

---

## 2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit

### Arbeitnehmer iSd Arbeitsrechts

Arbeitnehmer iSd Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) sind alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen (§ 36 Abs 1 ArbVG).

### Arbeitnehmer iSd ASVG

Dienstnehmer iSd ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.

Die Pflichtversicherung eines Dienstnehmers beginnt unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung (das heißt mit 00:00 Uhr) und endet grundsätzlich mit dem Ende des Dienstverhältnisses. Liegen die Einkünfte über der Geringfügigkeitsgrenze iHv 446,81 Euro, ist der Dienstnehmer voll versichert und es sind Beiträge zur Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung zu bezahlen.

Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG (BGBl 1955/189 mit seinen Novellierungen) ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt ist. Darunter sind auch Personen zu verstehen, bei deren Beschäftigung die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gem § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, wenn keine Ausnahme iSd Z 1 oder Z 2 des § 4 Abs 4 ASVG vorliegt (zB gleichartige Bezüge bestimmter politischer Funktionäre, Bezüge von Beamten aus Nebentätigkeiten). Damit kennt das ASVG zusätzlich den Begriff „Entgeltspflicht“, welcher im § 1151 des ABGG nicht angeführt ist.

Um als Arbeitnehmer im ASVG zu gelten, muss ein Entgeltanspruch bestehen. Unter Entgelt gemäß § 49 Abs 1 ASVG sind die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf welche der Arbeitnehmer Anspruch hat (zB laut Kollektivvertrag) oder die er darüber hinaus vom Dienstgeber erhält (zB Überzahlung des Kollektivvertragslohnes) oder welche er von einem Dritten erhält (zB Trinkgelder). Ob eine gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeit vorliegt, ist nicht davon abhängig, ob ein Entgelt tatsächlich gewährt wird, sondern ob ein solches als Gegenleistung vereinbart wurde.

#### Beispiele für die persönliche Abhängigkeit sind

- die persönliche Arbeitspflicht (keine Vertretungsbefugnis) sowie
- die Weisungsgebundenheit (Arbeitszeit und Arbeitsort).

Wesentlich für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit ist eine vertraglich festgelegte grundsätzliche persönliche Arbeitspflicht. Schon die bloße Berechtigung sich durch einen Dritten vertreten zu lassen, schließt ein Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG aus.

## 2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit

---

### Arbeitnehmer iSd EStG 1988

Arbeitnehmer iSd Einkommensteuergesetzes (§ 47 Abs 1 EStG 1988) ist eine natürliche Person, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gem § 47 Abs 1 EStG 1988 in Verbindung mit Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist bzw wer mit dem Dienstleistungsscheck entlohnt wird.

Die Definition des Dienstverhältnisses in Abs 2 des § 47 EStG 1988 ist eine eigenständige des Einkommensteuerrechts und mit den korrespondierenden Begriffen des Arbeits- und Sozialrechts nicht immer deckungsgleich. Es ist daher entscheidend immer nach abgabenrechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen, ob die für oder gegen die Nichtselbständigkeit sprechenden Merkmale überwiegen.

Ein Dienstverhältnis gem § 47 Abs 2 EStG 1988 liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Unter **persönlicher Abhängigkeit** versteht man, dass der Dienstnehmer/die Dienstnehmerin unter der Leitung des Dienstgebers, innerhalb der geltenden Arbeitszeit, an einem vorgegebenen Arbeitsort, die Arbeitsleistung zu erbringen hat.

**Wirtschaftlich abhängig** ist, wer keine Verfügungsgewalt über die Unternehmensstruktur hat, über keine eigenen Betriebsmittel verfügt und der wirtschaftliche Erfolg dem Dienstgeber zukommt.

Arbeitgeber (Dienstgeber) iSd § 47 Abs 1 EStG 1988 ist, wer Arbeitslohn iSd § 25 EStG 1988 auszahlt. Arbeitgeber kann gem § 47 Abs 1 EStG 1988 eine natürliche oder eine juristische Person sein (Einzelunternehmer, OG, KG, GmbH, Vereine, Aktiengesellschaften, Genossenschaften usw), jedoch keine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht nach der Rechtsprechung des OGH.

