



Abgrenzung selbständige versus unselbständige Erwerbstätigkeit

Überfraktionelles Positionspapier
der Fachgruppe Unternehmensberatung, Buchhaltung und
Informationstechnologie der Wirtschaftskammer Wien



Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung und rechtliche Grundlagen	2
1.1 Gesetzliche Grundlagen	2
1.2 Rechtsprechung	2
1.3 Instanzenzug	5
1.4 Sozialversicherungszuordnungsgesetz	5
1.4.1 Einheitlicher Fragebogen und neues Verfahren	5
1.4.2 Vorabprüfung von Amtswegen	6
1.4.3 Prüfung auf Antrag des Versicherten / des Auftraggebers	7
2 Ziele der Fachgruppe UBIT	7
3 Politik: nach der Reform ist vor der Reform	7
3.1 Erzielte Verbesserung im Rahmen der im Juli 2017 beschlossenen Reform	7
3.2 Überfraktionelle Forderungen der Fachgruppe UBIT	7

1 Einleitung und rechtliche Grundlagen

1.1 Gesetzliche Grundlagen

Das österreichische Gesetz schützt Unselbständige davor, von Unternehmen dazu gedrängt zu werden, gegen ihren Willen auf selbständiger Basis tätig zu werden.

§ 4 ASVG (2) sieht folgendes vor:
Wer in einem Verhältnis persön-

licher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

1.2 Rechtsprechung

Angesichts des unbestimmten Gesetzes hat die Rechtsprechung diesbezüglich eine Serie von Merkmalen definiert. Je nach dem, in welchem Bereich das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer gemäß dem untenstehenden Kriterienkatalog überwiegend zu finden ist, ist das Vertragsverhältnis einzuordnen.

Indiz	„echter Dienstvertrag“	Freier Dienstvertrag	Werkvertrag
Arbeitszeit und Arbeitsort	Vorgabe durch Auftraggeber	Gestaltbar durch Auftragnehmer	Keine Vorgaben
Auftraggeber (Anzahl)	wenige	i.d.R. wenige	Unbegrenzt
Auslagenersatz (Kostentragung)	Auftraggeber	Auftraggeber oder Auftragnehmer	Eher Auftragnehmer
Betriebsmittel-Bereitstellung	Auftraggeber	Auftraggeber oder Auftragnehmer	Eher Auftragnehmer
Entlohnung, Entgelt	Zeitlohn, Nichtleistungslohn	Zeitlohn	Erfolgslohn
Haftung für die Tätigkeit	Minimal	Teilweise	Ja
Kapitaleinsatz durch Auftragnehmer	Nein	Gering	Ja
Konkurrenzklausele	Eher ja	Eher nein	Nein
Kontrolle durch Auftraggeber	Ja	Ja	Nein
Kündigungsbestimmungen	Ja	Ja	Nein
Leistungserbringung	Persönlich	Im Wesentlichen persönlich	Auch durch Hilfskräfte
Rechtsnatur der Vereinbarung	Dauerschuldverhältnis	Dauerschuldverhältnis	Zielschuldverhältnis
Regelmäßigkeit der Tätigkeit	Üblich	Möglich	Nein
Sozialleistungen für Auftragnehmer	Üblich	Möglich	Nein
Tätigkeitsdauer	Bestimmte oder unbestimmte Zeit	Bestimmte oder unbestimmte Zeit	Nicht relevant
Tätigkeitsinhalt	Persönliches Schulden der Arbeitskraft	Gattungsmäßig umschriebene Dienstleistung	Abgeschlossenes Werk
Unternehmerrisiko des Auftragnehmers	Nein	Gering	Ja
Unternehmerische Struktur Auftragnehmer	Nein	Minimal	Ja
Vertretungsmöglichkeit	Nein	Nur unwesentlich möglich	Üblich
Weisungsbindung	Persönlich	Nur teilweise persönlich	Sachlich

Eine Beurteilung, ob die jeweiligen Kriterien erfüllt sind, ist nicht immer leicht und die Interpretation kann durchaus unterschiedlich sein. Hinzu kommt, dass in der ersten Instanz oft nicht die unabhängigen Gerichte beurteilen, ob jemand selbständig, freier oder echter Dienstnehmer ist, sondern Gebietskrankenkassen (GKK) und die Finanzämter. Auch bei einer Berufung erfolgt die Beurteilung auf Grundlage dessen, was die Verwaltungsbehörden in erster Instanz erhoben haben.

