bestimmten Erfolges und zuletzt (f) die Erbringung der Dienstleistung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses mit besonderen Beendigungsregelungen in Form der Kündigung oder Entlassung.³⁵⁶ Hinzu treten noch weitere Merkmale des Dienstvertrages, welche in ihrem Gewicht jedoch weniger bedeutend sind. So (g) trifft den Dienstnehmer häufig gegenüber dem Dienstgeber eine Berichts- bzw. Meldepflicht und (h) kommen dem Dienstgeber gegenüber dem Dienstnehmer spezifische Kontrollbefugnisse zu und hat der Dienstnehmer eine Meldepflicht bei Krankheit oder Unfall (Rechtfertigung von Abwesenheit). Darüber hinaus ist (i) der Dienstnehmer typischerweise von

³⁵³ § 1151 ABGB (i.d.F.v. 21.03.1916)

³⁵⁴ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 18f.

³⁵⁵ Vgl. Parlament der Republik Österreich: 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses : XXI. Session. – Wien, 1912, S. 206 f.; Krejci, Heinz, in: ABGB online, Hrsg. Rummel, Peter, a.a.O., § 1151 Rz. 7.

³⁵⁶ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht a.a.O., Rz. 47; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 158 ff., Rz. 4/001 ff; Koziol, Helmut ; Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts : Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht. – Bd. II - 13., neu bearb. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2007, S. 249 f.; Rebhahn, Robert, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1152 ABGB, Rz. 137 f.

seinem Arbeitgeber abhängig und (j) stellt der Dienstvertrag üblicherweise ein entgeltliches Vertragsverhältnis dar.³⁵⁷ Diesem Dienstnehmerbegriff im Sinne des § 1151 ABGB kommt besondere Bedeutung zu, da er den Grundtatbestand definiert, an den die arbeitsrechtlichen Sondergesetze anknüpfen.³⁵⁸ Der steuer- bzw. sozialversicherungsrechtlichen Behandlung kommt Indizwirkung im Arbeitsrecht zu, doch sind die Begriffsbestimmungen im Sozialversicherungs- (§ 4 Abs. 2 ASVG) und im Lohnsteuerrecht (§ 47 Abs. 2 EStG 1988) eigenständig.³⁵⁹

Der **Werkunternehmer** verpflichtet sich gegenüber dem Werkbesteller zur Herstellung eines bestimmten Erfolges (§ 1151 Abs. 1 ABGB).³⁶⁰ Damit stellt der Werkvertrag die Kehrseite zum Dienstvertrag dar und ist durch folgende Charakteristika geprägt. Der Werkunternehmer (a) schuldet nicht bloß ein Bemühen (wie der Dienstnehmer), sondern einen konkreten Erfolg bzw. ein konkretes körperliches oder auch unkörperliches Werk. Aus diesem Grund endet der Werkvertrag als (b) Zielschuldverhältnis mit Erreichen des Zieles bzw. Eintritt des Erfolges oder Errichtung des Werkes. Daher ist der zu erreichende Erfolg bzw. das zu errichtende Werk im Werkvertrag exakt zu bestimmen.³⁶¹ Solange dieses Ziel oder der Erfolg nicht erreicht ist, gilt der Werkvertrag als nicht erfüllt; unabhängig davon wie viel Arbeit bis dahin schon aufgewendet wurde und unabhängig davon, ob den Werkunternehmer ein Verschulden am Ausbleiben des Erfolges trifft, gilt er als nicht abgeschlossen und tritt in der Regel noch keine Fälligkeit des Werklohnes ein. Der Werkunternehmer (c) trägt daher ein spezifisches Unternehmerrisiko und leistet Gewähr für sein Werk.³⁶² Darüber hinaus ist der Werkunternehmer (d) in der Leistungserbringung persönlich unabhängig. Er ist frei von Weisungen und Kontrollen durch den Auftraggeber. Der Kontrolle unterliegt nur das Ergebnis der Leistungserbringung, nicht jedoch wann, wie und wo die Leistungserbringung bis zur Herstellung des Werkes zu erfolgen hat.³⁶³ Nur bei ausdrücklicher Vereinbarung ist der Werkunternehmer zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet, vielmehr kann er in der Regel zur Herstellung des Gewerkes auch Erfüllungsgehilfen heranziehen, deren Verhalten er sich jedoch zurechnen lassen muss, unabhängig davon, ob diese als seine Dienstnehmer tätig wurden oder wiederum selbstständige Werkunternehmer waren (Substitution). Strittig ist hingegen, ob die Entgeltlichkeit zum Wesen des Werkvertrages zu zählen ist. Nach heute herrschender Rechtspre-

³⁵⁷ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht a.a.O., Rz. 48.

³⁵⁸ Vgl. Krejci, Heinz, in: ABGB online, Hrsg. Rummel, Peter, a.a.O., § 1151, Rz. 3 ff.

³⁵⁹ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht a.a.O., Rz. 48f (Rz. 48a).

³⁶⁰ Vgl. Koziol, Helmut ; Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts, a.a.O., S. 254.

³⁶¹ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag : Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. 2., aktualisierte Auflage – Wien : Linde Verlag Ges.m.b.H., 2008, S. 36 f.; Rebhahn, Robert, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 1152 ABGB, Rz. 135 f.

³⁶² Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 162, Rz. 4/016.

³⁶³ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 38; Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1151, Rz. 35.

chung werden die Schutzpflichten des Dienstgebers sinngemäß auch auf den Werkbesteller angewendet, der diese gegenüber dem Werkunternehmer zu beachten hat.³⁶⁴

Der **freie Dienstvertrag** tritt zwischen den Dienst- und den Werkvertrag. Er gilt als Mischvertrag.³⁶⁵ Als solcher vereinigt er Elemente des Dienst- und Werkvertrages in sich. Dem Dienstvertrag gleich, hat auch der freie Dienstvertrag die Erbringung von Dienstleistungen zum Vertragsgegenstand. Der freie Dienstnehmer schuldet daher keinen bestimmten Erfolg.³⁶⁶ Im Gegensatz zum Werkvertrag stellt der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar.³⁶⁷ Es fehlt beim freien Dienstvertrag jedoch jede Form der persönlichen Abhängigkeit, der freie Dienstnehmer bestimmt daher den Ablauf der Dienstleistungen, sowohl hinsichtlich des Arbeitsortes, als auch hinsichtlich der Arbeitszeiten. Es liegt keine Weisungsgebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten³⁶⁸ und zuletzt auch keine Kontrollunterworfenheit vor³⁶⁹. Berichtspflichten für sich alleine können noch keine Kontrollunterworfenheit begründen, die zu einer persönlichen Abhängigkeit führt.³⁷⁰ Es ist jedoch zwischen persönlicher und sachlicher Weisungsgebundenheit zu unterscheiden. Sachliche Weisungen kommen auch bei Werkverträgen oder freien Dienstverträgen vielfach vor. Weisungen, welche sich auf die persönliche Gestaltung der Dienstleistung beziehen und die eigene Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung der Dienstleistung weitestgehend ausschalten, stehen einem freien Dienstverhältnis jedoch entgegen.³⁷¹ Vereinbarungen über ein Vertretungsrecht stellen ebenso ein Wesensmerkmal des freien Dienstvertrages dar, dies jedoch nur, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt.³⁷² Die Möglichkeit, lediglich Hilfstätigkeiten zu substituieren, für sich alleine reicht noch nicht für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses aus.³⁷³ In Ermangelung jeglicher persönlicher Arbeitsverpflichtung scheiden hingegen sowohl Arbeits-, als auch freier Dienst- wie auch Werkvertrag aus.³⁷⁴ Unbeachtlich ist nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung in arbeitsrechtlicher Hinsicht die wirtschaftliche Abhängigkeit des freien Dienstnehmers. Im Arbeitsrecht erfuhr der Begriff des freien Dienstnehmers bis auf § 1164a ABGB keine Regelung.³⁷⁵

³⁶⁴ Vgl. Koziol, Helmut ; Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts, a.a.O., S. 256.

³⁶⁵ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 20.

³⁶⁶ Vgl. Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht a.a.O., Rz. 52.

³⁶⁷ Vgl. Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 163, Rz. 4/021.

³⁶⁸ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0021518.

³⁶⁹ Vgl. OGH: Urteil vom 08.07.1999, GZ 8 ObA 26/99b.

³⁷⁰ Vgl. OGH: Beschluss vom 05.04.2000, GZ 9 ObA 55/00d.

³⁷¹ Vgl. OGH: Beschluss vom 30.10.2003, GZ 8 ObA 45/03f; OGH: Beschluss vom 28.11.2007, GZ 9 ObA 165/07s.

³⁷² Vgl. OGH: Urteil vom 10.07.2008, GZ 8 ObA 55/07g.

³⁷³ Vgl. OGH: Urteil vom 08.07.1999, GZ 8 ObA 26/99b.

³⁷⁴ Vgl. OGH: Urteil vom 20.02.2002, GZ 9 ObA 296/01x.

³⁷⁵ Vgl. Pfeil, Walter, in: ABGB Praxiskommentar, Hrsg. Schwimann, Michael, a.a.O., § 1151, Rz. 30; Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 163, Rz. 4/020.

2.2.1.2 Abgrenzung im Sozialversicherungs- und Abgabenrecht

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist im Sozialversicherungsrecht **Dienstnehmer**, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt ist. Ebenso vom Dienstnehmerbegriff des Sozialversicherungsrechtes umfasst sind nach § 4 Abs. 2 ASVG jene Dienstnehmer, welche nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig sind. Neben jene im Arbeitsrecht bedeutenden Merkmale der persönlichen Abhängigkeit treten im Sozialversicherungsrecht als weitere Abgrenzungskriterien die Entgeltlichkeit des Dienstverhältnisses und die wirtschaftliche Abhängigkeit hinzu.³⁷⁶ Was konkret unter persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu verstehen ist, wird dieser Gesetzesbestimmung nicht definiert.³⁷⁷ Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit wird nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Sozialversicherungsrecht übereinstimmend mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis definiert.³⁷⁸ Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zuvor dargestellten Merkmale verwiesen werden.³⁷⁹

Zwar ist die Entgeltlichkeit des Dienstverhältnisses Grundvoraussetzung für eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG, da für den Fall der Unentgeltlichkeit die wirtschaftliche Abhängigkeit gänzlich fehlen würde, andererseits ist das Entgelt aber nicht geeignet, als Unterscheidungsmerkmal dafür zu dienen, ob dem Anspruch ein abhängiges oder unabhängiges Dienstverhältnis zugrunde liegt. Indizien für ein Dienstverhältnis sind jedoch dann gegeben, wenn ein im Vorhinein bestimmter Lohn zu bezahlen ist und wenn der Anspruch auf Entgelt auch dann besteht, wenn der Dienstnehmer ohne sein Verschulden aus persönlichen Gründen an der Dienstleistung verhindert ist.³⁸⁰

Von eigenständiger Bedeutung ist daher das Abgrenzungskriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Damit ist jedoch keinesfalls das Angewiesensein auf ein bestimmtes Entgelt zur Bestreitung des Lebensunterhaltes gemeint, sondern ist nach ständiger Rechtsprechung darunter das Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel zu verstehen.³⁸¹ Dies zielt nicht auf die Verfügungsmacht im Sinne eines Verwaltens, etwa im Falle eines delegierenden Organs einer Gesellschaft, ab, sondern im Sinne einer Eigentümerstellung, das heißt, dass der Dienstnehmer die Betriebsmittel nicht zu seinem eigenen Nutzen frei verwenden kann, sondern diese für den Betriebszweck einzusetzen hat. Daher wird von einem Zustand wirtschaftlicher Gebundenheit gesprochen. Der Dienstnehmer hat sein Wissen, seine Erfahrung, seinen Unternehmensgeist,

³⁷⁶ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 23.

³⁷⁷ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 6.

³⁷⁸ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 04.10.2001, GZ 96/08/0351.

³⁷⁹ Vgl. Kapitel 2.2.1.1.

³⁸⁰ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 22; VwGH: Erkenntnis vom 23.05.1985, GZ 84/08/0070, Rechtssatz Nr. 13.

³⁸¹ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 25 f.

seine Organisationsgabe sowie seine technischen und wirtschaftlichen Talente mangels eigener Betriebsmittel und eigener Verfügungsgewalt dem Unternehmen nutzbar zu machen.³⁸² Persönliche Abhängigkeit geht daher notwendigerweise immer mit wirtschaftlicher Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht einher.³⁸³

Hinsichtlich der Abgrenzung zum **Werkvertrag** folgt die sozialversicherungsrechtliche Judikatur jenen Kriterien, welche auch im Arbeitsrecht herangezogen werden. So steht beim Werkvertrag das Ergebnis der Arbeitsleistung im Vordergrund, das als eigenständiges Werk eine geschlossene Einheit darstellt und im Vertrag als genau beschriebene Leistung entsprechend konkretisiert ist. In der Regel ist diese Leistung bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen. Es wird also die Frage nach einem gewährleistungstauglichen Erfolg, der konkret geschuldet wird, gestellt.³⁸⁴ Gerade bei der Abgrenzung zum freien Dienstnehmerbegriff des Sozialversicherungsrechtes kommen ein generelles Vertretungsrecht sowie das Verfügen über wesentliche eigene Betriebsmittel als weitere Merkmale hinzu. Wesentliche eigene Betriebsmittel sind dann anzunehmen, wenn der Werkunternehmer über derartige Betriebsmittel verfügt, die dem Auftragnehmer in seiner Branche gegenüber Konkurrenten, die eine gleichwertige Tätigkeit anbieten, volle Konkurrenzfähigkeit gewähren. Daher hat der Werkunternehmer in der Regel ein eigenes Büro und ein planvolles Auftreten nach außen, um das Anbieten der Leistung am Markt zu ermöglichen. Welche Betriebsmittel und wie viele konkret dafür erforderlich sind, kann jedoch nur branchenspezifisch beantwortet werden. Letztlich stellt sich die Frage: Kann aus den vorhandenen Betriebsmitteln darauf geschlossen werden, ob der Auftragnehmer auf eigenen Beinen stehen kann und will?³⁸⁵

Im Gegensatz zum Arbeitsrecht erfährt der Begriff des **freien Dienstnehmers** im Sozialversicherungsrecht eine eigenständige Definition in § 4 Abs. 4 ASVG. Danach liegt ein freies Dienstverhältnis vor, wenn eine Person aufgrund eines freien Dienstvertrages auf (a) bestimmte oder unbestimmte Zeit sich zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet, wenn sie aus dieser Tätigkeit (b) ein Entgelt bezieht, die Dienstleistungen im Wesentlichen (c) persönlich erbringt, (d) über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt und (e) aufgrund der ausgeübten Tätigkeit keine andere Pflichtversicherung begründet wurde.³⁸⁶ Bei näherer Betrachtung wird zwar einerseits ersichtlich, dass auch diese Legaldefinition der genaueren Auslegung durch die Judikatur bedarf, andererseits ist jedoch erkennbar, dass gerade jene, welche bei fehlender persönlicher Abhängigkeit dennoch einer wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber einem Dienstgeber unterliegen, dem Typus

³⁸² Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 19.

³⁸³ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 37.

³⁸⁴ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 74/3 f.

³⁸⁵ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 74 f. (S. 76).

³⁸⁶ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 4 ASVG, Rz. 5.

des freien Dienstnehmers im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG untergeordnet werden.³⁸⁷ Strittig ist in diesem Zusammenhang die Reichweite des verwendeten Begriffes der Wesentlichkeit.³⁸⁸ Eine generelle Vertretungsbefugnis, die jederzeit eine Vertretung durch Dritte zulässt und die Vertragserfüllung durch Hinzuziehung von Hilfskräften ermöglicht, schließt das Vorliegen eines Dienstverhältnisses aus.³⁸⁹ Auch das Kriterium, dass der freie Dienstnehmer über „keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel“ verfügt, stellt ein Abgrenzungsmerkmal zum Werkvertrag dar. Nach herrschender Lehre wird darunter das Fehlen einer unternehmerischen Struktur verstanden.³⁹⁰ Hinzu tritt nach § 4 Abs. 4 ASVG zuletzt das Merkmal des qualifizierten Dienstgebers. Dieser ist dann gegeben, wenn der Dienstnehmer für einen Dienstgeber im Rahmen seines Gewerbebetriebes, seines Geschäftsbetriebes, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe, oder für eine Gebietskörperschaft, eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. einen von diesen verwalteten Betrieb, eine Anstalt, eine Stiftung oder einen Fonds tätig wird.³⁹¹

2.2.1.3 Abgrenzung im Steuerrecht

Die Zwischenstufe des freien Dienstnehmers kennt das Steuerrecht nicht. Danach liegt entweder ein lohnsteuerpflichtiges, nicht selbstständiges Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 vor oder es handelt sich um Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit.³⁹² Wie bereits erwähnt fällt der freie Dienstnehmer im Sinne des Arbeits- aber auch Sozialversicherungsrechtes in der Regel in die Kategorie der betrieblichen Einkünfte nach § 22 EStG 1988 für Selbstständige, § 23 EStG 1988 für Gewerbetreibende oder zuletzt nach § 21 EStG 1988 für land- und forstwirtschaftlich Tätige. Im Steuerrecht ist daher primär die Abgrenzung zum Dienstnehmer wichtig.³⁹³ Während im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht das Bestreben des Vertragsrichters im Anpassen der vertraglichen Bestimmungen an die jeweils entwickelten Merkmale des freien Dienstnehmers besteht, ist das Ziel im Steuerrecht darauf zu richten, möglichst kein Dienstnehmermerkmal nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 zu verwirklichen. Vielmehr muss es gelingen, die Kriterien der persönlichen Unabhängigkeit möglichst klar hervorzuheben.³⁹⁴

Nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis im Sinne des Einkommensteuerrechtes 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

³⁸⁷ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 60 f.

³⁸⁸ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 62 ff.

³⁸⁹ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 51.

³⁹⁰ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 66 f.

³⁹¹ Vgl. § 4 Abs. 4 Z 1 und Z 2 ASVG (i.d.F.v. 25.09.2012); Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 76.

³⁹² Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 56 f.

³⁹³ Vgl. Kapitel **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

³⁹⁴ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 22.

Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.³⁹⁵ Danach stehen zwei wesentliche Merkmale im Vordergrund: das „Unter-der-Leitung-Stehen“, dies ist gerade für den Außendienst wichtig, oder die „Weisungsbindung im geschäftlichen Organismus“, wie sie im Innendienst von Bedeutung ist.³⁹⁶ Auch im Steuerrecht lassen sich die Merkmale des Dienstnehmerbegriffes nur unter Heranziehung der dazu entwickelten Judikatur erörtern. Nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 (a) schuldet der Dienstnehmer zunächst seine Arbeitskraft. Darunter wird die regelmäßige Zurverfügungstellung der persönlichen Fähigkeiten für gewisse Zeit, also im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses verstanden.³⁹⁷ Wird ein gewisser Erfolg geschuldet, kann darin die Herstellung geistiger, ideeller, unkörperlicher Werke bestehen, wie dies etwa für einen Geschäftsführer festgestellt und die Annahme eines Dienstverhältnisses auf dieser Grundlage verneint wurde.³⁹⁸ Ein weiteres Kriterium ist die (b) Leitung des Arbeitgebers, welche immer dann angenommen wird, wenn zwar keine Bindung an Arbeitszeiten und Arbeitspausen gegeben ist, aber dennoch auch für diese Fälle eine Weisungsbindung bzw. Leitungsgewalt des Dienstgebers bejaht werden kann. Dieses Merkmal wird gerade bei Außendienstmitarbeitern häufig herangezogen.³⁹⁹ Hinzu tritt als weiteres Kriterium die (c) Weisungsbindung im Organismus des Betriebes. Dabei ist eine Unterscheidung in sachliches und persönliches Weisungsrecht zu treffen. Das sachliche Weisungsrecht, das auf den Arbeitserfolg gerichtet ist, begründet alleine noch nicht die Dienstnehmereigenschaft, weil auch Werkunternehmer sich in aller Regel bezüglich einer Tätigkeit zur Einhaltung bestimmter Weisungen ihres Auftraggebers verpflichten müssen. Demgegenüber spricht das persönliche Weisungsrecht für die Dienstnehmereigenschaft, da es auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet und dafür charakteristisch ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.⁴⁰⁰ Darunter fällt auch die disziplinarische Verantwortlichkeit des Dienstnehmers.⁴⁰¹ Gerade vertragliche Vereinbarungen, wie ein vereinbartes Konkurrenzverbot oder das Verbot, Aufträge abzulehnen, führen daher zu einer persönlichen Abhängigkeit und in weiterer Folge zur Dienstnehmereigenschaft.⁴⁰² Als weiteres Merkmal ist (d) die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers zu nennen. Diese ist insbesondere dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz und Arbeitsort vorgegeben bzw. die Arbeitsmittel zur Ver-

³⁹⁵ Vgl. § 47 EStG 1988 (i.d.F.v. 15.02.2005).

³⁹⁶ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 29.

³⁹⁷ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 30.

³⁹⁸ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 15.07.1998, GZ 97/13/0169, Rechtssatz Nr. 1.

³⁹⁹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 19.12.2000, GZ 99/14/0166; Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 31.

