



© Stockwerk-Fotodesign - Fotolia.com

# Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz – Fragen zur Umqualifizierung

## 1 Einleitung

Ziel des Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetzes (SV-ZG) ist ausweislich des Vorblattes zur Regierungsvorlage<sup>1</sup> die „Schaffung von Rechtssicherheit bei der Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit mit Bindungswirkung“. Diese Bindungswirkung soll – so das Vorblatt weiter – künftig bei jeder „(rechtskräftigen) Versicherungszuordnung“ eintreten, wobei die Versicherungszuordnung – je nach Fallkonstellation – mit Bescheid des zuständigen Krankenversicherungsträgers nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) oder der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) bzw. der Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) erfolgt.

Dass rechtskräftige Bescheide Bindungswirkung entfalten, ist nun an sich nichts Neues. Das SV-ZG geht aber über dieses im Vorblatt angekündigte Ziel hinaus, indem es unter bestimmten Voraussetzungen auch Versicherungszuordnungen ohne Bescheiderlassung Bindungswirkung zuspricht.

Damit sollen vor allem Situationen vermieden werden, in denen nach oft jahrelanger Durchführung einer Pflichtversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) oder auch dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz (BSVG) letztendlich – mit Rückwirkung – die Pflichtversicherung nach dem

ASVG festgestellt wird und es für den vermeintlichen Auftraggeber – nunmehrigen Dienstgeber – zu mitunter existenzbedrohenden Beitragsnachforderungen kommt.

Es ist nicht der erste Versuch in diese Richtung: Bei der besonders heiklen Abgrenzung zwischen freien Dienstnehmern nach § 4 Abs. 4 ASVG und „neuen Selbständigen“ nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG schließt der durch die Novelle BGBl. I 138/1998 geschaffene § 10 Abs. 1a ASVG die Rückwirkung einer Neuzuordnung aus. Diese Sonderregelung gilt aber eben nur im Verhältnis zwischen freien Dienstnehmern und „neuen Selbständigen“<sup>2</sup> und nach der sehr restriktiven Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH)<sup>3</sup> außerdem nur bei vorheriger Durchführung eines Verfahrens nach § 194a GSVG.

Ein weiteres Problem lag in der Vergangenheit darin, dass der SVA in der Praxis in Feststellungsverfahren der Gebietskrankenkassen (GKK) betreffend Personen, die bisher in die Pflichtversicherung nach dem GSVG einbezogen waren, keine Parteistellung eingeräumt wurde.<sup>4</sup>

Das SV-ZG, das auf einer Einigung der Sozialpartner beruht,<sup>5</sup> soll nun zu mehr Rechtssicherheit und der angemessenen Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten – der Sozialversicherungsträger wie der Versicherten und der Dienstgeber bzw. Auftraggeber – führen.



Hon.-Prof. Dr. Angela Julcher

ist seit 2011 Richterin am Verwaltungsgerichtshof und seit 2015 Ersatzmitglied des Verfassungsgerichtshofes sowie seit November 2017 Honorarprofessorin im Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität Salzburg.

<sup>1</sup> 1613 BlgNR 25. GP.

<sup>2</sup> Zur in der Literatur teilweise erwogenen Frage einer analogen Anwendung auf weitere Fälle vgl. (ablehnend) Julcher in SV-Komm § 10 Rz 16.

<sup>3</sup> VwGH 2005/08/0082, VwSlg 17.184 A; dazu Julcher in SV-Komm § 10 Rz 18.

<sup>4</sup> Obwohl in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen wurde, dass subjektive Rechte der SVA betroffen waren und ihr daher schon aufgrund des § 8 AVG Parteistellung zugekommen wäre – vgl. insbesondere Müller, Die verfahrensrechtliche Bewältigung der Umstellung von Versicherungsverhältnissen, in: Rebhahn (Hrsg.), Probleme des Beitragsrechts (2015), 9 (28 f.).

<sup>5</sup> Vgl. zur Entstehung etwa Weißensteiner/Ivansits, Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (SV-ZG), DRdA-Inf 2017, 321; Lidauer, Neuregelung der Zuordnung von Sozialversicherten nach dem SV-ZG, JAS 2018, 217 (221 f.); Mayr/Lidauer, Abgrenzungproblematik zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit, Soziale Sicherheit 2019, 40 (41).

Inwieweit das gelungen ist, muss die Praxis erst zeigen.<sup>6</sup> Im folgenden Beitrag sollen – nach einer Darstellung der durchaus komplexen Bestimmungen des SV-ZG – einige teils rechtsdogmatische, teils praktische Problemfelder aufgezeigt werden. Rechtsprechung des VwGH zu den aufgeworfenen Fragen existiert noch nicht; alle im Folgenden getroffenen Aussagen geben ausschließlich die persönliche Meinung der Autorin wieder.

## 2 Überblick über die Neuregelung

Kern der durch das SV-ZG, eine Sammelnovelle, geschaffenen Regelungen sind die §§ 412a bis 412e ASVG, die ein neues „Verfahren zur Klärung der Versicherungszuordnung“ vorsehen.

Ein solches Verfahren kann aus unterschiedlichen Gründen eingeleitet werden:

- von Amts wegen, wenn der Krankenversicherungsträger (KV-Träger) nach dem ASVG oder das Finanzamt bei einer Prüfung (insbesondere der gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben – GPLA<sup>7</sup>) für eine im Prüfzeitraum zur Versicherung nach dem GSVG oder dem BSVG angemeldete Person einen Sachverhalt feststellt, der zu weiteren Erhebungen über eine Neuordnung Anlass gibt;<sup>8</sup>
- aufgrund einer Anmeldung zur Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG bei bestimmten (von der SVA und den KV-Trägern festzulegenden<sup>9</sup>) freien Gewerben<sup>10</sup> oder nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG oder nach § 2 Abs. 1 Z 1 letzter Satz BSVG in Verbindung mit Punkt 6<sup>11</sup> oder 7<sup>12</sup> der Anlage 2;<sup>13</sup>

- auf Antrag der versicherten Person oder des Auftraggebers bei „Vorliegen“<sup>14</sup> einer Pflichtversicherung nach § 2 GSVG<sup>15</sup> wobei wohl jeder Bescheidantrag nach § 410 Abs. 1 Z 7 ASVG einer Person, bei der aktuell eine Pflichtversicherung nach dem GSVG durchgeführt wird, in ein Verfahren nach den §§ 412a ff. ASVG zu münden hat).

