

DISSERTATION

**Titel: „Arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und arbeitslosen-
versicherungsrechtliche Aspekte künstlerischer Tätigkeit“**

Verfasser: Mag. Andreas Gerhartl

Angestrebter akademischer Grad: Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl:	A 083 101
Dissertationsgebiet:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Dr. Martin E. Risak

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	9
1. Problemstellung.....	9
2. Gesellschaftspolitische Relevanz des Themas	11
3. Themenabgrenzung.....	16
4. Überblick über bisherige Darstellungen.....	18
5. Aufbau der Untersuchung	19
Erster Teil: Arbeitsrechtliche Aspekte.....	20
1. Einleitung	20
1.1. Arbeitnehmerbegriff und Fallkonstellationen	20
1.2. Problemstellung und Aufbau der weiteren Darstellung	22
2. Rollenstudium als vertraglich vereinbarte Tätigkeit?	23
2.1. Rechtsfolgentheorie.....	23
2.2. Vertragsabschluss und -inhalt.....	24
3. Mehrere Verträge oder ein Gesamtvertrag?	26
4. Rechtliche Qualifikation	29
4.1. Problemstellung und Fortgang der Darstellung.....	29
4.2. Unterschiedliche Rechtsfolgen	30
4.2.1. Im Individualarbeitsrecht.....	30
4.2.1.1. Grundsätzliches	30
4.2.1.2. Konkrete Beispiele	30
4.2.2. Im Kollektiven Arbeitsrecht.....	32
4.2.2.1. Bedeutung des Arbeitnehmerstatus	32
4.2.2.2. Gesamtverträge.....	32
4.2.2.3. Möglichkeiten kollektiver Rechtssetzung in anderen Rechtsbereichen.....	34
4.2.2.4. Exkurs: Der Tarifvertrag in Deutschland	34
4.2.2.5. Einbeziehung von Heimarbeitern in das Betriebsverfassungsrecht.....	35
4.3. Historische Entwicklung.....	37
4.3.1. Entwicklung bis zum ABGB.....	37
4.3.2. Die III. Teilnovelle zum ABGB.....	40
4.3.3. Weitere Rechtsentwicklung	43
4.3.3.1. Legislative	43
4.3.3.2. Judikatur.....	44
4.3.3.3. Charakteristika des Arbeitsvertrages.....	45
4.4. Kennzeichen der einzelnen Vertragstypen.....	47
4.4.1. Arbeits- bzw Werkvertrag.....	47
4.4.2. Freier Dienstvertrag	47
4.5. Abgrenzungskriterien	49
4.5.1. Grundsätzliches.....	49
4.5.2. Persönliche Abhängigkeit, persönliche Arbeitspflicht	50
4.5.3. Eingliederung in den Betrieb	51
4.5.4. Tragen des Betriebsrisikos	52
4.5.5. Weitere Kriterien.....	52
4.5.6. Resümee	54
4.5.6.1. Arbeitsvertrag.....	54
4.5.6.2. Werkvertrag.....	54
4.5.6.3. Freier Dienstvertrag.....	55
4.5.7. Rechtsmissbrauch.....	56
4.6. Beurteilungen der Verträge von Künstlern durch die Judikatur	58
4.6.1. Einleitung	58
4.6.2. Entscheidungen zum Anwendungsbereich des Schauspielergesetzes	59
4.6.2.1. Bezeichnung des Vertrages	59
4.6.2.2. Vertragsinhalt.....	59
4.6.3. Fotomodell	62
4.6.4. Musiker.....	62
4.6.4.1. Grundsätzliche Entscheidungen	62
4.6.4.2. Eingliederung in den Betrieb, Entgelthöhe	63
4.6.4.3. Vertretungsmöglichkeit.....	64
4.6.4.4. Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag.....	64

4.6.5. Theatergruppe	65
4.6.6. Zusammenfassung und Judikatur-Tendenzen	66
5. Eigene Meinung	67
5.1. Einleitung	67
5.2. Schauspielerverträge	68
5.2.1. Persönliche Leistungserbringung	68
5.2.2. Eingliederung in den Betrieb	69
5.2.3. Geschuldete Leistung	70
5.3. Allgemeine Schlussfolgerungen	72
5.3.1. Einleitung	72
5.3.2. Zeitliche Komponente	72
5.3.3. Persönliche Leistungserbringung	73
5.3.4. Betriebliche Eingliederung	74
5.3.5. Persönliche Weisungen	74
5.3.6. Ergebnis	76
5.3.6.1. Abgrenzung zum Werkvertrag	76
5.3.6.2. Qualität und Quantität der Leistung	77
5.3.6.3. Dauerhafte Vertragsbeziehung	79
5.3.6.4. Abgrenzung zum freien Dienstvertrag	80
5.3.6.5. Reihenfolge der Prüfungsschritte	81
5.4. Gruppenarbeitsverträge	82
5.4.1. Grundsätzliches	82
5.4.2. Unterschiedliche Rechtsfolgen	84
5.4.3. Rechtsfolgen von Leistungsstörungen	85
5.4.3.1. Differenzierte Betrachtungsweise	85
5.4.3.2. Rechtsgrundlage des Entgeltanspruches	87
Zweiter Teil: Sozialversicherungsrechtliche Fragen	89
1. Einleitung	89
2. Historische Entwicklung	91
2.1. Einleitung	91
2.2. Entwicklung im ASVG und im GSVG	92
2.2.1. Bis zum Strukturanpassungsgesetz 1996	92
2.2.2. Einbeziehung der freien Dienstnehmer	92
2.2.3. Überarbeitung der gesetzlichen Definitionen	94
2.2.4. Aufhebung durch den VfGH	95
2.2.4.1. Entscheidung	95
2.2.4.2. Begründung	96
2.2.5. ASRÄG 1997	98
2.2.6. Weitere Novellen	99
2.2.7. Beitragssätze für neue Selbständige	100
2.3. Stellung der Künstler in der Sozialversicherung	102
3. Dienstnehmer aufgrund persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit	105
3.1. Grundsatzentscheidung des VwGH	105
3.2. Weitere Entwicklung der Judikatur	107
3.2.1. Persönliche Abhängigkeit	107
3.2.2. Beschäftigung gegen Entgelt	108
3.3. VwGH-Entscheidungen zur Sozialversicherungspflicht von Künstlern	109
3.3.1. Einleitung	109
3.3.2. Grundsätzliches	109
3.3.2.1. Lichttechniker	109
3.3.2.2. Rundfunkmitarbeiter	109
3.3.2.3. Musiker	110
3.3.2.4. Musiklehrer	110
3.3.3. Vertretungsbefugnis	111
3.3.3.1. Sänger	111
3.3.3.2. Orchestersubstitut	111
3.3.3.3. Operettenbetrieb	112
3.3.3.4. Musikkapelle	112
3.3.3.5. Musiktherapeut	113
3.3.3.6. Musiklehrer	113
3.3.3.7. Schauspieler	113
3.3.4. Überwiegensprinzip	114

3.3.4.1. Musikschullehrer	114
3.3.4.2. Musiker	114
3.3.4.3. Chorsänger	114
3.3.5. Gruppenverträge (Musikkapellen)	115
3.4. Schlussfolgerungen	116
3.4.1. Einleitung	116
3.4.2. Vertretungsbefugnis	116
3.4.2.1. Judikatur des OGH	116
3.4.2.2. Judikatur des VwGH	117
3.4.3. Ergebnis	118
4. Dienstnehmer aufgrund bestehender Lohnsteuerpflicht	119
4.1. Grundsätzliches	119
4.2. Dienstnehmer im Einkommenssteuerrecht	121
4.2.1. Lohnsteuerrichtlinien	121
4.2.2. Judikatur des VwGH	121
4.2.3. Literatur	123
4.2.4. Eigene Meinung	125
4.3. Vorfragenproblematik	127
4.3.1. Problemstellung	127
4.3.2. Ansicht des VwGH	127
4.3.3. Eigene Meinung	128
4.3.3.1. Reichweite der Kompetenz des Sozialversicherungsträgers	128
4.3.3.2. Aussetzen des Verfahrens	130
4.3.3.3. Bindungswirkung eines Bescheides	130
4.3.3.4. Grenzen der Bindungswirkung	131
5. Freier Dienstnehmer	134
5.1. Gesetzliche Definition	134
5.2. Tatbestandsmerkmale	135
5.2.1. Freier Dienstvertrag	135
5.2.1.1. Charakteristika des freien Dienstvertrages	135
5.2.1.2. Abgrenzung zum Werkvertrag	135
5.2.2. Verpflichtung zur Dienstleistung	137
5.2.3. Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung	138
5.2.4. Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel	139
5.2.4.1. Judikatur und Literatur	139
5.2.4.2. Eigene Meinung	139
5.2.5. Mehrere Auftraggeber	141
5.3. Fragen des Inkrafttretens	142
6. Neue Selbständige	144
6.1. Grundsätzliches	144
6.2. Betriebliche Tätigkeit	145
6.3. Erzielen bestimmter Einkünfte	147
6.4. Subsidiarität	149
6.5. Beginn und Ende der Pflichtversicherung	150
6.5.1. Grundsätzliches	150
6.5.2. Betriebliche Tätigkeit, Berufsbefugnis	150
6.5.3. Infrastruktur	151
6.5.4. Unterlassen von Meldungen	151
6.5.5. Zuordnung von Einkünften	152
6.6. Feststellung der Versicherungspflicht	154
6.6.1. Einleitung	154
6.6.2. Einbeziehung ex post	155
6.6.2.1. Problemstellung	155
6.6.2.2. Judikatur und Literatur	155
6.6.2.3. Eigene Meinung	156
6.6.3. Ex-ante-Einbeziehung	158
6.6.3.1. Erklärung des Selbständigen	158
6.6.3.2. Contrarius actus	159
6.6.3.3. Konsequenzen dieser Konstruktion	159
6.7. Beitragsbemessung	161
6.7.1. Vorläufige und endgültige Beitragsgrundlage	161
6.7.2. Erfassung der Einkünfte	161

6.7.3. Bindungswirkung.....	162
6.8. Verfassungsrechtliche Probleme.....	164
6.8.1. Einleitung	164
6.8.2. Kompetenzrechtliche Problematik	165
6.8.2.1. Problemstellung und Literatur.....	165
6.8.2.2. Eigene Ansicht	166
6.8.3. Die Selbstverwaltung	168
6.8.4. Unterschiedliche Versicherungsgrenzen	170
6.8.4.1. Problemstellung.....	170
6.8.4.2. Literatur	170
6.8.4.3. Eigene Meinung	171
6.8.5. Möglichkeit des Opting in	172
6.8.6. Differenzierungen im Beitragsrecht	173
6.8.6.1. Problemstellung und Literatur.....	173
6.8.6.2. Eigene Meinung	173
7. Abgrenzungsfragen	176
7.1. Problemstellung.....	176
7.2. Bindungswirkung und Vorfragenproblematik.....	178
7.3. Rückabwicklung.....	179
7.3.1. Problemstellung	179
7.3.2. Rückabwicklungsverbot.....	179
7.3.3. Analogiefähigkeit des Rückabwicklungsverbotes.....	179
7.3.3.1. Lehre und Judikatur.....	179
7.3.3.2. Eigene Meinung	180
7.3.4. Konsequenzen der Rückabwicklung	181
7.3.4.1. Abzugsrecht des Dienstgebers.....	181
7.3.4.2. Rückforderbarkeit von GSVG-Beiträgen	181
7.3.4.3. Erstattungsanspruch	182
7.3.4.5. Regress im Innenverhältnis	183
8. Mehrfache Beschäftigung.....	185
8.1. Grundsätzliches.....	185
8.2. Mehrfache Versicherungspflicht nach dem ASVG	185
8.3. ASVG-Beschäftigung und selbständige Erwerbstätigkeit nach dem GSVG	186
8.4. Beamter mit ASVG-Beschäftigung.....	187
8.5. Beamter mit selbständiger Erwerbstätigkeit	187
8.6. Mehrere selbständige Erwerbstätigkeiten	188
8.7. Leistungen.....	188
8.7.1. Krankenversicherung	188
8.7.2. Unfallversicherung.....	188
8.7.3. Pensionsversicherung.....	189
9. Geringfügige Beschäftigung	190
9.1. Geringfügigkeit im ASVG	190
9.1.1. Allgemeines	190
9.1.2. Kurzfristige Beschäftigungen	191
9.1.3. Selbstversicherung bei geringfügiger Beschäftigung	193
9.2. Selbständige mit bloß geringfügigen Einkünften	194
9.2.1. Neue Selbständige	194
9.2.2. Ausnahme von Pflichtversicherung auf Antrag.....	194
9.2.3. Kumulation von Ausnahmebestimmungen?.....	195
10. Das K-SVFG und dessen Probleme.....	197
10.1. Einrichtung und Funktionsweise des KSVF	197
10.2. Einkommen aus künstlerischer Tätigkeit	199
10.3. Novellierung des K-SVFG	201
10.4. Offene Fragen und Probleme	203
10.4.1. Einleitung	203
10.4.2. Höhe des Zuschusses.....	203
10.4.3. Rückforderungskonstruktion	203
11. Einzelfragen	206
11.1. Auswirkungen des Bezuges von Einkünften in der Pension	206
11.1.1. Problemstellung	206
11.1.2. Judikatur zu Folgeprovisionen.....	206
11.1.3. Konsequenzen für Künstler	207

11.2. Unterschiedlicher Künstlerbegriff	208
11.2.1. Gesetzliche Definitionen	208
11.2.2. Bedeutung der (Hochschul)ausbildung	209
11.2.3. Art der künstlerischen Tätigkeit	211
11.3. Probleme der Berufs- bzw Erwerbsunfähigkeitspension	213
11.3.1. Problemstellung	213
11.3.2. Invalidität bzw Berufsunfähigkeit im ASVG	213
11.3.3. Erwerbsunfähigkeit im GSVG	214
11.3.4. Judikatur	216
11.3.5. Eigene Ansicht	217
11.3.5.1. Grundsätzliches	217
11.3.5.2. Berufsschutz nach dem ASVG vor dem 57. Lebensjahr	218
11.3.5.3. Berufsschutz nach dem ASVG nach Vollendung des 57. Lebensjahres	219
11.3.5.4. Berufsschutz nach dem GSVG vor Vollendung des 50. Lebensjahres	220
11.3.5.5. Berufsschutz nach dem GSVG ab Vollendung des 50. Lebensjahres	221
11.3.5.6. Berufsschutz nach dem GSVG nach Erreichung des 57. Lebensjahres	222
11.3.5.7. Resümee	223
Dritter Teil: Arbeitslosenversicherungsrechtliche Fragen	225
1. Einleitung	225
2. Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung	227
2.1. Dienstnehmer	227
2.2. Einbeziehung freier Dienstnehmer und Selbständiger	228
2.2.1. Historische Entwicklung	228
2.2.2. Motive für die Einbeziehung	229
2.2.3. Umsetzung der Einbeziehung	231
2.2.4. Konsequenzen der Einbeziehung	233
2.2.4.1. Freie Dienstnehmer	233
2.2.4.2. Selbständig Erwerbstätige	233
2.2.5. Probleme der Einbeziehung	235
2.2.5.1. Eintritt der Arbeitslosigkeit bei Selbständigen	235
2.2.5.2. Zweit- oder Nebenbeschäftigung unter der Geringfügigkeitsgrenze	236
2.2.5.3. Sperrfrist bei Einstellung der Erwerbstätigkeit	238
3. Vorliegen von Arbeitslosigkeit	241
3.1. Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses	241
3.2. Keine materielle Änderung durch Änderung der Rechtslage	242
3.3. Dienstnehmer im Sinne des AIVG	244
3.3.1. Grundsätzliches	244
3.3.2. Beendigung des Dienstverhältnisses	245
3.3.3. Beendigung des Dienstverhältnisses strittig	247
3.4. Selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des AIVG	248
3.4.1. Definitionsmerkmale	248
3.4.2. Beginn und Ende der selbständigen Tätigkeit	249
3.4.2.1. Problemstellung	249
3.4.2.2. Steuerpflicht, Einkünfte	249
3.4.2.3. Rahmenvereinbarungen	250
3.4.2.4. Resümee	250
3.4.3. Procedere der Einkommensermittlung	252
3.4.3.1. Grundsätzliches	252
3.4.3.2. Erklärung des Arbeitslosen	252
3.4.3.3. Einkommenssteuerbescheid	253
3.4.3.4. Vorübergehende und durchgehende Beschäftigung	254
3.4.4. Zuflussprinzip	256
3.4.5. Zeitliche Kongruenz	257
4. Einkommensbegriff des §§ 36a, 36b AIVG	259
4.1. Grundsätzliches	259
4.2. Die einzelnen Einkunftsarten	261
4.2.1. Grundsätzliches	261
4.2.2. Einkünfte aus selbständiger Arbeit	261
4.2.3. Einkünfte aus Gewerbebetrieb	262
5. Vorübergehende Beschäftigung	264
5.1. Problemstellung und Abgrenzungsfragen	264
5.2. Entwicklung der Rechtslage	265

5.3. Unterschiedliche Geringfügigkeitsgrenzen	266
5.4. Kürzere vorübergehende Erwerbstätigkeit	268
5.4.1. Grundsätzliches	268
5.4.2. Beispiele	269
5.4.3. Probleme, die diese Bestimmung aufwirft	270
5.5. Längere vorübergehende Erwerbstätigkeit	272
5.5.1. Grundsätzliches	272
5.5.2. Aliquotierung von „Rumpfmonaten“	272
5.6. Schlussfolgerung	274
6. Berufsschutzproblematik	275
6.1. Einleitung	275
6.2. Dauer des Berufsschutzes	276
6.3. Reichweite des Berufsschutzes	278
6.3.1. Grundsätzliches	278
6.3.2. Bestimmung der bisherigen Tätigkeit	279
6.3.2.1. Bezeichnung und Qualifikation	279
6.3.2.2. Zeitliche Komponente	280
6.3.3. Wesentliche Erschweris der Ausübung des bisherigen Berufes	281
6.3.3.1. Vermeiden längerer Arbeitslosigkeit	281
6.3.3.2. Schutz vor sozialem Abstieg	281
6.3.3.3. Teiltätigkeiten und Beschäftigungsaussichten	282
6.3.4. Resümee	284
Vierter Teil: Rechtspolitische Vorschläge	285
1. Einleitung	285
2. Schaffung eines neuen Dienstnehmerbegriffes	286
2.1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bzw Anhaltspunkte	286
2.1.1. Grünbuch Arbeitsrecht	286
2.1.2. EuGH-Rechtsprechung zur Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft	288
2.1.2.1. Vermutung durch Vertragsabschluss	288
2.1.2.2. Vermutung durch Erbringung von Arbeitsleistungen	289
2.1.2.3. Schlussfolgerung	290
2.1.3. Weitere Anhaltspunkte im Gemeinschaftsrecht	291
2.1.4. Schlussfolgerung	292
2.2. Der Arbeitnehmerbegriff in rechtsvergleichender Hinsicht	293
2.2.1. Grundsätzliches	293
2.2.2. Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft	296
2.2.2.1. Grundsätzliches	296
2.2.2.2. Deutschland	297
2.2.2.3. Südafrika	297
2.2.2.4. Spanien	298
2.2.3. Rechtslage in Deutschland im Speziellen	299
2.2.3.1. Grundsätzliches	299
2.2.3.2. Arbeitnehmer	299
2.2.3.3. Arbeitnehmerähnliche Personen	300
2.2.3.4. Resümee	302
2.2.4. Zusammenfassung und Ergebnis	303
2.3. Pro- und contra-Argumente für bzw gegen eine Reform	304
2.4. Eigene Vorschläge	306
3. Weitere Reformvorschläge	308
3.1. Abschaffen der täglichen Geringfügigkeitsgrenze	308
3.2. Beseitigung von Diskrepanzen im ALVG	309
3.3. Änderungen der Sozialversicherungspflicht von Künstlern	310
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	311
1. Arbeitsrechtlicher Teil	311
1.1. Abgrenzungsfragen	311
1.1.1. Überwiegensprinzip	311
1.1.2. Abgrenzung Arbeitsvertrag/Werkvertrag	311
1.1.3. Abgrenzung Arbeitsvertrag/freier Dienstvertrag	312
1.1.4. Reihenfolge der Prüfungsschritte	312
1.2. Gruppenvertrag	312
1.2.1. Möglichkeiten der Vertragsgestaltung	312
1.2.2. Rechtsfolgen	312

1.2.3. Rechtsfolgen von Leistungsstörungen	313
2. Sozialversicherungsrechtlicher Teil	314
2.1. Grundsätzliches	314
2.2. Dienstnehmer	314
2.3. Arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer	314
2.4. Neue Selbständige	315
2.4.1. Bestehen der Pflichtversicherung	315
2.4.2. Beginn und Ende der Pflichtversicherung	315
2.4.3. Verfassungsrechtliche Problematik	315
2.5. Strittige Zuordnung	316
2.5.1. Verfahrensfragen	316
2.5.2. Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit	316
2.6. Mehrfache Beschäftigung	317
2.7. Geringfügige bzw kurzfristige Beschäftigungen	317
2.8. Fragen des K-SVFG	317
2.9. Einkünfte aus bereits beendeter Tätigkeit	317
2.10. Unterschiedliche Definitionen	318
2.11. Berufsschutz in der Pensionsversicherung	318
3. Arbeitslosenversicherungsrechtlicher Teil	319
3.1. Einbeziehung Selbständiger	319
3.1.1. Erklärung des Selbständigen	319
3.1.2. Bestehende Pflichtversicherung	319
3.1.3. Nebentätigkeit	319
3.1.4. Nachsicht	320
3.2. Beschäftigungsverhältnis	320
3.3. (Freies) Dienstverhältnis	320
3.3.1. Definition	320
3.3.2. Beendigung strittig	321
3.4. Beginn und Ende selbständiger Erwerbstätigkeit	321
3.5. Procedere der Einkommensermittlung	321
3.6. Vorübergehende Erwerbstätigkeit	322
3.7. Berufsschutz	322
4. Rechtspolitischer Teil	323
4.1. Reform des Arbeitnehmerbegriffs	323
4.1.1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	323
4.1.2. Rechtsvergleich	323
4.1.3. Stossrichtung der Novellierung	324
4.2. Sonstiger Reformbedarf	324
Nachwort und Schlussbetrachtung	325
Literaturverzeichnis	327

Einleitung

1. Problemstellung

Der rechtliche Status von Künstlern ist in mehrfacher Hinsicht unklar und problematisch: Zum einen ist die Subsumtion des Vertrages, auf dessen Basis die künstlerischen Leistungen erbracht werden, unter die Typologie des ABGB häufig strittig und diffus. Dieser Zuordnung kommt jedoch hohe praktische Bedeutung zu, da die Ansprüche, die gegen den Vertragspartner bestehen, durch den Vertragstypus bestimmt werden. So sind beispielsweise arbeitsrechtliche (Schutz-)bestimmungen – zumindest grundsätzlich - nur dann anwendbar, wenn die darstellenden künstlerischen Leistungen auf Basis eines Arbeitsvertrages geschuldet werden.

Beispiele:

- Anspruch auf Urlaub besteht nur, wenn das Urlaubsgesetz auf das gegenständliche Vertragsverhältnis anzuwenden ist. Der Geltungsbereich des Urlaubsgesetzes erstreckt sich gemäß dessen § 1 Abs 1 jedoch nur auf Arbeitsverhältnisse (nicht hingegen bspw auf freie Dienstverhältnisse oder Werkverhältnisse).
- Auch vom Geltungsbereich eines KollV sind nur Arbeitsverhältnisse erfasst.¹ Anspruch auf Sonderzahlungen, deren Entstehungsgrundlage ein KollV ist, besteht daher nur, wenn Leistungen in Form eines Arbeitsvertrages erbracht werden.² Auch finanzielle Leistungen, die durch ein arbeitsrechtliches Gesetz eingeräumt werden, können nur von Vertragspartnern, die sich in einem Arbeitsverhältnis befinden, begehrt werden.³
- Die arbeitszeitrechtlichen Schutzbestimmungen insbes des AZG und ARG, aber auch bspw des MSchG oder des KJBG, wie Höchstgrenzen der Arbeitszeit oder die Verpflichtung zur Einhaltung von Ruhezeiten und Ruhepausen, sind nur auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden.
- Die Bestimmungen des AuslBG müssen gem § 2 Abs 2 leg cit prinzipiell nur beachtet werden, wenn die vertraglich geschuldete Leistung in Form eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses erbracht wird.⁴

¹ § 8 Z 1 ArbVG.

² Auch freie Dienstnehmer haben keinen Anspruch auf Sonderzahlungen. Vgl *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 1151 ABGB Rz 129 ff.

³ OGH 26.3.1997, 9 Ob A 54/97z, DRdA 1998/3 (*Mazal*) = SZ 70/52, für Überstundenzuschläge eines freien Dienstnehmers.

⁴ Für die Beurteilung ist dabei gem Abs 3 leg cit der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgeblich (vgl *Bachler*, Einsatz von Werkverträgen im Ausländerbeschäftigungs-

Auch für die Sozialversicherung ist relevant, auf Basis welcher vertraglichen Grundlage Künstler ihre Erwerbstätigkeit verrichten. Dienstnehmer unterliegen gem § 4 Abs 1 Z 1 der Sozialversicherung nach dem ASVG; freie Dienstnehmer nur dann, wenn sie den Kriterien gem § 4 Abs 4 leg cit entsprechen. Andernfalls, also bei Nichterfüllung dieser Voraussetzungen, ist die Einbeziehung von freien Dienstnehmern in die gesetzliche Sozialversicherung nach dem GSVG zu beurteilen. Die Sozialversicherungspflicht von Werkunternehmern richtet sich nach den Bestimmungen des GSVG (und nicht nach dem ASVG). In beiden Fällen kommt insbes das Bestehen der Sozialversicherungspflicht als so genannter „neuer Selbständiger“ in Frage. Bei Künstlern stellt sich darüber hinaus die Frage, ob das K-SVFG anwendbar ist, und bejahenden falls, welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

Schließlich hat die Gestaltung der Verträge darstellender Künstler auch arbeitslosenversicherungsrechtliche Auswirkungen. Zwar hängt die Frage, ob Arbeitslosigkeit vorliegt, nicht davon ab, in welcher Rechtsform eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, sondern gem § 12 Abs 1 iVm Abs 3 lit a und b schließt sowohl eine selbständige als auch eine unselbständige Erwerbstätigkeit Arbeitslosigkeit aus. Interessant ist jedoch, für welchen Zeitraum eine (selbständige oder unselbständige) Erwerbstätigkeit ausgeübt (und somit das Vorliegen von Arbeitslosigkeit ausgeschlossen) wird. Diese Frage stellt sich bei darstellenden Künstlern deshalb sehr häufig, weil die Ausübung der vertraglich geschuldeten Leistung oft vorbereitende Tätigkeiten erforderlich macht. Folglich ist es relevant, ob das Vertragsverhältnis auch den Vorbereitungszeitraum umfasst (und somit das Vorliegen von Arbeitslosigkeit auch für diesen Zeitraum ausschließt) oder nicht.

Erfüllen Künstler die Voraussetzungen für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit (und beziehen daher Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe), verfügen jedoch über ein weiteres Einkommen, so eröffnen sich weitere Problemfelder im Arbeitslosenversicherungsrecht, da gem § 21a ALVG ein aus vorübergehender Erwerbstätigkeit erzieltetes Einkommen auf das Arbeitslosengeld anzurechnen ist.⁵ Weiters sind in diesem Fall die §§ 36a bis 36c ALVG zu beachten, die bestimmen, nach welchen Kriterien das erzielte Einkommen für die Beurteilung des Vorliegens von Arbeitslosigkeit heranzuziehen ist.

recht, ZAS 2002, 1); § 3 Abs 4 AuslB erlaubt allerdings die kurzfristige Beschäftigung von Ausländern, die bestimmte künstlerische Tätigkeiten ausüben, ohne Beschäftigungsbewilligung.

⁵ Gleiches gilt gem § 38 ALVG bei Bezug von Notstandshilfe.

2. Gesellschaftspolitische Relevanz des Themas

Einschlägige Untersuchungen belegen, dass atypische, also keinem Vertragstyp eindeutig zuordenbare Beschäftigungsformen generell im Zunehmen begriffen sind. So heißt es etwa, dass künftig vielfach zur Normalität werden wird, was heute noch als atypisch bezeichnet wird.⁶ Es verwundert daher nicht, dass sich atypische Beschäftigungen auch in der Literatur zunehmender Beliebtheit erfreuen.⁷ Auch an Lösungsvorschlägen mangelt es nicht. Diese reichen von der Schaffung „bezahlter Bürgerarbeit“⁸ bis hin zu einer Umgestaltung des Sozialsystems.⁹ Dies unterstreicht die praktische wie theoretische Bedeutsamkeit des Phänomens der atypischen Beschäftigung.

Die hohe gesellschaftspolitische Relevanz der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Komponente des Themas trat insbes in den Jahren 2004 und 2005 zutage. Der Fall eines bekannten Schauspielerehepaares, das in der drehfreien Zeit Notstandshilfe bezog, beschäftigte die Medien über mehrere Monate hinweg und trug zur Verankerung der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Dimension der gegenständlichen Problemstellung in weiten Teilen der Bevölkerung bei. Dabei handelt es sich keineswegs um einen Einzelfall, sondern die Problematik betrifft de facto die komplette Riege der darstellenden Künstler.

Die Chronologie dieser Ereignisse sei im Folgenden anhand einschlägiger Medienberichte wiedergegeben:¹⁰

Am 10.12.2004 wurde der Fall durch einen Artikel in „Format“ ins Rollen gebracht. Unter der Überschrift „Fernsehstars Albert Fortell und Barbara Wussow gehen stempeln“ war (auszugsweise) Folgendes zu lesen:

⁶ *Talos*, Atypische Beschäftigung: Verbreitung – Konsequenzen – sozialstaatliche Regelungen. Ein vergleichendes Resümee, in *Talos* (Hrsg), Atypische Beschäftigung. Internationale Trends und sozialstaatliche Regelungen (1999) 461.

⁷ Etwa *Sprung/König*, Die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Stellung eines Zielorte-Reiseleiters, ZAS 1985, 163; *Karl*, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 227; *Blasina*, Schilehrer und freier Dienstvertrag, ASoK 2005, 83; *Schneller*, Atypische Beschäftigte im Medienbereich – Gedanken zur neuen Rechtsprechung, DRdA 2006, 190; *Klein*, Beschäftigung im Rahmen von „Pflegepools“ – freiberufliche Tätigkeit oder Arbeitsvertrag? DRdA 2006, 431; *Mazal*, Hausbetreuung – Kritische Aspekte, ecolex 2007, 580; *Tomandl*, Was ist selbständige Personenbetreuung? ZAS 2007, 196.

⁸ Etwa *Beck*, Die Seele der Demokratie: Bezahlte Bürgerarbeit, in *Beck* (Hrsg); Die Zukunft von Arbeit und Demokratie (2000) 417.

⁹ *Adler*, Alternatives to Social Insurance, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 185.

¹⁰ Die Nachweise basieren auf Auswertungen aus dem APA-Online-Manager.

„Der Schauplatz: AMS Wien, Währinger Gürtel. Im Mittelpunkt steht Albert Fortell alias Adalbert Fortelini. Der populäre Mime wartet wie alle anderen Parteien geduldig, bis er aufgerufen wird. Er geht, wie man landläufig sagt, „stempeln“. Plötzlich ruft ein anderer Sozialhilfeempfänger in der Warteschlange völlig erstaunt: „Herr Fortell, Sie kassieren Notstandshilfe?!“ Darauf Fortell: „Selbstverständlich gehe ich stempeln. Ich habe kein Problem damit, ich ja auch in den Versicherungstopf eingezahlt“. Der Fernsehstar weist den Leidensgenossen auf den Umstand hin, dass ein Schauspieler in Österreich meist ohne soziales Netz arbeiten müsse. Nicht nur er selbst, sondern auch seine Ehefrau, die TV-Ikone Barbara Wussow, bezog wiederholt Notstandshilfe. Vom November 2002 bis April 2003 und vom November 2003 bis Mai heurigen Jahres kassierte das Ehepaar insgesamt 17.600 €. Fortell ließ sich vom Staat also monatlich 1.000 €, Gattin Wussow 600 € zuschießen.

Auf Anfrage rechtfertigt Fortell, der für einen normalen Drehtag bis zu 3.000 € verdient, seinen Gang aufs Arbeitsamt mit der herrschenden Rechtslage: „Wir sind nur so lange im System, wie wir als Schauspieler unter Vertrag sind. In dieser Zeit sind wir angestellt. Ist eine TV-Serie abgedreht, sind wir bis auf weiteres ohne jeglichen Versicherungsschutz“. Fortell wünscht sich amerikanische Verhältnisse. In den USA könne jeder Schauspieler eine Firma gründen und sich selbst an eine Filmproduktion „vermieten“. Der Vorteil laut Fortell: Man ist selbständig und für seine Steuer- und Sozialabgaben auch selbst verantwortlich. „In Österreich ist es aber politischer Wille, Lohnabhängige zu schaffen und es den Selbständigen schwer zu machen“, wettet der TV-Schlossherr. Und solange sich dieses System nicht ändere, würden er und seine Ehefrau auch weiterhin stempeln gehen. Es gehe dabei ja gar nicht ums Geld, sondern um die Sozialversicherung.“

Bereits am selben Tag wurde im „Standard“ auf den „Format“-Artikel Bezug genommen und ein Interview von Fortell mit der APA zitiert. Darauf habe Fortell gesagt, er habe im Zeitraum von November 2002 bis April 2003 Arbeitslosengeld erhalten, im Zeitraum von November 2003 bis April 2004 sei er um 14 Tage zu kurz angemeldet gewesen, um Anspruch auf Arbeitslosengeld zu haben. Seine Gattin Barbara Wussow sei wegen zu kurzer Verträge nie auf die notwendigen Versicherungszeiten gekommen. Auf Anraten des AMS habe er sie daher bei sich mit angemeldet; schließlich gehe es ja auch um Pensionszeiten.

Diese Meldungen lösten in Folge großes mediales Echo sowohl über den betreffenden Einzelfall als auch über die Rechtslage aus. So hieß es in einem „Standard“-Kommentar vom

17.12.2004: „Wenig verwunderlich, dass nun viele vollends empört sind, wenn gut situierte Promis die Arbeitslosen- bzw. Notstandshilfe nicht als Hilfe in Not, sondern als Mitnahmemerkel im Wert von 17.600 € betrachten. Um nicht missverstanden zu werden: Das ist kein Missbrauch von Sozialleistungen und juristisch völlig korrekt, zeugt allerdings vom gänzlichen Fehlen der – eigentlich bei Schauspielern hoch geschätzten – Sensibilität. Letztere lässt freilich auch der Gesetzgeber vermissen, der es zulässt, dass Menschen mit Betreuungspflichten für kranke Angehörige – wieder rechtlich korrekt – strafweise plötzlich ohne einen Cent dastehen. Hier wird Härte demonstriert, die den Betroffenen generell nicht weiter- und ihnen auch zu keinem Job verhilft, während Arbeitslose mit Promifaktor unbelästigt aufs nächste – gut dotierte – Engagement warten dürfen.“

In der „Presse“ wurde am selben Tag ausgeführt:

„Natürlich gibt es, wie in jedem komplexen System, im Sozialnetz nach österreichischer Strickart Schlampigkeitsfehler und Schlupflöcher. Es melden sich ja nicht nur Fernsehhoteliers in der Nebensaison auf dem Arbeitsamt, sondern auch Ehepartner von echten, erfolgreichen Hotelbesitzern. Die Baubranche lebt gut damit, dass sie ihre Arbeiter nur das halbe Jahr lang anstellt – auf Kosten der Allgemeinheit. Auch wenn man den Wussows das Geld nicht so recht gönnen mag – es hat einen Sinn, dass sich Arbeitslosengeld und Notstandshilfe nach den Ansprüchen von Versicherten richten und nicht nach Bedürftigkeit bemessen werden. Das gibt den Betroffenen Rechtssicherheit, sie können planen und sie können ihr Geld notfalls einklagen. Und jene, die es wirklich nötig haben, müssen nicht auf dem Sozialamt um ein Almosen betteln. In diesem Sinne ist es auch erfreulich, dass aus dem Plan, die Notstands- zur Sozialhilfe zu degradieren, bisher nicht Realität geworden ist. Schlimm genug, dass immer mehr atypisch Beschäftigte und Scheinselbständige vom System nicht mehr richtig erfasst werden.

Übrigens: Notstandshilfe bekommt man ohnehin nicht unbegrenzt, sondern nur solange man prinzipiell bereit ist, fast jeden Job anzunehmen. Nur einen Fernsehhotelier wie Albert Fortell zwingt man halt nicht so schnell, Zimmer aufzuräumen oder Teller zu waschen“.

Am 23.12.2004 wurde im „Format“ berichtet, dass die Einkommenssteuerbescheide von Fortell und Wussow nun vom AMS überprüft würden. Herausgefunden werden soll, ob das Paar während der Zeit, als es Notstandshilfe bezog, auch Drehtermine bei Film und Fernsehen

wahrgenommen habe. Am 25.5.2005 meldeten die „Salzburger Nachrichten“, dass die Steuerakten nun auch von der Staatsanwaltschaft geprüft würden. Nach Berichten im „Standard“ und in den „Salzburger Nachrichten“ jeweils vom 17.11.2005 wurden die Ermittlungen wegen schweren Betruges eingestellt. Als Begründung wurde im „Standard“ angeführt, dass es sich stets nur um kurzfristige Beschäftigungspausen gehandelt habe. Die „Salzburger Nachrichten“ zitierten den Pressesprecher der Staatsanwaltschaft, der den Umstand, dass sich der Betrugsverdacht nicht erhärten lassen habe, damit begründete, dass das AMS keine konkreten Zahlen über den Betrag nennen könne, der unberechtigt bezogen worden sein solle. Letztlich sei ein so geringer Betrag übrig geblieben, dass sich das Ganze in Luft aufgelöst habe. Die Rechtslage sei äußerst diffus und undurchsichtig, sodass zumindest im Zweifel davon auszugehen gewesen sei, dass die beiden Schauspieler in gutem Glauben gehandelt hätten.

Mit diesen Berichten über die Einstellung des Strafverfahrens fand die mediale Berichterstattung zum konkreten Fall, in deren Zuge auch rechtspolitische Vorschläge unterbreitet bzw. Forderungen erhoben worden waren, im Wesentlichen ihr Ende. Zur Unterstreichung der gesellschaftspolitischen Dimension der Problematik werden einige dieser Stellungnahmen im Folgenden wiedergegeben.

Am 16.12.2004 wurde im Ö1-Mittagsjournal erwähnt, *Mazal* plädiere dafür, die Notstandshilfe nicht nur an das Einkommen, sondern auch an das Vermögen zu koppeln. Am 17.12.2004 wurde in der „Kronen Zeitung“ berichtet, *Friedl* vom Verband der österreichischen Schauspieler, forderte ein eigenes Künstlersozialversicherungsgesetz, das durchgehenden Versicherungsschutz gewähre.¹¹ In derselben Ausgabe wurde erwähnt, dass ein derartiges Gesetz nach Auskunft der Sprecherin des damaligen Staatssekretärs *Morak* bereits bestehe. Dass gut verdienen TV-Stars Notstandshilfe bekämen, sei völlig in Ordnung und eine Änderung sei nicht geplant. Am 22.12.2004 wurde der Steuerberater *Steirer* im „Kurier“ wie folgt zitiert: „Ein Schauspieler, der eine Filmrolle bekommt, wird während der Dreharbeiten zwingend angestellt. Während der Vorbereitung auf die Rolle hat er aber kein Einkommen und ist vielleicht überhaupt nicht versichert, Künstler hüpfen, je nach Beschäftigung zwischen ASVG, GSVG und gar keiner Versicherung hin und her.“ *Mazal* sehe laut diesem Artikel in der verworrenen Gesetzeslage allerdings kein spezielles Problem der Künstler. Unser Sozialversicherungssystem sei auf Arbeitsformen zugeschnitten, die im Schwinden seien. Mehrere 100.000 Men-

¹¹ Dieselbe Forderung erhob der Vorsitzende der Künstler- und Mediengewerkschaft, *Skrepek*, am 22.12.2004 laut „Kurier“ und am 23.11.2005 laut „Wiener Zeitung“.

schen seien von den neuen Verhältnissen betroffen. Wir hätten ein System mit hohem Verwaltungsaufwand, das voller Absurditäten sei. *Steirer* schlug am 23.12.2004 laut „Format“ vor, die Künstlergagen künftig einer Grundsatzbetrachtung zu unterziehen, um tatsächlich einen Notstand feststellen zu können.

3. Themenabgrenzung

Die Auswahl der behandelten Themen erweist sich als nicht unproblematisch. Zum einen wäre eine Beschränkung der Themenstellung auf Filmschauspieler (in Entsprechung des unter Punkt 2. dargestellten Sachverhaltes) zu eng, da die aufgezeigten arbeits-, sozialversicherungs- und arbeitslosenversicherungsrechtlichen Problemstellungen nicht bloß bei diesem Personenkreis, sondern auch bei Ausübung anderer Kunstgattungen auftreten. Zum anderen würde eine Behandlung sämtlicher durch diesen Fall aufgeworfener Fragen (also bspw sämtliche Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld und Notstandshilfe, die Rückforderbarkeit zu Unrecht bezogener Leistungen, die strafrechtlichen Konsequenzen bei Erschleichen von Leistungen etc) inklusive der dabei aufgeworfenen rechtspolitischen Fragen (zB soll das Vermögen auf die Notstandshilfe angerechnet werden, sollen die bereits bestehenden Möglichkeit einer beitragsfreien Mitversicherung ausgeweitet werden, sollen neue Formen der sozialen Absicherung geschaffen werden etc) zu einer (subjektiv) nicht mehr bewältigbaren Ausweitung der Themenstellung führen.

Die Wahl des Untersuchungsgegenstandes machte daher eine (letztlich auf eigener Einschätzung beruhenden) Themenabgrenzung erforderlich. So beschränkt sich der arbeitsrechtliche Teil im Wesentlichen auf die Frage, welchem Vertragstypus eine bestimmte, zwischen einem Künstler und seinem Vertragspartner geschlossene Vereinbarung zuzuordnen ist. Spezifische arbeitsrechtliche Problemstellungen (etwa Fragen, welches Entgelt unter Zugrundelegung eines bestimmten KollV gebührt), werden daher nicht behandelt.¹² Für die Themenauswahl waren folgende Überlegungen wesentlich:

- Die wechselseitige Verschränkung der verschiedenen Rechtsbereiche,¹³ aber auch die (in einem bestimmten Rechtsgebiet jeweils auftretende) Vielfalt und Unterschiedlichkeit einzelner Problemstellungen¹⁴ ließen es angezeigt erscheinen, Fragestellungen sowohl aus dem Arbeits-, Sozialversicherungs- als auch Arbeitslosenversicherungsrecht zu behandeln.
- In Anbetracht der sozial- und gesellschaftspolitischen Relevanz des Themas erschien es sinnvoll, auch rechtspolitische Überlegungen in die Arbeit einfließen zu lassen.

¹² Vgl etwa OGH 10.12.1997, 9 ObA 343/97z, zur Frage, ob Mitglieder des Chors der Wiener Staatsoper für die Teilnahme an zusätzlichen Proben Anspruch auf einen Zuschlag haben.

¹³ Bsp: Der Begriff des Arbeitnehmers bzw Dienstnehmers wird im Arbeits- bzw Sozialversicherungsrecht in nahezu identischer Bedeutung verwendet.

¹⁴ Bsp: Der Begriff der „neuen Selbständigen“ hat im Sozialversicherungs-, nicht aber im Arbeitsrecht Relevanz.

- Grundsätzliche (dh nicht künstlerspezifische) Problemstellungen, denen (nicht nur, aber) auch für Künstler Relevanz zukommt, werden nicht ausgeklammert. Bisweilen ist die Behandlung derartiger Themen sogar nahezu unvermeidlich.¹⁵

Auf eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit dem Begriff des Künstlers wird verzichtet, da damit für die gegenständliche Problemstellung wenig gewonnen werden: Alle arbeits-, sozialversicherungs- und arbeitslosenversicherungsrechtlichen Probleme stellen sich unabhängig davon, ob der Begriff des Künstlers enger oder weiter verstanden wird, ob also bspw auch Kunstschaffende, die ihrer Tätigkeit ausüben, indem sie anderen Unterricht erteilen, darunter subsumiert werden oder nicht. Auf das Problem divergenter gesetzlicher Definitionen wird im zweiten Teil eingegangen.

