

1. Ausgangslage und Einführung ins Thema

1.1. Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit

Für die Einordnung von Arbeitsverhältnissen gilt es, verschiedene Vertragstypen zu unterscheiden. Echter Dienstvertrag und Werkvertrag stehen einander in ihrer Ausprägung gegenüber. Vielfach sind Verträge jedoch nicht klar als echter Dienstvertrag oder als Werkvertrag ausgestaltet. Deshalb finden sich vermehrt auch freie Dienstverträge, die ihrer Art nach zwischen echten Dienstverträgen und Werkverträgen liegen. Sie können als dienstnehmerähnliche oder unternehmerähnliche freie Dienstverträge gestaltet sein.¹

Viele Tätigkeiten können inhaltlich sowohl in echten Dienstverhältnissen, freien Dienstverhältnissen oder Werkvertragsverhältnissen ausgeübt werden. Für die rechtliche Einordnung entscheidend sind primär die Rahmenbedingungen der tatsächlichen Arbeitsleistung, also das tatsächlich gelebte Verhalten.² Für die rechtliche Einordnung ist zu unterscheiden, ob die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten

- in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit,
- persönlich unabhängig, aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit oder
- persönlich und wirtschaftlich unabhängig

geleistet werden.³

Bei der Beurteilung, ob ein Vertragsverhältnis als echter Dienstvertrag, freier Dienstvertrag oder Werkvertrag zu qualifizieren ist, handelt es sich

1 *Brameshuber*, Freie Dienstnehmer: Abgrenzung GSVG – ASVG, ZAS 2017, 58; *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2017) § 1151 Rz 2, 3; *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht (2016) II, IV.

2 *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 4; *Taibl*, Abgrenzung und Umqualifizierung Werkvertrag – Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Aus der Sicht eines GPLA-Prüfers, ZAS 2016, 135 (135).

3 *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 8.

1. Ausgangslage und Einführung ins Thema

um eine Rechtsfrage. Diesbezügliche Außerstreitstellungen sind insofern unwirksam, als sie nicht Tatsachen betreffen. Selbst bei übereinstimmendem Parteiwillen kann die rechtliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses nicht beeinflusst werden, sofern das tatsächlich gelebte Verhalten vom inhaltlich vereinbarten Vertrag abweicht. Der Bezeichnung eines Vertrags kommt rechtlich kaum Bedeutung zu.⁴

Wichtig ist das Bewusstsein, dass keine Regelung existiert, wonach in Zweifelsfällen vorrangig ein echtes Dienstverhältnis vor einem freien Dienstverhältnis oder ein freies Dienstverhältnis vor einem Werkvertragsverhältnis anzunehmen ist.⁵

Die rechtliche Qualifizierung eines Vertrags hat grundsätzlich einheitlich für den gesamten Vertrag zu erfolgen. Dabei ist das Überwiegen der Merkmale eines Vertragstyps maßgeblich. Abweichend davon kann eine Aufspaltung in einen persönlich abhängigen und einen persönlich unabhängigen Teil, und somit ein Nebeneinander von echtem Dienstvertrag, freiem Dienstvertrag und Werkvertrag, vorliegen, wenn deutlich unterschiedliche Tätigkeiten ausgeübt werden. Dies kann der Fall sein, wenn die Verkehrsauffassung die Tätigkeiten typischerweise unterschiedlichen Verträgen zuordnet und die Tätigkeiten von den Vertragsparteien als Inhalt unterschiedlicher Verträge gewollt sind.⁶

Die richtige Einordnung von Arbeitsverhältnissen hat essentielle Bedeutung für die betroffenen Personen. Die Einordnung wirkt sich auf steuerrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher und arbeitsrechtlicher Ebene aus. Fehlerhafte Einordnungen und rückwirkende Umqualifizierungen