Gegenüber einem sonstigen Verfahren zur Feststellung der Pflichtversicherung hat das Verfahren nach den §§ 412a ff ASVG vor allem die Besonderheit, dass schon einer bloßen Beurteilung (ohne Bescheiderlassung) unter bestimmten Voraussetzungen Bindungswirkung zukommt: und zwar einerseits dann, wenn KV-Träger, Dienstgeber und SVA bzw. SVB eine Pflichtversicherung nach dem ASVG bejahen, und andererseits dann, wenn die Pflichtversicherung nach dem GSVG oder dem BSVG vom KV-Träger und von der SVA bzw. der SVB bejaht wird (in diesen Fällen ist aber zusätzlich ein Bescheid nach § 194b GSVG bzw. 182a BSVG zu erlassen).<sup>16</sup>

Eine Verpflichtung zur Bescheiderlassung seitens des KV-Trägers bei Feststellung einer Pflichtversicherung nach dem ASVG besteht grundsätzlich nur in Dissensfällen, außerdem aber wohl immer dann, wenn der Dienstnehmer oder der Dienstgeber einen Bescheid beantragt.<sup>17</sup>

Fraglich ist, ob dann, wenn der KV-Träger entgegen einer bereits bestehenden Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG als gegeben erachtet, gemäß § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG jedenfalls – also auch in Konsensfällen – ein Bescheid zu erlassen ist. Meines Erachtens

6 Rund eineinhalb Jahre nach dem Inkrafttreten mit 1. Juli 2017 sind die Reaktionen skeptisch bis hoffnungsfroh: Vgl. etwa (sehr kritisch) Keppert in der „Presse“ vom 18. Februar 2019 unter der Überschrift „Dienstvertrag wider Willen: Rechtsschutz krass lückenhaft“, aber auch Mayr/Lidauer, a. a. O. (Fn. 5), 45 f., die eine wesentliche Verbesserung der Rechtssicherheit für Auftraggeber und -nehmer konstatieren, der allerdings ein erheblicher Verwaltungsaufwand und verbleibende Rechtsunsicherheit „in einigen Bereichen“ gegenüberstünden.

7 Gegen eine Beschränkung ausschließlich auf die GPLA mit überzeugender Begründung Neumann, Sieben Thesen zum Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz, DRdA 2018, 203 (204); vgl. auch die EIRV 1613 BgNR 25. GP, 1: „im Rahmen einer versicherungsrechtlichen Prüfung bzw. einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben“.

8 § 412a Z 1 in Verbindung mit § 412b ASVG; nach dem Gesetzeswortlaut ist eine Neuordnung nur eine „rückwirkende Feststellung der Pflichtversicherung“, Umqualifizierungen von § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG zu § 4 Abs. 4 ASVG, die gemäß § 10 Abs. 1a ASVG nur ex nunc wirken, sollen aber wohl nicht ausgenommen werden.

9 Die Rechtsqualität dieser Festlegung ist fraglich. Die Liste dürfte insoweit Außenwirkung entfalten, als bei der Anmeldung einer davon erfassten Tätigkeit (nicht aber bei Anmeldung sonstiger Tätigkeiten) ein Verfahren nach den §§ 412a ff. ASVG durchzuführen ist; dennoch soll es sich offenbar um keine Verordnung handeln, zumal beim vorgesehenen Zusammenwirken mehrerer Selbstverwaltungskörper völlig unklar wäre, welcher Behörde die Verordnungserlassung in verfassungskonformer Weise zugerechnet werden könnte. Die Liste ist auch unzureichend determiniert: Es gibt keinerlei Kriterien dafür, welche freien Gewerbe in sie aufzunehmen sind (die aktuelle Liste vom 6. Oktober 2017 enthält z. B. die Demontage von Heizungsanlagen und einfache Vorbereitungsarbeiten für Schweißarbeiten, nicht aber das – in der Praxis besonders häufig mit Scheinselbstständigkeit verbundene – Verspachteln von Gipskartonwänden). Allenfalls könnte – in verfassungskonformer Interpretation – vertreten werden, dass die Auswahl der für die Vorabprüfung infrage kommenden Gewerbe nur die interne Vorgangsweise der Sozialversicherungsträger in der Art eines nicht normativen „Prüfplans“ betrifft. In die Erstellung der derzeit vorliegenden Liste waren im Übrigen die Betriebskrankenkassen nicht eingebunden, obwohl gemäß § 23 ASVG auch sie Träger der Krankenversicherung sind.

10 Vgl. die auf der Homepage des Hauptverbandes veröffentlichte Liste; in der Fassung vom März 2018 wiedergegeben u. a. von Meyer, Umqualifizierung von Tätigkeitsverhältnissen (2018), 95 f.

11 „Sonstige Tätigkeiten, die im Ergebnis einer Dienstleistung eines Landwirtes für einen anderen gleichkommen“ (z. B. Schweinetätowierer, Waldhelfer).

12 „Tätigkeiten im Rahmen der Qualitätssicherung der land(forst)wirtschaftlichen Produktion sowie produzierter Produkte [...]“ (z. B. Fleischklassifizierer).

13 § 412a Z 2 1 in Verbindung mit § 412d ASVG.

14 Gemeint wohl: Durchführung.

15 § 412a Z 3 in Verbindung mit § 412e ASVG.