¹⁵ So setzt etwa die Subsumtion einer bestimmten (selbständigen oder unselbständigen) Tätigkeit unter eine für die Anwendung arbeits- oder sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften relevante Kategorie (zB Arbeitnehmer, freier Dienstnehmer, „neuer Selbständiger“ etc) voraus, dass die betreffenden Begriffe zunächst (allgemein) geklärt und von einander abgegrenzt werden.

4. Überblick über bisherige Darstellungen

Die insbes über die Abgrenzung zwischen freien Dienstverträgen und Arbeitsverträgen sowie über die Rechtsfigur der neuen Selbständigen existierende Literatur hat mittlerweile ein Ausmaß erreicht, das schier unüberblickbar geworden ist. Die Situation von Künstlern wird in derartigen einschlägigen Darstellungen üblicher weise zwar als eine (von vielen) Fallkonstellationen mitbehandelt,¹⁶ soweit ersichtlich, setzt sich jedoch keine Arbeit primär oder ausschließlich mit diesem Themenkreis auseinander. Soweit Publikationen zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Fragen, die Künstler betreffen, existieren, beschränken sie sich auf Angehörige einer bestimmten Kunstgattung (zB Schauspieler).¹⁷

¹⁶ Beispiel: *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag (2007), führt im Kapitel „Berufsgruppen-ABC“ Filmkomparsen (69), Klavierspieler (78), Künstler (82), Musiker (86), Musiklehrer (87), Orchestermitglieder (88), Orchestersubstituten (89) und Regisseure (93) als jeweils eigene Berufsgruppe an.

¹⁷ ZB *Steuxner/Ziehensack*, Arbeits- und sozialrechtliche Probleme im Theaterbetrieb, in FS *Anwalt und Berater der Republik* (2005) 284.

5. Aufbau der Untersuchung

Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Im ersten Teil wird der Frage nachgegangen, wie die Verträge von Künstlern im Gefüge des Arbeitsrechts einzuordnen sind und (zumindest beispielhaft), welche Rechtsfolgen aus dieser Zuordnung jeweils resultieren. Im zweiten Teil wird untersucht, welche (unterschiedlichen) Möglichkeiten zur Einbeziehung von Künstlern in die gesetzliche Sozialversicherungspflicht bestehen, und welche Probleme daraus resultieren. Der dritte Teil knüpft an den zweiten Teil an und widmet sich der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Problemstellungen, die im Zusammenhang mit der unterschiedlichen Form der Einbeziehung in die Sozialversicherung (und somit auch bei Künstlern) auftreten. Im vierten Teil werden Vorschläge für eine gesetzliche Neuregelung einiger im Rahmen der Untersuchung aufgezeigten Problemstellungen unterbreitet.

Aufgrund der Vielzahl an Literatur zu manchen der behandelten Problemstellungen unterblieb von Vorneherein jeder Versuch, das vorhandene Schrifttum umfassend aufzuarbeiten. Die angeführten Zitate stellen daher nur eine kleine Auswahl der verfügbaren literarischen Quellen dar und sollen lediglich beispielhaft belegen, welche Stoßrichtung bei Diskussionen und Überlegungen eingeschlagen wird, erheben jedoch keinerlei Anspruch, den Meinungsstand lückenlos abzubilden.

Erster Teil: Arbeitsrechtliche Aspekte

1. Einleitung

1.1. Arbeitnehmerbegriff und Fallkonstellationen

Ein Arbeitsvertrag liegt vor, wenn sich eine Vertragspartei (der Arbeitnehmer) zur Erbringung von Dienst- oder Arbeitsleistungen für die andere Vertragspartei (den Arbeitgeber) verpflichtet und der Arbeitnehmer bei der Leistungserbringung unselbständig (in persönlicher Abhängigkeit) agiert. Arbeitnehmer kann nur eine physische Person sein, da nur diese Arbeitsleistungen erbringen kann.¹⁸ Eine juristische Person kann sich hingegen nur dazu verpflichten, die Erbringung von Arbeitsleistungen (durch physische Personen) zu veranlassen. Neben diesem vertragsrechtlichen existieren auch andere Arbeitnehmer-Begriffe. So stellt der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmer-Begriff des § 36 ArbVG zum einen stärker auf den Umstand der faktischen Beschäftigung im Betrieb als auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ab, schließt aber auch manche Personen, denen die Arbeitnehmerstellung im Sinne des Vertragsrechts zukommt (zB leitende Angestellte), aus. Der Arbeitnehmerbegriff in § 2 ASchG geht hingegen über denjenigen des Arbeitsvertragsrechts hinaus.¹⁹ Weiters kommt der Begriff des Arbeitnehmers auch im Gemeinschaftsrecht vor. Obwohl es sich dabei um eine eigenständige Bezeichnung handelt, stimmt diese weitgehend mit dem Arbeitnehmerbegriff, wie er im österreichischen Vertragsrecht verwendet wird, überein.²⁰ Im Rahmen dieser Arbeit wird auf den Arbeitnehmerbegriff im Sinne des Vertragsrechtes abgestellt.

Problematisch sind dabei (auch) im Zusammenhang mit Verträgen über die Erbringung künstlerischer Tätigkeiten folgende Punkte:

- Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag, freiem Dienstvertrag und Werkvertrag;
- Das „rechtliche Schicksal“ eines allfälligen Zeitraums, der allenfalls zur Vorbereitung der (explizit) geschuldeten künstlerischen Tätigkeit erbracht wird;
- Die rechtliche Konstruktion von Verträgen, mit denen sich mehrere Personen gemeinsam zur Erbringung einer künstlerischen Tätigkeit verpflichten.

¹⁸ OGH 4.11.1986, 14 Ob 156/86, wbl 1987, 128.

¹⁹ Risak, Verwirrungen um den Arbeitnehmerbegriff des ASchG, ecolex 1999, 43.

²⁰ Rebhahn in Schwarze (Hrsg), EGV (2000) Art 136 Rz 18 ff.

Aus Gründen der Veranschaulichung wird zunächst ein Überblick über die einzelnen in Betracht kommenden vertraglichen Konstellationen zur Erbringung künstlerischer Tätigkeiten gegeben. Im Wesentlichen lassen sich dabei folgende Kriterien identifizieren und voneinander unterscheiden:

A. Nach der Art der Leistungserbringung:

a) Der Künstler verpflichtet sich zur Erbringung einer „standardisierten“ Leistung, die keiner weiteren Vorbereitung bedarf, sondern „aus dem Stand“ erbracht wird.

Beispiel: Ein Sänger vollbringt eine gesangliche Darbietung (z.B. Liederabend).

b) Der Künstler verpflichtet sich zur Erbringung einer Leistung, für die es einer gezielten Vorbereitung bedarf, die die Erbringung der geschuldeten Leistung erst ermöglicht.

Beispiele: Mitwirkung an einer Filmproduktion oder einer Theateraufführung.

In der Variante a) bedarf es zwar ebenfalls einer Vorbereitung (z.B. der Einübung neuer Lieder), doch verfügt der Künstler in diesem Fall über ein „Standardrepertoire“, das er anbietet und dessen Erbringung bei jedem von ihm eingegangenen Vertrag zum Vertragsgegenstand wird.

B. Nach der Zahl der am Vertragsverhältnis beteiligten Personen:

a) Die Leistung wird vom Künstler alleine erbracht (z.B. Solosänger)

b) Der Künstler benötigt zur Leistungserbringung auch die Unterstützung anderer Personen (z.B. Sänger mit Band)

c) Die Leistung kann nur durch das gemeinsame Zusammenwirken mehrerer Künstler erbracht werden (z.B. eine Gruppentanzveranstaltung)

1.2. Problemstellung und Aufbau der weiteren Darstellung

Im Folgenden wird der Untersuchungsgegenstand zunächst auf Sachverhalte begrenzt, bei denen bloß ein Künstler beteiligt ist, und die Ausübung der vereinbarten Tätigkeit eine Vorbereitung des Künstlers erfordert. Erst danach werden auch Konstellationen, bei denen mehrere Künstler für die Erbringung ihrer Tätigkeit zusammenwirken (müssen), in die Darstellung mit einbezogen.

Die Problemstellung soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden:

Ein Schauspieler verpflichtet sich vertraglich zur Teilnahme an Dreharbeiten für eine Fernsehserie im Zeitraum vom 3.4.2006 bis 21.4.2006. Der Schauspieler erhält das Drehbuch im Oktober 2005 ausgefolgt. Um die ihm zukommende Rolle bei den Dreharbeiten ausüben zu können, ist es erforderlich, das Drehbuch zu studieren, seine Rolle zu lernen und einzuüben. Dies ist allerdings explizit nicht Vertragsgegenstand. Der Schauspieler erledigt diese Tätigkeit zu Hause in der Zeit zwischen Oktober 2005 und Ende März 2006.

Daraus ergeben sich mehrere Fragen:

Ist das Rollenstudium als vertraglich vereinbarte Tätigkeit zu betrachten?

Falls ja, liegen mehrere Verträge (Rollenstudium und Schauspieltätigkeit) vor oder sind beide Tätigkeiten als bloß ein Vertrag anzusehen?

Wie sind diese (mehreren) Verträge bzw der Gesamtvertrag rechtlich zu qualifizieren?

Diesen Fragen soll nun im Einzelnen nachgegangen werden. Der Schauspielvertrag dient dabei als pars pro toto für darstellend künstlerische Tätigkeiten, deren Ausübung eine Vorbereitung erforderlich macht (zB Chansons, Gesangsauftritte).

2. Rollenstudium als vertraglich vereinbarte Tätigkeit?

2.1. Rechtsfolgentheorie

Ob das Rollenstudium als vertraglich vereinbarte (und somit geschuldete) Tätigkeit zu betrachten ist, hängt in erster Linie davon ab, ob die Personen, die eine Vereinbarung treffen, damit Rechtsfolgen auslösen wollen. Es kommt also darauf an, ob die betreffende Vereinbarung unter die Rechtsordnung unterstellt und daher im Konfliktfall mit rechtlichen Instrumenten durchgesetzt werden können soll. Dabei ist allerdings nicht gefordert, dass den Parteien jede einzelne Rechtsfolge bewusst ist, die durch ihre Vereinbarung ausgelöst wird. Da die Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr im Regelfall juristische Laien sind, wäre es überzogen, zu verlangen, dass ihnen die Details der rechtlichen Folgen, die an ein Rechtsgeschäft geknüpft werden, bewusst sind, sondern es genügt, wenn ihnen klar ist, dass Rechtswirkungen erzeugt werden sollen, die notfalls mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden können. Wesentlich ist daher, dass den Parteien nicht erkennbar das Bewusstsein fehlt, durch ihre Vereinbarung Rechtsfolgen auszulösen.

Diese so genannte „gemäßigte Rechtsfolgentheorie“ ist soweit ersichtlich in der modernen Zivilrechtslehre nicht (mehr) umstritten.²¹ Die ältere Lehre hielt es demgegenüber für ausreichend, dass die Parteien mit ihrer Vereinbarung bloß eine wirtschaftliche oder soziale Wirkung anstreben.²² Dem wurde zu Recht entgegen gehalten, dass damit die Grenze zwischen Rechtsgeschäften und Handlungen des täglichen Lebens, die nach dem Willen der Beteiligten nicht unter die Rechtsordnung unterstellt werden sollen (etwa eine Einladung zu einem Abendessen unter Freunden oder die Vereinbarung eines Rendezvous), verwischt würde.²³

Eine Anwendung der Kriterien der gemäßigten Rechtsfolgentheorie auf das gegenständliche Problem führt mE zum Ergebnis, dass das Rollenstudium nicht als unverbindliche, nicht unter die Rechtsordnung zu unterstellende Tätigkeit qualifiziert werden kann. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass es für die Parteien, die einen Vertrag über die Erbringung schauspielerischer Leistungen abgeschlossen haben, nicht irrelevant ist, ob die Rolle einstudiert wird oder nicht. Da die Dreharbeiten nur dann wie vorgesehen abgewickelt werden können, wenn alle

²¹ Siehe dazu etwa *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 7; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992) 51 ff; *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre (1986) 8 ff.

²² So genannte Grundfolgentheorie, vgl etwa *Mayer-Maly*, Einführung in die allgemeinen Lehren des österreichischen Privatrechts (1984) 39.

²³ Siehe zB *Bydlinski*, Verträge über ärztliche Leistungen, in FS Kralik (1986), 345 (352 FN 23).

Schauspieler ihren Text beherrschen und ihre Rollen einstudiert haben, kann nicht davon ausgegangen werden, die Filmunternehmer möchten es dem Belieben der Schauspieler anheim stellen, ob und wie gründlich sie sich auf die Dreharbeiten vorbereiten. Da die mangelhafte Vorbereitung auch nur eines einzelnen Schauspielers auch Auswirkungen auf den gesamten Drehverlauf nach sich ziehen kann (Entfall von Drehtagen, Verschieben des Drehbeginns), wäre es realitätsfremd, zu unterstellen, dass die Vertragsparteien beabsichtigen, die daraus entstehenden Konsequenzen (Schadenersatzansprüche, Zusatzkosten) außerhalb der Rechtsordnung anzusiedeln und würden somit darauf verzichten, die damit einhergehenden Ansprüche unter Nutzung der Instrumente, die die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, geltend zu machen.

Dass das Rollenstudium als unter die Rechtsordnung zu unterstellende Handlung zu qualifizieren ist, bedeutet aber noch nicht notwendigerweise, dass es auch bereits zum Vertragsinhalt wird. Schadenersatzansprüche können ja bspw auch bereits aus der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten entstehen.²⁴ Es muss daher danach gefragt werden, ob auch die (weiteren) Voraussetzungen für das Vorliegen eines Vertragsabschlusses gegeben sind.

2.2. Vertragsabschluss und -inhalt

Maßgeblich für das Zustandekommen eines Vertragsabschlusses ist (ua) das Vorhandensein eines Verpflichtungswillens, also des Willensentschlusses, vertraglich gebunden sein zu wollen.²⁵ Kann daher argumentiert werden, der Filmunternehmer wolle erst dann einen Vertrag eingehen, wenn der Schauspieler - nach Beendigung des Rollenstudiums – dazu in der Lage ist, sich entsprechend den Vorstellungen des Filmunternehmers an den Dreharbeiten zu beteiligen, sodass das Rollenstudium als bloße Vorbereitungshandlung, die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist, nicht jedoch bereits als vertraglich geschuldete Leistung anzusehen ist? Erfüllt nicht bspw auch ein Vorsprechen dieselbe Funktion? Das Vorsprechen dient der Überprüfung der Qualifikation des Bewerbers für eine Rolle und (erst) danach entscheidet der Filmunternehmer darüber, ob er eine Rolle mit dem Bewerber besetzt oder nicht, also einen Vertrag mit ihm abschließt oder nicht.

Vorauszuschicken ist, dass die beteiligten Personen (Schauspieler und Filmunternehmer) ihre Rechtsbeziehung auf diese Art gestalten können, wenn sie dies möchten. Dies kann etwa da-

²⁴ Vgl grundlegend Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 59 ff.

²⁵ Vgl §§ 861, 869 ABGB; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 121 ff.

durch geschehen, dass dem Filmunternehmer ein Optionsrecht²⁶ auf Abschluss des Schauspielvertrages eingeräumt wird. In diesem Fall hätte der Filmunternehmer die Möglichkeit, sich, nachdem der Schauspieler sein Rollenstudium beendet hat, zu vergewissern, ob dieser seinen Anforderungen an den Darsteller der gegenständlichen Rolle entspricht, und bejahenden falls (erst) durch Nutzung der ihm zukommenden Optionsmöglichkeit den Schauspielvertrag zu begründen.

Diese Konstellation unterscheidet jedoch von der hier untersuchten (und in der Praxis üblichen), wonach ein Vertragsverhältnis zwischen den beteiligten Personen (unstrittiger weise) bereits eingegangen wurde. Das Argument, dass das Rollenstudium auf die Herbeiführung eines Vertrages gerichtet sei, verfängt daher in der gegenständlichen Problemstellung nicht (darin liegt auch der Unterschied zu einem Vorsprechen). Das Rollenstudium ist daher nicht als vorvertragliche Tätigkeit, sondern als vertraglich vereinbarte Verpflichtung zwischen Filmunternehmer und Schauspieler zu qualifizieren (ob als Inhalt des Schauspielvertrages oder als separater Vertrag, ist noch zu untersuchen).

²⁶ Vgl. *Georgiades*, Optionsvertrag und Optionsrecht, in FS Larenz (1973) 409; *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965); *Weber*, Der Optionsvertrag, JuS 1990, 249; *Hase*, Vertragsbindung durch Vorvertrag (1999).

3. Mehrere Verträge oder ein Gesamtvertrag?

Dass verschiedene Vertragsverhältnisse zwischen denselben Vertragsparteien nebeneinander bestehen (etwa Arbeitsvertrag und Werkvertrag) ist nicht ausgeschlossen.²⁷ Für die Beurteilung, ob bloß ein Rechtsverhältnis vorliegt oder mehrere Verträge geschlossen wurden, kommt es entscheidend auf

- den Parteiwillen
- die objektive Trennbarkeit und
- (in Bezug auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages) arbeitsrechtliche Schutzprinzipien

an. Im Erkenntnis vom 10.10.2005, 2004/08/0218 gelangte der VwGH bspw zur Auffassung, dass durch die Beauftragung mit der Errichtung von bestimmten Projekten („C-Centren“, das sind Parkplätze verbunden mit Tankstellen, Werkstätten, Ladenzeilen, Freizeiteinrichtungen für Lkw-Fahrer, Restaurants etc) bloß ein einziges Vertragsverhältnis (das in concreto als Werkvertrag beurteilt wurde) begründet wurde. Dass ein Auftrag – nach Klarstellung des Arbeitsumfanges und Festlegung des Gesamthonorars - jeweils nur für ein bestimmtes Projekt erteilt wurde, vermochte an dieser Einschätzung nichts zu ändern; der VwGH qualifizierte die Vertragsbeziehung dennoch als Gesamtvertrag und nicht als Kette von Einzelverträgen.

Die Anwendung dieser Kriterien auf das gegenständliche Problem führt zu folgendem Ergebnis:

Der (vermutete) Parteiwillen spricht mE für das Vorliegen bloß eines Vertrages. Das Rollenstudium per se hätte für den Filmunternehmer ja keinen Wert, sondern diese Tätigkeit dient „lediglich“ dem Zweck, die darauf folgenden Dreharbeiten zu erleichtern bzw überhaupt erst zu ermöglichen. Somit ist davon auszugehen, dass zumindest ein Vertragsteil kein Interesse daran hat, zwei getrennte Verträge, nämlich einen über die Verpflichtung zum Rollenstudium und einen über die Verpflichtung zur Teilnahme an den Dreharbeiten, abzuschließen.²⁸ Auch dem Schauspieler muss der Gegenwert der geschuldeten Leistungen für seinen Vertragspartner und somit die Wertlosigkeit des Rollenstudiums alleine für diesen bewusst sein. Dadurch,

²⁷ ZB VwGH 10.10.2005, 2004/08/0218.

²⁸ Dies erhellt auch aus dem Umstand, dass idR „bloß“ ein Gesamtentgelt vereinbart (und das für das Rollenstudium gebührende Entgelt daher nicht separat ausgewiesen) wird.

dass er in den Schauspielvertrag einwilligt, gibt er daher zu verstehen, dass er mit der von seinem Verhandlungspartner (implizit) intendierten Vertragsgestaltung in Form eines Gesamtvertrages, der sowohl die Verpflichtung zur Beteiligung an den Dreharbeiten als auch zum Rollenstudium beinhaltet, einverstanden ist. Der Wille der Parteien ist daher auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet.

Die objektive Trennbarkeit des Vertrages wird von der Judikatur sowohl unter dem Blickwinkel der zeitlichen Abfolge der geschuldeten Tätigkeiten als auch deren sachlichen Verschränkung betrachtet.²⁹ Die zeitliche Komponente steht zwar einer Trennbarkeit der vertraglich geschuldeten Tätigkeiten (und somit einer Aufspaltung in mehrere Verträge) nicht im Wege, da das Rollenstudium notwendiger Weise vor Beginn der Dreharbeiten abgeschlossen sein muss, der Aspekt der sachlichen Verschränkung spricht aber klar gegen die Trennung. Wie bereits ausgeführt, bilden Rollenstudium und Dreharbeiten eine Einheit: Das Rollenstudium ist eine Tätigkeit, die die Dreharbeiten vorbereitet. Eine Trennung in mehrere Verträge wäre daher mE auch unter objektiven, von der Parteienabsicht losgelösten Gesichtspunkten nicht zweckmäßig.

Überlegungen unter dem Gesichtspunkt arbeitsrechtlicher Schutzprinzipien müssen und können an dieser Stelle zurückgestellt werden. Dieser Aspekt kommt nur dann ins Spiel, wenn nach Maßgabe der bisher behandelten Kriterien vom Vorliegen mehrere Verträge auszugehen wäre, von denen aber zumindest einer als Arbeitsvertrag und zumindest ein weiterer nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. In diesem Fall könnte unter dem Fokus, dass arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen nicht dadurch umgangen werden dürfen, dass ein Vertrag in mehrere Verträge unterteilt wird, das Zwischenergebnis, wonach mehrere Verträge zwischen denselben Vertragspartner vorliegen, zugunsten des Resultats, dass doch bloß ein Vertrag abgeschlossen wurde (und dass dieser als Arbeitsvertrag zu bewerten ist), verworfen werden.

Da die bisher angestellten Überlegungen jedoch ohnehin zu dem Ergebnis führen, dass der Schauspielvertrag bloß als ein Vertrag anzusehen ist, können derartige Betrachtungen ausgeblendet werden, denn entweder der Schauspielvertrag ist ein Arbeitsvertrag (dann sind arbeitsrechtliche Bestimmungen ohnehin auf ihn anzuwenden) oder er ist kein Arbeitsvertrag (dann ist es jedoch sachgerecht, dass das Arbeitsrecht auf diesen Vertrag keine Anwendung findet, weshalb auch kein Raum für die Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzprinzipien bleibt).

²⁹ ZB VwGH 10.10.2005, 2004/08/0218; VwGH 17.11.2004, 2002/08/0283; OGH 19.12.2002, 8 Ob A 135/02i, ZAS 2004/14, 87 (Resch).

Welchem Vertragstypus der Schauspielvertrag zuzuordnen ist, ist noch zu untersuchen; an dieser Stelle bleibt jedoch zunächst als Ergebnis festzuhalten, dass er als ein Vertrag, der auch die Verpflichtung zum Rollenstudium inkludiert, anzusehen ist, und nicht mehrere, separate Verträge vorliegen.

4. Rechtliche Qualifikation

4.1. Problemstellung und Fortgang der Darstellung

Für die Zuordnung des Schauspielvertrages zu einem Vertragstyp kommen prinzipiell drei Vertragskategorien in Betracht:

- Arbeitsvertrag (Dienstvertrag)
- Freier Dienstvertrag
- Werkvertrag

Sollte der Schauspielvertrag nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein, müsste darüber hinaus geprüft werden, ob er als arbeitnehmerähnlicher Vertrag anzusehen ist.³⁰ In diesem Fall wären die Schauspieler trotz Verneinung ihrer Arbeitnehmereigenschaft in den Anwendungsbereich bestimmter arbeitsrechtlicher Gesetze einbezogen³¹, da sie in der gleichen Weise als sozial schutzbedürftig angesehen werden wie Arbeitnehmer.

Im Folgenden wird zunächst skizziert, welcher Unterschied in den Rechtsfolgen mit der Zuordnung eines Vertrages zu einem bestimmten Vertragstyp verbunden ist (Punkt 4.2.). Danach wird die historische Entwicklung der unterschiedlichen Vertragstypen dargestellt (Punkt 4.3.). Auf diese Weise soll der Boden für die Herausarbeitung der Charakteristika der einzelnen Vertragstypen aufbereitet werden (Punkt 4.4.).

³⁰ Grundlegend Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980).

³¹ Vgl im Detail Radner in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht, Kap I Rz 83 f.

4.2. Unterschiedliche Rechtsfolgen

4.2.1. Im Individualarbeitsrecht

4.2.1.1. Grundsätzliches

Der grundlegende Unterschied zwischen Arbeitsverträgen und anderen Verträgen besteht schlichtweg daran, dass Arbeitsrecht grundsätzlich nur bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages anzuwenden ist. Von diesem Grundsatz bestehen allerdings Ausnahmen:

Durch die Einbeziehung auch von freien Dienstnehmern und Selbständigen in das ehemalige BMVG, das nunmehr BMSVG heißt, macht es für die Geltung dieses Gesetzes keinen Unterschied mehr, ob eine Tätigkeit auf Grundlage eines Arbeitsvertrages, freien Dienstvertrages oder Werkvertrages ausgeübt wird.

Darüber hinaus gelten bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften entweder ex lege auch für freie Dienstnehmer oder deren Anwendungsbereich wird von der Judikatur auch auf diesen Personenkreis erstreckt.³² Zudem gibt es Normen, die nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch arbeitnehmerähnliche Personen erfassen (siehe auch Punkt 4.3.3.). Dieser Begriff kann sich in concreto mit dem des freien Dienstnehmers decken; zwingend ist diese Kongruenz jedoch nicht.

4.2.1.2. Konkrete Beispiele

Stellt sich (erst) im Nachhinein heraus, dass ein Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, so sind darauf arbeitsrechtliche Regelungen anzuwenden. Probleme können sich aus diesem Umstand insbes die Entgelthöhe betreffend ergeben.³³ Klar ist, dass dem Arbeitnehmer jedenfalls das kollektivvertraglich festgelegte Entgelt gebührt; wurde eine darüber hinausgehende Vereinbarung getroffen, so steht das vereinbarte Entgelt ungeachtet seiner Bezeichnung (zB „Werklohn“) als Bruttoentgelt zu. Die im - vermeintlichen - Werklohn ent-

³² Ein Überblick über die einzelnen für freie Dienstnehmer (nicht) anzuwendenden Vorschriften findet sich bei *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag 111 ff.

³³ *Kietzbl*, Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 626; *ders*, Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, wbl 2006, 207; *Marhold* (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende, ASoK-Spezial 2009.

haltene Umsatzsteuer wurde von der Judikatur in einem Fall als Entgeltbestandteil, in einem anderen Fall hingegen als Durchlaufposten angesehen.³⁴ ME hängt die Lösung dieser Frage von der Interpretation des konkreten Vertrages ab; im Zweifel ist wohl davon auszugehen, dass die Umsatzsteuer (die ja für den – vermeintlichen – Auftraggeber bloß einen Durchlaufposten bildet) nicht als Teil des Entgelts vereinbart werden sollte.

Aus der (bloß) fälschlichen Bezeichnung des Vertrages als „Werkvertrag“ folgt nicht, dass sich der Arbeitnehmer vertraglich zur Tragung der Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung verpflichtet hätte.³⁵ Wirken Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in einen Schein-Werkvertrag zusammen, um dem Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge zu ersparen, so ist die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem (nunmehrigen) Insolvenz-Entgeltfonds rechtsmissbräuchlich und unzulässig.³⁶ Dies lässt sich mE dogmatisch in der Weise begründen, dass der Arbeitgeber im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer die Leistung von Versicherungsbeiträgen für den Versicherungsfall „Insolvenz“ hinterzogen hat, weshalb der Anspruch des Arbeitnehmers auf Versicherungsleistungen verwirkt ist.

Wird ein Arbeitsverhältnis auf Initiative des Arbeitnehmers in eine „selbständige Tätigkeit“ (mit erhöhtem Entgelt) umgewandelt, bleibt die Tätigkeit des Arbeitnehmers aber unverändert, hat der Arbeitnehmer nur dann Anspruch auf die nach dem KollV gebührenden Sonderzahlungen, wenn das erhöhte Entgelt unter dem Schema des KollV liegt; eine Abgeltung des Urlaubsanspruches kommt jedoch aufgrund des Ablöseverbotes gem § 7 UrlG nicht in Betracht.³⁷ Dasselbe gilt, wenn sich herausstellt, dass ein von den Vertragsparteien als freies Dienstverhältnis behandelter Vertrag in Wahrheit als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist: Die vom Arbeitnehmer bezogenen Honorare sind in diesem Fall auf vierzehn Gehälter umzulegen, um zu ermitteln, ob ein Anspruch auf Nachzahlung von Sonderzahlungen besteht.³⁸

³⁴ OGH 20.12.1995, 9 ObA 189/95, RdW 1997, 29; OGH 26.6.1997, 8 ObA 2158/96b, RdW 1998, 632.

³⁵ OGH 16.11.1997, 9 ObA 185/97i, DRdA 1998/20 (Gerlach).

³⁶ OGH 19.11.2000, 8 ObS 204/00h, RdW 2001, 463.

³⁷ OGH 17.2.2005, 8 ObA 20/04f, RdW 2005/842 = wbl 2005/257.

³⁸ ZB OGH 17.11.1981, 4 Ob 51/81, ZAS 1983, 134 (Gitter); OGH 16.3.1982, 4 Ob 8,9/81, DRdA 1985, 395 (Wachter); OGH 3.4.1986, 4 Ob 119/84; OGH 25.11.2008, 9 Ob 150/08m.

4.2.2. Im Kollektiven Arbeitsrecht

4.2.2.1. Bedeutung des Arbeitnehmerstatus

Auch im kollektiven Arbeitsrecht gilt, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen grundsätzlich nur auf Arbeitnehmer (iSd ArbVG) anzuwenden sind.³⁹ Von diesem Grundsatz existieren allerdings einige Ausnahmen, auf die im Folgenden – zur Wahrung eines vollständigen Überblicks - eingegangen wird. Besonders „pikant“ ist mE weiters der betriebsverfassungsrechtliche Status von Heimarbeitern: Diese unterliegen zwar im Prinzip dem Betriebsverfassungsrecht, sind aber von der Anwendbarkeit etlicher Bestimmungen ausgenommen.

4.2.2.2. Gesamtverträge

Auf der Ebene des kollektiven Arbeitsrechts besteht für zwei Gruppen von wirtschaftlich schwachen Selbständigen die Möglichkeit zum Abschluss eines Gesamtvertrages, nämlich für Heimarbeiter und für Journalisten.

Heimarbeiter sind mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer, aber aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit besonders schutzbedürftig. Das HeimAG enthält in den §§ 43 ff eine dem KollV nachempfundene Rechtsquelle, nämlich die Heimarbeitsgesamtverträge. Durch diese können die Heimarbeit betreffenden Arbeits- und Lieferbedingungen der Heimarbeiter, der Zwischenmeister und der Mittelspersonen sowie die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien des Heimarbeitsvertrages geregelt werden. Im Hinblick auf die „Heimarbeitsgesamtvertragsabschlussfähigkeit“ wird gemäß § 43 Abs 2 HeimAG auf die Kollektivvertragsabschlussfähigkeit verwiesen. In der Praxis wurden für den Bereich der Heimarbeiter auf Arbeitnehmerseite von den Gewerkschaften die Mindestentgelte für Heimarbeiter bei den Kollektivvertragsverhandlungen mitverhandelt. Das oft gemeinsame Vertragswerk wurde in Folge einerseits als KollV beim BMWA und andererseits unter der Bezeichnung „Gesamtvertrag“ bei der Heimarbeitskommission hinterlegt.

³⁹ Siehe zum Folgenden *Risak*, Die Neuorganisation des rechtlichen Schutzes für abhängige Arbeit - kollektivvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und Fragen der betrieblichen Mitbestimmung, in *Mazal/Muranaka*, Atypische Beschäftigte 69.

Die Bestimmungen des Heimarbeitsgesamtvertrages sind gem § 43 Abs 4 HeimAG relativ zwingend. Sondervereinbarungen sind, sofern sie der Heimarbeitsgesamtvertrag nicht ausschließt, nur gültig, soweit sie für den Heimarbeiter günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Heimarbeitsgesamtvertrag nicht geregelt sind. Nach § 45 Abs 3 HeimAG treten die Rechtswirkungen des Heimarbeitsgesamtvertrages auch für nicht vertragsangehörige Heimarbeiter ein, die von einem vertragsangehörigen Auftraggeber beschäftigt werden.

Im JournG wurde mit BGBl I 1999/78 – in Anlehnung an die Regelungen des HeimAG - die Möglichkeit geschaffen, einen Gesamtvertrag für ständige freie Mitarbeiter zu schließen.⁴⁰ Ein ständiger freier Mitarbeiter ist gem § 16 Abs 1 JournG, wer – ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen – in einem Medienunternehmen oder Mediendienst (ausgenommen dem ORF) an der inhaltlichen Gestaltung eines Mediums oder an den Mitteilungen eines Mediendienstes journalistisch mitwirkt, diese Tätigkeit ständig und nicht bloß als Nebenberuf ausübt, im Wesentlichen persönlich erbringt und über keine unternehmerische Struktur verfügt.

Durch diese Gesamtverträge können gem § 17 Abs 1 JournG die Honorarbedingungen und Aufwandsätze der ständigen freien Mitarbeiter sowie die Rechtsbeziehungen der Gesamtvertragsparteien geregelt werden. Zum Abschluss von Gesamtverträgen sind kollektivvertragsfähige juristische Personen befugt. Die Bestimmungen der Gesamtverträge sind relativ zwingend und können von den Gesamtvertragsparteien auch mit absolut zwingender Wirkung ausgestattet werden. Der Gesamtvertrag gilt gem § 19 Abs 3 JournG auch für nicht vertragsangehörige ständige freie Mitarbeiter, die von einem vertragsangehörigen Medienunternehmen oder Mediendienst beschäftigt werden.

⁴⁰ Siehe dazu *Runggaldier*, Kollektive Normsetzung für „ständige freie Mitarbeiter“ – kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Novelle des Journalistengesetzes, RdW 1999, 533.

4.2.2.3. Möglichkeiten kollektiver Rechtssetzung in anderen Rechtsbereichen

Das VerwertungsgesellschaftenG (BGBl 1936/112) sieht die Begründung von Unternehmen zur Verwertung von Vertrags- oder Senderechten vor, welche Gesamtverträge betreffend die entgeltliche Erteilung der Werknutzungsbewilligung mit den nach ihrem sachlichen Wirkungsbereich dazu berufenen öffentlich-rechtlichen Berufsorganisationen abschließen kann (§ 6 VerwertungsgesellschaftenG). Daneben sind auch Gesamtverträge mit freien Vereinigungen von Veranstaltern möglich, denen vom Unterrichtsministerium die Befähigung zum Abschluss von Gesamtverträgen zuerkannt wurde. Die Gesamtverträge haben insbesondere Bestimmungen über die Höhe sowie über die Art der Berechnung und Entrichtung des Werknutzungsentgelts zu enthalten (§ 7 Abs 2 VerwertungsgesellschaftenG). Vom Gesamtvertrag abweichende Vereinbarungen sind, soweit sie der Gesamtvertrag nicht ausschließt, nur gültig, wenn sie für den Veranstalter günstiger sind und die Veranstalterorganisation dieser Vergünstigung zustimmt.

Ebenfalls einem KollV ähnlich sind die Gesamtverträge im Krankenversicherungsrecht. Diese werden vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger für die Träger der Krankenversicherung mit den jeweiligen Landesärztekammer (bzw der Österreichischen Ärztekammer) abgeschlossen. Die Regelungsinhalte des Gesamtvertrages sind gesetzlich determiniert. Einen Anhang zum Gesamtvertrag stellt die Honorarnote dar, die festlegt, in welcher Höhe die Leistungen des Arztes von der Kasse abgegolten werden. Der einzelne Arzt schließt dann in Folge mit dem Krankenversicherungsträger einen Einzelvertrag, der dem Gesamtvertrag inhaltlich entsprechen muss. Der Gesamtvertrag hat somit absolut zwingende Wirkung.

4.2.2.4. Exkurs: Der Tarifvertrag in Deutschland

Gem § 12a des deutschen Tarifvertragsgesetzes (TVG) gelten die Vorschriften des TVG auch für Personen, die wirtschaftlich abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind, wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen sowie überwiegend für bloß eine Person tätig sind oder ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts (für Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, sowie für Personen, die an der Erbringung, insbes der technischen Gestaltung solcher Leistungen unmittelbar mitwir-

ken, mindestens ein Drittel des Entgelts) zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht.

Die Bedeutung des § 12a TVG liegt primär im Bereich der freien Mitarbeiter der Rundfunkanstalten. Wenngleich die Überschrift „Arbeitnehmerähnliche Personen“ den Eindruck erweckt, dass die Tarifautonomie durch diese Bestimmung auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen ausgedehnt werden soll, ergibt sich aus dem Ausschluss der wichtigen Gruppe der Handelsvertreter in § 12a Abs 4 TVG, dem Gesetzesaufbau sowie aus den Vorarbeiten des Gesetzgebers, dass damit bloß eine abgegrenzte Zielgruppe erfasst werden sollte, nämlich die freien Mitarbeiter der Medien, der Kunst sowie in Wissenschaft und Forschung und auch insofern eine einzelne Untergruppe, nämlich die freien Mitarbeiter der Rundfunk- und Fernsehanstalten in Deutschland.⁴¹

4.2.2.5. Einbeziehung von Heimarbeitern in das Betriebsverfassungsrecht

Heimarbeiter sind prinzipiell in den persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsrechts mit einbezogen. Allerdings sind die inhaltlichen Bestimmungen keineswegs uneingeschränkt auf sie anzuwenden:

Betriebsvereinbarungen gelten nur dann und insoweit auch für Heimarbeiter, als diese ausdrücklich in den Geltungsbereich einbezogen sind (§ 31 Abs 2 ArbVG).

Bei einigen Bestimmungen wird auf die regelmäßige Beschäftigung abgestellt. Diese liegt vor, wenn ein Heimarbeiter in den letzten 39 Wochen durch mindestens 13 Wochen bzw. in den letzten 78 Wochen mindestens 26 Wochen beschäftigt war und in diesen 13 bzw. 26 Wochen Arbeitsleistungen erbracht hat, die nach Dauer und Menge der eines Werkstattgehilfen entsprechen. Es handelt sich dabei um folgende Bestimmungen:

- Stimmberechtigung in der Betriebs- bzw. Jugendvertrauensversammlung (§§ 49 Abs 1, 124 Abs 6 ArbVG).
- Berücksichtigung bei der für die Anzahl der Mitglieder des Betriebs- bzw. Jugendvertrauensrates sowie für die Zahl der dauernd vom Dienst freizustellenden Betriebsratsmitglie-

⁴¹ Wank in Wiedermann, TVG⁶ (1999) § 12a Rn 20, 23.

der und der Bildungsfreistellung maßgebenden Zahl von Arbeitnehmern (§§ 50 Abs 2, 125 Abs 3, 117 Abs 4, 119 Abs 1 ArbVG).

- Aktives Wahlrecht bei der Betriebsratswahl (§§ 51 Abs 1, 126 Abs 4 ArbVG).
- Kein passives Wahlrecht zum Betriebs- bzw Jugendvertrauensrat (§§ 51 Abs 1, 126 Abs 7 ArbVG).

Da Heimarbeiter keine Arbeitnehmer und ex definitione in ihrer eigenen Wohnung bzw. einer selbst gewählten Arbeitsstätte beschäftigt sind, sind weiters all jene Bestimmungen des ArbVG auf sie unanwendbar, die auf das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses sowie die Eingliederung in den Betrieb abstellen.

4.3. Historische Entwicklung

4.3.1. Entwicklung bis zum ABGB

Im römischen Recht waren Dienstverträge von einem Rechtsinstitut umfasst, das dem Mietvertrag ähnelte (*locatio conductio operarum*).⁴² Das Rechtsverhältnis war als schuldrechtliches, zweiseitiges Austauschverhältnis konzipiert.⁴³

In der agrarisch geprägten Gesellschaft des Mittelalters dürfte es für einen Vertragstypus, der unserem heutigen Arbeitsvertrag ähnelt, praktisch keinen Anwendungsbereich gegeben haben. Die Produktion erfolgte entweder im Familienverband, in familienähnlichen Verhältnissen (Knappen), im Lehensverband oder unter Aufsicht des und unter Abhängigkeit vom Grundherrn. Arbeitsrecht spielte dabei keine Rolle. Ähnlich verhielt es sich im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit. Zwar enthielten mittelalterliche Zunftordnungen Regelungen, die inhaltlich dem Arbeitsrecht zuordenbar sind, wie Mindestlohnvorschriften, damit wurden aber keine sozialpolitischen, sondern wettbewerbsrechtliche Zielsetzungen verfolgt.

Verträge, die einen dem heutigen Arbeitsrecht fremden, eher familienähnlichen Charakter aufweisen, finden sich im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit beispielsweise im Bergwerkswesen.⁴⁴ Für diese Arbeitsverhältnisse existieren auch bereits früh obrigkeitliche Normierungen, in denen den Bergknappen bspw. ein Mindestmaß an Rechten und sozialem Schutz zuerkannt wurde. Neben dem Bergbau und dem Bergbau nach geordneten Produktionen (Hammerwerke usw.) finden sich in der damaligen Zeit arbeitsrechtliche Regelungen auch für See- und Binnenschiffer. Arbeitsrechtliche Regelungen für Personen, die höhere Dienste leisten, finden sich seit alters her auch im Handelsrecht. Vorläufer des modernen Arbeitsrechts sind schließlich ab dem 16. Jahrhundert in den Dienstbotenordnungen und der Fabrikgesetzgebung im ausgehenden 18. Jahrhundert enthalten.

Ausgehend von England, wo die Industrialisierung am frühesten einsetzte, entwickelte sich die moderne Arbeitnehmerschutzgesetzgebung. Der Moral and Health Act 1802 sollte die

⁴² Mayer-Maly, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, DRdA 1967, 281.

⁴³ Vgl dazu und zum folgenden Mazal, Zur Entwicklung der Anknüpfungstatbestände arbeits- und sozialrechtlicher Regelung, in Mazal/Muranaka, Atypisch Beschäftigte 48 ff.

⁴⁴ Ogris, Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert, DRdA 1967, 286.

größten Auswüchse der Kinderarbeit in den Textilfabriken beseitigen; es folgten arbeitszeitrechtliche und rudimentäre mutterschutzrechtliche Regelungen.

All diese Regelungen setzten das Vorliegen eines Arbeitsvertrages voraus. Dieser wurde in der Stamfassung des ABGB in § 1151 unter der Rubrik „Lohnvertrag“ wie folgt definiert: „Wenn sich jemand zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes, gegen einen gewissen Lohn in Gelde, verpflichtet, so entsteht ein Lohnvertrag“. Nach den Ausführungen Franz von Zeilers⁴⁵ werden damit entgeltliche Verträge über Dienstleistungen geregelt, worunter Handlungen gegen Geld oder Handlungen gegen Sachen oder Geld gegen Handlungen versprochen werden. Die ersteren haben teils körperliche, teil Geistesarbeiten zum Gegenstand, worunter sich hauptsächlich die Darstellung und Vervielfältigung von Geistesprodukten auszeichnet. Hieraus entstehen der Lohnvertrag, der Verlagsvertrag und der Vertrag zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstgesinde. Ein eigentlicher Lohnvertrag wird sowohl über einzelne Dienstverrichtungen (zB eines Tagelöhners, Mietkutschers, Boten oder Lohndieners auf kurze Zeit) als auch über die Verfestigung ganzer Werke (zB Erbauung eines Hauses, einer Brücke, Anlegung eines Canals oder einer Strasse) gegen einen bestimmten Lohn in Gelde errichtet wird.

Dies veranschaulicht, dass iSd damals herrschenden Verständnisses noch nicht zwischen Werk- und Dienstvertrag unterschieden wurde, da unter den Begriff des Lohnvertrages auch ein Vertragstypus subsumiert wurde, der die „Verfestigung ganzer Werke“ zum Inhalt hatte und daher nach heutiger Terminologie in die Kategorie „Werkvertrag“ einzureihen wäre. Eigenartig erscheint, dass der „Verlagsvertrag“ als eigener Vertragstypus angeführt und vom „Lohnvertrag“ unterschieden wurde. Offenbar sollten nur Verträge, bei denen eine körperliche Arbeitsleistung (bzw deren Produkt) geschuldet wurde, als Lohnvertrag qualifiziert werden. Die von Zeiler getroffene Differenzierung zeigt weiters, dass die Erbringung von Arbeitsleistungen im patriarchalisch geprägten Familienverband auch zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch die typische Form der Disponierung über die eigene Arbeitskraft war; umfasste der Lohnvertrag doch (zumindest typischer weise) nur kurzfristige Verpflichtungen zur Erbringung von Arbeitsleistungen, während der (davon abgegrenzte) Vertrag zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstgesinde offenbar die Form war, mit der eine Person ihre Arbeitskraft regelmäßig und über längere Zeit hindurch zur Verfügung stellte.