⁴⁰⁰ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 02.07.2002, GZ 2000/14/0148; UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 27.06.2008, GZ RV/0502-G/06; UFS Salzburg: Berufungsentscheidung vom 11.05.2007, GZ RV/0478-S/06.

⁴⁰¹ Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Salzburger Steueralog 2009 : Lohnsteuer-Ergebnisunterlage : GZ BMF-010222/0152-VI/7/2009, § 3 EStG 1988. URL: <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bmf-010222%2F0152-vi%2F7%2F2009&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=https%3A%2F%2Ffindok.bmf.gv.at%2Ffindok%2Flink%3Fgz%3D%2522BMF-010222%2F0152-VI%2F7%2F2009%2522%26queltig%3D20091006%26segid%3D%252242402.1.1%2B21.08.2009%2B09%3A32%3A44%3A25%2522&ei=9MjEUbzQDMeM4ATb7YCIaw&usq=AFQjCNHctu8OBvrySkMSiWE6dlagtuEdVA> - Wien, 2009, verfügbar am 21.06.2013.

⁴⁰² Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 32.

fügung gestellt bekommt oder auch in jenen Fällen in, denen der Dienstgeber weitestgehend die Rahmenbedingungen vorgibt, etwa das zeitliche Ausmaß der Tätigkeit oder die Einhaltung bestimmter Arbeitsstunden.⁴⁰³ Gerade für den Fall des Wechsels der Rechtsform, also wenn zuvor unselbstständig ausgeübte Tätigkeiten in der Folge selbstständig ausgeführt werden, wird ein besonders strenger Maßstab bei der Überprüfung angelegt,⁴⁰⁴ da die Vermutung des Missbrauchs der Rechtsform in diesen Fällen als evident angenommen wird.

Während sämtliche der vorausgegangenen Merkmale als Erkennungszeichen des unselbstständig beschäftigten Dienstnehmers beim freien Dienstnehmer nicht vorliegen dürfen, kommen in der Praxis weitere Prüfungskriterien für das freie Dienstverhältnis hinzu. Als wesentliches Merkmal für ein freies Dienstverhältnis wird auch das Vorliegen eines (e) Unternehmerwagnisses genannt. Zu beurteilen ist dabei, ob der Steuerpflichtige tatsächlich das Wagnis ins Gewicht fallender Einnahmeschwankungen trägt, wobei auch nicht überwältzable Ausgaben in die Überlegung miteinzubeziehen sind. Das Unternehmerwagnis liegt demnach dann vor, wenn der Erfolg der Tätigkeit des Steuerpflichtigen weitgehend von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der persönlichen Geschicklichkeit sowie von den Zufälligkeiten des Wirtschaftslebens abhängt und der Steuerpflichtige für die mit seiner Tätigkeit verbundenen Aufwendungen selbst aufkommen muss.⁴⁰⁵ Hinzu treten auch hier die freie selbstverantwortliche Zeiteinteilung, die Vertretungsbefugnis oder das allgemeine Fehlen von Spesenersatzansprüchen gegen Dritte.⁴⁰⁶ Gerade die Möglichkeit, Aufträge ohne Sanktion ablehnen oder annehmen zu können, spricht für ein Unternehmerrisiko.⁴⁰⁷ Das Unternehmerwagnis stellt sich daher in zweierlei Gestalt dar: Einerseits besteht es in der Möglichkeit, auf das betriebliche Geschehen Einfluss zu nehmen; hier spricht die Option, Aufträge ablehnen zu können oder Hilfskräfte beizuziehen für eine eigenständige Unternehmerinitiative, während erfolgsabhängige Entlohnungsteile auch bei Dienstnehmern vorkommen und daher noch nicht für ein Unternehmenswagnis sprechen können. An zweiter Stelle folgt das Unternehmerrisiko, das die Teilnahme an den wirtschaftlichen Risiken der Betriebsführung darstellt, was dann zu bejahen ist, wenn die Kosten und ein Verlustrisiko selbst getragen werden.⁴⁰⁸ In engem Zusammenhang mit diesem Kriterium steht die (f) Vertretungsbefugnis des Steuerpflichtigen, welche nur für den Fall die Dienstnehmereigenschaft ausschließt, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung eine solche Nutzung zu erwarten ist. Dagegen spricht ferner, wenn der Dienstgeber sich im Einzelfall die Zustimmung zur Vertretung

⁴⁰³ Vgl. UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 27.06.2008, GZ RV/0502-G/06; UFS Salzburg: Berufungsentscheidung vom 11.05.2007, GZ RV/0478-S/06.

⁴⁰⁴ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 32 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 24.06.2003, GZ 2003/14/0016, Rechtssatz Nr. 2.

⁴⁰⁶ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 28.03.2001, GZ 96/13/0010, Rechtssatz Nr. 1.

⁴⁰⁷ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 20.12.2000, GZ 99/13/0223; VwGH: Erkenntnis vom 16.01.1991, GZ 89/13/0194.

⁴⁰⁸ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 38.

ausbedungen hat.⁴⁰⁹ Zuletzt wird in den Kreis der zu beurteilenden Kriterien die (g) laufende Lohnzahlung einbezogen. Eine rein nach geleisteten Arbeitsstunden erfolgende Entlohnung allein bedeutet noch keine selbstständige Tätigkeit. Allerdings liefert die Art der Entlohnung eines Dienstverhältnisses für sich betrachtet noch keine hinreichenden Schlüsse auf die Unterordnung unter den geschäftlichen Willen des Arbeitgebers bzw. auf die Eingliederung in den Organismus des Dienstgebers. Auch Sozialleistungen, wie die Gewährung von Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder die Absicherung bei Verletzungen mögen zwar Kennzeichen eines allgemein üblichen Dienstverhältnisses sein, ihr Fehlen bedeutet aber noch nicht, dass ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 nicht schuldet.⁴¹⁰ Ebenso wie die Lohnzahlung ist die (h) wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers lediglich am Rande zur Beurteilung heranzuziehen. Diese ist nach herrschender Lehre nur eine Folgeerscheinung der persönlichen Abhängigkeit und kann ihr eine – wenn auch in schwierigen Abgrenzungsfällen nicht zu unterschätzende – Indizwirkung zukommen.⁴¹¹

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass auch die Abgrenzungskriterien des freien Dienstnehmers materienabhängig im Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht unterschiedlich zu behandeln sind. Bereits jetzt kann festgestellt werden, dass durch die Judikatur ein sehr enger Rahmen festgelegt wurde. Die Frage, ob man es sich aussuchen könne, aufgrund eines Dienstvertrages, eines freien Dienstvertrages oder gar eines Werkvertrages tätig zu werden, ist daher grundsätzlich mit „nein“ zu beantworten.⁴¹² Diese Wahl der Vertragsform ist vielmehr nur im Rahmen von eng umschriebenen Kriterien möglich, wobei diese nicht nur vertraglich zu vereinbaren sind, sondern auch tatsächlich in der konkreten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses geübt werden müssen. In der Praxis ist es allerdings wenig hilfreich, nur in einer der Materien die Qualifikation des freien Dienstnehmers zu erreichen, vordergründig besteht das Ziel darin, eine möglichst materienübergreifende Vertragsgestaltung zu finden. Das Risiko der Fehlbeurteilung ist vor dem Hintergrund der Vielzahl der Abgrenzungskriterien sowie der fehlenden exakten gesetzlichen Regelung durchaus evident. Ist der freie Dienstnehmer folglich auf die „rote Liste der gefährdeten Arten“ (Artenschutzliste) zu setzen, wie es unlängst Wilhelm Kurzböck formuliert hat⁴¹³, oder vielmehr: gibt es ihn überhaupt noch?

⁴⁰⁹ Vgl. UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 27.06.2008, GZ RV/0502-G/06; UFS Salzburg: Berufungsentscheidung vom 11.05.2007, GZ RV/0478-S/06.

⁴¹⁰ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 39; UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 27.06.2008, GZ RV/0502-G/06; UFS Salzburg: Berufungsentscheidung vom 11.05.2007, GZ RV/0478-S/06.

⁴¹¹ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 40.

⁴¹² Vgl. Dienstvertrag - freier Dienstvertrag - Werkvertrag, in: Finanz Journal (2008, Stand: 01.01.2007) S. 28.

⁴¹³ Vgl. Kurzböck, Wilhelm: Freier Dienstnehmer gesichtet! : Was die Praxis aus dem Hausbetreuerurteil lernen kann, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2013), Heft 5 vom 27.05.2013, S. 126.

2.2.2 Zusammenfassender Abgrenzungskriterienkatalog für den freien Dienstnehmer

Die Ausgangslage der Überprüfung der „freien Dienstnehmereigenschaft“ eines konkreten Vertragsverhältnisses bildet sowohl im Arbeits-, als auch im Steuer- und Sozialrecht nicht die äußere Form, sondern das tatsächliche Erscheinungsbild. So ist im Sozialversicherungsrecht nach § 539a Abs. 1 ASVG stets der wahre wirtschaftliche Gehalt zu ergründen. Ein Missbrauch von Formen durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann Verpflichtungen nach § 4 Abs. 2 ASVG nicht umgehen oder mindern. Demnach ist ein Sachverhalt stets so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Beurteilung des Sachverhalts ohne Bedeutung.⁴¹⁴ Demgegenüber hält der OGH zum freien Dienstnehmer im Arbeitsrecht in ständiger Rechtsprechung fest, dass bei der Abgrenzung zwischen Arbeits- und freiem Dienstvertrag insgesamt nicht auf die Bezeichnung und die Gestaltung des (schriftlichen) Vertrages, sondern auf die allenfalls davon abweichende tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses abzustellen ist.⁴¹⁵ In gleicher Weise wird diese Fragestellung zuletzt auch im Zusammenhang mit der steuerrechtlichen Beurteilung bewertet. So tritt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 47 Abs. 2 EStG 1988 die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung des Leistungsverhältnisses jedenfalls in den Hintergrund, vielmehr kommt der tatsächlichen Abwicklung des Vertragsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien im Umfang der konkreten einzelnen Rechte und Pflichten für die Beurteilung des Vorliegens selbstständiger oder nicht selbstständiger Tätigkeit primäre Bedeutung zu. Aus diesem Grund sind entsprechende Sachverhaltsfeststellungen in einem über die rechtliche Beurteilung des Leistungsverhältnisses ergehenden Bescheid unerlässlich.⁴¹⁶

Die Ausgangslage kann also in den drei Rechtsgebieten gleich beurteilt werden – stets wird die Wahl der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses lediglich gering gewichtet und ist der Fokus auf die tatsächliche Abwicklung des Vertragsverhältnisses zu legen. Dies lässt bereits zu diesem Zeitpunkt den notwendigen Schluss zu, dass ein freies Dienstverhältnis nicht auf dem Papier besiegelt werden kann, sondern dass ist vor allem die konkrete Ausgestaltung des Dienstverhältnisses in allen Rechtsbereichen maßgeblich ist. Auch wenn durch die Rechtsprechung in den einzelnen Materien stets eine eigenständige Interpretation betont wird und Abweichungen bewusst in Kauf genommen werden, ist abzuklären, ob Gemeinsamkeiten gefunden werden können, die eine Ausgestaltung des freien Dienstverhältnisses derart ermöglichen, dass es materienübergreifend als solches qualifiziert wird. In weiterer Folge ist der festgestellte Sachverhalt anhand nachfolgender Kriterien zu qualifizieren:

⁴¹⁴ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 12.09.2012, GZ 2009/08/0042; VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0268; Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 65 f.

⁴¹⁵ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0086121; OGH: Rechtssatz RS0111914.

⁴¹⁶ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 27.02.2002, GZ 2001/13/170, Rechtssatz Nr. 3.

	Arbeitsrecht	Steuerrecht	Sozialrecht
1 persönliche Unabhängigkeit	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1a Vertretungsrecht (im Sinne einer faktischen Gewährung und einer konkreten Übung); im Wesentlichen jedoch persönliche Leistungserbringung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1b Recht, Aufträge ablehnen zu können	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1c Recht, (Hilfs-)Personen beiziehen zu können	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
1d mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Arbeitgebers; fehlende Eingliederung in die Betriebsorganisation	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1e fehlende Weisungsbindung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1f fehlende Kontrollunterworfenheit	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1g freie Zeiteinteilung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1h freie Wahl des Arbeitsortes	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
2 Unternehmerwagnis	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
2a keine laufende Lohnzahlung, aber angemessenes Entgelt (kein bloßer Aufwandsersatz)	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
2b keine Gewährung von Sozialleistungen, Urlaub, Entgeltfortzahlung bei Krankheit	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
3 keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel, wirtschaftliche Abhängigkeit	-	<input checked="" type="checkbox"/>	-
4 Dauerschuldverhältnis / zeitliche Mindestdauer	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
5 qualifizierter Dienstgeber	-	<input checked="" type="checkbox"/>	-
6 Entgeltlichkeit	-	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
7 Vertragsgegenstand: Dienstleistungserbringung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

zu erfüllen – nicht relevant

Tabelle 4 Abgrenzungskriterien des freien Dienstverhältnisses ⁴¹⁷

Die zusammenfassende Darstellung der im vorausgegangenen Kapitel erarbeiteten Abgrenzungskriterien im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht zeigt, dass durchaus materienübergreifend gemeinsame Abgrenzungskriterien bestehen. So liegt weitgehende Übereinstimmung im Bereich des Dauerschuldverhältnisses, des Vertragsgegenstandes und der persönlichen Unabhängigkeit vor. Allerdings treten die abweichenden Kriterien des Sozialversicherungsrechtes in Form des Fehlens wesentlicher eigener Betriebsmittel bei wirtschaftlicher Abhängigkeit sowie des Erfordernisses des qualifizierten Dienstgebers in den Vordergrund. Dennoch fehlen klar definierte Abgrenzungskriterien für die Praxis.⁴¹⁸ Ebenso verhält es sich mit den steuerrechtlich erforderlichen Kriterien des Unternehmenswagnisses. Dieses Abgrenzungsproblem geht einher mit dem materien-

⁴¹⁷ Vgl. Kapitel 2.2.1.

⁴¹⁸ Vgl. Peschek, Ralf ; Unterrieder, Matthias: Gibt es noch freie Dienstnehmer?, in: eolex (2008), S. 988 ff.

spezifisch unterschiedlich geprägten Dienstnehmerbegriff. Auch diesbezüglich bestehen erhebliche Argumente für eine faktische Angleichung der Definitionen.⁴¹⁹ Zurückkommend auf den freien Dienstnehmer ist festzustellen, dass die Abgrenzungskriterien soweit nicht in einem derartigen Widerspruch zueinander stehen, dass sie nicht in einem Vertragsverhältnis vereinbar wären.

Generell ist jedoch zu beachten, dass die vorbezeichneten Abgrenzungskennzeichen nicht kumulativ gegeben sein müssen; es ist ausreichend, wenn der Sachverhalt bei Würdigung des Gesamtbildes unter Einbeziehung aller Umstände zu dem Ergebnis führt, dass die Freiheitsrechte bzw. die persönliche Unabhängigkeit des freien Dienstnehmers überwiegen. Einzelne Kriterien, welche eine abweichende Beurteilung bedingen würden, können durchaus als weniger gewichtig gewertet werden.⁴²⁰

Dies zeigt allerdings, dass der Vertragserrichter einerseits, aber auch Dienstgeber und Dienstnehmer in der konkreten Ausgestaltung des Dienstverhältnisses stets auf diese Kriterien Bedacht nehmen müssen, um nicht dem Risiko einer abweichenden Qualifizierung ausgesetzt zu sein. Gerade bei der Heranziehung der bereits definierten Merkmale des dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmers wird dies deutlich. Wenngleich dessen Vertrag im Arbeitsrecht noch als freies Dienstverhältnis gewertet werden kann, ist dieser nach § 47 Abs. 2 EStG im Steuerrecht bzw. § 4 Abs. 2 ASVG im Sozialversicherungsrecht als „echter“ Dienstvertrag zu qualifizieren, wenn der „freie“ Dienstnehmer z. B. zur persönlichen Arbeit verpflichtet ist, ihn eine Berichterstattungspflicht trifft, er in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht an den Betrieb gebunden ist, er die Arbeit in der Betriebsstätte des Unternehmers zu verrichten hat und zudem nur über ein Minimum an eigener Beschlussfähigkeit verfügt und gleichzeitig unter der Dispositions- und Weisungsbefugnis des Dienstgebers steht.⁴²¹ Dies zeigt auf, dass die Grenzziehung zwischen freiem Dienstnehmer und arbeitnehmerähnlichem freien Dienstnehmer sehr schwierig ist, da für weiteren häufig Merkmale gefordert werden, welche nicht mehr mit den Abgrenzungskriterien des freien Dienstnehmers im Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrecht vereinbar sind.

2.2.3 Beurteilung anhand des zugrunde liegenden Fallbeispiels⁴²²

Zur Beurteilung des Sachverhaltes sind neben dem „freien Mitarbeitervertrag“ vor allem jene Ermittlungsergebnisse, welche Rückschlüsse auf die tatsächliche Ausgestaltung des

⁴¹⁹ Vgl. Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 44 ff.

⁴²⁰ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 29; OGH: Rechtssatz RS0050842.

⁴²¹ Vgl. Neumayr, Matthias, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter, a.a.O., § 51 ASGG, Rz. 17 f.; ferner: Mazal, Wolfgang ; Risak Martin E.: Das Arbeitsrecht : System und Praxiskommentar, a.a.O., I. 3.1 Die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das Arbeitsrecht, S. 68, Rz. 87.

⁴²² Siehe Anlagen Teil 2 bis 4.

Beschäftigungsverhältnisses⁴²³ (dessen wahren wirtschaftlichen Gehalt⁴²⁴) zulassen, von besonderer Wichtigkeit. Aus diesem Grund kommt dem „Fragebogen der Gebietskrankenkasse (kurz GKK) zur Klärung der Versicherungspflicht“⁴²⁵ erhebliche Bedeutung zu.

Wie dem freien Mitarbeitervertrag zunächst entnommen werden kann, wurde dieser beginnend mit 08.01.2013 auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und lässt, vor allem in Verbindung mit den Befragungsergebnissen der N. N., die Feststellung zu, dass dieser Vertrag als Dauerschuldverhältnis begründet wurde. Geschuldet werden verschiedene Leistungen, einerseits die Herstellung und Programmierung von Software und deren Dokumentation, andererseits aber auch die Kundenbetreuung und Softwarewartung. Zumindest hinsichtlich der Softwareprogrammierung und Dokumentation wäre ein Werkvertragsverhältnis möglich, sofern die Leistung bzw. hier die Software und deren Dokumentation von vornherein exakt bestimmt wären und die Tätigkeit mit der Herstellung der Software enden würde. Beides kann jedoch nach den Angaben von N. N. im Rahmen der Befragung durch die GKK nicht bestätigt werden. Auch eine Aneinanderreihung von mehreren Softwareherstellungsaufträgen wäre denkbar. Diese Annahme scheidet jedoch ebenso an der fehlenden Definition einer bestimmten Leistung und an einer dafür in der Regel erforderlichen neuerlichen Beauftragung der N. N. durch die Software XY GmbH. Schon im freien Mitarbeitervertrag und zudem in der Beschreibung des Arbeitsablaufes der N. N. wird jedoch ersichtlich, dass sie in erster Linie als Teammitglied bei gemeinsamen Softwareprodukten mitbeschäftigt war, nicht jedoch ein konkret bestimmtes Softwareprodukt zu programmieren hatte. Gestützt wird diese Feststellung darauf, dass der freie Mitarbeitervertrag keine Regelung hinsichtlich eines bestimmten individuell konkretisierten Erfolges aufweist. Es liegt daher im gegenständlichen Fall eine Verpflichtung zur Dienstleistung vor, da die Leistungen der Art nach gattungsgemäß umschrieben sind und deren Erbringung für eine bestimmte Zeit hinweg geschuldet wird. Damit wird das für den freien Dienstnehmer im Arbeits-⁴²⁶ und Sozialversicherungsrecht⁴²⁷ vorausgesetzte Merkmal des **Dauerschuldverhältnisses** erfüllt, währenddessen dieses Merkmal im Steuerrecht für die Qualifikation als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 in Verbindung mit § 25 EStG 1988 herangezogen wird.⁴²⁸ Da ein Werkvertrag schon auf dieser Ebene der Begutachtung ausgeschlossen werden kann, ist in weiterer Folge zu prüfen, ob ein freies Dienstverhältnis – wie es dem Vernehmen der Parteien nach beabsichtigt war – begründet wurde.

Im Arbeits-, Steuer- und Sozialrecht liegt das Augenmerk jeweils zuerst auf der **Prüfung der persönlichen Unabhängigkeit** des freien Dienstnehmers. Ein durch N. N. tatsächlich

⁴²³ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0086121; OGH: Rechtssatz RS0111914.

⁴²⁴ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 12.09.2012, GZ 2009/08/0042; VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0268; Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger, a.a.O., S. 65 f.

⁴²⁵ Siehe Anlagen Teil 4.

⁴²⁶ Vgl. OGH: Urteil vom 19.12.2007, GZ 9 ObA 118/07d.

⁴²⁷ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2011/08/0391.