16 Näheres dazu siehe Punkt 3.1. Müller, Das neue Sozialversicherungszuordnungsgesetz – mehr Rechtssicherheit?, ASoK-Spezial 2018, 8 (14 ff.) sieht als Besonderheit außerdem, dass die Frage der Pflichtversicherung nach dem ASVG zum Gegenstand eines einzigen Verfahrens gemacht wird, sodass das BVwG im Beschwerdeverfahren auf die jeweils andere Pflichtversicherung „umsteigen“ könnte; dem steht meines Erachtens allerdings entgegen, dass für die Feststellung der Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem GSVG bzw. dem BSVG nach wie vor unterschiedliche Behörden zuständig sind, sodass von einem einheitlichen Verfahren nicht gesprochen werden kann.

17 So auch die EIRV unter Verweis auf § 410 Abs. 1 Z 7 ASVG.

**Das besondere Zuordnungsverfahren kann**  
**1. von Amts wegen aus Anlass einer Prüfung,**  
**2. vorab aufgrund einer Anmeldung zur Pflichtversicherung nach bestimmten, als besonders kritisch angesehenen Tatbeständen oder**  
**3. auf Antrag eingeleitet werden.**

ist das zu bejahen, weil die Norm des § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG gegenüber jener des § 412c ASVG die speziellere sein dürfte und nicht einzusehen ist, warum die Rechtsfolge eines Bescheids nach § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG – nämlich die Ex-nunc-Wirkung gemäß § 10 Abs. 1a ASVG – nach Durchführung eines Verfahrens nach den §§ 412a ff. nicht eintreten soll (nach der Rechtsprechung des VwGH wäre dies allerdings ohnedies nur bei vorheriger Durchführung des speziellen Feststellungsverfahrens nach § 194a GSVG der Fall<sup>18</sup>).

Alle anderen in den §§ 412a ff. enthaltenen Sonderregelungen können im Wesentlichen als Klarstellungen bezeichnet werden: Am bedeutendsten ist noch die ausdrückliche Verpflichtung, den gegenbeteiligten Sozialversicherungsträger vom Verfahren zu verständigen<sup>19</sup> und ihm (sowie dem zuständigen Finanzamt) einen allfälligen Bescheid zuzustellen.<sup>20</sup> In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErlRV) wird in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die SVA und die SVB ein Beschwerderecht an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) haben.<sup>21</sup> All das (mit Ausnahme der Verpflichtung zur Zustellung an das Finanzamt) ergab sich schon bisher aus den subjektiven Rechten der Versicherungsträger, die ihnen in Verbindung mit § 8 AVG (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz) Parteistellung im Verfahren betreffend die Feststellung der Pflichtversicherung eines anderen Trägers entgegen einer bereits durchgeführten eigenen Pflichtversicherung vermittelt.<sup>22</sup> In der Praxis wurde der Parteistellung der gegenbeteiligten Versicherungsträger allerdings in der Regel nicht Rechnung getragen, sodass die Neuregelung insoweit als wichtiger Anstoß angesehen werden kann.

Geht man von einer Parteistellung der gegenbeteiligten Versicherungsträger aus, dann ist es im Übrigen auch selbstverständlich, dass sich der bescheiderlassende Träger im Bescheid mit deren abweichendem Vorbringen auseinanderzusetzen hat, wie es nun in § 412c Abs. 3 ASVG ausdrücklich geregelt ist.<sup>23</sup>

Eine echte, praktisch bedeutsame Neuregelung hat das SV-ZG in § 41 Abs. 3 GSVG gebracht.<sup>24</sup> Diese Bestimmung sieht nun vor, dass es in Fällen, in denen statt der Pflichtversicherung nach dem GSVG nachträglich die Pflichtversicherung nach dem ASVG festgestellt wird, zu einer Überweisung der zu Ungebühr entrichteten Beiträge an den für die Einhebung zuständigen KV-Träger zu kommen hat; die Beiträge



© Sebastian Duda - Fotolia.com

sind sodann auf die diesem geschuldeten Beiträge anzurechnen. Bisher war es so, dass grundsätzlich die versicherte Person die Beiträge rückfordern konnte; zu einer Verrechnung zwischen den Trägern kam es nur in dem Fall, dass der unzuständige Träger schon Leistungen erbracht hatte. Die Neuregelung verhindert nun, dass es gegenüber dem Dienstgeber zu hohen Rückforderungen von Beiträgen nach dem ASVG kommt. Sie gilt nicht nur, wenn ein Verfahren nach den §§ 412a ff. ASVG durchgeführt wurde, sondern in allen Fällen, in denen nachträglich die Pflichtversicherung nach dem ASVG festgestellt wird, und wohl auch unabhängig davon, ob die Feststellung bescheidmäßig oder nur durch eine bindende Beurteilung nach § 412c Abs. 1 erfolgt.<sup>25</sup> Wenn allerdings ein freier Dienstnehmer als „neuer Selbständiger“ gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG zur Pflichtversicherung angemeldet war und die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG erst im Nachhinein mit Bescheid gemäß § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG festgestellt wird, hat es zu keiner Rückabwicklung – und demzufolge auch zu keiner Verrechnung – zu kommen, weil in diesem Fall die Pflichtversicherung nach dem ASVG gemäß dessen § 10 Abs. 1a erst mit der Erlassung dieses Bescheids beginnt, während es für die Vergangenheit – trotz der objektiven Unrichtigkeit der Zuordnung – bei der Versicherung nach dem GSVG bleibt. Das gilt meines Erachtens auch dann, wenn die Neuzuordnung aufgrund eines Verfahrens nach den §§ 412 a ff. ASVG erfolgt – auch dabei handelt es um einen Fall im Sinne des § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG, in dem der KV-Träger „entgegen einer bereits bestehenden Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG auf Grund ein und derselben Tätigkeit die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG als gegeben erachtet“, und es ist – wie schon erwähnt – ein Bescheid nach dieser Bestimmung zu erlassen, woran wiederum § 10 Abs. 1a ASVG anknüpft. Es ist nicht zu sehen, dass die Neuregelung dieser Norm derogiert hätte oder dass es sich nach Durch-

**Die wichtigste Neuregelung findet sich in § 41 Abs. 3 GSVG betreffend die Rückabwicklung der geleisteten Beiträge. Sie gilt nicht nur im besonderen Zuordnungsverfahren, sondern in allen Fällen, in denen nachträglich die Pflichtversicherung nach dem ASVG festgestellt wird.**

18 Vgl. Fn. 3.

19 §§ 412b Abs. 1, 412d Z 1 und 2 ASVG.

