

1. Allgemeines

1.1. Echter Dienstvertrag

1.1.1. Gesetzliche Grundlagen

Der echte Dienstvertrag ist – ebenso wie der Werkvertrag – bereits im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (**ABGB**) normiert. Gemäß § 1151 Abs. 1 erster Halbsatz ABGB entsteht ein Dienstvertrag dann, wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet.

In § 1153 ABGB ist geregelt, dass – sofern sich aus dem Dienstvertrag oder aus den Umständen nichts anderes ergibt – der Dienstnehmer die Dienste in eigener Person zu leisten hat und der Anspruch auf die Dienste nicht übertragbar ist.

Gemäß § 1154 Abs. 1 ABGB ist – wenn nichts anderes vereinbart oder bei den Diensten der betreffenden Art üblich ist – das Entgelt nach der Leistung der Dienste zu entrichten.

Damit enthält das ABGB bereits die zwei grundlegenden Charakteristika des echten Dienstvertrags:

- das Wesen des Dauerschuldverhältnisses einerseits und
- das Wesen der persönlichen Abhängigkeit (persönlichen Leistungsverpflichtung) andererseits.

Detaillierter fällt die Definition des Begriffs echter Dienstnehmer in § 4 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (**ASVG**) aus. Demnach ist Dienstnehmer, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen der selbstständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EStG lohnsteuerpflichtig ist.

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG liegt ein Dienstverhältnis im Sinn des **EStG** dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Nach der Legaldefinition des EStG ist dies dann der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter Leitung des Arbeitgebers steht oder **im geschäftlichen Organismus** des Arbeitgebers dessen **Weisungen zu folgen** verpflichtet ist.¹

1 Vgl. *Ortner/Ortner*, Personalverrechnung in der Praxis²³, 2012, 151.

Arbeitsrechtlich unterscheidet man im Bereich der Dienstnehmer die Arbeiter einerseits und die Angestellten andererseits. Der Begriff Arbeiter ist in keiner gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Grundlage des österreichischen Rechts definiert. Das Gesetz enthält lediglich eine Definition des Angestellten. Angestellter ist gemäß § 1 Abs. 1 AngG somit derjenige, der im Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns² kaufmännische Tätigkeiten, höhere nichtkaufmännische Tätigkeiten³ oder Kanzleitätigkeiten erbringt. Alle anderen Berufsbilder ergeben im Umkehrschluss eine Einstufung als Arbeiter.⁴

Der Dienstvertrag kommt durch die Stellung eines Angebots und durch die Annahme desselben zu Stande. Für den Abschluss eines Dienstvertrags sind vom Gesetz grundsätzlich keine Formvorschriften vorgesehen. Der Abschluss ist daher grundsätzlich formfrei. Der Dienstvertrag kann mündlich, schriftlich oder allenfalls auch durch konkludentes Verhalten, somit schlüssig zustande kommen. Gesetzlich vorgesehen ist jedoch die Aushändigung eines schriftlichen Dienstzettels. Darunter ist die schriftliche Wiedergabe des mündlich vereinbarten Vertragsinhalts zu verstehen. Der Dienstzettel hat damit nur deklaratorische Wirkung – der Dienstvertrag hingegen als rechtsbegründender Vertrag konstitutive Bedeutung.⁵ Ausgestaltung und Inhalt des Dienstzettels sind gemäß § 2 Abs. 1 Z 1–13 AVRAG gesetzlich definiert und vorgegeben. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Dienstnehmer mit der Unterschrift auf dem Dienstzettel lediglich bestätigt, diesen entgegengenommen zu haben, nicht jedoch auch mit dem Inhalt des Dienstzettels einverstanden zu sein. In der Praxis ist daher jedenfalls der **Abschluss eines Dienstvertrags** in Schriftform aus Beweisgründen zu empfehlen.

1.1.2. Dauerschuldverhältnis

Aus den genannten gesetzlichen Kriterien ergibt sich daher zunächst, dass der echte Dienstvertrag ein **Dauerschuldverhältnis** ist. Der Dienstnehmer schuldet kein abgrenzbares Werk, sondern ein Wirken. Geschuldet wird daher kein Erfolg, sondern lediglich das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft des Dienstnehmers. Die Verpflichtung, dem Dienstgeber die Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen,

2 Dem Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns gleichgestellt sind gemäß § 2 Abs. 1 AngG Unternehmungen jeder Art, die der Gewerbeordnung unterliegen, Banken, Sparkassen und Versicherungen, Kanzleien der Rechtsanwälte und Notare, Ärzte und Zahntechniker.

