

Teil B: Versicherungs- und Beitragsrecht

1. Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

1.1. Pflichtversicherungstatbestände

1.1.1. Grundsätzliches

Das ASVG sieht verschiedene Pflichtversicherungstatbestände mit unterschiedlichen Rechtsfolgen vor. Haupttatbestände sind das echte und das freie Dienstverhältnis. Letzteres wird allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen (qualifizierte DG-Eigenschaft, im Wesentlichen wirtschaftlich unselbständige DN) dem ASVG zugeordnet. Daneben sind bestimmte andere Berufsgruppen, wie zB Vorstandsmitglieder und Heimarbeiter, aufgrund von Sondertatbeständen auch von der Vollversicherung (also Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung) erfasst. Bestimmte Unselbständige und Selbständige sind nach dem ASVG teilversichert. Zu nennen ist hier insbesondere die Unfallversicherung für die selbständig Erwerbstätigen, die in der Kranken- und/oder Pensionsversicherung unter das GSVG oder FSVG fallen.

Bezüglich der Abgrenzung der Pflichtversicherungstatbestände legt das Gesetz insofern eine Prüfreihefolge fest, als eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 ASVG (somit unter anderem als echter DN, Lehrling, Vorstand, Heimarbeiter) für dieselbe Tätigkeit eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG als freier DN ausschließt. Die wesentliche Bedeutung dieser Bestimmung liegt vor allem darin, dass die Abgrenzung zwischen den angeführten Versicherungstatbeständen zum Gegenstand eines einzigen Verfahrens gemacht wird.¹

Diese Bestimmung schließt aber nicht aus, dass jemand gegenüber einem DG bzw Auftraggeber nebeneinander in verschiedenen vertraglichen Verpflichtungsverhältnissen steht, weil es natürlich möglich ist, dass eine Person, die in einem Dienstverhältnis zu einem Unternehmen steht, mit diesem Unternehmen auch

¹ ZB VwGH 28.3.2012, 2009/08/0135; 19.12.2012, 2012/08/0279; 21.12.2012, 2012/08/0291; 28.12.2015, Ra 2015/08/0156; 7.9.2017, Ra 2017/08/0031-6.

eine andere Vertragsbeziehung eingeht. Der abhängig beschäftigte DN kann neben dem echten Dienstvertrag mit dem DG-Unternehmen zB ein freies Dienstverhältnis oder einen Werkvertrag abschließen.

Für ein solches Nebeneinander von abhängigem Arbeitsverhältnis auf der einen Seite und einer anderen „freien“² Rechtsbeziehung andererseits, dh für eine rechtswirksame Trennung mehrerer Vertragsverhältnisse zu einem Unternehmen, kommt es nach der ständigen Rechtsprechung auf den Parteiwillen, die objektive Trennbarkeit und Überlegungen unter dem Gesichtspunkt arbeitsrechtlicher Schutzprinzipien³ an. Konkret hat der VwGH zum Sozialversicherungsrecht folgende Kriterien für die Trennbarkeit einer bestimmten Tätigkeit für das DG-Unternehmen vom Dienstverhältnis zu diesem Unternehmen herausgearbeitet:⁴

- Es darf keine zeitliche Verschränkung der Tätigkeiten geben. Verwendet der DN einen nicht bloß geringfügigen Teil seiner Dienstzeit als abhängig Beschäftigter mit Zustimmung des DG zur Durchführung einer zusätzlich vergüteten Tätigkeit, dann ist eine Trennbarkeit dieser Tätigkeiten ausgeschlossen und die Vergütung für die zusätzliche Tätigkeit dem Dienstverhältnis zuzurechnen.
- Die zusätzliche Tätigkeit darf mit dem Dienstverhältnis in keinem inhaltlichen und ursächlichen Zusammenhang stehen, dh sie muss sich inhaltlich und ihrem Ursprung nach von der Dienstverhältnistätigkeit trennen lassen. Ein entsprechend enger inhaltlicher Zusammenhang führt jedenfalls zu einer Verknüpfung mit dem Dienstverhältnis, auf den zeitlichen Zusammenhang kommt es dann nicht mehr an.