20 § 412c Abs. 4 ASVG.

21 1613 BlgNR 25. GP, 2.

22 Vgl. Fn. 4.

23 Wobei die Auseinandersetzung zufolge dieser Bestimmung interessanterweise ausdrücklich „im Rahmen der rechtlichen Beurteilung“ zu erfolgen hat.

24 Ähnlich § 40 Abs. 3 BSVG.

25 So im Ergebnis auch Kneihls, Selbständig oder unselbständig: Neuregelung der Zuordnung von Sozialversicherten, DRdA 2018, 193 (199); vermutlich wäre sogar die „Feststellung“ im Rahmen einer bloßen Vorfragenbeurteilung ausreichend.

führung eines Verfahrens gemäß den §§ 412a ff. ASVG bei einem letztlich ergehenden Feststellungsbescheid gar nicht um einen solchen im Sinne des § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG handelt.<sup>26</sup> Es ist aber auch an dieser Stelle daran zu erinnern, dass nach der Rechtsprechung des VwGH § 410 Abs. 1 Z 8 in Verbindung mit § 10 Abs. 1a ASVG überhaupt nur dann anwendbar ist, wenn zuvor ein Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG stattgefunden hat (was freilich ein späteres Verfahren nach den §§ 412a ff. ASVG nicht ausschließt).

### 3 Problemfelder

#### 3.1 Bindungswirkung von bloßen Beurteilungen

Eine der Besonderheiten des Verfahrens nach den §§ 412a ff. ASVG besteht – wie erwähnt – darin, dass die einvernehmliche Bejahung des Vorliegens einer Pflichtversicherung auch ohne Bescheiderlassung Bindungswirkung entfalten soll. Im Einzelnen normiert § 412c Abs. 1 ASVG Folgendes: Wird nach Abschluss der Prüfungen nach § 412b das Vorliegen einer Pflichtversicherung 1. nach dem ASVG vom KV-Träger und vom Dienstgeber oder 2. nach dem ASVG oder nach dem GSVG bzw. dem BSVG vom KV-Träger und von der SVA bzw. der SVB bejaht, so sind die KV-Träger, die SVA bzw. die SVB und das Finanzamt bei einer späteren Prüfung an diese Beurteilung gebunden. Wird hingegen nach Abschluss der Prüfungen nach § 412b vom KV-Träger das Vorliegen einer Pflichtversicherung nach dem ASVG bejaht, während die SVA bzw. die SVB vom Vorliegen einer Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw. dem BSVG ausgeht, so hat der KV-Träger die Pflichtversicherung nach dem ASVG mit Bescheid festzustellen. Die Behörden sind in diesem Fall an die Beurteilung erst dann gebunden, wenn der Bescheid des KV-Trägers rechtskräftig wurde.

Liest man § 412c Abs. 1 und 2 in ihrem Zusammenhalt, so ergibt sich, dass es eine Bindungswirkung der Beurteilung bei einer Nichteinigung mit der SVA bzw. der SVB nicht gibt, denn in diesen Fällen ist nach § 412c Abs. 2 zwingend ein Bescheid des KV-Trägers zu erlassen. § 412c Abs. 1 Z 1 ASVG, der auf die Einigung des KV-Trägers mit dem Dienstgeber abstellt, ist daher als Normierung einer kumulativen Voraussetzung zu verstehen, die im Fall einer Pflichtversicherung

nach dem ASVG zur Einigung mit der SVA bzw. der SVB noch hinzukommen muss.<sup>27</sup> Fehlt sie, so hat die Beurteilung keine Bindungswirkung (eine amtswegige Bescheidspflicht besteht aber nur dann, wenn auch die SVA mit der Zuordnung zum ASVG nicht einverstanden ist). Eine andere Lösung wäre die Annahme, dass es zwischen Konsens (diesfalls Bindungswirkung) und Dissens (diesfalls keine Bindungswirkung, sondern Bescheiderlassungspflicht) mit der SVA bzw. der SVB noch den Fall eines „neutralen“ Verhaltens bzw. „Verschweigens“ gibt, der dazu führt, dass eine im Konsens zwischen KV-Träger und Dienstgeber getroffene Zuordnung zum ASVG Bindungswirkung entfaltet.<sup>28</sup> Für eine derartige Differenzierung wäre aber eine ausdrückliche Anordnung im Gesetz zu erwarten; dass eine solche fehlt, spricht gegen die Möglichkeit eines Verhaltens, das weder als Konsens noch als Dissens zu werten ist – dies auch vor dem Hintergrund, dass die Bescheiderlassungspflicht der GKK im Dissensfall wohl gleichzeitig das Bescheidrecht der SVA bzw. der SVB ausschließt und es sich insofern um eine Zuständigkeitsregelung handelt, die entsprechend klar determiniert sein muss.<sup>29</sup> Meines Erachtens liegt ein Fall der Nichteinigung nach § 412c Abs. 2 ASVG, aus dem die Bescheiderlassungspflicht der GKK folgt, immer dann vor, wenn es zu keinem ausdrücklichen Konsens gekommen ist.