⁴²⁸ Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Erlass vom 14.12.2011, Aktenzeichen BMF-010222/0049-VI/7/2013, Kapitel 42.5.12, Rz. 10981 ff.

genutztes Vertretungsrecht bzw. noch nicht einmal eine darauf gerichtete vertragliche Vereinbarung können dem Sachverhalt entnommen werden. Vielmehr wird N. N. nach § 2 des freien Mitarbeitervertrages zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet. Das sowohl für das Arbeits-⁴²⁹, Sozialversicherungs-⁴³⁰ als auch Steuerrecht⁴³¹ für die persönliche Unabhängigkeit des freien Dienstnehmers maßgebliche Kriterium der **Vertretungsbefugnis** wird im vorliegenden Sachverhalt daher nicht erfüllt. Auch eine Vereinbarung, wonach N. N. berechtigt gewesen wäre, einzelne **Aufträge** ohne weitere Sanktionen **abzulehnen** bzw. dass dies in der Praxis vorgekommen wäre, lässt sich dem festgestellten Sachverhalt ebenso nicht entnehmen und wird dieses für das Sozialversicherungs-⁴³² und Steuerrecht⁴³³ maßgebliche Abgrenzungskriterium für den freien Dienstvertrag nicht erfüllt. Im Ergebnis wird dem auch im Arbeitsrecht gefolgt, wenn für einen freien Dienstnehmer als weiteres Kriterium angenommen wird, dass diesen keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung trifft, sondern ihm vielmehr generell nur die Berechtigung, tätig zu werden, zukommt.⁴³⁴ Darüber hinaus wäre sowohl nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als auch des Obersten Gerichtshofes entscheidend, dass das Recht, Aufträge ablehnen zu können, auch tatsächlich genutzt wird. Davon kann im vorliegenden Sachverhalt freilich nicht die Rede sein.⁴³⁵ Als weiteres Abgrenzungsmerkmal ist die Frage nach der Berechtigung zur **Beziehung von Hilfskräften** zu beleuchten. Auch dieses im Sozialversicherungsrecht ins Gewicht fallende Kriterium wird aufgrund der höchstpersönlichen Leistungsverpflichtung der N. N. nicht erfüllt. Zudem wird durch N. N. angegeben, dass sie zu keiner Zeit Dritte zur Erfüllung der übernommenen Leistungsverpflichtung herangezogen hätte.⁴³⁶

Das Merkmal der fehlenden Eingliederung in die betriebliche Organisation des Dienstgebers steht in engem Zusammenhang mit den weiteren Abgrenzungsmerkmalen der fehlenden Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit. Wie N. N. im Rahmen der weiteren Befragung schildert, hat sie die Softwareprogramme in enger Zusammenarbeit mit den übrigen Dienstnehmern des Unternehmens entwickelt, insoweit war sie in vorgegebene Arbeitsabläufe eingebunden und nutzte die im Betrieb vorhandenen Ressourcen. In der Gestaltung der Arbeitsabläufe stimmte sie sich stetig mit den weiteren Mitarbeitern ab, es wurden gemeinsame Ziele definiert und wechselseitig vom Erreichen bestimmter Meilen-

⁴²⁹ Vgl. OGH: Beschluss vom 16.06.2008, GZ 8 ObA 30/08f; OGH: Rechtssatz RS0118332.

⁴³⁰ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0268.

⁴³¹ Vgl. Bundesministerium für Finanzen: Wartungserlass 2009, GZ BMF-010222/0217-VI/7/2009 vom 14.12.2009. URL: http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bmf-010222%2F0217-vi%2F7%2F2009&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=https%3A%2F%2Ffindok.bmf.gv.at%2Ffindok%2Flink%3Fqz%3D%2522BMF-010222%252F0217-VI%252F7%252F2009%2522%26queltiq%3D20091214%26segid%3D%252244249.1.1%2B10.12.2009%2B17%253A08%253A09%253A94%2522&ei=xV_HUaWAKomB4ATQ7YGACw&usq=AFQjCNEezQGEEmJvP8ZCPx8FizQJIB_oMAw, verfügbar am 23.06.2013.

⁴³² Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 02.05.2012, GZ 2010/08/0083.

⁴³³ Vgl. UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 13.03.2013, GZ RV/2201-W/09.

⁴³⁴ Vgl. OLG Wien: Erkenntnis vom 15.12.2004, GZ 8 Ry 148/04z; OGH: Beschluss vom 30.10.2003, GZ 8 ObA 45/03f.

⁴³⁵ Vgl. Naderhirm, Johanna: Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis : Anmerkung zur jüngsten OGH-Judikatur, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (2004), Heft 7 vom 15.07.2004, S. 422.

⁴³⁶ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0268.

steine berichtet. Dabei hatte sich N. N. an bestimmte betriebsinterne Richtlinien zur Softwaregestaltung zu halten und betriebsinterne Berichte und Formulare für das Qualitätsmanagement auszufüllen. Gerade dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, N. N. auch einige Arbeiten von zu Hause aus erledigt und dafür einen Laptop der Software XY GmbH zur Verfügung gestellt bekommt, steht dies dem Merkmal der betrieblichen Eingliederung nicht entgegen, wenn durch den Arbeitgeber Weisungen und Kontrollen in Form einer stillen Autorität weiter ausgeübt werden. Dies ist im gegebenen Fall zu bejahen, da N. N. auch zu Hause über die Vernetzung mit dem Betrieb der Software XY GmbH im Wege des Fernzuganges denselben internen organisatorischen Regelungen, besonders auch den Vorgaben der übrigen Mitarbeiter, untergeordnet war. Dies zeigt sich beispielsweise bei den gestalterischen bzw. layoutierenden Tätigkeiten, im Rahmen derer sie Meinungen von Kollegen zu berücksichtigen und einzuarbeiten hatte. Eine mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Dienstgebers ist somit nicht gegeben. Das Zurverfügungstellen von Laptop, EDV-Anlage und Handy für sich würde hingegen der Annahme eines freien Dienstverhältnisses noch nicht entgegenstehen.⁴³⁷ Gerade weil N. N. sich in der Hierarchie des Unternehmens an unterster Stelle sieht und Arbeitsanweisungen von sämtlichen Mitarbeitern der Software XY GmbH zu befolgen hat, ist von einer Eingliederung der N. N. in die betriebliche Organisation der Software XY GmbH auszugehen und ist folglich das Abgrenzungsmerkmal der **fehlenden Eingliederung in die Betriebsorganisation** im Steuer-⁴³⁸ und Sozialversicherungsrecht⁴³⁹ nicht erfüllt.⁴⁴⁰ Darüber hinaus ergeben sich keine Hinweise darauf, dass N. N. weitgehend selbstständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens den Ablauf der Arbeit regeln und auch jederzeit ändern konnte. Umgekehrt ist daher laut festgestelltem Sachverhalt die Eingliederung in die betriebliche Organisation des Dienstgebers als Merkmal des Dienstnehmerbegriffes im Arbeitsrecht als erfüllt anzusehen und führt dies also auch im Arbeitsrecht zu demselben Ergebnis.⁴⁴¹

Dieser Feststellung folgend ist weiters das Abgrenzungsmerkmal der fehlenden Weisungsbindung der N. N. zu verneinen, da diese auch hinsichtlich ihres persönlichen Verhaltens bei der Erbringung der Arbeitsleistung Weisungen erhielt. Durch diese Weisungen betreffend Arbeitsort, -zeit und -verhalten und die Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften wurde die Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung der Arbeitsleistung weitgehend ausgeschaltet. Durch die Verantwortlichen der Software XY GmbH angeordnete Teammeetings, Besprechungen mit Kunden, Präsentationen der Produkte, Änderungen und Optimierungen der Arbeitsabläufe, Kontrollen über das betriebsinterne Qualitätsmanagement sowie ein Feedbacksystem waren wahrzunehmen bzw. zu befolgen. Auch die Arbeitszeit wurde mittels Zeiterfassungssystems kontrolliert und ausgewertet.

⁴³⁷ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 19.12.2012, GZ 2012/08/0224.

⁴³⁸ Vgl. UFS Klagenfurt: Berufungsentscheidung vom 29.12.2010, GZ RV/0224-K/06.

⁴³⁹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0268.

⁴⁴⁰ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 27.

⁴⁴¹ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0021284 (T3); OGH: Beschluss vom 14.06.2000, GZ 9 ObA 7/00w; OGH: Beschluss vom 26.07.2012, GZ 8 ObA 56/11k.

Zudem wurden projektbezogene Zeitvorgaben und deren Einhaltung überprüft. Außerdem gibt N. N. an, dass es üblich war, Urlaubswünsche im Vorhinein zu deponieren, um eine organisatorische Berücksichtigung im Betrieb zu ermöglichen. Diese Tatbestände sprechen für die Annahme einer weitgehenden Weisungs- und Kontrollunterworfenheit. Ein Raum für eine persönliche Gestaltungsfreiheit verblieb für N. N. bei diesem System nicht. Weiters ist zu berücksichtigen, dass sich auch die Kontrollen nicht etwa auf die fertig gestellte Software bezogen, sondern ganz generell auf das Verhalten der N. N. in der betrieblichen Organisation der Software XY GmbH. Die Möglichkeit der N. N., selbst gestaltend mitzuwirken, indem sie im Feedbacksystem sowie im Qualitätsmanagement Verbesserungsvorschläge vorbringen konnte, die im Weiteren der Diskussion mit den übrigen Mitarbeitern unterzogen wurden, kann eine fehlende Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit nicht begründen. Gerade das letztlich zum Ausspruch der sofortigen Beendigung des Vertrages führende Zerwürfnis des Geschäftsführers der Software XY GmbH über das aus seiner Sicht unerlaubte und unentschuldigte Fernbleiben vom Teammeeting samt Kundengespräch spricht für eine Sanktionsunterworfenheit im Betrieb der Software XY GmbH. Die Abgrenzungsmerkmale der **fehlenden Weisungsbindung** und **Kontrollunterworfenheit** werden daher sowohl in arbeits-⁴⁴², als auch in sozialversicherungs-⁴⁴³ wie steuerrechtlicher⁴⁴⁴ Hinsicht nicht erfüllt.

Neben den Abgrenzungsmerkmalen der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit bildet die fehlende Gebundenheit hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit im Arbeitsrecht ein wesentliches Abgrenzungskriterium zum Dienstnehmer, da damit die organisatorische Gebundenheit an die funktionelle Autorität des Dienstgebers als Merkmal des Dienstnehmerbegriffes geprüft wird.⁴⁴⁵ Wie N. N. im Rahmen der Befragung angegeben hat, war die zeitliche Einteilung im Betrieb dadurch geprägt, dass zumindest 1/3 der Arbeitszeit durch die Software XY GmbH vorbestimmt war, indem Teambesprechungen, Kundentermine, Besprechungen im Rahmen der Qualitätssicherung und Konzeptvorstellungen vorgegeben wurden. Darüber hinaus konnte N. N. weitgehend selbst über ihre Arbeitszeit disponieren. Sie war dabei nur an bestimmte Berichtspflichten gebunden, hatte jedoch die Arbeitszeit im betriebsinternen Arbeitszeitsystem genau und projektbezogen zu erfassen. Bereitschaftszeiten waren hingegen keine vorgesehen. Korrespondierend mit der Arbeitszeit verhält sich die Bestimmung des Arbeitsortes, der im Umfang von etwa 1/3 durch den Arbeitgeber vorgegeben wurde und ansonsten durch N. N. frei eingeteilt werden konnte. Im Arbeitsrecht ist die Abgrenzung zum Dienstvertrag anhand dieser Kriterien schwierig, da eine vereinbarte erweiterte Möglichkeit der Gestaltung der Arbeitszeit und wohl auch des Arbeitsortes noch nicht zwangsläufig auf einen Wegfall der persönlichen Abhängigkeit

⁴⁴² Vgl. OGH: Rechtssatz RS0021518; OGH: Rechtssatz RS0021743; OGH: Rechtssatz RS0021284.

⁴⁴³ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0261.

⁴⁴⁴ Vgl. UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 17.10.2012, GZ RV/2032-W/09; UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 16.05.2013, GZ RV/0770-G/12 (Anmerkung: in Bezug auf § 2 UStG 1994).

⁴⁴⁵ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0021284; OGH: Rechtssatz RS0021306; OGH: Rechtssatz RS0021330; OGH: Rechtssatz RS0021332; OGH: Rechtssatz RS0021375; OGH: Rechtssatz RS0021518; OGH: Rechtssatz RS0021792.

schließen lässt.⁴⁴⁶ Durch den Obersten Gerichtshof wurde ein Wegfall der persönlichen Abhängigkeit etwa für den Fall bejaht, dass jeweils am Vortag entschieden wurde, für den nächsten Tag eine Stunde abzuhalten. Damit bleibe dem Dienstnehmer noch genügend Dispositionsfähigkeit.⁴⁴⁷ Wie die Arbeitszeitaufzeichnungen ergeben, wurden durch N. N. pro Woche im Schnitt 30 Arbeitsstunden erfasst. Danach ist zu berücksichtigen, dass lediglich die Disposition der Lage der Arbeitszeit im Umfang von 2/3 der Gesamtarbeitszeit ins Ermessen von N. N. gelegt wurde. Andererseits führt eine Bindung an einen bestimmten Arbeitsort und eine bestimmte Arbeitszeit noch nicht zwangsläufig zur Annahme einer persönlichen Abhängigkeit, wenn dies in der Natur der Sache gelegen ist. Gerade in Bezug auf die Kundentermine sowie Teambesprechungen könnte dieses Argument herangezogen werden.⁴⁴⁸ Da eine exakte Abgrenzung durch die Rechtsprechung fehlt, könnte vor diesem Hintergrund von einem, wenn auch nur schwach ausgeprägten, Merkmal der persönlichen Unabhängigkeit durch weitgehend **freie Zeiteinteilung** und **Wahl des Arbeitsortes**, ebenso wie von einer Verneinung dieser Abgrenzungsmerkmale in arbeitsrechtlicher Hinsicht ausgegangen werden. Da die Klärung dieser Frage auf eine einzel-fallbezogene Entscheidung der Gerichte oder Behörden hinausläuft, ist ein schwer abschätzbares, hohes Risiko hinsichtlich einer gerichtlichen Entscheidung zu erwarten.⁴⁴⁹ Zudem hat der Oberste Gerichtshof auch für den Fall der freien Zeiteinteilung ein abhängiges Arbeitsverhältnis zwar für möglich, im von ihm geprüften Fall jedoch die Entscheidung offen gehalten.⁴⁵⁰ Auch der Verwaltungsgerichtshof gelangt in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht zu einem sehr ähnlichen Ergebnis, indem er in einem Fall der weitgehend selbstständigen Zeiteinteilung das Vorliegen eines freien Dienstvertrages offen ließ. Dabei führt der Verwaltungsgerichtshof beispielhaft an, dass etwa auch bei Außendienstmitarbeitern und Vertretern gerade die Führung von Aufzeichnungen über Zeit und Ort der jeweiligen Tätigkeit, Berichtspflichten, sowie die Verpflichtung, zeitlich vorgegebene Koordinations- und Informationstermine im Unternehmen wahrzunehmen, als Merkmale einer abhängigen Beschäftigung angesehen werden.⁴⁵¹ Ferner sieht der Verwaltungsgerichtshof in diesen Fällen, auch wenn der Dienstnehmer genau weiß, was zu erledigen ist bzw. wie er sich dabei zu verhalten hat und nur aus diesem Grund durch den Dienstgeber faktisch keine weiteren Weisungen und Kontrollen erfolgen, dennoch eine persönliche Abhängigkeit gegeben und begründet dies mit der sogenannten „stillen Autorität des Arbeitgebers“. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Dienstnehmer aufgrund seiner Erfahrung im Betrieb von sich aus weiß und beurteilen kann, in welcher Form der Dienstgeber die Ausführung der Arbeitsleistung wünscht. Auch wenn dabei die Weisung des Dienstgebers unausgesprochen bleibt, wird dennoch von einer stillen Autorität des Dienstgebers aus-

⁴⁴⁶ Vgl. Tomandl, Theodor: Der rätselhafte freie Dienstnehmer, in: Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht : ZAS (2006), S. 38 ff.

⁴⁴⁷ Vgl. OGH: Urteil vom 05.05.1999, GZ 9 ObA 10/99g.

⁴⁴⁸ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 28; OGH: Urteil vom 05.05.1999, GZ 9 ObA 10/99g.

⁴⁴⁹ Vgl. Tomandl, Theodor: Der rätselhafte freie Dienstnehmer, a.a.O., S. 38 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. OGH: Urteil vom 21.02.2002, GZ 8 ObS 206/01d.

⁴⁵¹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 17.10.2012, GZ 2010/08/0256.

gegangen.⁴⁵² Ebenso verhält es sich im Steuerrecht. In steuerrechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Judikatur der Unabhängigen Finanzsenate für den Fall der freien Arbeitszeiteinteilung durch den Dienstnehmer das Vorliegen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 EStG 1988 nicht von vornherein auszuschließen, da dieser Umstand weder gegen das Bestehen einer persönlichen Abhängigkeit, noch gegen das einer Eingliederung in den Betrieb spricht.⁴⁵³ Im Ergebnis kann daher sowohl für das Arbeits-, als auch das Steuer- und Sozialrecht festgestellt werden, dass alleine aus dem Merkmal der weitgehend freien Zeiteinteilung weder eine klare Entscheidung für noch gegen die persönliche Unabhängigkeit getroffen werden kann. Vielmehr sind aus diesem Grund die übrigen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit für eine Abgrenzung heranzuziehen.

Neben den Abgrenzungsmerkmalen zur persönlichen Unabhängigkeit ist im Steuerrecht als weiteres Kriterium das Unternehmerwagnis zu prüfen. Ein Unternehmerwagnis wird angenommen, wenn der Dienstnehmer den materiellen Erfolg seiner Tätigkeit sowohl auf Einnahmen- wie auch auf Ausgabenseite selbst gestalten bzw. maßgeblich beeinflussen kann.⁴⁵⁴ Dies setzt einerseits voraus, dass die Höhe der erzielten Einnahmen maßgeblich von dem Fleiß, der Tüchtigkeit, der Ausdauer und zuletzt von der persönlichen Geschicklichkeit des Dienstnehmers abhängen und dass die mit der Tätigkeit verbundenen Ausgaben nicht durch den Dienstgeber getragen werden.⁴⁵⁵ Gegenständlich wurde jedoch durch N. N. mit der Software XY GmbH vereinbart, dass monatlich eine Vergütung in Form eines Honorars in Höhe von EUR 18,00 pro Stunde für die geleisteten Stunden zur Auszahlung gelangt. Darüber hinaus gibt N. N. an, dass sie in unregelmäßigen Abständen durch die Geschäftsführer der Software XY GmbH circa EUR 20,00 für den Materialaufwand zu Hause, etwa für Druckerpatronen, Papier u. dgl., erhalten habe. Dieser pauschale Aufwandsersatz steht nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes für sich noch nicht der Annahme eines ausgabenseitigen Unternehmensrisikos entgegen.⁴⁵⁶ Doch stellt auf der anderen Seite die Vereinbarung eines Stundenhonorars ein Indiz dafür dar, dass kein bestimmter Arbeitserfolg geschuldet, sondern lediglich die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird.⁴⁵⁷ Als weiteres Indiz für das Vorliegen eines unselbstständigen Beschäftigungsverhältnisses ist im konkreten Fall anzusehen, dass die zur Auszahlung gelangenden Vergütungen der Höhe nach nur sehr geringen Schwankungen unterworfen waren.⁴⁵⁸ Zwar wurde laut freiem Mitarbeitervertrag kein monatliches Fixum vereinbart (dies würde nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Annahme eines unselbstständigen Dienstverhältnisses führen⁴⁵⁹), doch kommt N. N. diesem sehr nahe, da Einkom-

⁴⁵² Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 19.02.2003, GZ 99/08/0054.

⁴⁵³ Vgl. UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 17.10.2012, GZ RV/2032-W/09; VwGH: Erkenntnis vom 02.02.2010, GZ 2009/15/0191.

⁴⁵⁴ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 24.02.1999, GZ 98/13/0014, Rechtssatz Nr. 2.

⁴⁵⁵ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 19.12.1990, GZ 89/13/0131, Rechtssatz Nr. 1.

⁴⁵⁶ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 26.07.2000, GZ 2000/14/0061.

⁴⁵⁷ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 28.05.2009, GZ 2007/15/0163.

⁴⁵⁸ Vgl. UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 16.05.2013, GZ RV/0770-G/12.