Von keiner ausreichenden inhaltlichen Trennbarkeit ging der VwGH zB im Falle eines Tischlers, der für seinen DG nebenbei Aufträge vermittelte, aus, weil die Kundenkontakte iRd dienstvertraglichen Tätigkeit zustande kamen, die zusätzlich entlohnte Kontaktvermittlung somit ihre Wurzel im Beschäftigungsverhältnis hatte und daher diesem zuzurechnen war.⁵ Auch bei einer Friseurin, die Kurse zur Vermittlung friseurtechnischer Fertigkeiten abhielt, wurde eine inhaltliche Verschränkung zwischen Friseur- und Seminartätigkeit angenommen, weil den Seminarteilnehmern die aus dem Dienstverhältnis gewonnenen Erfahrungen und Fertigkeiten vermittelt wurden und außerdem eine organisatorische Verknüpfung zwischen den Tätigkeitsbereichen bestand. Dass die Seminare grundsätzlich an arbeitsfreien Tagen stattfanden, stand der Beurteilung als einheitliche, dienstvertragliche Tätigkeit nicht entgegen.⁶ Tätigkeitsvergütungen, die man einem

2 Zwei abhängige Dienstverhältnisse zu einem DG sind aber nicht möglich (VwGH 28.4.1988, 87/08/0032).

3 Vgl dazu zB OGH 11.5.1988, 9 ObA 48/88; 19.12.2002, 8 ObA 135/02i (*Resch*, ZAS 2004, 86); *Binder*, ZAS 2008, 162 (165).

4 ZB VwGH 15.12.1992, 91/08/0077; 23.6.1998, 95/08/0281; 3.7.2002, 99/08/0125; 7.8.2002, 99/08/0140; 17.3.2004, 2000/08/0067; 21.2.2007, 2004/08/0039; 2.4.2008, 2005/08/0132; 19.2.2014, 2013/08/0160. Vgl dazu auch *Mosing*, ASoK 2016, 149; *Tomandl*, ZAS 2016, 260 (268 f).

5 VwGH 3.7.2002, 99/08/0125.

6 VwGH 19.2.2014, 2013/08/0160.

GmbH-Geschäftsführer gewährt, der sich sowohl um das operative Geschäft kümmert als auch „reine“ Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, wird man idR einem einheitlichen (insgesamt abhängiges oder unabhängiges) Rechtsverhältnis zuzurechnen haben, weil (zumindest) zeitlichen Verschränkungen beider Tätigkeitsbereiche bestehen.⁷ Im Falle eines Lagerhalters, der gleichzeitig für den DG auch als Autovertreter tätig wurde, wurde hingegen die Trennung dieser Tätigkeiten anerkannt.⁸

Die dargestellten Grundsätze gelten grundsätzlich auch aus steuerlicher Sicht, dh auch hier können mehrere Vertragsverhältnisse zu einem Unternehmen bestehen und daraus unterschiedliche Arten von Einkünften zufließen, wenn sich die Tätigkeitsbereiche deutlich voneinander abheben.⁹ Hier hat die Judikatur beispielsweise das einem DN gewährte Entgelt für das Anbringen eines Werbeaufklebers am Auto des DN als keinen Vorteil aus dem Dienstverhältnis eingestuft.¹⁰ Auch bei Provisionen, die ein Installateur für die gelegentliche, außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Akquirierung von Installationsaufträgen erhielt, wurde kein hinreichender Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis erkannt.¹¹ Dass sich die beiden Tätigkeitsbereiche auf die gleichen Geschäftszweige beziehen, steht dieser Beurteilung nicht entgegen, weil sich die Handwerktätigkeit des Installateurs inhaltlich klar von der Vermittlung von Geschäftsabschlüssen unterscheidet.

1.1.2. Pflichtversicherung für echte Dienstnehmer

(§ 4 Abs 1 Z 1 iVm § 4 Abs 2 ASVG, § 47 Abs 2 EStG)

1.1.2.1. Grundsätzliches

1.1.2.1.1. Eckfeiler des § 4 Abs 2 ASVG

Das ASVG bestimmt, dass die bei einem oder mehreren DG beschäftigten DN grundsätzlich der Vollversicherung unterliegen. Wenn die Entgelte des DN aus seinen (echten und freien) Dienstverhältnissen aber die Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigen, ist er nur in der Unfallversicherung teilversichert.

Als „echter“ DN nach § 4 Abs 2 ASVG gilt, 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 selbständiger Tätigkeitsausübung überwiegen. Als „echte“ DN iSd § 4 Abs 2 ASVG gelten jedenfalls auch

7 VwGH 16.2.1999, 96/08/0171 – zur Arbeitslosenversicherung.

8 VwGH 15.12.1992, 91/08/0077.

9 VwGH 25.10.1994, 90/14/0184; 28.10.2010, 2007/15/0177; 29.2.2012, 2008/13/0087; 26.2.2013, 2010/15/0049. Vgl LStR 2002 Rz 961 ff. Vgl dazu zB auch die steuerliche Rechtsprechung iZm den Lehraufträgen von Universitätsassistenten (VwGH 10.7.1996, 95/15/0141; 24.6.1999, 96/15/0099).

