

1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

A. Echtes Dienstverhältnis, freies Dienstverhältnis, Werkvertrag

1. Wann liegt ein echtes Arbeitsverhältnis¹ (Dienstverhältnis) vor?

Ein solches liegt vor, wenn sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Arbeitsleistung für einen anderen verpflichtet (§ 1151 Abs. 1 ABGB).

Anders ausgedrückt: Arbeitnehmer ist, wer seine Arbeitskraft in einem persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis gegen Entgelt einem Arbeitgeber zur Verfügung stellt. **Persönliche Abhängigkeit** bedeutet Weisungsgebundenheit, Bindung an Arbeitszeiten, Arbeitsort sowie Einordnung in die betriebliche Ablauforganisation. **Wirtschaftliche Abhängigkeit** bedeutet, mit Produktionsmitteln im Betrieb eines Fremden gegen Entgelt tätig zu sein, wobei der wirtschaftliche Erfolg dem Arbeitgeber zu Gute kommt (9 Ob A 189/95, Infas 1996/A 75 u. 8 Ob A 226/98p).

Bei den Weisungen ist zu unterscheiden zwischen sachlichen Weisungen, die das Arbeitsverfahren betreffen und für das Vorliegen eines Werkvertrags- oder freien Dienstverhältnisses nicht schädlich sind, und persönlichen Dienstweisungen, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen.

Neben den erwähnten Kriterien spricht auch das Merkmal des Fehlens eines „eigenen unternehmerischen Spielraums“ für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses (§ 4 Abs. 2 ASVG), wie z.B. bei Zeitungskolporteurs. Ihnen werden idR die Preise und Verkaufsplätze vorgegeben, Arbeitskleidung wird bereitgestellt etc.

Kommanditisten und Gesellschafter einer OHG sind Dienstnehmer, wenn sie ohne wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung in die Betriebsorganisation eingegliedert sind und weitgehend fremdbestimmt ihre Arbeitsleistung erbringen. Eine all-fällige persönliche und unbeschränkte Haftung nach dem UBG ändert daran nichts (VwGH v. 24.11.2016, Ra 2016/08/0011 ua, ASoK 2017, 116).

Der Arbeitnehmer ist zu einer auf Zeit abgestellten Arbeitsleistung, nicht aber zur Erbringung eines bestimmten Erfolgs seiner Arbeitsleistung verpflichtet. Er schuldet eine Arbeitsleistung, aber keinen bestimmten Arbeitserfolg (9 Ob A 77/91, Infas 1992/A 6 u. 8 Ob A 240/95, Infas 1996/A 31).

Bei einem Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, d.h. der Arbeitnehmer verpflichtet sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen für den Arbeitgeber. Nicht entscheidend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hingegen ist, wie die Vertragsparteien dieses deklarieren oder wie sie es zur Sozialversicherung anmelden (9 Ob A 161/00t, RdW 2001, 103 u. 9 Ob A 25/01v, RdW 2001, 754).

Sozialversicherung

Das Sozialversicherungsrecht knüpft grundsätzlich an diese Definition an: Ein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis liegt dann vor, wenn die Beschäftigung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt ausgeübt wird. Dies bedeutet, dass jede Person, die in einem lohnsteuerpflichtigen Dienstverhältnis steht, als Dienstnehmer ASVG-pflichtversichert ist. Der Dienstgeber hat jeden von ihm beschäftigten Dienstnehmer (auch geringfügig Beschäftigte) vor Arbeitsbeginn bei der zuständigen Krankenkasse anzumelden.

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer lohnsteuerpflichtig ist (§ 4 Abs. 2 ASVG).

Zu Rechten des Arbeitgebers nach ASVG und LSD-BG: ASoK 2018, 48.

¹ Im Arbeitsrecht sind Begriffe wie „Arbeitsverhältnis“ und „Dienstverhältnis“, „Arbeitgeber“ und „Dienstgeber“ sowie „Arbeitnehmer“ und „Dienstnehmer“ gleichbedeutende Bezeichnungen.

Lohnsteuer

Diese ist vom Arbeitgeber zu berechnen und an das zuständige Finanzamt abzuführen.

Was unterscheidet grundsätzlich das echte Dienstverhältnis vom Werkvertrag?

Beim Werkvertrag wird die Erbringung einer genau umrissenen, beschreibbaren Leistung (bzw. eines Werks) geschuldet (VwGH 2013/08/0042).

In der Regel kann sich der Werkvertragsnehmer bei Erbringung des bestellten Werks (Leistungsgegenstandes) auch vertreten lassen und Mitarbeiter bzw. Subunternehmer beschäftigen.

Ob eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vorliegt oder nicht, kann nur nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse beurteilt werden.

Merkmale einer selbständigen Tätigkeit sind zusammenfassend: Weisungsungebundenheit, Tragung des Unternehmerrisikos, Vertretungsrecht, Verwendung wesentlicher eigener Betriebsmittel (ASoK 2017/286).

Die vertragliche Gestaltung hat für die Beurteilung, ob ein Werkvertragsverhältnis oder ein echtes Dienstverhältnis vorliegt, keine Bedeutung; entscheidend sind die tatsächlichen Verhältnisse.

Den Werkvertragsnehmer trifft die Verpflichtung, die Sozialversicherungsbeiträge (für Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) an die Gewerbliche Sozialversicherung sowie die Einkommen- und Umsatzsteuer ans Finanzamt abzuführen.

Hinsichtlich der richtigen Einstufung als Unselbständiger oder Selbständiger siehe Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz, Seite 18.

2. Telearbeit von zuhause

Telearbeit ist die regelmäßige Erbringung der Dienstleistung außerhalb der betrieblichen Räumlichkeiten unter Verwendung der neuen Informationstechnologien (z.B. Internet, Telefon und deren Applikationen).

Beschäftigte in diesem Bereich sind idR echte Dienstnehmer und es gelten auch für sie die arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Regelungen wie für alle Dienstnehmer. Es ist ein Dienstzettel auszustellen bzw. ein Dienstvertrag abzuschließen. Besonders zu beachten bei der abzuschließenden Vereinbarung ist eine entsprechende Verteilung der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit; der Arbeitnehmer hat seine geleisteten Arbeitszeiten aufzuzeichnen und dem Arbeitgeber zur Kontrolle zu übermitteln.

Die beiden KV – einerseits für Angestellte des Metallgewerbes, andererseits jener für Angestellte von Dienstleistungsunternehmen in der Datenverarbeitung und Informationstechnik – enthalten nahezu gleich lautende Regelungen zum Telearbeitsplatz (Näheres dazu mit Beispielen: Maska in ASoK 2017, 86 und 180).