⁴⁵⁹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 24.11.2011, GZ 2008/15/0180; VwGH: Erkenntnis vom 28.11.2002, GZ 97/13/0069.

menseinbußen nur für den Fall der Krankheit und desurlaubes zu verzeichnen waren. Dabei ist weiter zu beachten, dass während der aufrechten Beschäftigung in der XY Software GmbH auch keine Ausgaben zu tragen waren und daher ein Risiko, einen wirtschaftlichen Verlust zu erleiden, in diesen Zeiträumen nicht gegeben war. Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stellt die Gewährung von Sozialleistungen, etwa in Form der Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder Urlaub oder die Absicherung im Verletzungsfall, ein Kennzeichen allgemein üblicher Dienstverhältnisse dar, doch steht deren Fehlen noch nicht der Annahme einer unselbstständigen Tätigkeit im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 entgegen.⁴⁶⁰ Im Besonderen kann dieses Kriterium bei entscheidenden Merkmalen, die gegen das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses sprechen, nicht zur Charakterisierung eines Unternehmerwagnisses herangezogen werden.⁴⁶¹ Zusammenfassend ist daher für das Abgrenzungskriterium des **Unternehmerwagnisses** im Steuerrecht festzustellen, dass aufgrund der de facto **laufenden**, zeitraumbezogen etwa gleichen **Lohnzahlung** trotz fehlender **Sozialleistungen** vor allem aufgrund des fehlenden ausgabenseitigen Verlustrisikos der N. N. in der Gesamtabwägung von einem Wegfall des Unternehmerwagnisses ausgegangen werden muss.

Hinzu kommt in sozialversicherungsrechtlicher Sicht das Abgrenzungskriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Zu diesem Merkmal ist einerseits festzustellen, dass nach § 2 des Vertrages über freie Mitarbeit der Auftraggeber der Auftragnehmerin alle zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Informationen, Hilfsmittel und Unterlagen zur Verfügung stellt. Darüber hinaus wurde N. N. nach ihren eigenen Angaben ein Laptop zur Verfügung gestellt, den sie auch für die Arbeit von zu Hause aus nutzte. Dass sie ihren Drucker daheim gelegentlich nutzte, wofür sie im Übrigen einen pauschalen Aufwandsersatz von den Geschäftsführern erhielt, kann keinen Zweifel daran begründen, dass im konkreten Fall keine wesentlichen Einrichtungen und Betriebsmittel bei N. N. vorhanden waren, die eine selbstständige Ausübung der Programmierertätigkeit ermöglicht hätten.⁴⁶² Darüber hinaus konnte N. N. die Betriebsmittel nicht zu ihrem eigenen Nutzen frei verwenden, sondern hatte diese ausschließlich für die Betriebszwecke der Software XY GmbH einzusetzen. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die persönliche Unabhängigkeit der N. N. in der vorausgegangenen Prüfung zu verneinen war und damit notwendigerweise die wirtschaftliche Abhängigkeit in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht einhergeht.⁴⁶³ Im Ergebnis ist sohin auch das Abgrenzungsmerkmal der **fehlenden wirtschaftlichen Abhängigkeit** negativ zu beurteilen und liegt ein Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vor.

⁴⁶⁰ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 15.09.1999, GZ 97/13/0164; VwGH: Erkenntnis vom 18.03.2004, GZ 2000/15/0079.

⁴⁶¹ Vgl. UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 17.10.2012, GZ RV/2032-W/09.

⁴⁶² Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 17.10.2012, GZ 2009/08/0188.

⁴⁶³ Vgl. Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, a.a.O. - Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Allgemeines Sozialversicherungsrechtsgesetz, § 4 Abs. 2 ASVG, Rz. 37.

Abschließend ist aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht noch das Abgrenzungskriterium des qualifizierten Dienstgebers zu prüfen. N. N. wurde von der Software XY GmbH im Rahmen des freien Mitarbeitervertrages beschäftigt. Es gibt im Sachverhalt keine Anhaltspunkte, die gegen eine Beschäftigung der N. N. durch einen Dienstgeber im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG sprechen würden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass lediglich für den Fall der Beschäftigung im privaten Bereich (einkaufen, babysitten usw.) die Annahme eines freien Dienstverhältnisses ausscheidet. Nur in diesen Fällen wäre ausschließlich ein Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG anzunehmen.⁴⁶⁴ Dies ist gegenständlich aufgrund der Beschäftigung im Geschäftsbetrieb der Software XY GmbH jedoch nicht gegeben. Eine zusammenfassende Darstellung der Prüfung des zugrunde liegenden Sachverhaltes lässt sich der nachfolgenden Tabelle entnehmen, in welche die einzelnen Prüfungsergebnisse eingetragen wurden.

	Arbeitsrecht	Steuerrecht	Sozialrecht
1 persönliche Unabhängigkeit	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1a Vertretungsrecht (im Sinne einer faktischen Gewährung und einer konkreten Übung); im Wesentlichen jedoch persönliche Leistungserbringung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1b Recht, Aufträge ablehnen zu können	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1c Recht, (Hilfs-)Personen beiziehen zu können	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
1d mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Arbeitgebers; fehlende Eingliederung in die Betriebsorganisation	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1e fehlende Weisungsbindung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1f fehlende Kontrollunterworfenheit	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
1g freie Zeiteinteilung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
1h freie Wahl des Arbeitsortes	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2 Unternehmerwagnis	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
2a keine laufende Lohnzahlung, aber angemessenes Entgelt (kein bloßer Aufwandsersatz)	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
2b keine Gewährung von Sozialleistungen, Urlaub, Entgeltfortzahlung bei Krankheit	-	-	<input checked="" type="checkbox"/>
3 keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel, wirtschaftliche Abhängigkeit	-	<input checked="" type="checkbox"/>	-
4 Dauerschuldverhältnis / zeitliche Mindestdauer	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
5 qualifizierter Dienstgeber	-	<input checked="" type="checkbox"/>	-
6 Entgeltlichkeit	-	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
7 Vertragsgegenstand: Dienstleistungserbringung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

erfüllt nicht erfüllt neutral - nicht relevant

Tabelle 5 Fallprüfung zu den Abgrenzungskriterien des freien Dienstverhältnisses ⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 30.

⁴⁶⁵ Vgl. Kapitel 2.2.3.

Bereits auf den ersten Blick ist anhand der Aufstellung zu erkennen, dass das Vorhaben, einen freien Dienstvertrag mit N. N. zu begründen, aus der Sicht der Software XY GmbH als gescheitert angesehen werden muss. Unter den wesentlichen Abgrenzungskriterien konnte lediglich jenen der freien Zeiteinteilung und teilweise freien Wahl des Arbeitsortes Argumente für ein freies Dienstverhältnis gefunden werden, die jedoch letztlich aufgrund der gewichtigen Gegenargumente nur als neutral gewertet werden konnten.

Im Ergebnis liegt daher aus arbeitsrechtlicher Sicht ein Angestelltenverhältnis im Sinne des § 1 AngG⁴⁶⁶, aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ein Dienstvertrag nach § 4 Abs. 2 ASVG⁴⁶⁷ und aus steuerrechtlicher Sicht eine unselbstständige Beschäftigung im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988⁴⁶⁸ in Verbindung mit § 25 EStG 1988 vor.

Abschließend ist daher auf die Folgen der falschen Qualifikation des Dienstverhältnisses durch die Vertragsparteien einzugehen.

2.3 Folgen der Qualifikation

Mit der Wahl des „richtigen“ Vertragsverhältnisses kommt dem Dienstgeber eine gewichtige Rolle im Zusammenhang mit der Begründung des Dienstverhältnisses zu. Gleichzeitig zieht diese Entscheidung in der Praxis mitunter erhebliche Konsequenzen nach sich, wenn bei nachträglich hervorgekommener Fehlqualifikation – wie im zugrunde liegenden Fall – Dienstnehmer nachträglich arbeitsrechtliche Ansprüche vor dem Arbeits- und Sozialgericht durch Klage geltend machen oder bei der gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben (GPLA) durch die Finanzpolizei, die Gebietskrankenkasse oder gar im Rahmen der Prüfung durch Gemeinden lohnabhängige Abgaben nachgefordert werden. Zwar tritt im gegenständlich geprüften Sachverhalt zunächst N. N. an die Software XY GmbH mit Forderungen aus der Beendigung des Dienstverhältnisses heran, doch ist in der Folge absehbar, dass anlässlich einer GPLA weitere Konsequenzen für die Software XY GmbH zu erwarten sind. Auch auf diese wird daher im Folgenden eingegangen.

2.3.1 Arbeitsrechtliche Folgen

Durch die Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen auf das vermeintlich freie Dienstverhältnis wird der Arbeitgeber mit erheblichen Mehrkosten belastet. Dem Dienstnehmer kommt für diesen Fall ein Anspruch auf bezahlten Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Überstundenzuschlag und unter Umständen auch Überstundenvergütung, Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss (13. und 14. Monatsgehalt) sowie Kündi-

⁴⁶⁶ Vgl. OGH: Urteil vom 14.02.2012, GZ 10 ObS 173/11f.

⁴⁶⁷ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 13.08.2003, GZ 99/08/0174; VwGH: Erkenntnis vom 10.05.1994, GZ 92/08/0121.

⁴⁶⁸ Vgl. UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 05.07.2005, GZ RV/0154-G/02.

gungsschädigung zu.⁴⁶⁹ Wie im vorausgegangenen Kapitel festgestellt wurde, ist das Dienstverhältnis der N. N. als Angestelltenverhältnis zu qualifizieren. Ausgehend vom vorliegenden Sachverhalt ist daher zunächst zu prüfen, welche Ansprüche gegenüber dem ehemaligen Dienstgeber geltend gemacht werden können und in welcher Höhe diese zustehen.

In einem ersten Schritt sind die einzelnen Honoraransprüche der N. N. für das Beschäftigungsjahr 2012 aufzulisten und die jeweiligen Dienstnehmer- (kurz: DN) und Dienstgeber- (kurz: DG)beiträge zur Sozialversicherung bzw. zu den Lohnabgaben zu errechnen.⁴⁷⁰ Im Vertrag über die freie Mitarbeit wurde nach § 3 ein Stundenlohn von EUR 18,00 vereinbart. Der monatliche Honoraranspruch wurde anhand dieses Stundensatzes errechnet und durch die Software XY GmbH abzüglich der Dienstnehmeranteile zur Sozialversicherung und den Lohnabgaben (Dienstnehmerbeiträge, kurz: DN BT) als Auszahlungsbetrag an N. N. auf das angegebene Konto überwiesen. Die Einkommensteuer wurde durch die Software XY GmbH nicht an das Finanzamt abgeführt. An N. N. wurden im Beschäftigungsjahr insgesamt EUR 21.056,33 ausbezahlt. In weiterer Folge sind nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes die kollektivvertraglichen Ansprüche der N. N. für den Fall der Qualifikation als Angestellte zu ermitteln. Anhand der Monatsstundenaufzeichnungen lassen sich die einzelnen Zahlungsbeträge wie folgt darstellen:

	Honorar	DN BT ⁴⁷¹	Auszahlung	DG BT ⁴⁷²	Ges.Kosten DG
Jänner	€ 2.016,00	€ 355,22	€ 1.660,78	€ 619,52	€ 2.635,52
Februar	€ 2.088,00	€ 367,91	€ 1.720,09	€ 641,64	€ 2.729,64
März	€ 2.232,00	€ 393,28	€ 1.838,72	€ 685,89	€ 2.917,89
April	€ 2.376,00	€ 418,65	€ 1.957,35	€ 730,14	€ 3.106,14
Mai	€ 2.016,00	€ 355,22	€ 1.660,78	€ 619,52	€ 2.635,52
Juni	€ 1.008,00	€ 177,61	€ 830,39	€ 309,76	€ 1.317,76
Juli	€ 2.592,00	€ 456,71	€ 2.135,29	€ 796,52	€ 3.388,52
August	€ 2.304,00	€ 405,96	€ 1.898,04	€ 708,02	€ 3.012,02
September	€ 2.160,00	€ 380,59	€ 1.779,41	€ 663,77	€ 2.823,77
Oktober	€ 2.304,00	€ 405,96	€ 1.898,04	€ 708,02	€ 3.012,02
November	€ 2.448,00	€ 431,34	€ 2.016,66	€ 752,27	€ 3.200,27
Dezember	€ 2.016,00	€ 355,22	€ 1.660,78	€ 619,52	€ 2.635,52
Summe:	€ 25.560,00	€ 4.503,67	€ 21.056,33	€ 7.854,59	€ 33.414,59

Tabelle 6 Aufstellung der Honoraransprüche samt Abgaben und Steuern

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes steht es den Parteien des Arbeitsvertrages frei, durch eine über dem Mindestansatz des Kollektivvertrages liegende

⁴⁶⁹ Vgl. Kietaihl, Christoph: Arbeitsvertragliche Folgen bei Verknennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, in: Juristische Blätter (2004), Heft 10, S. 626 f.

⁴⁷⁰ Anmerkung: Die Berechnung erfolgt jeweils auf Grundlage der Abgabensätze für das Jahr 2013.

⁴⁷¹ Vgl. Kapitel 2.1.3

⁴⁷² Vgl. Kapitel 2.1.3

Entgeltvereinbarung allfällige kollektivvertragliche Sonderzahlungen abzugelten.⁴⁷³ Gerade eine solche Vereinbarung ist nach dem hier gegenständlichen Sachverhalt anzunehmen, wenn in § 3 des Vertrages über freie Mitarbeit vorgesehen ist, dass mit der Auszahlung des Honorarbetrages sämtliche Ansprüche der Auftragnehmerin gegenüber dem Auftraggeber als erfüllt gelten. Aus diesem Grund muss sich N. N. bei der Prüfung der Frage, ob ihr aufgrund des Kollektivvertrages noch offene Ansprüche auf Sonderzahlungen gegenüber ihrem Dienstgeber zukommen, das gesamte von ihr bezogene Honorareinkommen anrechnen lassen.⁴⁷⁴

Im konkreten Fall ist daher zunächst der kollektivvertragliche Anspruch der N. N. zu ermitteln. Nach dem Kollektivvertrag für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informatik (2012)⁴⁷⁵ werden die Mindestentgelte abhängig von Tätigkeitsfamilien festgesetzt. Im vorliegenden Fall wird für die Einstufung aufgrund der Tätigkeit im Bereich der Softwareentwicklung davon ausgegangen, dass N. N. nach § 15 II. des vorbezeichneten Kollektivvertrages unter die Kategorie der speziellen Tätigkeit (ST1) und daher nach § 15 III. in der Einstiegsstufe mit einem Mindestgrundgehalt (ab 01.01.2012) von EUR 2.115,00 bei Vollzeitbeschäftigung zu entlohnen gewesen wäre. Da N. N. lediglich im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung tätig wurde, errechnet sich das verringerte Mindestgrundgehalt auf Basis der durchschnittlich tatsächlich geleisteten Monatsstunden nach § 17 Abs. 1 des vorbezeichneten Kollektivvertrages mit EUR 1.498,65. Das Jahresbruttogehalt laut Kollektivvertrag ergibt sich daher mit EUR 18.477,01 (EUR 1539,75 x 12). Dadurch wird ersichtlich, dass durch den Dienstgeber ein über dem Kollektivvertrag liegendes Jahresbruttogehalt an N. N. ausbezahlt wurde. Im Schnitt war N. N. mit 30 Wochenstunden beschäftigt. Damit hat sie rein rechnerisch an 3,5 von 5 Arbeitstagen pro Woche (lt. § 4 I. Abs. 1. des vorbezeichneten Kollektivvertrages 38,5 Arbeitsstunden pro Woche bei Vollzeitbeschäftigung) gearbeitet.

Das Dienstverhältnis wurde mit 18.12. beendet, da der Geschäftsführer der N. N. infolge eines Fernbleibens von einer gemeinsamen Kundenbesprechung die sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses ausgesprochen hat. Es ist nunmehr zu prüfen, welche Ansprüche N. N. aus diesem Vertragsverhältnis gegenüber der Software XY GmbH zukommen.

Nach § 13 des vorbezeichneten Kollektivvertrages gebührt grundsätzlich einmal in jedem Kalenderjahr ein 13. und 14. Monatsgehalt (**Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss**). Selbst unter Einrechnung des 13. und 14. Monatsgehaltes liegt der errechnete kollektivvertragliche Anspruch mit EUR € 21.556,51 unter dem zur Auszahlung gelangten Honorarbetrag. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist bei der

⁴⁷³ Vgl. OGH: Urteil und Beschluss vom 17.02.2005, GZ 8 ObA20/04f; OGH: Rechtssatz RS0051019.

⁴⁷⁴ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0028906.

⁴⁷⁵ Vgl. Kollektivvertrag für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informatik. URL: http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=364641&dstid=6955&opennavid=32247, Hrsg. Wirtschaftskammer Vorarlberg, 2013, verfügbar am 23.06.2013.

Beurteilung der Ansprüche auf Sonderzahlungen jedoch das gesamte bezogene Honorareinkommen in Anschlag zu bringen. Aus diesem Grund kommt N. N. im konkreten Fall kein Anspruch auf eine Weihnachtsremuneration oder auf Urlaubszuschuss gegenüber der Software XY GmbH zu.⁴⁷⁶

Als nächstes ist der Urlaubsanspruch nach dem Urlaubsgesetz und anschließend dessen Ersatzanspruch zugunsten N. N. zu errechnen. Für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer beträgt der Urlaubsanspruch nach § 2 Abs. 1 UrlG für das Arbeitsjahr 30 Werktage.⁴⁷⁷ Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ändert sich die Anzahl der gebührenden Urlaubstage im gleichen Verhältnis wie sich die Anzahl der Arbeitstage pro Arbeitswoche verringert.⁴⁷⁸ Folglich ist das nach dem Urlaubsgesetz für Vollzeitbeschäftigte in Wochen geltende Urlaubsausmaß auch im Fall der Teilzeitbeschäftigung mit der Zahl der Arbeitstage des Teilzeitbeschäftigten zu multiplizieren.⁴⁷⁹ N. N. stehen daher insgesamt 21 Urlaubstage pro Jahr zu. Die Urlaubersatzleistung nach § 10 UrlG bedeutet einen vermögensrechtlichen Anspruch auf die Erfüllung des in der Vergangenheit liegenden, noch offenen Urlaubsanspruches.⁴⁸⁰ Diese Regelungen über das Urlaubsentgelt stellen zwingendes Recht dar und ist daher eine vertragliche Regelung, wonach diese mit dem laufenden Entgelt abgegolten werden, unwirksam.⁴⁸¹ Aus diesem Grund sind auf solche Ansprüche keine überkollektivvertraglichen Zahlungen durch den Dienstgeber anrechenbar bzw. auch für diesen Fall nicht bereits abgegolten.⁴⁸² Aus den ihr zukommenden 21 Urlaubstagen errechnet sich für 136 Arbeitsstunden ein **Urlaubersatzanspruch** in Höhe von brutto EUR 2.457,69, den N. N. gegenüber der Software XY GmbH geltend machen kann.

In selber Form werden auch die **Überstundenzuschläge** nach § 10 AZG sowie die Verpflichtung zur Zahlung von **Feiertagsentgelten** nach § 9 Abs. 5 ARG als einseitig zwingend behandelt. Alleine aus der überkollektivvertraglichen Bezahlung kann noch nicht auf eine Pauschalvereinbarung zur Abgeltung von Überstunden geschlossen werden. Unter Bezugnahme auf den vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass einerseits Anhaltspunkte für einen darauf lautenden Anspruch nicht entnommen werden können, andererseits laut § 3 des Vertrages über freie Mitarbeiter vereinbart wurde, dass mit der Zahlung der in diesem Vertrag vereinbarten Vergütung alle Ansprüche der Auftragnehmerin gegen den Auftraggeber aus diesem Vertrag erfüllt sind.⁴⁸³

Wie dem Sachverhalt entnommen werden kann, hat der Geschäftsführer der Software XY GmbH infolge des Fernbleibens der N. N. vom Kundenmeeting im Dezember nach Rück-

⁴⁷⁶ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0028906; Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 131 ff.

⁴⁷⁷ Vgl. § 2 Abs. 1 UrlG (i.d.F.v. 01.01.2013).

⁴⁷⁸ Vgl. OGH: Erkenntnis vom 24.10.1990, GZ 9 ObA 72/90.

⁴⁷⁹ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0109526.

⁴⁸⁰ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0028685.

⁴⁸¹ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0077538.

⁴⁸² Vgl. OGH: Beschluss vom 26.07.2012, GZ 8 ObA 56/11k.

⁴⁸³ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0028906.

kehr der N. N. aus deren Urlaub am 06.01. des Folgejahres die sofortige Beendigung des freien Mitarbeitervertrages erklärt. Dies kommt nach dem erkennbaren Erklärungswillen des Geschäftsführers einer Entlassung gleich. Sowohl im Fall eines freien Dienstvertrages als auch für den Fall eines Angestelltenverhältnisses ist eine Entlassung jedoch nur aus bestimmten Gründen zulässig. Ein solcher Entlassungsgrund wird für freie Dienstnehmer analog § 1162 ABGB bzw. für Angestellte in § 27 AngG für den Fall der beharrlichen Pflichtenvernachlässigung bzw. beharrlichen Dienstverweigerung angenommen. Im vorliegenden Fall wird jedoch weder die dafür erforderliche Dauer noch Erheblichkeit erreicht⁴⁸⁴ und wurde die Entlassung zudem nicht unverzüglich⁴⁸⁵ nach der Pflichtverletzung ausgesprochen. Bei ungerechtfertigter Entlassung steht sowohl dem freien Dienstnehmer (analog § 1162b ABGB) als auch dem Angestellten (nach § 29 AngG) eine Kündigungsentschädigung zu, welche für den Zeitraum bis zu jenem Tag gebührt, an dem das Beschäftigungsverhältnis bei ordentlicher Kündigung geendet hätte.⁴⁸⁶ Nach § 20 AngG beträgt die Kündigungsfrist bei Kündigung durch den Arbeitgeber 6 Wochen (im 1. und 2. Dienstjahr) und muss der Dienstgeber so kündigen, dass die Kündigungsfrist immer am Quartalsende (31. März, 30. Juni, 30. September, 31. Dezember) endet. Der Geschäftsführer der Software XY GmbH hätte somit die Kündigung sechs Wochen vor dem 31.03. aussprechen müssen. Eine abweichende Vereinbarung durch den Vertrag über die freie Mitarbeit liegt nicht vor.⁴⁸⁷ Aufgrund der ungerechtfertigten Entlassung besteht zugunsten N. N. ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung bis zum 31.03. Die Kündigungsentschädigung errechnet sich im Zweifel unter Heranziehung des Monatsdurchschnittes des letzten Jahres, wobei Sonderzahlungen anteilig zu berücksichtigen sind.⁴⁸⁸ Die Höhe der monatlichen Durchschnittsentgelte betrug abzüglich der Dienstnehmerbeiträge EUR 1.754,69⁴⁸⁹, womit der Anspruch der N. N. aus der **Kündigungsentschädigung** von Jänner bis März in Summe mit brutto EUR 5.264,08 zu errechnen ist.

