



© V&P Photo Studio - stock.adobe.com

Zeitlicher Wirkungsbereich von Umqualifizierungen – pro futuro oder auch für die Vergangenheit?

Die Frage der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung einer Erwerbstätigkeit obliegt in Österreich nicht der freien rechtsgeschäftlichen Disposition der Beteiligten (Auftraggeber¹ und Auftragnehmer), sondern ist vielmehr durch gesetzliche Vorgaben determiniert. Die Pflichtversicherung in der Sozialversicherung tritt bei Erfüllung dieser gesetzlichen Voraussetzungen bereits ex lege ein, sie ist unabhängig vom Willen der beteiligten Akteure.

Ob eine Tätigkeit als selbständig oder unselbständig zu beurteilen ist, ist in der Praxis nicht immer leicht zu beantworten. Die diesbezüglichen rechtlichen Normen sind komplex und für Laien und Praktiker nicht ohne Weiteres bis ins letzte Detail zu durchschauen. Hinzu tritt eine Fülle höchstgerichtlicher Entscheidungen, teils berufsgruppenspezifisch und einzelfallbezogen. Bedient man sich keiner fachkundigen Experten (z. B. Steuerberater, Rechtsanwälte), so bleibt ein gewisses Restrisiko einer fehlerhaften sozialversicherungsrechtlichen Einordnung von Erwerbstätigkeiten bzw. Vertragsverhältnissen bestehen (Fehlbeurteilung, Fehlqualifikation). Vereinzelt wird eine solche fehlerhafte sozialversicherungsrechtliche Zuordnung von den handelnden Akteuren – oder zumindest von einer der beteiligten Parteien – aber auch geradezu bewusst gewollt und vorsätzlich herbeigeführt. Im letztgenannten Fall verfolgt man

regelmäßig das Ziel, arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen zu umgehen oder sich Sozialversicherungsbeiträge zu „ersparen“.

Der Umstand einer fehlerhaften sozialversicherungsrechtlichen Einordnung einer Erwerbstätigkeit kann auf verschiedenen Wegen zum Vorschein gelangen: Zu denken ist vor allem an eine Umqualifizierung im Rahmen einer Sozialversicherungsprüfung gemäß § 41a ASVG, im Rahmen einer Erhebung der ÖGK im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Pflichtversicherung – ausgelöst z. B. durch eine Anzeige, eine Niederschrift, Kontrollen vor Ort, anderweitige Ermittlungen etc., im Rahmen eines Antrags einer Person auf bescheidmäßige Feststellung der Pflichtversicherung (§ 410 Abs. 1 Z 7 ASVG) oder im Rahmen einer Vorabprüfung nach SV-ZG.

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Feststellung der Pflichtversicherung rückwirkend erfolgt oder nicht. Anders ausgedrückt, wirkt die Umqualifizierung auch für die Vergangenheit (Ex-tunc-Wirkung) oder lediglich pro futuro (Ex-nunc-Wirkung)? Ausgangspunkt der diesbezüglichen Betrachtungen soll jene Fallkonstellation sein, in der sich ein vermeintlich „neuer Selbständiger“ gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG in Wahrheit als dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG herausstellt. Die Pflicht-



Dr. Harald Lidauer ist Referent für Rechtsangelegenheiten in der Abteilung Versicherungsrecht in der ÖGK OÖ sowie Lektor für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht am WIFI und an der FH Oberösterreich.

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Text bei Personenbezeichnungen die männliche Form gewählt, nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben jedoch auf Angehörige beider Geschlechter.

versicherung nach ASVG beginnt in diesem Fall – sofern man ausschließlich dem reinen Wortlaut des § 10 Abs. 1a ASVG folgt – erst mit dem Tag, an dem der Versicherungsträger (in der Regel ÖGK) mittels Bescheid die Pflichtversicherung nach ASVG feststellt. Dagegen bleibt bis zu diesem Tag die (an sich fehlerhafte) Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“ rechtswirksam bestehen. Die Umqualifizierung wirkt ausschließlich für die Zukunft. In Anbetracht des klaren Gesetzeswortlautes – dieser sieht eben keinerlei Einschränkungen vor – geht die Lehre² davon aus, dass die Umqualifizierung im Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer generell nur pro futuro Wirkungen zeigt. Abweichend davon sieht der VwGH³ – und ihm folgend die Verwaltungspraxis – den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1a ASVG auf jene (wenigen) Fälle eingeschränkt, in denen zuvor die Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“ in einem Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG bescheidmäßig festgestellt wurde. Diese einschränkende Rechtsansicht des VwGH führt, in Zusammenschau mit dem Umstand, dass das Verfahren nach § 194a GSVG in der Praxis nahezu bedeutungslos ist,⁴ dazu, dass die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1a ASVG in der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle nicht greift und die Umqualifizierung im Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer somit in aller Regel dennoch rückwirkend erfolgt (Ex-tunc-Wirkung).