4 *Auer-Mayer*, Ein genialer Plan (?) – sozialversicherungsrechtliche Fehlbeurteilung von Erwerbstätigkeiten und ihre Folgen, DRdA 2015, 550 (552); *Graf-Schimek*, Fachlexikon Sozialversicherung (2014) Beschäftigungsformen, Umqualifizierung; *Kirchmayr/Doralt* in *Doralt ua*, EStG¹⁹ (2016) § 47 Rz 26, 27; *Jakom/Lenneis* EStG¹⁰ (2017) § 47 Rz 5; *Mosler* in *Mosler ua*, Der SV-Komm (ASVG) (2015) § 4 Rz 80; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 35, 36; *Schuster*, Die Ansprüche des umqualifizierten echten Dienstnehmers – verdeckte echte Dienstverhältnisse kommen dem Dienstgeber teuer, ASoK 2013, 397 (400); *Taibl*, ZAS 2016, 136.

5 *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 35.

6 VwGH 19.2.2014, 2013/08/0160; *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag³ (2013) 2.5; *Geiger*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag⁴ (2018) 1.2.2.10, 1.5; *Kirchmayr/Doralt* in *Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 31, 77; *Jakom/Lenneis* EStG¹⁰ § 47 Rz 2; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 3, 4; *Müller*, Dienstvertrag oder Werkvertrag? DRdA 2010, 367 (376); *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 46; *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht IV.H.2; *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ (2017) § 4 Rz 100.

können weitreichende, oft bis hin zu existenzgefährdenden, Auswirkungen haben.⁷

1.1.1. Abgrenzungsmerkmale

Für die konkrete Beurteilung, welchem Vertragstyp ein Vertragsverhältnis zuzuordnen ist, hat eine Gesamtbetrachtung aller Elemente, die für und gegen einen Vertragstyp sprechen, zu erfolgen. Maßgeblich für die Einordnung strittiger Vertragsverhältnisse ist das Überwiegen der wesentlichen Merkmale eines Vertragstyps. Dabei gibt es Abgrenzungsmerkmale, die schwer durch andere ausgeglichen werden können. Diese Merkmale können ein starkes Indiz für einen bestimmten Vertragstyp bilden und schwierig zu widerlegen sein.⁸ Das Ergebnis der Gesamtbetrachtung hängt oftmals auch vom Blickwinkel und der Gewichtung einzelner Abgrenzungsmerkmale ab.⁹ Merkmale, die sich aus der Natur der Sache ergeben, sind für die Abgrenzung der Vertragstypen außer Acht zu lassen, da sie nicht für oder gegen einen Vertragstyp sprechen können.¹⁰ Dabei sollte darauf geachtet werden, dass dies auch zugunsten selbständiger Erwerbstätigkeiten beachtet wird.¹¹

Beispielsweise schließt eine lockere oder fehlende Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich ein echtes Dienstverhältnis nicht aus, wenn diese durch Weisungs- und Kontrollrechte kompensiert wird. Ebenso,

7 *Auer-Mayer*, Abgrenzung und Umqualifizierung Werkvertrag – Dienstvertrag – freier Dienstvertrag aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht – Die wissenschaftliche Perspektive, ZAS 2016, 126 (126).

8 VwGH 14.3.2013, 2012/08/0018; *Braunsteiner/Lattner* in *Wiesner ua*, Einkommensteuergesetz (1.5.2015) § 47 Rz 15; *Kirchmayr/Doralt* in *Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 19, 26; *Mitterer*, Umqualifizierung im Zuge einer GPLA – Problemstellungen aus der Sicht der Beratungspraxis, ZAS 2016, 144 (145); *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 57; *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht III.A; *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 30.

9 *Neumann*, Die sozialversicherungsrechtliche Umqualifizierung der selbständigen Erwerbstätigkeiten – Verwaltungspraxis, rechtliche Rahmenbedingungen und Lösungsvorschläge – gibt es ein Recht auf Selbständigkeit? in *Höfle/Mitterer* (Hrsg), Freie Berufe und Sozialversicherung – Festschrift für Prof. Werner Sedlacek (2015) 1 (2); *Mitterer*, ZAS 2016, 145; *Pacic*, Eine Skizze des Beitragsrechts mit Fokus auf falsche Einordnungen von Vertragsverhältnissen in der Sozialversicherung, JMG 1/2017, 23 (24); *Windisch-Graetz*, Rechtsberater im Asylverfahren freie Dienstnehmer, eoclex 2016, 906.