3 Insbesondere die Frage, wann eine Tätigkeit eine Tätigkeit höherer nichtkaufmännischer Art ist, hat in der Vergangenheit die Judikatur oft beschäftigt. Als Tätigkeit in diesem Sinne wird insbesondere eine Tätigkeit verstanden, die es erfordert, Verantwortung zu übernehmen und damit auch über eine rein mechanische Tätigkeit hinausgeht (z.B. Tätigkeit eines Werkmeisters, Schichtführers etc.).

4 Alle Dienstnehmer, die nicht Angestellte sind, sind Arbeiter (vgl. OGH 14.9.1995, 8 Ob A 293/95).

5 Der Dienstzettel dient daher dazu, bereits Vereinbartes wiederzugeben. Das bloße Lesen und Unterfertigen des Dienstzettels bewirkt alleine noch keine Vereinbarung bzw. Abänderung des davor abgeschlossenen Dienstvertrags (vgl. OGH 21.4.2004, 9 Ob A 43/04w).

besteht entweder für bestimmte oder aber für unbestimmte Zeit. Dies bedeutet im Weiteren, dass der echte Dienstvertrag als Dauerschuldverhältnis nicht durch die Herstellung eines bestimmten Erfolgs oder durch das Erreichen eines bestimmten Ziels, sondern durch eine spezielle arbeitsrechtliche Aktion endet. In Betracht kommen hierbei z.B. die Kündigung des Dienstverhältnisses, eine einvernehmliche Auflösung, Zeitablauf, die Entlassung des Dienstnehmers, der vorzeitige Austritt des Dienstnehmers.

1.1.3. Persönliche Abhängigkeit

Die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers manifestiert sich in erster Linie in der **Weisungsbindung** gegenüber dem Arbeitgeber. Bei Weisungen ist grundsätzlich zwischen den persönlichen Weisungen einerseits und den fachlichen Weisungen andererseits zu differenzieren. Bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit treten die fachlichen Weisungen jedoch in den Hintergrund. Diese werden in der Regel auch bei Abschluss eines Werkvertrags erteilt. Kennzeichnend für einen echten Dienstvertrag sind hingegen Weisungen betreffend das persönliche Verhalten des Dienstnehmers bei Verrichtung der Arbeit. Diese Weisungen betreffen den Arbeitsort, die Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten, die Einhaltung gewisser Organisationsrichtlinien oder aber beispielsweise auch die Einhaltung gewisser Kleidervorschriften. Bloße sachbezogene Weisungen treten jedoch auch bei einem Werkvertrag auf und sind daher für die Beurteilung des Vorliegens eines echten Dienstvertrags ebenso unbeachtlich wie z.B. sich aus den Gegebenheiten der Sachlage ergebende Absprachen betreffend die Arbeitszeit oder Besprechungstermine, die von der Tätigkeit her notwendig sind.⁶ Auch die Pflicht zur Erstattung von Berichten an den Empfänger der Leistungen vermag für sich allein noch nicht eine persönliche Abhängigkeit auszulösen.⁷

Die persönliche Abhängigkeit wird weiters durch die **Kontrollunterworfenheit** des Dienstnehmers indiziert. Das Ergebnis der Leistung des Arbeitnehmers, vielmehr jedoch auch sein Verhalten bei Erbringung der Arbeitsleistung sowie die Einhaltung gewisser Richtlinien und Verhaltensvorgaben unterliegen regelmäßig der Kontrolle durch den Dienstgeber. Hierbei ist bereits die so genannte „**stille Autorität**“ des Dienstgebers ausreichend.⁸ Diese ist insbesondere dann gegeben, wenn der Dienstnehmer – ohne eigens explizit angewiesen zu werden – von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu verhalten hat und sich nicht zuletzt aufgrund seiner fachspezifischen Kenntnisse oder seiner Ausbildung fach-

6 Vgl. VwGH 20.4.1993, 91/08/0180.

7 Vgl. E-MVB 004-02-00-004; ähnlich auch VwGH 22.1.1991, 89/08/0349. In dieser Entscheidung betreffend die Pflichtversicherung eines Botenfahrers hat der VwGH ausgesprochen, dass ein Kontrollrecht und damit die persönliche Abhängigkeit noch nicht aus der Verpflichtung zur wöchentlich einmal vorzunehmenden „Abrechnung über die erzielten Fuhren“ abgeleitet werden kann.

