

# Umqualifikation von Erwerbstätigen

## *Dienstnehmer – freie Dienstnehmer – Selbständige*

Praxisseminar Sozialversicherungsrecht  
23.5.2013

*Univ.- Ass. Dr. Susanne Mayer*  
Universität Salzburg  
Schwerpunkt Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt/  
Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht  
[susanne.mayer@sbg.ac.at](mailto:susanne.mayer@sbg.ac.at)

## Einführung

- Für Versicherungspflicht insb **Abgrenzung**  
Dienstnehmer – freie Dienstnehmer – Selbständige  
entscheidend
  - **ASVG**: Dienstnehmer, bestimmte freie Dienstnehmer
  - **GSVG**: gewerbliche und neue Selbständige
  - ➔ sv-rechtlich Problematik der **Umqualifikation** insb im  
Verhältnis ASVG – GSVG bzw GKK – SVA
  - ➔ Dienstnehmer + freie Dienstnehmer – (echte)  
Selbständige

## Abgrenzung Übersicht (1)


### ➤ ASVG (§ 4 Abs 2 und 4)

- **Dienstnehmer:** Erbringung von **Dienstleistungen** in **persönlicher** und **wirtschaftlicher** Abhängigkeit gegen Entgelt
- **Freier Dienstnehmer:** im wesentlichen persönliche Erbringung von **Dienstleistungen** in persönl. Unabhängigkeit + **keine wesentl. eigenen Betriebsmittel**
  - **Nicht:** privater Dienstgeber
  - **Subsidiär** insb ggü Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG, § 2 Abs 1 BSVG, § 2 Abs 1 und 2 FSVG sowie Zugehörigkeit zu Kammer freier Berufe aufgrund selbständiger Tätigkeit

## Abgrenzung Übersicht (2)

### ➤ GSVG (§ 2 Abs 1 Z 1 bis 4):

- **WK-Mitglieder**
- Gesellschafter einer OG + Komplementäre einer KG, sofern Gesellschaft WK-Mitglied
- Geschäftsführende GmbH-Gesellschafter, sofern Gesellschaft WK-Mitglied und keine Pflichtversicherung als DN
- „neue Selbständige“




UNIVERSITÄT  
SALZBURG  
SCHWERPUNKT  
RECHT WIRTSCHAFT ARBEITSWELT

## Abgrenzung Übersicht (3)

Vertragstyp	(idR) sozialversichert als
Dienstvertrag	Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG
Freier Dienstvertrag	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gewerbl. Selbst. bei Gewerbeberechtigung</li> <li>- freier DN iSd § 4 Abs 4 ASVG bei persönlicher Dienstleistung + keinen wesentlichen eigenen Betriebsmitteln</li> <li>- Sonst: neuer Selbständiger</li> </ul>
Werkvertrag	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gewerbl. Selbst. bei Gewerbeberechtigung</li> <li>- Sonst: neuer Selbständiger</li> </ul>

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige 5



UNIVERSITÄT  
SALZBURG  
SCHWERPUNKT  
RECHT WIRTSCHAFT ARBEITSWELT

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (1)

- **Entscheidende Kriterien:**
  - **Dienstleistungen** (Dauerschuldverhältnis, „Wirken“)
  - **Persönliche + wirtschaftlicher Abhängigkeit**
    - **Gesamtbetrachtung; Überwiegen** maßgeblich
- **Wahrer wirtschaftlicher Gehalt** (§ 539a ASVG)
  - Vermutung der Richtigkeit vertragl. Vereinbarung, aber letztlich tatsächliche Verhältnisse entscheidend (VwGH 2010/08/0012)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige 6

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (2)

### ➤ Dienstleistungen

- Mehrheit **gattungsmäßig umschriebener** Leistungen, die laufend konkretisiert werden (VwGH 2397/79); laufende Zurverfügungstellung der Arbeitskraft (VwGH 2011/08/0391)
  - kurze Dauer schließt Dienstleistungen nicht aus (VwGH 2011/08/0115, 2010/08/0209)
- **Werkvertrag** erfordert im Vertrag individualisierte + konkretisierte Leistung, in sich geschlossenes „**Werk**“; Interesse des Bestellers und vertragliche Verpflichtung auf Endprodukt gerichtet (VwGH 2008/08/0222)
  - Schulden eines Gewährleistungsverpflichtung zugänglichen Erfolgs (VwGH 2004/08/0101)

➔ **Bezeichn. d. Vertrags nicht entsch.** (VwGH 2007/08/0053)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

7

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (3)

