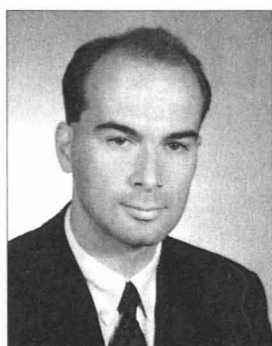


Das Strukturanpassungsgesetz 1996 hat Verträge, die wirtschaftlich zwischen den „reinen“ Werkverträgen und den „reinen“ Dienstverträgen liegen, sozialversicherungsrechtlich dem ASVG zugeordnet.

FREIE DIENSTVERTRÄGE UND DIENSTNEHMERÄHNLICHE (WERK-) VERTRÄGE



PETER PILZ

Dr. iur.; Jahrgang 1969; Studium der Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz; Promotion 1994; Mitarbeiter der Bertl & Partner Wirtschaftstreuhandgesellschaft und der Deloitte & Touche Styria GmbH, Graz.

Freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche (Werk-) Verträge werden im ASVG und im Einkommensteuerrecht einer Sonderbehandlung unterworfen. Aufgrund erheblicher Proteste kommt es – wie den Medien zu entnehmen ist – nunmehr zu einer Novellierung.

Im folgenden werden die Neuerungen überblicksmäßig dargestellt.

Soweit die geplanten Änderungen in den Medien veröffentlicht wurden, sind sie in diesen Beitrag eingearbeitet. Bei Redaktionsschluß hatte der Nationalrat die geplanten Änderungen allerdings noch nicht beschlossen.

1. FREIE DIENSTNEHMER

§ 4 Abs 4 ASVG (idF BGBl 201/1996) bestimmt, daß Personen, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit verpflichten, Dienstleistungen für einen Auftraggeber zu erbringen, ohne „echter“ Dienstnehmer zu sein, als **freie Dienstnehmer** anzusehen sind. Bei einem Dienstverhältnis handelt es sich um ein **Dauerschuldverhältnis**.

1.1 UNTERSCHIEDSKRITERIEN „ECHTER“ DIENSTVERTRAG - FREIER DIENSTVERTRAG

Für einen „echten“ Dienstvertrag sprechen folgende Kriterien:

- Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeits-

zeit, das arbeitsbezogene Verhalten

- Bindung an Weisungs- und Kontrollbefugnisse, die sich auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten beziehen
- disziplinarische Verantwortlichkeit
- persönliche Arbeitspflicht
- kein Unternehmerrisiko

Bei einem „echten“ Dienstverhältnis (§ 4 Abs 2 ASVG) kann sich ein Dienstnehmer nicht vertreten lassen; ein freier Dienstnehmer kann dies schon. Weiters ist ein „echter“ Dienstvertrag durch persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gekennzeichnet. Der freie Dienstnehmer ist hingegen persönlich nicht abhängig; er wird nicht in den Betrieb eingegliedert. Da sich die persönliche Abhängigkeit aus vielfältigen Elementen zusammensetzt, ist bei der Beurteilung von Vertragsverhältnissen immer auf das Gesamtbild abzustellen.

Ein freier Dienstvertrag kann auch dann vorliegen, wenn der freie Dienstnehmer in völliger unternehmerischer Selbständigkeit(!) tätig ist.

1.2 ABGRENZUNG ZUM WERKVERTRAG

Vom Werkvertrag unterscheidet sich der (freie) Dienstvertrag dadurch, daß es sich beim Dienstvertrag um ein Dauerschuldverhältnis und beim Werkvertrag um ein Zielschuldverhältnis handelt. Beim

Dienstvertrag schuldet man das **Bemühen um den Erfolg**; beim Werkvertrag schuldet man den **Erfolg**.

2. DIENSTNEHMERÄHNLICHE BESCHÄFTIGTE - DIENSTNEHMERÄHNLICHE WERKVERTRÄGE

Eine dienstnehmerähnliche Beschäftigung im Sinne des **§ 4 Abs 5 ASVG** liegt vor, wenn bei der Betrachtung des Vertragsverhältnisses der Eindruck wirtschaftlicher Unselbständigkeit des Beschäftigten (Auftragnehmers) im Verhältnis zum Auftraggeber überwiegt. Persönlich sind dienstnehmerähnliche beschäftigte Personen aber selbständig. Im Gegensatz zum freien Dienstvertrag wird ein Werk geschuldet.