1.3 Instanzenzug

Wenn das Finanzamt die Selbständigkeit überprüft stellt sich der Instanzenzug wie folgt dar:

1. Finanzamt
2. Bundesfinanzgericht
3. VwGH (Revision), VfGH (Beschwerde)

Dies ist der Instanzenzug bei Prüfung durch die Gebietskrankenkasse:

1. Gebietskrankenkasse
2. Bundesverwaltungsgericht
3. VwGH (Revision), VfGH (Beschwerde)

Klagt hingegen der betroffene Auftragnehmer auf Anstellung durch den Auftraggeber, kommt folgender zivilrechtlicher Instanzenzug zum Tragen:

1. Arbeits- und Sozialgericht
2. Oberlandesgericht
3. Oberster Gerichtshof

Beim Arbeits- und Sozialgericht entscheidet ein Senat, der aus Berufsrichtern und Laienrichtern besteht. Die Laienrichter werden arbeitgeberseitig von der Wirt-

schaftskammer entsandt, arbeitnehmerseitig von der Arbeiterkammer.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Finanzamts- und Sozialversicherungsverfahren) entscheiden hingegen generell beamtete Berufsrichter. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit können jedoch auf Ebene des Bundesverwaltungsgerichts bzw. Bundesfinanzgerichts gem. § 410 ASVG iVm § 414 Abs. 2 ASVG auf Antrag einer Partei fachkundige Laienrichter (je einer von Arbeiterkammer und Wirtschaftskammer) hinzugezogen werden. Es ist jedenfalls zu empfehlen, die Beiziehung von Laienrichtern zu beantragen, da durch den von der Wirtschaftskammer bestellten Laienrichter auch unternehmerische Sichtweisen in die richterliche Entscheidungsfindung einfließen.

1.4 Sozialversicherungs- zuordnungsgesetz

Bislang konnte es nur in 2 Fällen zur Prüfung der Selbständigen-Eigenschaft kommen:

1. Auf Antrag des betroffenen Auftragnehmers durch das Arbeits- und Sozialgericht (ASG)
2. Im Rahmen einer Prüfung der lohnabhängigen Abgaben durch Gebietskrankenkassen (GKK) und die Finanzämter

Das im Juli 2017 beschlossene Sozialversicherungs-
zuordnungsgesetz ist ein politischer Kompromiss, der jedem der Stakeholder etwas gebracht hat:

1. Die Einbindung der SVA (Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft) in die Prüfung und

die Verwendung eines einheitlichen Fragebogens zur Beurteilung der Selbständigkeit soll fairere Verfahren gewährleisten

2. Die Vorabprüfung von Amts wegen stärkt die Gebietskrankenkassen
3. Die Prüfung auf Antrag des Versicherten / des Auftraggebers sollen diesem mehr Rechtssicherheit geben.

1.4.1 Einheitlicher Fragebogen und neues Verfahren

Das am 1.7.2017 in Kraft getretene Sozialversicherungs-
zuordnungsgesetz hat die unbestimmte gesetzliche Definition der Selbständigkeits-Eigenschaft und die Judikatur nicht verändert. Allerdings haben sich auf Grundlage des Gesetzes die SVA und die GKK auf einen einheitlichen Fragebogen zur Beurteilung der Selbständigkeit geeinigt. Dieser befindet sich im Anhang des Ratgebers und war am 23.1.2018 hier herunterladbar:

<https://www.svagw.at/cdscontent/load?contentid=10008.642552>

Der Fragebogen bringt eine wesentliche inhaltliche Verbesserung: der Selbständigkeitsstatus des Auftragnehmers wird ganzheitlich beurteilt und somit wird die Tatsache, dass ein Auftragnehmer für mehrere Auftraggeber tätig ist zu einem wesentlichen Kriterium der Selbständigkeit. Dies entspricht wohl dem Geist des Gesetzes, das von „persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt“ spricht. In dieser bisherigen Praxis haben die Prüfer der GKK die Tatsache, dass ein Auftragnehmer für mehrere Auftraggeber tätig ist, vielfach als irrelevant betrachtet. Die

Prüfer haben bisher geprüft, ob gem. Judikatur einzelne Verträge als selbständige oder unselbständige Tätigkeit zu betrachten sind. Es wurden sogar Verträge aufgespalten, um einzelne Teiltätigkeiten als unselbständig zu qualifizieren.