8 Vgl. VwGH 2.7.1991, 89/08/0310; 17.9.1991, 90/08/0152.

spezifische Weisungen erübrigen.⁹ Teilweise leitet der VwGH die Weisungsgebundenheit des Dienstnehmers, die aufgrund der dem Dienstnehmer eingeräumten Möglichkeiten nicht anhaltend im Vordergrund steht, aus den den Ordnungsvorschriften über das arbeitsbezogene Verhalten korrespondierenden Kontrollrechten des Vorgesetzten/des Dienstgebers ab.¹⁰

Schließlich tritt die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers insbesondere auch dadurch in Erscheinung, dass der echte Dienstnehmer in der Regel über **Arbeitsort** und **Arbeitszeit** nicht selbst bestimmen kann und zudem bei Erbringung der Arbeitsleistung in das organisatorische Gefüge des Dienstgebers eingebunden ist.¹¹

Unter anderem ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH¹² die Gebundenheit des Beschäftigten an einen ihm vom Dienstgeber zugewiesenen Arbeitsort ein gewichtiges Indiz für das Bestehen persönlicher Abhängigkeit. In der fehlenden Möglichkeit, den Ort der Beschäftigung frei zu wählen, ist damit eine Einschränkung der Bestimmungsfreiheit und damit ein wesentliches Indiz für ein echtes Dienstverhältnis zu erblicken.¹³ ME darf das Erfordernis der Gebundenheit an einen bestimmten Arbeitsort in gewissen Fällen jedoch nicht überspannt werden. Die diesbezügliche Gewichtung muss ihre Grenze dort finden, wo die Verrichtung der Tätigkeit an einem bestimmten Ort, z.B. auch am Ort der Geschäftsleitung des Auftraggebers, gleichsam in der Natur der Sache liegt. Dies hat auch der VwGH in der Vergangenheit mehrfach betont.¹⁴

Ein Indiz für die Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit ist weiters dann gegeben, wenn es der Arbeitende nicht selbst in der Hand hat, nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden, wann und wo der Einsatz seiner Person für die optimale Erbringung der von ihm geschuldeten Leistung sinnvoll ist, sondern wenn er an eine gewisse ihm vorgegebene Arbeitszeit gebunden ist.¹⁵ Auch der VwGH sieht die persönliche Abhängigkeit dann verwirklicht, wenn der Arbeitende während der ihm zugewiesenen Arbeitszeit nicht frei über sich verfügen kann und eine Nichteinhaltung der geschuldeten Arbeitszeit daher zu einem Vertragsbruch mit den entsprechenden rechtlichen Konsequenzen führen würde.¹⁶ Dieser Umstand kann nach der Judikatur auch auf Teilzeitbeschäftigte zutreffen.¹⁷ Zudem hat die Judikatur zum Ausdruck gebracht, dass die persönliche Abhängigkeit auch dann

9 Vgl. E-MVB 004-02-00-005.

10 Vgl. VwGH 17.9.1991, 90/08/0152.

11 Vgl. *Sedlacek*, Sozialversicherungs- und Steuerabzugspflicht für „freie“ Dienst- und „dienstnehmerähnliche“ (Werk-)Verträge, ASoK 1996, 204.

12 Vgl. VwGH 19.1.1999, 96/08/0350; 2.12.1997, 93/08/0288.

13 Vgl. E-MVB 004-02-00-002.

14 Vgl. VwGH 20.4.1993, 91/08/0180; 17.9.1991, 90/08/0146.

15 Vgl. E-MVB 004-02-00-003.

16 In Betracht käme in diesem Zusammenhang insbesondere die Entlassung des Dienstnehmers wegen beharrlicher Pflichtverletzung gemäß § 27 Z 4 AngG (betreffend den Angestellten) oder § 82 lit. f GewO (betreffend den Arbeiter).