⁴⁵ Zitiert nach Mazal in Mazal/Muranaka, Atypisch Beschäftigte 51.

Erste moderne arbeitsrechtliche Normen waren in Österreich ein Hofkanzleidekret von 1842 über das Verbot der Fabrikarbeit für Kinder unter 9 Jahren sowie die Begrenzung der Fabrikarbeit für Kinder unter 12 Jahren auf zehn Stunden täglich sowie für Jugendliche bis zu 16 Jahren auf 12 Stunden täglich bei gleichzeitigem Verbot der Nachtarbeit. Die Gewerbeordnungen von 1859, 1883 und 1885 enthielten in Folge zahlreiche Arbeitnehmerschutzbestimmungen wie etwa die Einführung des 11-Stunden-Tages, das Verbot der Arbeit von Kindern und Jugendlichen unter 14 Jahren oder das Verbot der Nachtarbeit von Jugendlichen und Frauen. Dies verdeutlicht, dass der gesellschaftliche Stellenwert des Arbeitsvertrages zunahm und damit auch die Notwendigkeit wuchs, den Arbeitsvertrag von anderen Vertragstypen deutlicher unterscheiden zu können als bislang, da klar werden musste, wem die neu geschaffenen (Schutz)bestimmungen zugute kommen sollten (und wem nicht). In der Literatur wurde rasch erkannt, dass sich hinter dem „Lohnvertrag“ vor allem zwei Vertragstypen verbargen, die neben einigen Gemeinsamkeiten fundamentale Verschiedenheiten aufwiesen: die „Dienstmiete“ und die „Werkverdingung“.⁴⁶ Damit korreliert der Umstand, dass die Rechtsdurchsetzung für den Arbeitnehmer erleichtert und beschleunigt werden sollte: So wurden die 1869 als freiwillige Instanzen geschaffenen Gewerbegerichte 1896 verbindlich eingerichtet.

Im Handlungsgehilfengesetz 1910 findet sich das Arbeitsverhältnis schließlich erstmals als ein Rechtsverhältnis sui generis verankert. Dieses Gesetz enthielt spezielle Schutzvorschriften für Handlungsgehilfen (zB Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung bei Krankheit), aber auch Treuepflichten gegenüber dem Arbeitgeber (Konkurrenzverbot, Verbot der Untreue und des vertrauensunwürdigen Verhaltens).

⁴⁶ *Stubenrauch*, ABGB⁸, 402 ff.

4.3.2. Die III. Teilnovelle zum ABGB

Mit der III. Teilnovelle zum ABGB 1916 wurden die Bestimmungen über den Lohnvertrag neu gefasst und die bis heute geltende Legaldefinition des Dienstvertrages geschaffen. Demnach entsteht ein Dienstvertrag, wenn jemand sich für gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, wenn jemand die Herstellung eines Werkes unternimmt, hingegen ein Werkvertrag. Mit dieser Formulierung sollten bewusst Unterschiede zwischen verschiedenen Formen des bisherigen Lohnvertrages angesprochen werden, die ihrerseits typische reale Situationen unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit widerspiegeln. So wurde der Dienstvertrag als der typische Vertrag für die Erbringung von Arbeitsleistungen, der Werkvertrag hingegen als die typische Vertragsform, in der sich der selbständige Unternehmer zur Erbringung der von ihm angebotenen Leistungen verpflichtet qualifiziert.

Mit der Legaldefinition sollte – ähnlich dem Code Civil 1779 – das Eintreten in persönliche Dienstleistungen als das charakteristische Merkmal des Dienstvertrages betont werden. Auch wollte man durch die Formulierung „auf gewisse Zeit“ andeuten, dass beim Dienstvertrag das Zeitmoment und nicht das Arbeitsergebnis im Vordergrund steht. Keineswegs sollte dadurch etwa zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Dienstvertrag nur für gewisse Zeit, also befristet, begründet werden kann. Im Gegenteil, liegt doch ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag darin, dass ersterer sowohl befristet als auch unbefristet abgeschlossen werden kann, letzterer hingegen stets befristet ist.

Diese Neufassung des 26. Hauptstücks des ABGB mit seiner Trennung von Dienstvertrag und Werkvertrag beruhte auf Vorschlägen der Justizkommission des Herrenhauses.⁴⁷ Sie wollte damit eine „systematische Grundlage“ und zugleich eine „Richtlinie sozialer Regelung aller Arbeitsverhältnisse“ schaffen. Die Kommission ging von der Beobachtung aus, dass Verträge über die Verwertung menschlicher Arbeitskraft in zwei Formen in Erscheinung treten. Charakteristisch für die beiden ist der Gegensatz der wirtschaftlichen Bedingungen und Zwecke in folgenden Punkten:

1. Während der Dienstvertrag ein dauerndes Verpflichtungsverhältnis zwischen den Vertragsparteien begründet, besteht beim Werkvertrag die Verpflichtung zu einer Leistung.

⁴⁷ 78 BlgHH 21. Session.

2. Im Dienstvertrag wird die Arbeit unter der Leitung und Verfügung des Arbeitgebers erbracht, im Werkvertrag ist der Erfolg hingegen nach eigenem Plan zu bewerkstelligen.
3. Im Arbeitsvertrag wird die Arbeit mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers, im Werkvertrag hingegen mit eigenen Mitteln erbracht.
4. Der Arbeitnehmer hat die Arbeit persönlich zu erbringen und besitzt einen persönlichen Anspruch auf die Arbeit, im Werkvertrag kann die Arbeit auch durch Gehilfen und Substituten erbracht werden.
5. Im Arbeitsvertrag haftet man nur für Sorgfalt, im Werkvertrag dagegen auch für Mängel der Arbeit.
6. Im Arbeitsvertrag geht Erfolg wie Misserfolg der Arbeit auf Rechnung des Arbeitgebers, im Werkvertrag wird hingegen die Gefahr des Misslingens übernommen.
7. Alles in allem genommen zeichnet sich somit der Arbeitsvertrag durch die persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des Arbeitnehmers in den Organismus des Unternehmens des Arbeitgebers aus, während der Werkvertrag das Geschäft eines selbständigen Unternehmens ist.

Den Redaktoren blieb auch nicht verborgen, dass diese beiden Formen im wirtschaftlichen Leben keinesfalls stets rein, sondern in vielfältigen Kombinationen auftreten. Sie verwarfen aber sowohl den Gedanken, jede einzelne mögliche Kombination als eigenes Rechtsinstitut besonders zu regeln, als auch jenen, sich mit der Formulierung einiger allgemeiner Grundsätze für alle Erscheinungsformen des Arbeitsvertrages zu begnügen und im Übrigen die Ableitung der Rechtsfolgen für den Einzelfall der Parteienabsicht zu überlassen. Die neuen Bestimmungen sollten nur für jene Vertragsverhältnisse gelten, bei denen der Gegensatz in einzelnen der besprochenen Momente gesetzliches Eingreifen in bestimmte Richtung fordert. Es sei klar zu erkennen, dass das neue Recht, zu dem die Entwicklung heute drängt, gerade nur der einen Seite der oben gekennzeichneten Momente gilt, das ist in den dauernden Dienstverhältnissen, in welchen der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dem Unternehmen des Arbeitgebers zur Verfügung stellt, nicht aber Verträgen, durch die der selbständige Unternehmer den Erfolg einer auf eigene Gefahr abgeschlossenen Arbeitsleistung einem anderen überlässt. Die unter 3. bis 6. aufgezählten Momente seien hingegen nicht die causa des wirtschaftlichen Gegensatzes, sondern nur von symptomatischer Bedeutung für die eine oder andere Form und deshalb keine in das Gesetz aufzunehmenden Unterscheidungsmerkmale.

Die Kommission kam daher zu dem Schluss, dass dies am einfachsten mit den Worten ausgedrückt werden könne, dass ein Dienstvertrag vorliege, wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Sie empfahl allerdings, den Ausdruck „Unternehmer“ nicht in den Gesetzestext aufzunehmen. Der Bestellte, der ein Werk übernehme und zu diesem Zweck selbständig arbeite und unmittelbar die Haftung für das Gelingen trage, sei zwar in diesem Sinn Unternehmer, doch passe er im Sinne der Volkswirtschaftslehre gerade auch auf Personen, die berufsmäßig wahre Dienstverträge eingehen, wie Lehrer, Ärzte und andere Personen, die bei mehreren Anstalten ständig Anstellung hätten.

4.3.3. Weitere Rechtsentwicklung

4.3.3.1. Legislative

Die weitere Rechtsentwicklung war zum einen durch das Entstehen einer bunten Palette von Legaldefinitionen in arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen geprägt, zB die Definition des Angestellten im AngG 1921. Diese bauten letztlich auf dem zivilrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auf und nahmen bestimmte Personengruppen in die jeweilige arbeitsrechtliche spezialgesetzliche Regelung auf oder klammerten sie davon aus.

Zudem bildete sich nach dem zweiten Weltkrieg sich der freie Dienstvertrag in der Praxis als eigener, gesetzlich nicht verankerter Vertragstypus heraus. Der Gesetzgeber reagierte auf diese Entwicklung, indem er den Anwendungsbereich mancher arbeitsrechtlicher Gesetze auch auf so genannte arbeitnehmerähnliche Personen ausdehnte, so bspw im HeimarbeiterG, im IESG, im ASchG, im AÜG, im DHG oder im ASGG. Hier wurden jeweils Normen, die für Arbeitnehmer iSd Vertragsrechts gelten, auch auf Personen ausgeweitet, deren Dienstleistung andere Verträge zugrunde liegen, die sich jedoch in wirtschaftlich vergleichbarer Lage befinden wie Arbeitnehmer.⁴⁸ Diese Ähnlichkeiten äußern sich insbes dadurch, dass eine Person nur einen oder wenige Auftraggeber und gleichzeitig keine anderen Erwerbsquellen hat sowie mit fremden Betriebsmitteln arbeitet.⁴⁹ Als „Paradebeispiele“ für arbeitnehmerähnliche Personen werden häufig insbes Tankstellenpächter und Franchisenehmer angeführt.⁵⁰

Zudem hat der Gesetzgeber den Typus des freien Dienstvertrages „zur Kenntnis genommen“, indem er damit begonnen hat, arbeitsrechtliche Bestimmungen für freie Dienstverträge zu schaffen. So wurde etwa die Verpflichtung zur Ausstellung eines Dienstzettels auch für freie Dienstverhältnisse iSd § 4 Abs 4 ASVG im Gesetz (§ 1164a ABGB) verankert.⁵¹ Seit

⁴⁸ ZB Pfeil in Schwimann (Hrsg), ABGB V³ (2006) § 1151 Rz 46.

⁴⁹ Vgl zB RV 631 BlgNR 10. GP 4; OGH 7.4.1987, 14 ObA 10/87, DRdA 1990/17, 213 (Jabornegg); OGH 27.8.1997, 9 ObA 207/97z, RdW 1998, 635; OGH 28.9.1999, 4 Ob 223/99v, ecolex 2000, 306 (Mazal); Wachter, Der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des ASGG – Zur Anwendbarkeit des ASGG auf arbeitnehmerähnliche Verhältnisse, in FS Schwarz, 701; Runggaldier, Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, in FS Schnorr (1988) 251.

⁵⁰ Vgl Wahle, Ist der Tankstelleninhaber eine arbeitnehmerähnliche Person? in FS Schmitz I (1967) 329; Schlemmer, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 298; Böhmke, Franchisenehmer als arbeitnehmerähnliche Person, Anmerkung zu BGH 4.11.1998, JuS 1999, 409; Franzen, Der Franchise-Vertrag als Arbeitsvertrag? in FS 50 Jahre BAG (2004) 31.

⁵¹ Siehe Schrenk, Der freie Dienstvertrag im Arbeitsrecht, taxlex 2005, 119; Kaszanits, Dienstzettel für das freie Dienstverhältnis, ASoK 2004, 242.

1.1.2008 gelten mehrere neue arbeitsgesetzliche Regelungen (im BMSVG, IESG und AKG) auch für (bestimmte) freie Dienstnehmer.⁵²

4.3.3.2. Judikatur

Parallel dazu wurde von der Judikatur damit begonnen, jene arbeitsrechtlichen Regelungen, welche nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen, im Wege der Analogie auch auf den freien Dienstvertrag auszudehnen. Analog angewendet wird bspw. die Bestimmung des § 1152 ABGB, wonach bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung ein angemessenes Entgelt gebührt. Als angemessenes Entgelt ist dabei im Zweifel der Kollektivvertragslohn oder bestehende Mindestlohntarife anzusehen, jedoch unter Ausklammerung der Sonderzahlungen.⁵³ Auch die Kündigungsmodalitäten (Fristen, Termine), die das Arbeitsrecht für die Beendigung von Arbeitsverträgen vorsieht (einschließlich der Bestimmungen über die Kündigungsentschädigung), sind analogiefähig.⁵⁴

Der OGH differenziert wie folgt: Jene Bestimmungen, die nicht an die persönliche Abhängigkeit anknüpfen und keine spezifischen Bestimmungen zum Schutz des (sozial schwächeren) Arbeitnehmers darstellen, wie bspw die Regelungen betreffend Kündigungsentschädigung, die arbeitsrechtlichen Entlassungsgründe oder die Berechtigung zur vorzeitigen Beendigung des freien Dienstvertrages bei Unfähigkeit zur weiteren Dienstleistung, werden analog auf freie Dienstverhältnisse angewendet.⁵⁵ Jene Bestimmungen, die auf der für das Arbeitsverhältnis charakteristischen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers aufbauen, etwa der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz,⁵⁶ werden nur dann im Wege der Analogie auf freie Dienstverhältnisse erstreckt, wenn die Merkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit in der Ausgestaltung des konkreten Vertrages besonders intensiv ausgeprägt sind.⁵⁷

Die analoge Anwendbarkeit jener arbeitsrechtlicher Normen, die den Merkmalen und Besonderheiten (ausschließlich) des Arbeitsverhältnisses Rechnung tragen, auf freie Dienstverhältnisse wird generell verneint, so bspw der Anspruch auf Sonderzahlungen nach dem sachlich

⁵² Vgl *Oberhofer*, Neue Regeln für freie Dienstnehmer, ZAS 2008, 115.

⁵³ OGH 15.11.2001, 8 ObA 95/01 f.

⁵⁴ OGH 12.7.2000, 9 ObA 89/00d.

⁵⁵ OGH 19.6.1991, 9 Ob 902/91, DRdA 1992/9 (*Wachter*) = RdW 1991, 367; OGH 28.8.1991, 9 Ob A 99/91, DRdA 1992/32 (*Löschnigg*); OGH 26.3.1997, 9 Ob A 54/97z; OGH 26.2.1998, 8 Ob A 46/98t, RdW 1999,99; OGH 25.6.2003, 9 Ob A 15/03a, wbl 2004, 89.

⁵⁶ OGH 14.9.1995, 8 Ob A 240/95, DRdA 1996/24 (*Mazal*) = RdW 1996, 274.

⁵⁷ OGH 29.9.1981, 4 Ob 45/81, DRdA 1984/5 (*Grillberger*) = ZAS 1983/3 (*Wachter*).

in Betracht kommenden KollV, die Anwendbarkeit des UrlG und des AngG oder der aus dem AZG resultierende Anspruch auf Überstundenvergütung.⁵⁸ Auch aus dem Geltungsbereich des normativen Teiles von KollV oder einer Betriebsvereinbarung werden freie Dienstverhältnisse ausgenommen.⁵⁹ Zeiten eines freien Dienstverhältnisses, die einem Angestelltenverhältnis unmittelbar vorangehen, sind für den Abfertigungsanspruch aus dem Angestelltenverhältnis ebenfalls nicht zu berücksichtigen.⁶⁰ Weiters wird der Schutz, den die Rechtsprechung Arbeitnehmern bei gutgläubigem Verbrauch von nicht zustehendem Entgelt gewährt, nicht analog auf freie Dienstnehmer erstreckt.⁶¹ Die Analogiefähigkeit wird auch beim Arbeitszeitschutz oder beim persönlichen Bestandschutz zu verneinen sein, da diese Schutzbestimmungen an den Umstand der persönlichen Abhängigkeit anknüpfen.⁶²

4.3.3.3. Charakteristika des Arbeitsvertrages

Das Entstehen des freien Dienstvertrages als zusätzlichen Vertragstyp erschwerte die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag und erforderte daher eine Präzisierung der charakteristischen Merkmale des Arbeitsvertrages durch Judikatur und Lehre.⁶³ Einigkeit bestand darüber, dass die Besonderheiten des Arbeitsrechts nicht aus dem Charakteristikum des Arbeitsvertrages als Dauerschuldverhältnis erklärt werden können, da dieses Merkmal auch auf den freien Dienstvertrag zutrifft. Gleiches galt für die – vor dem 1. Weltkrieg häufig als Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag herangezogene - wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Folglich wurde die Inanspruchnahme der Person des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, die diesen zu besonderer Rücksichtnahme zwingt, aber auch die im Regelfall ebenfalls vorhandene wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers verstärkte, als ausschlaggebender Faktor identifiziert.

In Deutschland wurde aus diesem Umstand (vorübergehend) abgeleitet, das Arbeitsverhältnis sei ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das der Personengesellschaft nahe stehe. Diese Lehre begegnete jedoch massiven Einwänden: Nicht nur, dass der Erfolg der Arbeit

⁵⁸ OGH 23.10.1991, 9 Ob A 168/91; OGH 29.6.1994, 9 Ob A 92/94, RdW 1995, 27; OGH 26.3.1997, 9 Ob A 54/97z, OGH 5.5.1999, 9 Ob A 10/99g, RdW 1999, 673; OGH 26.2.1998, 8 Ob A 46/98t, RdW 1999/99; OGH 9.12.1999, 8 ObA 222/99a; OGH 29.10.2008, 9 ObA 133/08m.

⁵⁹ OGH 11.5.1988, 9 Ob A 165/87, DRdA 1990/37 (*Runggaldier*) = JBl 1989, 667 (*Schima*) = RdW 1988, 396; *Wachter*, Der so genannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 406 (417); *Gruber*, Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, ASoK 2000, 306.

⁶⁰ OGH 5.4.2000, 9 ObA 55/00d.

⁶¹ OGH 2.3.2000, 9 ObA 12/00f.

⁶² *Schrank*, Einzelfragen des vertragsrechtlichen Schutzes für neue abhängige Beschäftigte, in *Mazal/Muranaka* Atypisch Beschäftigte 93.

⁶³ Siehe zum Folgenden *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht⁴ I (1998) 63 f.

bloß einem Vertragsteil (nämlich dem Arbeitgeber) zugute komme, während der Arbeitnehmer grundsätzlich auf seine vertragsgemäße Entlohnung beschränkt sei, sei die wirtschaftliche Stellung des Arbeitgebers, wie sie dem Arbeitsvertrag zugrunde liege, mit der des Arbeitnehmers in keiner Weise vergleichbar. Dass sich das Arbeitsverhältnis nicht in bloßem Austausch von Arbeit und Entgelt erschöpft, ändere daran nichts, da auch andere Rechtsverhältnisse (insbes solche mit Dauercharakter) Nebenpflichten enthielten, die Person und Vermögen des Vertragspartners schützen.⁶⁴ In Anbetracht dieser Einwände konnte sich die Lehre vom Arbeitsverhältnis als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis konnte sich in Österreich nie etablieren.

Als Anknüpfungspunkt für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages wurde daher auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers abgestellt. Demzufolge wurde der Umstand, dass (nur) der Arbeitnehmer seine persönliche Arbeitskraft – im Regelfall gegen Entgelt – zur Verfügung stellt, als charakteristisches Merkmal für die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften (und damit als Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag) angesehen. Die das Kriterium der besonderen Schutzbedürftigkeit vermittelnden Rahmenbedingungen, die bei der Erbringung der Arbeitsleistungen vorliegen müssen, werden unter dem Begriff „persönliche Abhängigkeit“ zusammengefasst.⁶⁵

⁶⁴ *Cermak*, Dienstvertrag und Dienstverhältnis, DRdA 1954, 6; *Mayer-Maly*, Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, ZAS 1966, 2; *Strasser*, Gedanken zum Arbeitsvertragsrecht, DRdA 1962, 228.

⁶⁵ *Tomandl*, Die Metamorphose des Dienstnehmerbegriffs, in *GedS Gschnitzer* (1969) 431.

4.4. Kennzeichen der einzelnen Vertragstypen

4.4.1. Arbeits- bzw Werkvertrag

Die Kennzeichen eines Arbeitsvertrages bzw eines Werkvertrages sind im ABGB geregelt. § 1151 Abs 1 ABGB definiert den Unterschied zwischen Werk- und Dienstvertrag folgendermaßen: Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag. Anhand dieser Formulierung lassen sich die beiden Vertragstypen aber nicht wirklich von einander abgrenzen. So setzt das Vorliegen eines Arbeitsvertrages insbes die Merkmale unselbständiger Beschäftigung voraussetzt, auch wenn dieses Erfordernis im Gesetzestext nicht explizit verlangt wird.⁶⁶ Die Unterscheidung von Arbeitsvertrag und Werkvertrag bedarf daher weiterer, über den bloßen Gesetzestext hinausgehender Abgrenzungskriterien.

Die Definition des Dienstvertrages gem § 4 Abs 2 ASVG wirft keine gravierenden Divergenzen zum Begriff des Arbeitsvertrages im ABGB auf. Unter dem im ASVG als Merkmal des Dienstvertrages explizit angeführten Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers wird (lediglich) die fehlende Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen des Betriebes und die wesentlichen Betriebsmittel verstanden (siehe ausführlicher im zweiten Teil).⁶⁷

4.4.2. Freier Dienstvertrag

Der freie Dienstvertrag ist eine von der Praxis entwickelte Vertragsform, die sowohl Elemente des Werkvertrages als auch des Arbeitsvertrages enthält.⁶⁸ Unter diesem Vertragstyp wird verstanden, dass sich jemand zur Erbringung von Dienstleistungen (und nicht zur Herstellung

⁶⁶ ZB OGH 29.9.1981, 4 Ob 93/83, DRdA 1984/18, 442 (Wachter); OGH 29.9.1981, 4 Ob 45/81, DRdA 1984/5, 134 (Grillberger) = ZAS 1983/3, 29 (Wachter).

⁶⁷ ZB VwGH 3.4.2001, 96/08/0053; Butschek, Das Dienstverhältnis als Grundlage der Versicherungspflicht in der österreichischen Sozialversicherung (1955); Fruhwürth; Neue Tendenz in der Rechtsprechung des VwGH zum Dienstnehmerbegriff, RdW 1987, 233.

⁶⁸ Siehe zB Wachter, DRdA 1984, 406; Kuras/Strohmayer, Der „freie“ Dienstvertrag – Anthologie aus einer Schaffensperiode, in FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 37; Schrammel, Arbeitsvertrag versus freier Dienstvertrag, in FS Bauer/Maier/Petrag 25.

eines Werkes) verpflichtet, dass dabei die für den Arbeitsvertrag charakteristischen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit jedoch weitgehend ausgeschaltet werden.⁶⁹

Der Auffassung *Schindlers*⁷⁰, dass sämtliche Dienstleistungsverträge unter den Begriff des Arbeitsvertrages iSd ABGB zu subsumieren sind, ist mE spätestens seit der Einführung der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausstellung von Dienstzetteln auch für freie Dienstverträge durch BGBl I 2004/77 der Boden entzogen, da sich diese Verpflichtung bei Zutreffen der Auffassung von *Schindler* ohnehin bereits aus § 1 Abs 1 iVm § 2 AVRAG ergeben würde und daher keiner gesetzlichen Verankerung im ABGB bedurft hätte.

⁶⁹ Vgl *Radner* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht, Kap I Rz 37; *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge und atypische Dienstverträge 31.

⁷⁰ Arbeitnehmerbegriff – Abgrenzung und Schutzzweck, in *Resch* (Hrsg), (Schein-)Selbständigkeit. Arbeits- und sozialrechtliche Fragen (2000) 13

4.5. Abgrenzungskriterien

4.5.1. Grundsätzliches

Der Arbeitsvertrag ist ein Typusbegriff, auf dessen Vorliegen durch Prüfung der einzelnen ihn kennzeichnenden Merkmale geschlossen werden muss. Diese Merkmale müssen dabei in beweglichen Systems gegen einander abgewogen werden: Treten einzelne charakteristische Elemente nur in geringerer Intensität in Erscheinung oder fehlen sie gar zur Gänze, so können sie durch andere, stärker ausgeprägte Elemente aufgewogen werden.⁷¹ Auf die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung kommt es – gemäß dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ – nicht an.⁷² Weicht die Ausgestaltung des Vertrages in der Praxis von den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ab, so ist für die rechtliche Beurteilung des Vertrages dessen tatsächliche Umsetzung entscheidend, da davon auszugehen ist, dass die Parteien den Vertrag so abschließen wollten, wie sie ihn vollziehen.⁷³

Daher ist es mE konsequent, dass auch das Einräumen eines Vertretungs- oder Ablehnungsrechts nach der Rechtsprechung des OGH das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht ausschließt: Ist von den Vertragsparteien gar nicht beabsichtigt, dass dieses Recht genutzt werden soll, so wurde es zwar (scheinbar) vertraglich verankert, nach dem tatsächlichen Parteiwillen soll der Vertrag aber kein Vertretungs- bzw Ablehnungsrecht beinhalten, sodass mE ein Fall der „falsa demonstratio“ vorliegt. Kritisch ist allerdings anzumerken, dass der OGH die Frage, ob es sich um ein bloßes Scheinvertretungs- bzw ablehnungsrecht anhand der (unklaren) Formel prüft, ob bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass es auch ausgeübt wird.⁷⁴ Klarer wäre es mE, darauf abzustellen, aus welchen Gründen das Vertretungs- bzw Ablehnungsrecht nicht genutzt wird bzw welche Konsequenzen es hätte, würde davon Gebrauch gemacht. Nach dieser Abgrenzung würde ein Arbeitsvertrag vorliegen, wenn der Umstand, dass das Vertretungs- bzw Ablehnungsrecht nicht genutzt wird, in die Sphäre des Arbeitgebers fällt.

⁷¹ OGH 13.1.1988, 14 Ob A 46/97; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I³ (2000) § 1151 Rz 61

⁷² ZB OGH 16.3.1982, 4 Ob 8, 9/81, DRdA 1985/20, 395 (*Wachter*); OGH 11.11.1992, 9 Ob A 207/92, 11.10.1995, 9 Ob A 176/95, ZAS 1997/1 (*Risak*) = DRdA 1996/22 (*Spitzl*) = RdW 1996, 172; OGH 5.5.1999, 9 Ob A 10/99g, RdW 1999, 673; OGH 14.2.2001, 9 Ob A 22/01b, DRdA 2002/9 (*Burgstaller*).

⁷³ ZB OGH 30.11.2003, 8 Ob A 45/03f; OGH 25.11.2003, 8 Ob A 44/03h, *ecolex* 2004/140.

⁷⁴ Siehe dazu im zweiten Teil, Punkt 3.4.2.1.

4.5.2. Persönliche Abhängigkeit, persönliche Arbeitspflicht

Als zentrales Bestimmungskriterium des Arbeitsvertrages wird von der Judikatur im Anschluss an *Tomandl*⁷⁵ die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers hervorgehoben.⁷⁶ Darunter wird die persönliche Unterworfenheit des Arbeitnehmers unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers verstanden, die in dessen organisatorischer Gebundenheit, insbes an Arbeitszeiten und Arbeitsort, zutage tritt. Wesentliches Kennzeichen für den Arbeitsvertrag ist somit eine weit gehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers und die Unterstellung unter die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers. Dem Arbeitnehmer können persönliche, also auf die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung abstellende Weisungen erteilt werden.⁷⁷

Das bedeutet aber nicht, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn keine Weisungen erteilt werden, da es nicht auf die faktische Erteilung von Weisungen ankommt, sondern darauf, ob rechtlich die Möglichkeit besteht, Weisungen zu erteilen. Dies wird manchmal auch als „stille Autorität“ des Arbeitgebers bezeichnet.⁷⁸ Insbes, wenn die Weisungsgebundenheit des zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichteten Vertragsteiles fehlt oder eingeschränkt ist, bspw weil dieser über ausreichende Erfahrungen, Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, um die vereinbarte Tätigkeit auch ohne Erteilung von Weisungen durch seinen Vertragspartner ausführen zu können,⁷⁹ kommt dem Kriterium der „stillen Autorität“ für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, hohe Bedeutung zu.

Dazu tritt als weiteres charakteristisches Merkmal die persönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers.⁸⁰ Der Arbeitnehmer hat die Arbeitsleistung grundsätzlich höchstpersönlich zu erbringen; die Einräumung einer (generellen) Vertretungsbefugnis ist mit den Wesensmerkmalen eines Arbeitsvertrages unvereinbar.⁸¹ Weiters wird das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit (und damit das Vorliegen eines Arbeitsvertrages) ausgeschlossen, wenn der Be-

⁷⁵ Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Hinsicht (1971) 121.

⁷⁶ Vgl zB OGH 13.4.1988, 9 Ob A 52/88, ZAS 1989/19 (*Schäffl*) = RdW 1989, 29 oder VwGH 16.5.2002, 96/08/0200.

⁷⁷ OGH 13.1.1988, 14 Ob A 46/87.

⁷⁸ Vgl zum Begriff *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, 93 (102).

⁷⁹ Was bspw bei einem Primararzt - zumindest im Regelfall - zutreffen wird, vgl OGH 13.7.1976, 4 Ob 27/76.

⁸⁰ Vgl etwa OGH 23.10.1984, 4 Ob 116/84, DRdA 1986, 23 (*Csebreňnyak*) = ZAS 1986/16 (*Dusak*); *Krejci* in *Rummel* § 1151 Rz 38; *Pfeil* in *Schwimann* § 1151 Rz 15; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 121; *Naderhirn*, Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis, RdW 2004, 422; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 33; *Binder*, Individualarbeitsrecht I⁵ (2007) 11.

⁸¹ OGH 19.9.2001, 9 ObA 223/01 mwN; VwGH 24.1.2006, 2004/08/0202, DRdA 2007/15 (*Naderhirn*); umfassend *Rebhahn*, Dienstnehmerbegriff und persönliche Abhängigkeit bei Vertretungsbefugnis, wbl 1998, 277.

schäftigte (generell) das Recht hat, ihm auftragene Arbeit nach Belieben abzulehnen.⁸² Von der Einräumung eines Vertretungsrechts unterscheidet sich dieser Fall dadurch, dass der Beschäftigte weder die Arbeitsleistung selbst erbringen noch einen Vertreter namhaft machen muss. Ist vereinbart, dass der Schuldner ihm angebotene Aufträge idS sanktionslos ablehnen darf, so besteht für ihn keinerlei Verpflichtung, weshalb diese Vereinbarung weder ein Arbeitsvertrag noch ein freier Dienstvertrag oder Werkvertrag ist.⁸³

4.5.3. Eingliederung in den Betrieb

Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag erfolgt insbes im Hinblick auf das Ausmaß der Eingliederung des (freien) Dienstnehmers in die Betriebsstruktur und –organisation des Dienstgebers.⁸⁴ Vor allem durch die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit weisungsfrei und selbständig zu regeln und zu ändern, unterscheidet sich der freie Dienstvertrag vom Arbeitsvertrag.⁸⁵ Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag ist hingegen gemeinsam, dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem die zu verrichtenden Tätigkeiten bloß gattungsmäßig umschrieben ist und durch Weisung des Vertragspartners konkretisiert werden muss.

Anhand dieses Kriteriums kann der (freie) Dienstvertrag vom Werkvertrag unterschieden werden.⁸⁶ Charakteristisch für den Werkvertrag ist, dass die Herbeiführung eines bestimmten (Arbeits)erfolges vertraglich geschuldet wird.⁸⁷ Plakativ formuliert schuldet der Werkunternehmer ein Werk (Produkt), der (freie) Dienstnehmer hingegen ein Wirken.⁸⁸ So deutet etwa die Vereinbarung einer Kündigungsfrist darauf hin, dass kein bestimmter Erfolg geschuldet wird und die Parteien daher keinen Werkvertrag vereinbaren wollten.⁸⁹

⁸² OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k.

⁸³ OGH 6.7.1998, 8 ObA 15/98h, DRdA 1999/44 (*Krapf*); OGH 20.2.2002, 9 ObA 296/01x; VwGH 19.10.2005, RdW 2006/286.

⁸⁴ Vgl zB OGH 24.1.2001, 9 ObA 276/00d, RdW 2001/517.

⁸⁵ ZB OGH 5.5.1999, 9 ObA 10/99g, RdW 1999, 673.

⁸⁶ Vgl *Tomandl*, Wesensmerkmale 120; *Mazal*, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag? *ecolex* 1997, 277.

⁸⁷ OGH 13.7.1976, 4 Ob 27/76; VwGH 19.9.2001, 99/09/0236.

⁸⁸ OGH 19.6.1991, 9 Ob A 77/91, DRdA 1992/7 (*Eypeltauer*) = RdW 1992, 21; OGH 13.1.1993, 9 Ob A 260/92, ZAS 1994/12 (*Reissner*) = RdW 1993, 286.

⁸⁹ VwGH 19.10.2005, 2002/08/0264.

4.5.4. Tragen des Betriebsrisikos

Unterschiedlich ist auch die Tragung des Betriebsrisikos: Der Werkunternehmer hat Anspruch auf den Werklohn nur bei ordnungsgemäßer Erbringung des Werkes; beim Arbeitsvertrag ist hingegen der Anspruch auf Entlohnung unabhängig vom Eintreten des Erfolges, den sich der Arbeitgeber von der Erbringung der Arbeitsleistungen erwartet. Beim freien Dienstvertrag folgt die Tragung des Betriebsrisikos durch den freien Dienstnehmer nicht aus dem Vertragstyp, diese Rechtsfolge wird aber häufig vertraglich vereinbart, da einer derartigen Vereinbarung beim freien Dienstvertrag (zumindest grundsätzlich) keine arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften entgegenstehen (siehe Punkt 2.4.2.2.).

Bsp:

Besteht die vertraglich geschuldete Leistung in der Herstellung eines konkreten Tisches, so liegt ein Werkvertrag vor. Wird hingegen die Erbringung von Tischlerarbeiten zum Vertragsgegenstand gemacht, handelt es sich dabei – je nachdem, ob die Merkmale persönlicher Abhängigkeit vorliegen oder nicht – um einen Arbeitsvertrag oder einen freien Dienstvertrag.

4.5.5. Weitere Kriterien

Als weiteres Abgrenzungskriterium wird bisweilen die wirtschaftliche Abhängigkeit genannt. Mit dieser Bezeichnung werden allerdings unterschiedliche Inhalte verbunden. Sofern darunter verstanden wird, dass ein Vertragspartner auf das aus dem Vertrag erzielte Einkommen zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist⁹⁰, stellt dies allerdings kein Kriterium zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Vertragstypen, sondern zur Feststellung der Arbeitnehmerähnlichkeit dar.⁹¹ Dieses Merkmal kann daher sowohl bei einem Arbeitsvertrag als auch einem freien Dienstvertrag oder Werkvertrag vorliegen.⁹² Wenn unter „wirtschaftlicher Abhängigkeit“ eine organisatorische Unterordnung⁹³ oder das Tragen des Betriebsrisikos⁹⁴ verstanden wird, ist damit iSd hier verwendeten (herrschenden) Terminologie die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers gemeint.

⁹⁰ IdS etwa OGH 15.12.1959, 4 Ob 126/59; OGH 23.10.1962, 4 Ob 106/92.

⁹¹ ZB OGH 26.4.1995, 9 ObA 48, 1008/95; DRdA 1996, 180; OGH 8.2.1996, 8 ObS 1, 10/96, ARD 4771/19/96.

⁹² ZB OGH 27.6.1978, 4 Ob 20/78; VwGH 20.5.1980, 2397/79.

⁹³ IdS zB OGH 7.5.1949, 4 Ob 24/49.

⁹⁴ So zB OGH 21.12.1954, 4 Ob 180/54.

Weiters wird manchmal der zeitlichen Komponente Relevanz beigemessen (siehe dazu ausführlicher unter Punkt 5.3.2.). Allerdings kann ein Arbeitsvertrag auch bloß für einen (kurz) befristeten Zeitraum vereinbart werden⁹⁵ (vice versa kann sich die Dauer eines Werkvertrages über eine lange Zeit erstrecken, wenn die Vollendung des Werkes lange Zeit benötigt). Die Form der Entlohnung (pauschal oder nach Zeiteinheit) wird bisweilen ebenfalls als Abgrenzungskriterien verwendet, da die Entlohnung beim Arbeitsvertrag üblicher Weise nach Zeiteinheit erfolgt. Allerdings spricht das Fehlen einer Vereinbarung über eine (Mindest)arbeitszeit (noch) nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.⁹⁶

⁹⁵ *Tomandl*, Wesensmerkmale 54 ff; bspw wird auch durch die bloß stundenweise Beschäftigung für Inventurarbeiten ein Arbeitsvertrag begründet (VwGH 18.6.1990, 90/19/0038).

⁹⁶ Vgl OGH 26.6.1997, 8 Ob A 5158/96b.

4.5.6. Resümee

4.5.6.1. Arbeitsvertrag

Ein Arbeitsvertrag liegt demnach vor, wenn die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit bei einer zusammenfassenden Gesamtschau unter Einbeziehung der Umstände des konkreten Einzelfalles in ausreichendem Ausmaß ausgeprägt sind.⁹⁷ Diese Merkmale sind vor allem:

- persönliche Weisungsgebundenheit;
- persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht;
- Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zugute kommt;
- funktionelle Einbindung in ein betriebliches Weisungsgefüge sowie
- die Beistellung des Arbeitsgeräts durch den Arbeitgeber.

4.5.6.2. Werkvertrag

Der Werkvertrag unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag wie folgt: „Während für den Arbeitsvertrag die Verfügung des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers wesentlich ist, kommt es beim Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung als eine in sich geschlossene Einheit an. Entscheidend ist, ob nach dem Parteiwillen die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft erreicht und entlohnt werden soll oder ob die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges Ziel des Vertrages ist.“⁹⁸ Demnach liegt ein Arbeitsvertrag vor, wenn „sich der Arbeitgeber durch den Vertrag die Bereitschaft seines Vertragspartners, zu laufenden Arbeitsleistungen, die nicht von vornherein im Einzelnen bestimmt sind, für eine längere Zeit gesichert hat. Beim Werkvertrag kommt es dagegen auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, also eine geschlossene Einheit sein muss. In diesem Sinn werden Arbeitsverhältnisse den Dauerschuldverhältnissen, Werkverträge hingegen den Zielschuldverhältnissen zugeordnet.“⁹⁹

⁹⁷ OGH 5.7.2001, 8 ObA 163/01f; OGH 4.7.2002, 8 ObS 273/01g; OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k.

⁹⁸ OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83.

⁹⁹ OGH 27.9.1989, 9 ObA 210/89.

4.5.6.3. Freier Dienstvertrag

Der freie Dienstvertrag wird im Wesentlichen durch eine „doppelte Verneinung“ charakterisiert bzw vom Arbeitsvertrag und vom freien Werkvertrag abgegrenzt: Der freie Dienstnehmer ist nicht zur „Herstellung einer geschlossenen Einheit“, sondern zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet, es fehlen aber die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit.¹⁰⁰ Insbes kann ein freier Dienstnehmer den Ablauf seiner Arbeit weisungsungebunden und selbständig regeln sowie jederzeit ändern.¹⁰¹

IdS „ist der freie Dienstnehmer dazu verhalten, dem Vertragspartner seine Arbeitskraft auf gewisse Zeit zur Verfügung zu stellen. Es geht beim freien Dienstvertrag um die vertraglich eingeräumte Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Vertragspartners, also die Bereitschaft, eine gewisse Zeit hindurch bloß gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen. Vor allem die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln und jederzeit zu ändern, also das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit, unterscheidet den freien Dienstvertrag vom Arbeitsvertrag.“¹⁰²

Ob ein Vertrag aufgrund des Merkmals der organisatorischen Gebundenheit (Bindung an Arbeitszeit und –ort, Kontrolle) auch dann als Arbeitsvertrag (und nicht als freier Dienstvertrag) zu qualifizieren ist, wenn es dem verpflichteten Vertragsteil freisteht, Aufträge abzulehnen oder sich vertreten zu lassen, wird von der Judikatur unterschiedlich beantwortet: So wurde etwa ein Detektiv, obwohl er Einsätze ablehnen konnte, als Arbeitnehmer angesehen, weil er im Falle der Übernahme eines Auftrages in die Organisation des Vertragspartner eingebunden war und Weisungen über Zeit und Ort der Einsätze erhielt.¹⁰³ Ein Sprachlehrer, der seine „Verfügbarkeitszeiten“ in ein „Blocking-Buch“ eintrug, und ein Hauszusteller, der sich vertreten lassen konnte, wurden hingegen wegen der fehlenden Verpflichtung zur Arbeitsleistung als freie Dienstnehmer qualifiziert.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl zB *Strasser*, Zur Werk- und Dienstvertragsregelung im Strukturanpassungsgesetz und im SRÄG 1996, *ecolex* 1996, 779.

¹⁰¹ ZB OGH 19.5.1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982/9 (*Strasser*) = ZAS 1982/1 (*Tomandl*).

¹⁰² OGH 15.6.1988, 9 ObA 108/88; OGH 5.5.1999, 9 ObA 10/99g; OGH 9.11.2000, 8 ObS 204/00h.

¹⁰³ OGH 28.8.1997, 8 ObA 2347/96x.

¹⁰⁴ OGH 5.5.1999, 9 ObA 10/99g; OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f.

4.5.7. Rechtsmissbrauch

Ist ein Vertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, so stellt sich die Frage, ob Konstellationen denkbar sind, in denen das Geltendmachen der Arbeitnehmereigenschaft durch den Arbeitnehmer als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sind.¹⁰⁵ Als rechtsmissbräuchlich wird es angesehen, wenn jemand von seinem bisherigen Verhalten, durch das er eine Sach- und Rechtslage geschaffen hat, auf die ein anderer vertraut hat, plötzlich abrücken möchte.¹⁰⁶ Somit könnte auch die Geltendmachung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen durch eine Person, die sich gegenüber ihrem Vertragspartner als Selbständiger geriert hat, als rechtsmissbräuchlich angesehen werden.

Das deutsche BAG hat das Vorliegen von Rechtsmissbrauch in derartigen Konstellationen bejaht: So wurde es als Verstoß gegen Treu und Glauben iSd § 242 (d) BGB angesehen, wenn eine Mitarbeiterin zuerst den Abschluss eines Arbeitsvertrages verweigert und sich danach auf ihre Position als Arbeitnehmer beruft.¹⁰⁷ Ebenso wurde entschieden, wenn jemand zuerst die rechtskräftige Feststellung seiner Arbeitnehmer-Eigenschaft erwirbt, dieses Arbeitsverhältnis in Folge aber mit dem Arbeitgeber aufhebt, um wiederum als freier Mitarbeiter tätig zu sein, und schließlich neuerlich die Feststellung verlangt, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt.¹⁰⁸

Der OGH teilt diese Sichtweise jedoch nicht. Zwar wurde entschieden, dass die Beantragung von Insolvenz-Entgelt durch einen (scheinbar) selbständigen Vertragspartner des (insolvent gewordenen) Arbeitgebers missbräuchlich sein kann, doch ging es in diesem Fall nicht um die Geltendmachung des Arbeitnehmer-Status gegenüber dem Arbeitgeber, sondern gegenüber einem Dritten (nämlich des Insolvenz-Entgelt-Fonds).¹⁰⁹ Diese Entscheidung sagt daher nichts darüber aus, inwieweit die Berufung auf die Arbeitnehmer-Eigenschaft gegenüber dem Arbeitgeber Rechtsmissbrauch darstellen kann. In dieser Problemstellung wurde ein rechtsmissbräuchliches Verhalten aber bislang stets verneint: Weder der Abschluss eines „Werkvertrages“ aufgrund des Motives, ein höheres Entgelt als im Arbeitsverhältnis zu lukrieren, noch das Ablehnen der vom Arbeitgeber wiederholt angebotenen Behandlung als Arbeitnehmer an-

¹⁰⁵ Schauer, Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft I, RdW 1997, 733. Resch, Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft II, RdW 1997, 735; Winkler, Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Arbeitnehmereigenschaft? JAP 2009/2010 H 1, 33.

