

# 1. Kapitel

## Der abhängig beschäftigte Dienstnehmer

### I. Allgemeines

#### A. Pflichtversicherung

Eine Pflichtversicherung einer natürlichen Person in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung („Vollversicherung“) beginnt ex lege, wenn ein in sozialversicherungsrechtlichen Tatbeständen umschriebener Sachverhalt verwirklicht wird. In der Regel besteht der Sachverhalt in der Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit über der Geringfügigkeitsgrenze. Welcher Sachverhalt verwirklicht wurde und welche Pflichtversicherung daher eingetreten ist, wird in Feststellungsverfahren entschieden (Rz 162 ff).

1

Den Schwerpunkt solcher Verfahren bildet die Abgrenzung zwischen der Pflichtversicherung eines **abhängig beschäftigten Dienstnehmers** (§ 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG), der eines **freien Dienstnehmers** (§ 4 Abs 1 Z 14 iVm Abs 4 ASVG) und der eines sogenannten „**neuen Selbständigen**“ (§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG).

Der freie Dienstnehmer nimmt – was den Grad der Selbstbestimmung bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit betrifft – eine Mittelstellung zwischen einem abhängig Beschäftigten und einem neuen Selbständigen ein. Wird eine Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht, so ist sowohl ein freies Dienstverhältnis als die neue Selbständigkeit ausgeschlossen. Liegt keine persönliche Abhängigkeit vor, werden die Weichen zwischen freiem Dienstverhältnis und neuer Selbständigkeit durch § 4 Abs 4 ASVG gestellt.

Anders als die Pflichtversicherung eines freien Dienstnehmers kann die Pflichtversicherung eines abhängig Beschäftigten auch **tageweise** eintreten (vgl § 33 Abs 3 ASVG). Wurde keine – für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche – Vereinbarung über eine im Voraus bestimmte periodische Leistungspflicht des persönlich abhängigen Dienstnehmers getroffen oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, die Übernahme ihm angebotener einzelner Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen. Eine tatsächlich

2

feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist allerdings ein Indiz für eine diesbezügliche schlüssige Vereinbarung und damit für ein **durchlaufendes** Beschäftigungsverhältnis.<sup>1)</sup>

Nach arbeitsrechtlicher Judikatur ist der Abschluss von Kettenverträgen über einzelne zeitlich begrenzte Arbeitsverhältnisse wie ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu behandeln, wenn nicht besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe sie gerechtfertigt erscheinen lassen.<sup>2)</sup>

## B. Beschäftigung

- 3** Der wohl bedeutendste der Pflichtversicherungstatbestände betrifft den klassischen Dienstnehmer. Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern abhängig **beschäftigten** Dienstnehmer grundsätzlich in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung pflichtversichert.

Das Zustandekommen einer Beschäftigung ist nicht im Sinn der Vertragstheorie nach der Rechtswirksamkeit eines (Arbeits-)Vertrags, sondern nach der **Eingliederungstheorie** zu beurteilen. Demnach wird ein Beschäftigungsverhältnis durch den Einstellungsakt begründet. In der Regel genügt dafür die Aufnahme einer Beschäftigung im Betrieb des Dienstgebers. Auch dann, wenn ein Verpflichtungsakt nicht gesetzt worden ist oder wenn ein Verpflichtungsakt zwar zustande gekommen, jedoch wirkungslos oder nichtig ist, kann ein Beschäftigungsverhältnis begründet worden sein.<sup>3)</sup>

- 4** Zum Beschäftigungsverhältnis gehört die **Willensübereinstimmung** zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wonach abhängige Dienste entgeltlich geleistet und diese entgegengenommen werden.<sup>4)</sup> Das wird zB durch den (allenfalls auch durch einen Dritten vorgenommenen) Einstellungsakt konkludent zum Ausdruck gebracht. Der endgültige Wegfall<sup>5)</sup> der Willensübereinstimmung beendet das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis, wenn sie nicht durch Gesetz oder Richterspruch – zB im Zuge einer Kündigungsanfechtung – substituiert wird („diktiertem Rechtsverhältnis“).<sup>6)</sup> Der Tod des einzigen Geschäftsführers und Gesellschafters einer GmbH beendet die Willensübereinstimmung nicht, selbst

---

1) VwGH 25. 6. 2013, 2013/08/0093 – mobile Krankenschwester.