3. Geringfügig Beschäftigte

Arbeitsrecht

Arbeitsrechtlich handelt es sich bei einer geringfügigen Beschäftigung um eine Form von Teilzeitarbeit; daher sind die arbeitsrechtlichen Sondervorschriften der Teilzeitarbeit auf geringfügig Beschäftigte anzuwenden (siehe Seite 115). Geringfügig Beschäftigte haben daher u.a. Anspruch auf zumindest den kollektivvertraglichen Lohn, auf Sonderzahlungen nach dem KV, auf Entgeltfortzahlung im Krankenstand oder bei sonstigen Verhinderungen, auf Pflegefreistellung, Urlaub oder betriebliche Vorsorge (Abfertigung alt oder neu).

Da weibliche geringfügig Beschäftigte nicht ASVG-versichert sind, haben sie keinen Anspruch auf Wochengeld von der Krankenkasse.

Sozialversicherung

Eine geringfügige Beschäftigung (für Dienstnehmer, Heimarbeiter, freie Dienstnehmer) liegt vor, wenn die Höhe des Entgelts einen bestimmten monatlichen Grenzbetrag nicht überschreitet. Diese Entgeltgrenze beträgt im Jahr **2018 monatlich € 438,05**.

Der **monatliche Höchstbetrag** darf auch durch zwei oder mehrere geringfügige Beschäftigungen **nicht überschritten** werden.

Geringfügig Beschäftigte sind – obwohl sie nicht krankenversichert, nicht pensionsversichert und nicht arbeitslosenversichert sind – bei der **Krankenkasse anzumelden**. Der Dienstgeber hat für sie an die Krankenkasse nur den Unfallversicherungsbeitrag (1,3%) zu zahlen.

Weiters sind für geringfügig Beschäftigte nach dem BMSVG (Abfertigung neu) BV-Beiträge von 1,53% an die BV-Kasse zu entrichten. Hinsichtlich der Leistung dieser Beiträge hat der Dienstgeber die Wahlmöglichkeit, die BV-Beiträge monatlich oder jährlich zu entrichten, wobei ein Wechsel der Zahlungsweise nur zum Ende des Kalenderjahres zulässig ist. Bei einer jährlichen Zahlungsweise sind zusätzlich 2,5% des fälligen Beitrags gleichzeitig zu überweisen.

Handhabung dieser Regelung durch die GKK siehe ASoK 2018, 73.

Dienstgeberabgabe bei mehreren geringfügig Beschäftigten

Übersteigt die monatliche Lohnsumme aller geringfügig Beschäftigten eines Dienstgebers das 1,5fache der Geringfügigkeitsgrenze (2018: € 657,08), so hat der Dienstgeber (und nur dieser) eine **pauschalierte Dienstgeberabgabe** in der Höhe von 16,4% zuzüglich 1,3% Unfallversicherungsbeitrag zu leisten, insgesamt also 17,7%. Grundlage der Bemessung der Dienstgeberabgabe ist die Summe der Entgelte (einschließlich der Sonderzahlungen), die der Dienstgeber in einem Kalendermonat an die geringfügig Beschäftigten zu zahlen hat.

Trotz dieser Zahlungen sind die geringfügig Beschäftigten von der Kranken- und Pensionsversicherung ausgeschlossen.

Optionsmöglichkeit für geringfügig Beschäftigte

Geringfügig Beschäftigte können kostengünstig in die Kranken- und Pensionsversicherung optieren (2018: monatlicher Beitrag 61,83 €) (§ 77 Abs. 2a ASVG).

4. Fallweise Beschäftigte

Arbeitnehmer, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Arbeitgeber beschäftigt sind, gelten als fallweise beschäftigt, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist.

Beispiel: Aushilfsarbeiten an einzelnen Tagen im Gastgewerbe.

Arbeitsrecht

Es liegen bei fallweise Beschäftigten jeweils befristete Dienstverhältnisse vor. Diese enden daher mit Beendigung der Arbeit an diesem Tag bzw. diesen Tagen, ohne dass es einer Auflösungserklärung seitens des Dienstgebers bedarf (8 Ob A 32/13h, ASoK 2013, 488).

Die fallweise Beschäftigten haben Anspruch auf den vereinbarten Lohn, zumindest auf den kollektivvertraglichen Mindestlohn. In manchen Kollektivverträgen ist eine gegenüber dem KV-Mindestlohn erhöhte Entlohnung für fallweise beschäftigte Arbeitnehmer vorgesehen, z.B. im KV des Hotel- und Gastgewerbes (120% des Mindestlohnes der jeweiligen Berufsgruppe).

Da fallweise Beschäftigte wie reguläre Arbeitnehmer zu behandeln sind, haben sie beispielsweise auch Anspruch auf kollektivvertragliche Sonderzahlungen wie

1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration (allenfalls vorgeschriebene Wartezeiten sind zu beachten!);

Fallweise Beschäftigte haben natürlich Anspruch auf Urlaub, der auch stundenweise in Anspruch genommen werden kann; bei Nichtkonsumieren gebührt eine Urlaubersatzleistung (8 Ob A 50/13f, ASoK 2014, 159).

Für fallweise Beschäftigte sind BV-Beiträge zu entrichten, wenn die Folgearbeitsverhältnisse innerhalb eines Jahres einen Monat überschritten haben (§ 6 Abs. 1 BMSVG).

Das **Muster** eines Arbeitsvertrags für fallweise Beschäftigte ist im PDF zum Buch enthalten.

Von diesen fallweise beschäftigten Personen sind jedoch **regelmäßig beschäftigte Aushilfskräfte** zu unterscheiden (z.B. Wochenendaushilfen im Gastgewerbe). Solche Arbeitsverhältnisse werden üblicherweise auf längere Sicht abgeschlossen und begründen ein durchlaufendes Arbeitsverhältnis mit einer durchlaufenden ASVG-Pflichtversicherung, wenn das monatliche Entgelt die Geringfügigkeitsgrenze (siehe Punkt 3) überschreitet.

Sozialversicherung

Fallweise Beschäftigte sind nur an den tatsächlichen Arbeitstagen pflichtversichert.