¹⁰⁶ Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 317.

¹⁰⁷ BAG 5 AZR 708/95, RdW 1997, 741.

¹⁰⁸ BAG 5 AZR 855/95, RdW 1997, 743 = DRdA 1997, 735.

¹⁰⁹ OGH 8 Obs 204/00h, Arb 12.058 = RdW 2001/46, 422.

dern etwas daran, dass die (spätere) Berufung auf die Arbeitnehmer-Eigenschaft nicht rechtsmissbräuchlich ist.¹¹⁰ Der OGH begründet dies zum einen damit, dass typischerweise von einem Verhandlungsungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugehen ist, und zum zweiten mit dem zwingenden und daher unabdingbaren Charakter arbeitsrechtlicher (Schutz)Gesetze.

¹¹⁰ OGH 8 ObA 20/04f, DRdA 2005/41, 541 (*Sonnleitner*); OGH 8 ObA 49/07z, *ecolex* 2008/23.

4.6. Beurteilungen der Verträge von Künstlern durch die Judikatur

4.6.1. Einleitung

Im Folgenden werden Entscheidungen, die sich mit der Frage der rechtlichen Qualifikation der von Künstlern geschlossenen Verträge – gegliedert nach Kunstgattungen und, soweit zweckmäßig, innerhalb der einzelnen Kunstgattungen nach Themenbereichen – wiedergegeben. Künstler, die in den potenziellen Anwendungsbereich des SchauspG fallen, werden dabei deshalb zu einer Gattung zusammengefasst, weil die Rechtsordnung für eine bestimmte Kategorie von Künstlern explizite sondergesetzliche arbeitsrechtliche Regelungen bereitstellt. Es sind dies Personen, die sich einem Theaterunternehmer zur Leistung künstlerischer Dienste in einer oder mehrerer Kunstgattungen, insbes als Darsteller,¹¹¹ Spielleiter,¹¹² Dramaturg, Kapellmeister, Musiker, bei der Aufführung von Bühnenwerken verpflichten, sofern das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Künstlers hauptsächlich in Anspruch nimmt. Für diesen Personenkreis kommt das SchauspG zur Anwendung. Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit ist allerdings, dass die künstlerische Leistung in Form eines Dienstvertrages erbracht wird.¹¹³

Das bedeutet, dass aus dem Umstand, dass eine Tätigkeit erbracht wird, die inhaltlich dem SchauspG zuordenbar ist, nicht gefolgert werden darf, dass ein Bühnendienstvertrag vorliegt, und das Gesetz daher auf dieses Vertragsverhältnis anwendbar ist, sondern dass geprüft werden muss, ob der Vertrag die Merkmale eines Arbeitsvertrages aufweist und somit die Erbringung der betreffenden Tätigkeit in Form eines Arbeitsvertrages vereinbart wurde. Nur wenn dies der Fall ist, kommen die Bestimmungen des SchauspG zur Anwendung. Die vorliegenden Entscheidungen zur Frage, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, und daher in den Anwendungsbereich des SchauspG fällt, können daher dafür nutzbar gemacht werden, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte künstlerische Tätigkeit (auch bei Unanwendbarkeit des SchauspG) die Charakteristika eines Arbeitsverhältnisses aufweist.

¹¹¹ Darunter fallen Schauspieler, Sänger, Tänzer, Bühnenmusiker, Mitglieder des Chors oder des Balletts, Komparsen, Statisten.

¹¹² Dazu zählt auch der künstlerische Leiter (Direktor, Intendant) eines Theaters (OGH 18.10.1951, SZ 24/280), der Spielleiter einer Eisrevue (OGH 7.5.1974, Arb 9230) oder der Generalsekretär des Österreichischen Bundes-theaterverbandes (OGH 8.7.1993, Arb 11.094 = DRdA 1994, 151 (Schindler)).

¹¹³ LGS Wien, 25.3.1974, Arb 9302; OGH 18.12.1979, Arb 9845.

4.6.2. Entscheidungen zum Anwendungsbereich des Schauspielergesetzes

4.6.2.1. Bezeichnung des Vertrages

In einer Entscheidung vom 9.9.1994¹¹⁴ hielt das ASG Wien fest, dass die für die Bezeichnung des Vertrages gewählte Formulierung wie „Stipendium“ oder „edukative Institution“ das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und damit die Anwendbarkeit des SchauspG nicht ausschließen könne. Das entspricht dem Grundsatz, dass die Zuordnung zu einem Vertragstyp nicht nach dessen Bezeichnung, sondern nach dessen meritorischer Gestaltung vorzunehmen ist. Weiters diagnostizierte das ASG Wien, dass auch ein teilweiser Ausbildungszweck, der mit dem Vertrag verbunden ist, an dessen Qualifikation als Dienstverhältnis nichts ändert, sofern die Erprobung und Aufführung eines Stückes im Vordergrund des Vertragsgegenstandes steht. Die Zuordnung zu einem Vertragstyp ist daher nach dem „Überwiegensprinzip“ vorzunehmen.

4.6.2.2. Vertragsinhalt

Das Vertragsverhältnis zwischen Kameramann und einem Filmunternehmen wurde von der älteren Judikatur als Dienstverhältnis beurteilt.¹¹⁵ Weiters hat der OGH ebenfalls in einer älteren Entscheidung ausgesprochen, dass der Vertrag des Hauptdarstellers eines Filmes als Arbeitsvertrag anzusehen ist.¹¹⁶ Auch der Umstand, dass dem Schauspieler maßgebliche Einflussmöglichkeiten auf das Drehbuch und die Auswahl der übrigen Mitwirkenden zukamen, stand der Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft nicht im Weg. In einer weiteren Entscheidung¹¹⁷ wurde befunden, dass auch der Regievertrag als Dienstvertrag zu beurteilen ist.¹¹⁸ Begründend wurde ausgeführt, dass sich der Regisseur in die von seinem Vertragspartner zum Zwecke der Filmherstellung geschaffene Organisation einzubringen hatte, sodass ihm nicht das Hervorbringen eines in sich abgeschlossenen Werks, sondern Leistung von Diensten für ein im Rahmen dieser Organisation im Zusammenwirken mit anderen herzustellendes Ganzes

¹¹⁴ ZASB 1996, 22.

¹¹⁵ LGZ Wien 10.12.1936, JBl 1937, 454; LGZ Wien 17.12.1936, Arb 4728.

¹¹⁶ OGH 6.7.1955, 3 Ob 256/55, Arb 6259.

¹¹⁷ OGH 15.4.1958, 4 Ob 6/58, SZ 31/59 = Arb 6854.

¹¹⁸ *Rebhahn* in ZellKomm § 1151 ABGB Rz 145 erstreckt diese rechtliche Zuordnung auch auf die Verträge von Aufnahmeteams.

oblag. In diesem Sinn hatte er seine Arbeit daher in wesentlicher Abhängigkeit von seinem Vertragspartner zu leisten.

In einer Entscheidung aus jüngerer Zeit¹¹⁹ wurde ausgeführt, dass die Verträge zwischen Filmproduzenten und Schauspielern über deren Mitwirkung in einem Film im Regelfall als Arbeitsverträge anzusehen sind. Eingeräumt wurde auch in diesem Erkenntnis die Schwierigkeit der Einordnung kurzfristiger Engagementverträge, wenn Künstler wie Dirigenten, Solisten, Regisseure für Aufgaben bestellt werden, bei denen sie weitgehend weisungsfrei arbeiten, da in diesen Fällen die Grenzen zum Werkvertrag fließend verlaufen, doch trafen diese ausnahmsweise vorliegenden Voraussetzungen im konkreten Fall nicht zu, da die Schauspielern nach dem festgestellten Sachverhalt weisungsgebunden und abhängig zu arbeiten hatte.

4.6.2.3. Zeitliches Ausmaß der Inanspruchnahme

Der (deutsche) BGH entschied in einem älteren Erkenntnis, dass auch ein Schauspieler, der sich verpflichtet, bei einzelnen Aufführungen der Salzburger Festspiele mitzuwirken, in einem Dienstverhältnis stehe.¹²⁰ Für die Anwendbarkeit des SchauspG komme es darüber hinaus aber auch darauf an, ob das Dienstverhältnis die Erwerbsfähigkeit des Bühnenmitglieds überwiegend in Anspruch nimmt. Dazu entschied das LGZ Wien, dass ein Schauspieler, der nach Studium der Rollen, mehreren Proben, Kleiderproben usw durch mehrere Monate hindurch täglich abends mit Ausnahme eines Wochentags für einen Theaterunternehmer Schauspielertätigkeiten ausübt, zumindest mehr als die Hälfte der Tätigkeit eines Schauspielers erbringt, weshalb das Dienstverhältnis seine Erwerbstätigkeit überwiegend in Anspruch nimmt. Auf die tatsächliche Dauer der Vorstellungen komme es dafür nicht an.¹²¹

Diese Entscheidung ist deshalb von Relevanz, weil sie illustriert, dass für die rechtliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses eines Künstlers nicht nur die Leistungen, die unmittelbar vertraglich geschuldet werden, zu betrachten sind, sondern dass auch die dafür dienenden Vorbereitungsarbeiten (Proben etc) für die Beurteilung des Gesamtvertrages herangezogen werden müssen. Im konkreten Fall ging es darum, ob ausführende Tätigkeit (Mitwirkung in der Vorstellung) und Vorbereitungstätigkeiten für die Frage, ob die Erwerbstätigkeit des Schauspielers durch das gegenständliche Vertragsverhältnis überwiegend in Anspruch ge-

¹¹⁹ OGH 18.11.1986, 14 Ob 192/86, Arb 10.583.

¹²⁰ BGH 5.3.1937, BGHSIlg 1184.

¹²¹ LGZ Wien 25.3.1974, Arb 9302.

nommen wird, zusammenzuzählen sind, was vom Gericht bejaht wurde. Nichts anderes kann aber mE gelten, wenn es darum geht, ob die ausführende Tätigkeit und die vorbereitenden Tätigkeiten als Gesamtheit zu betrachten sind, um die Zuordnung zu einem Vertragstypus vornehmen zu können.

Der OGH nahm zum § 1 SchauspG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1979 Stellung.¹²² Er führte darin aus: Erstreckt sich ein Vertrag zwar nicht auf einen unbestimmten oder kalendermäßig bestimmten Zeitraum, sondern auf ein bestimmtes Bühnenstück, also auf eine nicht bloß zeitbezogene, sondern auf eine auch erfolgsbezogene Leistung, überwiegen aber dennoch die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit, wie etwa die Verpflichtung zur Mitwirkung an den erforderlichen Proben während eines bestimmten Zeitraums sowie an einer bestimmten Anzahl von Vorstellungen, die zur Erbringung dieser Arbeiten erforderliche Eingliederung in den Theaterbetrieb, und besteht auch die grundsätzliche Weisungs- und Kontrollberechtigung des Theaterunternehmers, der auch das ausschließliche wirtschaftliche Risiko der geplanten Aufführungen zu tragen hat, so sind die durch einen solchen Vertrag geregelten Rechtsbeziehungen der Vertragspartner, auch wenn darüber hinaus hinsichtlich eines Teiles des Vertragsinhalts die für einen Werkvertrag charakteristischen Merkmale zutreffen, in ihrer Gesamtheit als Dienstverhältnis zu qualifizieren. Zur Frage, ab wann die Erwerbstätigkeit des Bühnenmitglieds durch den Vertrag hauptsächlich in Anspruch genommen wird. Entschied der OGH, dass durch die Verpflichtung zur Mitwirkung an den erforderlichen Proben während eines Zeitraums von sechs Wochen und weiters zur Mitwirkung an insgesamt 30 Vorstellungen, die in zwei von einander getrennte Zeiträume fallen, die Erwerbstätigkeit des Schauspielers zumindest in diesem Zeitraum überwiegend in Anspruch genommen wird.

In späterer Zeit bekräftigte der OGH seine Auffassung, dass die Verträge von Filmschauspielern Arbeitsverträge sind, indem er auch das Vertragsverhältnis einer für (bloß) einen Tag engagierten Filmschauspielerin, die in einem Werbefilm mitwirken sollte, als Arbeitsvertrag qualifizierte.¹²³

¹²² OGH 18.12.1979, Arb 9845.

¹²³ OGH 12.5.1970, 4 Ob 39/70, Arb 8764 = SozM IIIIE/423 = ZAS 1970, 224 (Tomandl).

4.6.3. Fotomodell

Im Erkenntnis vom 18.4.1974, 7 Ob 61/74,¹²⁴ entschied der OGH (unter anderem), dass durch die Mitwirkung eines Fotomodells bei der Herstellung eines Werbeprospektes kein Dienstverhältnis begründet wird. Streitgegenständlich war zwar in erster Linie, ob im vorliegenden Fall die die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes begründenden Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit gegeben waren, da diese Zuständigkeit aber auch zu bejahen gewesen wäre, wenn das Fotomodell als Arbeitnehmerin zu beurteilen sein sollte, wurde vom OGH auch die Frage, ob ein Arbeitsvertrag vorlag, beantwortet (und verneint).

Dabei maß der OGH dem Umstand, dass das Fotomodell an die Arbeitsanweisungen des Auftraggebers betreffend Aufnahmeorte und –zeiten sowie an die technischen Anweisungen des Fotografen gebunden war, keine Bedeutung bei, da eine solche Bindung in gewisser Weise bei jedem Werkvertrag eines Selbständigen bestehe, und begründete den Umstand, warum der Vertrag kein Arbeitsvertrag sei (mE eher kryptisch) im Wesentlichen damit, dass zweifelhaft sei, ob das Fotomodell kein Unternehmerrisiko getragen habe.

4.6.4. Musiker

4.6.4.1. Grundsätzliche Entscheidungen

Vereinzelt wurde von der Judikatur festgehalten, dass das Vertragsverhältnis von Musikern, die sich dazu verpflichtet haben, in einem Kaffeehaus oder Hotel die Musik beizustellen, einzeln vom Inhaber entlohnt und zur Sozialversicherung angemeldet werden, als Dienstverhältnis anzusehen ist.¹²⁵ Gleiches gilt für Mitglieder eines Orchesters oder Ensembles, deren Entgeltanspruch nicht vom Erfolg einer Tournee abhängt.¹²⁶ Ein Musiker, dem es ohne wechselseitige Verpflichtung freigestellt wird, in einem Gasthaus zu spielen, und der dafür jeweils eine bestimmte Entlohnung erhält, steht in keinem Dienstverhältnis.¹²⁷

¹²⁴ SZ 47/47.

¹²⁵ OGH 6.3.1928; Arb 3842; OGH 23.10.1934, RZ 1935, 53; LG Innsbruck 31.8.1987, Arb 10.689.

¹²⁶ LGZ Graz 6.7.1971, Arb 8881.

¹²⁷ LGZ Wien 23.10.1934, Arb 4432.

4.6.4.2. Eingliederung in den Betrieb, Entgelthöhe

In einer Entscheidung vom 6.9.1960, 4 Ob 92/60, waren mehrere interessante Fragen zu behandeln. Eine Akkordeonspielerin musizierte gemeinsam mit ihrem Violine spielenden Schwager jeden Freitag und Samstag von zehn Uhr abends bis vier Uhr früh in einem Kaffeehaus und erhielt dafür pro Spieltag 10 Schilling sowie Jause und Abendessen. Beide waren nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Nach dem Ausscheiden des Violinespielers musizierte die Akkordeonspielerin ohne weitere Vereinbarung alleine weiter und hielt dabei die Wochentage wie bisher ein, begann allerdings erst um zwölf Uhr mit dem Musizieren. Nach etwa zwei Jahren wurde ihr vom Oberkellner mitgeteilt, dass die Musik abgemeldet sei, sie aber weiter spielen könne. Daraufhin musizierte sie ca. eine Woche lang ohne Entlohnung und ersuchte den Kaffeehausunternehmer sodann, ihr weiterhin 10 Schilling pro Spieltag zu bezahlen. Dieser erklärte gegenüber dem Oberkellner, er möge ihr fünf Schilling pro Spieltag geben. Die Akkordeonspielerin klagte das nach dem anzuwendenden KollV gebührende Entgelt für die letzten drei Jahre ein; der Kaffeehausunternehmer machte geltend, dass der Anspruch nicht bestehe, da kein Dienstverhältnis vorgelegen sei.

Von den entscheidungswesentlichen Fragen (etwa die konkludente Verlängerung des Vertrages oder die Vertretungsbefugnis des Oberkellners) seien an dieser Stelle nur jene angesprochen, die sich auf das Vorliegen eines Dienstverhältnisses beziehen. Der OGH meinte, dass die Merkmale eines Dienstverhältnisses dadurch erfüllt wurden, dass die Harmonikaspielerin im Betrieb des Kaffeehausunternehmers zu musizieren, also zu arbeiten und dieser dafür ein – allerdings sehr geringes – Entgelt zu leisten hatte. Der Umstand, dass die Musikerin bei Krankheit nicht spielte, lässt keinen Schluss darauf zu, dass sie bloß Dienst versah, wenn es ihr passte. Darin, dass sie nach dem Willen der Gäste und gemäß den Hinweisen des Kaffeehausunternehmers spielte, liegt bereits die Einfügung in dessen Betrieb. Dass die Akkordeonspielerin ihr Instrument selbst mitbrachte, ist bei Musikern üblich und steht der Annahme, dass ein Dienstverhältnis vorliege, (daher) nicht entgegen. Aus dem geringen Entgelt kann nicht auf das Fehlen eines Dienstverhältnisses, sondern nur darauf geschlossen werden, dass die Spielerin in krasser Weise unterentlohnt wurde.

4.6.4.3. Vertretungsmöglichkeit

In der Entscheidung vom 21.10.1987, 14 Ob A 77/87,¹²⁸ hatte der OGH die Frage zu beurteilen, ob das Vertragsverhältnis mit einer Sängerin, die die Auftritte einer Musikkapelle gesanglich unterstützte, als Arbeitsvertrag zu beurteilen war, was der OGH verneinte.¹²⁹ Begründet wurde diese Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die Sängerin nicht in den Betrieb des Vertragspartners eingegliedert war, da ein Gesangssolist bei seinen Darbietungen nicht die Musikkapelle begleitet, sondern von dieser begleitet wird. Weiters konnte sich die Sängerin vertreten lassen und beschränkte sich die Weisungsbefugnis des Vertragspartners auf die Auswahl der Musiknummern aus dem Repertoire der Sängerin für die Zeit ihres Auftritts.

4.6.4.4. Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag

In der Entscheidung vom 15.12.1993, 7 Ob 549/93,¹³⁰ war streitgegenständlich, ob ein Werkvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag vorlag. Ein Verein hatte mit einem Diskothekenbetreiber die Durchführung eines Dancefloorfestivals vereinbart. Dem Verein oblag die Programmgestaltung, die Verpflichtung der Künstler sowie des Moderators. Der Diskothekenbetreiber hatte sich zur Übernahme der Bühnenauf- und Abbauten, der Absperrungen und Absicherungen sowie zur Koordination des Rahmenprogramms verpflichtet. Der Verein bewarb die Veranstaltung, wofür der Betreiber der Diskothek einen Sponsorbeitrag von 250.000 Schilling zuzügl Umsatzsteuer leistete.

Beim Probelauf am Tage der Veranstaltung kam es wegen eines schadhaften Mischpults zu einer Verzögerung. Eine Gruppe, die im Programm mit vier Nummern vorgesehen war, brach ihre Darbietung bereits während des ersten Liedes ab und verließ die Bühne, während das Playback-Band weiterlief. Der Verein klagte auf Zahlung des Sponsorbetrages und auf Refundierung der Hotelkosten für die engagierten Künstler. Der OGH qualifizierte den Vertrag zwischen der auftretenden Gruppe und dem Verein ohne weitere Begründung als Werkvertrag, weshalb die Gruppe ihrem Vertragspartner für Leistungsstörungen einzustehen hatte. Der Vertrag zwischen dem Diskothekenbetreiber und dem Verein wurde vom OGH als Ver-

¹²⁸ DRdA 1989, 411 (E. Bydlinski) = SZ 60/220.

¹²⁹ Ähnlich die Entscheidung OGH 6.9.1947, 10 Ob 559/47, in der festgestellt wurde, dass das Rechtsverhältnis zwischen einem Kapellmeister, der sich und seine Kapelle zum Zwecke von Musikaufführungen zur Verfügung stellt, und einem Unternehmer, als Werkvertrag zu qualifizieren ist.

¹³⁰ Ecolex 1994, 398.

trag, der (auch) gesellschaftsrechtliche Züge trägt, beurteilt, auf den die Gewährleistungsregeln modifiziert angewendet werden können.¹³¹ Nach der vorgenommenen Vertragsgestaltung hatte der Verein als Gegenleistung für die Zahlung des Sponsorbeitrages unter anderem auch die ordnungsgemäße Abwicklung des Programms als eigene zu erbringende Leistung übernommen. Für Mängel des Programms, die die vom Verein engagierten Musiker verursacht hatten, musste dieser daher eintreten.

Der OGH sprach daher aus, dass dem Diskothekenbetreiber gegenüber dem Verein ein Anspruch auf Minderung des Sponsorbeitrages im Umfang der (kompletten) Gage der Gruppe, die ihren Auftritt abgebrochen hatte, zukam, da die von der Gruppe vorgenommene kurze Darbietung war unter Zugrundelegung des Abtretens schon während der ersten Musiknummer nicht als Teilleistung zu qualifizieren war.

4.6.5. Theatergruppe

In der Entscheidung vom 21.9.1948, 4 Ob 12/48,¹³² ging es um den Direktor eines Bauerntheaters, der sich mit seiner Truppe dem Unternehmer eines Kabarett verpflichtet hatte, für eine garantierte und bestimmte Spieldauer (vom 1.6.1947 bis 30.6.1947) Stücke nach seiner Wahl aufzuführen, wobei die Aufteilung des vertraglich garantierten Gesamthonorars (in Höhe von 50.000 Schilling) auf die Mitglieder der Theatergruppe ihm überlassen blieb. Der Direktor machte vor dem Arbeitsgericht die Zahlung noch des ausständigen Honorares geltend; der beklagte Unternehmer wendete die Unzuständigkeit des Arbeitsgerichtes ein, weil kein Dienstvertrag, sondern ein Werkvertrag vorliege. Dieses Vorbringen wurde im Wesentlichen darauf gestützt, dass die mit den Ensemblemitgliedern geschlossenen Verträge auf den Namen des Direktors lauteten, diesem die Verteilung des Pauschalhonorars oblag und ihm auch überlassen blieb, welche Stücke er aufführen wollte.

Der OGH stellte fest, dass der Vertrag zwar nicht mit den einzelnen Schauspielern, sondern nur dem Direktor abgeschlossen worden war, dass sich daraus aber ergab, dass nicht nur der Direktor, sondern sein gesamtes Ensemble zur Erbringung von Dienstleistungen für das Kabarettunternehmen verpflichtet werden sollte. Da der Direktor die Eigenart des Theaters und der von ihm aufgeführten Stücke kannte, konnte ihm sein Vertragspartner die Auswahl der aufge-

¹³¹ Schinas, Rechtsfolgen des Verzuges des Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Erwerbsgesellschaft mit seiner Beitragsleistung, JBl 1981, 349 (353 f).

¹³² Arb 4995 = SZ 21/128 = JBl 1948, 594.

fürten Werke überlassen, ohne dadurch seine Unabhängigkeit als Unternehmer aufzugeben. Ebenso konnte er diesem die Aufteilung des Honorars auf die einzelnen Mitglieder überlassen, da ihm als künstlerischem Leiter des Ensembles die Leistungen seiner einzelnen Mitglieder und das Verhältnis ihrer bisherigen Honorare zu einander bekannt waren. Auf das weitere Argument des Unternehmers, die Direktor habe verbindlich erklärt, beim Finanzamt mit eigener Steuernummer geführt zu werden und sämtliche Lohnsteuer selbst abzuführen, ging der OGH nicht ein. Insgesamt qualifizierte der OGH den Vertrag daher als Gruppenarbeitsvertrag, den der Direktor namens des von ihm geführten Ensembles geschlossen hatte.

Interessant ist mE der Umstand, dass nicht streitgegenständlich war, ob der Vertrag unter den Anwendungsbereich des SchauspG zu subsumieren gewesen wäre. Aufgrund der Art der geschuldeten Tätigkeit wäre dies mE zu bejahen gewesen; da der OGH weiters das Vertragsverhältnis als Dienstverhältnis qualifizierte, hätte die Anwendbarkeit des SchauspG nur mehr mit dem Argument verneint werden könnte, dass die Erwerbstätigkeit der Schauspieler durch den gegenständlichen Vertrag nicht überwiegend in Anspruch genommen wurde. Anscheinend gingen jedoch beide Vertragsteile von der Unanwendbarkeit des SchauspG aus, da durch das garantierte Honorar von 50.000 Schilling für das gesamte Gastspiel eine § 9 SchauspG entsprechende Bestimmung in den Vertragstext aufgenommen wurde (was ja bei unmittelbarer Anwendbarkeit des SchauspG überflüssig gewesen wäre). Die Aufnahme der gegenständlichen Bestimmung in den Vertragstext wurde vom Berufungsgericht (LGZ Wien) sogar als Indiz gegen das Vorliegen eines Werkvertrages herangezogen, da der Kabarettunternehmer damit das Unternehmerrisiko auf sich genommen habe, was mit dem Wesen des Werkvertrags in Widerspruch stehe.

4.6.6. Zusammenfassung und Judikatur-Tendenzen

Die vorliegende Judikatur ist mE nicht frei von Widersprüchen. Während die Tätigkeit als Filmschauspieler in den bisher ergangenen Entscheidungen, soweit ersichtlich, durchgängig als Arbeitsverhältnis qualifiziert wird, wurden Verträge von Musikern manchmal als Arbeitsverträge, manchmal aber auch als Werkverträge angesehen. Nach welchen Kriterien die Judikatur in diesen Fällen die Abgrenzungen vornimmt, wird aus den Begründungen mE nicht klar.

5. Eigene Meinung

5.1. Einleitung

Im Folgenden wird die Problematik – ohne den Anspruch zu stellen, endgültige Lösungskonzepte vorlegen zu können – aus der eigenen Perspektive beleuchtet. Dabei wird wiederum zunächst das Beispiel des Schauspielers als „Prototyp“ herangezogen. Darauf aufbauend, werden sodann auch andere Kunstgattungen in die Überlegungen mit einbezogen.

5.2. Schauspielerverträge

5.2.1. Persönliche Leistungserbringung

Eine Untersuchung, inwieweit die für einen bestimmten Vertragstyp charakteristischen Merkmale auf den Schauspielvertrag zutreffen, zeigt ein differenziertes Bild:

Das Erfordernis der persönlichen Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung (Rollensstudium und Beteiligung an den Dreharbeiten) ist beim Schauspielvertrag jedenfalls anzutreffen. Eine Vertretungsmöglichkeit besteht (zumindest typischerweise¹³³) nicht, da es für den Filmunternehmer wesentlich darauf ankommt, dass der Schauspieler selbst an den Drehtagen für die Darstellung der übernommenen Rolle zur Verfügung steht (was nur möglich ist, wenn er die Rolle auch selbst beherrscht, sich also dem Rollensstudium persönlich gewidmet hat).

Die Qualität eines Filmes hängt in hohem Ausmaß von den persönlichen Fähigkeiten der darin mitwirkenden Schauspieler ab, weshalb es für den Vertragspartner essentiell ist, welche Personen daran (in welchen Rollen) mitwirken. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass der Filmunternehmer den Namen der Darsteller häufig auch für Marketingzwecke verwendet.

Man mag nun einwenden, dass auch die Qualität eines Werkstückes (etwa eines Tisches) von den Fähigkeiten der Person abhängt, die das Werk anfertigt, dass dieser Umstand den Typus des Vertrages aber unberührt belässt. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass beim Werkvertrag die Qualität der geschuldeten Leistung (bereits) durch den Vertragsinhalt bestimmt wird (sodass eine mangelhafte Qualität des Werkgegenstandes im Wege des Gewährleistungsrechtes korrigiert werden kann), während beim Schauspielvertrag die angestrebte Qualität des Filmes über das Instrument der Verpflichtung der persönlichen Leistungserbringung (indirekt) abgesichert werden soll.

Dass es auch Filmsequenzen gibt, in denen die Mitwirkung des betreffenden Schauspielers substituierbar ist (man denke nur an den Einsatz von Stuntmen oder Doubles), vermag am Vorliegen des Merkmals der Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der vereinbarten Leistung aus zwei Gründen nichts zu ändern:

¹³³ Ausgenommen so genannte Statisten. Diesen obliegt aber ohnehin auch kein Rollensstudium, sodass sie von der hier untersuchten Konstellation nicht erfasst werden.

Zum einen schließt die Befugnis, sich nur in bestimmten Einzelfällen vertreten lassen zu können, die persönliche Arbeitspflicht ohnehin nicht aus.¹³⁴ Zweitens bestimmt in derartigen Fällen ja der Filmunternehmer und nicht der Schauspieler, wann eine Vertretung zu erfolgen hat. Die persönliche Arbeitspflicht (als für das Bestehen eines Arbeitsvertrages charakteristisches Merkmal) wäre aber nur bei Bestehen einer generellen - und nicht an eine Rücksprache mit dem Vertragspartner gebundene - Vertretungsbefugnis zu verneinen.¹³⁵

5.2.2. Eingliederung in den Betrieb

Wesentliches Kennzeichen eines Arbeitsvertrages ist wie erwähnt, dass der zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtete Vertragsteil in den organisatorischen Ablauf des Betriebes seines Vertragspartners, insbes in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit, Zusammenarbeit mit Kollegen etc eingegliedert ist.¹³⁶

Während der Drehtage ist die Eingliederung in den Betrieb des Vertragspartners zu bejahen: Der Schauspieler muss sich zu Drehbeginn am Drehort einfinden, muss dort während der Drehzeiten die vertraglich vereinbarten Leistungen erbringen und dabei gemäß den Weisungen des Filmunternehmers mit den anderen Protagonisten des Filmes zusammenarbeiten. Anwesenheits- und Einsatzzeiten sind daher einer Selbstbestimmung durch den Schauspieler weitestgehend entzogen.

Anders ist das Rollenstudium zu beurteilen: Bei der Durchführung dieser Tätigkeit unterliegt der Schauspieler keinen Restriktionen im Hinblick auf Festlegung von Ort und Zeit der Leistungserbringung und ist auch nicht in anderer Weise in innerbetriebliche Abläufe oder Strukturen eingebunden. Die typischen Merkmale der Eingliederung in den Betrieb des Vertragspartners liegen daher während dieser Phase nicht vor.

¹³⁴ ZB OGH 13.7.1976, 4 Ob 27/76.

¹³⁵ Dobesberger, Dienstverhältnis und Vertretungsrecht, SozSi 2004, 11.

¹³⁶ Tomandl, Wesensmerkmale 72; OGH 13.7.1976, 4 Ob 27/76.

5.2.3. Geschuldete Leistung

Auch eine Untersuchung, was Gegenstand der vom Schauspieler geschuldeten Leistung ist, führt zu einem differenzierten Ergebnis:

Während der Drehtage schuldet der Schauspieler die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft, nicht hingegen einen bestimmten Erfolg (etwa den zeitgerechten und erfolgreichen Abschluss der Dreharbeiten). Dies geht schon daraus hervor, dass der Anspruch des Schauspielers auf Entlohnung nicht geschmälert wird, wenn die Dreharbeiten nicht plangemäß beendet werden können (etwa wegen Erkrankung anderer Schauspieler oder weil Außenaufnahmen aufgrund schlechter Witterungsverhältnisse nicht durchgeführt werden können). Den Schauspieler trifft daher kein Betriebsrisiko.

Beim Rollenstudium ist für den Filmunternehmer dagegen entscheidend lediglich, dass der Schauspieler die von ihm darzustellende Rolle beherrscht. Die Arbeitsleistungen des Schauspielers (Einstudieren der Rolle) dienen in diesem Fall also lediglich als Mittel zur Herbeiführung des geschuldeten Vertragsgegenstandes (Kenntnis der Rolle).

5.2.4. Ergebnis

Während der Dreharbeiten ist das Vorliegen der wesentlichen Merkmale des Arbeitsvertrages (persönliche Arbeitspflicht, Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, Schulden von Arbeitsleistungen) zu bejahen. Während des Rollenstudiums liegt hingegen zumindest das für den Arbeitsvertrag charakteristische Merkmal der Eingliederung in den Betrieb des Vertragspartners nicht vor, während die für den Arbeitsvertrag ebenfalls typische Verpflichtung, die geschuldete Leistung höchstpersönlich zu erbringen, (auch während dieser Zeit) gegeben ist. Der Inhalt der geschuldeten Leistung spricht beim Rollenstudium mE für das Vorliegen eines Werkvertrages.¹³⁷

Der Schauspielvertrag beinhaltet daher Komponenten verschiedener Vertragstypen. Da ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, muss die Zuordnung zu einem bestimmten

¹³⁷ Vgl. Mazal, ecolex 1997, 277.

Vertragstyp nach dem Überwiegen der einzelnen Elemente vorgenommen werden;¹³⁸ eine Zerlegung des Vertrages in verschiedenen Teile (zum Teil Arbeitsvertrag, zum Teil Werkvertrag) kommt nicht in Betracht.¹³⁹

Die Anwendung des Überwiegensprinzips führt mE zum Ergebnis, dass der Schauspielvertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Hauptleistungspflicht des Schauspielers in der Beteiligung an den Dreharbeiten besteht und das Rollenstudium als notwendige Vorbereitungstätigkeit dafür anzusehen ist. Die Teilnahme an den Dreharbeiten ist daher die gewichtigere Tätigkeit (und somit die seinem Vertragspartner geschuldete Hauptleistungspflicht), da die Beteiligung an den Dreharbeiten ohne vorheriges Rollenstudium nicht möglich ist. Nachdem die(se) Hauptleistungspflicht aber in Form eines Arbeitsvertrages absolviert wird, muss diese rechtliche Wertung mE auf die Beurteilung des gesamten (einheitlichen) Vertrages erstreckt werden. Überlegungen, ob Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt, erübrigen sich daher.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass das Rollenstudium im Regelfall mehr Zeit beansprucht als die Teilnahme an den Dreharbeiten, sodass zur Bestimmung des Typus des Gesamtvertrages die Merkmale herangezogen werden müssten, die der Vertrag während des Zeitraumes aufweist, der gemessen an der Dauer des Gesamtvertrages überwiegt. ME kann der von den Parteien mit dem Vertragsschluss beabsichtigte Zweck des Vertrages aber nicht aus der Dauer der vorbereitenden Tätigkeit im Verhältnis zur Dauer der Haupttätigkeit erschlossen werden, sondern es ist dafür auf die Parteienabsicht abzustellen. Daher führt das Überwiegensprinzip dazu, den Gesamtvertrag (Schauspielvertrag) als Arbeitsvertrag zu bewerten.

¹³⁸ VwGH 3.7.2003, 99/08/0215; VwGH 17.11.2004, 2002/08/0283; OGH 19.12.2002, 8 ObA 135/02i; OGH 26.8.2004, 8 ObA 85/04i.

¹³⁹ OGH 13.11.2003, 8 Ob A 107/03y.

5.3. Allgemeine Schlussfolgerungen

5.3.1. Einleitung

Im Folgenden wird versucht, aus den bisher für Schauspieler angestellten Überlegungen allgemeine Erkenntnisse abzuleiten, die für die rechtliche Zuordnung der Verträge von Künstlern nutzbar gemacht werden können. Der Fokus wird daher um Sachverhalte erweitert, die über darstellende künstlerische Tätigkeiten hinausgehen. Auf die Probleme, die sich durch das Zusammenwirken mehrerer Künstler ergeben, wird (erst) unter Punkt 5.4. eingegangen.

5.3.2. Zeitliche Komponente

In der Literatur wird zum Teil vorgeschlagen, die Abgrenzung nach der Dauer des Vertragsverhältnisses vorzunehmen. So kritisierte insbes *Tomandl* die Entscheidung OGH 4 Ob 39/70, in der der mit einer Filmschauspielerin für die Dauer eines Tages abgeschlossene Vertrag als Arbeitsvertrag angesehen wurde, im Hinblick auf die Kurzfristigkeit der vereinbarten Dienstleistung. Auch *Rebhahn*¹⁴⁰ meint, dass es für die Zuordnung zu einem Vertragstyp bei kurzer Dauer der Tätigkeit stärker darauf ankommt, ob der geschuldete Vertragsinhalt auch als Werk verstanden werden kann. Gegen dieses Kriterium spricht aber der Umstand, dass es auch sehr kurzfristige Arbeitsverträge gibt. Als „Paradebeispiel“ mag der Tagelöhner angeführt werden. Dieser steht selbst dann in einem (kurzfristigen) Dienstverhältnis, wenn er Tätigkeiten schuldet, die besondere Kenntnisse erfordern, sofern er mit den Betriebsmitteln des Arbeitgebers arbeitet, persönlich zur Leistungserbringung verpflichtet ist und nicht für den Erfolg, sondern „nur“ für die Sorgfalt (in concreto eines Kraftwagenlenkers) haftet.¹⁴¹ Weitere Beispiele, in denen die Judikatur das Vorliegen eines Dienstverhältnisses trotz kurzer Dauer des Vertragsverhältnisses bejahte, sind Lohnbedienstete oder Bergführer.¹⁴² In einer Entscheidung sprach der OGH sogar ausdrücklich aus, dass Arbeitsverträge auch nur für die Dauer von wenigen Stunden geschlossen werden können, wenn dies der Zweck der Arbeitsleistung mit sich bringt.¹⁴³

¹⁴⁰ In ZellKomm § 1151 ABGB Rz 145.

¹⁴¹ OGH 30.1.1934, 1 Ob A 1155/33, ZBl 1934, 117.

¹⁴² OGH 6.9.1947, 1 Ob 559/47, Arb 4929; OGH 7.6.1968, ZVR 1968/151; OGH 18.11.1975, EvBl 1976/179.

¹⁴³ OGH 18.11.1975, Arb 9422.

Richtig ist mE, dass eine kurze Dauer des Vertragsverhältnisses bzw der Umstand, dass die Leistung nur ein Mal erbracht wird, die Vermutung erhärtet, dass es sich bei dem betreffend Vertrag um einen Werkvertrag handelt. Zwingend ist dies jedoch nicht, zumal ein Dienstverhältnis für die Dauer der Herstellung (Erbringung) einer bestimmten Leistung ja nicht ausgeschlossen ist.¹⁴⁴ Ob der geschuldete Vertragsinhalt auch als Werk verstanden werden kann, kann daher mE zumindest dann nicht relevant sein, wenn nach der Absicht der Vertragsparteien kein Werk-, sondern ein Arbeitsvertrag geschlossen werden sollte. Damit stellt sich aber die Frage, anhand welcher Kriterien zu beurteilen ist, ob der Parteienwille auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Das Problem dabei ist, dass viele der „klassischen“ Unterscheidungsmerkmale für die Unterscheidung zwischen Werk- und Arbeitsvertrag bei typischen künstlerischen Tätigkeiten (Musikanten, Schauspieler) keine tauglichen Abgrenzungskriterien abgeben.

5.3.3. Persönliche Leistungserbringung

Die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der Leistung ist im Regelfall bei künstlerischen Tätigkeiten aufgrund der Art des Vertragsgegenstands unabhängig vom Vertragstyp generell zu bejahen und gibt daher kein brauchbares Unterscheidungsmerkmal ab. So wird diese Verpflichtung bspw im Normalfall auch zu bejahen sein, wenn das Malen eines Bildes den Inhalt der geschuldeten Leistung bildet. Auch wenn das Bild in der Werkstatt des Malers entsteht, der Künstler in keiner Weise an Arbeitszeiten gebunden und in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert ist, das Bild mit seinen eigenen Betriebsmitteln herstellt, sodass ein „klassischer“ Werkvertrag vorliegt, kommt es dem Werkbesteller doch im Normalfall wesentlich darauf an, dass gerade der Künstler, bei dem er das Bild in Auftrag gibt, das Werk höchstpersönlich ausführt. Selbst wenn diese Bedingung im Vertrag selbst nicht enthalten ist, wird eine ergänzende Vertragsauslegung daher in den meisten Fällen dazu führen, den entsprechenden Passus als vertraglich bedungen anzusehen.

¹⁴⁴ OGH 15.12.1949, SZ 22/21 = Arb 5039.

5.3.4. Betriebliche Eingliederung

Eine Eingliederung in die betrieblichen Strukturen des Vertragspartners ist bei der Erbringung von musikalischen oder schauspielerischen Leistungen im Regelfall ebenfalls schon aufgrund der Art der ausgeübten Tätigkeiten unumgänglich. Die Bindung an Zeiten und Orte ergibt sich bei Musikern schon daraus, dass die Darbietung für den Vertragspartner nur an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten Sinn ergibt. Pointiert formuliert hat der Vertragspartner nichts davon, wenn ein Sänger zu Hause unter seiner Dusche seine stimmlichen Künste unter Beweis stellt. Für den Schauspieler gilt dies sowohl für die Aufführung und die Proben (Theaterschauspieler) als auch für die Drehszenen (Filmschauspieler). Beim Musiker kommt überdies hinzu, dass, wie der OGH zutreffend ausführt, auch die Beistellung der Arbeitsmittel (Instrumente) durch diesen selbst auch bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht untypisch ist.

5.3.5. Persönliche Weisungen

Die Abgrenzung zwischen persönlichen und fachlichen Weisungen bereitet gerade bei Künstlern häufig Schwierigkeiten. Persönliche (und somit für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages charakteristische) Weisungen sind nach der Judikatur lediglich „Weisungen, die die persönliche Gestaltung der Dienstleistungen zum Gegenstand haben und die die eigene Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschalten. Gerade die Freiheit von persönlichen Weisungen, also die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln und jederzeit zu ändern, wird als entscheidendes Kriterium angesehen, das gegen eine persönliche Abhängigkeit (und somit gegen einen Arbeitsvertrag) spricht.“¹⁴⁵

In einem Erlass der Landesregierung Wien¹⁴⁶ findet sich die Aussage, dass die Gebundenheit des Schauspielers an die an die Weisungen des Regisseurs kein Merkmal persönlicher Abhängigkeit, sondern ein Wesensmerkmal des Schauspielerberufes ist. Das kommt der Wahrheit mE zumindest ziemlich nahe. Ich würde es so formulieren: Bei vielen künstlerischen Tätigkeiten ist eine Trennung zwischen fachlichen und persönlichen Weisungen häufig nicht möglich, da jede fachbezogene Anweisung nur durch ein persönliches Verhalten des Künstlers umgesetzt werden kann. Beispiel: Die Umsetzung der Weisung an einen Schauspieler, wie eine bestimmte Szene gespielt werden soll, impliziert automatisch ein persönliches, auf

¹⁴⁵ OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f.

¹⁴⁶ LReg Wien, 7.11.1967, 2045/2/68.

die Weisung bezogenes Verhalten des Angewiesenen (Anpassung von Mimik, Gestik, Sprechweise etc.). Wenn fachliche und persönliche Weisungen jedoch nicht mehr zu trennen sind, kann der Unterschied zwischen den beiden Formen auch nicht mehr für die Zuordnung des Vertrages zu einem bestimmten Typus nutzbar gemacht werden. In besonders krasser Weise trifft der Umstand, dass fachliche mit persönlichen Weisungen praktisch identisch sind, auf das Fotomodell zu.

Auch *Rebhahn*¹⁴⁷ meint, dass bei der Arbeit als Fotomodell die Weisungsunterworfenheit wohl besonders stark ausgeprägt ist. Dies würde allerdings, sofern damit die persönliche Weisungsunterworfenheit gemeint ist, dafür sprechen, den zugrunde liegenden Vertrag – anders als der OGH - als Arbeitsvertrag zu qualifizieren. ME kann hingegen auch aus dem Umstand, dass die Weisungsunterworfenheit besonders intensiv ausgeprägt ist, dann nichts für die Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp gewonnen werden, wenn die fachlichen und die persönlichen Weisungen so eng mit einander vermengt sind wie im Falle des Fotomodells.