10 OGH 26.6.2016, 9 ObA 40/16x; *Müller*, DRdA 2010, 371; *Windisch-Graetz*, Rechtsberater im Asylverfahren freie Dienstnehmer, eoclex 2016, 906; *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 31.

11 *Jakom/Lenneis* EStG¹⁰ § 47 Rz 6; *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 30, 31, 35, 39.

1. Ausgangslage und Einführung ins Thema

wenn persönliche Weisungsrechte gesetzlich ausgeschlossen sind und dies nicht der Parteiendisposition unterliegt. Hingegen geht die aktuelle Beurteilungspraxis ohne wesentliche eigene Betriebsmittel kaum von einer selbständigen Tätigkeit aus. Dies auch dann, wenn die Tätigkeit ihrer Natur nach überhaupt keine wesentlichen materiellen Betriebsmittel erfordert und dieses Merkmal nicht als Abgrenzungskriterium geeignet ist.¹²

Im Folgenden werden einige typische Abgrenzungsmerkmale behandelt. Dabei gilt zu beachten, dass nicht die vertragliche Vereinbarung, sondern das tatsächlich gelebte Verhalten ausschlaggebend ist.

1.1.1.1. Dienstleistung

Bei Dienstleistungen werden typischerweise die Arbeitskraft und sorgfältiges Bemühen geschuldet. Dienstleistungen sind in der Regel gattungsmäßig umschrieben und werden laufend konkretisiert. Entgelt gebührt in der Regel für die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft, unabhängig von einem Erfolg.¹³

1.1.1.2. Werk

Bei Werken wird typischerweise ein genau bestimmter, individualisierter Erfolg geschuldet. Der Erfolg, beziehungsweise daraus folgend das Werk, muss gewährleistungstauglich sein. Entgelt gebührt in der Regel nur bei Eintritt des Erfolgs.¹⁴

1.1.1.3. Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung

Die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung enthält zwei Merkmale:

- einerseits die Pflicht zur Leistungserbringung und
- andererseits die Verpflichtung, die Leistungen persönlich zu erbringen.¹⁵

12 Jakom/Lenneis EStG¹⁰ § 47 Rz 6; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 30, 31, 35, 39.

13 Auer-Mayer, ZAS 2016, 129; Winkler, Der soziale Schutz unselbständig Erwerbstätiger in Österreich, in Mazal/Muranaka (Hrsg), Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte (2005) 133 (135); Watzinger, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht III.A.3; Zehetner, Abgrenzung und Umqualifizierung Werkvertrag – Dienstvertrag – freier Dienstvertrag aus GKK-Sicht – Zu den Gründen und möglichen Lösungen, ZAS 2016, 139 (140).

14 Auer-Mayer, ZAS 2016, 129; Auer-Mayer, Die Grenzen zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2015, 4 (5); Müller, DRdA 2010, 373 f; Watzinger, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht III.B.2.

15 Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 188.

1.1. Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit

Für die Beurteilung der Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung ist maßgebend, ob und inwieweit die leistungserbringende Person bei der Verfügung über ihre Arbeitskraft fremdbestimmt ist. Das heißt, ob die Person verpflichtet ist, die Arbeitsleistung persönlich in eigener Person zu erbringen oder ob sie sich vertreten lassen kann. Keine Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung liegt gegebenenfalls vor, wenn vertraglich

- eine Vertretungsklausel,
- eine Ablehnungsklausel oder
- Arbeit nach Konsensprinzip