## 2.1 Merkmale eines Dienstverhältnisses iSd EStG 1988

Dauerschuldverhältnis, zeitliches Verpflichtungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Arbeit unter Leitung und Führung des Arbeitgebers, Treue- und Sorgfaltspflicht, mit den Mitteln des Arbeitgebers (wirtschaftliche Abhängigkeit), Weisungsgebundenheit bezüglich Arbeitsablauf, Zeitgebundenheit, Ortsgebundenheit, Entgeltanspruch auch im Falle der Nichtarbeit bei Urlaub, Krankheit und bei sonstigen Freizeitansprüchen, persönliche Arbeitspflicht, fehlendes Unternehmerrisiko, Eingliederung des Dienstnehmers in das Unternehmen, der wirtschaftliche Erfolg der Arbeitsleistung kommt dem Dienstgeber zugute.

A priori kann angemerkt werden, dass die Grundlage für jedes Dienstverhältnis ein Dienstvertrag ist. Der Begriff Dienstvertrag ist im § 1151 Abs 1 ABGB geregelt und auf das gesamte Dienstrecht anzuwenden. Gemäß § 1151 Abs 1 ABGB entsteht ein Dienstvertrag dann, wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Der Dienstnehmer hat gem § 1153 ABGB die Dienste in eigener Person zu leisten. Wichtigstes Indiz für einen echten Dienstvertrag ist, dass der Dienstnehmer persönlich abhängig ist. Darunter ist eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit zu verstehen. Dies hat der VwGH auch mehrfach in seinen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht. Diese Rechtsansicht

wird auch von den Abgabenbehörden geteilt. Vertragspartner eines Dienstvertrages sind auf der einen Seite der Dienstnehmer und auf der anderen Seite der Dienstgeber.

In ständiger Rechtsprechung und eingehend in die herrschende Lehre sind wesentliche Merkmale für die Abgrenzung zwischen selbständiger und nichtselbständiger Tätigkeit das Unternehmerwagnis, eine Weisungsgebundenheit, die die Entschlussfreiheit über die ausdrücklich übernommenen Vertragspflichten hinaus beschränkt, und eine organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitsgebers. Unter dieser Voraussetzung liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Dienstnehmer dem Dienstgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Seinem Wesen nach stellt das Dienstverhältnis daher ein Dauerschuldverhältnis dar (keine zeitliche Beschränkung), bei dem sich der Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeitsleistung grundsätzlich persönlich zu erbringen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Merkmale eines Dienstverhältnisses vorliegen, kommt es nicht auf die von den Vertragsparteien gewählte Form oder Bezeichnung bzw auf den Willen der Parteien an, sondern auf den im § 21 BAO definierten wahren wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung (auf die tatsächlichen Verhältnisse). Es sind somit ausschließlich die objektiven Umstände maßgebend oder mit anderen Worten das Primat des Seins und nicht des Scheins.

Für die Beurteilung, ob ein Dienstverhältnis iSd Einkommensteuergesetzes vorliegt, sind die §§ 25 und 47 EStG 1988 heranzuziehen, wobei festgehalten werden kann, dass sich die im § 25 EStG 1988 angeführten Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nicht zur Gänze mit dem Dienstnehmerbegriff des § 47 EStG 1988 decken, da § 25 EStG 1988 unter anderem auch Bezüge aus früheren Dienstverhältnissen, Pensionsbezüge, Bezüge aus einer gesetzlichen Kranken- oder Unfallversorgung, Insolvenz-Entgelt, das durch den Insolvenz-Entgelt-Fonds ausgezahlt wird, einbezieht.

Grundsätzliche Voraussetzung für das Vorliegen von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit ist jedoch auch gem § 25 EStG 1988 ein bestehendes Dienstverhältnis. Hierbei liegen Einkünfte aus einer weisungsgebundenen, daher nichtselbständigen Tätigkeit vor. Unter die Einkünfte aus einem bestehenden Dienstverhältnis fallen Gehälter, Löhne, Provisionen, Belohnungen, Sachbezüge.

Der Begriff Bezüge und Vorteile iSd § 25 EStG 1988 umfasst sämtliche Einnahmen und geldwerten Vorteile, die einem Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsverhältnisses zufließen. Voraussetzung hierfür ist, dass dieser Vorteil seine Ursache im bestehenden Arbeitsverhältnis hat.