Bei Musikern ist die Verquickung zwischen fachlichen und persönlichen Weisungen hingegen nicht so intensiv. Es ist daher zB durchaus möglich, einem Sänger die (fachliche) Weisung zu erteilen, welche Lieder er zu singen hat, ihm hingegen die Abfolge der Arbeitsschritte (Reihenfolge, in der die Lieder dargeboten werden) selbst zu überlassen.¹⁴⁸ Bei diesem Genre wäre es daher denkbar, den Umstand, dass (auch) persönliche Weisungen erteilt werden, als ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zu deuten. Im Umkehrschluss würde daraus folgen, dass das Fehlen derartiger persönlicher Weisungen gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht. Überzeugend wäre eine Differenzierung anhand dieses Kriteriums ME allerdings nicht, da ein Verzicht auf das Erteilen von (auch) persönlichen Weisungen seine Ursache oft in der Expertenfunktion des Musikers haben wird, wie dies auch in einem Arbeitsverhältnis vorkommt.

¹⁴⁷ In ZellKomm § 1151 ABGB Rz 145.

¹⁴⁸ Vorausgesetzt, dass dies nicht ohnehin bereits im Vertrag vereinbart wurde, denn dann bleibt für eine Festlegung per Weisung kein Raum mehr.

5.3.6. Ergebnis

5.3.6.1. Abgrenzung zum Werkvertrag

ME muss die Abgrenzung zwischen dem Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis und dem Werkvertrag als Zielschuldverhältnis daher danach vorgenommen werden, ob die Erbringung von Arbeitsleistungen oder das Hervorbringen eines bestimmten Ergebnisses (Werkes, Produktes, Erfolges) zum Vertragsgegenstand gemacht wurde. Ein Werkvertrag liegt somit nur vor, wenn ein von der Erbringung von Arbeitsleistungen unterscheidbarer (also darüber hinausgehender) Erfolg vereinbart wurde. Besteht die geschuldete Leistung etwa lediglich in der „eigenverantwortlichen Betreuung“, so ist das Vertragsverhältnis daher – ungeachtet der Bezeichnung des Vertrages als Werkvertrag – nicht als Ziel-, sondern als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren.¹⁴⁹ Demgegenüber ist die Verpflichtung, (bestimmte) Nachträge und Neuausgaben zur Verfügung zu stellen, als Werkvertrag anzusehen, da nicht bloß eine „Bearbeitung“, sondern ein bestimmter, von vorneherein umschriebener Erfolg (tatsächliche Herausgabe einer Neuauflage) geschuldet wird.¹⁵⁰

Diese Abgrenzung bereitet dann kein Problem, wenn die zur Herbeiführung der vertraglich geschuldeten Leistung notwendige Tätigkeit klar von deren „Endergebnis“ unterscheidbar ist, etwa bei Herstellung einer Skulptur durch einen Bildhauer oder bei Verfassen eines Buches durch einen Schriftsteller. Diffizil wird es aber, wenn eine Arbeitsleistung kein (erst) zu einem späteren Zeitpunkt entstehendes Ergebnis bewirkt (bspw bei einem Sänger, der die vertraglich geschuldete Leistung jedenfalls – bereits – durch seine gesanglichen Darbietungen erbringt). Für solche Fälle bedarf es wohl einer Zweifelsregel, anhand derer beurteilt werden kann, ob „bloß“ Arbeitsleistungen oder ein bestimmter Erfolg geschuldet werden.

ME ist in solchen Zweifelsfällen darauf abzustellen, ob der Vertragsgegenstand vom Künstler ohne weiteres erfüllbar ist. Dies bedingt zum einen, dass der Inhalt der geschuldeten Leistung bereits so weit konkretisiert ist, dass er vom Schuldner (Künstler) erfüllt werden kann, ohne dass es dafür weiterer (fachlicher und daher in concreto gleichzeitig auch persönlicher) Weisungen des Vertragspartners bedarf. Dies entspricht daher dem Grundsatz, dass der Werkvertrag durch das Fehlen der Möglichkeit, persönliche Weisungen zu erteilen, gekennzeichnet ist. Aus diesem Abgrenzungskriterium erklärt sich mE auch, warum bei kurzfristigen Verträgen

¹⁴⁹ OGH 13.7.1976, 4 Ob 27/76, Arb 9489; VwGH 31.5.1994, 93/08/0162.

¹⁵⁰ VwGH 20.12.2001, 98/08/0062.

eher ein Werkvertrag vorliegt, denn die Voraussetzung, dass es zur Vertragserfüllung keiner ergänzenden Weisungen mehr bedarf, ist umso leichter erfüllbar, je kürzer der Zeitraum bis zur Beendigung des Vertrages andauert.

Weiters ist diese Voraussetzung nur erfüllt, wenn es dem Künstler überhaupt möglich ist, die geschuldete Leistung zu erbringen, ohne dass er dafür mit anderen Vertragspartnern des Auftraggebers zusammenwirken muss. Am Bsp des Schauspielers: Auch wenn das Entstehen einer bestimmten Filmsequenz Vertragsinhalt wäre, kann ein Werkvertrag nur vorliegen, wenn dem Schauspieler auch obliegt, alle Voraussetzungen, die für die Herbeiführung des vereinbarten Erfolges nötig sind (zB Kameramann, Regisseur, weitere Schauspieler) selbst zu schaffen. Fällt das Beibringen dieser Voraussetzungen hingegen in den Zuständigkeitsbereich des anderen Vertragsteiles, so zeigt dies, dass der Schauspieler in Wahrheit eben keinen bestimmten Erfolg, sondern „bloß“ die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft schuldet.

5.3.6.2. Qualität und Quantität der Leistung

Charakteristikum des Arbeitsvertrages ist die Höchstpersönlichkeit der Arbeitsverpflichtung. Daher wird auch die Qualität der geschuldeten Arbeitsleistung durch die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers bestimmt.¹⁵¹ Entsprechen diese Fähigkeiten nicht den Erwartungen des Arbeitgebers, so muss dieser das Arbeitsverhältnis kündigen, wenn er sich vom Arbeitnehmer trennen will. Zwar ist es auch beim Arbeitsvertrag möglich, einen objektiven Qualitätsmaßstab für die zu erbringenden Leistungen zu vereinbaren,¹⁵² doch ändert dies nichts am Vorliegen eines Arbeitsvertrages, sondern zieht „lediglich“ besondere Rechtsfolgen nach sich. So könnte bspw vereinbart werden, dass bei qualitativ hochwertigen Arbeitsleistungen ein höheres Entgelt gebührt.

Bsp:

Ein Sänger, der die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft bei Vorliegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit schuldet (und sich daher in einem Arbeitsverhältnis befindet) erhält für jeden Auftritt, bei dem er ein „hohes C“ singt, eine Prämie.

¹⁵¹ ZB Brodil in Mazal/Risak, Kap X Rz 44; Schrammel, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste, in FS Welser (2004) 985; OGH 3.8.2005, 9 ObA 53/05t, ZAS 2007, 178 (Körber).

¹⁵² Davon zu trennen ist die (mE zu bejahende) Frage, ob die Vereinbarung einer bestimmten Qualität der geschuldeten Leistung (im Zweifelsfall) ein Indiz dafür ist, dass die Vertragsparteien kein Dauerschuldverhältnis, sondern einen Werkvertrag eingehen möchten.

Der Umfang der geschuldeten Arbeitsquantität wird durch die vereinbarte Arbeitszeit festgelegt; die Vereinbarung einer Mindestarbeitsmenge ist dagegen – zumindest bei einem reinen Zeitlohnmodell - mit dem Arbeitsvertrag unvereinbar.¹⁵³ Daraus folgt aber auch, dass die Vereinbarung einer Mindestarbeitsmenge das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht ausschließt, sondern eine umgekehrte Kausalitätsbeziehung besteht: Ist der Vertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, so ist zu prüfen, ob die Vereinbarung einer Mindestarbeitsmenge unzulässig und daher nichtig ist. Da diese Prüfung nur bei Arbeitsverhältnissen erfolgt und somit das Bestehen eines Arbeitsvertrages¹⁵⁴ voraussetzt, kann der Umstand, dass eine Mindestarbeitsmenge vereinbart wurde, kein Hindernis für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sein.

Diese Schlussfolgerungen gelten mE – da auch beim freien Dienstvertrag Arbeitsleistungen geschuldet werden (*grosso modo*)¹⁵⁵ - ebenso für den freien Dienstvertrag und können daher generell für die Abgrenzung von Ziel- und Dauerschuldverhältnissen angewendet werden. ME kann es daher dafür nicht darauf ankommen, ob die vereinbarte Leistung während eines bestimmten Zeitraums zu erbringen ist (zB eine Stunde lang singen) oder quantitativ (zB Singen von zehn Liedern) bestimmt ist, sondern entscheidend ist – wie erwähnt –, ob die geschuldete Leistung über das Erbringen von Arbeitsleistungen hinausgeht. Für die Beantwortung dieser Frage ist aber mE nicht ausschließlich die von den Vertragsparteien gewählte Formulierung maßgeblich. ME kann daher bspw auch durch eine Vereinbarung, mit der sich der Schuldner verpflichtet, zehn Lieder zu singen, ein Dauerschuldverhältnis begründet werden.

¹⁵³ ZB OGH 10.1.1984, 4 Ob 163/83, DRdA 1985/19 (*Csebreňnyak*); OGH 15.7.1986, 14 Ob 117, 118/86, ZAS 1988, 124 (*Schnorr*); *Firlei*, Ein langsamer Arbeitnehmer, DRdA 1979, 226; *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn, in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 93 (97).

¹⁵⁴ Verstanden als Gegenpart zum Werkvertrag (da es in diesem Punkt um die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag geht); zur Frage, inwieweit diese Überlegungen auch für die Frage der Abgrenzung zwischen freien Dienstverträgen und Werkverträgen (und somit – ganz allgemein – zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen) gültig sind, siehe gleich im Folgenden.

¹⁵⁵ Da KollV nicht für freie Dienstverträge gelten, kann beim freien Dienstvertrag mE allerdings vereinbart werden, dass das Entgelt nur gebührt, wenn die Arbeitsleistungen einem objektiven Qualitätsstandard (zB *lege artis*) entsprechen oder wenn eine Mindestarbeitsmenge erbracht wird. Eine derartige Vereinbarung wird – zumindest in Bezug auf die geschuldete Arbeitsqualität - mE häufig konkludent zustande kommen (man denke etwa an den Behandlungsvertrag).

5.3.6.3. Dauerhafte Vertragsbeziehung

Ein zusätzliches Abgrenzungsproblem entsteht, wenn zwischen den beiden Vertragspartnern eine dauerhafte Vertragsbeziehung vorliegt (zB Verpflichtung zur Erbringung wiederkehrender Leistungen „auf Abruf“). Auch hier kommt es für die Unterscheidung zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen auf die Umstände des Einzelfalls an.¹⁵⁶ So ist etwa ein Rahmenvertrag über die Erbringung schriftstellerischer Tätigkeiten (Schreiben von Artikeln für eine Zeitung), der Kündigungsfristen und – von den gelieferten Zeilen unabhängig – monatliche Pauschalhonorare vorsieht, nicht als Summe von Werkverträgen, sondern als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren.¹⁵⁷

Von einem Teil der Literatur wird weiters die - über diesen Befund hinausgehende - Ansicht vertreten, dass auch aufeinander folgende Werkverträge („Kettenwerkverträge“) nach sinn-gemäßer Maßgabe der Kriterien der „Kettenvertragsjudikatur“ als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren sind, wenn ein neuer Werkvertrag immer erst nach Vollendung der letzten Vertragsleistung abgeschlossen wird, der Auftragnehmer sich aber auch neben der Leistungserfüllung um den Auftraggeber bemüht.¹⁵⁸ Dies wird damit begründet, dass zwar jeder Vertrag für sich als Werkvertrag zu qualifizieren wäre, alle Verträge in ihrer Gesamtheit jedoch den Kriterien des (freien) Dienstvertrages entsprechen.

Dieser Argumentation ist mE nicht zu folgen. Im Rahmen der „Kettenvertragsjudikatur“ lautet die Problemstellung, ob mehrere befristete Arbeitsverträge zum selben Arbeitgeber als unbefristetes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sind. Es geht also darum, ob der – nur – bei unbefristeten Arbeitsverträgen bestehende Kündigungsschutz durch Abschluss mehrerer befristeter Arbeitsverträge umgangen werden kann.¹⁵⁹ Diese Überlegungen werden auch auf die Frage übertragen, ob bei unterbrochenen (befristeten oder unbefristeten) Arbeitsverhältnissen zum jeweils selben Arbeitgeber für dienstzeitabhängige Ansprüche (zB Abfertigung, Urlaub oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall) von einem durchgehenden Arbeitsverhältnis auszugehen ist.¹⁶⁰ Schließlich kann auch die mehrfache Befristung anderer Vertragsbestimmungen

¹⁵⁶ OGH 8.8.2002, 8 ObA 277/01w, JBl 2003, 126.

¹⁵⁷ VwGH 19.10.2005, 2002/08/0264.

¹⁵⁸ Blasina, Dienstnehmer – Freier Dienstnehmer – Selbständiger (2007) 86 f.

¹⁵⁹ ZB Trost in Löschnigg (Hrsg), AngG⁸ (2007) § 19 Rz 38 ff; Reissner in ZellKomm § 19 AngG Rz 22 ff; Gerhartl, Die wiederholte Befristung von Dienstverträgen, wbl 2008, 105 (jeweils mN der Judikatur).

¹⁶⁰ ZB Bydlinski, Die Zusammenrechnung von Dienstzeiten als Abfertigungsproblem in der Bauwirtschaft, ZAS 1985, 125; Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 212; Mayr in ZellKomm § 23 AngG Rz 6; Tomandl/Schrammel, Arbeits-

(zB Beschäftigungsausmaß) rechtsmissbräuchlich (und daher unzulässig) sein.¹⁶¹ In all diesen Fällen wird jedoch vorausgesetzt, dass es sich bei den einzelnen (befristeten) Verträgen jeweils um Arbeitsverträge handelt, sodass arbeitsrechtliche Ansprüche bei (unstrittigem) Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses zu beurteilen sind.

Diese Problemstellung kann daher mE nicht auf die Beurteilung der Art des geschlossenen Vertrages übertragen werden, da es den Vertragsparteien frei steht, ob sie ein Ziel- oder ein Dauerschuldverhältnis abschließen. Auch ein bestehendes Verhandlungsungleichgewicht (zB der Auftragnehmer würde lieber ein Dauerschuldverhältnis eingehen, als laufend Zielschuldverhältnisse zu begründen, doch sein Vertragspartner ist dazu nicht bereit) bewirkt somit keine Änderung des Vertragstypus. Daher kann mE durch „Zusammenrechnung“ mehrerer Zielschuldverhältnisse kein Dauerschuldverhältnis begründet werden.

5.3.6.4. Abgrenzung zum freien Dienstvertrag

Steht fest, dass es sich um keinen Werkvertrag handelt, stellt sich die Abgrenzungsfrage zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag. Für diese Differenzierung können mE die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nutzbar gemacht werden, denn alle Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieses Kriteriums für die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag, die durch die charakteristischen Besonderheiten der Ausübung einer künstlerischen Tätigkeit bedingt sind, fallen weg, sobald geklärt ist, dass der gegenständliche Vertrag ohnehin kein Werkvertrag ist. Der Grund dafür liegt darin, dass andernfalls nicht mehr entscheidbar wäre, ob ein Arbeitsvertrag oder ein freier Dienstvertrag vorliegt, da diese beiden Vertragstypen überhaupt nur durch das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit unterscheidbar sind.

Die von den Vertragsparteien allenfalls vereinbarten Rechtsfolgen ermöglichen alleine (also ohne – weitere - Prüfung des Parteiwillens) mE im Übrigen keine Rückschlüsse auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages oder eines freien Dienstvertrages. Wird dem Schuldner bspw vertraglich ein Urlaubsanspruch nach den Bestimmungen des UrlG eingeräumt, so könnte das einerseits ein Indiz dafür sein, dass die Vertragsparteien beabsichtigten, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, da Urlaub nur Arbeitnehmern zusteht. Ebenso gut wäre es aber möglich, dass

recht 2⁸ (2008) 36; Resch, Die Zusammenrechnung unterbrochener Arbeitsverträge – kein Problem der Kettenvertragsjudikatur, DrdA 2009, 387 (alle mN der Judikatur).

¹⁶¹ Kuderna, Die Befristung einzelner Elemente des Arbeitsvertrages, DRdA 1999, 329.

der Urlaubsanspruch gerade deshalb im Vertrag verankert wird, weil die Vertragsparteien ein freies Dienstverhältnis mit einander eingehen möchten und daher kein gesetzlicher Urlaubsanspruch besteht. Auch aus der Anmeldung des Schuldner zur GKK kann mE kein Indiz für das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages oder freien Dienstvertrages gewonnen werden, da der Gläubiger sowohl bei einem Arbeitsvertrag als auch einem arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrag zur Durchführung dieser Anmeldung verpflichtet ist.

5.3.6.5. Reihenfolge der Prüfungsschritte

Das „Prüfschema“ determiniert mE daher auch die Reihenfolge der Prüfungsschritte: Zuerst sollte geprüft werden, ob der in Augenschein genommene Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Bejahendenfalls ist mit diesem Ergebnis – für arbeitsrechtliche Fragestellungen – im Regelfall bereits das Auslangen zu finden¹⁶²: Da arbeitsrechtliche Bestimmungen grundsätzlich weder auf Werkverträge noch auf freie Dienstverträge anzuwenden sind, reicht es, zu wissen, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. Nur wenn die Prüfung ergibt, dass es sich um keinen Werkvertrag handelt, muss daher (im zweiten Schritt) geprüft werden, ob ein freier Dienstvertrag oder ein Arbeitsvertrag vorliegt.¹⁶³

¹⁶² Allenfalls muss noch geprüft werden, ob die Merkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegen.

¹⁶³ Bei Bestehen eines freien Dienstvertrages kann – auch in diesem Fall – (als 3. Schritt) die Prüfung der Merkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit in Betracht kommen.

5.4. Gruppenarbeitsverträge

5.4.1. Grundsätzliches

Zusätzliche Probleme treten dann auf, wenn die zur Leistung verpflichtenden Künstler als Gruppe auftreten (zB ein Chor, eine Kapelle oder eine Band). Zum einen stellt sich in diesem Fall die Frage, zwischen wem der Vertrag abgeschlossen wird. Ist die Künstlergruppe als Gesellschaft oder als Verein mit Rechtspersönlichkeit organisiert, so kommt der Vertrag zwischen diesem Verein und dem Veranstalter (zB Festspiele, Hotelunternehmer, Opernbetreiber) zusammen. Dieser Vertrag ist im Regelfall als Dienstverschaffungsvertrag zu qualifizieren.¹⁶⁴ Zwischen den die Leistung erbringenden Künstlern und dem Veranstalter selbst entsteht kommt in diesem Fall keine Vertragsbeziehung.¹⁶⁵ Dass das Entgelt vom Veranstalter an die Künstler geleistet wird, spricht nicht gegen das Vorliegen eines Dienstverschaffungsvertrages.¹⁶⁶ Zwischen den einzelnen Vereinsmitgliedern kann ein Arbeitsvertrag, aber auch ein Gesellschaftsvertrag vorliegen.

Hat die Gruppe einen Leiter, der dem Veranstalter gegenüber als Vertreter auftritt, so kommen mehrere Vertragskonstellationen in Betracht. Möglich ist, dass die Gruppenmitglieder einen Vertrag mit dem Gruppenleiter geschlossen haben und nur dieser einen Vertrag mit dem Veranstalter abschließt.¹⁶⁷ Ist der Vertrag zwischen dem Leiter und dem Veranstalter nach den obigen Kriterien als Dienstverschaffungsvertrag zu qualifizieren und auch der Leiter zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet (was zB beim Kapellmeister typischerweise der Fall ist), wird ein Dienstverschaffungsvertrag mit einem Arbeitsvertrag kombiniert. Sind die Mitglieder Arbeitnehmer des Gruppenleiters und schließt dieser einen Arbeitsvertrag mit dem Veranstalter, so handelt es sich funktionell um Arbeitskräfteüberlassung.

Möglich ist aber auch, dass die Gruppenmitglieder eine direkte Vertragsbeziehung mit dem Veranstalter eingehen und der Leiter (lediglich) als Vertreter der einzelnen Gruppenmitglieder auftritt.¹⁶⁸ In diesem Fall kommt dem Leiter für die Abwicklung der Vertragsverhandlung

¹⁶⁴ OGH 4 Ob 59/68, ZAS 1969, 143 (*Hämmerle*); VwGH 25.1.1994, 92/08/0264, ZAS 1995, 204 (*Windisch-Grätz*).

¹⁶⁵ OGH 4 Ob 4/60, Arb 7210.

¹⁶⁶ OGH 4 Ob 71/60, Arb 7252.

¹⁶⁷ OGH 4 Ob 149/52, Arb 5718; OGH 4 Ob 153/57, Arb 6846 = SZ 31/45.

¹⁶⁸ OGH 4 Ob 10/71, ZAS 1972, 65 (*Strasser*); OGH 4 Ob 52/80, ZAS 1983, 172 (*Selb*).

dieselbe Rolle wie etwa einem Manager zu; da der Leiter der Gruppe keinen Arbeitsvertrag mit den einzelnen Gruppenmitgliedern geschlossen hat, liegt aber keine Arbeitskräfteüberlassung vor.

Bilden die Gruppenmitglieder miteinander eine GesbR, so ist nach den obigen Kriterien zu prüfen, ob ein Arbeitsvertrag (oder ein anderer Vertragstyp) zwischen dem Veranstalter und jedem einzelnen Mitglied entsteht.¹⁶⁹ Ein Arbeitsvertrag nur zwischen dem Veranstalter und der GesbR kommt aus zivil- und gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht in Betracht.¹⁷⁰ Da die GesbR nach hA keine juristische Person ist, fehlt ihr die Rechtsfähigkeit.¹⁷¹ Somit kann sie aber auch nicht Vertragspartner werden. Aus diesem Grund kann auch kein Arbeitsvertrag (oder ein sonstiger Vertrag) zwischen der GesbR und einzelnen Gesellschaftern bestehen. Dem Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen einzelnen Gesellschaftern untereinander steht entgegen, dass niemand sein eigener Arbeitgeber sein kann,¹⁷² aber allen Vertragspartnern Mitsprache-, Beratschlagungs- und Mitbeaufsichtigungsrecht in allen wesentlichen Fragen der Unternehmensführung und –organisation sowie des Unternehmensbestandes zukommen. Somit verfügt jeder einzelne Gesellschafter über Arbeitgeber-Stellung.¹⁷³

¹⁶⁹ OGH Ob I 20/25, SZ 7/15; OGH Ob II 915/24, SZ 7/25; OGH 4 Ob 87/57, Arb 6786.

¹⁷⁰ OGH 9 Ob A 180/93, DRdA 1994, 102 (Kürner); OGH 9 Ob A 257/98d, Arb 11.782 = RdW 1999, 548; OGH 8 Ob A 125/01t, ARD 5310/6/2002; OGH 8 Ob 199/00y, EvBl 2001/28.

¹⁷¹ ZB Oberhammer, Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft? JBl 1997, 624; Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen Recht (1967) 172 ff; Bydlinski, Die „Person“ im Recht, in FS Doralt (2004) 77; Perner, Zur Qualifikation von Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NZ 2004, 101.

¹⁷² Tomandl, Wesensmerkmale 127 ff.

¹⁷³ OGH 8 ObS 15/94.

5.4.2. Unterschiedliche Rechtsfolgen

Liegt lediglich ein Dienstverschaffungsvertrag vor, so bestehen Vertragsbeziehung nur zwischen dem Veranstalter und dem Vertreter der Gruppe. Daraus folgt bspw, dass nur der Vertreter (Vertragspartner des Veranstalters) einen Anspruch auf Entgelt hat. Fällt ein Gruppenmitglied (etwa krankheitsbedingt) aus, so muss der Vertreter für ein geeignetes Ersatzmitglied sorgen, um zu vermeiden, dass er die ihn treffende Verpflichtung nicht erfüllen kann.

Bestehen hingegen Vertragsbeziehungen zwischen dem Veranstalter und den einzelnen Gruppenmitgliedern, so entstehen deshalb Probleme, weil jedes einzelne Gruppenmitglied die (auch) von ihm geschuldete Leistung nur im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedern erbringen kann. Diese Situation ist für den Arbeitsvertrag daher atypisch. Nach der Auffassung der hL kann der Vertrag mit dem Veranstalter nur für die gesamte Gruppe aufgelöst werden. Vertragsverletzungen eines Mitgliedes und gegenüber einem Mitglied wirken gegen und für alle Gruppenmitglieder.¹⁷⁴ Auch wenn nach der Art der Arbeitsleistung getrennte Arbeitsverträge vorliegen, diese aber nach dem Willen der Vertragsparteien verbunden sein sollten (in concreto: Zusammenarbeiten mit bestimmten Freunden für eine bestimmte Zeit zum Betreiben eines Weihnachtsverkaufsstandes bzw einer Weihnachtshütte als Schankgehilfen) ist für die Beurteilung des Vorliegens eines Austrittsgrundes auch das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber anderen Gruppenmitgliedern heranzuziehen.¹⁷⁵

Wurde bloß ein Gesamtentgelt für die Gruppe vereinbart, so haben die einzelnen Mitglieder nur dann einen Anspruch gegen den Veranstalter, wenn der Aufteilungsmodus feststeht; andernfalls liegt eine Gesamthandforderung gem § 890 ABGB vor.¹⁷⁶

¹⁷⁴ OGH 4 Ob 80/62, DRdA 1964, 124 (*Weisgram*) = Arb 7589; OGH 4 Ob 121/63, Arb 7852; OGH 4 Ob 11/64, Arb 7900; OGH 8 Ob A 130/02d, DRdA 2003, 360 (*Mayr*) = Arb 12.269.

¹⁷⁵ OGH 23.1.2003, 8 Ob A 104/02f.

¹⁷⁶ OGH 9 Ob 95/89, DRdA 1991, 129 (*Schnorr*).

5.4.3. Rechtsfolgen von Leistungsstörungen

5.4.3.1. Differenzierte Betrachtungsweise

Die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen bei Gruppenarbeitsverträgen müssen mE differenziert betrachtet werden:¹⁷⁷

Ist die Erbringung der Arbeitsleistung nur durch die gesamte Gruppe möglich (zB eine bekannte Band tritt auf) oder nur eine gemeinsame Erbringung der Arbeitsleistung vereinbart, so ist die gemeinsame Erbringung der Arbeitsleistung zu einem wesentlichen Inhalt des Vertrages geworden. Durch das Ausscheiden auch nur eines Gruppenmitglieds (zB durch Erkrankung) wird diese wesentliche Vertragsbestimmung verletzt und rechtfertigt die fristlose Beendigung des Gruppenarbeitsvertrages bzw der einzelnen Arbeitsverträge. Bei berechtigter fristloser Entlassung eines einzelnen Gruppenmitgliedes kann die fristlose Beendigung für die übrigen Gruppenmitglieder auf den Tatbestand der unverschuldeten dauernden Dienstunfähigkeit gestützt werden.¹⁷⁸ Tritt ein Gruppenmitglied berechtigt vorzeitig aus dem Vertrag aus und trifft den Arbeitgeber daran ein Verschulden (zB weil er das Gruppenmitglied beschimpft hat), liegt gleichzeitig ein Verschulden des Arbeitgebers an der Verletzung der wesentlichen Vertragsbedingung, die Arbeitsleistung nur gemeinsam zu erbringen, vor. Die Gruppe wäre daher bspw zur Erhebung von Schadenersatzforderungen gegen den Arbeitgeber berechtigt.

Wurde die exakte Gruppenzusammensetzung hingegen nicht zum Vertragsinhalt (zB eine Kapelle, die in wechselnder Besetzung auftritt), so ist im Prinzip jedes Gruppenmitglied austauschbar. Die erste Frage, die bei Ausfall eines Mitgliedes (zB durch Erkrankung) geklärt werden muss, lautet daher, ob die vereinbarte Leistung auch durch den Rest der Gruppe erbracht werden kann (zB die Kapelle spielt mit einem Mitglied weniger). Die Bejahung dieser Frage ist mE im Übrigen ein gewichtiges Indiz dafür, dass nicht die Erbringung der Arbeitsleistung durch die Gruppenmitglieder, sondern ein bestimmter Erfolg (zB musikalische Darbietungen durch eine Kapelle) zum Vertragsgegenstand geworden ist und daher gar kein (Gruppen)arbeitsvertrag, sondern ein Werkvertrag vorliegt, denn es wäre atypisch und nicht realistisch, dass ein Arbeitgeber Arbeitnehmer verpflichten (und entlohnen) möchte, deren Arbeitsleistungen er gar nicht benötigt. Darauf läuft es aber hinaus, wenn der Vertragsgegens-

¹⁷⁷ So auch Mayr, DRdA 2003, 360 (362).

¹⁷⁸ Petrovic, Zur Einzelauflösung bei Gruppenarbeitsverträgen, ZAS 1985, 171.

tand auch durch einen Teil der Gruppe erbracht werden kann und der Vertrag dennoch als Gruppenarbeitsvertrag qualifiziert wird. Dieser wirtschaftlich relevante Aspekt ist daher mE für die Feststellung des Willens der Vertragsparteien und damit bei der Interpretation des Vertrages gem §§ 914 ff ABGB zu berücksichtigen.

Kann die vereinbarte Leistung vom Rest der Gruppe erbracht werden, liegt aber dennoch (ausnahmsweise) ein Gruppenarbeitsvertrag vor, weil der Leistungsgegenstand so vage umschrieben ist, dass präzisierende Weisungen des Vertragspartners unumgänglich sind, so liegt keine Leistungsstörung vor. Der Vertrag wird vom Rest der Gruppe vereinbarungsgemäß erfüllt, weshalb Anspruch auf die Gegenleistung (Entgelt) besteht.

Ist die Erbringung der Leistung durch den Rest der Gruppe nicht möglich, stellt sich die Frage, ob die Gruppe berechtigt bzw verpflichtet ist, ein Ersatzmitglied zu stellen. Die Berechtigung dazu ist mE immer dann zu bejahen, wenn dadurch die Interessen des Vertragspartners nicht beeinträchtigt werden. Diese Voraussetzung wird im Regelfall erfüllt sein, wenn das Ersatzmitglied die erforderliche Qualifikation mitbringt. Vice versa ist der Veranstalter zur Nominierung eines Ersatzmitgliedes berechtigt, wenn der Namhaftmachung dieser Person keine berechtigten Interessen der restlichen Gruppenmitglieder entgegenstehen. Wird ein Ersatzmitglied beigebracht, so stellt sich ebenfalls kein Leistungsstörungsproblem, da die vertragliche bedungene Leistung in diesem Fall ebenfalls erbracht wird.

Wird hingegen kein Ersatzmitglied gestellt (und kann die Leistung folglich nicht erbracht werden), so muss die Gruppe die sich daraus ergebenden negativen Rechtsfolgen (insbesondere den Entfall des Entgelts) nur dann tragen, wenn sie zur Beibringung eines Ersatzmitgliedes verpflichtet gewesen wäre. Auch bei berechtigter Entlassung eines Gruppenmitgliedes besteht eine Berechtigung zur Entlassung der übrigen Gruppenmitglieder nur dann, wenn diese zur Stellung einer Ersatzkraft verpflichtet sind und diese Verpflichtung verletzen. Das Bestehen einer Verpflichtung zur Stellung eines Ersatzmitgliedes spricht allerdings gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, da die damit verbundene Risikoverlagerung für den Arbeitsvertrag atypisch ist und bspw vom Vertragspartner (Veranstalter) nicht herbeigeführt werden könnte, wenn er die Arbeitnehmer selbst zu einer Gruppe zusammenfügt.

Der Meinung *Rebhahns*,¹⁷⁹ dass eine derartige Risikoverlagerung dann zulässig ist, wenn die Dienstleistung für einen Arbeitgeber eher kurzfristig ist (da dann auch für den Einzelnen die Gruppe und nicht der Leistungsempfänger im Vordergrund steht) oder die Leistung der Einzelnen nur als Mitglied der Gruppe relevant und überdies außergewöhnlich ist (zB im Falle einer einzigartigen Artistengruppe), kann ich mich allerdings nicht anschließen. ME lautet die „Schlüsselfrage“ auch in diesem Fall, ob das betreffende Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Ist diese Frage zu bejahen, dann ist auf Leistungsstörungen auch Arbeitsrecht anzuwenden. Daraus folgt dann, dass der Entgeltanspruch der restlichen Gruppenmitglieder besteht.

Die Argumentation von *Rebhahn* wird im Regelfall zu identischen Ergebnissen führen, da bei kurzfristigen Vertragsverhältnissen sowie bei der Erbringung außergewöhnlicher Leistungen tendenziell der Erfolg, der durch die Leistungen der Gruppe bewirkt werden soll, und nicht die Arbeitsleistungen selbst, als Vertragsinhalt vereinbart sein wird, sodass in diesen Konstellationen unter Zugrundelegung der hier vorgebrachten Argumentation ein Werkvertrag gegeben ist. ME ist es jedoch dogmatisch korrekter, zu prüfen, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, und zutreffendenfalls die Verpflichtung der restlichen Gruppenmitglieder zur Stellung einer Ersatzkraft zu verneinen, als trotz Bejahung eines Arbeitsvertrages eine für den Arbeitsvertrag atypische Risikoüberwälzung bei Vorliegen bestimmter Konstellationen dennoch zuzulassen.

5.4.3.2. Rechtsgrundlage des Entgeltanspruches

Fraglich ist, auf welche Rechtsgrundlage ein nach Maßgabe von Punkt 5.4.3.1. bestehender Entgeltanspruch der Gruppe bzw der einzelnen Mitglieder zu stützen ist. Diese Frage stellt sich nur bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages, da (nur) das Arbeitsrecht für bestimmte Konstellationen vorsieht, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltzahlung hat, obwohl die Arbeitsleistung nicht erbracht wird. Die Ermittlung der zutreffenden Anspruchsgrundlage hat nicht nur Bedeutung für die Dauer des Anspruches, sondern auch für die Frage, ob eine Abdingung möglich ist, und inwieweit Anrechnungsregeln greifen.

Der Anspruch des erkrankten Mitgliedes ist mE nicht weiter problematisch. Bei Anwendbarkeit des AngG¹⁸⁰ ist die Anspruchsgrundlage § 8 Abs 1 und 2 AngG. Ob der Anspruch der

¹⁷⁹ ZellKomm § 1151 ABGB Rz 217.

¹⁸⁰ Die Tätigkeit von Orchestermusikern oder Zirkusartisten ist bspw als „höherer“ Dienst iSd § 1 Abs 1 AngG anzusehen. Siehe OGH 8 Ob 200/00w, RdW 2001, 489, und OGH 10 Ob S 201/98x, ARD 4972/11/98.

anderen Gruppenmitglieder ebenfalls nach dieser Norm oder nach § 1155 ABGB zu beurteilen ist, ist hingegen mE zu problematisieren. Es könnte nämlich durchaus argumentiert werden, dass durch den Gruppenarbeitsvertrag die einzelnen Mitglieder der Gruppe in der Weise mit einander verbunden werden, dass bei Arbeitsausfall aus Gründen, die auf ein Gruppenmitglied zurückzuführen sind, die Entgeltfortzahlungsvorschriften, die auf das den Ausfall herbeiführende Mitglied anzuwenden sind, auf die gesamte Gruppe zu erstrecken. Somit wäre der Entgeltfortzahlungsanspruch der gesamten Gruppe nach derselben Rechtsgrundlage zu beurteilen.

Konsequenter ist es mE jedoch, den Entgeltfortzahlungsanspruch der übrigen Gruppenmitglieder unter § 1155 ABGB zu subsumieren. Da die Arbeitnehmer nicht als Gruppe dafür haften, dass der vom Arbeitgeber intendierte Erfolg ihres Tätigwerdens auch tatsächlich eintritt, folgt daraus mE, dass auch ihre Entgeltfortzahlungsansprüche jeweils isoliert und nicht als Gruppe zu betrachten sind. Demnach fällt der Umstand, dass der Arbeitgeber das Arbeitsangebot der restlichen Gruppenmitglieder nicht annehmen kann, jedoch in die Arbeitgeber-Sphäre und löst daher den Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 1155 Abs 1 ABGB aus.

Zweiter Teil: Sozialversicherungsrechtliche Fragen

1. Einleitung

Der zweite Teil der Arbeit ist sozialversicherungsrechtlichen Problemstellungen gewidmet. Künstler können – abhängig von der Rechtsform, in der sie ihre Tätigkeit ausüben - auf unterschiedliche Weise in das Sozialversicherungssystem einbezogen sein, wobei in diese Arbeit lediglich die „klassischen“ Sozialversicherungssysteme des ASVG und des GSVG (inklusive des für Künstler flankierend dazu geltenden K-SVFG) mit einbezogen werden. Sondersysteme, denen für bestimmte Künstler unterliegen, wie etwa das BThPG, finden daher keine Berücksichtigung. In den Bereich des ASVG sind sowohl Dienstnehmer und bestimmte Kategorien von freien Dienstnehmern (so genannte arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer) einbezogen. Freie Dienstnehmer sind im sozialversicherungsrechtlichen Sinn daher nur dann als Selbständige anzusehen, wenn sie die Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit iSd § 4 Abs 4 ASVG nicht erfüllen.¹⁸¹

Die Darstellung setzt sich nach einem historischen Abriss (Punkt 2.) mit der Bedeutung der Begriffe (freier) Dienstnehmer und Selbständiger iSd Sozialversicherungsrechts auseinander und geht auf daraus resultierende Abgrenzungsfragen ein (Punkt 3. bis Punkt 7.). Da die Dienstnehmereigenschaft im sozialversicherungsrechtlichen Sinn auf verschiedene Arten begründet werden kann, wird zwischen zwei Kategorien von Dienstnehmern unterschieden: Dienstnehmer aufgrund persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und Dienstnehmer als Resultat einer bestehenden Lohnsteuerpflicht (Punkt 3. und Punkt 4.).

Punkt 5. und Punkt 6. widmen sich den arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmern (im Sinne des Sozialversicherungsrechts) und dem – relativ jungen – Typus der „neuen Selbständigen“. Punkt 7. behandelt verfahrens- und leistungsrechtliche Aspekte der Abgrenzung der einzelnen Rechtsformen, in den die künstlerische Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, insbes der Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit. Unter Punkt 8. und Punkt 9. werden Probleme der mehrfachen bzw geringfügigen Beschäftigung betrachtet, da diesen Fragen gerade auch bei Ausübung künstlerischer Tätigkeiten Relevanz zukommt ; unter Punkt 10. wer-

¹⁸¹ Zur Terminologie: Wenn in diesem Teil von freien Dienstnehmern gesprochen wird, so sind damit, sofern nicht im jeweiligen Zusammenhang auf eine Verwendung dieses Begriffes in anderer Bedeutung hingewiesen wird, nur arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer gemeint.

den das K-SVFG und die Probleme, die es aufwirft, behandelt. Punkt 11. widmet sich ausgesuchten Themenstellungen, die gerade bei Ausübung einer künstlerischen Erwerbstätigkeit interessante Probleme aufwerfen, nämlich den pensionsrechtlichen Auswirkungen eines Bezug von Einkünften aus einer bereits beendeten Tätigkeit, den unterschiedlichen Definitionen des Künstlers bzw Kunstschaffenden im ASVG und K-SVFG und dem Berufsschutz in der Pensionsversicherung.

2. Historische Entwicklung

2.1. Einleitung

Im Fokus der historischen Betrachtungsweise stehen die Jahre 1996 bis 1998. In diesem Zeitraum erfolgten weit reichende und einschneidende Reformen im österreichischen Sozialversicherungssystem. So wurde der Geltungsbereich des ASVG um solche Selbständige erweitert, bei denen aus sozialpolitischer Sicht eine Gleichstellung mit unselbständigen Erwerbstätigen geboten erschien. Nach Aufhebung eines Teiles dieser Bestimmungen durch den VfGH („Werkvertragserkenntnis“) verblieb als Konsequenz dieser Reformbestrebungen (lediglich) die Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer in das ASVG.

Parallel dazu wurde der Anwendungsbereich des GSVG durch Einbeziehung der so genannten neuen Selbständigen, also von Personen, die durch Erzielung selbständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen erzielten, aber kein Gewerbe ausüben, ausgedehnt. Da von dieser Erweiterung unter anderem auch Künstler erfasst waren, wurde die für diesen Personenkreis dadurch entstehende Beitragslast 2001 durch Schaffung des K-SVFG abgemildert.

Die Darstellung der historischen Entwicklung endet im Jahr 2001; ab diesem Zeitpunkt kann mE von einer Konsolidierung der gesetzgeberischen Reformstrebungen zur Erweiterung des in die Sozialversicherung einbezogenen Personenkreises gesprochen werden. Um den Überblick über die Rechtsentwicklung besser wahren zu können, wird zwischen der allgemeinen Entwicklung im ASVG bzw GSVG (Punkt 2.2.) und der im Speziellen für Künstler geltenden Situation (Punkt 2.3.) unterschieden.

2.2. Entwicklung im ASVG und im GSVG

2.2.1. Bis zum Strukturanpassungsgesetz 1996

Schon in der Stammfassung des ASVG waren auch Personen in die Pflichtversicherung einbezogen, die keine Dienstnehmer waren; darunter auch die in § 4 Abs 3 leg cit aufgezählten selbständigen Tätigkeiten (zB Hebammen). Ebenfalls bereits in der Stammfassung gab es nicht nur die Vollversicherung, sondern auch die bloße Teilversicherung (zB Krankenversicherung von Pensionisten).

Eine einheitliche Sozialversicherung für Selbständige gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht, wohl aber Vorläufer wie die Meisterkrankenkassen. Nach Schaffung des ASVG wurde die Sozialversicherungspflicht schrittweise auch auf die selbständig Erwerbstätigen ausgedehnt: 1957 wurde die gesetzliche Pensionsversicherung und 1966 die Krankenversicherung für gewerblich Selbständige eingeführt. 1979 wurde eine Pflichtversicherung für bestimmte Gruppen von freiberuflich Selbständigen ermöglicht. Diese war von der Erlassung einer Verordnung abhängig, die wiederum eines Antrages der in Betracht kommenden gesetzlichen Vertretung bedurfte. Per 1.1.1979 trat neben dem FSVG auch das GSVG in Kraft. Mit diesem Gesetz wurde die Sozialversicherung der gewerblich Selbständigen vereinheitlicht.

2.2.2. Einbeziehung der freien Dienstnehmer

Durch das Strukturanpassungsgesetz 1996¹⁸² wurden gem § 4 Abs 4 ASVG auch Personen, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu Dienstleistungen verpflichtet, ohne Dienstnehmer zu sein, in die Sozialversicherung einbezogen. Die Begriffe „freier Dienstvertrag“ oder „freie Dienstnehmer“ wurden im Gesetzestext zwar nicht verankert, insbesondere aus den Materialien ergibt sich jedoch, dass damit diese Personengruppe erfasst werden sollte.¹⁸³ Mit dieser Formulierung waren auch Personen, die selbständig Dienstleistungen erbringen, aber die Kriterien der Dienstnehmerähnlichkeit erfüllen, in das ASVG einbezogen.

Weiters wurden durch § 4 Abs 3 Z 12 ASVG Personen, die aufgrund einer oder mehrerer vertraglicher Vereinbarungen dienstnehmerähnlich beschäftigt sind, in die Versicherungs-

¹⁸² BGBl 1996/201.

¹⁸³ EB RV 72 BlgNR 20. GP, 251.

pflicht mit einbezogen. Damit waren auch Zielschuldverhältnisse nach dem ASVG versichert, sofern die Beschäftigung dienstnehmerähnlich erfolgte. In erster Linie waren davon Werkverträge bzw eine Abfolge von Werkverträgen zum selben Auftraggeber betroffen.¹⁸⁴ Der erstmals im Sozialversicherungsrecht verwendete Begriff „Dienstnehmerähnlichkeit“ wurde aus dem Arbeitsrecht übernommen und in den EB zur RV näher erläutert. Dabei wird an die Rechtsprechung zum Arbeitsrecht angeknüpft und auf das Vorliegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit abgestellt. Für die wirtschaftliche Unselbstständigkeit sprechen demnach der vorrangige Einsatz der menschlichen Arbeitsleistung, eine begrenzte Anzahl von Auftraggebern, das Fehlen einer nennenswerten unternehmerischen Struktur (auf Seiten des Auftragnehmers) sowie faktische und rechtliche Beschränkungen der unternehmerischen Dispositionsfreiheit.¹⁸⁵

Überdies wurde in § 539a ASVG ausdrücklich die wirtschaftliche Betrachtungsweise zum Prinzip erklärt. Gem Abs 1 leg cit ist für die Beurteilung von Sachverhalten der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Es kommt also nicht auf die im Vertragstext verwendeten Bezeichnungen und Formulierungen an, sondern darauf, wie der Vertrag in der Praxis tatsächlich umgesetzt wird. Diese Regelung zur Hintanhaltung von Umgehungskonstruktionen findet auch auf die Frage, ob ein Dienstvertrag oder ein anderer Vertragstyp vorliegt, Anwendung.