Das heißt also, dass die Bindungswirkung einer Beurteilung jedenfalls eine Einigung zwischen dem KV-Träger und der SVA bzw. der SVB, in Fällen einer Zuordnung zum ASVG außerdem mit dem Dienstgeber voraussetzt.

Das Gesetz schreibt nun allerdings nicht vor, in welcher Form der Konsens zum Ausdruck kommen muss; schon aus Gründen der Nachvollziehbarkeit ist eine schriftliche Einigung, etwa in einem gemeinsamen Protokoll, aber jedenfalls zweckmäßig.

Die aus einer solchen Einigung abzuleitende Bindungswirkung wird dadurch umschrieben, dass die KV-Träger und die SVA bzw. der SVB sowie das Finanzamt „bei einer späteren Prüfung an diese Beurteilung gebunden“ sind, wobei dies gemäß § 412c Abs. 5 ASVG nur so lange gilt, als nicht eine Änderung des für die Beurteilung der Pflichtversicherung maßgeblichen Sachverhalts eingetreten ist (ohne Sachverhaltsänderung ist eine Bindungswirkung hingegen auch hinsichtlich noch nicht beurteilter Zeiträume anzunehmen<sup>30</sup>).

Das wirft zunächst die Frage auf, worin eine in diesem Sinn maßgebliche Sachverhaltsänderung läge. Meines Erachtens muss diese Frage so beantwortet

**Die Bindungswirkung einer Beurteilung setzt jedenfalls eine Einigung zwischen dem KV-Träger und der SVA bzw. SVB, in Fällen einer Zuordnung zum ASVG außerdem mit dem Dienstgeber voraus.**



26 Andere Auffassung Kneihls, a. a. O. (Fn. 25), 199.

27 So auch Müller, a. a. O. (Fn. 16), 22.

28 So Kneihls, a. a. O. (Fn. 25), Fn. 51.

29 Vgl. zu grundsätzlichen Bedenken wegen der Unbestimmtheit dieser Zuständigkeitsregelung Müller, a. a. O. (Fn. 16), 21 f.

30 Vgl. Müller, a. a. O. (Fn. 16), 20.

werden, wie es ganz allgemein bei den Grenzen der Rechtskraft eines Bescheids der Fall ist, zumal § 412c Abs. 5 ASVG auch für Bescheide gilt: Eine maßgebliche Sachverhaltsänderung liegt demnach dann vor, wenn sie für sich genommen oder in Verbindung mit anderen Tatsachen den Schluss zulässt, dass nunmehr bei Bedachtnahme auf die damals als maßgebend erachteten Erwägungen eine andere Beurteilung nicht ausgeschlossen ist.<sup>31</sup> Dabei ist ein geänderter Sachverhalt nur dann anzunehmen, wenn es sich um ein in den tatsächlichen Umständen differentes Geschehen handelt; bloß neu hervorgekommene, aber schon ursprünglich vorhandene Umstände ändern hingegen nichts an der Bindungswirkung, sie könnten – im Fall eines Bescheids – nur einen Wiederaufnahmegrund darstellen.<sup>32</sup> Das heißt, es kommt nicht darauf an, welchen Sachverhalt die Sozialversicherungsträger ihrer Einschätzung zugrunde gelegt haben, sondern darauf, welcher Sachverhalt zum Beurteilungszeitpunkt tatsächlich vorlag: Sind die Sozialversicherungsträger etwa von einer persönlichen Arbeitspflicht ausgegangen, obwohl eine solche niemals bestanden hat, dann ist die darauf gegründete Beurteilung bindend, und diese Bindungswirkung wird nicht dadurch aufgehoben, dass zu einem späteren Zeitpunkt das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht dargetan wird, weil sich ja am tatsächlichen Sachverhalt nichts geändert hat. Es wird allerdings im Nachhinein oft schwierig sein, festzustellen, ob eine Abweichung des aktuellen Sachverhalts von den ursprünglichen Sachverhaltsannahmen darauf zurückzuführen ist, dass diese Sachverhaltsannahmen falsch waren, oder aber darauf, dass tatsächlich eine Änderung eingetreten ist. Im Zweifel wird dann wohl davon auszugehen sein, dass die Sachverhaltsannahmen der Sozialversicherungsträger, sofern sie überhaupt schriftlich festgehalten wurden, auch den tatsächlichen Umständen im Beurteilungszeitpunkt entsprechen. Bei Vorabprüfungen nach § 412d ASVG gilt überhaupt die Besonderheit, dass sich ein von den zugrunde gelegten Annahmen unterscheidender Sachverhalt in aller Regel – mangels Aufnahme der Tätigkeit – noch gar nicht verwirklicht haben kann.<sup>33</sup> In diesen Fällen sind ausreichende Aufzeichnungen also von besonderer Bedeutung.

Die Bindungswirkung der im Konsens erzielten Zuordnung reicht aber auch ohne Sachverhaltsänderung nicht so weit, wie es vielleicht auf den ersten Blick scheinen mag. Nach dem Wortlaut des § 412c ASVG gilt sie nur für „spätere Prüfungen“. Daraus allein ist wohl noch keine Einschränkung abzuleiten: Nach der