17 Vgl. VwGH 17.9.1991, 90/08/0152.

gegeben ist, wenn der Arbeitende innerhalb gewisser Bandbreiten Beginn und Ende seiner Aktivitäten selbst bestimmen kann.¹⁸ Im Umkehrschluss muss dies mE aber bedeuten, dass dann, wenn der Arbeitende gleichsam nach eigenem Gutdünken entscheiden kann, die Lage der Arbeitszeit gänzlich/weitgehend selbst zu modifizieren und zu gestalten bzw. an manchen Tagen auch gar nicht aktiv Tätigkeiten zu erbringen, ein derart gewichtiges Selbstbestimmungsrecht gegeben ist, dass von einer persönlichen Abhängigkeit wohl nicht mehr gesprochen werden kann.

Die obig angeführten Kriterien der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht kumulativ vorliegen. Es ist nach herrschender Lehre und Judikatur maßgeblich, ob bei einer Würdigung aller Umstände die Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit überwiegen.¹⁹

Der VwGH hat mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass von dem Vorliegen persönlicher Abhängigkeit insbesondere dann auszugehen ist, wenn nach dem **Gesamtbild der Tätigkeit** die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten weitgehend ausgeschaltet ist.²⁰ Der Würdigung des Gesamtbildes kommt daher die entscheidende Bedeutung zu. Dies ist auch die gängige Auffassung der Abgabenbehörden.²¹

1.1.4. Wirtschaftliche Abhängigkeit

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist regelmäßig eine Folge der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers.

Während die ältere Lehre und Judikatur unter wirtschaftlicher Abhängigkeit noch die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Entgelt („Lohnabhängigkeit“) verstand, wird der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit von der jüngeren Judikatur mittlerweile einheitlich dahingehend ausgelegt, dass der (wirtschaftlich abhängige) Dienstnehmer **mit den Betriebsmitteln des Arbeitgebers** arbeitet.²² Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers wird daher immer dann vorliegen, wenn diesem die Verfügungsmacht über die nach dem konkreten Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel fehlt.²³

Der Dienstnehmer selbst verfügt daher in der Regel über **keine unternehmerische Struktur** und damit auch über keine (wesentlichen) eigenen Betriebsmittel zur Gewährleistung der von ihm geschuldeten Tätigkeit. Der VwGH kam zum Schluss, dass vor dem Hintergrund dieser Überlegungen die wirtschaftliche Ab-

18 Vgl. VwGH 18.6.1982, 08/2967/80.

19 Vgl. OGH 23.12.1998, 9 Ob A 292/98a.

20 Vgl. VwGH 2.7.1991, 89/08/0310; 21.2.2001, 96/08/0028.

21 Vgl. E-MVB 004-02-00-001.

22 Vgl. VwGH 16.9.1997, 93/08/0171.

23 Vgl. VwGH 17.9.1991, 90/08/0152.

hängigkeit zwangsläufig Folge der persönlichen Abhängigkeit ist und somit zwar wirtschaftliche Abhängigkeit bei persönlicher Unabhängigkeit bestehen kann, nicht aber persönliche Abhängigkeit ohne wirtschaftliche Abhängigkeit.²⁴

1.1.5. Entgeltanspruch

Das echte Dienstverhältnis ist sowohl nach der Definition des ABGB als auch nach der Definition des ASVG und EstG dadurch gekennzeichnet, dass eine Beschäftigung gegen Entgelt vorliegt. Der echte Dienstvertrag ist damit ein **synallagmatischer Vertrag**. Die erbrachte Arbeitsleistung steht in einer unmittelbaren Wechselwirkung zu dem dadurch ausgelösten Entgeltanspruch.