### ➤ Persönliche Abhängigkeit (1)

➔ Entscheidend, ob nach **Gesamtbild Bestimmungs-freiheit** des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend **ausgeschaltet** ist (zB VwGH 2011/08/0115)

- **Bindung** hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit, arbeitsbezogenem Verhalten + diesbezügliche **Weisungs- und Kontrollbefugnisse** (VwGH 2011/08/0115)
  - Auch „**stille Autorität**“ (VwGH 92/08/0125)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

8

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (4)

### ➤ Persönliche Abhängigkeit (2)

- **Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit** selbst dann, wenn Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmbar, sofern Arbeitserbringung im Kern an **Bedürfnissen des DG orientiert** (VwGH 2010/08/0012)
- zB Heurigenmusiker mit an Besuchern orientierten, in „Bespielungsplan“ festgelegten Arbeitszeiten (VwGH 2007/08/0053); Aerobic-Trainerin deren Arbeitszeiten sich nach Auslastung und Zeit der Fitness-Kurse richten, im Voraus gemeinsam eingeteilt und kontrolliert werden (VwGH 2004/08/0101)
- anders: Musiker in Hotel, der über Inhalt und Dauer der Darbietung selbst entscheiden kann (VwGH 92/08/0153; ähnlich: VwGH 92/08/0125 – Disc-Jockey)

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (5)

### ➤ Persönliche Abhängigkeit (3)

- **Persönliche Arbeitspflicht**
  - Insb **nicht** bei **tatsächlicher genereller Vertretungsbefugnis** (VwGH 2010/08/0025) oder **sanktionslosem Ablehnungsrecht** (VwGH 2004/08/0101)
    - Vertretungsmögl. durch Kollegen (VwGH 2010/08/0196); auf bestimmte Arbeiten/Ereignisse (zB Krankheit, Urlaub) beschr. Vertretungsbefugnis reicht nicht (VwGH 2007/08/0053)
- **Eingliederung** in fremde betriebliche Organisation
  - Fehlen maßgeblicher betrieblicher Struktur steht DG-Eigenschaft nicht entgegen (VwGH 2011/08/0115)

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (6)

### ➤ Wirtschaftliche Abhängigkeit

- Fehlen im eigenen Namen ausübender **Verfügbarmacht** über für den Betrieb wesentliche **organisatorische Einrichtungen** und **Betriebsmittel**
  - **Indiz:** Tätigkeit für einen/wenige Auftraggeber (vgl auch VwGH 2011/08/0199); aber selbst hauptberufliche andere Tätigkeit schließt DN-Eigenschaft nicht aus (VwGH 2005/08/0177)
  - **Nicht:** Lohnabhängigkeit
- bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen zwangsläufige **Folge persönl. Abhängigkeit** (VwGH 2009/08/0126)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

11

## Abgrenzung Dienstnehmer – Selbständige (7)

- Antreffen unter Umständen, die nach **Lebenserfahrung** auf **Dienstverhältnis** hindeuten, berechtigt zu Annahme von Dienstverhältnis, sofern nicht atypische Umstände dargelegt (insb einfache manuelle Tätigkeiten, Hilfsarbeiten – zB VwGH 2011/08/0365)
- Bestehende **Gewerbeberechtigung** steht (echtem) Dienstverhältnis **nicht** entgegen (VwGH 2011/08/0365)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

12

## Abgrenzung freie Dienstnehmer – Selbständige (1)

### ➤ Entscheidende Kriterien:

- **Dienstleistungen** (Dauerschuldverhältnis, „Wirken“) in persönlicher Unabhängigkeit
- im wesentlichen **persönlich**
- **keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel**
- nicht privater **Dienstgeber**
- **Keine Gewerbeberechtigung** /Kammermitgliedschaft  
→ **Subsidiarität**

## Abgrenzung freie Dienstnehmer – Selbständige (2)

### ➤ Wesentliche Betriebsmittel (1)

- Für Ausübung der Tätigkeit erforderliche eigene **unternehmerische Struktur**
  - im Wesentlichen keine Angewiesenheit auf zur Verfügung gestellte Betriebsmittel
  - idR **nicht** bei Tätigwerden innerhalb und unter Verwendung der betrieblichen Struktur des Auftraggebers (VwGH 2007/08/0223)
- ➔ **nicht** (nur) im Hinblick auf **Betriebsgegenstand** zu prüfen!
  - nicht wesentlich zB Gummibänder, Bälle, Tonträger, Büroausstattung einer Aerobic-Trainerin (VwGH 2004/08/0101); Tonträger eines DJs (VwGH 2010/08/0259); Gleitschirm eines Fluglehrers (VwGH 2006/08/0317)