2.3.2 Sozialrechtliche Folgen

Aufgrund der mit 01.01.2008 erfolgten Einbeziehung des freien Dienstnehmers nach § 4 Abs. 4 ASVG in das „Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz“ (kurz BMSVG)⁴⁹⁰, die Arbeitslosenversicherung⁴⁹¹ sowie das Insolvenzentgeltsicherungs-gesetz⁴⁹², der weiter neu begründeten Arbeiterkammerzugehörigkeit der freien Dienstnehmer und zuletzt mit 01.01.2010 der Einbeziehung in die Kommunalsteuer erfolgte eine weitestgehende Angleichung des freien Dienstnehmers an den Arbeiter bzw. Angestell-

⁴⁸⁴ Vgl. Kapitel 2.1.1.1.

⁴⁸⁵ Vgl. Mayrhofer, Karl: Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2012/2013. – Wien : Weiss Verlag Ges.m.b.H. & Co KG, 2012, S. 213 f.

⁴⁸⁶ Vgl. Mayrhofer, Karl: Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2012/2013, a.a.O., S. 235.

⁴⁸⁷ Vgl. Mayrhofer, Karl: Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2012/2013, a.a.O., S. 205.

⁴⁸⁸ Vgl. OGH: Rechtssatz RS0028268.

⁴⁸⁹ Vgl. Tabelle 6 Aufstellung der Honoraransprüche samt Abgaben und Steuern.

⁴⁹⁰ Vgl. § 1 Abs. 1a BMSVG (i.d.F.v. 28.12.2007).

⁴⁹¹ Vgl. Art. 1 § 1 Abs. 8 AIVG (i.d.F.v. 24.04.2012).

⁴⁹² Vgl. § 1 IESG (i.d.F.v. 20.05.2010).

ten.⁴⁹³ Dies verdeutlicht ein Vergleich der Sozialversicherungsbeiträge des freien Dienstnehmers mit dem Angestellten.

Anteil:	Angestellte § 4 Abs. 1 u. 2 ASVG			freie Dienstnehmer § 4 Abs. 4 ASVG		
	DG	DN	Σ	DG	DN	Σ
Pensionsversicherung	12,55%	10,25%	22,80%	12,55%	10,25%	22,80%
Krankenversicherung	3,83%	3,82%	7,65%	3,78%	3,87%	7,65%
Unfallversicherung	1,40%	-	1,40%	1,40%	-	1,40%
Arbeitslosenversicherung	3,00%	3,00%	6,00%	3,00%	3,00%	6,00%
IESG Zuschlag	0,55%	-	0,55%	0,55%	-	0,55%
Wohnbauförderungsbeitrag	0,50%	0,50%	1,00%	-	-	0,00%
Arbeiterkammerumlage	-	0,50%	0,50%	-	0,50%	0,50%
Betriebliche Vorsorgekasse	1,53%	-	1,53%	1,53%	-	1,53%
Beitrag zum FLAG (DB)	4,50%	-	4,50%	4,50%	-	4,50%
Zuschlag zum DG-Beitrag (Sbg.)	0,42%	-	0,42%	0,42%	-	0,42%
Kommunalsteuer	3,00%	-	3,00%	3,00%	-	3,00%
Summe Sozialversicherung	31,28%	18,07%	49,35%	30,73%	17,62%	48,35%

Tabelle 7 Vergleich Angestellter / freier Dienstnehmer
aus abgaben- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht⁴⁹⁴

Der Vergleich zwischen Angestelltem und freiem Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG zeigt, dass lediglich beim Beitrag zur Krankenversicherung (bei diesem weicht der DG- bzw. DN-Beitrag jeweils um 0,05 % ab und hat der freie Dienstnehmer daher einen höheren Dienstnehmerbeitrag zu tragen) und beim Wohnbauförderungsbeitrag (nur beim Angestellten im Ausmaß von 1,0 % vorgesehen) Unterschiede bestehen. Anders gelagert wären die Konsequenzen einer Fehlbeurteilung für den Fall der Qualifikation als „neuer Selbständiger“ nach § 2 GSVG.⁴⁹⁵ Für diesen Fall würden dem Dienstgeber der Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds, der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag, die Kommunalsteuer sowie die Dienstgeber- und Dienstnehmeranteile zur Sozialversicherung und die Beiträge zur betrieblichen Mitarbeitervorsorgekasse nachträglich vorgeschrieben. Zudem wären in diesem Fall die Möglichkeiten, diesen Schaden im Regegessweg gegenüber dem freien Dienstnehmer geltend zu machen, beschränkt. Im Sozialversicherungsrecht hat nach § 58 Abs. 2 ASVG⁴⁹⁶ der Dienstgeber die Beiträge zur Sozialversicherung abzuführen. Dies betrifft sowohl die Dienstnehmer- als auch die Dienstgeberbeiträge. Bei sonstigem Verlust hat der Dienstgeber diese Beiträge vom Entgeltanspruch des Dienstnehmers nach § 60 Abs. 1 ASVG⁴⁹⁷ in Abzug zu bringen. Grundsätzlich bestünde zwar

⁴⁹³ Vgl. Beitragssätze und Höchstbeitragsgrundlage ab Jänner 2013, a.a.O., S. 11 f.

⁴⁹⁴ Vgl. Lohn(Gehalts)nebenkosten ab 2013 in EUR, a.a.O. S. 310 f.; Lohnnebenkosten 2013, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner, Rz. 428.

⁴⁹⁵ Vgl. Kapitel 2.1.2.

⁴⁹⁶ Vgl. § 58 Abs. 2 ASVG (i.d.F.v. 14.12.2010).

⁴⁹⁷ Vgl. § 60 Abs. 1 ASVG (i.d.F.v. 30.12.2010).

die Möglichkeit für den Dienstgeber, im Fall des fehlenden Verschuldens einen Teil der Sozialversicherungsbeiträge (nicht mehr, als auf zwei Lohnzahlungszeiträume entfallen) einzubehalten, doch wird bei fehlerhafter Interpretation des Gesetzes oder des Kollektivvertrages nach herrschender Rechtsprechung bereits leichte Fahrlässigkeit angenommen. Im Ergebnis ist sohin ein Regress gegenüber dem Dienstnehmer im Sozialversicherungsrecht auszuschließen. Lediglich für aufgrund von Gerichtsentscheidungen nachzuzahlende Entgeltanteile (Sonderzahlungen, Überstunden, Urlaubersatzanspruch, Kündigungsentschädigung) kann der Dienstgeber im Zuge der Nachzahlung den Dienstgeberbeitrag in Abzug bringen.⁴⁹⁸

Aufgrund der weitestgehenden Gleichstellung des freien Dienstnehmers mit dem Angestellten im Sozialversicherungs- und Abgabenrecht sind bis auf die zuvor dargestellten geringen Beitragsunterschiede im zugrunde liegenden Fallbeispiel für den Dienstgeber praktisch keine nennenswerten Folgen gegeben. Dies unter der Annahme, dass N. N. beim Sozialversicherungsträger durch die Software XY GmbH angemeldet war und sämtliche Beiträge durch diese abgeführt wurden.

2.3.3 Steuerrechtliche Folgen

Wie N. N. im Rahmen der Erhebungen angegeben hat, wurde von ihr eine Einkommensteuerveranlagung noch nicht vorgenommen, da sie davon ausgegangen ist, dass die Steuer vom Dienstgeber bereits abgeführt wurde. Für den Fall der fehlenden Einkommensteuerveranlagung wird durch die Abgabenbehörden dem Dienstgeber, der nach § 78 Abs. 1 EStG 1988⁴⁹⁹ die abzuführende Lohnsteuer einzubehalten und in weiterer Folge nach § 79 Abs. 1 EStG 1988⁵⁰⁰ spätestens am 15. nach Ablauf des nächstfolgenden Kalendermonates an das Finanzamt abzuführen hat, die Abführung durch Bescheid vorgeschrieben. Zudem wird nach § 217 Abs. 1 und 2 BAO⁵⁰¹ (Bundesabgabenordnung) ein Säumniszuschlag von 2 % für die nicht rechtzeitig entrichteten Abgabenbeträge aufgeschlagen.⁵⁰² Die Höhe der Einkommensteuer ist nach der in § 33 Abs. 1 EStG 1988⁵⁰³ aufgestellten Formel zu ermitteln. Im gegenständlich geprüften Fallbeispiel errechnen sich die jeweiligen Einkommensteueranteile wie folgt:

⁴⁹⁸ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 130.

⁴⁹⁹ Vgl. § 78 Abs. 1 EStG 1988 (i.d.F.v. 13.08.2002).

⁵⁰⁰ Vgl. § 79 Abs. 1 EStG 1988 (i.d.F.v. 28.12.2007).

⁵⁰¹ Vgl. § 217 Abs. 1 und 2 BAO (i.d.F.v. 13.01.2010).

⁵⁰² Vgl. UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 17.10.2012, GZ RV/2032-W/09.

⁵⁰³ Vgl. § 33 EStG 1988 (i.d.F.v. 20.03.2013).

	Honorar	Auszahlung abzüglich DN-Beiträgen	Est ⁵⁰⁴
Jänner	€ 2.016,00	€ 1.660,78	€ 401,26
Februar	€ 2.088,00	€ 1.720,09	€ 427,54
März	€ 2.232,00	€ 1.838,72	€ 480,10
April	€ 2.376,00	€ 1.957,35	€ 532,66
Mai	€ 2.016,00	€ 1.660,78	€ 401,26
Juni	€ 1.008,00	€ 830,39	€ 33,34
Juli	€ 2.592,00	€ 2.135,29	€ 611,50
August	€ 2.304,00	€ 1.898,04	€ 506,38
September	€ 2.160,00	€ 1.779,41	€ 453,82
Oktober	€ 2.304,00	€ 1.898,04	€ 506,38
November	€ 2.448,00	€ 2.016,66	€ 558,94
Dezember	€ 2.016,00	€ 1.660,78	€ 401,26
Summe:	€ 25.560,00	€ 21.056,33	€ 5.314,40

Tabelle 8 Darstellung der Honoraransprüche samt Einkommensteuerlast

Danach wären im Veranlagungszeitraum EUR 5.314,40 an Einkommensteuer abzuführen gewesen. Den Arbeitgeber trifft zwar die Verpflichtung zur Abführung der Lohnsteuer, dennoch bleibt der Dienstnehmer weiterhin Schuldner der Lohnsteuer. Aus diesem Grund kann der Dienstgeber den Dienstnehmer im Umfang der aufgrund eines Strafbescheides abgeführten Einkommensteuer nach § 1358 ABGB in Regress nehmen.⁵⁰⁵ Hierbei ist auf ein nicht unerhebliches Einbringungsrisiko auf Seiten des Dienstgebers hinzuweisen, der beispielsweise bei Insolvenz des Dienstnehmers, unbekanntem Aufenthalt usw. unter Umständen die abgeführte Lohnsteuer nicht mehr beim Dienstnehmer einbringlich machen kann.⁵⁰⁶ Dabei ist zu beachten, dass ein gutgläubiger Verbrauch in diesem Fall nicht eingewendet werden darf. Der Dienstgeber hat jedoch die Interessen des Dienstnehmers zu wahren, indem er etwa abzugsfähige Sonderausgaben u. dgl. berücksichtigt. Dem Dienstnehmer ist zudem die Möglichkeit einzuräumen, am Verfahren teilzunehmen, um sich aus Dienstgebersicht allfällige spätere Einwendungen des Dienstnehmers zu ersparen.⁵⁰⁷

Im Praxisbeispiel kommen N. N. nach der arbeitsrechtlichen Beurteilung ein Urlaubersatzanspruch in Höhe von brutto EUR 2.457,69 sowie ein Anspruch auf Kündigungsschädigung im Betrag von brutto EUR 5.264,08 zu. Dem steht ein im Regressweg forderbarer und damit aufrechenbarer Anspruch des Dienstgebers für die von ihm für N. N. abgeführte Einkommensteuer in Höhe von EUR 5.314,40 gegenüber. Es verbleibt daher ein Differenzanspruch zugunsten von N. N. in Höhe von EUR 2.407,37.

⁵⁰⁴ Vgl. § 33 EStG 1988 (i.d.F.v. 20.03.2013).

⁵⁰⁵ Vgl. Der Abschluss einer GPLA, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2006), Heft 4, S. 110f.

⁵⁰⁶ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 129 f.

⁵⁰⁷ Vgl. Der Abschluss einer GPLA, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2006), Heft 4, S. 110f.

3 Schluss

3.1 Ergebnisse

Wie die Darstellung der anwendbaren gesetzlichen Regelungen zum freien Dienstvertrag im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht gezeigt hat, bestehen für den freien Dienstnehmer nur unter Berücksichtigung der vorliegenden Judikatur rechtliche Rahmenbedingungen, die bei der Ausgestaltung des konkreten freien Dienstvertragsverhältnisses zu berücksichtigen sind. In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist hervorzuheben, dass für den Fall der Qualifikation als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer zahlreiche Bestimmungen des sonstigen Arbeitsrechtes auf den freien Dienstnehmer anzuwenden sind. In diesem Zusammenhang wurde aufgezeigt, dass auch dem freien Dienstnehmer Ansprüche, wie solche auf Kündigungsentschädigung, auf Gleichbehandlung, auf das Dienstnehmerhaftungsprivileg usw. zustehen. Je nach Einordnung in den arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Rahmen ergeben sich unterschiedliche Ansprüche des freien Dienstnehmers gegenüber seinem Dienstgeber. Gerade im Sozialversicherungs-, Abgaben- und Steuerrecht kann es zu einer abweichenden Verpflichtung zum Abzug bzw. zur Veranlagung der entsprechenden Beiträge kommen. Dennoch zeigt der Vergleich zum Arbeiter und Angestellten, dass der freie Dienstnehmer in für die Praxis erheblichen Bereichen einem höheren Erwerbsrisiko ausgesetzt ist. Ihm gebührt keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, kein Urlaubsanspruch, kein Anspruch auf ein Mindest- oder Grundgehalt im Rahmen der Beschäftigung. Wird er hingegen z. B. bei konjunkturellen Schwankungen nicht im geplanten Ausmaß beschäftigt, sinkt sein Erwerbseinkommen entsprechend. Darin besteht wohl der Wermutstropfen bei Betrachtung der weitgehenden Flexibilisierung hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort verbunden mit einer weitgehenden Weisungs- und Kontrollfreistellung gegenüber dem Dienstgeber. Werden diese Weisungs- und Kontrollfreistellungen im Rahmen der Vertragsgestaltung und/oder in der tatsächlichen Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses eingeschränkt, zeigt der sehr eng gefasste freie Dienstnehmerbegriff, dass der verbleibende Gestaltungsspielraum zwischen den einzelnen Abgrenzungskriterien sehr schnell überschritten ist. Schlägt das Pendel folglich in Richtung unselbstständiger Beschäftigung bzw. echtem Dienstnehmer aus, sind die Folgen für den Dienstgeber in arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Betrachtungsweise entsprechend groß. Ein in der Praxis wesentlicher Nachteil besteht dabei darin, dass die diesbezüglichen Abwägungen bereits vor Antritt des Beschäftigungsverhältnisses abschließend getroffen werden müssen. Dies wird mangels materienübergreifendem freien Dienstnehmerbegriff noch erschwert. Gelingt es zwar, das Vertrags- und tatsächliche Beschäftigungsverhältnis entsprechend den Kriterien des Arbeitsrechtes in persönlicher Unabhängigkeit auszugestalten, fehlt es jedoch an einem qualifizierten Dienstgeber bzw. an einem Unternehmerwagnis oder allenfalls an wesentlichen eigenen Betriebsmitteln, so kann dies schwerwiegende Folgen der Fehlqualifikation nach sich ziehen. Dies wird im

Fallbeispiel verdeutlicht, wo nach eingehender Prüfung festzustellen war, dass das von den Parteien gewählte Vertragsverhältnis und die praktische Ausgestaltung einer Prüfung – etwa im Rahmen einer GPLA oder im Zuge der dienstlichen Wahrnehmung der Finanzpolizei (vormalig KIAB) – nicht standhalten kann.

Als Kriterien für eine Qualifikation als freier Dienstnehmer ist zunächst als zentrales Merkmal die persönliche Unabhängigkeit, welche materienübergreifend gefordert wird, im Sozialrecht zudem das Unternehmerwagnis sowie im Steuerrecht die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit heranzuziehen. Bei der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses ist daher darauf zu achten, dass der freie Dienstnehmer weder an eine bestimmte Arbeitszeit noch an einen bestimmten Arbeitsort gebunden ist, zudem sowohl eine Weisungsbindung wie auch eine Kontrollunterworfenheit fehlt, insbesondere somit keine Integration in die betriebliche Struktur des Dienstgebers erfolgt und zuletzt ein Vertretungsrecht gewährt wird. Auf dieser Grundlage wurde ein Muster für einen freien Dienstvertrag erstellt, der sich samt weiteren Hinweisen im Anhang Teil 5 findet.

Wie die arbeitsrechtliche Qualifikation gezeigt hat, ist eine weitgehende Flexibilisierung des Beschäftigungsverhältnisses durch die Wahl des freien Dienstverhältnisses möglich. Das Problem kann jedoch in der Praxis gerade darin bestehen, dass gewisse Tätigkeiten den Eingriff des Dienstgebers durch Ausübung seiner Weisungs- und Kontrollrechte erfordern. In diesen Fällen scheidet das freie Dienstverhältnis als Option aus, ebenso wenn auf Dienstgeberseite aus organisatorischen Gründen nur schwer auf den Mitarbeiter verzichtet werden kann, falls dieser die Übernahme eines Dienstes ablehnt.

Andererseits hat die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung gezeigt, dass der Vorteil der Einsparung von Lohnnebenkosten auf Dienstgeberseite heute über das Vertragsverhältnis des freien Dienstnehmers nicht mehr realisiert werden kann. Gerade die in jüngerer Zeit durch den Gesetzgeber vorgenommene weitgehende Angleichung an den Arbeiter und Angestellten wird wohl als Ursache für den Rückgang der freien Dienstverhältnisse am österreichischen Arbeitsmarkt zu sehen sein.

Wie die arbeitsrechtliche Praxis zeigt, endet die Fehlqualifikation nicht selten in einem Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht oder vor den Finanzbehörden bzw. den Sozialversicherungsträgern. Die Wahl des freien Dienstverhältnisses ist daher mit Bedacht zu treffen, um Haftungsrisiken nach Möglichkeit zu vermeiden. Es stellt sich sohin die Frage, welche Maßnahmen für vorliegende freie Dienstverhältnisse zu treffen sind bzw. welche Vorkehrungen bei der beabsichtigten Begründung eines freien Dienstverhältnisses getroffen werden können, um eine Haftung möglichst zu minimieren.