5. Steuerbefreiung für Aushilfskräfte

Beziehen Aushilfskräfte für ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis (Grenze 2018: 438,05 € im Kalendermonat) Einkünfte, so sind diese von der **Lohnsteuer befreit**. Um die Befreiung in Anspruch nehmen zu können, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Aushilfskraft muss neben der steuerfreien geringfügigen Beschäftigung eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben und ist aufgrund dieser Tätigkeit vollversichert (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung).
- Das vollversicherte Dienstverhältnis darf nicht mit jenem Arbeitgeber bestehen, bei dem die Tätigkeit als Aushilfskraft erfolgt.
- Die Tätigkeit als Aushilfskraft umfasst insgesamt nicht mehr als 18 Tage im Kalenderjahr.
- Die Beschäftigung der Aushilfskraft dient ausschließlich dazu, einen zeitlich begrenzten zusätzlichen Arbeitsanfall zu decken, der den regulären Betriebsablauf überschreitet, oder den Ausfall einer Arbeitskraft zu ersetzen.
- Der Arbeitgeber beschäftigt an nicht mehr als 18 Tagen im Kalenderjahr steuerfreie Aushilfskräfte.

Bei Überschreitung der Grenze von 18 Tagen durch den Arbeitgeber gilt die Begünstigung ab Beginn der Beschäftigung jener Arbeitskraft, bei der die Grenze überschritten wird, nicht mehr.

Werden sämtliche Kriterien erfüllt, so hat der Arbeitgeber für diese Personen keine Lohnsteuer, Kommunalsteuer und DB/DZ zu leisten.

Diese Begünstigung ist vorerst bis Ende 2019 befristet.

Ein Lohnzettel ist dem Finanzamt der Betriebsstätte und der Krankenkasse zu übermitteln.

In der **Sozialversicherung** gilt das Gleiche wie für alle geringfügig Beschäftigten, d.h. der Dienstgeber hat für derartig geringfügig beschäftigte Aushilfskräfte die pauschalierte Dienstgeberabgabe zuzüglich AK-Umlage einzubehalten und abzuführen. Der UV-Beitrag ist nicht zu leisten (NÖDIS Nr. 11/Okttober 2017; ASOK 2018, 75).

6. Freies Dienstverhältnis (freier Dienstvertrag)

Arbeitsrecht

Vom Gesetz her ist das freie Dienstverhältnis (der freie Dienstvertrag) nicht definiert.

Grobe Unterscheidung zwischen echtem und freiem Dienstverhältnis:

Beim echten DV (Versicherungspflicht gem. § 4 Abs. 2 ASVG) liegen persönliche Weisungsgebundenheit, Bindung an Arbeitszeiten und Arbeitsort, Einordnung in die betriebliche Ablauforganisation eines anderen sowie wirtschaftliche Abhängigkeit vor.

Beim freien Dienstnehmer hingegen liegt nur eine wirtschaftliche Abhängigkeit vor.

Freie Dienstnehmer arbeiten idR mit Betriebsmitteln des Arbeit(Auftrag)gebers, sind persönlich unabhängig, d.h. sie sind nicht in den Betrieb eingebunden; sie können somit Arbeitszeit, Arbeitsort und Verhalten bei der Arbeit selbst bestimmen, unterliegen also diesbezüglich keinen Weisungen des Arbeit(Auftrag)gebers (8 Ob A 95/01f, ASoK 2002/392). Grundsätzlich können sie sich auch durch geeignete Personen vertreten lassen (8 Ob A 49/10d, ASoK 2012, 6).

Einfache Beispiele: Zeitungs- und Prospektverteiler.

Nach der Rechtsprechung sind von den Parteien gewählte Bezeichnungen des Vertrags für dessen Qualifikation als Arbeits- oder freier Dienstvertrag nicht entscheidend, wenn die tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses mit der gewählten Bezeichnung nicht übereinstimmt (8 Ob A 280/01v, ecolex 2002, 371).

Arbeitsrechtliche Ansprüche

Fast keine! Selbstverständlich können jedoch arbeitsrechtliche Ansprüche zwischen freiem Dienstnehmer und seinem Auftrag(Arbeit)geber vereinbart werden. Dies bedeutet in der Praxis, dass der freie Dienstnehmer z.B. mangels Vereinbarung **keinen Anspruch auf Urlaub, Krankentgelt, Abfertigung alt, Sonderzahlungen** (Urlaubsgeld und Weihnachtsremuneration) hat. Ebenso sind die Bestimmungen über Arbeitszeit, Arbeitsruhe, Mutterschutz etc. nicht anzuwenden (8 Ob A 38/99t, RdW 1999, 488).

Anzuwenden sind jedoch:

- die Bestimmungen über die **Auflösung** von Dienstverhältnissen nach dem ABGB (§§ 1159a und b, §§ 1162 bis 1162d ABGB) (9 Ob A 54/97z u. 9 Ob A 89/00d). Dies bedeutet grundsätzlich die Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist (§ 1159b ABGB). Wenn jedoch Dienste höherer Art verrichtet werden und das Dienstverhältnis bereits 3 Monate gedauert hat, so beträgt die Kündigungsfrist mindestens 4 Wochen (§ 1159a ABGB); bei unberechtigter Entlassung oder berechtigtem Austritt besteht Anspruch auf Kündigungsentschädigung;
- § 1152 ABGB: Es ist ein **angemessenes Entgelt** (Honorar) zu bezahlen, wenn vertraglich kein Entgelt bestimmt wurde und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde (8 Ob A 95/01f, ASoK 2002, 392);
- Im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers erhalten freie Dienstnehmer ihre finanziellen Ansprüche aus dem Insolvenzentgeltsicherungsfonds;
- die Bestimmungen des **Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes** (OLG Wien v. 1.12.1997, 9 Ra 167/97p, ARD 5004/35/99).
- Freie Dienstnehmer haben Anspruch auf Ausstellung eines **Dienstzettels**.

Die mehrmalige Aneinanderreihung von **befristeten freien Dienstverträgen** ist zulässig (9 Ob A 127/03x, ARD 5515/2004).

Das **Muster** eines freien Dienstvertrags ist im PDF zum Buch enthalten.

Sozialversicherung (§ 4 Abs. 4 ASVG)

Der Arbeit(Auftrag)geber hat – wie bei echten Dienstverhältnissen – die Abfuhr der SV-Beiträge durchzuführen und den darauf anfallenden Dienstnehmeranteil vorher einzubehalten.

1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Die freien Dienstnehmer sind somit bei Beginn ihrer Tätigkeit bei der Gebietskrankenkasse vom Arbeitgeber (Auftraggeber) anzumelden, und zwar entweder als Vollversicherte (bei Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze) oder als geringfügig Beschäftigte. Bemessungsgrundlage für die Beiträge bildet das Entgelt (Honorar) minus Aufwandsersatz (z.B. Diäten, Kilometergelder).