10 UFS 25.8.2009, RV/0571-G/06.

11 VwGH 26.2.2013, 2010/15/0049.

Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem DLSG entlohnt werden,¹² und grundsätzlich¹³ auch lohnsteuerpflichtige Personen.¹⁴

Schon aus dem Gesetzeswortlaut lässt sich ableiten, dass es beim angeführten Tatbestand auf die Umstände der Arbeitsleistung ankommt.¹⁵ Entscheidend ist, wie eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, und nicht, welche Tätigkeit ausgeübt wird. Ein und dieselbe Tätigkeit kann daher idR selbständig oder fremdbestimmt erbracht werden.¹⁶ Eine Klassifizierung allein aufgrund der Art der Tätigkeit oder nach Berufsgruppen erscheint daher nicht zweckmäßig, weil letztlich immer die Umstände des Tätigwerdens im Einzelfall maßgeblich sind.¹⁷ Diese Aspekte können aber Indizien für die Beurteilung der Tätigkeit sein.¹⁸

Der VwGH¹⁹ hat iZm der steuerlichen Einstufung eines Kolporteurs festgehalten, dass uU bereits geringfügige Abweichungen im Sachverhaltsbereich zu einer anderen Beurteilung führen können. Auch die beitragsrechtliche Judikatur hat mit Blick auf die Ausführungen in den E-MVB betont, dass die Abgrenzung jeweils einzelfallbezogen nach den konkreten Merkmalen der Tätigkeitsausübung zu erfolgen hat und die Zuordnung einer Berufsgruppe zu einem Versicherungstatbestand ohne eine derartige Beurteilung nicht möglich ist.²⁰

Das echte Dienstverhältnis ist nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH²¹ dadurch gekennzeichnet, dass es durch die „*Bindung an Ordnungsvorschriften*“

12 Siehe dazu die Ausführungen unter B.1.2.3.4.

13 Zu den diesbezüglichen Details siehe unten die Ausführungen unter B.1.1.2.1.3.

14 Bei der Analyse jener Kriterien, die für ein echtes Dienstverhältnis entscheidend sind, dürfen daher neben den Verweisen auf die sozialversicherungsrechtliche und arbeitsrechtliche sowie auf die nunmehr auch maßgebliche steuerliche Rechtsprechung nicht fehlen. In Sozialversicherungsfragen entscheidet der 8. Senat des VwGH, in Steuerfragen entscheiden die Senate 13 bis 17. Der entscheidende Senat wird an der zweiten Stelle der Geschäftszahl des Erkenntnisses genannt (zB bei der Geschäftszahl 95/08/0273 hat der 8. Senat entschieden).

15 Vgl zB VwGH 22.2.2012, 2009/08/0126. *Tomandl*, ZAS 2016, 260 (262).

16 *Müller*, DRdA 2010, 367 (369), spricht in diesem Zusammenhang davon, dass trotz Pflichtversicherung kein „*Zwang zum Dienstverhältnis*“ bestehe. Kritisch *Reiner*, JBl 2010, 549.

17 Vgl zB *Tomandl*, Sozialversicherung 2000, 14 f; *Tomandl*, ZAS 2016, 260; VwGH 22.10.1996, 94/08/0052 – zur Versicherungspflicht einer ziviltechnischen Beratungstätigkeit; VwGH 11.8.1993, 92/13/0022 – zum Steuerrecht. In diesem Zusammenhang hat auch der VfGH (VfGH 15.6.2000, V 102/99) betreffend die Aufhebung der lohnsteuerlichen (auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung durchschlagenden) Lehrbeauftragten-Verordnung festgehalten, dass „für eine Ermächtigung der Vollziehung, die Grenze zwischen Einkünften aus selbständiger und nichtselbständiger Tätigkeit aus Gründen der Zweckmäßigkeit in Teilbereichen auch nur geringfügig zu verschieben, [...] im Gesetz [...] jeglicher Anhaltspunkt“ fehlt. Vgl weiters zur grundsätzlichen Nichtmaßgeblichkeit der Art der Tätigkeit *Müller*, DRdA 2010, 367 (369); OGH 10.7.2008, 8 Oba 55/97g. Letztlich halten auch die E-MVB fest, dass die Zuordnung einer Berufsgruppe zu einem Versicherungstatbestand ohne Prüfung der Verhältnisse im Einzelfall nicht möglich ist (E-MVB 004-ABC-A-001). Klar ist aber ebenso, dass mit steigender Qualifikation idR auch die fachliche bzw sachliche Entscheidungsbefugnis bzw der Spielraum für eine eigenständige (uU auch unternehmerische) „freie“ Tätigkeitsgestaltung steigen (vgl VwGH 20.9.2006, 2003/08/0274; 27.4.2011, 2009/08/0123; 15.5.2012, 2013/08/0051).