Neben der Tatsache, dass sich die Rechtsprechung des VwGH im klaren – weit gefassten – Wortlaut des Gesetzes nicht widerspiegelt, spricht auch noch das Telos der gesetzlichen Bestimmungen gegen die einschränkende Auslegung des § 10 Abs. 1a ASVG: Nach den Materialien soll durch das Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG „die Problematik der sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung zwischen den nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG pflichtversicherten sogenannten ‚neuen Selbständigen‘ und den nach

§ 4 Abs. 4 ASVG pflichtversicherten freien Dienstnehmern (...) entschärft werden“⁵. Eine solche Entschärfung ist aber nicht nur im Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG erforderlich, sondern generell bei jeder Abgrenzung im Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer. Insofern müssten auch die entsprechenden Rechtsfolgen – nämlich Wirkung der Umqualifizierung lediglich pro futuro – in sämtlichen dieser Abgrenzungsfälle zutage treten.⁶ Zudem heben die Materialien zu § 194a GSVG hervor, dass verwaltungsökonomische Gründe gegen ein Aufrollen des Versicherungsverhältnisses sprechen.⁷ Nun sprechen diese verwaltungsökonomischen Gründe allerdings nicht nur in den Fällen der Erlassung eines Feststellungsbescheids gemäß § 194a GSVG gegen ein Aufrollen des Versicherungsverhältnisses, sondern allumfassend auch in den übrigen Abgrenzungsfällen. Dies ist ein weiterer Grund, warum das Telos der gesetzlichen Bestimmungen mit einer einschränkenden Auslegung des § 10 Abs. 1a ASVG im Widerspruch steht.⁸

Für eine einschränkende Auslegung des § 10 Abs. 1a ASVG kann dagegen ins Treffen geführt werden, dass die Bestimmungen §§ 10 Abs. 1a sowie 410 Abs. 1 Z 8 ASVG⁹ als begleitende Maßnahme der Einführung des Feststellungsverfahrens nach § 194a GSVG¹⁰ etabliert wurden,¹¹ woraus auf eine exklusive Geltung dieser Normen ausschließlich für selbiges zu schließen ist. Dazu kommt, dass ein genereller Ausschluss der Rückwirkung zur Aushebelung sozialrechtlicher Regelungen führen würde und somit wohl kaum im Sinne des Gesetzgebers war – kein Auftraggeber würde seine Zusammenarbeit mit dem Auftragnehmer mehr als dienstnehmerähnliches freies Dienstverhältnis gestalten, da er eine Nachverrechnung im Zuge der Umqualifizierung ohnehin nicht zu befürchten hätte.¹² Letztere Argumentationskette spricht meines Erachtens dafür, der einschränkenden Auslegung des § 10 Abs. 1a ASVG den Vorzug zu geben und den Anwendungsbereich

Der VwGH sieht den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1a ASVG auf jene (wenigen) Fälle eingeschränkt, in denen zuvor ein Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG stattgefunden hat.

2 Vgl. Julcher in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 10 ASVG Rz 13 ff. (Stand 1.6.2017, rdb.at); Höfle, Abgrenzung freier Dienstnehmer – „neuer Selbständiger“, „Rückwirkungsschutz“, ASoK 2000, 322 (322); Kietaihl, Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbstständigkeit, ZAS 2006/26, 169 (170); Kietaihl, Rechtsfolgen bei Fehlqualifikation der Erwerbstätigkeit, in Kietaihl/Resch (Hrsg.), Atypische Beschäftigungsformen (2017), 115 (123); Schörghofer, Fehlbeurteilung der Beitragspflicht und ihre Konsequenzen, in Rebhahn (Hrsg.), Probleme des Beitragsrechts (2015), 36 (38 ff.); Neumann in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 2 GSVG Rz 91 ff. (Stand 1.3.2018, rdb.at); Auer-Mayer, Abgrenzung Werkvertrag – Dienstvertrag – freier Dienstvertrag aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2016/23, 126 (133).