## Abgrenzung freie Dienstnehmer – Selbständige (3)

### ➤ Wesentliche Betriebsmittel (2)

- für **unternehmerische** Tätigkeit spricht insb Tätigkeit für mehrere Auftraggeber, Anschaffung spezifischer Betriebsmittel losgelöst von konkretem Auftrag, Werbung, sonstige betriebliche Infrastruktur, selbständige Speseneinrechnung
  - im Zweifel: keine Dienstnehmerähnlichkeit, wenn wesentliche, nicht nur geringwertige Sachmittel der Art nach vorwiegend für betriebliche Tätigkeit bestimmt oder betriebliche Widmung durch Aufnahme in **Betriebsvermögen** (VwGH 2007/08/0223 – Fahrrad, PKW eines Botenfahrers)
- ➔ (auch) von **Dispositionen des freien DN** abhängig

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

15


## Konsequenzen Umqualifikation zu freien DN nach ASVG

- **bescheidmäßige** Feststellung gem § 410 Abs 1 Z 8 ASVG bei bisher bestehender Pflichtversicherung gem **§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG**
- Auf Antrag Bescheid über Vorliegen der Voraussetzungen gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (**§ 194a GSVG**)
  - Beantragung der Verfahreseinleitung bei zust. ASVG-KVTr;
  - eigene E über Vorfrage nur bei Säumigkeit des KVTr (Frist: 1 Mon.); Bindung GKK (nur) bis zu eigener Bescheiderlassung
- **Beginn der Pflichtversicherung** (erst) mit Tag der Bescheiderlassung gem § 410 ASVG (**§ 10 Abs 1a ASVG**)
  - Nur bei bereits faktisch oder bescheidmäßig bestehender Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (VwGH 2012/08/0303)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

16





UNIVERSITÄT  
SALZBURG  
SCHWERPUNKT  
RECHT WIRTSCHAFT ARBEITSWELT

## Konsequenzen Umqualifikation zu „echtem“ DN (1)

- **Analoge Anwendung von § 10 Abs 1a ASVG?**
  - von Rsp (wohl) verneint (vgl VwGH 97/08/0171 – grds Bejahung der **Rückforderbarkeit**)
  - Regelung des § 10 Abs 1a iVm Abs 1 ASVG spricht mE gegen Analogie

➔ **rückwirkende Umqualifikation**

- **Nachzahlung der ASVG-Beiträge** durch **DG** innerhalb Verjährungsfrist (wohl idR **5 Jahre**, vgl § 68 ASVG)

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige 17



UNIVERSITÄT  
SALZBURG  
SCHWERPUNKT  
RECHT WIRTSCHAFT ARBEITSWELT

## Konsequenzen Umqualifikation zu „echtem“ DN (2)

- **DG** schuldet auch **DN-Anteil** (§ 58 Abs 2 ASVG)
  - **Abzugsrecht?**
    - Bei **Verschulden** muss Abzugsrecht spätestens bei auf Fälligkeit des Beitrags nächstfolgenden Entgeltzahlung ausgeübt werden (§ 60 ASVG); Verschulden durch Rsp grds **bejaht** (vgl 8 Ob A 63/01z)
    - Abzug (nur) bezüglich der auf (arbeitsrechtlich) erforderliche Entgeltnachzahlung entfallenden Beiträge möglich (stRsp seit 9 Ob A 222/93)
  - (wohl) grds auch **kein Regressanspruch** gegen DN

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige 18

## Konsequenzen Umqualifikation zu „echtem“ DN (3)

- **Rückforderung** der **GSVG-Beiträge** durch Versicherten binnen fünf Jahren, sofern keine Leistungen erbracht (VwGH 97/08/0171)
- Nach hA **keine Rückforderung** bei wissentlich falscher Anmeldung (§ 1432 ABGB analog)
- **Keine Rückforderung** bei **Leistungserbringung** durch nunmehr unzuständigen Träger (SVA)
  - **Überweisung** an zuständigen Träger abzüglich Aufwendungen, sofern Ersatzanspruch (vgl § 41 Abs 3 GSVG)
  - **Anrechnung** auf ASVG-(DN)-Beiträge

Mayer: Dienstnehmer - freie Dienstnehmer - Selbständige

19

## Umqualifikation von Erwerbstätigen *Dienstnehmer – freie Dienstnehmer – Selbständige*

**Danke für Ihr Interesse!**