Hinsichtlich der Beiträge sind sie den echten Dienstnehmern gleichgestellt, außer dass sie vom Wohnbauförderungsbeitrag (je 0,5% von Dienstgeber und Dienstnehmer) befreit sind. Freie Dienstnehmer haben somit den gleichen ASVG-Schutz wie echte Dienstnehmer. Sie haben Anspruch auf Krankengeld, Wochengeld bei Mutterschutz, Arbeitslosengeld und Weiterbildungsgeld wie alle anderen Dienstnehmer.

Beispiele für freie Dienstnehmer nach dem ASVG:¹

Freie Mitarbeiter von Medienunternehmen, Freiberuflicher Journalist (VwGH v. 3.10.2002, 98/08/0290, ARD 5373/10/2002), nebenberuflicher Redakteur bzw. Schriftleiter (VwGH v. 7.9.2005, 2002/08/0204, ASoK 2006, 188), Interviewer von Meinungsforschungsinstituten (VfGH v. 28.11.2000, B 256/98), Seminarleiter, Reiseleiter, Messe- und Werbestandbetreuer, Fremdenführer, Nachhilfelehrer in einem Nachhilfeinstitut (VwGH v. 26.5.2004, 2003/08/0149, RdW 2004, 687), Buchhalter, Konsulenten aller Art, Vertreter und Vermittler von Versicherungen und Bausparkassen, Durchführung von Botendiensten und Wartungsdiensten, Prospektverteiler, Telearbeiter, Programmierer, Übersetzer, Lohnverrechner, Planzeichner, Bauaufsicht, Bauleiter, Werbeleiter, Verhaltenstrainer, Kommunikationstrainer, Fitnesstrainer, Sicherheitsfachkraft, Schneeräumer etc.

Steuerrecht

Freie Dienstnehmer gelten **als Selbständige** und haben daher eine Einkommensteuer- und allenfalls Umsatzsteuererklärung abzugeben. Es gibt auch keine Haftung des Auftrag(Arbeit)gebers, wenn sie ihren steuerlichen Verpflichtungen nicht nachkommen.

Der Auftraggeber hat bis Ende des folgenden Jahres eine Jahresmeldung (§ 10a EStG) (Formular E18) an sein Finanzamt zu machen, in welcher neben anderen Daten das im abgelaufenen Kalenderjahr an den freien Dienstnehmer geleistete Entgelt samt der darauf entfallenden ausgewiesenen Umsatzsteuer zu melden sind. Eine Kopie davon hat er dem freien Dienstnehmer auszuhändigen.

7. Selbständige

Sie erbringen ihre Leistung (ihr Werk) im Rahmen eines **Werkvertrags** bzw. eines selbständigen Auftragsverhältnisses. Ein solcher liegt vor, wenn jemand die Herstellung eines Werks gegen Entgelt (Honorar) übernimmt (§ 1151 ABGB). Der Werkvertragsnehmer arbeitet meistens mit eigenen Betriebsmitteln (im Gegensatz zum freien Dienstnehmer), er muss einen konkreten „greifbaren“ Erfolg (Werk) erbringen. Der Werk(Auftrag)nehmer trägt das Unternehmerrisiko, er haftet für Mängel, er kalkuliert idR das Entgelt (Honorar), welches dann mit dem Werkbesteller (Auftraggeber) vereinbart wird. Mit der Fertigstellung des Werks ist das Werkvertragsverhältnis automatisch beendet.

Weitere Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit nach dem GSVG sprechen, sind eine marktübliche, leistungsabhängige Bezahlung (keine leistungsunabhängige Vergütung durch Fixum und Spesenersatz), die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber sowie das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte.

Es liegt kein Arbeitsverhältnis vor. Der Werkvertrags(Auftrag)nehmer ist persönlich unabhängig, also nicht weisungsgebunden hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und Arbeitsablauf.

¹ Sie sind nur dann als freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren, wenn sie die zuvor genannten sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Je nach den sv-rechtlichen Merkmalen könnten sie auch als reguläre Dienstnehmer oder sogar als neue Selbständige zu qualifizieren sein.

Bei den Selbständigen, die der Sozialversicherungspflicht bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) unterliegen, unterscheidet man zwei Gruppen:

a) Gewerblich Selbständige (Gewerbetreibende) (§ 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG)

Das sind Personen, die Mitglieder der Wirtschaftskammer sind (Einzelunternehmer mit einer Gewerbeberechtigung), oder Personen, die persönlich haftende Gesellschafter (Komplementäre) einer OG oder KG sind, sofern die Gesellschaft Mitglied der Wirtschaftskammer ist, sowie Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH (sofern sie nicht als echte Dienstnehmer dieser GmbH ohnehin bereits ASVG-pflichtig sind).

b) Sonstige (neue) Selbständige (§ 2 Abs. 1 Z 4 GSVG)

Als sonstige Selbständige sind jene Personen nach dem GSVG versichert, die aus steuerlicher Sicht Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielen, für die keine Gewerbeberechtigung erforderlich ist, mit diesen Einkünften jedoch keiner anderen Pflichtversicherung unterliegen.

Beispiele für sonstige Selbständige:¹

- Einzelunternehmer ohne Gewerbeberechtigung (z.B. Gutachter, Vortragende);
- Autoren, technische Zeichner, Programmierer, die im Werkvertragsverhältnis stehen;
- freiberufliche Psychologen, Therapeuten, Krankenpfleger, Fremden- und Bergführer, selbständige Schullehrer;
- Unternehmensberater, Versicherungsmathematiker, freiberufliche Wissenschaftler, freiberuflich tätige Sachverständige und Gutachter;
- freiberufliche Journalisten, Dolmetscher, Übersetzer;
- Personen, die aufgrund eines freien Dienstverhältnisses tätig sind und deren Auftraggeber eine Privatperson ist (z.B. nebenberuflicher Nachhilfelehrer);
- Künstler ohne Dienstverhältnis;
- Aufsichtsräte, Stiftungsvorstände, Vereinsfunktionäre;
- Hausverwalter;
- mittätige Gesellschafter von Gesellschaften ohne Gewerbeberechtigung;
- unechte stille Gesellschafter, die Geschäftsführerbefugnisse haben oder Dienstleistungen in die Gesellschaft einbringen.