Besonders deutlich werden diese synallagmatische Vertragsbeziehung und der **Anspruch auf Entgelt** im Bereich des Sozialversicherungsrechts aufgrund des dort gem. § 49 Abs. 1 ASVG vorgesehenen Anspruchslohnprinzips. Sozialversicherungsrechtlich sind damit für die Berechnung der Beiträge letztlich nicht die Beträge entscheidend, die zufließen bzw. tatsächlich ausbezahlt werden, sondern die Beträge, die rechtlich, z.B. aufgrund der entsprechenden kollektivvertraglichen Einstufung, zustehen.²⁵ Eine Person ist damit bereits dann „gegen Entgelt“ beschäftigt, wenn sie einen Entgeltanspruch hat, selbst wenn ihr dieses Entgelt nicht zur Gänze oder allenfalls sogar überhaupt nicht ausbezahlt wird.²⁶ Dies geht so weit, dass Entgeltlichkeit selbst dann vorliegt, wenn der Beschäftigte das ihm gebührende Entgelt im konkreten Einzelfall sogar ausgeschlagen hat.²⁷

Unter Arbeitsentgelt versteht man jede Art von Gegenleistung, die der Dienstnehmer vom Dienstgeber dafür erhält, dass er diesem seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. § 49 Abs. 1 ASVG definiert Entgelt als alle Geld- und Sachbezüge, auf die der Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder einem Dritten erhält. Unter Entgelt sind daher neben dem Lohn bzw. Gehalt alle regel-

24 Vgl. VwGH 31.1.1995, 92/08/0213.

25 Beispiel: Tatsächlich bezahlter Ist-Lohn: € 1.200,00 brutto; Mindestlohn laut Einstufung in der kollektivvertraglichen Lohntabelle: € 1.650,00 brutto; das sozialversicherungsrechtliche Entgelt i.S.d. § 49 Abs. 1 ASVG beträgt € 1.650,00. Im Zuge der GPLA besteht für den Dienstgeber das Risiko, dass SV-Beiträge betreffend die unterkollektivvertragliche Entlohnung (Differenz zw. € 1.650,00 und € 1.200,00, d.s. € 450,00 brutto) nachberechnet werden. Diesfalls schuldet der Dienstgeber sowohl die Dienstnehmer- als auch die Dienstgeber-Beiträge; ein Regress ähnlich dem Lohnsteuerbereich scheidet daher in diesem Zusammenhang in aller Regel aus. Ergänzend sei an dieser Stelle auf das LSD-BG hingewiesen. Unterkollektivvertragliche Entlohnung kann nach Maßgabe dieser gesetzlichen Bestimmungen zu empfindlichen Verwaltungsstrafen führen.

26 Vgl. VwGH 22.12.1983, 08/0150/80.

27 Vgl. E-MVB 004-02-00-008; dabei darf nicht unerwähnt bleiben, dass arbeitsrechtliche Ansprüche nicht selten zwingender Natur sind und vor dem Hintergrund des sog. „Günstigkeitsprinzips“ individualarbeitsrechtliche Vereinbarungen, die gegen zwingende höherrangige Normen verstoßen bzw. danach trachten, diese zu Ungunsten des Dienstnehmers zu modifizieren, unbeachtlich sind.

mäßig oder unregelmäßig gewährten **Geld- oder Sachbezüge** zu verstehen. Nicht unter den Begriff Entgelt fallen insbesondere Aufwandsentschädigungen.²⁸

Ein festes Entgelt, das zudem für fest definierte Zeiträume bezahlt wird, ist im Übrigen auch ein Indikator für das Bestehen persönlicher Unabhängigkeit und das Nichtbestehen eines Unternehmerwagnisses. Dabei darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch im Bereich der echten Dienstverträge variable Vergütungsformen, etwa z.B. Provisionen oder aber leistungsorientierte Entlohnungsmodelle (Prämien), nicht selten zur Anwendung gelangen.

Dennoch muss festgehalten werden, dass eine Vergütung, die sich ausschließlich oder überwiegend an der tatsächlich erbrachten Leistung oder gar an dem aus dieser Leistung resultierenden Erfolg orientiert, in aller Regel für das Bestehen eines selbstständigen Vertragsverhältnisses typisch ist.²⁹

1.1.6. Lohnsteuerpflicht

Der Dienstnehmer bezieht Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit nach Maßgabe des § 25 Abs. 1 Z 1 lit. a EStG. Diesfalls wird die Einkommensteuer gemäß § 78 Abs. 1 EStG durch den Abzug vom Arbeitslohn erhoben (Lohnsteuer). Seit 1.1.2015 ist bei Entgelt von dritter Seite (also wenn das Entgelt bspw von einem Mutterkonzern – in Form von Mitarbeiterbeteiligungen – gewährt wird, immer dann ein verpflichtender Lohnsteuerabzug im Rahmen der Personalabrechnung vorzunehmen, wenn der Arbeitgeber weiß oder wissen muss, dass derartige Vergütungen geleistet werden.