2) RIS-Justiz RS0021824.

3) VwGH 4. 12. 1957, 1836/56 VwSlg 4495 A – Universitätslehrer; 28. 11. 1995, 94/08/0243 – Lehrauftrag; 20. 9. 2006, 2004/08/0110 – Vertreter.

4) VwGH 25. 4. 2007, 2005/08/0212 – Pizzarestaurant.

5) Zur bloßen Sistierung VwGH 20. 10. 1992, 92/08/0047 – Hilfsarbeiterin.

6) VwGH 25. 9. 1990, 88/08/0292 – Beamter; 23. 1. 2008, 2006/08/0325 – Beendigung während eines Krankenstandes.

wenn der Dienstgeber auf Dauer nicht mehr in der Lage ist, die Arbeitsleistung eines Dienstnehmers entgegenzunehmen. Die Arbeitsbereitschaft des Dienstnehmers führt in einem solchen Fall zum Fortbestand der Pflichtversicherung.<sup>7)</sup>

Es ist nicht erforderlich, dass der Dienstgeber dem Einstellungsakt zugestimmt hat oder dass er von diesem auch nur in Kenntnis gesetzt wurde. Das kann zu unangenehmen Überraschungen führen. Will der Dienstgeber verhindern, dass ein Beschäftigungsverhältnis durch die Aufnahme einer Beschäftigung in seinem Betrieb ohne seine Zustimmung zu Stande kommt und ihn zB die Folgen einer unterbliebenen Anmeldung zur Sozialversicherung treffen, so muss er ein „**wirksames Kontrollsystem**“ errichten bzw entsprechende Weisungen erteilen und deren Befolgung sicherstellen. Für die mangelnde Effektivität eines solchen Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen. Die Rechtsprechung stellt an die vom Dienstgeber geforderten Maßnahmen aus Gründen der Missbrauchsvermeidung extrem hohe Ansprüche.<sup>8)</sup>

Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer **beginnt** nach § 10 Abs 1 ASVG in der Regel mit dem Tag des Beginnes ihrer Beschäftigung.

Eine Ausnahme bildet § 10 Abs 1 a ASVG, der bei einer zu Unrecht vorgenommenen Pflichtversicherung als neuer Selbständiger iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG die „eigentlich richtige“ Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer iSd § 4 Abs 1 Z 14 ASVG nicht rückwirkend, sondern erst mit der Erlassung des korrigierenden Feststellungsbescheides beginnen lässt (Rz 164, 171).

Die Pflichtversicherung dauert mit dem Beschäftigungsverhältnis fort, bis sie nach § 11 Abs 1 ASVG – in der Regel mit dem Ende der Beschäftigung – erlischt. Das Beschäftigungsverhältnis bleibt – abgesehen von „diktierten Rechtsverhältnissen“ (Rz 4) – so lange aufrecht, bis der übereinstimmende Wille, (abhängige) Dienste entgeltlich zu leisten bzw diese entgegenzunehmen, endgültig weggefallen ist, was freilich iSd § 539 a ASVG nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen ist.<sup>9)</sup>

Ein wesentliches Merkmal der Beschäftigung und damit der Dienstnehmereigenschaft ist die **Freiwilligkeit**. Diese fehlt bei Erwerbstätigen in besonderen Gewaltverhältnissen, zB bei Strafgefangenen. Sozialversicherungsrechtlich sind solche Tätigkeiten zwar vielfach den Dienstverhältnissen gleichgestellt. Ohne eine solche Gleichstellung ist aber der Tatbestand einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG nicht erfüllt.<sup>10)</sup>

<sup>7)</sup> VwGH 19. 2. 2003, 99/08/0054 – Immobilienvermittlerin.