Vorstellung des Gesetzgebers ist das aktuelle Verfahren mit der Einigung (allenfalls in Verbindung mit einer Bescheiderlassung nach § 194b GSVG) abgeschlossen, sodass sich insoweit die Frage einer Bindung gar nicht stellt. Es ist auch nicht anzunehmen, dass das Abstellen auf „Prüfungen“ die Bindungswirkung auf ein bestimmtes formalisiertes Verfahren beschränkt.<sup>34</sup> Die Bindung kann allerdings niemals im Verhältnis zu Personen gelten, die in die „Einigung“ nicht einbezogen waren, also jedenfalls nicht gegenüber der versicherten Person. Da die versicherte Person in allen Verfahren zur Feststellung der Pflichtversicherung Parteistellung hat und jederzeit einen bescheidmäßigen Abspruch verlangen kann, kann sie eine von der Einigung abweichende Beurteilung – spätestens im Rechtsmittelweg – erzwingen. Jedenfalls in den Fällen des § 412c Abs. 1 Z 2 ASVG besteht die Bindungswirkung – mangels Einbeziehung in die Einigung – auch nicht gegenüber dem Dienstgeber bzw. dem Auftraggeber; in den Konsensfällen des § 412c Abs. 1 Z 1 ASVG könnte man hingegen allenfalls argumentieren, dass er mangels „Beschwerde“ weder ein Bescheidantragsrecht noch eine Beschwerdelegitimation hat.<sup>35</sup> Eher ist aber anzunehmen, dass die Zustimmung des Dienstgebers ihn nicht daran hindert, dennoch einen Bescheid zu beantragen (etwa weil ein Bescheid mehr Rechtssicherheit vermittelt als eine bloße Beurteilung) bzw. im (aus welchem Grund auch immer eingeleiteten) Verfahren einen anderen Rechtsstandpunkt zu vertreten und gegebenenfalls mit Rechtsmitteln durchzusetzen. Letztlich bedeutet die Bindungswirkung einer einvernehmlichen Beurteilung also nur, dass die Versicherungsträger nach erfolgter Einigung nicht aus eigenem eine Umqualifizierung vornehmen dürfen, sei es durch faktische Einbeziehung in die Versicherung, sei es durch die amtswegige Erlassung eines Bescheids; ein solcher Bescheid wäre vom BVwG wegen Unzuständigkeit der Behörde ersatzlos zu beheben. Ein vom Konsens abweichender Bescheid auf Antrag der versicherten Person oder des Dienstgebers bzw. des Auftraggebers wäre jedoch zulässig, weil diesen Beteiligten gegenüber eben keine Bindungswirkung besteht. Die subjektiven öffentlichen Rechte der beteiligten Versicherungsträger werden durch die Bindungswirkung allerdings wohl auch insofern beschränkt, als ihnen die Rechtsmacht genommen wird, sich künftig – insbesondere durch Erhebung einer Beschwerde an das BVwG – auf eine andere Meinung zu berufen.<sup>36</sup> In diesem eingeschränkten Umfang verstanden, dürfte die Bindungswirkung verfassungsrechtlich haltbar

**Die Bindung kann niemals im Verhältnis zu Personen gelten, die in die Einigung nicht einbezogen waren, also jedenfalls nicht gegenüber der versicherten Person. Sie bedeutet im Wesentlichen, dass die Versicherungsträger nach erfolgter Einigung nicht aus eigenem eine Umqualifizierung vornehmen dürfen.**

31 Vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 26.

32 Vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 25.

33 Vgl. in diesem Sinne auch Strohmayer, Die Pflichtversicherung von Dienstnehmern (2018), Rz 169.

34 So aber Kneiß in SV-Komm § 412c ASVG Rz 5.

35 So Müller, a. a. O. (Fn. 16), 19 für das Beschwerderecht der GKK, wenn zuvor ein Konsens über die Zugehörigkeit zum GSVG bzw. zum BSVG erzielt wurde.

36 So Müller, a. a. O. (Fn. 16), 22.

sein. Allerdings ist eine gewisse Skepsis gegenüber der Bindungswirkung von Enunziationen, denen der Bescheidcharakter fehlt, schon deswegen angebracht, weil dafür der gesetzliche und judikative Rahmen fehlt, aus dem sich bei Bescheiden klar die Grenzen der Bindungswirkung und die Möglichkeiten ihrer Durchbrechung ergeben.<sup>37</sup>

### 3.2 Reichweite der Bindungswirkung von Bescheiden

Mit der Bindungswirkung von Bescheiden in § 412c ASVG wird – wie schon erwähnt – eigentlich nur Selbstverständliches normiert. Die Regelung hätte dann eine weiterreichende Bedeutung, wenn die Bindung gegenüber anderen Behörden nicht nur insoweit bestünde, als diese Vorfragen zu beurteilen haben,<sup>38</sup> sondern darüber hinaus auch alle Fälle erfasste, in denen die (Un-)Selbständigkeit einer Erwerbstätigkeit sonst eigenständig zu beurteilen wäre, weil es für sie gerade nicht auf die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung ankommen soll (z. B. im Gewerberecht und bei der Ausländerbeschäftigung).<sup>39</sup> Meines Erachtens kann davon aber – ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung – nicht ausgegangen werden. Solange Gesetze eigene Voraussetzungen für das Vorliegen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit aufstellen, ohne an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung anzuknüpfen, sind eben diese – oft mit gutem Grund abweichenden – Voraussetzungen zu prüfen.

Fraglich ist die Bindungswirkung von Zuordnungen, die eine weitere Pflichtversicherung nach dem jeweils anderen Gesetz an sich nicht ausschließen würden.<sup>40</sup> Das gilt insbesondere im Verhältnis zwischen § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG und § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG:<sup>41</sup> Die Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG tritt allein aufgrund einer aufrechten Gewerbeberechtigung ein, auch wenn in Wahrheit nur eine Tätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wird, was zur Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG führt. Wird nun aber in einem Verfahren nach den §§ 412a ff. ASVG aufgrund einer Tätigkeit mit Gewerbeberechtigung ausschließlich die Pflichtversicherung nach dem GSVG festgestellt, dann könnte das

– bei gleichbleibendem Sachverhalt – die spätere Feststellung einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG für die gleiche Tätigkeit ausschließen.<sup>42</sup>