Gemäß § 47 Abs 1 EStG 1988 ist ein Arbeitnehmer eine natürliche Person, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht, also in einem Dienstverhältnis steht. Der Begriff Arbeitnehmer findet sich auch im Arbeits-, Sozial- und bürgerlichem Recht. Für die Prüfung, ob ein Arbeitnehmer iSd Einkommensteuerrechtes vorliegt, ist die Beurteilung in anderen Rechtsgebieten nicht präjudiziell. Es kann allenfalls ein Indiz für die steuerliche Dienstnehmereigenschaft darstellen.

Im umgekehrten Fall unterliegen jedoch Dienstnehmer, welche Einkünfte gem § 25 Abs 1 Z 1 EStG 1988 erzielen, im Sozialversicherungsrecht zwingend dem § 4 Abs 2 ASVG, da das ASVG wie bereits erwähnt die Lohnsteuerpflicht als Voraussetzung explizit nennt.

## 2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit

---

In „besonderen“ Tätigkeitsfeldern hat es in den letzten Jahren aus teilweise arbeits- bzw. aufenthaltsrechtlichen Begrenzungen die Tendenz gegeben, Dienstverhältnisse zu vermeiden. Zur Abgrenzung zwischen einer nichtselbständig und einer selbständig ausgeübten Tätigkeit in diesen Bereichen hat der UFS in einigen Berufungsentscheidungen Stellung bezogen.

Zum Beispiel bezüglich der **Tätigkeit des Verspachtelns von Rigipsplatten** wurde folgendes Unterscheidungsmerkmal als wesentlich beschrieben: Stellt der Auftraggeber das gesamte Arbeitsmaterial zur Verfügung und wird dieses vom Auftragnehmer unter Verwendung von auftragnehmereigenem Kleinwerkzeug auf vom Auftraggeber bestimmten Baustellen verarbeitet, spricht dies für das Vorliegen einer nichtselbständigen Tätigkeit. Diese Entscheidung wurde auch durch den Verwaltungsgerichtshof bestätigt (vgl VwGH 19. 9. 2007, 2007/13/0071).

### Weitere umstrittene Branchen wurden wie folgt beurteilt:

- Bei **Mitarbeitern in einem Call-Center** überwiegen die Merkmale der nichtselbständigen Tätigkeit deutlich.
- Ein **Zimmerer, der keine selbständigen Werke erbringt**, sondern in gleicher Weise wie die Dienstnehmer eines Unternehmens tätig ist, nach Stunden entlohnt wird, die Arbeitskräfte und Arbeitsmittel des Auftraggebers verwendet, steht in einem Dienstverhältnis.
- Bei **selbständigen Paketzustellern**, die mit von ihrem Auftraggeber angemieteten Fahrzeugen tätig werden (auf den Fahrzeugen ist die Aufschrift des Auftraggebers angebracht), im Namen des Auftraggebers auftreten, sich die Kunden nicht aussuchen können, keine Fremdaufträge annehmen dürfen und auch kein Unternehmerrisiko tragen, da die Höhe des Entgelts pro Paket nicht individuell vereinbart ist, entspricht die ausgeübte Tätigkeit in ihrer äußeren Erscheinungsform dem Tatbild des § 47 Abs 2 EStG 1988 (vgl UFS 10. 11. 2011, RV/0843-G/09). Die Zusteller sind im Rahmen ihrer Tätigkeit nichtselbständig für den Auftraggeber tätig.
- Die als **LKW-Fahrer Beschäftigten** verfügen über eine von der Bezirkshauptmannschaft ausgestellte Gewerbeberechtigung mit dem Geworbewortlaut „Zur Verfügung stellen der eigenen Arbeitskraft zum Lenken von Kraftfahrzeugen“ und haben mit dem Auftraggeber einen „Dienstleistungsvertrag“ abgeschlossen. Der Lenker wird monatlich eine Rechnung stellen. Vereinbart ist ein Betrag von 0,130 Euro/Map-Guide Kilometer. Die Firma ihrerseits stellt das dafür notwendige Arbeitsgerät in Form einer Sattelzugmaschine und seines Auflegers zur Verfügung.

Der Lenker verpflichtet sich, bei den erteilten Transportaufträgen den vorgegebenen Weg zu wählen, Aufwendungen (Mauten, Tunnelgebühren etc) werden ersetzt. Ebenso wird ein Telefon bereitgestellt und die Kosten werden bis zu 110 Euro von der Firma getragen.