18 LStR 2002 Rz 957.

19 VwGH 31.7.1996, 94/13/0251.

20 VwGH 10.9.2014, Ro 2014/08/0069; 3.11.2015, 2013/08/0153.

21 ZB VwGH 15.10.2015, 2013/08/0175.

über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht“ zu einer „weit gehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung“ kommt. Nur wenn anhand dieser Kriterien keine eindeutige Abgrenzung möglich ist, können auch an sich nicht maßgebliche Kriterien (wie zB die Dauer der Beschäftigung²²) zur Beurteilung herangezogen werden.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit zeigt sich nach der sozialversicherungsrechtlichen Judikatur darin, dass der echte DN über keine wesentlichen eigenen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel verfügt. Sie ist demnach zwangsläufige Folge der persönlichen Abhängigkeit und wird daher nur in Zweifelsfällen entscheidend sein.²³ Wirtschaftliche Abhängigkeit in diesem Sinne lässt auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis schließen; sie reicht aber alleine nicht für das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses aus.²⁴ Die wirtschaftliche Abhängigkeit wird im Sozialversicherungsrecht²⁵ nicht mit Lohnabhängigkeit, dh mit der Frage, ob der DN auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist, gleichgesetzt. Dieser Aspekt spielt für die Beurteilung der DN-Eigenschaft keine Rolle.

Das ASVG fordert für die Versicherungspflicht des echten DN (wie für den freien DN) eine Beschäftigung gegen Entgelt.²⁶ Für unentgeltliche Dienstverhältnisse kann sich (anders als bei bestimmten Tatbeständen im GSVG) keine Pflichtversicherung ergeben. Diesbezüglich genügt aber bereits ein Entgeltanspruch, ob das Entgelt tatsächlich ausbezahlt wird oder nicht, ist irrelevant. Dieses Kriterium steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage der Beitragsgrundlage und stellt auf den Anspruch iSd Zivilrechts ab.²⁷

22 Die Kurzfristigkeit steht der Annahme von Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG aber grundsätzlich nicht entgegen (VwGH 14.2.2013, 2012/08/0011).

23 ZB VwGH 25.9.1990, 89/08/0119; 16.4.1991, 90/08/0153; 16.9.1997, 93/08/0171; 25.4.2007, 2005/08/0137; 4.6.2008, 2006/08/0206; 12.10.2016, 2015/08/0173; vgl auch *Naderhirn*, Neuformulierung des DN-Begriffes 43.

24 Vgl auch *Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch, § 47 Tz 18 zum Steuerrecht, wo die wirtschaftliche Abhängigkeit idR ebenso als Mangel eigener Arbeits- und Betriebsmittel gesehen wird.

25 Im Arbeitsrecht wird das Fehlen von Betriebsmitteln als Indiz für die persönliche Abhängigkeit verstanden, die wirtschaftliche Abhängigkeit hingegen meist als die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses nicht maßgebliche (unwiderleglich vermutete) Lohnabhängigkeit (vgl ausführlich zum Begriffsverständnis der wirtschaftlichen Abhängigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht *Naderhirn*, Neuformulierung des DN-Begriffes 34 ff).

26 Die Bezeichnung als „Entgelt“ ist irrelevant. Auch das „Taschengeld“ einer Au-pair-Kraft kann Entgelt darstellen (VwGH 30.5.2001, 98/08/0196). Auch kommt es nicht darauf an, wie das Entgelt berechnet wird (VwGH 2.4.2008, 2007/08/0038). Die Gewährung eines Entgelts in Form eines bloßen Taschengeldes bedeutet umgekehrt nicht zwingend, dass ein Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG vorliegt (VwGH 14.3.2013, 2011/08/0015, zu einem bloßen Volontariat iZm Projekt für Haftentlassene).