Die Lohnsteuer ist damit eine bestimmte Erhebungsart der Einkommensteuer. Der Arbeitgeber haftet gemäß § 82 EStG für die korrekte Einbehaltung der Lohnsteuer.

Für den **Lohnsteuerabzug** ist Prämisse, dass im Inland eine Betriebsstätte i.S.d. § 81 EStG besteht. Ist dies nicht der Fall, werden die Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit veranlagt, d.h. es ist Verantwortung des Dienstnehmers, die von ihm lukrierten Einkünfte im Wege der Einkommensteuererklärung der Veranlagung zuzuführen.

1.1.7. Sozialversicherung

Bei einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt liegt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ein echter Dienstvertrag vor. Als Besonderheit und relevanten **Querverweis** beinhaltet § 4 Abs. 2 ASVG die Regelung, dass jedenfalls dann Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG als echter Dienst-

28 Z.B. Taggelder, Nächtigungsgelder, Kilometergelder oder dgl. Vergleiche jedoch OGH 30.3.2006, 8 Ob A 87/05k, der in dieser Entscheidung zum Schluss kommt, dass Aufwandsentschädigungen aufgrund ihrer individuell zu beurteilenden Höhe in Einzelfällen den tatsächlichen Aufwand des Dienstnehmers derart übersteigen können, dass sie insoweit Entgeltcharakter erlangen.

29 Vgl. E-MVB 004-02-00-008.

nehmer besteht, wenn Lohnsteuerpflicht gemäß § 47 Abs. 1 und 2 EStG vorliegt.³⁰ Dies bedeutet, dass – wenn für Zwecke des Lohnsteuerrechts von einem Dienstverhältnis auszugehen ist – jedenfalls auch für Zwecke des Sozialversicherungsrechts das Bestehen eines echten Dienstvertrags gegeben ist. Die festgestellte Lohnsteuerpflicht der Beteiligten kann somit dazu führen, dass andere Argumente, die allenfalls die Feststellung der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG erwirkt hätten, in den Hintergrund treten.³¹ In Zusammenhang mit diesem allgemeinen Verweis gibt es einige Ausnahmen von der Pflichtversicherung als Dienstnehmer i.S.d. § 4 Abs. 2 ASVG trotz bestehender Lohnsteuerpflicht.³²

Die **ASVG-Sozialversicherungs-Beiträge** sind zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gesplittet. Beitragsrechtlich wurden in den letzten Jahren Arbeiter und Angestellte gleichgestellt. Betreffend die laufenden Bezüge betragen die SV-Beiträge 21,48 % Dienstgeber-Beiträge und 18,12 % Dienstnehmer-Beiträge. Hinsichtlich der Sonderzahlungen belaufen sich die SV-Beiträge auf 20,98 % Dienstgeber-Beiträge und 17,12 % Dienstnehmer-Beiträge.³³

Beitragsschuldner sowohl für die Dienstgeber- als auch für Dienstnehmer-Beiträge ist der Dienstgeber.

Vollversicherung tritt ein, wenn das Entgelt aus dem Dienstvertrag die Geringfügigkeitsgrenze überschreitet. Die monatliche Geringfügigkeitsgrenze beträgt im Jahr 2017 € 425,70. Wenn das Entgelt des Dienstnehmers die **Geringfügigkeitsgrenze** nicht übersteigt, ist der Dienstnehmer lediglich in der Unfallversicherung pflichtversichert. Es besteht jedoch diesfalls die Möglichkeit, von der Option gemäß § 19a Abs. 1 ASVG Gebrauch zu machen und durch die Entrichtung eines monatlichen Betrags in der Höhe von € 60,09 auch in der Kranken- und Pensionsversicherung Pflichtversicherung zu erlangen.