Da die entscheidungsrelevanten Kriterien, ob ein Dienstverhältnis iSd § 47 Abs 2 EStG 1988 vorliegt (Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber, Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers und das Fehlen eines ins Gewicht fallenden Unternehmerwagnisses) erfüllt sind, liegt ein Dienstverhältnis vor. Dass die LKW-Fahrer über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfügen haben, ist für die steuerliche Beurteilung einer Tätigkeit nicht entscheidend, da es nicht darauf ankommt, in welches äußeres Erscheinungsbild die Vertragspartner ihr Rechtsverhältnis gekleidet haben oder welche Beurteilung auf anderen Rechtsgebieten zutreffend sein sollte (so auch UFS 19. 11. 2010, RV/2008-W/08).

## 2.2 Übersicht: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag

Im Laufe der letzten Dekaden hat die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besondere Berufsbilder definiert, bei denen die Verwaltung unabhängig von einer speziellen Sachverhaltsermittlung eine Kategorisierung durchführen kann. Nachfolgend wird auf einige diesbezügliche Fälle verwiesen.

- **Modelle, Mannequins:** Fotomodelle und Mannequins, die nur kurzfristig – tageweise, stundenweise – beschäftigt und für verschiedene Unternehmer tätig werden, erzielen idR Einkünfte aus Gewerbebetrieb (vgl VwGH 6. 4. 1988, 87/13/0202).
- **Programmierer:** Programmierer stehen dann in keinem Dienstverhältnis, wenn eine zeitliche und örtliche Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers nicht vorliegt, die Entlohnung allein nach der Zahl der aufgewendeten Arbeitsstunden erfolgt und die mit der Tätigkeit verbundenen Auslagen aus eigenem getragen werden.
- **Richter:** Richter sind zwar sachlich nicht weisungsgebunden, aber aufgrund ihrer Eingliederung in die Justizverwaltung als Arbeitnehmer anzusehen.

## 2.2 Übersicht: Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag

(Freudhofmeier, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag).

Die nachfolgende Tabelle ermöglicht einen schnellen Überblick der oben beschriebenen Unterscheidungsmerkmale:

	<i>Dienstvertrag</i>	<i>Freier Dienstvertrag</i>	<i>Werkvertrag</i>
<i>Vertragstyp</i>	Dauerschuldverhältnis	Dauerschuldverhältnis	Zielschuldverhältnis
<i>Persönliche Abhängigkeit</i>	Ja	Nein	Nein
<i>Wirtschaftliche Abhängigkeit</i>	Ja	idR: Ja	Nein
<i>Geltung Arbeitsrecht</i>	Ja	Nein	Nein
<i>Sozialversicherung</i>	§ 4 Abs 2 ASVG	§ 4 Abs 4 ASVG	§ 2 Abs 1 Z 1 GSVG § 2 Abs 1 Z 4 GSVG
<i>Zuständiger SV-Träger</i>	Gebietskrankenkasse	Gebietskrankenkasse	SVA der gewerblichen Wirtschaft
<i>SV-Beitragsgrundlage</i>	Entgelt	Entgelt	Einkünfte
<i>BMSVG-Beiträge</i>	1,53 %	1,53 %	1,53 %
	5.220 Euro/Monat HBGI-SZ: 10.440 Euro	6.090 Euro/Monat	73.080 Euro/Jahr

## 2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit

---

	<i>Dienstvertrag</i>	<i>Freier Dienstvertrag</i>	<i>Werkvertrag</i>
<i>Arbeitslosenversicherung</i>	Ja	Ja	Nein
<i>LSt-Pflicht</i>	Ja	Nein	Nein
<i>Lohnnebenkosten</i>	Ja	Ja	Nein
<i>Meldepflicht gem § 109a EStG 1988</i>	Nein	Ja	Nein

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Judikatur der letzten Jahre eine wesentliche Veränderung in der Rechtsposition Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag mit sich gebracht hat. Unabhängig davon ist aber in vielen Bereichen noch immer eine Grauzone mit fließenden Übergängen vorhanden.