27 Siehe dazu die Ausführungen unter B.1.4.6.2.2.

Die Gesetzesformulierung des § 4 Abs 2 ASVG stellt schließlich auch klar, dass es nicht darauf ankommt, ob alle (in der Folge noch näher zu konkretisierenden) Kriterien des Dienstverhältnisses vorliegen. Wie bei allen Typusbegriffen ist eine abwägende Gesamtbetrachtung, in der die einzelnen Kriterien zueinander im Verhältnis eines beweglichen Systems stehen, vorzunehmen und zu beurteilen, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Erwerbstätigkeit – weniger zahlen-, sondern vielmehr intensitätsmäßig – überwiegen.²⁸

1.1.2.1.2. Konnex zum Arbeitsrecht – Sachverhaltsbeurteilung

Arbeits- und Sozialversicherungsrecht haben gemeinsame Wurzeln und Zielsetzungen, nämlich den Schutz der abhängigen DN. Dementsprechend sind nach überwiegender Auffassung die Kriterien für das „echte“ Dienstverhältnis iSd Sozialversicherungsrechts mit denen des Arbeits(Dienst-)vertrages iSd § 1151 Abs 1 ABGB identisch.²⁹ Auch im Arbeitsrecht ist die persönliche Abhängigkeit, die auch hier als „kombinatorischer Begriff“ bzw Typusbegriff verstanden wird, entscheidend.³⁰ Obwohl dieser auch die Betriebsmittelfrage zugerechnet wird, welche nach der ASVG-Rechtsprechung als Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit eine zwangsläufige Folge der persönlichen Abhängigkeit darstellt, ist nach der ständigen sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung der persönlichen Abhängigkeit im Ergebnis dasselbe Verständnis beizulegen wie im Arbeitsrecht.³¹

Worin liegen nun allfällige Unterschiede?

- Im Arbeitsrecht ist die Entgeltlichkeit kein entscheidendes Kriterium. Nach § 1152 ABGB gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen, wenn kein Entgelt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde. Zivilrechtlich ist ein Dienstverhältnis im Zweifel daher entgeltlich, die Vereinbarung eines unentgeltlichen Dienstvertrages ist aber zulässig. Aus § 1152 ABGB lässt sich daher kein Anspruch auf angemessenes Entgelt ableiten.³²

Im ASVG wird bezüglich des beitragspflichtigen Entgelts auf den (arbeits-)rechtlichen Anspruch abgestellt. Nach der Rechtsprechung kann bei ausdrücklich vereinbarter Unentgeltlichkeit die Verpflichtung zur Entgeltleis-

28 Vgl zB VwGH 2.4.2008, 2005/08/0197; 2.7.2008, 2005/08/0023; 18.1.2012, 2008/08/0252; BMSG 29.9.2000, 122.738/2-7/99. Auch beim steuerlichen Dienstverhältnisbegriff, auf den im § 4 Abs 2 ASVG verwiesen wird, handelt es sich um einen solchen Typusbegriff (vgl zB VfGH 1.3.2001, G 109/00).

29 Vgl zB Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für DN und Selbständige 26; Krejci in FS Tomandl (1998) 494; Krejci/Marhold in Tomandl, System 1.2.2.1.1.

30 Vgl zB Rebhahn in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller-Kommentar zum Arbeitsrecht³ § 1151 Rz 56 und Rz 80 f.

31 ZB VwGH 3.4.2001, 96/08/0053; 4.10.2001, 96/08/0351; 4.6.2008, 2004/08/0012; 4.6.2008, 2006/08/0206; 27.4.2011, 2009/08/0123; 12.9.2012, 2009/08/0141.

32 Vgl Schrammel, ecolex 2001, 252, weiters zB VwGH 14.1.2013, 2011/08/0163 bis 0164.

tung auch nicht aus dem Kollektivvertrag begründet werden.³³ Wenn sich somit aus arbeitsrechtlichen Regelungen – allenfalls über § 1152 ABGB³⁴ – kein Entgeltanspruch ableiten lässt, kann sich keine Versicherungspflicht als echter DN nach dem ASVG ergeben.

- Beim sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis kommt es letztlich auf die faktischen Umstände der Beschäftigung und nicht auf die vertragsrechtliche Beurteilung an. Es wird durch den den – einen „Verpflichtungsakt“, also einen gültigen Arbeitsvertrag nicht voraussetzenden – „Einstellungsakt“ begründet.³⁵ Dementsprechend beginnt die Pflichtversicherung mit dem Tag der tatsächlichen Arbeitsaufnahme, auch wenn dieser vom Tag der vereinbarten Arbeitsaufnahme abweicht.³⁶ Man spricht von Beschäftigungs- bzw Eingliederungstheorie auf der einen, von Vertragstheorie auf der anderen Seite.³⁷ Die Beschäftigungstheorie hat insoweit Vorteile, als man sich für die Frage des Vorliegens eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht mit zivilrechtlichen Fragen auseinander setzen muss: Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verstoßes gegen gesetzliche Regelungen ist diesbezüglich ohne Bedeutung.³⁸