Zur Klarstellung sind in Bezug auf den Fragebogen anzumerken:

▪ Frage 22: „Beschäftigen Sie in Ausübung der unter Punkt 1. bekannt gegebenen Tätigkeit auch Arbeitnehmer/innen?“ Die Beschäftigung von Arbeitnehmer gilt als starkes Kriterium für das Vorhandensein einer selbständigen Tätigkeit. Umgekehrt ist jedoch die Tätigkeit als Ein-Personen-Unternehmen (EPU) nicht als Negativpunkt für die Einstufung als unselbständig zu werten.

▪ Frage 24: „Was wurde bezüglich der Entlohnung vereinbart?“
»pauschal für die Herstellung des vereinbarten Werks/Erfolges
»pauschal für die vereinbarte Dauer der Tätigkeit
»Stundenlohn
»Wochenlohn
»Monatslohn
»Stücklohn“

Pauschalentgelte sind ein Positivpunkt für die Einstufung als selbständig. Wochen- und Monatslohn spricht für Unselbständigkeit. Bei Stunden- oder Stückentgelten zählt das Gesamtbild.

Bislang haben die GKK und Finanzämter als Abgabenbehörden in 1. Instanz alleine beurteilt, ob jemand selbständig ist. Nun wird zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens auch die SVA hinzugezogen,

jedoch noch nicht bei der Erhebung der Fakten, sondern erst bei der Beurteilung des Sachverhalts. Die Entscheidung bleibt jedoch bei GKK bzw. Finanzamt. Sollte jedoch SVA den Sachverhalt anders beurteilen, so ist diese abweichende Meinung der SVA im Bescheid festzuhalten, was eine wesentliche Hilfe im Zuge einer Berufung sein könnte.

1.4.2 Vorabprüfung von Amts wegen

GKK und SVA haben sich auf eine Liste von freien Gewerben geeinigt, die unter Scheinselbstständigkeits-Generalverdacht gestellt werden. Bei diesen Gewerben wird gleich bei Gründung eine Prüfung als Selbständigkeitseigenschaft eingeleitet. Stand 21. August 2017 handelte es sich um folgende Gewerbe (Quelle: SVA):

1. Adressieren, einlegen, einkleben, falten, kuvertieren von Prospekten, Katalogen, Zeitungen, Briefen und Broschüren (Postservice)
2. Befüllen von Verkaufsautomaten
3. Befüllen von Kissen
4. Beladen und Entladen von Verkehrsmitteln
5. Chauffeurdienste für Halter solcher Personenkraftwagen, die nicht gewerblich bereitgestellt und betrieben werden, ohne ständig vom selben Auftraggeber betraut zu werden
6. Durchführung von Lohnarbeiten und Dienstleistungen für land- und forstwirtschaftliche Betriebe mit Geräten, die typischerweise in solchen Betrieben ver-

wendet werden, bestehend aus Mähen, Pressen von Heu und Silage, Jauchegrube entleeren, Holzhäckselarbeiten, Ausbringen von Dünger, Erntearbeiten, Bodenbearbeitung (Agrardienstleistungen ausgenommen Fuhrwerksdienste)

7. Einfache Vorbereitungsarbeiten für durch Befugte durchzuführende Schweißarbeiten, insbesondere durch Schrägschleifen der Verbindungsstücke
8. Oberflächenreinigung von beweglichen Sachen, ausgenommen Textilien sowie die der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung vorbehaltenen Tätigkeiten
9. Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertig bezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen
10. Botendienste
11. Büroservice
12. Demontage von Heizungsanlagen, Heizkesseln und Tanks samt Zu- und Ableitungen unter Ausnahme des Abschließens von Versorgungsnetzen für Gas, Wasser und Strom sowie sämtlicher statisch belangreicher Arbeiten
13. Erdbewegung (Deichgräber), beschränkt auf seichte Abgrabungen bis zu einer Tiefe von 1,25 Meter, sofern keine besonderen statischen Kenntnisse erforderlich sind