### 2.2.1 Freier Dienstvertrag

Der Begriff „freier Dienstvertrag“ ist im österreichischen Arbeitsrecht nicht verankert. Die Bestimmungen des § 1151 Abs 1 ABGB sind daher nicht unmittelbar sondern nur analog anzuwenden (vgl *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber [2012] 157 f).

Ein freier Dienstvertrag liegt dann vor, wenn sich jemand vertraglich verpflichtet, Tätigkeiten auszuführen. Somit handelt es sich auch bei einem freien Dienstvertrag um ein Dauer-schuldverhältnis (vgl ARD 4873/2/97).

Es entsteht durch die Tätigkeit im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses keine persönliche Abhängigkeit des Auftragnehmers. Dies hat zur Folge, dass es zu keiner Einordnung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers kommt. Dies bedeutet, dass freie Dienstnehmer nicht zeit-, orts- und weisungsgebunden sind (vgl Arb 9.972; Arb 10.060).

Dem Grunde nach besteht auch für den freien Dienstnehmer persönliche Arbeitspflicht, er kann sich jedoch jederzeit vertreten lassen. Infolge der ständigen Judikatur muss es sich allerdings um ein freies Vertretungsrecht handeln. Das heißt, dass die Vertretung durch den freien Dienstnehmer gestellt wird und er sich jederzeit vertreten lassen kann, nicht nur im Falle einer Krankheit. Muss die Vertretung aus einem vom Auftraggeber vorgegebenen Vertretungspool rekrutiert werden, liegt ein freies Vertretungsrecht nicht mehr vor.

Im Wesentlichen wurde im Rahmen der Rechtsprechung festgehalten, dass sich freie Dienstnehmer zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens verpflichten. Vor allem die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln und zu ändern – das heißt das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und der Weisungsgebundenheit – unterscheidet das freie Dienstverhältnis vom echten Dienstverhältnis.

Die rechtliche Abgrenzung des echten Dienstvertrages zum freien Dienstvertrag ist unabhängig von den Bezeichnungen der Vertragsverhältnisse immer nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu überprüfen. Es muss somit abgeklärt werden, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit in Summe überwiegen, und daraus schließend ist zu beurteilen, ob ein

Dienstverhältnis vorliegt oder nicht. Für die freien Dienstverhältnisse sind die arbeitsrechtlichen Bestimmungen nur eingeschränkt anzuwenden.

Nach der herrschenden Rechtsmeinung sind nur jene Bestimmungen des ABGB anzuwenden, welche nicht von der persönlichen Abhängigkeit ausgehen und somit die sozial Schwächeren schützen sollen. Jene Normen, die nicht auf die besondere Schutzwürdigkeit des Dienstnehmers abstellen, können daher auf freie Dienstverträge angewendet werden. Angewendet können daher § 1152 ABGB (angemessenes Entgelt, wenn nicht bereits Inhalt des Vertrages), § 1159 ABGB (Bestimmungen betreffend Kündigung) und § 1162 ABGB (Auflösung aus wichtigen Grund) werden.

Nach der Rechtsprechung des OGH gelangen die Kündigungsfristen und die Kündigungs-termine des Angestelltengesetzes bei freien Dienstverträgen nicht zur Anwendung, jedoch sind die Kündigungsbestimmungen der §§ 1159 ff ABGB anzuwenden, wenn keine konkreten Kündigungsfristen vereinbart wurden. Nach diesen Bestimmungen ist im Falle einer Arbeitneh-mertätigkeit grundsätzlich eine vierzehntägige Kündigungsfrist und im Falle einer Angestell-entätigkeit eine vierwöchige Kündigungsfrist einzuhalten (wenn das Dienstverhältnis bereits drei Monate gedauert hat).

Diesbezüglich hat der OGH auch entschieden, dass einem freien Dienstnehmer im Falle einer ungerechtfertigten vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses durch den Auftrag-geber eine Kündigungsentschädigung zusteht. Die Höhe der Kündigungsentschädigung ist im Einzelfall zu ermitteln, da bei freien Dienstverhältnissen im Regelfall kein gleichbleibendes monatliches Entgelt vorliegt. Grundsätzlich ist für die Berechnung der Kündigungsentschädi-gung auf den Verdienst in der Vergangenheit abzustellen.