Dies ist beispielsweise bei der Anwendung des AuslBG wesentlich: Verträge mit Drittlandsausländern, die ohne Beschäftigungsbewilligung geschlossen werden, sind zwar nichtig; zum Schutz der Beschäftigten gebührt ihnen aber gemäß der Vertragsfiktion des § 29 AuslBG der gleiche Lohn wie im Falle eines rechtmäßigen Arbeitsverhältnisses. Sozialversicherungsrechtlicher Schutz besteht unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung und unabhängig von der Anmeldung bei der Gesundheitskasse.³⁹

- Mit dem StruktAnpG 1996⁴⁰ wurde im ASVG – in Anlehnung an die im Abgabenrecht (§§ 21 bis 24 BAO) geltenden Grundsätze – festgelegt, dass bei der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der innere Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend ist. Weiters wurde klargestellt, dass durch Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Versicherungspflicht nicht umgangen werden kann und Scheingeschäfte unbeachtlich sind.

33 VwGH 25.9.1990, 89/08/0334 – vor allem iZm der unentgeltlichen Geschäftsführung von Bedeutung.

34 VwGH 12.11.1991, 91/08/0125; 9.9.2009, 2006/08/0213.

35 ZB VwGH 1.4.2009, 2006/08/0113; 19.12.2012, 2012/08/0260; 15.7.2013, 2011/08/0151; 26.5.2014, 2012/08/0207.

36 Siehe dazu die Ausführungen unter B.1.4.3.1.

37 Vgl *Krejci/Marhold in Tomandl*, System 1.2.2.1.1.

38 Vgl zB VwGH 27.3.1990, 89/08/0204, und 30.4.1991, 90/08/0134 iZm der Frage der wirksamen Vereinbarung einer Arbeit auf Abruf; VwGH 31.1.1995, 92/08/0213 iZm der Frage der sittenwidrigen Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf einen Kolporteur; VwGH 21.11.2001, 97/08/0169 iZm der standesrechtlichen Unzulässigkeit einer Beschäftigung.

39 VwGH 12.11.1991, 91/08/0125. E-MVB 004-02-00-011.

40 BGBl 1996/201.

Diese „*Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung*“ beziehen sich nicht nur auf die Versicherungspflicht, sondern sind iRd ASVG auf alle sich aus dem Gesetz ergebenden Pflichten anwendbar.⁴¹

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise war aber immer schon Beweiswürdigungsregel; gerade nach der älteren sozialversicherungsrechtlichen Judikatur sind objektive Gegebenheiten der Vertragsdurchführung eher maßgeblich als die bloße Vereinbarung „auf dem Papier“. ⁴² Trotzdem betont der VwGH⁴³, dass die vertragliche Gestaltung in die Beurteilung mit einzubeziehen ist, weil der Vertrag (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Das vertraglich Vereinbarte hat zunächst die Vermutung der Richtigkeit (iSd Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Die Vertragsinterpretation ist demnach Ausgangspunkt der Einzelfallbeurteilung. Diese ist aber an den letztlich entscheidenden faktischen Verhältnissen zu messen. Dabei kann erkennbar werden, dass der Vertragstext vom wahren vertraglichen Willen abweicht, weil entweder von Anfang ein Scheinvertrag, der das tatsächlich Gewollte verdecken sollte, vorlag oder es in der Zwischenzeit zu einer konkludenten Vertragsänderung gekommen ist.⁴⁴ Diese Grundsätze galten auch schon vor der Normierung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Damit wird daher bloß die wirtschaftlich ausgerichtete Teleologie des (Steuer- und des) Sozialversicherungsrechts betont bzw. klar gestellt. Damit gehen aber die Regelungen über die wirtschaftliche Betrachtungsweise, den Missbrauch und die Umgehung in der allgemeinen Interpretationsproblematik des Sozialversicherungsrechts (und großer Teile des Steuerrechts) auf.⁴⁵

41 VwGH 14.3.2001, 2000/08/0097 zur Frage der Umgehung der Haftungsregelungen für Geschäftsführer nach § 67 Abs 10 ASVG (vgl dazu auch *Resch*, RdW 2001, 625). Auch hinsichtlich der Zurechnung der Einkünfte von Lehrbeauftragten, die diese über eine „zwischengeschaltete“ Gesellschaft abrechnen, hat sich der VwGH auf die steuerlichen Rechtsprechungsgrundsätze (entscheidend ist, wer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise [also tatsächlich] die sich bietenden Marktchancen nutzen kann) bezogen (VwGH 28.3.2012, 2009/08/0100; 28.3.2012, 2010/08/0132).