Diese sonstigen Selbständigen unterliegen nur dann der Versicherungspflicht nach dem GSVG, wenn ihr Jahreseinkommen aus dieser Erwerbstätigkeit das 12fache der ASVG-Geringfügigkeitsgrenze übersteigt (im Jahr 2018 € 5.256,60 = 438,05 x 12). Männer, die bis 1.1.1941 und Frauen, die bis 1.1.1943 geboren wurden, sind von der Versicherungspflicht in die Pensionsversicherung, nicht jedoch von der Kranken- und Unfallversicherung ausgenommen (§ 273 Abs. 8 GSVG).

Ein **Muster** für Werkvertragsverhältnis ist im PDF zum Buch enthalten.

8. Folgen einer falschen Einstufung (Problem Scheinselbständigkeit)

Scheinselbständige (vermeintlich Selbständige) sind Personen, die fälschlich als freie Dienstnehmer oder als Werkvertragsnehmer eingestellt wurden, obwohl sie in Wahrheit auf Grund des Überwiegens der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit als echte Dienstnehmer zu qualifizieren sind. Ob sie im Einstellungsvertrag bewusst oder unbewusst unrichtigerweise als freie Dienstnehmer bzw. Werkvertragsnehmer eingestuft wurden, ist von keiner Bedeutung für die rechtliche Beurteilung. Selbst wenn die falsche Einordnung auf Betreiben des Scheinselbständigen erfolgt ist, ändert das nichts an deren Folgen. Der Auftrag(Arbeit)geber kann sich nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen und sich nicht gegen die nachträgliche Gel-

¹ Alle, die nicht bereits gem. § 4 Abs. 1 Z 1 oder gem. § 4 Abs. 4 ASVG pflichtversichert sind.

1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

tendmachung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen wehren. Dazu kommen noch sozialversicherungs- und steuerrechtliche Unannehmlichkeiten, allenfalls noch Verwaltungsstrafen sowie Verfolgung wegen Sozial- und Lohndumpings.

Im Einzelnen könnten falsch Eingestufte folgende Ansprüche einklagen:

- **Noch offene Lohn-/Gehaltsansprüche**
In der Regel wird mit dem Scheinselbständigen als Honorar ein Brutto-Stundenentgelt nach Arbeitszeiten vereinbart. Der Scheinselbständige kann nun sein laufendes Entgelt auf Basis des vereinbarten Stunden-Honorars für die regelmäßig geleistete Stunden Wochenarbeitszeit verlangen. Davon abzuziehen ist das bereits für diese Zeit erhaltene Honorar (8 Ob A 80/13i, ASoK 2014/359 und 325).
- **Sonderzahlungen**
Nur bei der Ermittlung des Anspruchs auf eine eventuelle Nachzahlung von Sonderzahlungen ist eine Vergleichsrechnung anzustellen. Das gesamte bezogene Honorareinkommen wird mit dem kollektivvertraglichen Mindestentgelt für dieselbe Periode verglichen (9 Ob A 51/12h, 8 Ob A 30/13i). Da idR das Honorareinkommen wesentlich höher ist als das kollektivvertragliche Mindestentgelt, wird somit wohl kaum Anspruch auf eine Nachzahlung bestehen.
- **Überstundenentgelt und sonstige Ansprüche**
Bei Ermittlung der Höhe des Überstundenentgelts, des Feiertagsentgelts, der Abfertigung alt, des Krankenentgelts und der Kündigungsentschädigung ist als Basis das vertraglich vereinbarte Honorar zugrunde zu legen.
Bei der Abfertigung neu sind BV-Beiträge für vergangene Beitragszeiträume, die nach Ende des Arbeitsverhältnisses noch ausständig und aufgrund eines rechtskräftigen Gerichtsurteils oder eines gerichtlichen Vergleichs noch zu leisten sind, vom Unternehmer samt Verzugszinsen als Abfertigung direkt an den Arbeitnehmer auszuführen (§ 6 Abs. 3 BMSVG). Als Basis für die Ermittlung ist das vereinbarte Honorar heranzuziehen.

Der betroffene Arbeitnehmer kann die Ansprüche aus der falschen Einstufung beim Arbeits- und Sozialgericht einklagen, und zwar für die **letzten drei Jahre**, sofern nicht im anzuwendenden KV andere Verfalls(Verjährungs)fristen festgelegt sind.

Nicht bezahlte **SV-Beiträge** verjähren nach 3 Jahren. Die Verfallsfrist verlängert sich jedoch auf 5 Jahre, wenn der Dienstgeber unrichtige Angaben gemacht hat (§ 68 ASVG), sofern er nicht nachweisen kann, dass ihn an den unrichtigen Angaben kein Verschulden trifft. Die Krankenkasse kann somit dem Dienstgeber rückwirkend für die letzten 5 Jahre sowohl die Dienstgeber- als auch Dienstnehmeranteile nachträglich vorschreiben. Der Dienstgeber ist Schuldner beider Beiträge (§ 58 Abs. 2 ASVG). Bei der Neuordnung in das ASVG-System werden die bereits an die Krankenkassen bezahlten SV-Beiträge angerechnet und vermindern damit die Nachzahlung. Siehe nächsten Punkt.

Für die **Lohnsteuer** ist der Arbeitnehmer alleiniger Schuldner. Der Arbeitgeber haftet jedoch für die Einbehaltung und Abfuhr der Lohnsteuer. Sollte sich eine positive Differenz zwischen dem zu errechnenden Lohnsteuerbetrag und dem schon bezahlten Einkommensteuerbetrag ergeben, haftet der Arbeitgeber für die Nachzahlung dieser Differenz samt Säumniszuschlag.

Lohnnebenkosten sind ebenfalls rückwirkend zu entrichten (insgesamt rund 10%, je nach Bundesland).

Siehe jedoch den folgenden Punkt.

9. Welchen Zweck erfüllt das neue Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz?

Das Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (SV-ZG, BGBl. I 125/2017), welches mit 1. Juli 2017 in Kraft getreten ist, **bringt mehr Rechtssicherheit bei der Abgrenzung**

von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit. Vor allem bei Ein-Personen-Unternehmen (EPU) ist die richtige Einstufung oft strittig, vor allem, wenn dieser Unternehmer sich beispielsweise als selbständig erachtet, obwohl er nur für einen einzigen Auftraggeber tätig ist.

Die finanziellen Folgen für eine rückwirkende Umstufung dieses Selbständigen in einen (unselbständigen) Arbeitnehmer anlässlich einer Prüfung durch die Gebietskrankenkasse waren für den bisherigen Auftraggeber, der nunmehr zum Arbeitgeber des bisherigen Selbständigen wird, gravierend und oft existenzbedrohend: Bis zu 5 Jahre rückwirkende Nachzahlungen der SV-Beiträge für bezahlte Honorare, dazu noch allfällige arbeitsrechtliche Ansprüche in der Regel bis zu 3 Jahre zurück, sowie noch abgabenrechtliche Nachzahlungen (siehe Punkt 8).