Für die wirtschaftliche Unselbständigkeit des Auftragnehmers spricht insbesondere, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung der Leistung über keine unternehmerische Struktur verfügt, und er seine Leistungen im wesentlichen nur gegenüber einem oder einer begrenzten Anzahl von Auftraggebern (weniger als ca. 5 Auftraggeber innerhalb der letzten 6 Monate) erbringt.

Für die Beurteilung, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt, wurden von der Judikatur und der Literatur diverse Merkmale herausgearbeitet:

- menschliche Arbeitsleistung steht gegenüber dem Einsatz von Kapital im Vordergrund
- begrenzte Anzahl von Auftraggebern
- keine nennenswerte unternehmerische Struktur (im Zusammenhang mit der Erbringung der Leistung) sowohl materieller als auch immaterieller Natur
- der Auftragnehmer ist in seiner Disposition rechtlichen und faktischen Beschränkungen zum Auftraggeber unterworfen (Konkurrenzklauseln)

Weiteres wesentliches Merkmal für einen dienstnehmerähnlichen Werkvertrag ist eine gewisse **Regelmäßigkeit bei den Leistungen**, die sich bei den freien Dienstverhältnissen von selbst ergibt. § 4 Abs 5 ASVG erläutert, was unter Regelmäßigkeit zu verstehen ist:

Regelmäßigkeit der Beschäftigung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn

- mit demselben Auftraggeber innerhalb der letzten sechs vor dem Abschluß der Vereinbarung liegenden, aufeinanderfolgenden Kalendermonate mehr als **drei Vereinbarungen** geschlossen wurden, oder
- wenn sich die mit dem Auftraggeber vereinbarte Tätigkeit über **mehr als zwei Monate** erstreckt.

Eine Versicherungspflicht tritt somit erst mit Aufnahme der Tätigkeit der vierten Vereinbarung mit demselben Auftraggeber ein. Bei jeder weiteren Verpflichtung ist wieder zu prüfen, ob im Beobachtungszeitraum entsprechend viele Vereinbarungen getroffen wurden. Führt das Kriterium „Anzahl der Vereinbarungen“ nicht zur Regelmäßigkeit, so ist diese subsidiär auch dann gegeben, wenn sich die vereinbarte Tätigkeit über mehr als zwei Monate erstreckt.

Um einen Sachverhalt unter § 4 Abs 5 subsumieren zu können, müssen als Voraussetzung immer **Regelmäßigkeit und wirtschaftliche Unselbständigkeit** vorliegen.

3. REIHENFOLGE DER PRÜFUNG

§ 4 Abs 5 ASVG ist ein Auffangtatbestand; es ist gemäß § 4 Abs 6 ASVG nämlich zuerst zu prüfen, ob ein „echter“ Dienstvertrag, danach, ob ein freies Dienstverhältnis und erst zum Schluß, ob ein dienstnehmerähnlicher Werkvertrag vorliegt.

Nunmehr ist in einem weiteren Schritt zu prüfen,

- ob aufgrund dieser Tätigkeit **bereits eine Pflichtversicherung** (nach ASVG, FSVG, GSVG, BSVG) vorliegt oder vorliegen könnte.
- ob ein **Auftraggeber/Dienstgeber** iSd § 4 Abs 4 oder 5 ASVG und § 109a EStG (Abzugsteuer) vorliegt und
- ob die **Geringfügigkeitsgrenze** von öS 3.600,- (neu öS 7.000,-) überschritten wird oder eine Befreiung anzuwenden ist.