3.2 Maßnahmen

Aufgrund der schwierig zu beurteilenden Abgrenzungskriterien des freien Dienstvertrages sollte bereits im Vorfeld zur Begründung des Vertragsverhältnisses die steuerrechtliche,

aber auch sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des freien Dienstverhältnisses von unabhängiger Stelle erfolgen. Dies erfordert zuallererst eine exakte Vorbereitung mit genauer Definition der einzelnen Regelungsbereiche, weiters bereits auf dieser Ebene eine eingehende rechtliche Beratung. Auf diesen ersten Schritten aufbauend sollte in weiterer Folge beim zuständigen Finanzamt eine Lohnsteuerauskunft nach § 90 EStG 1988⁵⁰⁸ eingeholt werden. Eine solche Anfrage ist durch das Finanzamt binnen 14 Tagen zu beantworten und kann sowohl vom Dienstgeber als auch vom Dienstnehmer einbracht werden. Dabei sollte die Anfrage primär auf das Vorliegen einer unselbstständigen Beschäftigung gerichtet sein bzw. auf das Nichtvorliegen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988. Der diesbezüglich erteilten Auskunft des Finanzamtes kommt zwar kein Bescheidcharakter zu, doch ist der Antragsteller in seinem Glauben auf die Richtigkeit besonders geschützt, vorausgesetzt, die Auskunft wird aufgrund einer konkreten Anfrage nach § 90 EStG 1988 durch das zuständige Finanzamt erteilt, sie verstößt nicht offenkundig gegen das Gesetz und der Steuerpflichtige hat sein Verhalten entsprechend der erteilten Auskunft ausgerichtet. Sind diese Bedingungen erfüllt, kann der Antragsteller nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auf die Richtigkeit und somit darauf vertrauen, dass im Zuge der GPLA keine abweichende Beurteilung getroffen wird.⁵⁰⁹

In ähnlicher Weise sieht der § 43a ASVG ebenso die Möglichkeit vor, von der Gebietskrankenkasse eine Auskunft über die anwendbaren Bestimmungen des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens zu erlangen. Auch diese Auskunft ist in der Regel schriftlich innerhalb 14-tägiger Frist zu erteilen. Zuletzt ist gerade im Fall der Qualifikation als „neuer Selbstständiger“ auf die bereits dargestellte Möglichkeit der Antragstellung nach § 194a GSVG hinzuweisen, wonach auch der Versicherungsträger der gewerblichen Wirtschaft mit Bescheid darüber abzusprechen hat, ob eine Versicherungspflicht als neuer Selbstständiger im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG besteht. Ein Nachteil besteht hierbei darin, dass durch die Gebietskrankenkasse später dennoch eine abweichende Beurteilung getroffen werden kann, diese kann allerdings nur für die Zukunft erfolgen. Zwar wird dieser Schutz vor rückwirkender Beitragsvorschreibung zum Teil auch für den Fall der Anmeldung zur gewerblichen Sozialversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG angenommen, doch wird dies durch den Verwaltungsgerichtshof einschränkend beurteilt und sollte daher jedenfalls der Weg über die Antragstellung nach § 194a GSVG gewählt werden. Der freie Dienstnehmer hat seinen Dienstgeber über bestehende Versicherungspflichten nach § 4 Abs. 4 ASVG bzw. § 2 Abs. 1 GSVG zu informieren und allenfalls etwa über den Wegfall einer Gewerbeberechtigung umgehend zu berichten, jedoch tritt in der Praxis häufig ein nicht unerhebliches Nachweisproblem dafür zu Tage. Um eine Haftungseinschränkung zu erreichen, sollte daher in jedem Fall eine entsprechend bekräftigende schriftliche Vereinbarung über Art und Umfang der Berichtspflichten erstellt werden. Kommt der freie

⁵⁰⁸ Vgl. § 90 EStG 1988 (i.d.F.v. 13.08.2002).

⁵⁰⁹ Vgl. VwGH: Erkenntnis vom 25.04.2007, GZ 2005/08/0082; VwGH: Erkenntnis vom 05.10.1993, GZ 93/14/0101; Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 134 f.

Dienstnehmer der in dieser Art vereinbarten Informationspflicht nicht nach, so haftet der Dienstgeber gemäß § 58 Abs. 3 ASVG⁵¹⁰ nur für Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung.⁵¹¹

Gerade bei der Begründung eines freien Dienstverhältnisses ist die Inanspruchnahme der voran dargestellten Auskunftsmöglichkeiten dringend anzuraten. Zudem erfordert die praktische Umsetzung in der Regel eine Einweisung der übrigen Mitarbeiter im Betrieb, auch diese müssen dem freien Dienstnehmer jenen Freiraum gewähren, den eine Ausübung von Kontroll- und Weisungsrechten bzw. eine zu starke Integration in die betriebliche Organisation verhindert. Dies ist zuletzt auch bei der Planung betrieblicher Abläufe zu berücksichtigen.

3.3 Konsequenzen

Gerade durch die restriktive Judikatur zum freien Dienstvertrag, die ihre Begründung bereits im Schutzzweck des Arbeitsrechtes bzw. in weiterer Folge in der Diskussion zur Flucht aus dem Arbeitsrecht gefunden hat, liegt ein erhebliches Haftungsrisiko für den Dienstgeber, wenn seine Wahl auf einen freien Dienstnehmer fallen sollte. Möglichkeiten der Beschränkung bestehen einerseits in einer eingehenden Planungs- und Beratungsphase und außerdem in einer entsprechenden Auskunftseinholung bei den zuständigen Behörden. Das freie Dienstverhältnis soll unter sorgfältiger Abwägung der geplanten Tätigkeitsmerkmale, der innerbetrieblichen Gegebenheiten, der äußeren Rahmenbedingungen und nach entsprechender Einschätzung der Person des freien Dienstnehmers zustande kommen. Nicht zuletzt ist in der Praxis ersichtlich, dass auch die Person des freien Dienstnehmers mit der Selbstständigkeit gut umgehen können muss, nicht selten ist die Tendenz zu erkennen, sich in betriebliche Organisationsstrukturen aus den verschiedensten Gründen über die Zeit einzugliedern, womit im Ergebnis eine Überprüfung zur Feststellung der Fehlqualifikation führen würde.

Der mit der ordentlichen Aufbereitung eines freien Dienstverhältnisses verbundene Beratungs- und Zeitaufwand ist bei der geplanten Begründung zu berücksichtigen. Dies ist der Preis, der für die Möglichkeit einer weitgehend flexiblen Ausgestaltung des Dienstverhältnisses zu bezahlen ist. Das freie Dienstverhältnis ist folglich mit Sicherheit nicht für eine übereilte Begründung geeignet, sondern will vielmehr wohlüberlegt sein. Vor diesem Hintergrund ist die allorts feststellbare Skepsis gegenüber dem freien Dienstvertrag sehr wohl nachvollziehbar. Bei professioneller Ausgestaltung kann ein solches Vertragsverhältnis aber durchaus eine attraktive Variante sein.

⁵¹⁰ Vgl. § 58 Abs. 3 ASVG (i.d.F.v. 14.12.2010).

⁵¹¹ Vgl. Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 136 ff.

Literatur

Monografien und sonstige selbstständige Veröffentlichungen

Blasina, Hans: Dienstnehmer, freier Dienstnehmer, Selbständiger : Begriffe und Abgrenzungen im Sozialversicherungs- und Steuerrecht. – 2., überarbeitete Auflage – Wien : FACULTAS Verlags- und Buchhandels AG, 2008

Doralt, Werner ; Ruppe, Hans Georg: Grundriss des österreichischen Steuerrechts : Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umgründungssteuergesetz, Umsatzsteuer, Kommunalsteuer. – Bd. I - 8. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH und LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2003

Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag : Abgrenzung, Gestaltungsmöglichkeiten, Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. 2., aktualisierte Auflage – Wien : Linde Verlag Ges.m.b.H., 2008

Grillberger, Konrad ; Pfeil, Walter: Österreichisches Sozialrecht. – 9., aktualisierte Auflage – Wien : Verlag Österreich GmbH, 2012

Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard: Arbeitsrecht : Individualarbeitsrecht Kollektives Arbeitsrecht. – 4. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2011

Koziol, Helmut ; Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts : Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht. – Bd. II - 13., neu bearb. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2007

Lexikon Personalrecht & Betriebswirtschaftslehre. – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, LexisNexis Online, Jänner 2013

Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht. - 11. Auflage – Wien : ÖGB Verlag, 2011

Mayrhofer, Karl: Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2012/2013. – Wien : Weiss Verlag Ges.m.b.H. & Co KG, 2012

Kommentare

Ciresa, Meinhard: Österreichisches Urheberrecht : Kommentar. – 1. Auflage – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012

Dittrich, Robert ; Tades, Helmuth (Hrsg): Arbeitsrecht online - Große Gesetzesausgabe zum Arbeitsrecht. – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012

Hanusch, Andreas: Kommentar zur Gewerbeordnung. - 1. Auflage - Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2013

Kletečka, Andreas ; Schauer, Martin (Hrsg.): ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012

Mazal, Wolfgang ; Risak, Martin E.: Das Arbeitsrecht : System und Praxiskommentar. - Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012

Mohr, Franz: Die Insolvenzordnung : samt Nebengesetzen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen und ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung. - 11., neu bearb. Auflage - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012

Neumayr, Matthias ; Reissner, Gert-Peter (Hrsg.): Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht. - 2. Auflage - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2011

Poperl, Robert: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch. – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012

Rummel, Peter (Hrsg.): ABGB online - Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. - 3. Auflage - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2007

Schwimann, Michael: ABGB Praxiskommentar. - Bd. 4 - 3., neu bearb. Auflage – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2005

Schwimann, Michael: ABGB Taschenkommentar - 2. Auflage - Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012

Strasser, Rudolf ; Jabornegg, Peter ; Resch, Reinhard (Hrsg.): ArbVG online : Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz. - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2013

Wiesner, Werner ; Grabner, Roland ; Wanke, Rudolf (Hrsg.): EStG online – Sonderausgabe zum Einkommensteuergesetz 1988. - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009

Beiträge in Sammelwerken

Jabornegg, Peter: Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im ABGB, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, Hrsg. Fischer-Czermak, Constanze ; Hopf, Gerhard ; Kathrein, Georg ; Schauer, Martin - Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2011

Kuras, Gerhard ; Strohmayer, Peter: Der „freie“ Dienstvertrag : Anthologie aus einer Schaffensperiode, in: Festschrift Bauer, Peter ; Maier, Gustav ; Petrag, Karl Heinz: Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht. - 1. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2004

Piptlits, Werner: 4. Freier Dienstvertrag, in: Handbuch Wirtschaftsverträge, Hrsg. Knauer, Christian ; Marzi, Christian ; Temmel, Christian - 1. Lfg. – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2011

Schulte, Bernd: Flexicurity : Arbeitsflexibilität und soziale Sicherung, in: Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte, Hrsg. Mazal, Wolfgang ; Muranaka, Takashi – 1. Auflage – Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2005

Aufsätze in Zeitschriften und Zeitungen

Beitragssätze und Höchstbeitragsgrundlage ab Jänner 2013, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2012), Heft 6287

Betriebsrat, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner

Der Abschluss einer GPLA, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2006), Heft 4

Dienstvertrag - freier Dienstvertrag - Werkvertrag, in: Finanz Journal (2008)

Filzmoser, Friedrich: Gewerbe- und haftungsrechtliche Aspekte neuer Arbeitsformen, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (1999), Heft 4a

Freier Dienstvertrag, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner

Gerhartl, Andreas: Grundlagen für eine Reform des Arbeitnehmerbegriffes, in: Das Recht der Arbeit : DRdA (2009), Heft 1

Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht (Teil II), in: Arbeits- und SozialrechtsKartei : ASoK (2000)

Gruber, Bernhard: Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, in: Arbeits- und SozialrechtsKartei : ASoK (2000)

Kietaibl, Christoph: Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, in: Juristische Blätter (2004), Heft 10

Kurzböck, Wilhelm: Freier Dienstnehmer gesichtet! : Was die Praxis aus dem Hausbetreuerurteil lernen kann, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2013), Heft 5

Lohn(Gehalts)nebenkosten ab 2013 in EUR, in: Personalverrechnung für die Praxis : PVP (2012), Heft 12

Lohnnebenkosten 2013, in: Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2013), Heft Jänner

Maurer, Michaela: Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (2008), Heft 1 b

Mayr, Klaus: Anwendbarkeit des Kautionschutzgesetzes bei Erwerb von Aktien?, in: ecolex (2012)

Mosing, Florian: Benötigt ein freier Dienstnehmer eine Gewerbeberechtigung?, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (2012), Heft 12

Mosler, Rudolf: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, in: Das Recht der Arbeit : DRdA (2005), Heft 6

Mosler, Rudolf: Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung : Ausgewählte Probleme der Neuregelung : Teil 1, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (1998), Heft 2

Naderhirn, Johanna: Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis : Anmerkung zur jüngsten OGH-Judikatur, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft : RdW (2004), Heft 7

Peschek, Ralf ; Unterrieder, Matthias: Gibt es noch freie Dienstnehmer?, in: ecolex (2008)

Petrovic, Gabriela: Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, in: Recht der Arbeit : RdA (1983)

Sabara, Bettina: Die Bildungskarenz, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2011), Heft 6135

Tomandl, Theodor: Der rätselhafte freie Dienstnehmer, in: Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht : ZAS (2006)

Wachter, Gustav: Der sogenannte freie Dienstvertrag, in: Das Recht der Arbeit : DRdA (1984)

Internetquellen

Arbeitsmarktstatistiken 2004 bis 2010. URL: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/arbeitsmarkt/erwerbsstatus/index.html, Hrsg. STATISTIK AUSTRIA Bundesanstalt Statistik Österreich – Wien, verfügbar am 24.02.2011

Artikel „Achtung: Mehr Nebenkosten bei freiem Dienstvertrag“. URL: http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=519815&DstID=2609, Hrsg. Wirtschaftskammer Steiermark, 25.11.2009, verfügbar am 27.12.2012

Bundesministerium für Finanzen: Einkommensteuer für die Einkünfte aus einem freien Dienstvertrag oder Werkvertrag. URL: <https://www.bmf.gv.at/steuern/arbeitsnehmerpensionisten/dienstvertrag-werkvertrag/einkommensteuer-einkuenfte-aus-freien-dienstvertrag-werkver.html> – Wien, verfügbar am 09.06.2013

Bundesministerium für Finanzen: Erlass „Organisationshandbuch KIAB“, GZ BMF-28000/0070-IV/2/2008 vom 01.08.2008. URL: <https://findok.bmf.gv.at/findok/link?gz=%22BMF-280000%2F0070-IV%2F2%2F2008%22&gueltig=20080801&segid=%2236019.1.1+31.07.2008+12%3A04%3A00%3A42%22>, verfügbar am 18.06.2013

Bundesministerium für Finanzen: Salzburger Steueralog 2009 : Lohnsteuer-Ergebnisunterlage : GZ BMF-010222/0152-VI/7/2009, § 3 EStG 1988. URL: <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bmf-010222%2F0152-vi%2F7%2F2009&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=https%3A%2F%2Ffindok.bmf.gv.at%2Ffindok%2Flink%3Fgz%3D%2522BMF-010222%2F0152-VI%2F7%2F2009%2522%26gueltig%3D20091006%26segid%3D%252242402.1.1%2B21.08.2009%2B09%3A32%3A44%3A25%2522&ei=9MjEUbzQDMeM4ATb7YCIaw&usg=AFQjCNHctu8OByrySkMSiWE6dlagtuEdVA> - Wien, 2009, verfügbar am 21.06.2013

Bundesministerium für Finanzen: Wartungserlass 2009, GZ BMF-010222/0217-VI/7/2009 vom 14.12.2009. URL: http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bmf-010222%2F0217-vi%2F7%2F2009&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=https%3A%2F%2Ffindok.bmf.gv.at%2Ffindok%2Flink%3Fgz%3D%2522BMF-010222%252F0217-VI%252F7%252F2009%2522%26gueltig%3D20091214%26segid%3D%252244249.1.1%2B10.12.2009%2B17%253A08%253A09%253A94%2522&ei=xV_HUaWAKomB4ATQ7YGACw&usg=AFQjCNEezQGEjvP8ZCPx8FizQJIB_oMAw, verfügbar am 23.06.2013

Kollektivvertrag für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informatik. URL: http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=364641&dstid=6955&opennavid=32247, Hrsg. Wirtschaftskammer Vorarlberg, 2013, verfügbar am 23.06.2013

Parlament der Republik Österreich: 886 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP. URL: http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=886%20der%20beilagen%20zu%20den%20stenographischen%20protokollen%20des%20nationalrates%20xx.%20gp.&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.parlament.gv.at%2FPAKT%2FVHG%2FXX%2FI%2FI_00886%2Ffname_139758.pdf&ei=tHAUfiINk304QTf4IDQAQ&usq=AFQjCNGXvGzkLrHDUaTB3JLR1BTDkUZybg – Wien, 1997

Petter, Dagmar ; Klingenbrunner, Gerda ; Kendlbacher, Birgit: Der freie Dienstvertrag. URL: http://www.ak-salzburg.at/bilder/d147/DerfreieDienstvertrag11_WEB.pdf, Hrsg. Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg – Salzburg, 2011, verfügbar am 29.12.2012

Petter, Dagmar ; Weis, Peter: Der freie Dienstvertrag : Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Grundlagen. URL: http://noe.arbeiterkammer.at/bilder/d117/freier_dienstvertrag_2012_kern.pdf - Wien, 2012, verfügbar am 27.12.2012

Rechtsprechung

LG (Landesgericht Salzburg) - Urteile

LG Salzburg: Urteil vom 12.11.1991, GZ 20 Cga 230/09, Arb 10.993

OLG (Oberlandesgericht) - Urteile

OLG Wien: Beschluss vom 29.05.2000, GZ 10 Ra 27/00i, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2000), Heft 5139

OLG Wien: Erkenntnis vom 15.12.2004, GZ 8 Ry 148/04z

OLG Wien: Erkenntnis vom 24.01.2008, GZ 8 Ra 129,07k, in: Konkurrenzklausel bei freiem Dienstvertrag über erotische Massagen, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2008), Heft 5897

OGH (Oberster Gerichtshof) - Urteile

OGH: Erkenntnis vom 24.10.1990, GZ 9 ObA 72/90

OGH: Urteil und Beschluss vom 15.11.2001, GZ 8 ObA 95/01f

OGH: Urteil und Beschluss vom 17.02.2005, GZ 8 ObA20/04f

OGH: Urteil vom 05.05.1999, GZ 9 ObA 10/99g

OGH: Urteil vom 06.12.1989, GZ 9 ObA 327/89

OGH: Urteil vom 08.07.1999, GZ 8 ObA 26/99b

OGH: Urteil vom 10.04.1991, GZ 9 ObA 35/91

OGH: Urteil vom 10.07.2008, GZ 8 ObA 55/07g

OGH: Urteil vom 11.05.1988, GZ 9 ObA 165/87

OGH: Urteil vom 11.07.1996, GZ 8 ObA 2150/96a

OGH: Urteil vom 12.06.1996, GZ 9 ObA 2096/96t

OGH: Urteil vom 12.07.2000, GZ 9 ObA 89/00d

OGH: Urteil vom 13.04.1988, GZ 9 ObA 160/87

OGH: Urteil vom 13.07.1994, GZ 9 ObA 77/94

OGH: Urteil vom 13.09.2012, GZ 8 ObA 49/12g

OGH: Urteil vom 14.02.2012, GZ 10 ObS 173/11f
OGH: Urteil vom 14.09.1995, GZ 8 ObA 240/95
OGH: Urteil vom 17.12.1997, GZ 9 ObA 367/97d
OGH: Urteil vom 19.12.2006, GZ 4 Ob 231/06h
OGH: Urteil vom 19.12.2007, GZ 9 ObA 118/07d
OGH: Urteil vom 20.02.2002, GZ 9 ObA 296/01x
OGH: Urteil vom 20.09.1983, GZ 4 Ob 93/83,
samt Glosse von Wachter, Gustav, in: Recht der Arbeit : RdA (1984)
OGH: Urteil vom 21.02.2002, GZ 8 ObS 206/01d
OGH: Urteil vom 23.01.2003, GZ 8 ObA 170/02m
OGH: Urteil vom 24.10.2001, GZ 9 ObA 183/01d
OGH: Urteil vom 25.02.1999, GZ 8 ObA 38/99t
OGH: Urteil vom 25.06.2003, GZ 9 ObA 15/03a
OGH: Urteil vom 26.01.2000, GZ 9 ObA 301/99a
OGH: Urteil vom 26.02.1998, GZ 8 ObA 46/98t
OGH: Urteil vom 26.04.1990, GZ 8 Ob 563/89
OGH: Urteil vom 28.08.1991, GZ 9 ObA 99/91
OGH: Urteil vom 28.10.1997, GZ 4 Ob 316/97t
OGH: Urteil vom 29.09.1981, GZ 4 Ob 45/81
OGH: Urteil vom 29.10.2008, GZ 9 ObA 133/08m
OGH: Urteil vom 31.01.2007, GZ 8 ObA 112/06p

OGH (Oberster Gerichtshof) - Beschlüsse

OGH: Beschluss vom 02.02.2005, GZ 9 ObA 7/04a
OGH: Beschluss vom 05.04.2000, GZ 9 ObA 55/00d
OGH: Beschluss vom 07.04.1987, GZ 14 Ob 10/87
OGH: Beschluss vom 08.02.1989, GZ 9 ObA 43/89
OGH: Beschluss vom 14.06.2000, GZ 9 ObA 7/00w
OGH: Beschluss vom 16.06.2008, GZ 8 ObA 30/08f
OGH: Beschluss vom 19.06.1991, GZ 9 Ob 902/91
OGH: Beschluss vom 20.08.2008, GZ 9 ObA 17/08b
OGH: Beschluss vom 22.12.1993, GZ 8 Ob 28/93
OGH: Beschluss vom 26.03.1997, GZ 9 ObA 54/97z
OGH: Beschluss vom 26.04.1995, GZ 9 ObA 48/95 (9 ObA 1008/95)
OGH: Beschluss vom 26.07.2012, GZ 8 ObA 56/11k
OGH: Beschluss vom 28.11.2007, GZ 9 ObA 165/07s
OGH: Beschluss vom 29.01.2010, GZ 1 Ob 190/09m
OGH: Beschluss vom 29.10.2008, GZ 9 ObA 133/08m
OGH: Beschluss vom 30.10.2003, GZ 8 ObA 45/03f