Eine zum Teil noch weitergehende Bindungswirkung ergibt sich aus § 86 Abs. 1a des Einkommensteuergesetzes (EStG) 1988 für das Steuerrecht:<sup>43</sup> Nach dieser Bestimmung ist die Versicherungszuordnung aufgrund eines rechtskräftigen Feststellungs-Bescheids nach § 412c ASVG, § 194b GSVG oder § 182b BSVG auch „für die Qualifikation der Einkünfte nach § 2 Abs. 3“ EStG 1988 bindend.<sup>44</sup> Dies, obwohl die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation als Dienstnehmer oder Selbständiger im Steuerrecht an sich keine relevante Vorfrage ist (anders als umgekehrt nach § 4 Abs. 2 letzter Satz ASVG, wonach aus der Lohnsteuerpflicht zwingend die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG folgt). Mit der neuen Bestimmung soll offenbar bewirkt werden, dass jedenfalls bei der Beurteilung nach § 47 Abs. 2 Satz 1 EStG 1988 nicht vom Ergebnis eines der genannten Feststellungsbescheide abgewichen werden darf, dass also die Bejahung oder Verneinung einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit auch zur Bejahung oder Verneinung eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1 EStG 1988 führen muss. Eine darüber hinausgehende Bedeutung kann dem § 86 Abs. 1a EStG 1988 – trotz seines überschießenden Wortlauts – meines Erachtens nicht beigemessen werden;<sup>45</sup> d. h., dass insbesondere auch bei Feststellung einer Pflichtversicherung nach dem ASVG eine Beurteilung nach der speziellen Regelung des § 47 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 22 Z 2 und § 25 Abs. 1 Z 1 lit. b EStG 1988, die mit der persönlichen Abhängigkeit nicht unmittelbar zu tun hat, die Verneinung der Lohnsteuerpflicht (insbesondere infolge einer mehr als 25-prozentigen Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers) weiterhin nicht ausgeschlossen ist.<sup>46</sup>

Bemerkenswert ist noch, dass die Bindungswirkung nach dem EStG 1988 nicht nur dann nicht gilt, wenn sich der zugrunde liegende Sachverhalt geändert hat, sondern auch, wenn der Bescheid auf falschen Angaben beruht.

37 Vgl. in diesem Sinn zu den „Mitteilungen“ nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG), denen gewisse Rechtskraftwirkungen zukommen sollen, Julcher, Was ist und woran erkennt man eine entschiedene Sache nach dem AIVG?, in: Auer-Mayer/Felten, Diskussionen und Reflexionen zum Sozialrecht und Arbeitsrecht (2019), 3.

38 So wie etwa das (Nicht-)Vorliegen einer Pflichtversicherung nach dem ASVG Vorfrage für die Feststellung der Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG ist.

39 So Kneiss in SV-Komm § 412c ASVG Rz 11.

40 Müller, a. a. O. (Fn. 16), 13 ff. geht von einer solchen Bindungswirkung aus.

41 Vgl. dazu Auer-Mayer in Neumann, GSVG für Steuerberater<sup>2</sup> (2018) § 1 22 ff.

42 Allerdings wird für Bescheide nach § 194b GSVG gerade keine besondere Bindungswirkung normiert; insoweit soll sich die Bindungswirkung wohl schon aus der konsensualen Beurteilung ergeben, die allerdings daran leidet, dass die versicherte Person nicht einbezogen ist.

43 Vgl. dazu ausführlich Sutter, Die neue Bindungswirkung in § 86 Abs. 1a EStG 1988 nach dem Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz und ihr begrenzter Mehrwert, ASoK-Spezial 2018, 33.

44 Diese Bindungswirkung gilt nicht nur für Bescheide, die in amtswegig eingeleiteten Verfahren ergangen sind, sondern für alle Bescheide nach § 412c ASVG, der gemäß § 412d und § 412e ASVG auch in Vorabprüfungsverfahren und auf Antrag eingeleiteten Verfahren sinngemäß anzuwenden ist (anderer Ansicht G. Brameshuber, Zur Bindung des Finanzamtes im Rahmen der GPLA, taxlex 2018, 176 [178]).

45 Vgl. dazu auch G. Brameshuber, a. a. O. (Fn. 44) 179 f.; diesem insoweit im Wesentlichen folgend Sutter, a. a. O. (Fn. 43), 43.

46 Die ErlRV zu dieser Bestimmung führen nicht weiter, sondern verwirren eher: Als Beispiel wird nämlich angeführt, dass eine Feststellung der Pflichtversicherung nach dem GSVG zu Einkünften aus Gewerbebetrieb führen solle, wobei aber unberücksichtigt bleibt, dass es sich nach dem EStG insbesondere auch um Einkünfte aus selbständiger Arbeit handeln könnte, ohne dass das mit einer Pflichtversicherung nach dem GSVG in irgendeiner Weise in Widerspruch stünde.

Die ausdrücklich angeordnete Bindungswirkung von Bescheiden bringt wenig Neues. Die nach dem Gesetzeswortlaut sehr weitreichende Bindungswirkung der sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung für das Einkommensteuerrecht ist einschränkend zu interpretieren.

### 3.3 Fragen der Rückabwicklung

Eine bedeutende Neuregelung durch das SV-ZG ist – gleichsam disloziert in § 41 GSVG<sup>47</sup> betreffend die Rückforderung von zu Ungebühr entrichteten Beiträgen – erfolgt. Diese Bestimmung sieht nun – wie oben unter Punkt 2 schon erwähnt – vor, dass es in Fällen, in denen statt der Pflichtversicherung nach dem GSVG nachträglich die Pflichtversicherung nach dem ASVG festgestellt wird, nicht zu einer Rückerstattung der Beiträge an die versicherte Person, sondern zu einer Überweisung der zu Ungebühr entrichteten Beiträge an den für die Einhebung zuständigen KV-Träger zu kommen hat; die Beiträge sind sodann auf die diesem geschuldeten Beiträge anzurechnen, ein allfälliger Überschuss ist an die versicherte Person auszuzahlen.