3 VwGH 2005/08/0082 VwSlg 17184 A/2007 = infas 2007, S 32 = JusGuide 2007/32/307 (VwGH); VwGH 2012/08/0303 infas 2013, S 15.

4 Mit der Einführung des SV-ZG (BGBl. I 2017/125) wurde ab 1.7.2017 der Anwendungsbereich des § 194a GSVG weiter eingeschränkt (vgl. Taudes in Neumann, GSVG für Steuerberater² § 194a Rz 3 (Stand 1.1.2018, rdb.at)).

5 ErläutRV 1234 BlgNR 20. GP, 28.

6 Vgl. Julcher in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 10 ASVG Rz 18 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

7 ErläutRV 1235 BlgNR 20. GP, 26.

8 Vgl. Schörghofer, Fehlbeurteilung der Beitragspflicht und ihre Konsequenzen, in Rebhahn (Hrsg.), Probleme des Beitragsrechts (2015), 36 (39 f.).

9 Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert wird (55. Novelle zum ASVG), BGBl. I 1998/138.

10 Bundesgesetz, mit dem das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz geändert wird (23. Novelle zum GSVG), BGBl. I 1998/139.

11 ErläutRV 1234 BlgNR 20. GP, 28.

12 So zum Teil auch die Argumentation im Rahmen der Jahrestagung Arbeits- und Sozialrecht 2015 („ZAS-Tag“) am 15.10.2015, wiedergegeben bei Zehetner, Abgrenzung und Umqualifizierung Werkvertrag-Dienstvertrag-freier Dienstvertrag aus GKK-Sicht, ZAS 2016/25, 139 (142).

dieser Bestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, in denen ein Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG stattgefunden hat.

Soweit die Lehre davon ausgeht, dass die Umqualifizierung im Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer generell nur pro futuro Wirkungen zeigt, wird zum Teil versucht, diese Rechtsfolge im Rahmen einer Analogie auch auf das Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu echter Dienstnehmer auszudehnen.¹³ Eine solche Ausdehnung ist nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls abzulehnen, kann dem Gesetzgeber doch nicht unterstellt werden, im Zuge der Normierung des § 10 Abs. 1a ASVG übersehen zu haben, dass auch in anderen Fällen einer fehlerhaften sozialversicherungsrechtlichen Einordnung von Erwerbstätigkeiten Wirkungen für die Vergangenheit infrage kommen (keine planwidrige Lücke).¹⁴ Der VwGH hat sich zur Frage einer solchen Analogie bislang noch nicht ausdrücklich geäußert.¹⁵ Da das Höchstgericht aber die Bestimmung des § 10 Abs. 1a ASVG schon in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich (nämlich im Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer) sehr restriktiv auslegt, wird wohl auch die Analogiefähigkeit der besagten Norm tendenziell eher verneint werden.

Für andere Fallkonstellationen einer fehlerhaften sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung, z. B. im Verhältnis Gewerbetreibender § 2 Abs. 1 Z 1–3 GSVG zu echter Dienstnehmer oder im Verhältnis dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer zu echter Dienstnehmer, ist ein Ausschluss der Rückwirkung weder gesetzlich vorgesehen noch wird – soweit ersichtlich – ein solcher in der Literatur vertreten. Der OGH, dessen Rechtsansicht in diesem Zusammenhang freilich nur begrenzte Bedeutung zukommt, da die Beurteilung der Analogiefähigkeit des § 10 Abs. 1a ASVG als Hauptfrage per se in die Zuständigkeit des VwGH fällt, hat sich – bezogen auf das Verhältnis Gewerbetreibender zu echter Dienstnehmer – gegen einen Ausschluss der



Rückwirkung ausgesprochen und bestätigt, dass die richtige Zuordnung grundsätzlich auch rückwirkend durchgesetzt werden soll.¹⁶

Zum Teil findet sich in der Literatur die Forderung nach einem (generellen) gesetzlichen Rückwirkungsausschluss.¹⁷ Letzterer wird auch von Vertretern der Wirtschaft immer wieder zur Sprache gebracht. Einen entsprechenden Vorschlag für eine Neuformulierung des § 10 Abs. 1a ASVG legte die Kammer der Wirtschaftstreuhänder bereits vor geraumer Zeit vor.¹⁸ Zu gesetzlichen Änderungen kam es bislang freilich nicht.