42 Vgl *Müller*, DRdA 2010, 367 (368).

43 ZB VwGH 2.7.1991, 89/08/0310; 31.1.1995, 92/08/0213; 21.2.2001, 96/08/0028; 3.4.2001, 96/08/0053; 26.5.2004, 2001/08/0026; 2.4.2008, 2006/08/0343; 4.6.2008, 2006/08/0206; 16.2.2011, 2008/08/0222, 2009/08/0008; 21.12.2011, 2010/08/0129; 18.1.2012, 2008/08/0267; 28.2.2012, 2009/08/0135; 17.10.2012, 2009/08/0188; 17.10.2012, 2010/08/0256; 10.4.2013, 2010/08/0248; 15.5.2013, 2013/08/0051; 20.2.2020, Ra 2019/08/0171; vgl auch *Müller*, DRdA 367 (368 f); ähnlich zum Steuerrecht: VwGH 17.5.1989, 85/13/0110; 19.12.1990, 89/13/0131.

44 Vgl *Müller*, DRdA 2010, 367 (368); ARD 5515/7/2004; *Tomandl*, ZAS 2016, 260 (262 ff); sowie zB VwGH 8.10.1991, 90/08/0057; 14.3.2001, 2000/08/0097; 21.11.2001, 98/08/0267; 16.5.2001, 98/07/0171; 13.8.2003, 99/08/0174; 26.5.2004, 2001/08/0045; 2001/08/0026; 2001/08/0027; 17.11.2004, 2001/08/0158; 2001/08/0131; 29.6.2005, 2001/08/0053; 21.12.2005, 2003/08/0201; 21.11.2007, 2005/08/0051; 7.5.2008, 2005/08/0142; 4.6.2008, 2006/08/0206. Die bloße Duldung vertragswidrigen Verhaltens kann aber nicht automatisch als konkludente Änderung eines schriftlichen Vertrages in Richtung einer freien Gestaltung beurteilt werden kann (VwGH 21.2.2001, 95/08/0207).

45 Vgl *Gassner* in FS Hempel 41 ff; *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht II⁸ Rz 107; *Mitterer/Koll*, ASoK 2013, 191.

Die Literatur nimmt die Verankerung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im ASVG teilweise auch zum Anlass, von einer Beweislastumkehr auszugehen: Bei „untypischen“ Vertragsgestaltungen müssen die Beteiligten der Behörde beweisen, dass die Gestaltung ernst gemeint ist.⁴⁶ Damit soll – ähnlich wie im Steuerrecht – eine „Objektivierung“ (insbesondere im Hinblick auf vertraglich eingeräumte Vertretungsrechte) erfolgen.

Die jüngere Rechtsprechung des 8. Senats des VwGH⁴⁷ folgt dem bei einfachen manuellen bzw. Hilfstätigkeiten (wie sie häufig zB im Baubereich anzutreffen sind), bei denen der Beschäftigte in den Betrieb integriert ist und die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des DN erlauben. Hier bzw. in Fällen, in denen jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten,⁴⁸ kann – wenn im Verfahren keine gegenläufigen Anhaltspunkte im Sinne atypischer Umstände dargelegt werden – ohne weitwendige Untersuchungen von einem Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit ausgegangen werden.

Auch im Arbeitsrecht findet – unter Zugrundelegung der Interpretationsregeln des allgemeinen Vertragsrechts – die tatsächliche Handhabung als Korrektiv des Vertragsverhältnisses Anerkennung. So hat der OGH immer wieder betont, dass es bei der Beurteilung nicht auf die Bezeichnung und Gestaltung des schriftlichen Vertrages, sondern auf die allenfalls davon abweichende tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses (das „gelebte“ Vertragsverhältnis) ankommt.⁴⁹

Das Arbeits- und das Sozialversicherungsrecht (dort wird auch auf das Zivilrecht Bezug genommen) haben sich daher von zwei Seiten kommend einander angenähert.⁵⁰ In Teilbereichen, zB hinsichtlich der für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis maßgeblichen Frage der persönlichen Dienstpflicht, hat der VwGH – anders als der OGH, der eher eine Gesamtbeurteilung

46 Vgl. *Rebhahn*, wbl 1998, 281 und 284; *Naderhirn*, Neuformulierung des DN-Begriffes 25 ff; *Mosler in Resch*, Scheinselbständigkeit 54.