OGH (Oberster Gerichtshof) - Rechtssätze

OGH: Rechtssatz RS0021284
OGH: Rechtssatz RS0021306
OGH: Rechtssatz RS0021330
OGH: Rechtssatz RS0021332
OGH: Rechtssatz RS0021375
OGH: Rechtssatz RS0021518
OGH: Rechtssatz RS0021743

OGH: Rechtssatz RS0021747
OGH: Rechtssatz RS0021758
OGH: Rechtssatz RS0021792
OGH: Rechtssatz RS0028268
OGH: Rechtssatz RS0028685
OGH: Rechtssatz RS0028906
OGH: Rechtssatz RS0029360
OGH: Rechtssatz RS0029876
OGH: Rechtssatz RS0033756
OGH: Rechtssatz RS0050842
OGH: Rechtssatz RS0050959
OGH: Rechtssatz RS0051019
OGH: Rechtssatz RS0065185
OGH: Rechtssatz RS0077538
OGH: Rechtssatz RS0077648
OGH: Rechtssatz RS0083890
OGH: Rechtssatz RS0086121
OGH: Rechtssatz RS0109363
OGH: Rechtssatz RS0109526
OGH: Rechtssatz RS0111914
OGH: Rechtssatz RS0118332
OGH: Rechtssatz RS21758

ASG (Arbeits- und Sozialgericht) - Urteile

ASG Wien: Urteil vom 09.10.2000, GZ 30 Cga 74/00x, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2001), Heft 5190

ASG Wien: Urteil vom 21.02.2012, GZ 13 Cga 71/11x, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2012), Heft 6233

ASG Wien: Urteil vom 22.09.1999, GZ 28 Cga 24/99, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2000), Heft 5110

ASG Wien: Urteil vom 25.04.2003, GZ 21 Cga 218/01h, in: Arbeitsrechtliche Ansprüche eines freien Dienstnehmers, in: Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis : ARD (2003), Heft 5457

VwGH (Verwaltungsgerichtshof) - Erkenntnisse

VwGH: Erkenntnis vom 02.02.2010, GZ 2009/15/0191

VwGH: Erkenntnis vom 02.05.2012, GZ 2010/08/0083

VwGH: Erkenntnis vom 02.07.2002, GZ 2000/14/0148

VwGH: Erkenntnis vom 04.10.2001, GZ 96/08/0351

VwGH: Erkenntnis vom 05.10.1993, GZ 93/14/0101

VwGH: Erkenntnis vom 06.11.1995, GZ 94/04/0107, Rechtssatz Nr. 4

VwGH: Erkenntnis vom 06.11.1995, GZ 94/04/0107, Rechtssatz Nr. 5

VwGH: Erkenntnis vom 09.07.1997, GZ 95/13/0289

VwGH: Erkenntnis vom 10.05.1994, GZ 92/08/0121

VwGH: Erkenntnis vom 12.02.1986, GZ 84/11/0264

VwGH: Erkenntnis vom 12.09.2012, GZ 2009/08/0042

VwGH: Erkenntnis vom 13.08.2003, GZ 99/08/0174

VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2011/08/0391
VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0261
VwGH: Erkenntnis vom 14.02.2013, GZ 2012/08/0268
VwGH: Erkenntnis vom 15.07.1998, GZ 97/13/0169, Rechtssatz Nr. 1
VwGH: Erkenntnis vom 15.09.1999, GZ 97/13/0164
VwGH: Erkenntnis vom 16.01.1991, GZ 89/13/0194
VwGH: Erkenntnis vom 17.03.1987, GZ 85/04/0223, Rechtssatz Nr. 4
VwGH: Erkenntnis vom 17.10.2012, GZ 2009/08/0188
VwGH: Erkenntnis vom 17.10.2012, GZ 2010/08/0256
VwGH: Erkenntnis vom 18.03.2004, GZ 2000/15/0079
VwGH: Erkenntnis vom 18.10.2000, GZ 99/09/011
VwGH: Erkenntnis vom 19.02.2003, GZ 99/08/0054
VwGH: Erkenntnis vom 19.09.2007, GZ 2007/13/0071
VwGH: Erkenntnis vom 19.12.1990, GZ 89/13/0131, Rechtssatz Nr. 1
VwGH: Erkenntnis vom 19.12.2000, GZ 99/14/0166
VwGH: Erkenntnis vom 19.12.2012, GZ 2012/08/0224
VwGH: Erkenntnis vom 20.02.2008, GZ 2006/08/0320
VwGH: Erkenntnis vom 20.12.2000, GZ 99/13/0223
VwGH: Erkenntnis vom 21.10.1970, GZ 1765/69, Rechtssatz Nr. 1
VwGH: Erkenntnis vom 22.01.1986, GZ 84/13/0015
VwGH: Erkenntnis vom 22.02.1996, GZ 94/15/0123
VwGH: Erkenntnis vom 22.03.2010, GZ 2009/15/0200
VwGH: Erkenntnis vom 23.04.1991, GZ 88/04/0111, Rechtssatz Nr. 2
VwGH: Erkenntnis vom 23.05.1985, GZ 84/08/0070, Rechtssatz Nr. 13
VwGH: Erkenntnis vom 24.02.1999, GZ 98/13/0014, Rechtssatz Nr. 2
VwGH: Erkenntnis vom 24.06.2003, GZ 2003/14/0016, Rechtssatz Nr. 2
VwGH: Erkenntnis vom 24.11.2011, GZ 2008/15/0180
VwGH: Erkenntnis vom 25.04.2007, GZ 2005/08/0082
VwGH: Erkenntnis vom 26.07.2000, GZ 2000/14/0061
VwGH: Erkenntnis vom 27.02.2002, GZ 2001/13/170, Rechtssatz Nr. 3
VwGH: Erkenntnis vom 28.03.2001, GZ 96/13/0010, Rechtssatz Nr. 1
VwGH: Erkenntnis vom 28.05.2009, GZ 2007/15/0163
VwGH: Erkenntnis vom 28.11.2002, GZ 97/13/0069

VfGH (Verfassungsgerichtshof) - Erkenntnisse

VfGH: Erkenntnis vom 04.03.2011, GZ B340/10
VfGH: Erkenntnis vom 14.03.1997, GZ G392/96, G398/96, G399/96

UFS (Unabhängiger Finanzsenat) - Entscheidung

UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 05.07.2005, GZ RV/0154-G/02
UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 16.05.2013, GZ GZ RV/0770-G/12
UFS Graz: Berufungsentscheidung vom 27.06.2008, GZ RV/0502-G/06
UFS Klagenfurt: Berufungsentscheidung vom 29.12.2010, GZ RV/0224-K/06
UFS Salzburg: Berufungsentscheidung vom 11.05.2007, GZ RV/0478-S/06
UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 13.03.2013, GZ RV/2201-W/09
UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 17.10.2012, GZ RV/2032-W/09
UFS Wien: Berufungsentscheidung vom 17.10.2012, GZ RV/2032-W/09

BFH (Bundesfinanzhof) - Urteil

BFH, Urteil vom 22.05.1975, GZ IV R 33/72

Gesetze, Verordnungen, Erlässe

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB (i.d.F.v. 01.06.1811)
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB (i.d.F.v. 20.03.2013)
Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, ASVG (i.d.F.v. 14.06.2013)
Angestelltengesetz, AngG (i.d.F.v. 27.07.2010)
ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, AschG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, ASGG (i.d.F.v. 28.05.2013)
Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, AÜG (i.d.F.v. 14.11.2012)
Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, AIVG (i.d.F.v. 23.05.2013)
Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz 1991, APSG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Arbeitsruhegesetz, ARG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Arbeitsverfassungsgesetz, ArbVG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, AVRAG (i.d.F.v. 20.06.2013)
Arbeitszeitgesetz, AZG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Ausländerbeschäftigungsgesetz, AuslBG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Bauern-Sozialversicherungsgesetz, BSVG (i.d.F.v. 14.06.2013)
Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, B-KUVG (i.d.F.v. 14.06.2013)
Behinderteneinstellungsgesetz, BEinstG (i.d.F.v. 20.06.2013)
Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, BMSVG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Betriebspensionsgesetz, BPG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG (i.d.F.v. 11.01.2013)
Deutsches Einkommensteuergesetz, dEStG 1920 (i.d.F.v. 29.03.1920)
Deutsches Einkommensteuergesetz, dEStG 1925 (i.d.F.v. 10.08.1925)
Deutsches Einkommensteuergesetz, dEStG 1934 (i.d.F.v. 16.10.1934)
Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, DHG (i.d.F.v. 22.03.1983)
Einkommensteuergesetz 1988, EStG 1988 (i.d.F.v. 20.03.2013)
Entgeltfortzahlungsgesetz, EFZG (i.d.F.v. 14.12.2010)
Freiberuflichen Sozialversicherungsgesetz, FSVG (i.d.F.v. 10.01.2013)
Gewerbeordnung 1994, GewO 1994 (i.d.F.v. 28.05.2013)
Gewerbeordnung, GewO, (i.d.F.v. 27.12.1859)
Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz, GSVG (i.d.F.v. 14.06.2013)
Gleichbehandlungsgesetz, GIBG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, IESG (i.d.F.v. 24.04.2012)
Insolvenzordnung, IO (i.d.F.v. 30.12.2010)
Kautionschutzgesetz, KautSchG (i.d.F.v. 07.08.2001)
Mutterschutzgesetz 1979, MSchG (i.d.F.v. 17.04.2013)
Patentgesetz 1970, PatG (i.d.F.v. 30.12.2009)
Sozialrechts-Änderungsgesetz 1996, SRÄG 1996 (i.d.F.v. 20.08.1996)
Strafgesetzbuch, StGB (i.d.F.v. 18.01.2013)
Strukturanpassungsgesetz 1996 (i.d.F.v. 30.04.1996)
Umsatzsteuergesetz 1994, UStG 1994 (i.d.F.v. 03.09.1999)
Urheberrechtsgesetz, UrhG (i.d.F.v. 27.07.2010)
Urlaubsgesetz, UrlG (i.d.F.v. 10.01.2013)
Väter-Karenzgesetz, VKG (i.d.F.v. 28.12.2012)

Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales: Erlass vom 18.01.2000, Aktenzeichen 124.007/1-2/200, in: ASVG-Sozialversicherungs-Handbuch, Hrsg. Popperl, Robert – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2012, Loseblattsammlung, 49. Lfg., Stand: Dezember 2012, Empfehlungen zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-MVB), Rz. 41

Bundesministerium für Finanzen: Erlass vom 14.12.2011, Aktenzeichen BMF-010222/0049-VI/7/2013, Kapitel 42.5.12, Rz. 10981 ff.

Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das Einkommensteuergesetz geändert werden (i.d.F.v. 28.12.2007)

Verordnung des Bundesministers für Finanzen (VO BMF) betreffend die Änderung der Verordnung über die bundeseinheitliche Bewertung bestimmter Sachbezüge ab 2002 (i.d.F.v. 09.12.2004)

Verordnung des Bundesministers für Finanzen (VO BMF) betreffend Mitteilungen gemäß § 109a EStG 1988 (i.d.F.v. 30.11.2001)

Verordnung zur Durchführung des Steuerabzuges vom Arbeitslohn vom 29.11.1934

Parlament der Republik Österreich: 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses : XXI. Session. – Wien, 1912

Anlagen

Teil 1 Beispielfall: Stellenausschreibung und Bewerbungsgespräch	A-I
Teil 2 Beispielfall: Vertrag über freie Mitarbeit	A-II
Teil 3 Beispielfall: Befragungsergebnisse GKK	A-III
Teil 4 Fragebogen der GKK zur Klärung der Versicherungspflicht	A-IV
Teil 5 Muster Freier Dienstvertrag	A-V

Anlagen, Teil 1

Stellenausschreibung / Bewerbung

N. N. ist Studentin des Diplomstudienganges Software Engineering an einer oberösterreichischen Fachhochschule. Sie steht kurz vor der Vollendung des fünften Semesters (von 6 Semestern gesamt) und wird beim Durchblättern der Tageszeitung auf nachfolgendes Inserat aufmerksam:

„Junge dynamische Softwareschmiede sucht ebenso engagierte(n) wie flexible(n) Programmierer(in) für die Bereiche App-Entwicklung, Webprogrammierung und die Wartung bestehender Softwareprojekte. Als Teammitglied heißen wir dich entweder im Rahmen einer Voll- oder Teilzeitbeschäftigung willkommen. Professioneller und freundlicher Kundenkontakt ist unbedingt erforderlich. Wir erwarten umfassende Kenntnisse in PHP, MySQL, Microsoft Visual Studio sowie Erfahrung im Umgang mit Endkunden. Wir bieten ein freundliches, kollegiales und professionelles Betriebsklima und sind stets um das Wohl unserer Mitarbeiter bemüht. Über deine Bewerbung freuen wir uns unter Software XY GmbH, Anschrift, Webadresse, E-Mail-Adresse, Telefon- und Faxnummer.“

Der schriftlichen Bewerbung folgt ein persönliches Bewerbungsgespräch mit dem Geschäftsführer der Software XY GmbH. Dieser stellt N. N. im Zuge des Bewerbungsgesprächs das Unternehmen wie folgt vor:

„Wir sind ein aufstrebendes junges Unternehmen im Softwareentwicklungsbereich. Wir haben eine gemischte Kundenstruktur in unterschiedlichen Vertriebsebenen und unterschiedlichen Branchen. Wir haben uns auf die Entwicklung kundenspezifischer Softwareprojekte spezialisiert. Wir betreuen in diesem Zusammenhang größere Webshop-Projekte samt App-Entwicklung und zugehöriger kaufmännischer Software. Organisatorisch sind wir daher stark projektbezogen orientiert. Einerseits wird dein Tätigkeitsbereich in der Betreuung, Wartung und Weiterentwicklung bestehender Softwareprojekte bestehen, andererseits jedoch – je nach Auftragslage – in der Entwicklung und Implementierung neuer Softwareprojekte. Unser Unternehmen besteht derzeit aus drei Gesellschafter-Geschäftsführern, die sich allesamt als Programmierer zur Software XY GmbH zusammengeschlossen haben, um auch größere Softwareprojekte verwirklichen zu können. Zudem ist eine Office-Managerin mit der Büroorganisation Vollzeit beschäftigt. Organisatorisch wirst du den drei Gesellschafter-Geschäftsführern je nach Auftragslage für aktuelle Projekte zugeteilt werden. Der jeweilige Ansprechpartner wird dir dann Aufgaben, Zeit und Projektziele detailliert darstellen. Ziel ist es, den jeweiligen Programmierer beim Abschluss des Projektes bestmöglich zu unterstützen. Wir werden uns bemühen, deinen zeitlichen Erfordernissen beim Studium weitestgehend Rechnung zu tragen.“

In weiterer Folge einigen sich N. N. und der Geschäftsführer der Software XY GmbH, dass die Bezahlung auf Stundenbasis erfolgen soll, wobei N. N. pro Stunde EUR 18,00 ausbezahlt werden sollen. Der Geschäftsführer der Software XY GmbH teilt N. N. zudem mit, dass er die vertraglichen Grundlagen ausarbeiten und N. N. bei Beschäftigungsbeginn am 07.01. übergeben werde. N. N. soll daher am 07.01. um 08:00 Uhr neuerlich in die Firma kommen.

Der Geschäftsführer der Software XY GmbH recherchiert daraufhin selbst im Internet über mögliche Ausgestaltungen des Beschäftigungsverhältnisses. Folgende Ziele strebt er an:

die Steuer- und Sozialversicherungsabgaben sollen so gering wie möglich sein, zudem soll N. N. nur dann bezahlt werden, wenn sie tatsächlich Arbeitsleistungen erbringt. Wenn möglich möchte er sie in Urlaubszeiten oder auch in Krankenständen nicht bezahlen. Geringfügig beschäftigen kann er N. N. nicht, da schon jetzt absehbar ist, dass sie etwa 30 Stunden pro Arbeitswoche für das Unternehmen tätig sein wird. Im Freundeskreis erfährt er von der Möglichkeit, einen freien Dienstvertrag abzuschließen. Im Internet findet er schnell ein Muster für einen solchen freien Dienstvertrag, den er wie folgt an die eigenen Bedürfnisse anpasst.

Anlagen, Teil 2

Vertrag über freie Mitarbeit

Zwischen der Software XY GmbH (Anschrift),
vertreten durch den Gesellschafter-Geschäftsführer A. B. der Software XY GmbH,
nachfolgend auch „Auftraggeber“ genannt

und

Frau N. N., wohnhaft in (Anschrift),
nachfolgend auch „Auftragnehmer/-in“ genannt

wird folgendes vereinbart:

§ 1 Tätigkeit

Die Auftragnehmerin N. N. wird ab dem 07.01. für den Auftraggeber folgende Tätigkeiten übernehmen: Softwareentwicklung und Dokumentation, Softwarewartung, Kundenbetreuung. Ergänzend wird im Einzelfall auf die jeweiligen Dienstanweisungen und Projektbeschreibungen verwiesen.

Die Auftragnehmerin unterliegt den Weisungen der Geschäftsführer (bzw. Dienstvorgesetzten) der Software XY GmbH. Arbeitszeit und Arbeitsort werden mit dem jeweils zugeordneten Geschäftsführer der Software XY GmbH für die zweitfolgende Woche im Vorhinein vereinbart.

Die Auftragnehmerin ist in der Ausgestaltung der Dienstzeiten ansonsten frei. Die Auftragnehmerin hat dafür die Arbeitszeiten im Zeiterfassungsprogramm timeRec einzutragen und das von diesem generierte Protokoll dem Geschäftsführer am Ende jeder Arbeitswoche zur Unterzeichnung vorzulegen. Der Nachweis der erbrachten Stunden ist im Zeiterfassungssystem des Auftraggebers zu den jeweiligen Projekten exakt zu erfassen. Die Erfassung muss zeitnah erfolgen. Sie ist in der Regel am Tag der Erbringung, spätestens am Folgetag der Erbringung durchzuführen. Das Zeiterfassungssystem kann von der Auftragnehmerin zu den üblichen Bürozeiten des Auftraggebers online (VPN-Zugang) erreicht werden. Projektbezogene Zeitvorgaben des Auftraggebers sind ebenso einzuhalten wie fachliche Vorgaben, soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erforderlich sind.

Gegenüber den Angestellten des Auftragsgebers hat die Auftragnehmerin keine Weisungsbefugnis.

§ 2 Persönliche Leistungserbringung

Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen. Die Hinzuziehung eigener Mitarbeiter oder die Vergabe von Unteraufträgen ist nicht gestattet. Der Auftraggeber stellt nach jeweiliger vorheriger Absprache die entsprechenden betrieblichen Einrichtungen zur Verfügung. Der Auftraggeber stellt der Auftragnehmerin

alle zur Ausübung ihrer Tätigkeiten erforderlichen Informationen, Hilfsmittel und Unterlagen zur Verfügung, insbesondere Projektbeschreibungen, Vertragsunterlagen, Fehlerbeschreibungen und Analysen, Reklamationsunterlagen, Erläuterungen zu den Programmcodes und sämtliche sonst für die Projektdurchführung erforderliche Unterlagen.

Beide Vertragsparteien verpflichten sich zur gegenseitigen Kenntnissgabe, sofern sich bei der Vertragsdurchführung Abwicklungsschwierigkeiten oder aber vorhersehbare Zeitverzögerungen ergeben sollten.

Die Auftragnehmerin wird im Monatsdurchschnitt 20 Wochenstunden für den Auftraggeber erbringen. Ihr Bestreben ist stets darauf zu richten, das Geschäftsinteresse des Auftraggebers bestmöglich zu unterstützen.

§ 3 Vergütung

Als Vergütung wird ein Stundenhonorar von EUR 18,00 vereinbart. Die Höhe des Stundenhonorars ist geheim. Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, jeweils bis zum 10. des Folgemonats eine spezifizierte Abrechnung in Form einer Honorarnote zu erstellen. Bei Überschreitung dieser Frist gelten die Ansprüche als verwirkt.

Das vereinbarte Honorar wird jeweils am Monatsende fällig. Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf das von der Auftragnehmerin bekannt gegebene Bankkonto. Die Auftragnehmerin wird hierzu innerhalb von 14 Tagen nach Beginn der Zusammenarbeit dem Auftraggeber ein Konto nennen, auf das das Honorar angewiesen werden kann.

Mit der Zahlung der in diesem Vertrag vereinbarten Vergütung sind alle Ansprüche der Auftragnehmerin gegen den Auftraggeber aus diesem Vertrag erfüllt.

§ 4 Haftung und Gewährleistung

Sollte der Auftraggeber aufgrund von Leistungen, die von der Auftragnehmerin erbracht wurden, in Haftung genommen werden, so verpflichtet sich die Auftragnehmerin gegenüber dem Auftraggeber, diesen von derlei Haftung freizustellen. Für Schäden, die durch Zeitüberschreitung der Auftragnehmerin erfolgen, ist die Haftung der Auftragnehmerin auf die Höhe von EUR 15.000,00 begrenzt.