Für die freien Dienstverhältnisse gem § 4 Abs 4 ASVG war eine Vollversicherung vorgesehen, für die dienstnehmerähnlich Beschäftigten bloß eine Teilversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung. Freie Dienstnehmer, die gem § 4 Abs 4 ASVG in die Pflichtversicherung einbezogen waren, galten gem § 10a ASVG unabhängig von der Verteilung der Arbeitsleistung als durchgehend versichert. Für freie Dienstverhältnisse und dienstnehmerähnlich Beschäftigte bestand in der Krankenversicherung nur ein Sachleistungsanspruch, der aber durch geringere Krankenversicherungsbeiträge kompensiert wurde. Bei dienstnehmerähnlich Beschäftigten war eine pauschalierte Beitragsentrichtung durch den Auftraggeber vorgesehen. Die Meldepflicht traf sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer, wobei der Auftraggeber gem § 33 Abs 3 ASVG bereits dann meldepflichtig war, wenn eine Pflichtversicherung nicht auszuschließen ist.

¹⁸⁴ Klein, Die Aufnahme freier Dienstverträge und dienstnehmerähnlich beschäftigter Personen in das ASVG, RdW 1996, 230.

¹⁸⁵ EB RV 72 BlgNR 20. GP, 251.

Kunstschaffende wurden in die neuen versicherungspflichtigen Tatbestände nur einbezogen, wenn sie ihre Tätigkeit hauptberuflich ausübten. Bei Fehlen dieser Voraussetzung lag eine Versicherungspflicht nach dem ASVG daher nur dann vor, wenn die künstlerische Tätigkeit in Form eines Dienstverhältnisses ausgeübt wurde.

2.2.3. Überarbeitung der gesetzlichen Definitionen

Durch das (erste) Sozialrechtsänderungsgesetz 1996¹⁸⁶ wurden folgende Änderungen vorgenommen:

Die Dienstnehmerähnlichkeit wurde dadurch näher determiniert, dass das Tatbestandsmerkmal der Regelmäßigkeit der Leistungserbringung für einen Auftraggeber als „insbesondere“ zu prüfendes Kriterium im Gesetz verankert wurde. Eine Regelmäßigkeit der Beschäftigung sollte dabei jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn mit diesem Auftraggeber innerhalb der letzten sechs vor dem Abschluss der Vereinbarung liegenden aufeinander folgenden Kalendermonate mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen wurden oder sich die vereinbarte Tätigkeit über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten erstreckt.

Die Versicherungsgrenze für freie Dienstnehmer und dienstnehmerähnliche Beschäftigte wurde auf den Betrag der Geringfügigkeitsgrenze für Dienstnehmer vereinheitlicht. Die Vollversicherung galt nunmehr für beide Gruppen, allerdings unter Ausschluss der Geldleistungen aus der Krankenversicherung. Bei einem Entgelt unter der Geringfügigkeitsgrenze bestand auch keine Unfallversicherung. Beitragssätze und Beitragsgrundlage wurden an die für Dienstnehmer geltenden Bestimmungen angepasst.

Für jene Fälle, in denen das Entgelt oder die Dauer der Leistungserbringung nicht im Vorhinein feststeht, wurde in § 44a ASVG eine vorläufige Beitragsgrundlage eingeführt. Die endgültige Höhe der Beitragsgrundlage sollte rückwirkend, anhand eines Jahresausgleichs erfolgen.

¹⁸⁶ BGBl 1996/411. Vgl. Klein, ASVG-Versicherung für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Beschäftigung: die erste Novelle, RdW 1996, 418.

Die nächste Novellierung erfolgte bereits kurze Zeit später¹⁸⁷ und umfasste folgende wesentliche Änderungen:

- Die Versicherungsgrenze für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnlich Beschäftigte wurde angehoben.
- Entgelte aus mehreren Vereinbarungen zum selben Auftraggeber wurden zusammenge-rechnet. Es gab zwei unterschiedlich hohe Versicherungsgrenze, wobei die Frage, welche davon anzuwenden war, davon abhängte, ob sich unter den Vereinbarungen mindestens eine befand, die als Dienstverhältnis zu qualifizieren war.
- Die Dienstnehmeranteile der Krankenversicherungsbeiträge wurden rückerstattet, wenn die zusammengerechneten Beitragsgrundlagen aus mehreren Beschäftigungsverhältnissen die Höchstbeitragsgrundlage übersteigen.

2.2.4. Aufhebung durch den VfGH

2.2.4.1. Entscheidung

Ein Großteil der Neuregelungen wurde gem Art 140 Abs 1 Satz 2 B-VG beim VfGH angefochten. Der Antrag wurde überwiegend als unzulässig zurückgewiesen. Soweit der VfGH den Antrag als zulässig ansah, hatte er keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen folgende Bestimmungen:¹⁸⁸

- Die Einbeziehung der freien Dienstverhältnisse in die Sozialversicherungspflicht gem § 4 Abs 4 ASVG.
- Die Festlegung einer Versicherungsgrenze für freie Dienstverträge und die Zusammenrechnung der Entgelte aus mehreren Verträgen mit demselben Dienst- bzw Auftraggeber für die Frage, ob die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird.
- Die vorläufige Versicherungspflicht, wenn Höhe des Entgelts oder die Dauer der Tätigkeit nicht im Vorhinein feststeht.
- Die Beschränkung der Beitragsrückerstattung auf die Dienst- bzw Auftragnehmer im Falle einer Überschreitung der Höchstbeitragsgrundlage.

¹⁸⁷ BGBl 1996/600. Vgl Klein, Werkvertragsregelung: die zweite Novelle, RdW 1996, 477.

¹⁸⁸ VfGH 14.3.1997, G 392/96, G 398/96, G 399/96, RdW 1997, 245 = ZAS 1997, 140.

Als verfassungswidrig per 23.4.1997 aufgehoben wurden hingegen insbes folgende Bestimmungen¹⁸⁹:

- Die Versicherungspflicht für dienstnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse.
- Die unterschiedlichen Geringfügigkeitsgrenzen, je nachdem, ob welche Arten von Vertragsverhältnissen mit einander kumuliert werden.

2.2.4.2. Begründung

Der VfGH begründete die Verfassungskonformität der Einbeziehung von freien Dienstverhältnissen in die Versicherungspflicht nach dem ASVG im Wesentlichen damit, dass die Beantwortung der Frage, welche Personen demnach der Versicherungspflicht unterliegen, insbes angesichts der Judikatur des OGH zur Rechtsfigur des freien Dienstvertrages, ohne größere Schwierigkeiten möglich sei. Angesichts des Umstandes, dass es sich bei freien Dienstverträgen um Dauerschuldverhältnisse handle, begegne es auch keinen unter Gesichtspunkten des Rechtsstaatsprinzips relevanten Schwierigkeiten, die Regelungen des ASVG, insbes jene über Beginn und Ende der Versicherungspflicht, über die Berechnung der Beiträge und die Meldepflicht auf freie Dienstverträge anzuwenden.

Bei der Begründung der Aufhebung der Bestimmung über die Versicherungspflicht dienstnehmerähnlicher Beschäftigter knüpfte der VfGH an die in der Literatur gegen diese Regelung bereits vorgebrachte Kritik an.¹⁹⁰ Er führte aus, dass die Verwendung von Typusbegriffen in Rechtsvorschriften zwar an sich nichts Ungewöhnliches und daher für sich allein unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auch nicht zu beanstanden sei. Im gegebenen Zusammenhang seien die Kriterien für die Qualifikation eines Vertrages als dienstnehmerähnlicher Vertrag im Sinne dieser Bestimmung dem Gesetz selbst jedoch nicht zu entnehmen, weshalb besondere Anforderungen an die Beurteilung konkreter Vertragsverhältnisse gestellt würden. Diese Unsicherheit sei von besonderem Gewicht, da die Bestimmung nicht bloß eine

¹⁸⁹ Vgl Aigner, Das VfGH-Erkenntnis zur sogenannten „Werkvertragsregelung“, ZAS 1997, 129; Aigner/Bitzyk, Die „Werkvertragsregelung“, Fünfter Akt, exolex-script 11/1998; Gründler, Die Rechtslage auf Grund des Werkvertragsbegriffes des Verfassungsgerichtshofes, ASoK 1997, 130.

¹⁹⁰ Tomandl/Aigner, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse, ZAS 1997, 1; Tomandl, Rechtsstaatsgroteske um Werkverträge, ecolex 1996, 284; ders, „Werkverträge“ und Sozialversicherung. Die Sozialversicherung freier Dienstnehmer und dienstnehmerähnlicher Beschäftigter (1996); Doralt, „Dienstnehmerähnliche Werkverträge“ gleichheitswidrig? RdW 1996, 433; Höfle, Weitere Unklarheiten der neuen Sozialversicherungspflicht für Werkverträge, ASoK 1997, 71.

ex-post-Betrachtung durch die Behörde, sondern eine ex-ante-Betrachtung durch die Versicherungsnehmer und deren Auftraggeber erfordere.

Die Auslegung der Bestimmung würde auch dadurch nicht erleichtert, dass (nur) eines der Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens einer dienstnehmerähnlichen Beschäftigung, nämlich das Kriterium der Regelmäßigkeit, im Gesetz genannt und auch näher umschrieben werde, seine Relation zu den übrigen Kriterien aber offen bleibe. Da Regelmäßigkeit dann anzunehmen sein, wenn mit demselben Auftraggeber innerhalb der letzten sechs Kalendermonate mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen wurde oder die mit dem Auftraggeber vereinbarte Tätigkeit sich über mehr als zwei Monate erstrecke, könnten bei sehr ähnlichen Konstellationen unterschiedliche Ergebnisse eintreten.

Es sei dem Gesetzgeber daher nicht gelungen, in durchschaubarer und gleichzeitig sachgerechter Weise die durch das Eingehen von Zielschuldverhältnissen bestimmter Art entstehende Versicherungspflicht in das System einer für Dauerschuldverhältnisse konzipierten Pflichtversicherung einzufügen. Insgesamt sei diese Regelung derart unklar und widersprüchlich, dass von einer ausreichenden Determinierung iSd Art 18 Abs 1 B-VG nicht mehr die Rede sein könne.

Nach Auffassung des VfGH sei es weiters sachlich nicht begründbar, die Versicherungsgrenze für den Fall des Abschlusses mehrerer Verträge mit demselben Dienst- oder Auftraggeber mit einem bestimmten Betrag, für den Fall des Zusammentreffens eines Dienstvertrages und eines anderen versicherungspflichtigen Vertrages aber mit einer etwa nur halb so hohen Grenze festzusetzen. Diese Ungleichheit könne auch nicht mit der Notwendigkeit, möglichen Missbräuchen entgegenzusteuern, gerechtfertigt werden.

2.2.5. ASRÄG 1997

Durch das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz (ASRÄG) 1997 wurde die Entschlie-
ßung des Nationalrates vom 2.10.1996 über die faire Einbeziehung aller Erwerbseinkommen
in die Sozialversicherung¹⁹¹ umgesetzt. Für den im gegebenen Zusammenhang interessieren-
den Bereich brachte diese Novelle folgende relevante Änderungen mit sich¹⁹²:

- Neufassung des Dienstnehmerbegriffes unter Verweis auf das EStG (§ 4 Abs 2 ASVG).
- Neufassung der Versicherungspflicht für freie Dienstnehmer (§ 4 Abs 4 ASVG).
- Abstellen auf die Geringfügigkeits- statt auf eine eigens geschaffene Versicherungsgren-
ze.
- Aufhebung der Sondervorschriften im Melde- und Auskunftsrecht sowie bei der Beitrags-
haftung; Sonderregelungen für Beginn und Ende der Pflichtversicherung (§§ 10a, 12 Abs
1 ASVG) und für die Bildung der Beitragsgrundlage bei schwankendem Monatseinkom-
men (§ 44a ASVG) bleiben aber aufrecht.
- Vorschreibung von Krankenversicherungsbeiträgen in geringerer Höhe als bei Dienst-
nehmern (§ 51 Abs 1 Z 1 lit d ASVG); Ausschluss vom Anspruch auf Geldleistungen in
der Krankenversicherung (§§ 138 Abs 2 lit f; 162 Abs 5 Z 1 ASVG).
- Streichung der Ausnahmebestimmungen (unter anderem) für Kunstschaaffende (ab
1.1.2000). Aufwandsentschädigungen bis zu einer Höhe von € 537,78 im Kalendermonat,
die an Dienstnehmer oder freie Dienstnehmer geleistet werden, gelten jedoch gem § 49
Abs 7 ASVG iVm § 1 VO des (damaligen) BMSG¹⁹³ nicht als Entgelt iSd § 49 Abs 1
ASVG, wenn es sich bei den Empfängern (unter anderem) um
 - o Schauspieler in Theatnerunternehmen (§ 1 Abs 1 SchauspG)
 - o Musiker
 - o Filmschauspieler oder
 - o Lehrer für die im § 1 Abs 1 SchauspG angeführten Kunstgattungen (Darsteller,
Spielleiter, Dramaturg, Kapellmeister, Musiker)

¹⁹¹ E 24-NE/20. GP.

¹⁹² Vgl Resch, Änderungen des ASVG durch das ASRÄG 1997 – Ausgewählte Einzelfragen, in *Jabor-
negg/Resch* (Hrsg), Rechtsfragen des ASRÄG 1997: Aktuelle Probleme des Sozialrechts (1998) 41.

¹⁹³ BGBl II 2002/409.

handelt. Weitere Voraussetzung für die Beitragsfreiheit der Leistung ist, dass die betreffende Tätigkeit nicht den Hauptberuf der Person, die sie bezieht, und (somit) die Hauptquelle ihrer Einnahmen bildet.

- Schaffung einer neuen Versicherungspflicht für Selbständige, die nicht Mitglied der Wirtschaftskammer sind (§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG). Dies bewirkt, dass bestimmte Gruppen von Selbständigen, die bisher gem § 4 Abs 3 ASVG versichert waren (zB Musiker, Artisten, freiberuflich tätige Künstler) in die Versicherungspflicht nach dem GSVG einbezogen wurden.
- Unterschiedliche Versicherungsgrenze für diese „neuen Selbständigen“, je nachdem, ob nur diese Tätigkeit ausgeübt wird, oder auch eine nach dem ASVG versicherungspflichtige Tätigkeit vorliegt (§§ 4 Abs 1 Z 5 und 6 ASVG); Schaffung der Möglichkeit einer freiwilligen Krankenversicherung, wenn das Jahreseinkommen unter der Versicherungsgrenze liegt (§ 3 Abs 1 Z 2 GSVG).
- Beitragssatz für neue Selbständige in der Pensionsversicherung: 15 % für das Jahr 1998, danach Erhöhung um 0,5 % pro Jahr für die Jahre 1999 bis 2008; im Jahr 2009 Erhöhung um 0,25 %, sodass der Beitrag ab dem Jahr 2009 ein Ausmaß von 20,25 % erreicht (§ 27 Abs 1 Z 3 GSVG).
- Aufhebung der Subsidiarität der Krankenversicherung nach dem GSVG gegenüber dem ASVG ab 1.1.2000; Senkung des Beitragssatzes in der Krankenversicherung nach dem GSVG von 8,8 % auf 8,6 % (§ 27 Abs 1 Z 1 GSVG).
- Beitragsrückerstattung bei Überschreiten der Höchstbeitragsgrundlage durch Mehrfachversicherung in der Krankenversicherung ab 1.1.2000 mit 4 % (§§ 70a Abs 1 ASVG, 36 Abs 1 GSVG).

2.2.6. Weitere Novellen

Durch die 55. ASVG-Novelle und 23. GSVG-Novelle wurden folgende weitere Änderungen vorgenommen¹⁹⁴:

- Der Verweis in § 4 Abs 2 ASVG auf das Steuerrecht wird einerseits präzisiert, andererseits auf den gesamten § 47 Abs 2 EStG ausgedehnt (bis dahin umfasste er nur S 1 und 2).
- Die Subsidiaritätsregelung in § 4 Abs 4 ASVG wird um Tätigkeiten gem § 3 Abs 3 GSVG (unter anderem bildende Künstler) erweitert.

¹⁹⁴ BGBl I 1998/138, 139.

- Die Auskunftspflicht freier Dienstnehmer über das Bestehen einer die Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG ausschließenden anderen Pflichtversicherung aufgrund der Ausübung derselben Tätigkeit wird (wieder) eingeführt (§ 43 Abs 2 ASVG). Bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung schuldet der Dienstgeber nur den auf ihn entfallenden Beitragsteil; den auf den freien Dienstnehmer entfallenden Beitragsteil schuldet dieser selbst.
- Gem § 194a GSVG hat die Sozialversicherungsanstalt auf Antrag mit Bescheid festzustellen, ob eine Sozialversicherungspflicht gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG besteht. Dabei darf das Vorliegen einer Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG nicht als Vorfrage beurteilt, sondern muss der zuständigen GKK zur Entscheidung vorgelegt werden. Die (nachträgliche) Feststellung der GKK (im Zuge einer Beitragsprüfung), dass eine Tätigkeit, die bereits die Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG ausgelöst hat, auch der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs 4 ASVG unterliegt, hat in Bescheidform zu ergehen und entfaltet nur für die Zukunft Rechtswirkungen (§§ 10 Abs 1a, 410 Abs 1 Z 8 ASVG).
- Vor Vorliegen eines Einkommensnachweises ist das Vorliegen einer Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG nur festzustellen, wenn der Versicherte erklärt, dass seine Einkünfte die Versicherungsgrenze übersteigen werden.

2.2.7. Beitragssätze für neue Selbständige

Die für neue Selbständige in der Pensionsversicherung geltenden (höheren) Beitragssätze wurden vom VfGH mit Erkenntnis vom 26.6.2000, G 7/00ua, als verfassungswidrig aufgehoben. Der VfGH ging dabei vom Grundsatz aus, dass es der Gleichbehandlungsgrundsatz verbiete, innerhalb einer im Gesetz zusammengefassten Riskengemeinschaft ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Beitragssätze vorzusehen, da es ein Charakteristikum der gesetzlichen Sozialversicherung sei, alle zu einer Gruppe zusammengefassten Risiken einem einheitlichen Beitragsrecht zu unterstellen.

Zwar treffe es zu, dass die Pflichtversicherung bei Selbständigen üblicher Weise unabhängig von der Höhe der Einkünfte (und daher selbst bei Verlusten) eintrete, während für die neuen Selbständigen, soweit von ihnen keine die Einbeziehung in die Pflichtversicherung bewirkende Erklärung abgegeben wurde, die Pflichtversicherung erst durch Überschreiten der maßgeblichen Einkommensgrenzen begründet werde. Dies allein könne aber keine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Gestaltung des Beitragsrechts in Fällen von gleich hohen Einkünften (und damit gleich hoher Beitragsgrundlage) und gleichem Leistungsrecht inner-

halb derselben Versichertengemeinschaft sein. Die von der Bundesregierung und der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in ihren Stellungnahmen dargelegten Differenzierungen im Versicherungs- und Beitragsrecht zwischen Gewerbetreibenden und neuen Selbständigen wurden vom VfGH folglich als nicht ausreichend qualifiziert.

2.3. Stellung der Künstler in der Sozialversicherung

Die sozialversicherungsrechtliche Situation von Künstlern war sowohl in Bezug auf den jeweils versicherten Personenkreis als auch in Bezug auf die jeweils anzuwendenden gesetzlichen Grundlagen bis ins Jahr 1998 sehr unterschiedlich geregelt. So waren zB bildende Künstler in den Jahren 1956 und 1957 als den Dienstnehmern gleichgestellte selbständige Erwerbstätige gem § 4 Abs 3 Z 3 ASVG vollversichert. Ab 1.1.1958 waren bildende Künstler in die Pensionsversicherung gemäß § 2 Abs 2 Z 4 GSPVG (ab 1979 gem § 3 Abs 3 Z 4 GSVG) und in der Kranken- und Unfallversicherung nach § 8 Abs 1 Z 4 ASVG pflichtversichert.¹⁹⁵ Selbständige Musiker und Artisten waren seit dem Inkrafttreten des ASVG, wenn diese Tätigkeit ihren Hauptberuf und die Hauptquelle ihrer Einnahmen bildete, und wenn sie in Ausübung ihres Berufes keine Angestellten beschäftigten, nach § 4 Abs 3 Z 3 ASVG vollversichert. Als selbständige Musiker iSd Bestimmung sind auch Komponisten anzusehen.¹⁹⁶ Das Sozialrechts-Änderungsgesetz 1996, BGBl Nr. 411, ermöglichte es, Kabarettisten auf ihren Antrag den Dienstnehmern gleichzustellen und in die Pflichtversicherung nach dem ASVG einzubeziehen.

Sonstige freiberuflich tätige Künstler, wie zB darstellende Künstler, Schriftsteller, Übersetzer, Filmschaffende oder Videokünstler unterlagen, wenn sie ihre Tätigkeit nicht in Form eines Dienstverhältnisses ausübten, keiner Pflichtversicherung, hatten lediglich die Möglichkeit, im Wege der freiwilligen Versicherung in die gesetzliche Sozialversicherung einbezogen zu werden.

Mit dem ASRÄG 1997¹⁹⁷ wurde – in Umsetzung der EntschlieÙung des Nationalrats vom 2.10.1996, mit der eine faire Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung gefordert worden war - ¹⁹⁸ die allgemeine Sozialversicherungspflicht für alle erwerbstätigen Personen gesetzlich verankert. Um alle Einkünfte zu erfassen, wurde bei den neu Einbezogenen nicht mehr auf berufsrechtliche Anknüpfungspunkte abgestellt, sondern für das Bestehen der Sozialversicherungspflicht wurde die Erzielung eines Einkommens in bestimmter Höhe als maßgebliches Kriterium bestimmt. Dies bewirkte auch eine Umstrukturierung bzw Erweiterung der Versicherungspflicht von Künstlern nach dem ASVG bzw GSVG:

¹⁹⁵ BGBl Nr. 157/1958.

¹⁹⁶ VwGH 1.12.1992, 90/08/0091.

¹⁹⁷ BGBl Nr 139/1997.

¹⁹⁸ E 24 NR, XX. 20. GP.

- Selbständig bildende Künstler, Musiker, Komponisten, Artisten und Kabarettisten, die bis dahin ganz oder teilweise nach dem ASVG pflichtversichert waren, sind nunmehr – unabhängig davon, ob sie diese Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausüben - ab Erzielung eines bestimmten Einkommens als neue Selbständige gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG vollversichert. Die Sonderversicherungstatbestände des § 4 Abs 3 Z 3 ASVG und § 3 Abs 3 Z 4 GSVG wurden aufgehoben.
- Ebenso unterliegen alle sonstigen freiberuflich tätigen Kunstschaftenden, die bis jetzt nicht pflichtversichert waren, ab einem bestimmten Einkommen der Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.
- Im Rahmen eines freien Dienstvertrages tätige Kunstschaftende sind als freie Dienstnehmer gem § 4 ASVG pflichtversichert.

In Österreich besteht daher kein eigenes Sozialversicherungsgesetz für alle Kunstschaftenden, sondern diese Personengruppe unterliegt, abhängig von der Rechtsform, in der sie ihre Tätigkeit ausübt, der Pflichtversicherung nach dem ASVG oder dem GSVG. Auf Begehren der Kunstschaftenden wurden Übergangsbestimmungen geschaffen, die die Kunstschaftenden bis 31.12.1999 von der Versicherungs- und Beitragspflicht als neue Selbständige und freie Dienstnehmer ausnehmen.¹⁹⁹ Der Grund für den Wunsch nach der Schaffung von Ausnahmeregelungen war die von der Bundesregierung beabsichtigte Einführung einer Künstlersozialversicherung, die sich am deutschen Beitragsmodell orientieren bzw. die der Finanzierung der Versicherungsbeiträge bei unselbständigen Erwerbstätigen entsprechen sollte. Im Zuge der 57. ASVG- und 24. GSVG-Novelle wurden die Ausnahmebestimmungen bis zum 31.12.2000 verlängert.²⁰⁰

Seit dem 1.1.2001 unterliegen selbständig erwerbstätige Kunstschaftende als neue Selbständige dem Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG. Als freie Dienstnehmer tätige Kunstschaftende wären ab 1.1.2001 in die Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG einzubeziehen gewesen. Durch einen Erlass des BMSG²⁰¹ wurden die Sozialversicherungsträger allerdings veranlasst, auf die im Rahmen der 58. ASVG-Novelle erfolgte generelle Ausnahme der Kunstschaftenden vom Pflichtversicherungstatbestand in § 4 Abs 4 ASVG per 1.8.2001 bereits ab

¹⁹⁹ § 572 Abs 4a ASVG, § 273 Abs 3 und 3a GSVG.

²⁰⁰ §§ 572 Abs 4a und 581 Abs 1a ASVG, §§ 273 Abs 3a und 281 Abs 4a GSVG.

²⁰¹ GZ 21.230/32-2/2000.

1.1.2001 vorweg Bedacht zu nehmen. Flankierend dazu trat mit 1.1.2001 das K-SVFG in Kraft (siehe Punkt 10.).

Im Zuge der 25. GSVG-Novelle wurden einige Ausnahmen von der Pflichtversicherung als neue Selbständige geschaffen. So sind für selbständig tätige Kunstschaffende, die am 1.1.2001 55 Jahre alt waren, von der Pensionsversicherung ausgenommen.²⁰² Selbständig tätige Kunstschaffende, die am 1.1.2001 50 Jahre alt waren und noch keine 15 Beitragsjahre in der gesetzlichen Pensionsversicherung erworben hatten, konnten auf Antrag aus der Pensionsversicherung ausgenommen werden.²⁰³ Diese Ausnahmen gelten jedoch nicht für bildende Künstler (selbständige Musiker), die am 31.12.2000 bereits aufgrund ihrer künstlerischen Tätigkeit pflichtversichert waren.

²⁰² § 291 Abs 6 GSVG.

²⁰³ § 291 Abs 5 GSVG.

3. Dienstnehmer aufgrund persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit

3.1. Grundsatzentscheidung des VwGH

Der Versicherungspflicht nach dem ASVG unterliegen gem dessen § 4 Abs 1 Z 1 Dienstnehmer. Abs 2 erster Satz leg cit definiert Dienstnehmer als Personen, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden; hierzu gehören auch Personen, bei denen die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Der VwGH hat dazu in einem Grundsatzerkennntnis²⁰⁴ ausgeführt:

„Persönliche Abhängigkeit tritt ein, wenn die übernommene Verpflichtung zur Arbeitsleistung entweder aufgrund ausdrücklicher Abrede oder zufolge der Arbeitsbeschaffenheit die Arbeitszeit derart in Anspruch nimmt, dass der Arbeitende über sie auf längere Zeit nicht verfügen kann.“²⁰⁵ Mit Recht wurde in der arbeitsrechtlichen Literatur hervorgehoben, dass die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers durch eine besonders weitgehende Unterordnung gekennzeichnet ist, sodass es der hohe Grad der Abhängigkeit ist, der – anders als bei der selbständigen Erwerbstätigkeit – praktisch zu einer Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit führt. Im Gegensatz hiezu kann die geringergradige Abhängigkeit des selbständig Erwerbstätigen als Beschränkung der Bestimmungsfreiheit bezeichnet werden.

Unternehmer²⁰⁶ – iSe konkurrierenden Beteiligung am Wirtschaftsleben – ist, wer in eigener Betriebsstätte, die mit eigenen Betriebsmitteln ausgestattet ist, die oberste Geschäfts- und Betriebsleitung innehat. Das Korrelat dieser innerbetrieblichen Unternehmerposition ist die Stellung des Dienstnehmers im betrieblichen Lebensbereich. Sie wird dadurch gekennzeichnet, dass der Dienstnehmer an den Betriebsmitteln nicht als Eigentümer beteiligt ist – wobei als Eigentum die in der Gemeinsprache verwendete Umschreibung des Eigentums im weiten Sinn verstanden wird. Die durch die persönliche Abhängigkeit begründete wirtschaftliche Abhängigkeit entspringt der Konzentration von Macht und Einfluss, die das Eigentum an den Betriebsmitteln dem Dienstgeber verschafft und die bewirkt, dass der Betrieb der Herrschaft des Dienstgebers unterliegt.

²⁰⁴ VwGH 4.12.1957, 1836/56.

²⁰⁵ So auch schon VwGH 26.11.1952, Slg Nr. 2747/A.

²⁰⁶ Dieser Begriff wird vom VwGH gleichbedeutend mit der Bezeichnung „Dienstgeber“ verwendet.

Das Entgelt ist (hingegen) idR nicht geeignet, als Unterscheidungsmerkmal dafür zu dienen, ob dem Anspruch ein abhängiges oder ein unabhängiges Dienstverhältnis zugrunde liegt. Immerhin lässt aber das der Rechtsfigur des Dienstverhältnisses entsprechende Rechtswesen des Lohns einige Rückschlüsse zu. In einem Dienstverhältnis wird der Lohn dafür bezahlt, dass sich der Dienstnehmer dem Dienstgeber in dienender Stellung unterwirft und ihm zur Leistung nicht vorausbestimmter Dienste seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Daher tritt das Rechtswesen den Lohns am deutlichsten dann zutage, wenn feste Bezüge geleistet werden, die nicht nach Einzelleistungen, sondern nach festen Zeitabschnitten bemessen sind.

Allerdings kann auch im Rahmen eines Dienstverhältnisses die Lohnhöhe nach der tatsächlich erbrachten Leistung bestimmt werden, ohne dass jedoch durch eine solche Lohnform die Rechtsfigur des Dienstverhältnisses geändert wird. Aus ihr ergibt sich – im Gegensatz zu einem selbständigen Dienstverhältnis²⁰⁷ –, dass der Dienstnehmer seinen Anspruch auf das Entgelt – für beschränkte Zeit – behält, wenn er ohne sein Verschulden aus persönlichen Gründen an der Dienstleistung verhindert wird; ferner, dass dem Dienstnehmer auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, das Entgelt gebührt, wenn er zur Dienstleistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des Dienstgebers lagen, daran verhindert worden ist.

Wenn sich infolge unscharfer Grenzen keinesfalls erkennen lässt, ob eine Ausschaltung oder nur eine Beschränkung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitenden eingetreten ist, wird es weiterhin maßgebend sein müssen, ob es sich um ein auf Dauer angelegtes Verhältnis handelt. Deshalb deutet eine auf längere Zeit eingegangene Arbeitspflicht auf einen hohen Grad von Abhängigkeit und auf ein Dienstverhältnis hin, wenn alle inhaltlichen Merkmale ein so unklares Bild ergeben, dass es nicht nur die eine, sondern auch die andere Typen der Arbeitsgestaltung darzustellen scheint.“

²⁰⁷ Anmerkung: Der VwGH verwendet in diesem Zusammenhang die Begriffe „Dienstverhältnis“ und „Beschäftigungsverhältnis“ synonym.

3.2. Weitere Entwicklung der Judikatur

3.2.1. Persönliche Abhängigkeit

Diese grundsätzlichen Ausführungen wurden vom VwGH in Folge mehrfach wiederholt bzw. bestätigt.²⁰⁸ Die spätere Judikatur baute auf dieser Definition auf und folgte ihr weitgehend.²⁰⁹ So betont der VwGH (wie der OGH), das charakteristische Merkmal des Dienstvertrages sei die persönliche Abgängigkeit des Dienstnehmers. Für deren Vorliegen gäbe es unterscheidungskräftige Kriterien, bei deren kumulativem Vorliegen auf andere Kriterien nicht mehr zu blicken sei. Zu diesen gehöre

- die Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort,
- die Arbeitszeit,
- das arbeitsbezogene Verhalten sowie
- die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzliche) persönliche Arbeitspflicht.

Das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht) könne persönliche Abhängigkeit (und somit ein Dienstverhältnis), wenn die unterscheidungsfähigen Kriterien kumulativ vorliegen, nicht ausschließen.²¹⁰ Einzelne dieser Kriterien wurden bisweilen noch weiter präzisiert. So liege bei einer bloßen Koordinierung mit den Erfordernissen des Vertragspartners oder bei Absprachen bezüglich der Arbeitszeit (oder der Anwesenheit am Arbeitsort), wenn diese von der Art der Tätigkeit her notwendig seien, keine Weisungsgebundenheit vor.²¹¹ Weiters könne das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weitgehend selbst bestimmen kann. Die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit würden daher auch dann überwiegen, wenn die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein müsse.²¹²

²⁰⁸ ZB VwGH 18.12.1963, 177/63, ARD 1646/3/64; VwGH 28.2.1964, 227/63, ARD 1679/5/64; VwGH 22.4.1964, 2319/63, ARD 1703/2/64. Siehe auch *Teschner/Widlar/Pöltner* ASVG § 4 FN 8.

²⁰⁹ Nachweise zB bei *Tomandl*, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006/38 (253); *Högl*, Übersicht über die Judikatur des VwGH der letzten 10 Jahre zur Abgrenzung Dienstvertrag/freier Dienstvertrag/Werkvertrag, in *Resch* (Hrsg), *Abhängiger Dienstvertrag versus Selbständigkeit* (2006) 87.

²¹⁰ VwGH 28.10.1998, 93/08/0168 (unter Verwertung zahlreicher Vorentscheidungen).

²¹¹ ZB VwGH 31.1.1995, 92/08/0213; VwGH 21.12.2005, 2004/08/0066.

²¹² VwGH 24.1.2006, 2004/08/0202.

3.2.2. Beschäftigung gegen Entgelt

Erwähnenswert sind einige ergänzende bzw präzisierende Feststellungen zum Merkmal der Beschäftigung gegen Entgelt, die der VwGH vorgenommen hat. So ist die Voraussetzung der Beschäftigung gegen Entgelt bereits erfüllt, wenn der Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis einen Entgeltanspruch hat, gleichgültig, ob ihm das Entgelt tatsächlich ausbezahlt wird oder nicht.²¹³ Selbst der bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Grundlage gebührende bereicherungsrechtliche Nutzensausgleich ist Entgelt iSd § 4 Abs 2 ASVG. Daher unterliegt auch ein unerlaubt (weil gegen § 3 AuslBG verstoßend) beschäftigter Ausländer der Sozialversicherungspflicht.²¹⁴ Daraus folgt, dass auch ein ungültiger Arbeitsvertrag kein Hindernis für die Pflichtversicherung nach dem ASVG darstellt,²¹⁵ sondern als Entgelt iSd § 4 ASVG ist jede Gegenleistung zu werten, die für eine Dienstnehmertätigkeit iSd Bestimmung erbracht wird.²¹⁶

²¹³ BMAS 1.4.1987, 127.983/1-6/86.

²¹⁴ VwGH 22.12.1964, 1520/64; VwGH 12.11.1991, 91/98/0125.

²¹⁵ VwGH 16.3.1960, 2477/56, SV-Slg 8890.

²¹⁶ BMAS 10.7.1991, 121.762/1-7/91, ZAS 1993/1. Vgl zum - weiten - Entgeltbegriff des ASVG Shubshizky, Beitragsfreie Entgelte im ASVG, ZAS 2003, 52; ders, Die Regelung des Entgelts im ASVG, ASoK 2009, 278, Schrammel, Entgelt von Dritten, ZAS 2003, 75 jeweils mwN.

3.3. VwGH-Entscheidungen zur Sozialversicherungspflicht von Künstlern

3.3.1. Einleitung

Eine Analyse der einschlägigen VwGH-Entscheidungen zeigt, dass die Beantwortung der Frage, ob die Dienstnehmereigenschaft im sozialversicherungsrechtlichen Sinn in einem konkreten Sachverhalt vorliegt oder nicht, ähnliche Probleme aufwirft wie im Arbeitsrecht. So kommt es – im Arbeits- wie im Sozialversicherungsrecht – für die Begründung des Dienstnehmerstatus (im Allgemeinen wie bei Künstlern) insbes auf die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, die persönliche Leistungsunterworfenheit und die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung an. Es werden daher zunächst Entscheidungen, die sich mit diesen allgemeinen Kriterien befassen, vorgestellt, daran schließen Erkenntnisse zu einzelnen (in casu jeweils problematischen) Kriterien bzw Problemstellungen an.

3.3.2. Grundsätzliches

3.3.2.1. Lichttechniker

War ein von einer Musikgruppe zur Errichtung der lichttechnischen Anlage bei einzelnen Konzerten betrauter Lichttechniker an die Weisungen eines ebenfalls in den Konzertbetrieb eingegliederten Lichttechnikers gebunden, erbrachte er seine Leistungen in Eingliederung in den Tournee-Organisationsplan zur Gänze mit Betriebsmitteln des Auftraggebers, hatte er seine Arbeit grundsätzlich persönlich zu erbringen, und bestand auch keine Gewährleistungspflicht des Dienstnehmers für die ordnungsgemäße und vollständige Einrichtung der Lichtanlagen, ist vom Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses auszugehen.²¹⁷

3.3.2.2. Rundfunkmitarbeiter

Mitarbeiter des Rundfunks, die für jeweils eine Sendung (Probe und Aufnahme) engagiert und tageweise entlohnt werden, wobei die einzelnen Engagements zu einander in keinem vertragsrechtlichen Zusammenhang stehen, unterliegen der Vollversicherung. Die Pflichtversi-

²¹⁷ VwGH 20.4.2005, 2002/08/0222.

cherung derartiger Mitarbeiter erstreckt sich nur auf die einzelnen Beschäftigungstage und nicht auf fortlaufende Zeiträume.²¹⁸

3.3.2.3. Musiker

Die Verpflichtung, nach Vereinbarung Stimmungsmusik zu bestimmter Zeit an einem bestimmten Ort gegen ein bestimmtes Entgelt zu erbringen, ist jedenfalls auch im Rahmen eines Werkleistungsverhältnisses denkbar, wenn die persönliche Arbeitspflicht fehlt.²¹⁹ Ohne Bedeutung für den Bestand eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ist die Art der Entgeltleistung durch den „Obmann“ einer Konzertvereinigung durch Aufteilung des von ihm in Empfang genommenen (nach den „Werkverträgen“ gebührenden, nach den Einzelhonoraren errechneten) Pauschalentgelts an die Chorsänger nach Abschluss ihrer jeweiligen Arbeitsleistungen.²²⁰

Ein Pianist, der in einem Restaurant sechsmal pro Woche dreieinhalb Stunden spielt, wobei er seine Kleidung selbst wählen kann, sein Programm einigermaßen frei gestaltet, weder die Möglichkeit noch die Verpflichtung hat, im Falle seiner Verhinderung für seine Vertretung zu sorgen, und als Entlohnung 10.000 Schilling monatlich erhält, unterliegt der Versicherungspflicht nach dem ASVG.²²¹

Ein von einem Hotel zur Unterhaltung der Gäste mit Musikdarbietung aufgenommener Pianist ist auch dann versicherungspflichtig, wenn der Dienstgeber ihn auf seinen Wunsch von der Arbeitspflicht entbindet und er sich nur bei entsprechendem Interesse der Gäste bereitzuhalten hat.²²²

3.3.2.4. Musiklehrer

Ein Musiklehrer, der an der Musikschule einer Gemeinde 8 Wochenstunden unterrichtet, wobei die Festlegung der Arbeitszeit nach Absprache mit dem Leiter der Musikschule erfolgt, die An- und Abmeldung der Schüler nur beim Leiter der Musikschule vorgenommen wird, die Höhe des Honorars durch Vereinbarung zwischen Musiklehrer und Schüler im Einvernehmen

²¹⁸ BMsV 22.10.1958, II-110.956-6/2/58, SV-Slg 6251.

²¹⁹ VwGH 14.3.1962, 656/59.

²²⁰ VwGH 25.1.1994, 92/08/0264.

²²¹ BMAS 22.1.1996, 120.752/3-7/95.

²²² VwGH 11.12.1997, 96/08/0064.

mit dem Leiter der Musikschule geregelt und dieser Betrag von den Schülern direkt an den Lehrer entrichtet wird, während von der Gemeinde lediglich ein Fahrtkostenersatz geleistet wird, unterliegt der Versicherung nach dem ASVG.²²³

3.3.2.5. Schauspieler

Auch ein kurzfristiger Stückvertrag mit Schauspielern unterliegt bei wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit auch dann der Versicherungspflicht, wenn dem Schauspieler hinsichtlich Probenort und Probenterminen ein Mitspracherecht zukommt.²²⁴

3.3.3. Vertretungsbefugnis

3.3.3.1. Sänger

Kann sich ein Sänger bei seiner Tätigkeit nicht durch andere Personen vertreten lassen, ist damit ein für das Verhältnis persönlicher Abhängigkeit typisches, allerdings für sich allein nicht unterscheidungskräftiges Merkmal gegeben. Dass sich die Verfügungsmacht des Dienstgebers über Arbeitszeit und Arbeitskraft nur auf die relativ kurze Zeit des Auftritts des Sängers beschränkt, ist nicht von Bedeutung, weil es für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 4 Abs 2 ASVG nicht darauf ankommt, dass nur ein geringer Teil der dem Beschäftigten an sich zur Verfügung stehenden Zeit in einer nicht seiner Bestimmungsfreiheit überlassenen Weise in Anspruch genommen wird.²²⁵

3.3.3.2. Orchestersubstitut

Ein Orchestersubstitut, der nicht nur fallweise zur Mitwirkung eingesetzt wird, die im Dienstplan festgesetzten Spielzeiten einzuhalten verpflichtet und nicht berechtigt ist, sich durch einen Ersatzmann vertreten zu lassen, ist Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG.²²⁶

²²³ BMAS 12.12.1995, 120.687/3-7/95.

²²⁴ VwGH 21.9.1999, 07/08/0486.

²²⁵ VwGH 6.3.1986, 85/08/0072.

²²⁶ VwGH 25.10.1974, 2001/73.

3.3.3.3. Operettenbetrieb

Eine generelle Vertretungsbefugnis aller Mitwirkenden in einem Operettenbetrieb lässt schon in Hinblick auf die „Theaterrealität“ im Allgemeinen und jene der konkreten Operettenproduktion im Besonderen Zweifel darüber aufkommen, ob Beschäftigten wirklich mit den vom Dienstgeber selbst formulierten „Werkverträgen“ und „Beilagen zu den Werkverträgen“ eine „generelle“ Vertretungsbefugnis eingeräumt werden sollte, dies von den Beschäftigten auch so verstanden und tatsächlich eingeräumt worden ist.

Verliert ein Beschäftigter im Falle seiner Verhinderung an einer Aufführung durch Krankheit oder aus einem von ihm zu vertretenden Grund (wenn auch ohne sein Verschulden) seinen Anspruch auf Honorar für diese Aufführung und das Recht auf Durchführung weiterer Aufführungen dann nicht, wenn er einen geeigneten Vertreter entsendet, und trifft ihn, sofern er dies nicht tut, neben diesem Verlust überdies wegen Nichteinhaltung des Vertrages (das heißt im gegebenen Zusammenhang: wegen der, wenn auch unverschuldeten Verletzung der übernommenen Arbeitspflicht durch Nichterfüllung seitens des Beschäftigten selbst oder Nichtentsendung eines geeigneten Vertreters) die Verpflichtung zur Zahlung einer Konventionalstrafe, folgt daraus, dass der Beschäftigte im Falle jeder von ihm zu vertretenden Verhinderung an einer Aufführung nicht nur berechtigt, sondern – mit den genannten Sanktionen – im Interesse des Dienstgebers an der ordnungsgemäßen Durchführung des beabsichtigten Programmes verpflichtet ist, einen geeigneten Vertreter zu entsenden.