Die Sozialversicherungs-Beiträge sind mit der **Höchstbeitragsgrundlage** gedeckelt. Diese beträgt im Jahr 2017 € 4.980,00 pro Monat. Für Sonderzahlungen ist eine eigene jährliche Höchstbeitragsgrundlage in der Höhe der doppelten allgemeinen Höchstbeitragsgrundlage, somit in der Höhe von € 9.960,00, vorgesehen.

30 Es sei denn, es handelt sich um 1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen (vgl. § 4 Abs. 2 ASVG).

31 So hat der VwGH in einem Verfahren auf Grund der Beschwerde eines Call-Centers ausgesprochen, dass – wenn aufgrund der bestehenden Lohnsteuerpflicht die Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG festgestellt wurde – auf das weitere Beschwerdevorbringen, das sich gegen Verfahrensmängel im Zusammenhang mit der Feststellung der Kriterien für die persönliche Abhängigkeit sowie die diesbezügliche Beweiswürdigung und die rechtliche Beurteilung im Hinblick auf das Vorliegen einer Arbeitsverpflichtung richtete, nicht mehr eingegangen zu werden braucht (vgl. VwGH 26.4.2006, 2003/08/0264). Vgl. darüber hinaus E-MVB 004-02-00-009.

32 Vgl. weiters E-MVB 004-02-00-010.

33 Die Beitragssätze betreffen das Kalenderjahr 2017. Der Wegfall von Teilen der SV-Beiträge ab Erreichen einer bestimmten Altersgrenze (vgl. z.B. § 2 Abs. 8 AMPFG) ist hier nicht berücksichtigt.

Sozialversicherungsrechtlich sind dem Dienstgeber Verpflichtungen zur **An- und Abmeldung** des Dienstnehmers bei der Sozialversicherung auferlegt. Der Dienstgeber hat den Dienstnehmer bei Beschäftigungsaufnahme vor Beginn der Beschäftigung bei der örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse zu melden. Für die fristgerechte Anmeldung stehen dem Dienstgeber grundsätzlich zwei Wege offen: entweder die zeitgerechte Durchführung einer „Vollmeldung“ oder aber die Durchführung des zweigliedrigen „Aviso-Anmeldeverfahrens“. Aus rein administrativen Gründen ist – soweit möglich – dem Dienstgeber die erstere Variante zu empfehlen.³⁴ Weiters hat er den Dienstnehmer umgehend, spätestens jedoch binnen 7 Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse abzumelden.

Die Beiträge sind am Monatsletzten **fällig** und müssen innerhalb von 15 Tagen an die zuständige Gebietskrankenkasse entrichtet werden, wobei eine dreitägige Respirofrist eingeräumt wird.

1.1.8. Lohnnebenkosten

Das echte Dienstverhältnis löst für den Arbeitgeber weitere kostenspezifische Belastungen aus. An **Lohnnebenkosten** fällt der Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds (DB), der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds (DZ; hierbei handelt es sich um die Kammerumlage II), die Kommunalsteuer (KommSt) sowie bei Dienstverhältnissen, deren vertraglich vereinbarter Beginn nach dem 31.12.2002 liegt³⁵, die Beiträge zur Betrieblichen Vorsorgekasse (kurz: „BV-Kasse“; [System Abfertigung „Neu“]) an.

Der DB zum Familienlastenausgleichsfonds beträgt 4,1 %, der DZ ist bundesländerspezifisch unterschiedlich ausgestaltet und beträgt z.B. in Wien im Jahr 2017 0,40 %; die Kommunalsteuer beläuft sich auf 3,0 %, die Beiträge zur Abfertigung Neu betragen 1,53 %.

Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds (DZ) fallen nicht an, wenn die Sozialversicherung nicht in Österreich, sondern in einem anderen Staat des EWR (weiter) besteht.³⁶

Insgesamt fallen daher Lohnnebenkosten von bis zu 9,03 % an. Gemeinsam ist den genannten Lohnnebenkosten, dass sie unabhängig von der Höhe des Entgelts auf

34 In diesem Zusammenhang würde ihn nur ein einmaliger Meldevorgang treffen.

35 Vgl. § 46 Abs. 1 BMSVG; vgl. die Ausnahmefälle des § 46 Abs. 3 Z 1–3 BMSVG (Wiedereinstellungszusage oder -vereinbarung mit Vordienstzeitenanrechnung, Wechsel innerhalb eines Konzerns i.S.d. § 15 AktG oder § 115 GmbHG, Unterbrechung des Dienstverhältnisses mit Vordienstzeitenanrechnung).