4. AUFTRAGGEBER/ DIENSTGEBER UND AUFTRAGNEHMER

Zur Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs 4 und 5 ASVG und Abzugsteuerpflicht (dazu unten) gemäß § 109a EStG führen nur solche Tätigkeiten, die im Rahmen des Geschäftsbetriebes, der Gewerbeberechtigung, der berufsrechtlichen Befugnis oder des statutenmäßigen Wirkungsbereiches des Auftraggebers ausgeführt werden. Beschäftigungen im Privatbereich führen zu keiner Pflichtversicherung im Sinne dieser Ausführungen.

Körperschaften, Personengesellschaften des Handelsrechtes und eingetragene Erwerbsgesellschaften können nicht **Auftragnehmer** sein. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann jedoch mangels Rechtsfähigkeit sehr wohl Auftragnehmer sein. Auftragnehmer können somit **nur natürliche Personen** sein.

5. AUSNAHME AUFGRUND EINER PFLICHTVERSICHERUNG NACH ANDEREN BESTIMMUNGEN

Ist aufgrund der zu beurteilenden konkreten Tätigkeit eine andere Pflichtversicherung bereits gegeben, bzw. könnte (bezieht sich auf freiberufliche Tätigkeiten - § 2 Abs 1 FSVG) sie gegeben sein, dann besteht keine Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs 4 und 5 ASVG und

ebenfalls keine Abzugsteuerpflichtung.

6. VERSICHERUNGSGRENZE

Gemäß § 5a Abs 1 ASVG kommt es nur dann zu einer Versicherungspflicht, wenn der auf einen Kalendermonat entfallende Teil des vereinbarten Entgeltes den Betrag von **öS 3.600,- (neu öS 7.000,-)** – pro Auftraggeber – nicht übersteigt.

7. WEITERE AUSNAHMEN VON DER VERSICHERUNGSPFLICHT

Ausnahmen von der Versicherungspflicht bestehen weiters für:

- Zeitungskolportiere von allgemeinen Zeitungen – nicht Fachpresse
- Amateursportler und -trainer, sofern diese Tätigkeit nicht den Hauptberuf und die Hauptquelle ihrer Einnahmen bildet
- Kunstschaffende, sofern nicht Hauptberuf oder Haupteinnahmequelle
- Auftragnehmer unterliegt schon der Versicherungspflicht nach § 4 Abs 3 ASVG
- Aufsichtsräte
- Wifi-, BFI-Vortragende (Erwachsenenbildung)
- Tätigkeiten aufgrund eines politischen Mandats
- Tätigkeiten, die aufgrund von Gerichtsbeschlüssen ausgeübt werden (Sachverständiger)
- Bezug von Funktionsgebühren (Achtung: Genau überprüfen, ob Funktionsgebühren iSd § 29 Z 4 EStG vorliegen)
- bäuerliche Nachbarschaftshilfe.

8. BEMESSUNGSGRUNDLAGE

Die Bemessungsgrundlage ist das in einem Kalendermonat erzielte Entgelt. Darunter sind alle Geld- und Sachzuwendungen zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Auftragnehmer aus dem Auftrags-

verhältnis Anspruch hat bzw. erhält.

Nicht zum Entgelt gehören:

- Umsatzsteuer als durchlaufender Posten
- gewisse Aufwandsätze: Kilometergeld und Diäten bei gesonderter Verrechnung

Der Zukauf von Leistungen (Subhonorare) schmälern das Entgelt nicht!

Die **Höchstbemessungsgrundlage** beträgt einheitlich S 45.500,-/Monat (S 39.000,-/Monat, wenn Sonderzahlungen bezogen werden).

9. BEITRAG

Der Beitrag des Auftraggebers zur Sozialversicherung beträgt einheitlich 17,2 % des Entgeltes, maximal jedoch von der Höchstbeitragsgrundlage. Der Beitrag des Auftragnehmers zur Sozialversicherung beträgt einheitlich 13,5 % des Entgeltes, maximal jedoch von der Höchstbeitragsgrundlage.

Einkommen aus einem echten Dienstverhältnis und mehreren dazu parallel abgeschlossenen „Werkverträgen“ beim selben Auftraggeber sollen nun zur Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge zusammengezogen werden.