§ 5 Fortbildungspflicht

Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, sich im Rahmen der Durchführung dieses Vertrages auf dem Gebiet ihrer Tätigkeit über den aktuellen Entwicklungsstand weiterzubilden und sich über aktuelle Veränderungen auf diesem Gebiet jederzeit auf dem Laufenden zu halten.

§ 6 Konkurrenz

Die Auftragnehmerin darf auch für andere Auftraggeber tätig sein. Will die Auftragnehmerin allerdings für einen unmittelbaren Wettbewerber des Auftraggebers tätig werden, bedarf dies der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 15.000,00 zu zahlen.

§ 7 Verschwiegenheit, Aufbewahrung und Rückgabe von Unterlagen

Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, über ihr im Laufe ihrer Tätigkeit für das Unternehmen bekannt gewordene Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren. Diese Schweigepflicht besteht auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses fort.

Unterlagen, die die Auftragnehmerin im Rahmen ihrer freien Mitarbeit erhalten hat, sind von ihr sorgfältig und gegen die Einsichtnahme Dritter geschützt aufzubewahren. Nach Beendigung der freien Mitarbeit an dem Projekt/Gegenstand, auf das/den sie sich beziehen und für die die Auftragnehmerin sie benötigt hat, spätestens jedoch mit Beendigung der freien Mitarbeit, sind die Unterlagen an den Auftraggeber zurückzugeben. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist ausgeschlossen.

Für jeden Fall der schuldhaften Verletzung dieser Verpflichtungen wird eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 15.000,00 vereinbart.

Weitergehender Schadensersatz sowie die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen bleiben vorbehalten.

§ 8 Erfüllungsort und Gerichtsstand

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Sitz der Software XY GmbH bzw. das für diese örtlich und sachlich zuständige Gericht.

§ 9 Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften

Von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages ist in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bewusst kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften ist nicht beabsichtigt. Der freien Mitarbeiterin soll vielmehr die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung ihrer Arbeitskraft belassen werden. Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit wird nicht begründet.

§ 12 Nebenabreden und salvatorische Klausel

Nebenabreden und Änderungen des Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden.

Die teilweise oder vollständige Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieses Vertrages berührt nicht die Wirksamkeit der übrigen Regelungen des Vertrages.

§ 13 Vertragsaushändigung

Jede der Vertragsparteien hat eine schriftliche Ausfertigung dieses Vertrages erhalten.

Ort, Datum

Unterschrift N. N. und firmenmäßige Zeichnung durch Software XY GmbH

Anlagen, Teil 3

Befragungsergebnisse GPLA

N. N. war ausschließlich für die Software XY GmbH tätig. Neben dieser Beschäftigung absolvierte sie das Diplomstudium Software Engineering an einer oberösterreichischen Fachhochschule. Die angeführte Tätigkeit stellte aber kein Pflichtpraktikum im Rahmen dieses Studiums dar. Ihre Aufgaben bestanden vorwiegend in der Entwicklung neuer bzw. Weiterentwicklung bestehender Software. Dabei bestand häufig Kundenkontakt in Form von Mailverkehr und im Zuge von Fernwartungssitzungen. Daneben erstellte N. N. Protokolle zu Programmcodes und darüber hinaus Benutzeranweisungen. Für fehlerhaft entwickelte Programmteile war ein Feedbackprogramm eingerichtet, aus dem die Mitarbeiter auch entsprechende Ansätze für Neuentwicklungen gewannen. Im Normalfall wurden die Softwareprojekte im Team entwickelt. Dabei kam es regelmäßig zu Teambesprechungen. Die Geschäftsführer gaben die gemeinsamen Ziele vor und wurden diese als Meilensteine im Entwicklungsplan eingetragen. Jeder Mitarbeiter, auch N. N., hatte sodann diese Entwicklungsschritte einzugeben und so auch für die anderen Mitarbeiter zugänglich zu halten. Die Softwareentwicklung erfolgte daher nach einem genau vorgegebenen Schema, um auch den Kollegen jederzeit die Weiterentwicklung der Programmteile zu ermöglichen. Eine weitere Pflichtversicherung bestand nicht. N. N. schätzte die Arbeit mit ihren Vorgesetzten sehr, diese brachten sich sehr stark ein, sowohl was die Arbeitsabläufe betraf, als auch hinsichtlich gestalterischer Aufgaben, etwa im Fall des Designes der Programmoberfläche.

Die Frage, ob sich N. N. vertreten lassen konnte, hat sich nie gestellt, N. N. konnte sich auch an keine Situation erinnern, wo ihr dies als erforderlich erschienen wäre. Natürlich hatte sie persönlich die einzelnen Leistungen zu erbringen, weil ihr Fachwissen dafür erforderlich war.

Die Gestaltung der Arbeitszeit hatte sich sehr gut eingespielt. N. N. hat mit der Software XY GmbH vereinbart, dass ihr ein Laptop und ein Handy zur Verfügung gestellt werden. Diese nutzte sie vorwiegend zu Hause, um über den Fernzugang auf das Firmennetzwerk zugreifen zu können. Im Rahmen dieses Fernzugriffes standen ihr die gleichen Ressourcen zur Verfügung wie in der Firma. Sie konnte auf sämtliche Projekte zugreifen. Zu Beginn ihrer Tätigkeit, etwa die ersten 5 Monate, war N. N. sehr häufig in der Firma. Danach konnte sie aber immer mehr Tätigkeiten von zu Hause aus erledigen. Dabei wurden die Aufgaben im Team so verteilt, dass die ihr zugewiesenen Aufgaben eher geeignet waren, dass sie mittels Fernzugang erledigt werden konnten. N. N. stand aber über eine Chat-Software in Verbindung mit den übrigen Teammitgliedern und konnte Fragen und Probleme mit diesen diskutieren bzw. erhielt ergänzende Aufgaben oder Verbesserungswünsche. Für Teammeetings und Kundengespräche musste sie natürlich in die Firma kommen, die Anwesenheit war verpflichtend. Gefragt, wie viel sie in etwa zu Hause arbeitete, gab N. N. an, dass dies circa im Ausmaß von 2/3 der Arbeitszeit wäre. Zu den einzelnen Arbeitszeiten gab sie an, dass diese geschwankt hätten, da sie in der Einteilung der Arbeitszeit sehr frei gewesen sei. Natürlich war N. N. an Abgabetermine gebunden. Die für ein Projekt aufgewendeten Zeiten sowie ihre täglich erbrachten Arbeitsleistungen hatte N. N. in einem speziellen Zeiterfassungsprogramm einzugeben. Die Auswertung dieses Zeiterfassungsprogrammes musste sie den Geschäftsführern am Ende des Monats via

E-Mail schicken. N. N. erstellte dann auf dieser Grundlage eine Honorarnote und wurde dieser Betrag auf ihr Konto überwiesen. Betriebsmittel hatte N. N. keine wesentlichen, im Gegenteil, ihr wurde sämtliches Betriebsmaterial, das sie benötigte, durch die Firma zur Verfügung gestellt. Lediglich ihren privaten Internetanschluss sowie gelegentlich ihren eigenen Drucker verwendete sie auch für die Tätigkeit bei der Software XY GmbH. Dafür bekam sie ab und an eine Entschädigung in Höhe von circa EUR 20,00 durch einen der Geschäftsführer.

Anweisungen wie sie die Arbeit zu erledigen hatte, bekam N. N. hauptsächlich von den übrigen Mitarbeitern ihres Teams. Dies war in der Regel einer der Geschäftsführer und zwei bis drei Angestellte der Firma. Von diesen wurde auch kontrolliert, ob sie die gesetzten Ziele erreichte und ob sie sich an die Arbeitsvorgaben hielt und wurden auch Berichte zu einzelnen Arbeitsbereichen gefordert. Dies insbesondere, wenn nachträglich Fehlerquellen gesucht wurden. In einer Software für Qualitätsmanagement wurden dann die entsprechenden Ergebnisse eingetragen und im Kreis des Teams diskutiert. Eine Einkommensteuerveranlagung hat N. N. noch nicht gemacht, weil sie davon ausgegangen ist, dass die Software XY GmbH dies für sie erledigen würde. Gefragt, wie viel Stunden sie nun genau gearbeitet habe, legte sie die Monatsaufzeichnungen vor, wonach sich folgende Stunden ergeben, wobei der Auszahlungsbetrag jeweils angeführt ist:

	Stunden pro Woche im Durchschnitt	Stunden pro Monat	Auszahlung
Jänner	28	112	€ 1.660,78
Februar	29	116	€ 1.720,09
März	31	124	€ 1.838,72
April	33	132	€ 1.957,35
Mai	28	112	€ 1.660,78
Juni	14	56	€ 830,39
Juli	36	144	€ 2.135,29
August	32	128	€ 1.898,04
September	30	120	€ 1.779,41
Oktober	32	128	€ 1.898,04
November	34	136	€ 2.016,66
Dezember	28	112	€ 1.660,78
			€ 21.056,33

Gefragt, warum sie im Juni weniger Stunden gehabt hätte, gab N. N. an, dass sie hier zwei Wochen auf Urlaub gegangen wäre und daher weniger Stunden ausbezahlt bekommen habe. Diesen Urlaub hatte sie aber vorab mit den Geschäftsführern und ihren Teammitgliedern abgesprochen, damit ihre Arbeiten in der Zwischenzeit unter diesen aufgeteilt werden konnten. Zuletzt gab N. N. für den Dezember an, dass sie krank geworden war. Aus diesem Grund hatte sie in den Weihnachtsfeiertagen auch keine Nachrichten von ihrem Teamleiter und Geschäftsführer empfangen können. Sie habe zwar gewusst, dass um diese Zeit ein Teammeeting geplant war, an dem auch ein wichtiger Kunde teilnehmen sollte, doch ging sie davon aus, dass dieses Treffen auch ohne ihr Beisein stattfinden konnte, da sie ihre Arbeiten umfangreich dokumentiert hatte. Für N. N. völlig überraschend hatte der Geschäftsführer sie dann am Ende der Feiertage, genau genommen am 06.01. angerufen und ihr mitgeteilt, dass sie die Sachen von der Software XY GmbH noch vorbei bringen sollte. Er sehe sich aber aufgrund des für ihn unentschuldig gebliebenen Fernbleibens außer Stande, weiter mit ihr zusammen zu arbeiten. N. N. wird diesbezüglich noch ihre Ansprüche prüfen lassen.

Anlagen, Teil 4

Fragebogen der Gebietskrankenkasse zur Klärung der Versicherungspflicht

1. Der vorliegenden Versicherungserklärung ist zu entnehmen, dass Sie für einen Auftraggeber tätig sind:
 - a) Beginndatum:
 - b) genaue Bezeichnung und Adresse des Auftraggebers:
2. Welche Aufgaben sind mit dieser Tätigkeit verbunden? Bitte um Aufzählung einiger Beispiele:
3. Haben Sie aufgrund dieser Tätigkeit eine bereits bestehende Versicherung und fließen die Honorare aus dieser Tätigkeit in die Beitragsgrundlage dieser Versicherung ein?
Wenn ja, bei welchem Versicherungsträger?
4. Sind Sie Projektleiter? (Trifft nur zu, wenn Sie mit wissenschaftlichen Arbeiten oder Forschungsprojekten betraut sind.)
5. Sind sie Gesellschafter? Wenn ja, mit welcher Beteiligung (%)?
6. Ist die Tätigkeit im Rahmen dieser Vereinbarung die eines Kunstschaffenden?
ja / nein
7. Wenn ja, ist diese Tätigkeit als Kunstschaffender Ihr Hauptberuf und die Hauptquelle Ihrer Einnahmen?
8. Sind Sie zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet? ja / nein
9. Können Sie sich jederzeit vertreten lassen? ja / nein
10. Wenn ja, von wem können Sie sich vertreten lassen?
11. Wenn ja, von wem wird die Vertretung entlohnt?
12. Beschäftigen Sie in Ausübung der unter Punkt 1. und 2. angegebenen Arbeiten auch Angestellte bzw. Hilfskräfte? ja / nein
13. Wenn ja, wer kommt für deren Entlohnung auf?
14. Wird die Tätigkeit regelmäßig oder nur bei Bedarf ausgeübt (wie viele Tage in der Woche)?
15. Sind Sie an die Einhaltung von bestimmten Arbeitszeiten gebunden? Wenn ja, welche?
16. Besteht die Entlohnung Ihrer Tätigkeit nur auf Provisionsbasis? ja / nein
17. Welche Betriebsmittel werden Ihnen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt?
18. Welche Betriebsmittel stellen Sie selbst bei?
19. Erhalten Sie in irgendeiner Form Weisungen bezüglich Ihrer Tätigkeit? Wenn ja, von wem und welche sind diese?

20. Unterliegen Sie in Ausübung Ihrer Tätigkeit einer Kontrolle? Wenn ja, wodurch kommt diese zum Ausdruck?
21. Wem obliegt bei Nichteinhalten der vertraglichen Bestimmung die Haftung?
22. Sind Sie aufgrund der im Punkt 2. genannten Tätigkeit im Besitz einer Gewerbeberechtigung? Wenn ja, seit wann? (Um Vorlage in Kopie wird gebeten.)
23. Wie erfolgte die Entlohnung?
24. Bitte um Beilegung eventuell vorhandener schriftlicher Verträge. (Nur notwendig, wenn diese nicht schon der Versicherungserklärung beigegeben wurden.)

Datum: _____

Unterschrift: _____

Anlagen, Teil 5

Auf Grundlage der im Hauptteil erarbeiteten anwendbaren Bestimmungen des Arbeits-, Sozialversicherungs-, Abgaben- und Steuerrechtes wird unter Berücksichtigung der Abgrenzungskriterien des freien Dienstnehmerbegriffes nachstehend ein Mustervertrag dargestellt. Festgehalten wird, dass das Vertragsverhältnis auch in der konkreten Ausgestaltung des Dienstverhältnisses im Betrieb des Auftraggebers exakt nach diesen Vorgaben auszugestalten ist.

MUSTER: FREIER DIENSTVERTRAG⁵¹²

Abgeschlossen zwischen

..... (im Folgenden Auftraggeber genannt) einerseits

und

..... (im Folgenden freier Dienstnehmer genannt) andererseits

wie folgt:

Präambel

Der Auftraggeber ist (Beschreibung des Tätigkeitsbereiches des Auftraggebers).

Zweck dieser Vereinbarung ist es, dem freien Dienstnehmer den Bezug von Einkünften in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu ermöglichen. Das Ziel besteht in der möglichst freien Gestaltung des Dienstverhältnisses, um dem freien Dienstnehmer ein hohes Maß an Selbstständigkeit zu gewähren.

§ 1 Vertragsgegenstand

Der freie Dienstnehmer wird selbstständig Softwareprogramme bzw. Teile von Softwareprogrammen für den Auftraggeber entwickeln.

§ 2 Vertragsdauer

Das freie Dienstverhältnis wird beginnend mit auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

⁵¹² Vgl. Piptlits, Werner: 4. Freier Dienstvertrag, in: Handbuch Wirtschaftsverträge, Hrsg. Knauder, Christian ; Marzi, Christian ; Temmel, Christian - 1. Lfg. – Wien : LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 2011; Freudhofmeier, Martin: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, a.a.O., S. 147 ff.

§ 3 Leistungserbringung

Der freie Dienstnehmer ist bei der Erfüllung der ihm aufgetragenen Softwareprojekte weisungsfrei und handelt eigenständig. Er untersteht keinerlei Bindung hinsichtlich Arbeitsort oder Arbeitszeit und liegt die konkrete Gestaltung der Vertragserfüllung ausschließlich in seinem Ermessen. Es werden lediglich Zielvorgaben definiert. Wie diese erreicht werden, liegt ausschließlich im Ermessen des freien Dienstnehmers.

§ 4 Vertretungsbefugnis

Auf eigene Kosten und eigene Verantwortung ist der freie Dienstnehmer jederzeit berechtigt, sich durch geeignete Dritte vertreten zu lassen. Ausdrücklich wird festgestellt, dass zwischen den eingesetzten Dritten und dem Auftraggeber keinerlei Vertragsbeziehung entsteht. Der freie Dienstnehmer hat sämtliche damit einhergehende Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge eigenständig abzuführen. Der freie Dienstnehmer erklärt ausdrücklich, für eine entsprechende Versicherung zu sorgen. Der freie Dienstnehmer ist bei der Auswahl der ihn vertretenden Personen frei, er unterliegt dabei keinerlei Einschränkungen. Er hat für deren Fehlverhalten gegenüber dem Auftraggeber einzustehen, als hätte er diese Leistungen selbst erbracht.

§ 5 Arbeitsmittel

Sämtliche der für die Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Arbeitsmittel werden vom freien Dienstnehmer auf eigene Kosten zur Verfügung gestellt und kommt diesem kein gesonderter Ersatzanspruch für Sachaufwendungen zu.

§ 6 Weitere Tätigkeiten

Dem freien Dienstnehmer steht es ohne Einschränkungen frei, auch für weitere Auftraggeber tätig zu werden.

§ 7 Vergütung

Der freie Dienstnehmer wird über die aufgewendete Dienstzeit exakte Aufzeichnungen führen. Die Abrechnung erfolgt auf Grundlage der erbrachten Dienststunden. Der freie Dienstnehmer trägt das Risiko für den Entfall einzelner Dienststunden. Abgegolten werden ausschließlich erbrachte Dienststunden. Der freie Dienstnehmer legt dazu spätestens mit 10. des Folgemonates eine Honorarnote vor, welche die aufgewendeten Stunden und den Tätigkeitsbereich auszuweisen hat. Das Honorar zuzüglich einer allfälligen Umsatzsteuer ist nach ordnungsgemäßer Rechnungslegung jeweils zum 15. des Folgemonates zur Zahlung fällig. Vereinbart wird ein Stundensatz von EUR Festgehalten wird, dass damit sämtliche Spesen zur Gänze abgegolten sind. Mit der Begleichung des Honorarbetrages sind sämtliche Ansprüche aus dem Abrechnungszeitraum beglichen, ein darüber hinausgehender Anspruch des freien Dienstnehmer besteht nicht. Festgehalten wird, dass das vereinbarte Entgelt aus diesem Grund deutlich über dem kollektivvertraglich festgelegten Mindestgehalt für Angestellte liegt.

§ 8 Steuern und Sozialversicherung

Der freie Dienstnehmer wird durch den Auftraggeber mit dem Tag des Beginns seiner Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 4 ASVG bei der Sozialversicherung angemeldet. Der Auftraggeber

ber wird den auf den freien Dienstnehmer entfallenden Dienstnehmeranteil zur Sozialversicherung und zu den Abgaben einbehalten und abführen. Darüber hinaus wird der freie Dienstnehmer eigenverantwortlich für die Einkommensteuerveranlagung und die Umsatzsteuererklärung Sorge tragen. Der freie Dienstnehmer hat den Auftraggeber umgehend über eine begründete oder bestehende Versicherung nach dem GSVG zu informieren.

§ 9 Verfall von Ansprüchen

Allfällige Ansprüche aus dem freien Dienstverhältnis sind bei sonstigem Verfall binnen einer Frist von durch eingeschriebenen Brief geltend zu machen.

§ 10 Ablehnungsrecht

Der freie Dienstnehmer ist jederzeit berechtigt, ihm erteilte Aufgaben abzulehnen.

§ 11 Verschwiegenheitsverpflichtung

Der freie Dienstnehmer ist gegenüber Dritten zur Geheimhaltung sämtlicher ihm im Rahmen der Erfüllung dieses Vertragsverhältnisses zur Kenntnis gelangenden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verpflichtet.

§ 12 Vertragsdauer / Beendigung

Vereinbart wird, dass das Vertragsverhältnis von beiden Seiten unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist jeweils zum Monatsletzten gekündigt werden kann. Das Recht der vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund bleibt davon unberührt.

§ 13 Allgemeine Bestimmungen

Der freie Dienstnehmer erklärt ausdrücklich, auf jegliche Ansprüche aus einer betrieblichen Übung zu verzichten. Er unterliegt weder einem Kollektivvertrag noch einer Betriebsvereinbarung.

Für den Fall, dass eine der Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein sollte, weil sie gegen zwingendes Recht verstößt, bleibt die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen davon unberührt und ist die unwirksame durch eine wirksame Bestimmung zu ersetzen, welche dem erklärten Vertragswillen der Parteien am nächsten kommt.

Nebenabreden zu diesem Vertrag bedürfen der Schriftform, dies gilt auch für die Vereinbarung des Abgehens vom Schriftformerfordernis.

Das Vertragsverhältnis unterliegt ausschließlich österreichischem Recht. Sämtliche Verweisungsnormen werden durch die Vertragsparteien ausgeschlossen. Für sämtliche aus diesem Vertragsverhältnis entstehenden Streitigkeiten ist das sachlich zuständige Gericht am Sitz des Auftraggebers zuständig.

Ort, Datum

Unterschrift Auftraggeber / freier Dienstnehmer

Selbstständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Literatur und Hilfsmittel angefertigt habe.

Stellen, die wörtlich oder sinngemäß aus Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Diese Arbeit wurde in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt.

Großgmain in Österreich, den 24.06.2013

Barbara Lang