### **Nicht anwendbare arbeitsrechtliche Bestimmungen sind daher:**

- **Kollektivverträge:** Es besteht kein Anspruch auf eine kollektivvertragliche Mindestentloh-nung und mangels Vereinbarung auch kein Anspruch auf den Urlaubszuschuss und die Weihnachtsremuneration. Es sei hier auch nochmals darauf hingewiesen – wie vorweg schon erwähnt – dass § 1152 ABGB nicht anwendbar ist, wenn nachweislich ein bestimm-ter Arbeitslohn vereinbart wurde, auch wenn dieser auch unter den Werten des kollektiv-vertraglichen Mindestlohn liegt (§ 1152 ABGB normiert ein angemessenes Entgelt für die geschuldete Arbeitsleistung).
- **Arbeitszeitgesetz:** Freie Dienstnehmer können sich nicht auf die im Arbeitszeitgesetz ge-regelten Grenzen der zulässigen Arbeitszeit berufen. Gibt es keine Vereinbarung, besteht auch kein Anspruch auf Überstundenentlohnung (Überstundengrundlohn und Überstun-denzuschlag).
- **Urlaubsgesetz:** Freie Dienstnehmer haben keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub. Entlohnt wird nur die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung.

### **Merkmale freier Dienstnehmer:**

- Verpflichtung zur Dienstleistung auf unbestimmte oder bestimmte Zeit wurde vereinbart
- Keine persönliche Abhängigkeit
- Arbeitsablauf kann selbst bestimmt werden
- Eingeschränkte Vertretungsmöglichkeit (Arbeitsleistung muss im Wesentlichen selbst er-bracht werden)
- Entgeltbezug aus dieser Tätigkeit

## 2. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit

---

- Erfüllung des Vertrages im Wesentlichen mit den Arbeitsmitteln des Auftraggebers
- Verfügt der Versicherte über einen Gewerbeschein, ist eine eigene Betriebsstruktur anzunehmen.
- Es wird ein Wirken und nicht ein Werk geschuldet (es wird ein „Bemühen“ geschuldet und nicht bloß ein Erfolg) – vgl E-MVB 004-04-00-008.

### 2.2.1.1 Sozialversicherungsrechtliche Einordnung

Die Definition des freien Dienstnehmers findet sich in § 4 Abs 4 ASVG. Den Dienstnehmern stehen iSd Gesetzes Personen gleich, die sich aufgrund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsberechtigten Befugnis oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches, mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe, eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen Betriebsmittel verfügen.

Eine Pflichtversicherung gem § 4 Abs 1 ASVG schließt für dieselbe Tätigkeit eine Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG aus. Als Dienstgeber eines freien Dienstnehmers kommen private Auftraggeber (Privatpersonen, Babysitter, Hausgehilfen in Privathaushalten) nicht in Betracht. Gegenstand des freien Dienstvertrages sind Dienstleistungen. Sie werden im Gegensatz zum Dienstvertrag nicht in persönlicher Abhängigkeit geleistet. Die Dienstleistungen können Arbeiten jedweder Art sein.

**Jedenfalls keine Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer liegt vor:**

- bei Tätigkeiten aufgrund eines politischen Mandates
- bei Tätigkeiten, die aufgrund von Gerichtsbeschlüssen ausgeführt werden
- bei Tätigkeiten, die aufgrund eines Hoheitsaktes ausgeübt werden
- bei Tätigkeiten als Mitglied des Aufsichtsrates (vgl E-MVB 004-04-00-002)
- Gemäß § 4 Abs 4 ASVG müssen folgende Merkmale erfüllt sein (vgl E-MVB 004-04-00-008):
  - Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen (es muss eine vertragliche Verpflichtung vorliegen)
  - Beschäftigung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses)
  - Entgeltlichkeit der Tätigkeit (unentgeltliche Tätigkeit begründet keine Sozialversicherungspflicht)
  - Die Dienstleistung muss im Wesentlichen selbst erbracht werden
  - Durch eine jederzeitige Vertretungsmöglichkeit wird die Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nicht ausgeschlossen, wenn der Vertrag im Wesentlichen selbst erfüllt wird
  - Fehlen wesentlicher Betriebsmittel
  - Eingeschränkte Weisungsgebundenheit (freie Dienstnehmer unterliegen meistens nur Rahmenanweisungen).