<sup>8)</sup> VwGH 19. 12. 2012, 2012/08/0260 – Bauhilfsarbeiter; 9. 10. 2013, 2013/08/0183 – Kraftfahrer; 3. 12. 2013, 2012/08/0026 – Sortierarbeiter.

<sup>9)</sup> VwGH 14. 4. 2010, 2007/08/0327 – Wiedereinstellungszusage.

<sup>10)</sup> VwGH 24. 2. 2016, Ro 2016/08/0002 – Lehrling in Erziehungsheim.

## C. Dienstgeber

### 1. Rechnung und Gefahr der Führung eines Betriebs

- 8** Gemäß § 35 Abs 1 erster Satz ASVG gilt als **Dienstgeber derjenige, für dessen Rechnung und Gefahr** der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Die Indienstnahme kann durch einen Betriebsführer oder durch sonstige Mitarbeiter auch ohne Wissen oder sogar gegen den Willen des Dienstgebers erfolgen (Rz 5). Aus vereinzelt Maßnahmen wie der Aufnahme und Entlassung von Arbeitnehmern, der Ausbezahlung der Löhne, der Entgegennahme von Bestellungen oder der Durchführung von Kalkulationen<sup>11)</sup> oder aus einzelnen Umständen wie dem Vorliegen einer Gewerbeberechtigung<sup>12)</sup> kann für sich allein nicht auf die Dienstgeber-eigenschaft geschlossen werden.

Der Beurteilung der „im Betrieb“ getätigten Geschäfte ist der Betriebsbegriff iSd § 34 Abs 1 ArbVG zu Grunde zu legen. Dieser wird bei der Einbindung eines Erwerbstätigen in einen Betrieb näher erläutert (Rz 29). Mit der Wendung in § 35 Abs 1 ASVG „der Betrieb . . . , in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(lehr)verhältnis steht“ wird zum Ausdruck gebracht, dass es auf jenen Betrieb ankommt, in den der Beschäftigte eingebunden ist (zur Ausnahme bei Arbeitskräfteüberlassung s Rz 12). Die Rechnung und Gefahr einer Betriebsführung ist demjenigen zuzuordnen, der im **Außenverhältnis** (im Verhältnis zu Dritten) berechtigt und verpflichtet wird und nicht etwa demjenigen, dem der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens zufällt.<sup>13)</sup> Eine **Verwaltung**, eine **Hauswirtschaft** oder eine sonstige **Tätigkeit** sind in § 35 Abs 1 ASVG ebenfalls genannte Gegebenheiten, auf die sich Rechnung und Gefahr beziehen können.<sup>14)</sup> Auch hier kommt es darauf an, wer im Außenverhältnis berechtigt und verpflichtet wird.

Als Dienstgeber kommen nicht nur natürliche oder juristische Personen in Frage, sondern in Anbetracht ihrer (wenngleich beschränkten) Rechtsfähigkeit (§ 2 Abs 5 iVm § 18 Abs 1 WEG 2002) auch eine **Woh-**

---

<sup>11)</sup> VwGH 23. 10. 2002, 99/08/0157 – Fleischzerleger; 20. 11. 2002, 98/08/0017 – Hotelier; 2. 4. 2008, 2007/08/0240 – Schilehrer; 2. 4. 2008, 2007/08/0296 – Aerobic-Trainerin I; 19. 12. 2012, 2009/08/0254 – LKW-Fahrer; 19. 2. 2016, 2013/08/0287 – Forstwirt.

<sup>12)</sup> VwGH 20. 11. 2002, 2000/08/0021 – Bauhilfsarbeiter.