vereinbart ist und die daraus resultierende Selbstbestimmung auch tatsächlich gelebt wird oder, bei objektiver Betrachtung, zumindest tatsächlich gelebt werden könnte.¹⁶ Echte und dienstnehmerähnliche freie Dienstverträge enthalten typischerweise kein generelles Vertretungsrecht. Die Vereinbarung einer nur ausnahmsweisen Vertretung, insbesondere wenn die Vertretungsperson bereits im Vertrag bestimmt ist oder einer Billigung durch den Dienstgeber bedarf, begründet keine persönliche Unabhängigkeit.¹⁷ Ein echter Dienstvertrag ist in der Regel somit nur dann ausgeschlossen, wenn die leistende Person sich generell und ohne Rücksprache jederzeit frei vertreten lassen kann, ohne dass sich dies negativ auf eventuelle zukünftige Aufträge auswirkt (Vertretungsklausel).¹⁸ Gleiches gilt, wenn die leistende Person einzelne Arbeitseinsätze, selbst wenn sie diese bereits zugesagt hat, jederzeit ohne Begründung und ohne nachteilige Folgen für die Zukunft ablehnen (Ablehnungsklausel) oder annehmen (Arbeit nach Konsensprinzip) kann. Bei Arbeit nach Konsensprinzip ist darüber hinaus Voraussetzung, dass keine Arbeitspflicht und kein Anspruch auf Zuteilung von Arbeitsleistungen in einem Mindestausmaß be-

16 Auer-Mayer, ZAS 2016, 130; Brameshuber, ZAS 2017, 61 f; Kirchmayr/Doralt in Doralt ua, EStG¹⁹ § 47 Rz 69-72; Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 82, 83; Müller, DRdA 2010, 372 f; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1151 Rz 59, 61; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 43, 43a, 49.

17 Auer-Mayer, ZAS 2016, 130; Braunsteiner/Lattner in Wiesner ua, EStG § 47 Rz 17; Kirchmayr/Doralt in Doralt ua, EStG¹⁹ § 47 Rz 73; Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 114; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1151 Rz 64; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 43, 43a.

18 VwGH 5.10.2015, 2013/08/0175; VwGH 14.3.2013, 2012/08/0018; Auer-Mayer, ZAS 2016, 130; Auer-Mayer, ZAS 2015, 6; Brameshuber, ZAS 2017, 61 f; Geiger, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag⁴ 1.2.2.2; Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 115, 188; Müller, Arbeitsgesellschafter als Dienstnehmer der OG? DRdA 2017, 469 (474); Neumann in FS Sedlacek 4; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1151 Rz 65, 66; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 43, 43a, 45, 52.

1. Ausgangslage und Einführung ins Thema

stehen.¹⁹ Besteht ohnehin keine Arbeitspflicht, bedarf es auch keiner Vereinbarung eines Ablehnungsrechts.²⁰

Für die Selbstbestimmtheit der leistenden Person spricht es, wenn eine Vertretungs- oder Ablehnungsklausel oder Arbeit nach Konsensprinzip aufgrund deren Betreibens vereinbart wurde oder die Regelung objektiv in deren Interesse liegt.²¹ Eine Verpflichtung, nur geeignete Personen als Vertreter zu betrauen, schließt ein generelles Vertretungsrecht nicht aus.²²

Echte Dienstnehmer sind typischerweise zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet, dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer sind „im Wesentlichen“ zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung stellt ein wesentliches Bestimmungselement des Dienstvertrags dar und ist die Hauptleistungspflicht eines Dienstnehmers. Die zu leistenden Dienste ergeben sich aus dem Dienstvertrag und gegebenenfalls hilfsweiser Heranziehung der Verkehrssitte. Sie sind die Grundlage für Weisungen, insbesondere auch persönliche Weisungen, des Dienstgebers.²³ Ist ein durchgehendes echtes oder dienstnehmerähnliches freies Dienstverhältnis durch Vertretungsklausel, Ablehnungsklausel oder Arbeit nach Konsensprinzip ausgeschlossen, sind in weiterer Folge die Einzeleinsätze hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung zu beurteilen.²⁴

Unternehmerähnliche freie Dienstnehmer und Werkunternehmer sind typischerweise nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet, sondern es steht ihnen frei, sich Gehilfen zu bedienen. Jedoch kann auch

19 VwGH 5.10.2015, 2013/08/0175; VwGH 23.1.2008, 2007/08/0223; Geiger, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag⁴ 1.2.2.3; Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 77, 78, 112, 188; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1151 Rz 67, 69, 71; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 49, 51.

20 Auer-Mayer, ZAS 2016, 130; Geiger, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag⁴ 1.2.2.3; Jakom/Lenneis EStG¹⁰ § 47 Rz 9.