Auf Grund des neuen Gesetzes kann nun von vornherein **bindend** die richtige Einstufung als Selbständiger oder Unselbständiger vorgenommen werden (bindender SV-Zuordnungsbescheid). Dies gilt nicht nur für neue Beschäftigungen, sondern auch für die Feststellung von bisherigen Tätigkeiten.

Bei einer Änderung der Einstufungs-Zuordnung kommt es zu einer **beitragsrechtlichen Rückabwicklung**. Alle unrichtigerweise geleisteten SV-Beiträge des vormals Selbständigen werden an den zuständigen Krankenversicherungsträger des neuen Dienstgebers überwiesen. Der zuständige Krankenversicherungsträger hat die SV-Beiträge unter Anrechnung des erhaltenen Überweisungsbetrags zu errechnen. Ein allfälliger Überschuss ist von Amts wegen an den Versicherten auszuführen (siehe dazu auch ASoK 2018, 118).

Wie bisher kann der Zuordnungsbescheid beim VerwGH mittels Beschwerde angefochten werden.

Vorgehensweise bei der Zuordnung

Vorabprüfung: Bei der Anmeldung von neuen Selbständigen sowie bei Tätigen in freien Gewerben nach der GewO wird bei Aufnahme der Erwerbstätigkeit durch die zuständigen Sozialversicherung bzw. Gebietskrankenkasse geprüft, ob eine Pflichtversicherung nach dem ASVG oder dem GSVG vorliegt. Dies geschieht dadurch, dass diese sozialversicherungsrechtliche Zuordnung mittels eines bei der Neuanschreibung auszufüllenden Fragebogens hinsichtlich selbständiger oder unselbständiger Einstufung festgestellt wird.

- Kommen die SV-Träger hinsichtlich der Versicherungszuordnung zu einer Übereinstimmung, erlässt den Bescheid bei Feststellung
 - der ASVG-Pflichtversicherung die Gebietskrankenkasse,
 - der GSVG- Pflichtversicherung die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft.
- Bei Uneinigkeiten zwischen den Versicherungsträgern erlässt den Bescheid die GKK (und stellt die ASVG-Pflichtversicherung fest). Sie hat damit die entscheidende Befugnis.

Gegen den Bescheid kann jedoch innerhalb von 4 Wochen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Ebenso kann auf Antrag des Versicherten oder dessen Auftraggebers eine nachträgliche Überprüfung der Versicherungszuordnung erfolgen und sich damit eine Neuordnung ergeben (§ 412e ASVG).

Eine nachträgliche Neuordnung kann auch aufgrund einer GPLA erfolgen (§ 412b ASVG).

An das Feststellungsergebnis sind die Versicherungsträger (GKK und SVA) **gebunden**. Eine Neuordnung kann nur bei falschen Angaben oder einer maßgeblichen Änderung des Sachverhaltes vorgenommen werden.

1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Ebenso sind die Finanzämter an den Feststellungsbescheid gebunden (Zuordnung als selbständige oder unselbständige Einkünfte nach dem EStG).

Diese neuen Regulierungen beziehen sich rückwirkend auch auf Zeiträume vor dem 1.7.1017.

10. Geschäftsführende Gesellschafter

Für diese besteht folgende Regelung:

- Alle einkommensteuerpflichtigen geschäftsführenden Gesellschafter von Kapitalgesellschaften (Beteiligung über 25%) sind GSVG-versicherungspflichtig.
- Ansonsten sind geschäftsführende Gesellschafter mit einer Beteiligung bis 25% – mit oder ohne Sperrminorität – ASVG-versicherungspflichtig.
- Lohnsteuerpflichtige geschäftsführende Gesellschafter, die bis zum 31.12.1998 nach dem ASVG oder GSVG pflichtversichert waren, bleiben dies jedoch auch weiterhin, soweit sich der maßgebliche Sachverhalt nicht ändert (§ 575 Abs. 3 ASVG).
- Ist der geschäftsführende Gesellschafter nur organschaftlich tätig, besteht Versicherungspflicht nach dem GSVG (§ 2 Abs. 1 Z 3 bzw. 4 GSVG).

11. Vorstandsmitglieder einer Kapitalgesellschaft

Wird mit ihnen eine Anstellungsvereinbarung geschlossen, dann gelten sie steuerrechtlich als Dienstnehmer (§ 47 Abs. 2 EStG). Als Lohnsteuerpflichtige gelten sie auch sozialversicherungsrechtlich als Dienstnehmer (§ 4 Abs. 2 ASVG iVm Abs. 2 ASVG).

Arbeitsrechtlich jedoch gelten sie nicht als Dienstnehmer, sie sind daher beispielsweise von den Schutzbestimmungen des ArbVG (insb. Kündigungsschutz) ausgenommen, ebenso sind von ihnen keine Beiträge zum Insolvenzentsicherungsfonds zu zahlen. Der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff muss nämlich nicht immer mit dem sv-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff übereinstimmen (8 Ob 3/14w).

12. Mehrfachversicherung

In der Sozialversicherung gilt zunächst der Grundsatz der Mehrfachversicherung. Dies bedeutet, dass Personen, die mehrere versicherungspflichtige Tätigkeiten ausüben (z.B. als echte Dienstnehmer und als sonstige Selbständige), mehrfach SV-Beiträge bezahlen müssen und auch mehrfach versichert sind.

Um unberechtigte Überzahlungen zu vermeiden, wird bestimmt, dass die endgültige Beitragsleistung aus allen beitragspflichtigen Einkünften mit einer einheitlichen und gemeinsamen Höchstbeitragsgrundlage für die Kranken- und Pensionsversicherung (2018: € 71.820 jährlich¹) begrenzt ist.

Überschreitet nun voraussichtlich die ASVG-pflichtige Beitragsgrundlage (Bruttobezüge inklusive Sonderzahlungen) und die GSVG-pflichtige Beitragsgrundlage (steuerpflichtige Einkünfte aus selbständiger Arbeit oder Gewerbebetrieb) in Summe die jährliche Höchstbeitragsgrundlage, so kann man bereits im Vorhinein einen sogenannten „**Antrag auf Differenzvorschreibung**“ bei der SVA einbringen. Dann werden von der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft die GSVG-Vorauszahlungen für das laufende Jahr nur auf Basis der Differenz zwischen dem voraussichtlichen ASVG-pflichtigen Bezug und der ASVG-Höchstbeitragsgrundlage vorgeschrieben.