47 VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131; 23.2.2005, 2002/08/0220; 24.1.2006, 2004/08/0202; 4.6.2008, 2007/08/0252; 26.1.2010, 2009/08/0269; 27.4.2011, 2011/08/0038; 21.12.2011, 2010/08/0129; 21.12.2011, 2010/08/0089; 28.3.2012, 2012/08/0032; 17.10.2012, 2010/08/0012; 14.11.2012, 2010/08/0196; 10.4.2013, 2011/08/0213; 26.5.2014, 2013/08/0194; 10.9.2014, Ro 2014/08/0069; 3.3.2016, Ro 2014/08/0020-7. Vgl. dazu auch *Müller*, DRdA 2010, 367 (369); *Schrammel*, ASoK 2016, 362. Auch die Steuerjudikatur geht bei der Erbringung von Bauhilfsarbeiten nach Bedarf des Auftraggebers idR von einer unselbständigen Tätigkeit aus (zB VwGH 31.7.2012, 2008/13/0071; 18.10.2017, Ra 2017/13/0066). Darüber hinaus verweist Rz 936 der LStR im Hinblick auf die organisatorische Eingliederung auf die angeführte versicherungsrechtliche Judikatur.

48 Der VwGH nimmt dies etwa bei der Tätigkeit einer Animierdame in einem Barbetrieb oder einer warenschichtenden Hilfskraft an (VwGH 7.9.2011, 2011/08/0206 bis 0207; 14.3.2013, 2011/08/0187).

49 ZB OGH 13.3.1997, 8 ObA 2359/96m; 26.6.1997, 8 ObA 2158/96b; 11.7.2001, 9 ObA 119/01t; 13.11.2003, 8 ObA 86/03k; 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; zur dogmatischen Rechtfertigung vgl. *Rebhahn in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ § 1151 Rz 63.

50 Vgl. *Müller*, DRdA 1998, 307 f.

anhand der faktischen Umstände der Beschäftigung vornimmt – der schriftlich getroffenen Vereinbarung – zumindest in der älteren Rechtsprechung – tendenziell mehr Bedeutung beigemessen als den tatsächlichen Verhältnissen der Beschäftigung.⁵¹

1.1.2.1.3. Verknüpfung mit dem Steuerrecht

1.1.2.1.3.1. Umfang des Verweises

Durch das ASRÄG 1997 wurde der grundsätzlichen Umschreibung der ASVG-DN-Eigenschaft (Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt) angefügt, dass Lohnsteuerpflichtige jedenfalls als DN iSd § 4 Abs 2 ASVG gelten. Nach mehrmaliger Adaption dieser Regelung lautet die Verweisregelung nunmehr wie folgt:

„Als DN gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig⁵² ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.“

§ 47 Abs 1 EStG führt aus, dass der DN⁵³ eine natürliche Person ist, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht, und dass bei diesen Einkünften die Einkommensteuer durch Lohnsteuerabzug erhoben wird. Nach § 47 Abs 2 EStG liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der DN dem DG seine Arbeitskraft schuldet. Das ist der Fall, wenn

- die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des DG steht oder
- im geschäftlichen Organismus des DG dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Ein steuerliches Dienstverhältnis ist weiters auch dann anzunehmen, wenn ein nicht wesentlich (dh zu nicht mehr als 25 %) beteiligter Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft für diese tätig wird, dabei zwar aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Sonderbestimmung (Sperrminorität) nicht weisungsgebunden ist, aber „sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses“ vorliegen.⁵⁴

Die dargestellte, auf die versicherungsrechtliche Beurteilung durchschlagende steuerliche Sonderregelung betrifft Tätigkeitsvergütungen an nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, unabhängig davon, ob der Gesellschafter als

51 Vgl Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für DN und Selbständige 26; Rebhahn, wbl 1998, 283. Zu den diesbezüglichen aktuellen Rechtsprechungsgrundsätzen des VwGH siehe unten B.1.1.2.2.2.

52 Maßgeblich ist die Lohnsteuerpflicht an sich, nicht aber der tatsächliche Abzug der Lohnsteuer vom Arbeitslohn (VwGH 16.3.2011, 2007/08/0064, 2008/08/0123).

53 Das EStG spricht vom „Arbeitgeber“ und vom „Arbeitnehmer“. Ise einheitlichen Begriffsterminologie soll hier aber immer vom „DG“ und „DN“ gesprochen werden.

54 Zur genauen Interpretation der Regelung des § 47 Abs 2 dritter Satz EStG siehe die Ausführungen unter B.4.1.4.