21 Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 113; Müller, DRdA 2010, 372; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1151 Rz 66, 67, 71.

22 Auer-Mayer, ZAS 2016, 130; Neumann in FS Sedlacek 4; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 52.

23 § 1153 ABGB RGBI 69/1916; Auer-Mayer, DRdA 2015, 551; Freudhofmeier, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag – Abgrenzung in der Praxis – Folgen einer Nichtanerkennung durch die Behörden, taxlex 2009, 253 (253); Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 90; Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (1.10.2017) § 1153 Rz 1, 9, 13.

24 Auer-Mayer, ZAS 2016, 130; Mosler in Mosler ua, SV-Komm ASVG § 4 Rz 113; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1151 Rz 63, 65, 67, 72; Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 50.

1.1. Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit

bei Werkverträgen eine höchstpersönliche Leistungsverpflichtung vereinbart werden. Eine solche kann sich abhängig von der vereinbarten Leistung auch schlüssig ergeben. Dies gilt beispielsweise bei Beauftragung eines bestimmten Künstlers.²⁵

Das Fehlen einer Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung ist ein wesentliches Merkmal für die Abgrenzung von Werkverträgen und unternehmerähnlichen freien Dienstverträgen zu echten sowie dienstnehmerähnlichen freien Dienstverträgen.²⁶ Jedoch schließt eine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung einen Werkvertrag oder unternehmerähnlichen freien Dienstvertrag keineswegs aus.

1.1.1.4. Arbeitskräfte-Pool

Der Vertretungsklausel und der Ablehnungsklausel kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn sich potentiell leistende Personen aus einem Pool beim Leistungsempfänger tatsächlich frei vertreten lassen können und dies auch praktisch so gelebt wird. Damit ein Arbeitskräfte-Pool von Relevanz ist, muss eine entsprechend große Anzahl von potentiellen Vertretungspersonen im Pool vorhanden sein. Diese Personen müssen berechtigt sein, die zu übernehmenden Tätigkeiten auszuüben. Erforderliche Schulungen, Sachkenntnisse, Zutrittsbeschränkungen oder Geheimhaltungspflichten können eine freie Vertretung verhindern.²⁷ Das Recht, mehrerer bei einem Dienstgeber beschäftigter Personen, sich gegenseitig zu vertreten, begründet kein generelles Vertretungsrecht.²⁸ Werden regelmäßig Arbeitsanfragen an Personen in einem Arbeitskräfte-Pool gestellt und die Personen auch nach Ablehnungen weiterhin angefragt, liegt in der Regel kein durchgehendes Dienstverhältnis vor.²⁹

25 *Kirchmayr/Doralt in Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 69, 70; *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (1.2.2014) § 1166 Rz 29; *Mosler in Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 110, 116; *Müller, DRdA 2010, 371*; *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 64.

26 *Mosler in Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 109, 110; *Müller, DRdA 2010, 371*; *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 106, 107.

27 *Auer-Mayer, ZAS 2016, 130*; *Mosler in Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 113, 116; *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 66, 71; *Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 47, 51*.

28 *VwGH 19.2.2014, 2013/08/0160*; *Auer-Mayer, ZAS 2016, 130*; *Auer-Mayer, DRdA 2015, 553*; *Mosler in Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 114, 115; *Müller, DRdA 2017, 474*; *Braunsteiner/Lattner in Wiesner ua*, EStG § 47 Rz 17; *Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 44*.

29 *Auer-Mayer, ZAS 2016, 130*; *Mosler in Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 113, 116; *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 66, 71; *Zehetner in Sonntag, ASVG⁸ § 4 Rz 47, 51*.