Im Ergebnis bleibt letztlich festzuhalten, dass die richtige sozialversicherungsrechtliche Zuordnung in nahezu sämtlichen Fällen auch rückwirkend durchgesetzt werden kann. Nur im Verhältnis „neuer Selbständiger“ zu dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer und auch nur dann, wenn zuvor die Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“ in einem Feststellungsverfahren nach § 194a GSVG bescheidmäßig festgestellt wurde, wirkt die Umqualifizierung lediglich pro futuro. Ausschließlich in diesem letztgenannten Spezialfall wird somit für die Vergangenheit ein falscher Rechtszustand mit dem Argument des Vertrauensschutzes akzeptiert, es kommt zu keiner Rückabwicklung. In allen übrigen Konstellationen ist dagegen eine Rückabwicklung sehr wohl vorgesehen.

Die richtige sozialversicherungsrechtliche Zuordnung kann in nahezu sämtlichen Fällen auch rückwirkend durchgesetzt werden.

13 Vgl. Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbstständige (1998), 52; Kietaiabl, Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbstständigkeit, ZAS 2006/26, 169 (170); Kietaiabl, Rechtsfolgen bei Fehlqualifikation der Erwerbstätigkeit, in Kietaiabl/Resch (Hrsg.), Atypische Beschäftigungsformen (2017), 115 (123); einschränkend Höfle, Abgrenzung freier Dienstnehmer – „neuer Selbstständiger“, „Rückwirkungsschutz“, ASoK 2000, 322 (322); ablehnend dagegen Pacic, Eine Skizze des Beitragsrechts mit Fokus auf falsche Einordnungen von Vertragsverhältnissen in der Sozialversicherung, JMG 2017, H 1, 23 (27) – keine planwidrige Lücke; Julcher in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 10 ASVG Rz 16 (Stand 1.6.2017, rdb.at); Derntl in Sonntag, ASVG¹⁰ (2019), § 69 Rz 16; Glowacka in Sonntag, GSVG⁸ (2019) § 194a Rz 9; Auer-Mayer, Ein genialer Plan (?) – Sozialversicherungsrechtliche Fehlbeurteilung von Erwerbstätigkeiten und ihre Folgen, DRdA 2015, 550 (553); Derntl in Sonntag, GSVG⁸ (2019), § 41 Rz 13; Schörghofer, Fehlbeurteilung der Beitragspflicht und ihre Konsequenzen, in Rebhahn (Hrsg.), Probleme des Beitragsrechts (2015), 36 (40 f.).

14 Vgl. Schörghofer, Fehlbeurteilung der Beitragspflicht und ihre Konsequenzen, in Rebhahn (Hrsg.), Probleme des Beitragsrechts (2015), 36 (40 f.); Julcher in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 10 ASVG Rz 16 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

15 In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 (VwGH 2008/08/0152 infas 2012, S 11 = ASoK 2012, 53) nimmt der VwGH eine solche Analogie jedenfalls nicht vor, möglicherweise aber auch deshalb, weil sie nicht vorgebracht wurde (vgl. Schörghofer, Fehlbeurteilung der Beitragspflicht und ihre Konsequenzen, in Rebhahn (Hrsg.), Probleme des Beitragsrechts (2015), 36 (41)).

16 OGH 8 Ob A 20/04f DRdA 2005/41, 541 (zustimmend Sonnleitner) = infas 2005, A 41 = ARD 5598/10/2005.

17 Vgl. z. B. Neumann, Die sozialversicherungsrechtliche Umqualifizierung der selbstständigen 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 (2016), 1 (10).

18 Vgl. Mitterer, Umqualifizierung im Zuge einer GPLA. Problemstellungen aus der Sicht der Beratungspraxis, ZAS 2016/26, 144 (150).