14. Regalbetreuung

1.4.3 Prüfung auf Antrag des Versicherten / des Auftraggebers

Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer können den Status der Selbständigkeit des Auftragnehmers beurteilen lassen. Der Auftragnehmer kann den ausgefüllten Fragebogen zur Beurteilung der Selbstän-

digkeit der SVA übermitteln oder diesen vor Ort bei der SVA ausfüllen. Die SVA übermittelt diesen, nach Abklärung des Sachverhalts, der GKK. Falls SVA und GKK zu einer unterschiedlichen Meinung gelangen, wird diese diskutiert. Die Entscheidung bleibt jedoch bei GKK. Sollte jedoch SVA den Sachverhalt anders beurteilen als die GKK, so ist diese abweichende Meinung der SVA im Bescheid festzuhalten, was eine wesentliche Hilfe im Zuge

einer Berufung sein könnte.

Bei einer zukünftigen Prüfung der lohnabhängigen Kosten, sind GKK und Finanzamt an die Beurteilung dieses auf Antrag des Versicherten / des Auftraggebers zustande gekommenen Bescheids gebunden, sofern die Gegebenheiten jenen zum Zeitpunkt der Prüfung entsprechen.

2 Ziele der Fachgruppe UBIT

Die Fachgruppe UBIT hat im Rahmen einer überfraktionell besetzten Projektgruppe folgende Ziele definiert:

- Hohe Rechtssicherheit im Bereich Werkvertrag/Dienstvertrag bei geringem administrativen Aufwand
- Größtmögliche wirtschaftliche Selbstbestimmung für jeden Einzelnen bei der Wahl zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit
- Schutz der Arbeitnehmer vor erzwungener Scheinselbständigkeit

3 Politik: nach der Reform ist vor der Reform

3.1 Erzielte Verbesserung im Rahmen der im Juli 2017 beschlossenen Reform

- **Einheitlicher Fragebogen und Beiziehung der SVA** zur Sicherstellung von faireren Verfahren
- **Prüfung auf Antrag durch den Versicherten und Feststellungsbescheid** – vorher klären statt böser Überraschung bei GPLA-Prüfung
- **Bindungswirkung** – bei GPLA Prüfung sind prüfende GKK oder Finanzämter an Feststellungsbescheid gem. Vorabprüfung (auf Antrag durch den Versicherten und von Amtswegen) und Entscheidungen im Rahmen von vorhergehenden GPLA-Prüfun-

gen gebunden

- **Anrechnung von SVA-Beiträgen auf GKK-Nachzahlung**, damit nicht zweimal Sozialversicherungsbeiträge für dieselbe Leistung kassiert werden

3.2 Überfraktionelle Forderungen der Fachgruppe UBIT

- **Nur unabhängige Gerichte (wie z.B. das Arbeits- und Sozialgericht) sollen hinsichtlich Selbständigkeit entscheiden, nicht Abgabenbehörden**, wie derzeit Gebietskrankenkassen und Finanzämter.
- **Klare und einheitliche Definition von Selbständigkeit für alle Rechtsmaterien**

- **Umsatzsteuer ist kein Umsatz:** Bei Umqualifizierungen dient der bezahlte Betrag inkl. Umsatzsteuer als Berechnungsbasis der Abgabenschuld. In Zukunft sollte der bezahlte Betrag exkl. Umsatzsteuer als Berechnungsbasis der Abgabenschuld herangezogen werden. Die korrekte Abfuhr der Umsatzsteuer obliegt dem Dienstleister und nicht dem Auftraggeber.

- Zwecks Klarheit soll es eine **Positivliste von Kriterien geben, bei der die Erfüllung von bereits einem Kriterium die Selbständigkeit begründet** (sofern der Betroffene dies wünscht). Dies wären beispielsweise:

» **Hochverdienst-Regelung:** wer die Höchstbemes-

sungsgrundlage für die Sozialversicherung erreicht.