Pools haben eine gewisse Üblichkeit bei NachhilfelehrerInnen und KrankenpflegerInnen. Werden Personen aus dem Pool zur Leistungserbringung vermittelt, können vorliegen:

- eine Überlassung und ein echter oder dienstnehmerähnlicher freier Dienstvertrag,
- eine Vermittlung von Arbeitskräften und ein echter oder dienstnehmerähnlicher freier Dienstvertrag oder
- eine Vermittlung und ein unternehmerähnlicher freier Dienst- oder Werkvertrag.³⁰

1.1.1.5. Persönliche Abhängigkeit

Die persönliche Abhängigkeit dient als entscheidendes Merkmal für die Abgrenzung eines echten Dienstvertrags von anderen Vertragstypen. Persönliche Abhängigkeit ist anzunehmen, wenn Tätigkeiten fremdbestimmt in dem Sinn erbracht werden, dass der Dienstnehmer in den betrieblichen Ordnungsbereich eingegliedert ist. Dies ist anzunehmen, wenn der Dienstgeber

- den Dienstort,
- die Dienstzeit und
- das arbeitsbezogene Verhalten

bestimmen kann. Daran anknüpfend unterliegt der Dienstnehmer üblicherweise einer laufenden Kontrolle durch den Dienstgeber. Die Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers ist somit weitgehend ausgeschaltet.³¹ Der Dienstgeber hat dem echten Dienstnehmer gegenüber nicht nur ein sachliches, sondern insbesondere auch ein persönliches Weisungsrecht.

1.1.1.6. Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich

Die Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich umfasst prominent die Bestimmung des Dienstorts, der Dienstzeit sowie des arbeitsbezo-

30 *Braunsteiner/Lattner in Wiesner ua*, EStG § 47 Rz 23; *Kirchmayr/Doralt in Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 79; *Jakom/Lenneis* EStG¹⁰ § 47 Rz 9.

31 *Auer-Mayer*, DRdA 2015, 551; *Auer-Mayer*, ZAS 2015, 6 ff; *Dullinger*, Arbeitnehmerbezugriff(e) des Unionsrechts und das österreichische Arbeitsrecht, ZAS 2018, 4 (9); *Freudhofmeier*, taxlex 2009, 253; *Geiger*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag⁴ 1.1.3; *Mosler in Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 67, 87-90; *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 54; *Steiger*, Zwei aktuelle Entscheidungen zum Sozialversicherungsrecht, taxlex 2011, 145 (145); *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht III.A.4; *Winkler in Mazal/Muranaka* 134; *Zehetner in Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 30.

1.1. Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit

genen Verhaltens durch den Dienstgeber. Die Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich zeigt sich insbesondere auch durch die Möglichkeit persönlicher Weisungen und ist ein wesentliches Merkmal persönlicher Abhängigkeit.³²

Unter Dienstort ist jener örtliche Bereich zu verstehen, an dem der Dienstnehmer zu Leistungen verpflichtet werden kann. Der Dienstort ergibt sich aus dem Vertrag oder konkretisierenden Weisungen. Die Verpflichtung, an einem bestimmten Ort anwesend zu sein, kann sich aber auch aus der Natur der Sache ergeben und deshalb nicht nur bei echten Dienstverträgen, sondern auch bei freien Dienstverträgen und Werkverträgen einschlägig sein. Besteht eine Verpflichtung, für Abwesenheiten vom Dienstort um Erlaubnis zu ersuchen oder dafür Rechenschaft abzulegen, ist dies regelmäßig ein Indiz für einen echten Dienstvertrag.³³

Die Dienstzeit ergibt sich primär aus dem Vertrag. Sind keine ausdrücklichen Regelungen dazu getroffen, kann sie sich aus einem Kollektivvertrag, einer Betriebsvereinbarung, der betrieblichen Übung oder konkretisierenden Weisungen ergeben. Durch das Arbeitszeitgesetz sind den Regelungen enge Grenzen gesetzt. Kann die Arbeitszeit selbständig frei eingeteilt werden, ist dies ein starkes Indiz gegen das Vorliegen eines echten Dienstvertrags. Ebenso, wenn keine Rechenschaft über die verwendete Arbeitszeit abzulegen ist und diese nicht der Kontrolle durch den Auftraggeber unterliegt. Das Gleiche gilt, wenn Urlaube nicht vereinbart und Krankenstände nicht gemeldet werden müssen.³⁴