Aus all dem folgt zwar nicht schlechthin ein Ausschluss einer generellen Vertretungsbefugnis; die mehrfach sanktionierte Verpflichtung des Beschäftigten zur Stelligmachung eines geeigneten Vertreters für einzelne oder alle Aufführungen nach den durchgeführten Proben spricht aber eher für ein eingeschränktes Verständnis der Vertretungsregelung.²²⁷

3.3.3.4. Musikkapelle

Die Berechtigung von Musikern einer Musikkapelle, sich im Falle der Krankheit oder aufgrund anderer beruflicher Verpflichtungen vertreten zu lassen, kann unter Bedachtnahme auf das gesamte Beschäftigungsbild nicht als eine der generellen Vertretungsbefugnis gleichzu-

²²⁷ VwGH 25.1.1994, 92/08/0226.

haltende gewertet werden. Die Verpflichtung, im Falle der Verhinderung durch Krankheit oder anderer beruflicher Verpflichtungen für Ersatz durch eine andere Gruppe bzw einen anderen geeigneten Musiker zu sorgen, erhärtet den Ausschluss eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 4 Abs 2 ASVG. Ob die Vereinbarung, dass der Musiker auch im Krankheitsfall kein Entgelt erhält, dienstvertragsrechtlich gültig ist, muss nicht geklärt werden, weil sich eine solche Frage nur bei Vorliegen eines Dienstverhältnisses stellt, die zu beurteilenden Rechtsverhältnisse aber schon wegen der Vertretungsregelung, mit der die Entgeltvereinbarung in Einklang steht, nicht als Dienstverhältnisse zu werten sind.²²⁸

3.3.3.5. Musiktherapeut

Ein Musiktherapeut ohne generelle Vertretungsbefugnis, der unter Aufsicht eines Kinderarztes an 30 Wochenstunden nach einem von einem therapeutischen Team erstellten Therapieplan – im Ambulatorium eines Vereins unter Benutzung der Einrichtungsgegenstände und des großvolumigen Therapiegeräts des Vereins – Musiktherapie an behinderten Kindern durchführt, steht bei dieser Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und unterliegt daher der Versicherungspflicht.²²⁹

3.3.3.6. Musiklehrer

Die der Verpflichtung eines Musiklehrers entspringende Berechtigung, im Krankheitsfall oder wegen einer sonstigen Verhinderung ausfallende Lehrstunden nachzuholen oder in geeigneter Form zu ersetzen, kann unter Bedachtnahme auf das gesamte Beschäftigungsbild des Musiklehrers als generelle Vertretungsbefugnis interpretiert werden, die Versicherungspflicht als Dienstnehmer ausschließt.²³⁰

3.3.3.7. Schauspieler

Ein Schauspieler, der sich im Gastspielvertrag verpflichtet, seine Leistungen an einem bestimmten Theater bzw an Abstecherorten zu erbringen, unterliegt bei der Ausübung seiner Tätigkeit den jeweils geltenden Ordnungsvorschriften. Auch das Recht zur Stellung einer Ersatzkraft im Verhinderungsfalle – im Einvernehmen mit dem Dienstgeber- sowie die Verein-

²²⁸ VwGH 25.1.1994, 93/08/0154.

²²⁹ BMAS 22.9.1993, 122.285/5-7/93.

²³⁰ VwGH 22.10.1996, 94/08/0118.

barung einer Konventionalstrafe schließen die Dienstnehmerstellung nicht aus. Er unterliegt daher der Versicherungspflicht.²³¹

3.3.4. Überwiegensprinzip

3.3.4.1. Musikschullehrer

Überwiegen bei einem Musikschullehrer die Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit, besteht auch dann die Vollversicherungspflicht, wenn dem Betreiber der Musikschule die pädagogischen Leistungen des Musikschullehrers mittels Lehrauftrag zur Verfügung gestellt werden.²³²

3.3.4.2. Musiker

Ist ein Musiker in einem Lokal als Alleinunterhalter tätig, wobei von ihm ein „bunter Abend“ geleitet wird und der Inhalt der Darbietung ihm überlassen bleibt, hat er sich zur Erbringung bloß gattungsmäßig umschriebener Leistungen verpflichtet. Beschränkt sich die Einflussnahme des Lokalinhabers lediglich darauf, dass Unterhaltungsmusik und Gesellschaftsspiele angeboten werden, kann von einer Weisungsgebundenheit auch im Sinne einer stillen Autorität nicht gesprochen werden, sodass die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG überwiegen.²³³

3.3.4.3. Chorsänger

Kommt zu den die Bestimmungsfreiheit von Chorsängern beschränkenden Umständen zumindest hinzu, dass sie als Chorsänger nicht – wie bei einem Chorkonzert – ein von ihnen oder der Konzertvereinigung zusammengestelltes Programm in der von ihnen gewählten Reihenfolge und der von ihnen erarbeiteten Art an einem mit dem Veranstalter festgelegten Ort und zu einer mit ihm bestimmten Zeit gestalten, sondern bei vom Veranstalter vorgegebenen Produktionen in organisatorischer Eingliederung in den Betrieb mitwirken, so geht diese Einordnung über die bei derartigen Produktionen stets notwendige und rein sachlich bedingte Zusammenarbeit der einzelnen Mitwirkenden in Bindung an Weisungen der Regisseure, des

²³¹ BMsV 19.4.1983, 128.318/3-6/82.

²³² VwGH 21.2.2001, 96/08/0028.

²³³ VwGH 8.2.1994, 92/08/0153.

Chordirektors und des Dirigenten in Bezug auf Probenzeiten, Probenanzahl, szenische Abfolgen, Art der Wiedergabe des einstudierten Werkes hinaus und bewirkt dadurch ein Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit. Durch die in dieser Form erbrachten Arbeitsleistungen der Chorsänger und ihre Annahme durch den Veranstalter sind zwischen ihnen Gruppendienstverhältnisse und damit Beschäftigungsverhältnisse iSd § 4 Abs 2 ASVG zustande gekommen.²³⁴

3.3.5. Gruppenverträge (Musikkapellen)

Hat der Lokalinhaber über die Durchführung der Musikveranstaltung nie mit den einzelnen Musikern, sondern nur mit dem Sprecher der Kapelle verhandelt und mit diesem auch die näheren Vereinbarungen über Ort, Zeit sowie über das hierfür zu entrichtende Entgelt, hinsichtlich einer Vertretung jedoch keinerlei Abmachung getroffen (weil die drei Musiker an eine Vertretung überhaupt nicht dachten und im Verhinderungsfall das Programm eben zu zweit durchgespielt worden wäre), und ergaben sich die Musikstücke aus der Art des Lokals und den Wünschen des Publikums sowie den freien Vorstellungen der Musiker, ergibt sich daraus, dass ein persönliches Verpflichtungsverhältnis des einzelnen Musikers gegenüber dem Lokalinhaber als Veranstalter nicht bestanden hat.²³⁵

Wenn ein Kaffeehausinhaber Vereinbarungen über die Durchführung von Veranstaltungs- bzw Tanzmusik, insbesondere über Art, Zeit sowie das hierfür zu entrichtende Entgelt, jeweils nur mit den Leitern der Musikkapelle und nie mit den einzelnen Musikern getroffen hat, wobei die Kapellmeister verpflichtet waren, mit den weiteren Kapellenmitgliedern entsprechend diesen Vereinbarungen auftragsgemäß Einzelverträge abzuschließen, wird in solchen Fällen ein persönliches Verpflichtungsverhältnis dem Lokalinhaber als Veranstalter gegenüber nur bezüglich der jeweiligen Kapellenleiter, nicht aber auch bezüglich der einzelnen Kapellenmitglieder begründet. Besteht nach den getroffenen Vereinbarungen persönliche Anwesenheits- und Leistungspflicht nur für die einzelnen Kapellenleiter, dann wird auch nur für sie durch die insbesondere auf die Arbeitszeit und den Arbeitsort bezogene Einflussnahme des Betriebsinhabers Weisungsgebundenheit im Sinne einer persönlichen Abhängigkeit begründet. Daraus folgt, dass für den Personenkreis der Kapellmeister durch die in fremder Betriebsstätte ausgeübte entgeltliche Tätigkeit auch wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben ist.²³⁶

²³⁴ VwGH 25.1.1994, 92/08/0264.

²³⁵ LReg Kärnten 27.1.1976, 14-SV-3040/10/75.

²³⁶ BMSV 28.2.1979, 120.645/1-6/77.

3.4. Schlussfolgerungen

3.4.1. Einleitung

Wie die Analyse der einschlägigen Entscheidungen zeigt, beurteilen sowohl der VwGH als auch der OGH das Vorliegen der Dienstnehmereigenschaft unter Verwendung eines beweglichen Systems. Das bedeutet daher, dass die für bzw gegen den Dienstnehmerstatus sprechenden Argumente anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls gegeneinander abzuwägen sind und das Fehlen eines erforderlich Merkmals durch intensivere Ausprägung eines anderen Merkmals kompensiert werden kann. Auch die in die Beurteilung einfließenden Kriterien sind dieselben; ein Unterschied könnte sich daher allenfalls bei der Gewichtung einzelner Elemente ergeben.

Ein Unterschied besteht auch im Übrigen in Bezug auf die Beweislastregeln. Werden arbeitsrechtliche Ansprüche vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht, so muss das Bestehen der Arbeitnehmereigenschaft – da dies zu den Anspruchsvoraussetzungen zählt – vom Kläger bewiesen werden. Ist die Dienstnehmereigenschaft hingegen im sozialversicherungsrechtlichen Beitragsverfahren strittig, so hat die GKK alle relevanten Sachverhaltsmerkmale nach dem Grundsatz der Amtswegigkeit zu ermitteln.

3.4.2. Vertretungsbefugnis

3.4.2.1. Judikatur des OGH

Prima vista bestehen Judikaturdivergenzen zwischen OGH und VwGH im Hinblick auf die Möglichkeit, Aufträge abzulehnen bzw sich bei deren Erledigung vertreten zu lassen.²³⁷ So qualifizierte der OGH bspw das Vertragsverhältnis eines Expeditarbeiters trotz vertraglich eingeräumtem Ablehnungsrecht als Arbeitsverhältnis.²³⁸ Dies scheint der Judikatur des VwGH zu widersprechen, nach der eine Vertretungs- bzw. Ablehnungsmöglichkeit den Ausschluss der Dienstnehmereigenschaft bewirkt.²³⁹

²³⁷ Resch, Dienstnehmerbegriff nach ASVG und seine Abgrenzung, in Resch (Hrsg), Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit 47.

²³⁸ OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k.

²³⁹ ZB VwGH 19.6.1990, 88/08/0200; VwGH 19.5.1992, 87/08/0271.

Bei näherer Betrachtung liegt dieser Widerspruch aber nicht vor, weil der OGH nicht nur darauf abstellt, ob das Vertretungs- bzw. Ablehnungsrecht vereinbart wurde, sondern auch, ob es genutzt wird bzw bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt.²⁴⁰ Dass diese Kriterien vage bzw unbestimmt sind und daher die Prognose, ob ein Vertrag die Kriterien des Arbeitsvertrages erfüllt, erschweren, wurde in der Literatur – mE zu Recht – kritisiert,²⁴¹ dies ist aber weder ein künstlerspezifischer Aspekt noch für die hier untersuchte Problemstellung, ob eine Judikaturdivergenz zwischen OGH und VwGH besteht, relevant. Festzuhalten ist, dass der OGH durch die Anwendung der oben wiedergegebenen „Formel“ bei der Interpretation des von den Parteien geschlossenen Vertrages auch dessen faktische Handhabung berücksichtigt und aus dem Umstand, dass eine vertraglich eingeräumte Befugnis, die weder genutzt wird noch deren Nutzung beabsichtigt ist, nach dem wahren Willen des Vertragsparteien daher gar nicht Bestandteil des Vertrages werden sollte.

3.4.2.2. Judikatur des VwGH

Der VwGH sieht dies durchaus ähnlich und handelt diesen Aspekt meist unter dem Thema „Scheinvertretungsrecht“ ab. So führt er bspw aus: Ist einem Vertrag zwar eine generelle Befugnis zur Beiziehung von Hilfskräften vereinbart, hat der Verpflichtete jedoch die vertraglich bedungene Leistung nicht – wie ein Unternehmer – mit eigenen Arbeitskräften, sondern im Wesentlichen in eigener Person durchgeführt und hat er sich lediglich im Falle der Erkrankung und des Urlaubs vertreten bzw. nur bei aufwändigeren Arbeiten von einer Hilfskraft helfen lassen, ist dieses Abweichen der tatsächlichen Handhabung von der schriftlichen Vertragsurkunde in die Gesamtbewertung des Vertragsverhältnisses einzubeziehen.²⁴²

Im Übrigen bewertet auch der VwGH die Befugnis, sich – bloß partiell - vertreten zu lassen oder einzelne Aufträge abzulehnen, nicht als Kriterium, das die Dienstnehmereigenschaft kategorisch ausschließt. So wurde etwa das Vertragsverhältnis eines Botenfahrers trotz Bestehen der Möglichkeit, einzelne an ihn ergehende Aufträge durch Abschalten des Funkgeräts verhindern zu können, als Dienstverhältnis qualifiziert.²⁴³ In einer anderen Entscheidung wurde befunden, dass die Versicherungspflicht als Dienstnehmer auch bei einem Botenfahrer be-

²⁴⁰ OGH 30.6.2005, 8 ObA 35705p; OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d, ecolex 2008, 456 = DRdA 2009/40, 406 (Mosler); OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g, ecolex 2008, 1043.

²⁴¹ Schrammel in FS Bauer/Maier/Petrag 25 (34 ff), Korn, Der „selbsternannte“ Arbeitnehmer, ASoK 2005, 2; Tomandl, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff? ZAS 2008/16 (103 ff); Peschek/Unterrieder, Gibt es noch freie Dienstnehmer? ecolex 2008, 988.

²⁴² VwGH 16.5.2001, 96/08/0200.

²⁴³ VwGH 3.4.2001, 96/08/0023.

steht, der berechtigt ist, einzelne Fahrtaufträge sanktionslos abzulehnen.²⁴⁴ In diesem Fall war für den VwGH wesentlich, dass der Bote bei Annahme eines Auftrages für dessen örtliche und zeitliche Durchführung dem uneingeschränkten Weisungsrecht des Vertragspartners unterlag, durch ein Berichtswesen in dessen Organisation eingegliedert war und die Betriebsmittel von diesem zur Verfügung gestellt wurden, also im Ergebnis alle übrigen Kriterien eines Dienstvertrages vorlagen.

3.4.3. Ergebnis

Im Großen und Ganzen lässt sich somit festhalten, dass keine wesentlichen Divergenzen zwischen dem Arbeitnehmer-Begriff des Arbeitsrechts und dem Dienstnehmer-Begriff des ASVG im Lichte seiner Interpretation durch den VwGH bestehen.²⁴⁵ Das im ASVG verankerte Definitionsmerkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit wurde vom VwGH in einer Weise ausgelegt, die Divergenzen zum Arbeitnehmer-Begriff des Arbeitsrechts so weit wie möglich vermeidet.²⁴⁶ Der Umstand, dass unentgeltliche Arbeitsverhältnisse nicht in die Sozialversicherung mit einbezogen sind, ist unvermeidlich. Daraus folgt auch, dass für Zeiträume, in denen das Arbeitsverhältnis zwar aufrecht ist, aber kein Entgeltanspruch gegenüber dem Arbeitgeber besteht, auch die Sozialversicherung sistiert ist. § 11 Abs 3 ASVG normiert einige Ausnahmen von diesem Grundsatz, von denen als wichtigste der in lit a geregelte Tatbestand ein Urlaub ohne Entgeltanspruch (Karenzierung), der die Dauer eines Monats nicht überschreitet, hervorzuheben ist.

²⁴⁴ VwGH 10.11.1998, 96/08/0255.

²⁴⁵ So weist der VwGH bisweilen explizit darauf hin, dass er sich „in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis des Dienstnehmerbegriffes“ befinde (zB VwGH 31.1.1995, 92/08/0213).

²⁴⁶ Daher wurde bereits bei der Klärung des Begriffes des Arbeitnehmers im arbeitsrechtlichen Teil auch Judikatur des VwGH und Literatur zum Begriff des Dienstnehmers iSd ASVG herangezogen bzw verarbeitet. Eine separate Auseinandersetzung mit der sozialversicherungsrechtlichen Literatur zu diesem Thema erübrigt sich demnach.

4. Dienstnehmer aufgrund bestehender Lohnsteuerpflicht

4.1. Grundsätzliches

Mit BGBl I 1997/139 wurde der Kreis der Dienstnehmer gem § 4 Abs 2 ASVG erweitert. Seit 1.1.1998 gelten als Dienstnehmer jedenfalls auch Personen, die nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig sind, es sei denn, es handelt sich um Bezieher von Einkünften

1. nach § 25 Abs 1 Z 4 lit a oder b EStG oder
2. nach § 25 Abs 1 Z 4 lit c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.²⁴⁷

§ 47 Abs 1 EStG definiert den Arbeitnehmer als natürliche Person, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht. Abs 2 besagt, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, 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. Ein Dienstverhältnis ist weiters bei Personen anzunehmen, die Bezüge gem § 25 Abs 1 Z 4 und 5 EStG beziehen.²⁴⁸ Ein Blick auf diese gesetzlichen Bestimmungen zeigt, dass der Dienstnehmerbegriff des ASVG durch die gewählte Regelungstechnik sukzessive erweitert wurde²⁴⁹:

§ 4 Abs 2 letzter S ASVG bezieht jeden, der im Sinne der zitierten Bestimmungen des § 47 Abs 1 und 2 EStG lohnsteuerpflichtig ist, in den Dienstnehmerbegriff des ASVG ein, unabhängig davon, ob dieser die Definition des Dienstnehmers in § 4 Abs 2 erster S ASVG erfüllt oder nicht.

§ 47 Abs 2 EStG erweitert seinerseits den Begriff des Dienstverhältnisses im steuerrechtlichen Sinn, indem bei Bezug bestimmter finanzieller Leistungen auch dann das Vorliegen eines Dienstverhältnisses (und damit auch die Dienstnehmerstellung gem § 4 Abs 2 letzter S

²⁴⁷ § 4 Abs 2 letzter S ASVG.

²⁴⁸ Auf das Bestehen eines Dienstverhältnisses gem § 47 Abs 2 zweiter S leg cit (Personen, die mit Dienstleistungsschecks entlohnt werden) braucht im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen zu werden.

²⁴⁹ Siehe etwa *Sedlacek*, Die Verknüpfung des SV-rechtlichen Dienstnehmer-Begriffes mit dem des (lohn)steuerrechtlichen Dienstverhältnisses, ASoK 1998, 114; *Naderhirn*, Die Neuformulierung des Dienstnehmerbegriffes des ASVG durch das ASRÄG 1997 (2000); *Hofer*, Sozialversicherungsrechtliche Verknüpfungen zum Einkommenssteuerrecht, ASoK 1998, 7.

ASVG) fingiert wird, wenn die Definition des ersten Satzes *leg cit* nicht erfüllt wird. Von diesen Erweiterungstatbeständen ist im gegebenen Zusammenhang der Bezug einer Leistung gem § 25 Abs 1 Z 5 interessant, da bei Leistungen gem § 25 Abs 1 Z 4 zwar ein steuerrechtliches Dienstverhältnis vorliegt, eine Einbeziehung in das ASVG aber aufgrund des letzten Satzes des § 4 Abs 2 nicht gegeben ist. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Ausnahmetatbeständen nach § 25 Abs 1 Z 4 (sie betreffen bestimmte politische Funktionen und Beamten, die eine Nebentätigkeit ausüben) kann dabei im Rahmen dieser Untersuchung vernachlässigt werden.

Im Folgenden soll zunächst geklärt werden, wie der Begriff des Dienstnehmers im Einkommenssteuerrecht interpretiert wird, und insbesondere, ob dabei eine Divergenz zu den korrespondierenden Begrifflichkeiten im Arbeits- bzw Sozialversicherungsrecht besteht. Danach wird die Frage behandelt, welche Auswirkungen die Feststellung, dass jemand der Lohnsteuerpflicht unterliegt, auf den Eintritt der Pflichtversicherung nach dem ASVG hat.

4.2. Dienstnehmer im Einkommenssteuerrecht

4.2.1. Lohnsteuerrichtlinien

Die Lohnsteuerrichtlinien 2002²⁵⁰ führen dazu in den Rz 230 ff aus:

Arbeitnehmer in steuerrechtlicher Hinsicht ist gem § 47 Abs 1 EStG eine natürliche Person, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht, wozu auch Bezüge aus einem Dienstverhältnis gehören. Bei Beurteilung, ob steuerrechtlich ein Dienstverhältnis besteht, ist – wie im ASVG - vom wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Die in anderen Rechtsgebieten verwendeten Begriffe (Arbeitnehmer nach Arbeitsrecht, Sozialrecht, bürgerlichem Recht) sind für das Einkommenssteuerrecht grundsätzlich nicht maßgebend.

Ein Dienstverhältnis gem § 47 Abs 2 EStG 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. Weiters ist für die Annahme eines Dienstverhältnisses wesentlich, dass die tätige Person kein Unternehmerwagnis trifft.

4.2.2. Judikatur des VwGH

Der VwGH hat zum Dienstnehmerbegriff des EStG folgende wesentliche Aussagen getroffen:

Die Legaldefinition des § 47 Abs 2 EStG enthalte zwei Kriterien, die das Vorliegen eines Dienstverhältnisses indizieren sollen: Die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in dessen geschäftlichen Organismus.²⁵¹ Die Weisungsgebundenheit äußere sich in einem persönlichen Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf die Art der Ausführung der Arbeit, den Einsatz der Arbeitsmittel und die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten. Die organisatorische Eingliederung komme in der Vorgabe von Ar-

²⁵⁰ <https://findok.bmf.gv.at>.

²⁵¹ ZB VwGH 10.11.2004, 2003/13/0018; VwGH 28.5.2009, 2007/15/0163.

beitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmitteln sowie in der unmittelbaren Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe zum Ausdruck.²⁵²

Unter das Kriterium der Weisungsgebundenheit fielen unter anderem die folgenden Aspekte: Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften (zB Regelung von Arbeitszeit, Arbeitspausen etc), Unterwerfung unter die betriebliche Kontrolle (Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber), disziplinare Verantwortlichkeit eines Dienstnehmers.²⁵³

Es gäbe jedoch Fälle, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbständigen und einer unselbständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. So könne sich zB die Weisungsgebundenheit bei leitenden Angestellten auf die grundsätzliche Erfüllung der Leitungsaufgaben beschränken, ohne den Arbeitsablauf detailliert zu regeln. Der zeitlichen und organisatorischen Eingliederung in den Unternehmensbereich des Arbeitgebers werde dann keine wesentliche Bedeutung zukommen, wenn die Arbeitsleistung, zu der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, überwiegend oder gänzlich außerhalb örtlicher Einrichtungen, die dem Arbeitgeber zugerechnet werden können, erbracht werde, wie bei Heimarbeit (Telearbeit unter Einbindung in das EDV-Netz des Arbeitgebers) oder Vertretertätigkeiten.²⁵⁴

Die Vertretungsbefugnis spiele auch im Steuerrecht eine sehr zentrale Rolle. Dies ergebe sich bereits aus der Legaldefinition, wonach der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft schulde. Wenn sich ein Auftragnehmer bei seiner Arbeitsleistung vertreten lassen könne und das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zustehe, sondern im Belieben des Auftragnehmers liegt, sei daher grundsätzlich kein Dienstverhältnis gegeben.²⁵⁵

Dem in den Lohnsteuerrichtlinien angeführten Kriterium der Unternehmerwagnis komme nur dann eine Bedeutung zu, wenn Weisungsgebundenheit gegeben ist. Es könne nämlich sein, dass bei stark ausgeprägtem Unternehmerwagnis trotz Weisungsgebundenheit kein Dienstverhältnis im steuerrechtlichen Sinn vorliegt. Unternehmerwagnis liegt nach der Judikatur vor allem dann vor, wenn der Erfolg der Tätigkeit bzw die Höhe der Einnahmen weitgehend von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der Ausdauer und der persönlichen Geschicklichkeit abhängig sind und die mit der Tätigkeit verbundenen Aufwendungen nicht vom Auftraggeber ersetzt, sondern vom Auftragnehmer aus eigenen Mitteln getragen werden müs-

²⁵² VwGH 20.12.2000, 99/13/0223.

²⁵³ VwGH 24.2.1999, 98/13/0014.

²⁵⁴ VwGH 25.10.1994, 90/14/0184, ARD 4621/22/95.

²⁵⁵ VwGH 23.5.2000, 97/14/0167; VwGH 16.2.1994, 92/13/0149.

sen.²⁵⁶ Zum Unternehmerwagnis wird auch die Möglichkeit, im Rahmen einer Tätigkeit Aufträge anzunehmen oder abzulehnen und somit den Umfang und den wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit selbst zu bestimmen, gezählt.²⁵⁷ Manchmal wird die Möglichkeit, Aufträge ablehnen zu können, von der Rechtsprechung auch als Subkriterium für das Vorliegen von Weisungsgebundenheit angesehen, weil die vertragliche Möglichkeit eines Auftragnehmers, ab Erreichen einer bestimmten Grenze keine Aufträge mehr entgegenzunehmen, einer Arbeitsverweigerung gleichkomme, die im Rahmen eines Dienstverhältnisses nicht möglich sei.²⁵⁸

Letztlich bleibe aber – ebenso wie im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht – für die Beurteilung, ob ein Dienstverhältnis vorliegt, maßgebend, ob nach abgabenrechtlichen Gesichtspunkten die für oder gegen ein Dienstverhältnis sprechenden Merkmale überwiegen.²⁵⁹

4.2.3. Literatur

In der Literatur werden zur Frage, ob die unterschiedlichen Definitionen des Dienstnehmerbegriffes im EStG und im ASVG verschiedene Kategorien von Dienstnehmern gebildet werden oder ob dabei bloß jeweils andere Worte für die Identifizierung in Wahrheit identische Merkmale gewählt werden, folgende Meinungen vertreten:

*Sedlacek*²⁶⁰ meint, dass sich der sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmerbegriff in den weitaus überwiegenden Fällen mit dem Arbeitnehmerbegriff des Steuerrechts decke und mit der Anknüpfung im ASVG an die Lohnsteuer kein neuer Dienstnehmerbegriff geschaffen werden sollte. Lediglich das Kriterium des Unternehmerwagnisses habe in der steuerrechtlichen Judikatur des VwGH ein etwas höheres Gewicht als in der sozialversicherungsrechtlichen.

Praktisch zum selben Ergebnis kommen *Mosler/Glück*.²⁶¹ Sie sind der Meinung, dass die Kriterien für die Dienstnehmereigenschaft trotz unterschiedlicher Formulierungen im ASVG wie im EStG im wesentlichen die gleichen seien, und orten ebenfalls geringfügige Differenzen

²⁵⁶ VwGH 16.2.1994, 92/13/0149.

²⁵⁷ VwGH 20.12.2000, 99/13/0223.

²⁵⁸ VwGH 16.1.1991, 89/13/0194.

²⁵⁹ VwGH 22.2.1996, 94/15/0123, ARD 4753/48/96.

²⁶⁰ Die Verknüpfung des sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriffs mit dem des (lohn)steuerrechtlichen Dienstverhältnisses, ASoK 1998, 114.

²⁶¹ Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung – Ausgewählte Probleme der Neuregelung, RdW 1998, 78.

aufgrund der Rechtsprechungslinie, die im Steuerrecht das Tragen von Unternehmensrisiko ein wichtiges Kriterium für selbständige Erwerbstätigkeit sehe.

*Doralt*²⁶² führt aus, dass für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses in steuerrechtlicher Hinsicht spreche, wenn ein persönliches Weisungsrecht bestehe. Dieses erfordere wiederum einen Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit. Damit werde auf das Vorliegen jener Tatbestandsvoraussetzungen abgestellt, die nach den verba legalia des § 4 Abs 2 ASVG explizit als Kriterien für die Dienstnehmereigenschaft in der Sozialversicherung aufgestellt würden.

*Höfle*²⁶³ legt dar, dass im Steuerrecht die Kriterien Weisungsgebundenheit, betriebliche Eingliederung und Unternehmerwagnis im Vordergrund stünden, die beiden ersten Kriterien aber mit den Voraussetzungen für das Vorliegen von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit übereinstimmten. In beiden Fällen werde auf die Vertretungsbefugnis sowie die Weisungsfreiheit betreffend Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten abgestellt. Das von der steuerrechtlichen Judikatur zusätzlich herangezogene Kriterium der Unternehmerwagnis entspreche dem Grundsatz der sozialversicherungsrechtlichen Judikatur, das Bestehen eines Dienstverhältnisses zu verneinen, wenn die Möglichkeit bestehe, Aufträge sanktionslos abzulehnen und sich dadurch die Arbeitszeit frei einzuteilen. In Wahrheit handele es sich daher auch dabei um kein zusätzliches Erfordernis.

*Tomandl*²⁶⁴ stimmt dem Befund *Höfles* zu; auch das BMF betont, dass die Dienstnehmerbegriffe im ASVG und EStG deckungsgleich seien.²⁶⁵

Schmied hebt hervor, dass im Rahmen der Berücksichtigung des Parteiwillens der Lohnsteuerabzug – ebenso wie die Anmeldung zur Sozialversicherung – als Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages spreche.²⁶⁶ Das Erfüllen der bei Vorliegen eines Dienstverhältnisses gesetzlich vorgeschriebenen Formalerfordernisse könne demnach im Sozialversicherungs- wie im Steuerrecht auch als Grundlage für die Ermittlung der Absicht der Vertragsparteien herangezogen werden.

²⁶² EStG⁶ § 47 Tz 37.

²⁶³ Zum Dienstnehmerbegriff des ASVG – Ungewollte Sozialversicherung durch Lohnsteuer-Anknüpfung?, ZAS 2006, 259 (261).

²⁶⁴ ZAS 2006, 248 (250).

²⁶⁵ Newsletter vom 2.3.2006.

²⁶⁶ Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit aus der Perspektive des Steuerrechts, in *Resch* (Hrsg), Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit 69.

4.2.4. Eigene Meinung

Diesen Ausführungen ist mE zuzustimmen. Sind die verwendeten Definitionsbausteine auch teilweise unterschiedlich, so ist doch ein aussagekräftiges Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Dienstnehmerbegriff des ASVG und des EStG nicht auffindbar. Dem letzten Satz des § 4 Abs 2 ASVG kommt - im Rahmen des hier untersuchten Themas - jedoch in zweierlei Weise Bedeutung zu:

Erstens durch die Anknüpfung (auch) an den letzten Satz des § 47 Abs 2 EStG. Demnach ist ein Dienstverhältnis auch bei Personen anzunehmen, die Bezüge gem § 25 Abs 1 Z 5 EStG beziehen. Von dieser Bestimmung sind Bezüge, Auslagenersätze und Ruhe(Versorgungs)bezüge von Vortragenden, Lehrenden und Unterrichtenden, die diese Tätigkeit im Rahmen eines von der Bildungseinrichtung vorgegebenen Studien-, Lehr- oder Stundenplanes ausüben, und zwar auch dann, wenn mehrere Wochen- oder Monatsstunden zu Blockveranstaltungen zusammengefasst werden. Für diesen Personenkreis wird somit das Vorliegen eines steuerlichen Dienstverhältnisses gesetzlich fingiert.²⁶⁷

Von einer Fiktion muss in diesem Zusammenhang deshalb gesprochen werden, weil ein vorgegebener Studienplan weder automatisch eine organisatorische Eingliederung des Lehrbeauftragten bewirkt, noch sich daraus eine persönliche Weisungsgebundenheit ergibt. Somit werden kraft Gesetzes auch solche Tätigkeiten als nichtselbständig fingiert, die tatsächlich selbständige Tätigkeiten darstellen.²⁶⁸ Diese steuerrechtliche Fiktion bewirkt gem § 4 Abs 2 letzter S ASVG aber die weitere Fiktion, dass auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ein Dienstverhältnis vorliegt, und damit eine Einbeziehung in das ASVG.

Dieser Tatbestand ist daher im Rahmen des hier untersuchten Themas für alle Künstler bedeutsam, die ihre Betätigung im Rahmen einer Lehrtätigkeit entfalten (zB Musiklehrer, Tanzlehrer). Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 25 Abs 1 Z 5 EStG führt automatisch sowohl zum Vorliegen eines steuerrechtlichen Dienstverhältnisses gem § 47 Abs 2 letzter S EStG als auch zum Bestehen eines sozialversicherungsrechtlichen Dienstverhältnisses gem § 4 Abs 2 letzter S ASVG. Ob die Voraussetzungen der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit erfüllt sind, ist dafür nicht entscheidend.

²⁶⁷ *Maschinda*, Welche Vortragenden sind ab 1.1.2001 lohnsteuerpflichtig? ÖStZ 2001/518.

²⁶⁸ *Doralt*, EStG⁶ § 25 Tz 74.

Der zweite bedeutsame Faktor ist die gleich im Folgenden behandelte „Vorfragenproblematik“.

4.3. Vorfragenproblematik

4.3.1. Problemstellung

Wird das Bestehen eines steuerrechtlichen Dienstverhältnisses gem § 47 Abs 1 und 2 EStG rechtskräftig festgestellt, stellt sich die Frage, inwieweit der zuständige Sozialversicherungsträger an diese Entscheidung gebunden ist (und daher auch das Vorliegen eines sozialversicherungsrechtlichen Dienstverhältnisses zu bejahen hat).

Die Problematik wird durch die Lohnsteuerrichtlinien noch verschärft. Die Lohnsteuerrichtlinien geben die Rechtsauffassung des BMF wider und dienen daher als Nachschlagewerk für die Finanzbehörden in der praktischen Vollziehung des EStG. Normqualität kommt ihnen nicht zu; insbesondere handelt es sich bei ihnen nicht um Verordnungen, was sich schon am Adressatenkreis (Finanzämter) und an der Publikation (außerhalb des BGBl) zeigt.²⁶⁹ Da sich die Finanzämter allerdings an den Lohnsteuerrichtlinien orientieren, stellt sich die Bindungsproblematik auch dann, wenn die Lohnsteuerpflicht aufgrund einer (bloß) in den Lohnsteuerrichtlinien geäußerten (und nicht aus dem Text des EStG selbst erfließenden) Rechtsansicht von den Finanzbehörden festgestellt wird.

4.3.2. Ansicht des VwGH

Der VwGH vertritt zur Vorfragenproblematik folgende Position:

Für jene Zeiträume, für welche die Lohnsteuerpflicht der betreffenden Personen nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG mit Bescheid der Finanzbehörde festgestellt ist, stehe damit auch die Sozialversicherungspflicht gem § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG bindend fest. Solange kein Steuerbescheid vorliege, könne der Krankenversicherungsträger die Vorfrage der Lohnsteuerpflicht hingegen selbständig beurteilen.²⁷⁰ Es führe aber nur ein Haftungs- und Zahlungsbescheid zu einer Bindung. Die bloß faktische (auch einvernehmliche) Behandlung der Beschäf-

²⁶⁹ Vgl zu den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Verordnung *Walter*, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, 29; *Hengstschläger*, Zur Rechtsqualität der Steuererlässe, in FS Wenger (1984) 507.

²⁷⁰ VwGH 5.6.2002, 2001/08/0107; VwGH 12.12.2005, 2004/08/0066.

tigungsverhältnisse als lohnsteuerpflichtig bewirke hingegen keine Bindung, sondern entfalte bloß Indizwirkung.²⁷¹

Für die Anknüpfung an die Lohnsteuerpflicht genüge es aber, wenn der Krankenversicherungsträger in seinem Bescheid über die Vorschreibung von Sozialversicherungsbeiträgen – egal, ob in den Feststellungen oder den rechtlichen Ausführungen – festhält, das Finanzamt habe mitgeteilt, dass eine Pauschalnachverrechnung vorgenommen und die Feststellung der Lohnsteuerpflicht bejaht worden sei. Der Krankenversicherungsträger könne die Dienstnehmereigenschaft im sozialversicherungsrechtlichen Sinn aufgrund des Bestehens eines steuerrechtlichen Dienstverhältnisses daher auch dann bejahen, wenn Lohnsteuerpflicht nicht ausdrücklich anerkannt oder außer Streit gestellt worden sei.²⁷²

4.3.3. Eigene Meinung

4.3.3.1. Reichweite der Kompetenz des Sozialversicherungsträgers

Ist strittig, ob die Sozialversicherungspflicht ausschließlich gem § 4 Abs 2 letzter S ASVG besteht, so handelt es sich für den Sozialversicherungsträger um eine Vorfrage iSd § 38 AVG, da die Feststellung der Lohnsteuerpflicht den Finanzbehörden obliegt. Daraus folgt, dass danach zu differenzieren ist, ob bereits ein rechtskräftiger Bescheid der Finanzbehörden über das Bestehen der Lohnsteuerpflicht vorliegt oder nicht.

Gibt es keinen solchen Bescheid, ist der Sozialversicherungsträger berechtigt, das Bestehen der Lohnsteuer- und damit auch der Sozialversicherungspflicht nach der iSd § 38 AVG „über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung“ zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Wird diese Variante gewählt, stellt es gem § 69 Abs 1 Z 3 AVG einen Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens dar, wenn nachträglich von der zuständigen (Finanz)Behörde in wesentlichen Punkten anders über den Gegenstand der Vorfrage anders entschieden wird. Das bedeutet: Wird die Lohnsteuerpflicht vom Sozialversicherungsträger bejaht, von der Finanzbehörde jedoch nachträglich verneint, fällt damit auch die Sozialversicherungspflicht rückwirkend weg. Wird die Lohnsteuerpflicht vice versa vom Sozialversicherungsträger verneint, von der Finanzbehörde aber im Nachhinein bejaht, so würde dies auch die Sozialversicherungspflicht implizieren.

²⁷¹ VwGH 19.10.2005, 2002/08/0242.

²⁷² VwGH 26.4.2006, 2003/08/0264.

In diesem Fall steht der Einbeziehung in die Sozialversicherung allerdings ein rechtskräftiger Bescheid des Sozialversicherungsträgers entgegen, mit dem die Sozialversicherungspflicht verneint wird und an dessen Beseitigung im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens im Regelfall wohl kein Interesse der betroffenen Person bestehen wird. Da das Stellen eines Wiederaufnahmeantrages gem § 69 Abs 2 AVG daher unterbleiben wird und eine amtswegige Wiederaufnahme gem § 69 Abs 3 AVG nur innerhalb von drei Jahren nach Erlassung möglich ist, wäre eine Beseitigung des Bescheides, der die Sozialversicherungspflicht verneint, nur von Amts wegen iSd § 68 Abs 2 bis 4 AVG möglich. Die dafür notwendigen Voraussetzungen werden aber ebenfalls nicht gegeben sein, insbesondere ist die (denkmögliche) Auffassung zu verneinen, dass aus der Verneinung der Sozialversicherungspflicht niemandem ein Recht erwachsen ist, sodass eine Aufhebung bzw Abänderung gem § 68 Abs 2 AVG in Betracht käme.

Wie der VwGH betont, ist ein Bescheid, mit dem bloß Pflichten auferlegt werden, der Kategorie von Bescheiden, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist, zuzuordnen.²⁷³ Ein Bescheid, mit dem die Einbeziehung in die Sozialversicherung verneint wird, enthält nun sowohl be- (kein Leistungsanspruch) als auch entlastende Elemente (keine Verpflichtung zur Beitragsleistung). Da sich die Verpflichtung, Beiträge zu zahlen, im Falle des Bestehens der Versicherungspflicht unmittelbar realisiert, das Entstehen eines Leistungsanspruches gegenüber dem Versicherungsträger hingegen den Eintritt eines Versicherungsfalles voraussetzt, ist der belastende Teil zumindest der aktuellere (ob er auch der überwiegende ist, kann ex ante nicht beurteilt werden, da dies davon abhängt, ob und wenn ja wie oft sich ein Versicherungsfall ereignet).

Auch das Überwiegen kommt es aber letztlich mE gar nicht an. Da auch begünstigende Bescheide nur zu Gunsten der berechtigten Partei abgeändert werden dürfen,²⁷⁴ darf der die Partei begünstigende Teil des Bescheides keinesfalls aus dem Rechtsbestand eliminiert werden. Nachdem der begünstigende und der belastende Teil im gegenständlichen Fall jedoch untrennbar mit einander verknüpft sind, folgt daraus, dass eine Aufhebung bzw Abänderung des Bescheides eben überhaupt nicht in Betracht kommt. Konsequenterweise unterliegen daher Feststellungsbescheide nicht der Behebungsmöglichkeit gem § 68 Abs 2 AVG.²⁷⁵

²⁷³ ZB VwGH 24.7.2000, 98/10/0317.

²⁷⁴ VwGH 18.3.1985, 84/12/0128.

²⁷⁵ VwGH 28.6.1979, 151/78; *Grüner*, Probleme um den § 68 Abs 2 AVG, JBl 1955, 112 (113).

4.3.3.2. Aussetzen des Verfahrens

Die zweite Möglichkeit für den Sozialversicherungsträger besteht, darin, das Verfahren zur Klärung des Bestandes einer Pflichtversicherung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Bestehen einer Lohnsteuerpflicht auszusetzen. Voraussetzung dafür ist, dass diese Frage bereits den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Finanzbehörde bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird. Ein Anspruch auf Unterbrechung des Verfahrens besteht nicht, sondern es liegt im Ermessen der Behörde, ob sie unterbricht oder die Vorfrage selbst beurteilt.²⁷⁶ Daraus folgt auch, dass die Zulässigkeit einer Unterbrechung nicht das Einverständnis der am Verfahren beteiligten Partei(en) voraussetzt.²⁷⁷ Bei der Entscheidung, ob das Verfahren unterbrochen wird, hat sich die Behörde gem § 39 Abs 2 letzter Satz AVG von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis sowie vom Aspekt einer möglichst richtigen und einheitlichen Entscheidung leiten zu lassen.²⁷⁸

Wird das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Finanzbehörde unterbrochen, so ist der Sozialversicherungsträger an diese Entscheidung gebunden. Dies ergibt sich aufgrund der Bindungswirkung des Bescheides (dazu gleich im Folgenden) und erklärt den prozessökonomischen Sinn des § 38 AVG.²⁷⁹ Die gleiche Bindungswirkung besteht, wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung der Sozialversicherungspflicht bereits rechtskräftig über das Bestehen der Lohnsteuerpflicht abgesprochen wurde.

4.3.3.3. Bindungswirkung eines Bescheides

Die Bindungswirkung eines Bescheides ist ein Teil der ihm zukommenden Verbindlichkeitswirkung.²⁸⁰ Zum Teil wird diese Wirkung in der Literatur auch als Ausfluss der materiellen Rechtskraft angesehen oder mit ihr gleichgesetzt. So definieren bspw manche Autoren die materielle Rechtskraft dadurch, dass diese Bindungswirkung entfalte.²⁸¹ Die herrschende österreichische Verwaltungsrechtslehre bezeichnet mit dem Terminus der materiellen Rechts-

²⁷⁶ VwGH 30.9.1987, 87/03/0188; VwGH 26.3.1996, 95/05/0258; VwGH 22.3.2002, 2001/02/0129.

²⁷⁷ VwGH 17.2.1994, 92/11/0080.

²⁷⁸ ZB VwGH 9.4.1981, 2374/80; VwGH 22.5.2001, 2001/05/0029.

²⁷⁹ Kralik, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953) 50.

²⁸⁰ Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) 236.

²⁸¹ ZB Fasching, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*² (1990) 1499 ff.

kraft den Umstand, dass ein Bescheid nicht nur für die Partei unanfechtbar, sondern auch für die Behörde unwiderrufbar geworden ist.²⁸² Die Verbindlichkeitswirkung kann unter Zugrundelegung dieser Terminologie mE als Teil der materiellen Rechtskraftwirkung angesehen werden.

Die gegenteilige Ansicht von *Walter/Mayer*,²⁸³ dass zwar die ältere Verwaltungsrechtslehre – wie auch die moderne Zivilprozessrechtslehre – mit materieller Rechtskraft nicht nur die Unwiderrufbarkeit, sondern auch die Verbindlichkeit des Inhaltes eines Aktes verstanden hat, dass die neuere Verwaltungsrechtslehre damit hingegen nur die Unwiderrufbarkeitswirkung verbindet, überzeugt mE nicht. Die Verbindlichkeitswirkung geht mE mit der Unwiderrufbarkeit einher. Spätestens mit der Unwiderrufbarkeit eines Bescheides ist dieser auch verbindlich, sodass eine Trennung dieser Rechtswirkungen mE nicht zweckmäßig wäre. Dass die ältere Lehre den Aspekt der Verbindlichkeit bei der Definition der materiellen Rechtskraft stärker betont hat, während die neuere Lehre diese Wirkung gleichsam automatisch voraussetzt und ihr daher kein besonderes Augenmerk widmet, mag zutreffen, ändert mE aber nichts an den Wirkungen, die der materiellen Rechtskraft zukommt.

Die Terminologie war im Übrigen seit jeher umstritten. Während zB von einem Teil der älteren Lehre zwischen materieller Rechtskraft und Verbindlichkeit unterschieden wurde,²⁸⁴ lehnte ein anderer Teil diese Unterscheidung dezidiert ab.²⁸⁵ In neuerer Zeit wenden sich etwa *Walter/Mayer*²⁸⁶ überhaupt gegen den Terminus „materielle Rechtskraft und unterscheiden zwischen Unwiderrufbarkeit und Verbindlichkeit.