» **Kapitalgesellschaft-Regelung:** wer zumindest 25% einer Kapitalgesellschaft besitzt, gilt in Bezug auf diese Gesellschaft jedenfalls als selbständig (auch Eigentümer von Ein-Personen-GmbHs werden zuweilen zwangsangestellt).

» **Mehr-Gesellschafter-Regelung:** wer zumindest 10% an einer Gesellschaft besitzt kann freiwillig auf Selbständigkeit optieren, wenn kein Gesellschafter über 25% der Anteile besitzt.

» **Nebenerwerbsregelung:** wer neben einer selbständigen Tätigkeit auch eine unselbständige Tätigkeit im Ausmaß von zumindest 20 Wochenstunden ausübt, sofern die selbständige Tätigkeit nicht beim Arbeitgeber erfolgt bei dem auch die unselbständige Tätigkeit

ausgeübt wird (diese Regelung gilt natürlich auch für verbundene Konzernunternehmen)

- Zwecks Klarheit soll es eine Kriterienliste geben, bei deren überwiegender Erfüllung, die Selbständigkeit begründet wird (sofern der Betroffene dies wünscht).

» Diese Kriterienliste soll die Kriterien für Selbständigkeit taxativ definieren.

» Die Rechtsprechung auf Basis der alten Gesetzlage soll mit Einführung der neuen Gesetzeslage (taxativ definierte Kriterien) obsolet werden.

» Die prüfende Stelle darf nur ganzheitlich beurteilen, ob jemand selbständig ist (wie in der Schweiz), nicht jedoch einzelne Verträge beurteilen. Der Betroffene hat natürlich das Recht, neben der selbständigen auch einer unselbständigen Tätig-

keit nachzugehen.

» **Taxative Liste der Kriterien** für die Beurteilung der Selbständigkeit:

- Aktive Gewerbeberechtigung
- Marktauftritt - Unternehmer treten am Markt auf und bieten dort ihre Dienstleistungen an (z.B. über Homepage, Marketing- und Vertriebsaktivitäten)
- Mehrere Auftraggeber - Weniger als 50% des Umsatzes der letzten 3 Jahren mit nur einem Kunden
- Einsatz von eigenen oder gemieteten Betriebsmitteln bzw. von erworbenem Wissen
- Wirtschaftliches Risiko (z.B. Zahlung nur bei Erfüllung vertraglicher Vereinbarungen, Inkasso-Risiko, Fixkosten für Mitarbeiter)
- Freiheit Aufträge anzunehmen oder abzulehnen



Dieses Positionspapier ist das Ergebnis einer intensiven inhaltlichen Analyse und Debatte an der Vertreter aller Fraktionen der Fachgruppe UBIT beteiligt waren. Das Positionspapier wurde vom Fachgruppen-Ausschuss in seiner Sitzung vom 5. Juni 2018 einstimmig verabschiedet.

FreeMarkets.AT

Grüne Wirtschaft

SWV Sozialdemokratischer Wirtschaftsverband

UNOS - Unternehmerisches Österreich

WB - Österreichischer Wirtschaftsbund

Ansprechstelle:

**Fachgruppe Wien Unternehmensberatung,
Buchhaltung und Informationstechnologie**

Wirtschaftskammer Wien

Schwarzenbergplatz 14 | 1041 Wien

T 01 514 50-3603 | F 01 512 95 48-3608

E ubit@wkw.at | W www.ubit.at/wien

Um eine leichtere Lesbarkeit des Textes zu gewährleisten, wurde im vorliegenden Folder auf die explizit geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet. Vereinfachend wurde, stellvertretend für beide Geschlechtsformen, jeweils die kürzere männliche Schreibweise angewandt.

IMPRESSUM:

Fachgruppe UBIT Wien, Schwarzenbergplatz 14, 1040 Wien, T 01/514 50-3600, E ubit@wkw.at

Grafik: Abteilung Marketing, Ref. Organisationsmanagement der WK Wien | Druck: WIFI Druckzentrum, Währinger Gürtel 97, 1180 Wien

Fotos: shutterstock.com - Rawpixel.com, Jirsak