Vorgaben zum arbeitsbezogenen Verhalten betreffen das innerbetriebliche Verhalten, wie beispielsweise das verpflichtende Tragen von Firmenausweisen, die verpflichtende Verwendung bestimmter Formulare oder Schriftstücke im vorgegebenen Design oder ein bestimmtes Verhalten bei Kundengesprächen oder beim Anbieten von Waren. Dieses Kriterium kann auch verwirklicht sein, obwohl zum arbeitsbezogenen Verhalten

32 *Auer-Mayer*, ZAS 2016, 130; *Kirchmayr/Doralt* in *Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 44, 45, 48, 54, 55; *Jakom/Lenneis* EStG¹⁰ § 47 Rz 5, 7; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 67; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 54, 56; *Steiger*, taxlex 2011, 145.

33 OGH 26.6.2016, 9 ObA 40/16x ; *Auer-Mayer*, ZAS 2016, 130; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 91, 92, 94; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 75; *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1153 Rz 18; *Windisch-Graetz*, Rechtsberater im Asylverfahren freie Dienstnehmer, ecolex 2016, 906.

34 *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 98-101; *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1153 Rz 22, 24; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 76.

keine ausdrücklichen Vorgaben gemacht werden. Dies entweder, weil es aufgrund der Position nicht erforderlich ist oder bereits aufgrund stiller Autorität ein dementsprechendes Verhalten erfolgt.³⁵ Die Abgrenzung von Vorgaben betreffend das arbeitsbezogene Verhalten zu fachlichen Weisungen ist fließend und zum Teil überschneidend.³⁶

Aus der Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich folgt oftmals die Einordnung in eine unternehmerische Hierarchie, aus der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit folgen.³⁷ Auch bei qualifizierten oder dislozierten Tätigkeiten ohne strenge Vorgaben zu Dienort und Dienstzeit kann bei entsprechender Kontrollunterworfenheit eine Eingliederung in den betrieblichen Ordnungsbereich, insbesondere aufgrund von Vorgaben zum arbeitsbezogenen Verhalten, auch bei bloß stiller Autorität, verwirklicht sein.³⁸

1.1.1.7. Weisungsgebundenheit

Dienstgeber haben regelmäßig ein umfangreiches Weisungsrecht gegenüber ihren echten Dienstnehmern. Auf längere Dauer abgeschlossene Dienstverträge werden inhaltlich oft relativ unbestimmt gehalten. So können die Pflichten des Dienstnehmers im Verlauf der Zeit den Gegebenheiten entsprechend gestaltet werden. Das Weisungsrecht hat seinen Ursprung und seine Grenzen im Vertrag. Zu unterscheiden sind

- persönliche Weisungen,
- fachliche Weisungen und
- sachliche Weisungen.³⁹

35 VwGH 21.11.2007, 2005/08/0051; *Auer-Mayer*, ZAS 2016, 131; *Auer-Mayer*, DRdA 2015, 551; *Auer-Mayer*, ZAS 2015, 8; *Geiger*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag⁴ 1.1.3; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 105, 106, 108; *Müller*, DRdA 2010, 370 f; *Neumann* in FS Sedlacek 3 f; *Sedlacek*, Nicht wesentlich beteiligte GmbH-Geschäftsführer: Die Auslegung des Merkmals „Weisungs(un)gebundenheit“ durch den VwGH. Aktuelle Rechtsprechung wird von den Abgabenbehörden und vom BFG zum Teil noch immer ignoriert, SWK 2015, 1457 (1459); *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 36, 37.

36 *Auer-Mayer*, ZAS 2016, 131; *Kirchmayr/Doralt* in *Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 22; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 107; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 106, 107; *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 39.

37 *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 85, 86.

38 *Auer-Mayer*, ZAS 2016, 131; *Kirchmayr/Doralt* in *Doralt ua*, EStG¹⁹ § 47 Rz 22; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 107; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 106, 107; *Müller*, DRdA 2010, 371; *Zehetner* in *Sonntag*, ASVG⁸ § 4 Rz 39.

39 *Jakom/Lenneis* EStG¹⁰ § 47 Rz 6; *Mosler* in *Mosler ua*, SV-Komm ASVG § 4 Rz 102–104; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 77, 78.