Diese Neuregelung begünstigt im Vergleich zur alten Rechtslage jedenfalls den Dienstgeber; nicht ganz klar ist allerdings das Ausmaß dieser Begünstigung. Nach dem ASVG ist nämlich der Dienstgeber Beitragsschuldner,<sup>48</sup> wirtschaftlich werden die Beiträge jedoch nur zur Hälfte vom Dienstgeber und zur anderen Hälfte vom Dienstnehmer getragen.<sup>49</sup> Wenn nun § 41 Abs. 3 GSVG normiert, dass die Beiträge „auf die diesem [dem zuständigen KV-Träger] geschuldeten Beiträge“ anzurechnen sind, dann scheint das mangels Differenzierung zu bedeuten, dass die Anrechnung auf die gesamte Beitragsschuld zu erfolgen hat, sodass mit den vom Dienstnehmer nach dem GSVG bezahlten Beiträgen auch jene Beiträge (zumindest anteilig) beglichen werden, die nach dem ASVG der Dienstgeber zu tragen hätte. Dieses Ergebnis ist aber verfassungsrechtlich bedenklich, weshalb schon eine verfassungskonforme Interpretation dahingehend vorgeschlagen wurde, dass die überwiesenen Beiträge nur auf jenen Teil der Beitragsschuld nach dem ASVG anzurechnen sind, der vom Dienstnehmer zu tragen ist.<sup>50</sup>

Jedenfalls kann es nach der neuen Rechtslage nicht mehr dazu kommen, dass ein „Scheinselbständiger“ die nach dem GSVG geleisteten Beiträge erfolgreich zurückfordert, während der Dienstgeber zur Gänze die aushaftenden Beiträge nach dem ASVG zu entrichten hat, obwohl er von seinem Lohnabzugsrecht nach § 60 ASVG nicht mehr Gebrauch machen kann.<sup>51</sup> Dass als weitere Konsequenz dieser Regelung jene Dienstgeber begünstigt werden, deren Dienstnehmer ihre Beiträge nach dem GSVG (vollständig) entrichtet haben, ist ebenfalls problematisch, könnte aber im Sinne der „Härtefalljudikatur“ des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) noch zulässig sein.<sup>52</sup>

### 4 Bewertung

Was bleibt nach all der Kritik und Skepsis – die sich vor allem auf die Bindungswirkung bloßer Beurteilungen, aber auch auf das unklare Verhältnis zu einzelnen vom SV-ZG bereits vorgefundenen Bestimmungen<sup>53</sup> bezieht – an Positivem über das SV-ZG zu sagen?

Zunächst ist zu begrüßen, dass die verfahrensrechtliche Stellung der gegenbeteiligten Träger nun durch Verständigungspflichten und Mitwirkungsbefugnisse verbessert wurde. Die Parteistellung im Verfahren wurde zwar im Gesetz nicht ausdrücklich verankert; wenn man aber davon ausgeht, dass sie sich schon aus den subjektiven öffentlichen Rechten der Versicherungsträger ergibt, ist das durchaus konsequent. Der Hinweis in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage auf das Beschwerderecht der Versicherungsträger ist jedenfalls eindeutig und wird wohl auch Eingang in die Praxis finden.

Grundsätzlich positiv zu beurteilen ist auch, dass es nach § 412d ASVG in vielen der potentiell problematischen Fälle zwingend zu einem Vorabprüfungsverfahren zu kommen hat. Meldungen werden also nicht einfach „entgegengenommen“, um dann möglicherweise Jahre später die Versicherungszugehörigkeit zu korrigieren, sondern es wird sofort und unter Beteiligung des anderen in Betracht kommenden Trägers die Richtigkeit der Zuordnung kontrolliert. Das Funktionieren dieses Systems setzt aber einerseits eine ernsthafte Prüfung durch die Versicherungsträger und andererseits verlässliche Angaben der Versicherten bzw. ihrer Auftraggeber oder Dienstgeber voraus. Ein strukturelles Problem bei einer solchen Vorabprüfung besteht darin, dass naturgemäß noch nicht beurteilt werden kann, wie das Vertragsverhältnis tatsächlich gelebt werden wird. Es ist aber jedenfalls auch im Interesse der Versicherten und ihrer Auftraggeber bzw. Dienstgeber, möglichst genau darüber Auskunft zu geben, welche Gestaltung der Tätigkeit tatsächlich intendiert und realistisch umzusetzen ist. Andernfalls kann es auch in Fällen der Vorabprüfung zu einer nachträglichen Umqualifizierung kommen.

Das SV-ZG beinhaltet also durchaus einige positive Ansätze; wie weit es letztlich wirklich zu mehr Rechtssicherheit führt, wird – wie so oft – ganz wesentlich von einer zweckmäßigen Vollziehung, aber auch einer angemessenen Mitwirkung der Parteien abhängen.

**Die Neuregelung der Rückabwicklung begünstigt die Dienstgeber in einem Ausmaß, das verfassungsrechtlich bedenklich sein könnte.**

47 Sowie in der Parallelbestimmung des § 40 BSVG.

48 § 58 Abs. 2 ASVG.

49 § 51 Abs. 3 ASVG.

50 So Müller, a. a. O. (Fn. 16), 30; vgl. aber auch Burz (Hrsg.), Das Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz für die Praxis (2018), 66, wonach es ein – auf eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers hindeutender – zentraler Punkt der Sozialpartnereinigung zur Rechtssicherheit aus dem Jahr 2016 war, dass zwischen Dienstgeber- und Dienstnehmeranteilen nicht unterschieden werden soll.

51 Vgl. zu einem solchen Fall OGH 9 ObA 36/17k, DRdA 2018, 257 (Julcher).

52 Kritisch Müller, a. a. O. (Fn. 16), 31.

53 Etwa § 10 Abs. 1a ASVG und damit in Zusammenhang § 410 Abs. 1 Z 8 ASVG, aber auch z. B. § 412 ASVG; vgl. dazu auch Kneis in SV-Komm § 412c ASVG Rz 19 f. sowie derselbe, a. a. O. (Fn. 25), 200 f.