Als Alternative gibt es auch den **Antrag auf Beitragserstattung** für drei Jahre rückwirkend.

¹ ASVG: 5.130 monatlich x 14 = 71.820, GSVG: 5.985 monatlich x 12 = 71.820

33. Grenzüberschreitendes Arbeiten, Entsendung und Überlassung

A. Gewerbliche Aspekte der grenzüberschreitenden Leistungserbringung

1. Was bedeutet grenzüberschreitende Leistungserbringung?

Unter grenzüberschreitender Leistungserbringung (= über die Grenze nach Österreich) versteht man gewerbliche Tätigkeiten, die ein ausländischer Unternehmer auf Bestellung in Österreich ausführt. Der ausländische Unternehmer hat keinen Sitz oder keine Niederlassung in Österreich. Dabei erbringt der ausländische Unternehmer in Österreich Dienstleistungen. Nach den Bestimmungen der GewO (§ 373a) darf diese grenzüberschreitende Leistungserbringung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in der EU (bzw. im EWR¹) nur „vorübergehender Art“ sein.

Das Vorteilhafte an der grenzüberschreitenden Leistungserbringung ist, dass für den ausländischen Unternehmer weder eine Firmenbucheintragung noch eine standortbezogene Gewerbeberechtigung erforderlich ist.

Warenlieferungen ausländischer Erzeuger und Händler nach Österreich sind ohne Einschränkung gewerberechtl. Art zulässig. Hat der ausländische Unternehmer in Österreich eine Niederlassung, so hat er ohnehin schon eine inländische Gewerbeberechtigung.

2. Aus welchen Staaten dürfen Unternehmer in Österreich grenzüberschreitende Leistungen erbringen?

Dies dürfen Unternehmer aus einem EU-/EWR-Land und aus der Schweiz.

Unternehmer aus Drittländern dürfen in Österreich grenzüberschreitende Leistungen nur in Ausnahmefällen erbringen, sie können jedoch eine Zweigniederlassung in Österreich errichten.

Grenzüberschreitende Leistungserbringung im gewerblich freien und reglementierten Bereich aus einem EU-/EWR-Land und aus der Schweiz

Handelt es sich bei der grenzüberschreitenden Leistungserbringung um ein in Österreich freies Gewerbe (= Gewerbe ohne Befähigungsnachweis), ist eine vorherige Anzeige der beabsichtigten Dienstleistung nicht erforderlich. Handelt es sich jedoch um ein reglementiertes Gewerbe (= Gewerbe mit Befähigungsnachweis), so ist die beabsichtigte grenzüberschreitende Leistungserbringung (Erbringung der Dienstleistung) vor der erstmaligen Ausführung dem BMDW schriftlich anzuzeigen.

Das dafür nötige Formular „Dienstleistungsanzeige“ steht online unter www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/Formular_Dienstleistungsanzeige_barrierefrei_jur_Person_neu_1.pdf. Als Beilage muss als Befähigungsnachweis der Nachweis erbracht werden, dass die beabsichtigte Tätigkeit im Herkunftsland ebenfalls reglementiert ist und dass man zur Ausübung berechtigt ist; oder dass man – sofern die Tätigkeit im Herkunftsland nicht reglementiert ist – innerhalb des Zeitraums der letzten 10 Jahre zumindest zwei Jahre diese Tätigkeit selbständig ausgeübt hat.

Bei bestimmten Gewerben hat das BMDW die Absolvierung eines Anpassungslehrgangs oder eine Eignungsprüfung vorgesehen. Binnen einem Monat ab Anzeige hat das BMDW mitzuteilen, ob Unterlagen fehlen bzw. ein Lehrgang oder eine Eignungsprüfung zu absolvieren ist. Reagiert das BMDW nicht innerhalb dieser Frist, ist das Tätigwerden automatisch zulässig.

Beratung und Information: Bürgerservice, Tel: 0800-240-258 und 01-711 00-5555
E-Mail: service@bmdw.gv.at

¹ Zu den Ländern des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) zählen neben den EU-Ländern auch Island, Liechtenstein und Norwegen; die Schweiz ist gleichgestellt.

B. Aspekte des AuslBG bei grenzüberschreitenden Arbeitseinsätzen (Entsendung und Überlassung von Arbeitskräften¹)

1. Was versteht man unter Entsendung und Überlassung?

Der Begriff der Entsendung ist in der EU-Überlassungs-Entsenderichtlinie 96/71/EG, Abl 18 v. 21.1.1997, geregelt und ist im LSD-BG (BGBl. I 44/2016 idF BgBl. I 30/2017 und BGBl. I 64/2017) umgesetzt.

EU-rechtlich wird unter dem Begriff „Entsendung“ sowohl die Entsendung im engeren Sinn als auch die Arbeitskräfteüberlassung gemeint. Dies bedeutet, dass auch für grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassungen die EU-Entsenderichtlinie (Art. 1 Abs. 3 lit. a) anzuwenden ist.

Ebenso ist dabei die Rechtsprechung des EuGH zu beachten (VwGH v. 22.8.2017, Ra 2017/11/00 68).

Grobe Unterscheidungsmerkmale zwischen beiden siehe im Kapitel 9, Arbeitsüberlassung.

In der Praxis wird seitens der ausländischen, nach Österreich entsendenden Unternehmen oft versucht, viele grenzüberschreitende Arbeitseinsätze unzulässigerweise als „Entsendung“ zu deklarieren, um dadurch arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Kosten einzusparen.

Grenzüberschreitende Entsendung

Davon spricht man dann, wenn ein Unternehmer ohne Betriebssitz in Österreich zur Erfüllung einer eingegangenen vertraglichen Verpflichtung, insbesondere zur Erfüllung eines Werkvertrags, vorübergehend seine Mitarbeiter in Österreich einsetzt. Er ist Arbeitgeber und haftet auch auf Grund des Werkvertrags für die vereinbarungsgerechtere Erbringung der Leistung.

Grenzüberschreitende Überlassung

Bei dieser stellt ein Unternehmer im Ausland (= Überlasser) im Rahmen eines Überlassungsvertrags einem Beschäftigten im Inland seine Mitarbeiter zur Erbringung von Dienstleistungen zur Verfügung. Die überlassenen Arbeitnehmer stehen bei Erbringung der Dienstleistung unter Aufsicht und Leitung des inländischen Beschäftigten (juristische oder natürliche Person). Der ausländische Überlasser bleibt weiter der Arbeitgeber seiner zur Verfügung gestellten (überlassenen) Mitarbeiter. Für die Beurteilung, ob Überlassung vorliegt, sind die Kriterien des AÜG (§ 4 Abs. 2 AÜG) heranzuziehen (siehe jedoch auch ASoK 2015, 358).

2. Ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittland entsendet ausländische Arbeitnehmer nach Österreich (dafür Entsendebewilligung)

Ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittland (also nicht in einem EU/EWR-Land oder der Schweiz), das ausländische Arbeitskräfte nach Österreich entsendet, benötigt für diese nur eine **Entsendebewilligung**, wenn das vorgesehene Gesamtprojekt höchstens 6 Monate bzw. die Beschäftigung der eingesetzten ausländischen Arbeitskräfte höchstens 4 Monate dauert (§ 18 Abs. 1 AuslBG).

Die Entsendebewilligung ist bei der zuständigen Geschäftsstelle des AMS zu beantragen.

Erfordert das Projekt jedoch den Einsatz der ausländischen Arbeitskräfte länger als 4 Monate, so sind für diese **Beschäftigungsbewilligungen** erforderlich. In diesem Fall ist noch vor Ablauf des 4. Monats vom ausländischen Unternehmen bei der zuständigen Stelle des AMS ein Antrag auf Erteilung der erforderlichen Beschäftigungsbewilligung zu stellen.

¹ Hinsichtlich der Überprüfung der arbeits- und sozialrechtlichen Mindeststandards nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz siehe Seite 410 f.

tigungsbewilligungen einzubringen. Im Fall der Ablehnung des Antrags auf deren Erteilung ist die Beschäftigung spätestens zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung des AMS zu beenden (§ 18 Abs. 4 AuslBG).

Den Antrag auf Entsendebewilligung hat der Auftraggeber an die zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS zu stellen. Gibt es keinen österreichischen Auftraggeber, kann der Antrag von der betriebsentsandten Arbeitskraft selbst eingebracht werden.

Der entsandte Arbeitnehmer hat unabhängig davon, welches Recht auf sein Arbeitsverhältnis für die Dauer der Entsendung angewendet wird, jedenfalls Anspruch auf **kollektivvertragliches Entgelt, bezahlten Urlaub** sowie Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten **Arbeitszeitregelungen** wie Inländer (§ 7a Abs. 1 und 3 AVRAG).

3. Für welche Arbeiten wird keine Entsendebewilligung erteilt?

Für Arbeiten im Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, im sonstigen Baugewerbe und für Vermietung von Baumaschinen und Baugeräten mit Bedienungspersonal (§ 18 Abs. 11 AuslBG).

4. Wann ist keine Entsendebestätigung oder -bewilligung erforderlich?

Eine solche ist u.a. nicht erforderlich bei:

a) Kurzfristigen Arbeitsleistungen (§ 18 Abs. 2 AuslBG)

Für ausländische Arbeitskräfte, die ausschließlich in Zusammenhang mit kurzfristigen Arbeitsleistungen stehen, für die ihrer Art nach inländische Arbeitskräfte nicht herangezogen werden, ist weder eine Beschäftigungsbewilligung noch eine Entsendebewilligung erforderlich.

Dies gilt bei: geschäftlichen Besprechungen oder Teilnahme an einem Seminar (jeweils ohne Erbringung weiterer Dienstleistungen); Messen oder messähnlichen Veranstaltungen; Besuch von und Teilnahme an Kongressen; kulturellen Veranstaltungen, die in Österreich im Rahmen einer Tournee (jedoch Veranstaltung von untergeordneter Bedeutung) stattfinden; Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfanstaltungen; konzerninternen Schulungen unter gewissen Voraussetzungen.

Diese Ausnahme gilt allerdings nicht für die Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für Messen oder messähnliche Veranstaltungen, wie z.B. die Auf- oder Abbauarbeiten.

b) Konzernausnahme (§ 18 Abs. 3 Z 2 AuslBG)

Ausländer, die von einem Konzern auf Basis eines qualifizierten konzerninternen Aus- und Weiterbildungsprogramms von ausländischen Konzernen für nicht länger als 50 Wochen in das Hauptquartier in Österreich entsandt werden.

Einsätze ausländischer Fachkräfte von Konzernen in Österreich von insgesamt zwei Monaten je Kalenderjahr unterliegen auch nicht lohnrechtlichen und sonstigen arbeitsrechtlichen Vorschriften in Österreich (§ 1 Abs. 6 LSD-BG).

c) Joint Ventures (§ 18 Abs. 3 Z 1 AuslBG)

Für ausländische Arbeitnehmer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber im Rahmen eines Joint Venture und auf der Grundlage eines betrieblichen Schulungsprogramms **nicht länger als sechs Monate** zur betrieblichen Einschulung in einen österreichischen Betrieb entsandt werden, ist keine Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung erforderlich.

Die Schulungsmaßnahme ist vom österreichischen Betrieb spätestens **zwei Wochen vor Beginn** dem AMS anzuzeigen. Der Anzeige muss Folgendes beigelegt werden:

- der Joint Venture-Vertrag mit dem ausländischen Arbeitgeber und
- das Schulungsprogramm mit Zielsetzungen, Maßnahmen und Dauer.

Die betriebliche Einschulung darf erst nach Vorliegen der Anzeigebestätigung begonnen werden.

5. Entsendung oder Überlassung von ausländischen Arbeitskräften aus EU/ EWR nach Österreich

Es ist keine Entsendebewilligung bzw. Beschäftigungsbewilligung erforderlich, wenn diese Arbeitskräfte ordnungsgemäß beim überlassenden oder entsendenden Unternehmen aus der EU/dem EWR beschäftigt sind und die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. Vor Arbeitsaufnahme ist eine Meldung an die ZKO zu machen (§ 18 Abs. 12 AuslBG).

6. Einreise und Arbeitsaufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmerischen Transfers

Wenn Schlüsselarbeitskräfte auf Grund eines ICT-Aufenthaltstitels (ICT-Richtlinie der EU) von einem Drittstaat nach Österreich zum gleichen Unternehmen (zur gleichen Unternehmensgruppe) transferiert werden, kommt eine dem Rot-Weiß-Rot-Karten-Verfahren ähnliche Vorgangsweise zur Anwendung. Die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen und die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften sind einzuhalten sowie der Rückkehrwille der transferierten Personen (unternehmensintern transferierte Ausländer) ist nachzuweisen (§ 18a AuslBG).