<sup>13)</sup> VwGH 17. 11. 2004, 2002/08/0261 – Mitarbeiterin in Forstbetrieb.

<sup>14)</sup> VwGH 26. 1. 2017, Ra 2016/08/0091.

**nungseigentümergeinschaft.**<sup>15)</sup> Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Dienstgebers ist der **Insolvenzverwalter** nicht Dienstgeber. Die Bescheide in Angelegenheiten der Pflichtversicherung sind ihm nur als Vertreter zuzustellen.<sup>16)</sup>

Grundsätzlich wird der redliche Besitzer eines Betriebs aus der Betriebsführung im Außenverhältnis berechtigt und verpflichtet. Die in erster Linie maßgebende, für den redlichen Besitz und damit für eine Stellung als Dienstgeber sprechende rechtliche Gegebenheit ist das Eigentum bzw Miteigentum am Betrieb.<sup>17)</sup> Von dieser über das Eigentum definierten Zurechnung kann abgewichen und die **Dienstgebereigenschaft einer anderen Person zugerechnet** werden. Eine sozialversicherungsrechtlich relevante Änderung der Zurechnung setzt voraus, dass durch rechtswirksame Rechtsakte statt des Eigentümers ein Nichteigentümer bzw einer von mehreren Miteigentümer allein aus der Führung des Betriebs berechtigt und verpflichtet wird.<sup>18)</sup> Ein dinglicher Rechtsakt wäre zB die Einräumung eines Fruchtgenussrechts, ein obligatorischer Rechtsakt der Abschluss eines Pachtvertrags oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahe kommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern. Eine Änderung der Zuordnung kann sich sogar daraus ergeben, dass statt der Eigentümer ein widerrechtlich handelnder Miteigentümer allein aus der Führung eines – von ihm ohne Wissen und Wollen der übrigen Miteigentümer eröffneten – Betriebs berechtigt und verpflichtet wird.<sup>19)</sup>

9

## 2. Einflussnahmemöglichkeit auf die Betriebsführung

Einem Dienstgeber iSd § 35 Abs 1 ASVG muss darüber hinaus, wenn schon nicht das Recht zur Geschäftsführung, so doch eine so weit reichende Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung zukommen, dass er die Verpflichtungen, die ihm nach dem ASVG auferlegt sind (insbesondere die sanktionierten Melde- und Auskunftspflichten in Bezug auf das an das Beschäftigungsverhältnis anknüpfende Versicherungs- und Leistungsverhältnis) entweder selbst oder durch dritte Personen erfüllen kann.<sup>20)</sup>

10

<sup>15)</sup> VwGH 3. 7. 2002, 99/08/0173 – Hausbesorgerin.

<sup>16)</sup> VwGH 18. 12. 1992, 89/17/0037; 20. 12. 2001, 98/08/0405; 23. 5. 2007, 2005/08/0123; 2. 5. 2012, 2009/08/0122; 9. 10. 2013, 2012/08/0186.

<sup>17)</sup> VwGH 21. 4. 2004, 2001/08/0130 – Hausgehilfin; 2. 4. 2008, 2007/08/0296 – Aerobic-Trainerin I; 2. 4. 2008, 2007/08/0240 – Schilehrer; 23. 10. 2002, 99/08/0157 – Fleischzerleger.

<sup>18)</sup> VwGH 20. 11. 2002, 98/08/0017 – Hotelier; 2. 4. 2008, 2007/08/0296 – Aerobic-Trainerin I; 19. 12. 2012, 2009/08/0254 – LKW-Fahrer.

<sup>19)</sup> VwGH 9. 10. 2013, 2012/08/0099, ergangen zum BSVG.

<sup>20)</sup> VwGH (verstärkter Senat) 10. 12. 1986, 83/08/0200 VwSlg 12.325 A – Geschäftsführer; 20. 11. 2002, 98/08/0017 – Hotelier.