36 Vgl. Erlass des BMSG 27. Jänner 2003, Z 51 0802/8-V/1/03 (den DB betreffend); Erklärung der Wirtschaftskammer vom 16.3.2006 (den DZ betreffend). Hinzuweisen ist auf die Möglichkeit, für die Vorjahre Rückerstattungsanträge zu stellen, so DB und DZ vor diesem Hintergrund zu Unrecht abgeführt worden sein sollten.

Basis der Bruttobezüge zu berechnen sind und daher unabhängig davon, ob die Geringfügigkeitsgrenze unter- bzw. die Höchstbeitragsgrundlage überschritten ist, anfallen.³⁷

Darüber hinaus ist bei (echten) Dienstverhältnissen in Wien die sog. U-Bahn-Steuer (Dienstgeberabgabe) zu entrichten. Diese beträgt € 2,00 pro Dienstnehmer pro Woche.

1.2. Freier Dienstvertrag

1.2.1. Begriff

Der freie Dienstvertrag ist ein „**Mischvertrag**“. Ihm sind sowohl Elemente des echten Dienstvertrags wie auch Elemente des Werkvertrags gemeinsam.

Dem echten Dienstvertrag gleicht er insoweit, als der freie Dienstvertrag als **Dauer-schuldverhältnis** zu qualifizieren ist.³⁸ Der freie Dienstnehmer schuldet kein konkretes Werk sowie kein konkretes Ziel. Geschuldet wird vielmehr eine rein gattungsmäßig definierte Dienstleistung,³⁹ das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft. Der freie Dienstnehmer ist für seinen Dienstgeber daher auf Dauer tätig, schuldet jedoch keinen Erfolg, sondern lediglich ein „sich Bemühen“.⁴⁰ Die Judikatur hat zudem wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass eine Verpflichtung regelmäßig für einen Dienstgeber tätig zu werden nicht per se gegen die Annahme eines freien Dienstvertrags spricht. Anders formuliert: Aus der reinen Verpflichtung zur Leistungserbringung kann nicht automatisch die Annahme eines echten Dienstvertrags abgeleitet werden.⁴¹ Grundsätzlich kann jedoch nahezu jede Leistung, die im Rahmen eines echten Dienstvertrags erbracht wird, auch im Rahmen eines freien Dienstvertrags geleistet werden. Dies wurde in der Vergangenheit einheitlich sowohl in Judikatur⁴² als auch Lehre⁴³ bestätigt.

Dem Werkvertrag hingegen gleicht der freie Dienstvertrag insoweit, als sowohl der Werkvertragsauftragnehmer als auch der freie Dienstnehmer bei der von ihnen geschuldeten Leistung **persönlich unabhängig** sind. Der freie Dienstnehmer schuldet zwar gattungsmäßig definierte Leistungen – aber eben nicht im Verhältnis persönlicher Abhängigkeit.⁴⁴ Der freie Dienstnehmer tritt gegenüber dem Dienstgeber – vergleichbar dem Auftragnehmer eines Werkvertrags – vielmehr wie ein

37 Zu beachten sind i.d.Z. jedoch die in den einzelnen gesetzlichen Grundlagen vorgesehenen Freigrenzen und Freibeträge; vgl. z.B. § 41 Abs. 4, letzter Satz FLAG.

38 Vgl. OGH 9 Oba 99/91, DRdA 1992/32.

39 Vgl. OGH 9 Oba 54/97z, DRdA 1998/3.

40 Vgl. *Rebhahn* in Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2006, § 1151, Rz. 127.

41 Vgl. OGH 9 Ob A 54/97z, DRdA 1998/3.

42 Vgl. *Steiger*, Der freie Dienstnehmer im Arbeitsrecht, Finanzjournal 2000, 25.

43 Vgl. *Strasser*, DRdA 1984, 407; *Karl*, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 277.

44 Vgl. *Rebhahn*, a.a.O.