Wird aufgrund mehrerer Beschäftigungen die Höchstbeitragsgrundlage überschritten, so kann bis zum 31. Jänner des Folgejahres beantragt werden, daß der Arbeitnehmerbeitrag zur Pensionsversicherung, der den Höchstbeitrag übersteigt, rückerstattet wird (Neu: auch der Krankenversicherungsbeitrag des Dienstnehmers).

10. ABZUGSTEUER GEMÄß § 109A EStG

Bei freien Dienstverträgen und dienstnehmerähnlichen Werkverträgen hat der Auftraggeber 20 % Abzugsteuer einzubehalten. In der Regel ist bei Sozialversicherungspflicht auch Abzugsteuerpflicht ge-

geben (Neu: Freigrenze von öS 8.000,-).

Die Abzugsteuer beträgt **20 % der Einnahmen** (Einnahmen sind der nicht um Ausgaben gekürzte Betrag).

Zu den **Einnahmen** (zum steuerpflichtigen Honorar) zählen daher insbesondere:

- Sachbezüge (z.B. private Nutzung eines auftraggebereigenen PKW)
- Naturalleistungen (z.B. Holzdeputat, vom Auftraggeber bereitgestellte Mahlzeiten)
- die vom Auftraggeber einbehaltenen Abzugsteuer
- der vom Auftraggeber einbehaltenen Auftragnehmeranteil zur Sozialversicherung
- Reisekostensätze
- Kostensätze für Geräte, Maschinen und Materialien, die der Auftragnehmer zur Leistungserstellung einsetzt
- Kostensätze und Vergütungen für Lizenzen und Subhonorare.

Nicht zu den Einnahmen (zum steuerpflichtigen Honorar) zählen:

- die Umsatzsteuer,
- der Auftraggeberanteil zur Sozialversicherung,
- vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel zur Ausführung der Dienstleistung bzw. der dienstnehmerähnlichen Beschäftigung (bereitgestellte Räumlichkeiten, Geräte und Betriebsmittel).

11. ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN

Die Bestimmungen über **freie Dienstverträge** sind mit **1. Juli in Kraft getreten**. Bei Vertragsverhältnissen, die sich über diesen Zeitpunkt erstrecken, ist eine **Abgrenzung** vorzunehmen. Bei **dienstnehmerähnlichen Werkverträgen** hingegen kommt es auf den Vertragsabschluß an. Vor dem 1. Juli abgeschlossene Vereinbarungen unterliegen nicht der Versicherungs-

pflicht, auch wenn die Leistung nach dem 1. Juli erbracht wird. Die **Abzugsteuerpflicht** gilt für Zeiträume nach dem 1. Juli, außer es handelt sich um Nachzahlungen für Tätigkeiten, die vor diesem Zeitpunkt geleistet wurden.

12. SCHLUSSBEMERKUNG

Aufgrund der Kürze der Ausführungen kann in diesem Beitrag auf die Meldeverpflichtungen des Auftraggebers und des Auftragnehmers nicht eingegangen werden. Es soll darauf hingewiesen werden, daß es sich aber empfiehlt, die Meldeverpflichtung hinsichtlich der Pflichtversicherung erst mit **1. Oktober** (laut Medienberichten 1. November) – **Übergangsbestimmung** – wahrzunehmen, da bis dahin allfällige Problembereiche eventuell durch einen Erlaß klargestellt worden sind. Auch bleibt abzuwarten, ob die in den Medien verbreiteten Änderungen wirklich Gesetz werden. Zudem kann eine Anmeldung „unter Protest“ erfolgen. Die GKK hat dann die Verpflichtung zu überprüfen, ob der Sachverhalt überhaupt einer Versicherungspflicht unterliegt.



*Der
Schlüssel
zur
Zukunft...*

Universitätslehrgang
"Internationales
Innovations- und
Technologie-
management"

Die Zusatzqualifikation
für Techniker.



LIMAK
INSTITUT AN DER
JOHANNES KEPLER UNIVERSITÄT

LIMAK, Mag. Andrea Künz
Wiener Straße 131, 4020 Linz
Telefon +43 - 732 - 3334 - 564