4.3.3.4. Grenzen der Bindungswirkung

Die Bindungswirkung besteht jedoch nur innerhalb der objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft des Bescheides. Daraus folgt, dass sich die Bescheidwirkung nur auf die am Verfahren beteiligten Personen erstreckt.²⁸⁷ Das bedeutet für das gegenständliche Problem

²⁸² *Adamovich*, Handbuch des österreichisches Verwaltungsrechts I⁵ (1954) 120; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 579; *Mannlicher/Quell*, Das Verwaltungsverfahren I⁸ (1975) 372; *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I² (1998) 1390.

²⁸³ Verwaltungsverfahrensrecht⁸ 232.

²⁸⁴ *Coester*, Die Rechtskraft der Staatsakte ((1927) 45; *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 273.

²⁸⁵ *Körner*, Prager Juristische Zeitschrift 1930, 144.

²⁸⁶ Verwaltungsverfahrensrechts 233.

²⁸⁷ ZB VwGH 29.6.1979, 1382/79; VwGH 23.4.1991, 90/05/0234; VwGH 24.11.1992, 92/05/0136; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 587; *Hernritt*, Das Verwaltungsverfahren (1932) 115; *Tezner*, Das öster-

(Bindungswirkung des Steuerbescheides), dass die Bindung nur eintreten kann, wenn die Person, deren Sozialversicherungspflicht in Frage steht, auch Partei des Verfahrens, mit dem über das Bestehen der Lohnsteuerpflicht abgesprochen wurde, war.

Bsp.²⁸⁸

Zwei Sänger sind für den Betreiber eines Gasthauses auf (vermeintlich) selbständiger Basis tätig. Im Zuge einer Lohnabgabenprüfung erblickt das Finanzamt darin zwei steuerliche Dienstverhältnisse und erlässt einen Haftungs- und Abgabenbescheid den Gasthausbetreiber als - nunmehrigen - Dienstgeber. Lohnsteuer wird nur für Sänger A vorgeschrieben, weil Sänger B bereits eine Einkommenssteuererklärung abgegeben hat und für die ihm vom Gasthausbetreiber ausbezahlten Beträge Einkommenssteuer entrichtet hat.²⁸⁹ Der Haftungsbescheid enthält auch noch andere nachverrechnete Positionen, die für den Gasthausbetreiber aber sehr günstig ausgefallen sind, sodass keine Berufung gegen den Bescheid erhoben wird.

Eine Bindungswirkung dieses Bescheides für den Sozialversicherungsträger ist mE zu verneinen, da Sänger A nicht Partei des steuerrechtlichen Verfahrens und folglich auch nicht Adressat des steuerrechtlichen Bescheides ist. Es kann daher aus dem Bescheid des Finanzamtes nicht abgeleitet werden, dass Sänger A auch in die Sozialversicherung gem § 4 Abs 2 letzter S ASVG einzubeziehen wäre. Da nur der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, gegen den abgabenrechtlichen Bescheid zu berufen, können die aus ihm resultierenden Rechtsfolgen ebenfalls nur den Arbeitgeber, nicht hingegen den (steuerrechtlichen) Dienstnehmer treffen. Völlig konsequent hat der VwGH daher bspw die Bindungswirkung eines Urteils über ein Eigentumsrecht zwischen zwei Personen in einem Verfahren, an dem andere beteiligt waren, auf die (anderen) Parteien eines darauf folgenden Verwaltungsverfahrens verneint.²⁹⁰

Zweitens setzt die Bindungswirkung mE – anders als nach Auffassung des VwGH - das Vorliegen eines Bescheides voraus. Ein bloßes Schreiben des Finanzamtes an die GKK, in dem festgehalten wird, dass eine Pauschalnachverrechnung vorgenommen und die Feststellung der Lohnsteuerpflicht bejaht wurde, kann daher mE keine Bindungswirkung entfalten. Der Eintritt der Bindungswirkung eines Bescheides, mit dem eine Pauschalnachverrechnung gem § 86

reichische Administrativverfahren² (1925) 410; *Loebenstein* in *Verfassung, Verwaltung, Gerichtsbarkeit*, Österreichische Richterwoche 1977 (1977) 22.

²⁸⁸ In Anlehnung an *Höfle*, ZAS 2006, 262.

²⁸⁹ Die Finanzbehörde darf daher keine Lohnsteuer mehr vorschreiben.

²⁹⁰ VwSlgNF 1606 A.

Abs 2 EStG vorgenommen wird, setzt jedenfalls voraus, dass sich aus dem Haftungsbescheid zweifelsfrei ergibt, welche Personen damit konkret (namentlich) erfasst sind.²⁹¹

Zu berücksichtigen ist weiters, dass die Bindungswirkung nur dem Spruch des Bescheides zukommt.²⁹² Die Bescheidbegründung ist nur in Ausnahmefällen bindend, nämlich im Verhältnis zwischen Oberbehörde und nachgeordneter Behörde, wenn ein Bescheid der nachgeordneten Behörde von der Oberbehörde behoben wird, das Verfahren mit der Bescheidbehebung jedoch nicht abgeschlossen ist. In diesem Fall ist die nachgeordnete Behörde im darauf folgenden Verwaltungsverfahren an die im Aufhebungsbescheid der Oberbehörde zum Ausdruck kommenden tragenden Gründe gebunden.²⁹³ Die Bindung an die Bescheidbegründung ist in diesen Fällen jedoch lediglich ein Gebot der Prozessökonomie, da die Berufungsbehörde im Regelfall gem § 66 Abs 4 AVG in der Sache selbst zu entscheiden hat und dabei den angefochtenen Bescheid in jeder Richtung (sowohl im Spruch als auch in der Begründung) abändern kann. Der Grund für die Behebung und Zurückverweisung an die Unterbehörde liegt ja darin, dass der vorliegende Sachverhalt so mangelhaft ist, dass die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint, und die Vornahme dieser Verhandlung und der unmittelbaren Beweisaufnahme durch die Berufungsbehörde selbst mit keiner Ersparnis an Zeit und Kosten verbunden ist.

Unter dieser Voraussetzung ist es aber sinnvoll, dass die Unterbehörde den vollständig ermittelten Sachverhalt von Vorneherein unter der gleichen „rechtlichen Brille“ betrachtet wie die Oberbehörde, da andernfalls der von der Unterbehörde erlassene Bescheid im Falle einer Berufung keinen Bestand hätte. Die Bindung an die Entscheidungsgründe des Behebungsbescheides der Oberbehörde ist daher zu bejahen,²⁹⁴ ändert aber nichts am Ausnahmecharakter der Bindungswirkung der Bescheidbegründung und an der Regel, dass der Begründung keine normative Kraft zukommt. Da die Bindungswirkung Teil der Verbindlichkeitswirkung ist, kann daher nur eine im Spruch eines Einkommenssteuerbescheides enthaltene Feststellung, dass ein steuerrechtliches Dienstverhältnis vorliegt, bindende Wirkung für den Sozialversicherungsträger entfalten.

²⁹¹ VwGH 19.10.2005, 2002/08/0273.

²⁹² VwGH 15.3.1977, 883/76; VwGH 26.4.1994, 90/14/0142.

²⁹³ Azizi, Zur Bindung an die Rechtsanschauung der zurückverweisenden Berufungsbehörde nach § 66 Abs 2 AVG; ZfV 1976, 133.

²⁹⁴ Zur selben Wirkung der Begründung des kassatorischen Bescheides der Gemeindeaufsichtsbehörde gemäß Art 119a Abs 5 B-VG vgl Mayer, Bundes-Verfassungsrecht³ (2002) Anm IV.9 und 10 zu Art 119a; VwGH 30.4.1984, 83/12/0098; VwGH 19.9.1995, 94/05/0280.

5. Freier Dienstnehmer

5.1. Gesetzliche Definition

§ 4 Abs 1 Z 14 ASVG bestimmt, dass die den Dienstnehmern iSd Abs 4 leg cit gleichgestellten Personen ebenfalls in die Sozialversicherung nach dem ASVG einbezogen sind. Gem § 4 Abs 4 ASVG stehen den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich aufgrund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,
2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

- a) dass sie aufgrund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG oder nach § 2 Abs 1 und 2 FSVG versichert sind oder
- b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs 1 Z 1 lit f B-KUVG handelt oder
- c) dass eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, aus geübt wird, oder
- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbes als Künstler im Sinne des § 2 Abs 1 des K-SVFG handelt.

Die Ausnahmebestimmung des § 4 Abs 4 lit d ASVG schränkt die Einbeziehung von Künstlern, die ihre Tätigkeit in Form eines freien Dienstvertrages ausüben, in die Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG zwar ein, macht diese Norm für Künstler aber nicht bedeutungslos, da insbes Künstler, die ihrer Tätigkeit ohne Befähigungsnachweis nachgehen, nicht von dieser Ausnahme umfasst sind (siehe näher Punkt 11.2.).

5.2. Tatbestandsmerkmale

5.2.1. Freier Dienstvertrag

5.2.1.1. Charakteristika des freien Dienstvertrages

Eine Einbeziehung in die Sozialversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG ist nur möglich, wenn ein freier Dienstvertrag vorliegt.²⁹⁵ Der VwGH charakterisiert einen freien Dienstvertrag (iSd § 4 Abs 4 ASVG) wie folgt: Der freie Dienstvertrag begründe ein Dauerschuldverhältnis, das heißt, eine Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen. Die Verpflichtung des freien Dienstnehmers bestehe daher in der Erbringung einer Mehrheit bloß gattungsmäßig umschriebener Dienstleistungen, die vom Dienstgeber jeweils näher individualisiert bzw konkretisiert werden könnten. Der freie Dienstnehmer könne seine Leistungen – im Gegensatz zum Arbeitnehmer – ohne persönliche Abhängigkeit weitgehend selbständig und frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens erbringen. Er schulde – ebenso wie der Arbeitnehmer – keinen bestimmten Arbeitserfolg, sondern lediglich sorgfältige Arbeit.²⁹⁶ Wie aus dieser Charakterisierung ersichtlich wird, deckt sich der Begriff des freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs 4 ASVG daher mit dem gleichlautenden Vertragstyp, der auch im Arbeitsrecht (insbes für die Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag) eine Rolle spielt, und wirft daher keine zusätzlichen bzw anderen Definitions- oder Abgrenzungsprobleme auf.²⁹⁷

5.2.1.2. Abgrenzung zum Werkvertrag

Die Materialien führen zum Anwendungsbereich des § 4 Abs 4 ASVG folgendes aus:

„Von der Anwendbarkeit des § 4 Abs 4 ASVG wird auch dann auszugehen sein, wenn die Erbringung der Dienstleistungen von den Parteien zwar in die Rechtsform eines Zielschuldverhältnisses (zB Werkverträge) gekleidet wird, insofern also scheinbar keine Verpflichtung zu Dienstleistungen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit besteht, faktisch jedoch sehr wohl eine kontinuierliche Leistungsbeziehung vorliegt“.²⁹⁸

²⁹⁵ Schrammel, Freier Dienstvertrag ohne Zukunft? ecolex 1997, 274; Resch, Sozialversicherungspflicht für freie Dienstverträge, DRdA 2000, 15.

²⁹⁶ ZB VwGH 5.6.2002, 2001/08/0107.

²⁹⁷ ZB Tomandl, Sozialversicherung 2000 – freie Dienstnehmer und „Neue Selbständige“ (1999) 29 f.

²⁹⁸ 886 BlgNR XX GP.

Darauf gestützt, wird in der Literatur argumentiert, dass es nicht auf das äußere Erscheinungsbild, sondern auf den wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung ankomme und dass demnach auch Werkverträge in die Sozialversicherungspflicht gem § 4 Abs 4 ASVG einbezogen werden könnten.²⁹⁹ Da einzelne Vertragsbeziehungen von Dauer- auf Zielschuldverhältnisse und vice versa umgedeutet werden könnten, seien im Sinne eines Größenschlusses auch mehrere aufeinander folgende Werkverträge in ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis konvertierbar.³⁰⁰

Dem ist mE insoweit zuzustimmen, als etwa (auch im Anwendungsbereich des ASVG) das Vorliegen eines freien Dienstvertrages nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil der Vertrag fälschlich als „Werkvertrag“ bezeichnet wurde. Einer Qualifikation von „Kettenwerkverträgen“ als freiem Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 ASVG stehen aber nicht nur die bereits im Rahmen der Abgrenzung von Ziel- und Dauerschuldverhältnissen vorgebrachten Argumente³⁰¹ entgegen, sondern überdies der Umstand, dass damit eine Rechtslage vorläge, wie sie bereits vor der Aufhebung der „Werkvertragsregelung“ durch den VfGH bestanden hat.³⁰² Der Auftraggeber stünde auch in diesem Fall (wiederum) vor dem Problem, dass er nicht weiß, ob trotz Vorliegen eines Werkvertrages – wegen allfälliger künftiger Verträge, die mit demselben Auftragnehmer geschlossen werden – eine Anmeldung bei der GKK vorzunehmen ist. Somit müsste auch § 4 Abs 4 ASVG id geltenden Fassung als verfassungswidrig qualifiziert werden. Auf Grund des Gebotes der verfassungskonformen Interpretation ist eine Auslegung dieser Bestimmung, nach der die Sozialversicherungspflicht erst durch Abschluss künftiger Verträge begründet wird, folglich abzulehnen.

²⁹⁹ Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487.

³⁰⁰ Blasina, Dienstnehmer 87, der aber einräumt, dass die „Pauschalsicht“ der Gesetzesmaterialien – unter Missverstehen des in § 539a verankerten Gebotes der wirtschaftlichen Betrachtungsweise – zu weit geht.

³⁰¹ Siehe erster Teil, Punkt 5.3.6.3.

³⁰² Siehe Punkt 2.2.4.

5.2.2. Verpflichtung zur Dienstleistung

Weiters setzt das Bestehen einer Versicherungspflicht gem § 4 Abs 4 ASVG voraus, dass sich der freie Dienstnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet hat. Durch diese Formulierung werden diejenigen Fälle aus der Versicherungspflicht ausgenommen, in denen gem der getroffenen Vereinbarung keine Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen entstehen, aber ein Entgelt gebührt, falls doch Leistungen erbracht werden.³⁰³

Da eine Einbeziehung in die Pflichtversicherung des ASVG überdies nur erfolgt, wenn die Dienstleistung

1. für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel etc), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe, oder
 2. für eine juristische Person des öffentlichen Rechts bzw die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit)
- erbracht wird, sind freie Dienstnehmer, die im privaten Bereich ihres Dienstgebers beschäftigt werden (zB Erteilung von privatem Gesangsunterricht durch einen Gesangslehrer), somit vom Geltungsbereich dieser Bestimmung ausgenommen.

³⁰³ Mosler/Glück, Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung – ausgewählte Probleme der Neuordnung, RdW 1998, 81.

5.2.3. Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung

Weiteres Erfordernis ist, dass der freie Dienstnehmer die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringt (eine partielle Vertretung ist daher unschädlich)³⁰⁴. „Im Wesentlichen“ bedeutet mE mehr als bloß „überwiegend“. Dass der freie Dienstnehmer die Leistungen nur in etwas mehr als der Hälfte der Fälle persönlich erbringt (und sich in der übrigen Zeit dabei vertreten lässt), wird daher für die Diagnose, die Leistung werde im Wesentlichen persönlich erbracht, nicht ausreichen. Von einer Vertretung zu unterscheiden ist mE aber die Heranziehung von Hilfskräften, die den freien Dienstnehmer bei der Erbringung der Leistung (bloß) unterstützen. So ändert bspw der Umstand, dass sich ein Sänger bei seinen Darbietungen von einem Klavierspieler begleiten lässt, nichts am Umstand, dass der Sänger die geschuldete Leistung persönlich erbringt.³⁰⁵

Fraglich ist, ob es darauf ankommt, dass der freie Dienstnehmer die Leistungen faktisch im Wesentlichen persönlich erbringt,³⁰⁶ oder darauf, dass er verpflichtet ist, dies im Wesentlichen persönlich zu erbringen.³⁰⁷ ME ist letzterer Auffassung beizupflichten: Da erst im Zuge der Abwicklung des Vertrages oder allenfalls sogar erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses festgestellt werden kann, wer die Leistungen tatsächlich im Wesentlichen erbracht hat, muss das Bestehen der Versicherungspflicht wohl anhand des Vertrages (und somit der darin geregelten Verpflichtungen) beurteilt werden. Sollte sich im Laufe der Durchführung des Vertrages allerdings herausstellen, dass die tatsächliche Leistungserbringung vom Vertrag abweicht, müsste – da der Vertrag gem § 539a ASVG nach den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen zu beurteilen ist - eine nachträgliche Rückabwicklung Platz greifen.

³⁰⁴ Masilko/Husa, Sozialversicherungspflicht für Werkverträge (1997) 16.

³⁰⁵ Bsp in Anlehnung an Mosler/Glück, RdW 1998, 81.

³⁰⁶ IdS Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige (1998) 38 f; Schrank/Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge² (1998) 28 f.

³⁰⁷ So Tomandl, ZAS 2006/38 (225).

5.2.4. Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel

5.2.4.1. Judikatur und Literatur

Das Kriterium des Fehlens wesentlicher eigener Betriebsmittel bereitet Schwierigkeiten. In der Lehre vertreten *Mosler/Glück* die Auffassung, dass wesentliche Betriebsmittel mehr sein müssten als eine kleine Büroausstattung (Schreibtisch, Schreibgeräte, Telefon etc.).³⁰⁸ *Grillberger/Mosler* stellen darauf ab, was im Rahmen von vergleichbaren Dienstverhältnissen üblich ist.³⁰⁹ *Schrank/Grabner* und *Tomandl* verstehen unter „Betriebsmitteln“ alle Wirtschaftsgüter, die steuerlich als Betriebsausgaben abgesetzt werden können.³¹⁰ Die Wesentlichkeit ergebe sich – nach der Judikatur des VwGH³¹¹ – aus dem Umstand, dass der freie Dienstnehmer die betreffenden Betriebsmittel zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem freien Dienstvertrag benötige.

Der VwGH setzt den Begriff „wesentlich“ mit „nennenswert“ gleich und hält fest, dass der freie Dienstnehmer dann über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt, wenn er im Wesentlichen nicht auf die ihm (vom Vertragspartner) zur Verfügung gestellten Betriebsmittel angewiesen ist.³¹²

5.2.4.2. Eigene Meinung

Das Erfordernis des Fehlens wesentlicher eigener Betriebsmittel war in der RV zum ASRÄG noch in der Formulierung enthalten, dass auf das Fehlen einer eigenen unternehmerischen Struktur abgestellt wurde. Damit sollten Personen erfasst werden, die in wirtschaftlicher Abhängigkeit kontinuierlich für einen oder wenige andere Dienstgeber arbeiten, ohne dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit vorliegen.³¹³ Die im Gesetzestext letztlich verankerte Fassung fußt auf den Beratungen im Ausschuss, sollte aber keine inhaltliche Änderung gegenüber der RV bewirken.³¹⁴

³⁰⁸ RdW 1998, 78 (82 f).

³⁰⁹ Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige, 43 f.

³¹⁰ Werkverträge und freie Dienstverträge² 41 ff; Sozialversicherung 2000, 34 ff.

³¹¹ VwGH 20.4.1993, 91/08/0180.

³¹² VwGH 29.6.2005, 2001/08/0053; VwGH 24.1.2006, 2004/08/0101.

³¹³ EB RV 886 BlgNR 20. GP.

³¹⁴ AB 912 BlgNR 20. GP, 5.

Es kommt daher nicht darauf an, ob die vom freien Dienstnehmer verwendeten eigenen Betriebsmittel für die Ausübung seiner Tätigkeit notwendig oder zweckmäßig sind. Auch deren finanzieller Wert ist nicht das ausschlaggebende Kriterium. So schließt bspw der Umstand, dass ein Orchestermusiker sein eigenes, teures Instrument verwendet, bei Vorliegen der (übrigen) Kriterien persönlicher Abhängigkeit die Dienstnehmereigenschaft nicht aus. Was für den Status als Dienstnehmer gilt, muss mE aber umso mehr für die Qualifikation als freier Dienstnehmer (iSd § 4 Abs 4 ASVG) Gültigkeit besitzen. Im Ergebnis ist somit letztlich entscheidend, ob die Erwerbstätigkeit nach Art eines Unternehmens organisiert ist. Ist das der Fall, besteht keine Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG.

5.2.5. Mehrere Auftraggeber

Mit Entscheidung vom 28.11.2000, B 256/98, hat der VfGH ausgesprochen, dass gegen die Versicherungspflicht von wirtschaftlich selbständigen Personen, die sich in einer bestimmten Eigenschaft (in concreto: als Konsulent) nur gegenüber einem Auftraggeber verpflichten, als freie Dienstnehmer auch dann keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehe, wenn sie sonst als neue Selbständige unter die Versicherungspflicht nach dem GSVG fielen.

Diese Entscheidung bezog sich zwar nicht auf die aktuelle Fassung des § 4 Abs 4 ASVG, ist mE aber auch für den mittlerweile geänderten Gesetzestext einschlägig. Aus dem Urteil ist abzuleiten, dass jemand, der mehrere Auftraggeber hat, nicht als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer anzusehen ist, sondern der Versicherungspflicht als neuer Selbständiger nach dem GSVG unterliegt. Nach der vom VfGH in der Urteilsbegründung verwendeten Formulierung müsste dies bereits dann gelten, wenn der Auftragnehmer zwei Auftraggeber hat.

5.3. Fragen des Inkrafttretens

Die derzeit gültige Fassung des § 4 Abs 4 lit d ASVG wurde durch BGBl I 2001/99 im Gesetz implementiert. Gleichzeitig normiert § 572 Abs 4a ASVG idF BGBl I 1999/173, dass der Pflichtversicherungstatbestand des § 4 Abs 4 leg cit idF BGBl I 1997/139 für Personen hinsichtlich ihrer Tätigkeit als Kunstschaffende (erst) mit 1.1.2001 wirksam wird, was mE nichts anderes bedeuten kann, als dass der Ausnahmetatbestand des § 4 Abs 4 lit d ASVG per 1.1.2001 außer Kraft tritt. Da die beiden Bestimmungen einander widersprechen, aber beide dem Rechtsbestand angehören, stellt sich die Frage, welche davon anzuwenden ist. Bei Anwendung der „lex posterior“-Regel lautet das Ergebnis, dass § 572 Abs 4a ASVG idF BGBl I 1999/173 durch BGBl I 2001/99 materiell derogiert wurde.

Dass dies auch der Absicht des Gesetzgebers entspricht, verdeutlichen die Gesetzmaterialien. Darin wird ausgeführt:³¹⁵ Durch die Bestimmung des § 572 Abs 4a ASVG wurde die Pflichtversicherung für freie Kunstschaffende in einem freien Dienstvertrag bis zum Ablauf des Jahres 2000 ausgesetzt. Da es sich bei dem genannten Personenkreis um Berufstätige handelt, für die zum einen berufsrechtliche Regelungen eine klare Zuordnung zum Dienstnehmerbegriff erlauben (vgl etwa das Schauspielergesetz), zum anderen aber ganz überwiegend selbständige Tätigkeiten ausgeübt werden, erscheint in diesem Bereich eine spezifische Einbeziehung der dienstnehmerähnlichen Tätigkeiten in die Pflichtversicherung (mit allen damit verbundenen Abgrenzungsproblemen) nicht erforderlich. Die Anwendung des § 4 Abs 4 ASVG soll daher ausgeschlossen werden, womit für den erwähnten Personenkreis der Pflichtversicherungstatbestand des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG in Betracht kommt.

Die Prämissen, auf denen der Gesetzgeber aufbaut, sind mE überaus zweifelhaft. Wie erwähnt, kann bspw aufgrund der Existenz des SchauspG aus dem Ausüben einer Schauspielertätigkeit selbst nicht auf das Vorliegen eines Dienstvertrages geschlossen werden, sondern die Anwendbarkeit des SchauspG setzt voraus, dass die diese Leistung auch tatsächlich in Form eines Dienstverhältnisses erbracht wird. Auch dass die Abgrenzungsprobleme durch die Ausnahmebestimmungen der lit d geringer werden, ist mE in Zweifel zu ziehen, da diese Bestimmung sofort die Frage aufwirft, welche Tätigkeiten sie umfasst. Diese Überlegungen ändern aber nichts daran, dass der Wille des subjektiv-historischen Gesetzgebers mE eindeutig

³¹⁵ Motivenbericht zur 58. ASVG-Novelle, BGBl I 2001/99.

ist: § 4 Abs 4 lit d ASVG idF BGBl I 2001/99 ist seit 1.8.2001 Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung.

6. Neue Selbständige

6.1. Grundsätzliches

Bis zum ASRÄG 1997 waren im GSVG hauptsächlich die Mitglieder einer Wirtschaftskammer kranken- und pensionsversichert. Daneben waren noch einige Gruppen von Freiberuflern, wie etwa bildende Künstler, (als Voll- oder Teilversicherte) in die Pflichtversicherung einbezogen. Durch das ASRÄG 1997 wurde die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG auf alle selbständig erwerbstätigen Personen erweitert, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte iSd §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 oder 23 EStG erzielen, wenn aufgrund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits Pflichtversicherung nach dem GSVG oder einem anderen Sozialversicherungsgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungszweig(en) eingetreten ist. Das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG setzt voraus, dass der Erwerbstätige mit anderen erwerbswirtschaftlich Tätigen wirtschaftlich in Wettbewerb tritt.³¹⁶ In welcher Rechtsform die selbständige Tätigkeit ausgeübt wird, spielt für in Anwendbarkeit des § Abs 1 Z 4 GSVG keine Rolle. Es kann sich daher dabei etwa um einen Werkvertrag, einen freien Dienstvertrages, der die Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit gem § 4 Abs 4 ASVG nicht erfüllt, oder auch um einen anderen Vertragstyp handeln.

Gem § 273 Abs 3a GSVG wurde der Pflichtversicherungstatbestand des § 2 Abs 1 Z 4 leg cit für Personen hinsichtlich ihrer Tätigkeit als Kunschtschaffende mit 1.1.2001 wirksam. Für die zeitliche Verschiebung des Geltungsbeginns war die Überlegung maßgeblich, dass die Pflichtversicherung für Künstler erst zusammen mit einer weiteren Regelung für die Künstler-Sozialversicherung in Kraft treten sollte.³¹⁷ Da diese Regelung, nämlich das K-SVFG, (erst) mit 1.1.2001 geschaffen wurde, wurde das Wirksamwerden des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG für Kunschtschaffende nochmals, und zwar vom ursprünglich geplanten Termin 1.1.1999 auf den 1.1.2001 verschoben.³¹⁸

³¹⁶ VwGH 9.3.1982, 82/14/0044, 0045.

³¹⁷ 912 BlgNR, 20. GP.

³¹⁸ 2013 BlgNR 20. GP.

6.2. Betriebliche Tätigkeit

Fraglich ist, ob durch die Wortfolge „betriebliche Tätigkeit“ zum Ausdruck gebracht werden soll, dass es zur Begründung der Pflichtversicherung erforderlich ist, dass die Tätigkeit mit eigenen Betriebsmitteln ausgeübt werden muss.³¹⁹ Dies hätte zur Folge dass auch selbständige Erwerbstätigkeiten ausgeübt werden können, die (wegen des Fehlens eigener Betriebsmittel) keiner Pflichtversicherung unterliegen.

Gegen diese Auffassung sprechen sich *Mosler/Glück*³²⁰, *Tomandl*³²¹ und *Grillberger/Mosler*³²² aus. Sie argumentieren zum einen mit dem Zweck der Regelung der Absicht des subjektiv-historischen Gesetzgebers: Da § 2 Abs 1 Z 4 GSVG als Auffangtatbestand für alle Erwerbstätigen konzipiert wurde, die keiner anderen Pflichtversicherung unterliegen, würde durch eine einengende Interpretation des Gesetzeswortlautes das vom Gesetzgeber intendierte Prinzip der möglichst umfassenden Einbeziehung in die Sozialversicherung durchbrochen. Als zweites Argument wird ins Treffen geführt, dass die gegenständliche Formulierung deshalb gewählt wurde, um für die Frage, wann die Pflichtversicherung beginnt bzw endet, an die Regelungen des Einkommenssteuerrechtes anzuknüpfen.³²³ Auch bei den Einkunftsarten, auf die § 2 Abs 1 Z 4 GSVG verweist, ist jedoch das Vorhandensein eigener Betriebsmittel für die Begründung der Einkommenssteuerpflicht nicht erforderlich. Da das GSVG auf die entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmungen verweist, ist daher die Annahme nahe liegend, dass der Gesetzgeber die im Steuerrecht geltenden Prinzipien auf das Sozialversicherungsrecht transformieren wollte.

ME ist dieser Ansicht zuzustimmen. Zwar führt diese Interpretation im Ergebnis dazu, dass die Wortfolge „betriebliche Tätigkeit“ überflüssig wird, was dem Grundsatz zuwider läuft, Gesetze im Zweifel so auszulegen, dass dem gesamten Text Bedeutung zukommt. Dem steht in diesem Fall ME aber das Argument gegen über, dass durch die erwähnte Wortfolge zwar kein anderes Auslegungsergebnis herbeigeführt, aber (noch einmal) betont wird, dass es sich um eine selbständige Erwerbstätigkeit handelt. In Anbetracht des Umstandes, dass unselb-

³¹⁹ So *Schrank*, Ausgewählte Rechts- und Praxisfragen zur neuen GSVG-„Werkvertragsregelung“, ASoK 1997, 376.

³²⁰ RdW 1998, 83.

³²¹ ZAS 1998, 13.

³²² Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige 49.

³²³ EB RV BlgNR 886, 20. GP, 36.

ständige Tätigkeit auch durch das Fehlen eigener Betriebsmittel gekennzeichnet ist, verdeutlicht die gegenständliche Formulierung das Faktum, dass Dienstverhältnisse nicht unter die durch § 2 Abs 1 Z 4 GSVG erfassten Tatbestände zu subsumieren sind.

Dies ist auch die Ansicht des VwGH, der ausführt: Mit dem an sich unklaren, weil nicht definierten Begriff „betriebliche Tätigkeit“ wird nur die berufliche Tätigkeit gegenüber privaten Tätigkeiten abgegrenzt. Deshalb spielt auch die Frage der Betriebsmittelausstattung für die Ausübung der Tätigkeit keine entscheidende Rolle. Die Pflichtversicherung der neuen Selbständigen soll demnach aufgrund der Erzielung eines jeden Einkommens eintreten, sofern es nicht der Privatsphäre zuzurechnen ist.³²⁴

³²⁴ VwGH 18.12.2003, 200/08/0068.

6.3. Erzielen bestimmter Einkünfte

Die Einbeziehung in die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG setzt weiters voraus, dass aus der selbständigen Erwerbstätigkeit Einkünfte iSd §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 oder 23 EStG in einer Mindesthöhe (Versicherungsgrenze) erzielt werden.³²⁵ Einkünfte iSd §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 oder 23 EStG sind Einkünfte aus selbständiger Arbeit mit Ausnahme von Bezügen und Vorteilen aus Versorgungs- und Unterstützungseinrichtungen der Kammern der selbständigen Erwerbstätigen sowie Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Weiters führen Einkünfte aus Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung sowie sonstige Einkünfte iSd § 29 EStG, sofern sie nicht im Rahmen eines steuerlichen Gewerbebetriebes erzielt werden, – mangels Verweis in § 2 Abs 1 Z 4 GSVG - nicht zum Eintritt der Pflichtversicherung nach der erwähnten Bestimmung.

Das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG wird meistens mit dem Bezug von Einkünften gem §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 oder 23 EStG einhergehen. Zwingend ist diese Parallelität allerdings nicht. So liegen bspw nach der steuerrechtlichen Praxis bei Vermietung von Zimmern (mit Frühstück) keine gewerblichen Einkünfte vor, wenn nicht mindestens zehn Betten vermietet werden.³²⁶ Trotz Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG ist die Pflichtversicherung daher dennoch zu verneinen, da keine Einkünfte iSd §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 oder 23 EStG bezogen werden. Da sowohl eine betriebliche Tätigkeit iSd § 22 EStG als auch iSd § 23 EStG zur Versicherungspflicht gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG führt, ist die Abgrenzung zwischen Einkünften aus selbständiger Arbeit und aus Gewerbebetrieb rechtlich nicht erheblich. Überdies sind die Grenzen zwischen den betrieblichen Einkunftsarten fließend und oft zufällig geworden, sodass eine präzise Abgrenzung oftmals ohnehin nicht möglich wäre.

Relevant ist hingegen die Abgrenzung der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit von jener aus selbständiger Tätigkeit und aus Gewerbebetrieb. Dabei ist zu beachten, dass sich selbständige und nichtselbständige Arbeit nicht durch den Inhalt der Tätigkeit, sondern durch

³²⁵ Die Versicherungsgrenze beträgt für das Jahr 2010 € 6.453,36, wenn die Tätigkeit als „neuer Selbständiger“ die einzige Erwerbstätigkeit ist, und € 4.395,96, wenn daneben auch noch eine andere Tätigkeit ausgeübt wird.

³²⁶ BMF, RdW 1997, 176.

Modalität ihrer Erbringung unterscheiden.³²⁷ Entscheidend ist daher, in welcher Rechtsform die Leistung, die zur Erzielung des betreffenden Einkommens führt, erbracht wird.

³²⁷ VwGH 11.8.1993, 92/13/0022.

6.4. Subsidiarität

Da die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG nur eintritt, wenn aufgrund der ausgeübten Tätigkeit nicht bereits eine Pflichtversicherung nach dem GSVG oder einem anderen Bundesgesetz vorliegt, ist jemand, der für eine selbständige Erwerbstätigkeit eine Gewerbeberechtigung besitzt und demzufolge Mitglied einer Wirtschaftskammer ist, daher (weiterhin) nicht gem § 2 Abs 1 Z 4, sondern gem § 2 Abs 1 Z 1 GSVG in die Kranken- und Pensionsversicherung des GSVG einbezogen.

Kommt eine Subsidiaritätsbestimmung zum Tragen, so ist im Hinblick auf den Zeitpunkt, ab dem diese zu greifen beginnt, zu unterscheiden: Die Pflichtversicherung nach einer anderen (die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG verdrängenden) Bestimmung tritt bei Innehabung einer Gewerbeberechtigung mit dem Tag der Erlangung dieser Berechtigung ein. Bei Vorliegen eines Dienstverhältnisses beginnt die Pflichtversicherung hingegen mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw der Aufnahme der betreffenden Tätigkeit. Diese Rechtsfolge gilt wohl auch für freie Dienstverhältnisse, sodass es auf nicht auf einen Verwaltungsakt des Sozialversicherungsträgers ankommt.³²⁸ Die Materialien zum ASRÄG 1997 lassen zwar eine andere Absicht des Gesetzgebers erkennen, haben aber im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden. Somit bewirkt die Unterlassung der Meldung zur Sozialversicherung betreffend einen von § 4 Abs 4 ASVG erfassten freien Dienstnehmer nicht automatisch, dass dieser als neuer Selbständiger unter § 2 Abs 1 Z 4 GSVG zu subsumieren ist.

³²⁸ *Schrank*, ASoK 1997, 378; *Grillberger/Mosler*, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige 51.

6.5. Beginn und Ende der Pflichtversicherung

6.5.1. Grundsätzliches

Die Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG beginnt gem § 6 Abs 4 Z 1 GSVG mit dem Tag der Aufnahme der die Versicherungspflicht auslösenden betrieblichen Tätigkeit und endet gem § 7 Abs 4 Z 1 GSVG frühestens mit dem Letzten des Kalendermonats, in dem die betriebliche Tätigkeit beendet wird.³²⁹ Für ihren Bestand kommt es somit nicht darauf an, ob die Einkünfte nach Maßgabe des Einkommenssteuerbescheides für ein bestimmtes Kalenderjahr aus Tätigkeiten resultieren, die im selben Kalenderjahr ausgeübt wurden. Demnach ist für das Eintreten der Versicherungspflicht bloß entscheidend, dass die den Einkünften zugrunde liegende Tätigkeit im betreffenden Beitragszeitraum weiterhin ausgeübt wird, nicht jedoch, ob die zur Versicherungspflicht führenden relevanten Einkünfte auch im selben Zeitraum durch Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit erwirtschaftet wurden.³³⁰

6.5.2. Betriebliche Tätigkeit, Berufsbefugnis

Für die zeitliche Abgrenzung der Pflichtversicherung sind nur der Beginn und das Ende der betrieblichen Tätigkeit von Bedeutung. Dabei sind das bloße zeitweise Nichttätigsein, eine Betriebsunterbrechung, ja sogar die Stilllegung eines Betriebes noch keine Beendigung, wenn noch weitere betriebliche Tätigkeiten beabsichtigt werden bzw die betrieblich eingesetzten Wirtschaftsgüter weder in das Privatvermögen übernommen noch veräußert worden sind. So liegt bspw bei einem (selbständig tätig) Vortragenden auch während jener Zeit eine betriebliche Tätigkeit (und damit eine durchgehende Pflichtversicherung) vor, in der er (vorübergehend) keine Vortragstätigkeit entfaltet, wenn nur die weitere Ausübung der Vortragstätigkeit noch beabsichtigt ist.³³¹

Wird die Versicherungspflicht durch Ausübung von Tätigkeiten begründet, für die keine Berufsbefugnis benötigt wird und die ihrer Natur nach – auch wenn sie fortlaufend ausgeübt werden – nur fallweise (zB in Form von Vorträgen oder Veröffentlichungen) nach außen erkennbar zutage treten, wird die betrieblichen Tätigkeit während der (auch der Vorbereitung

³²⁹ VwGH 25.10.2006, 2004/08/0205.

³³⁰ VwGH 21.2.2007, 2004/06/0257.

³³¹ VwGH 29.3.2006, 2004/08/0094.

dienenden Zeiträume) zwischen den Vorträgen oder Veröffentlichungen noch nicht unterbrochen. Daraus folgt: Ist eine auch nach außen sichtbar zutage tretende Unterbrechung der Tätigkeit aufgrund ihrer Eigenart nicht hinreichend objektivierbar, lässt sich also die Periode der Ausübung einer solchen Tätigkeit von jener ihrer Unterbrechung nicht mit der erforderlichen Trennschärfe unterscheiden, dann ist die Überschneidung der Versicherungsgrenze durch die Höhe der im jeweiligen Kalenderjahr erzielten Einkünfte für die Pflichtversicherung maßgebend, die im Zweifel während des gesamten Kalenderjahr über besteht.³³²

6.5.3. Infrastruktur

Das fortlaufende Vorhandensein einer betrieblichen Infrastruktur ist wohl ein weiteres Indiz, das gegen die Beendigung der betrieblichen Tätigkeit spricht. Voraussetzung ist in diesem Fall aber, dass der Selbständige überhaupt über eine nennenswerte Infrastruktur verfügt, so dass aus der Aufgabe bzw Fortführung dieser Infrastruktur Rückschlüsse auf die Absicht des Selbständigen, seine Erwerbstätigkeit aufzugeben oder fortzusetzen, gezogen werden können. Maßgebend für das Vorliegen der Pflichtversicherung ist daher, dass der Betrieb, der – abgesehen von wertmäßig ganz untergeordneten Betriebsmitteln – auch nur in ideellen Werten bestehen kann, wie zB in der Summe zwar angenommener, aber noch nicht erledigter Aufträge als bestehende, aber noch nicht realisierte Erwerbschancen, unverändert fortbesteht.

6.5.4. Unterlassen von Meldungen

Auch durch die Unterlassung rechtzeitiger Meldungen gem § 18 GSVG wird keine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG nachgewiesen.³³³ Um diesen Nachweis zu führen, müsste vielmehr glaubhaft gemacht werden, dass die Erwerbstätigkeit – trotz Erzielung von Einkünften, die die Versicherungsgrenze überschreiten – tatsächlich in wahrnehmbarer Weise zur Gänze eingestellt wurden. Der Nachweis von Mutterschutz- bzw Spitalsaufenthaltszeiten sowie des Umstandes, dass ein Karenzurlaub iSd ASVG konsumiert wurde, reicht als Beweismittel nicht aus, da es für die Ausübung einer derartigen Erwerbstätigkeit (in concreto Projektplanungen) nicht darauf ankommt, ob die betreffende Person täglich Arbeitsleistungen erbringt. Es kommt auch nicht darauf an, ob im Falle der mutterschafts- oder krankheitsbedingten Verhinderung des Versicherten eine andere Person für ihn tätig geworden ist oder ob die dadurch ausfallende Arbeit erst später von ihm selbst nachgeholt wird.

³³² VwGH 21.12.2005, 2003/08/0126.

³³³ VwGH 21.12.2005, 2003/08/0126.

6.5.5. Zuordnung von Einkünften

Es ist durchaus möglich, dass während der „Aktivitätsphase“ erwirtschaftete Einkünfte erst nach Aufgabe der betrieblichen Erwerbstätigkeit anfallen. Bsp: Ein ehemaliger Autor bezieht noch nach Beendigung seiner schriftstellerischen Tätigkeit Honorare für von ihm verfasste Beiträge. In diesem Fall wird keine Tätigkeit iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG mehr ausgeübt, weshalb der Bezug von Einkünften (iSd §§ 22, 23 EStG) auch keine (zusätzliche) Versicherungspflicht in der Sozialversicherung begründet (vgl zu dieser Problemstellung im Zusammenhang mit dem Bezug einer Pension unter Punkt 11.1.).

Solange die betreffende Tätigkeit ausgeübt wird, sind die daraus bezogenen Einkünfte aber nicht den Perioden zuzuordnen, in denen die für das jeweilige Einkommen maßgebliche Leistung erbracht wurde.³³⁴ Mit anderen Worten: Während der Ausübung der Erwerbstätigkeit gilt für die zeitliche Zuordnung der daraus bezogenen Einkünfte das Zuflussprinzip.³³⁵ Dieser Umstand wird mE durch ein VwGH-Erkenntnis zur Frage der Versicherungspflicht einer freischaffenden Musikerin gut illustriert. Es ging dabei um die Frage, ob in den Jahren 2004 und 2005 bezogene Tantiemen für Werke, die vor dem 1.1.2001 (also vor dem Inkrafttreten des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG für Künstler) geschaffen wurden (Alttantiemen), die Versicherungspflicht für die Jahre 2004 und 2005, in denen die betreffende Tätigkeit nach wie vor ausgeübt wurde, auslösen.

Der VwGH bejahte diese Frage mit folgender, mE zutreffender Begründung:³³⁶ „Auch für Kunstschaffende, für die die Pflichtversicherung erst mit 1.1.2001 wirksam wurde, bleibt die betriebliche Tätigkeit, welche im Versicherungszeitraum gegeben sein muss, der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Pflichtversicherung, wobei – mangels Erklärung – auch das Vorliegen von Einkünften über der Versicherungsgrenze in diesem Zeitraum erforderlich ist. Bei den Einkünften stellt der Gesetzgeber auf die nach steuerrechtlichen Vorschriften festgestellten Einkünfte im jeweiligen Versicherungszeitraum ab; ob Einkünfte auf Werke zurückgehen, die bereits vor dem Wirksamwerden der Pflichtversicherung geschaffen wurde, ist dabei unerheblich. Gerade für Kunstschaffende ist es zudem geradezu charakteristisch, dass die Schaf-

³³⁴ Dies ist für die Frage, ob die Versicherungsgrenze in einem bestimmten Jahr überschritten wird oder nicht, bedeutsam.

³³⁵ Vgl VwGH 26.11.2008, 2005/08/0139.

³³⁶ VwGH 21.1.2009, 2008/08/0269.

fung der jeweiligen Werke und der Bezug von Einkünften aus diesen Werken zeitlich auseinander fallen.“

Wie der VwGH ausdrücklich betonte, bewirkt die(se) Anknüpfung an die betriebliche Tätigkeit keine rückwirkende Einbeziehung in die Pflichtversicherung. Hätte die Musikerin ihre Tätigkeit daher vor dem 1.1.2001 aufgegeben, so hätte der Bezug von Tantiemen aus den bereits geschaffenen Werken keine Versicherungspflicht ausgelöst, da sie in diesem Fall ab Inkrafttreten der die Pflichtversicherung anordnenden gesetzlichen Bestimmung keine selbständige betriebliche Tätigkeit mehr entfaltet hätte.

6.6. Feststellung der Versicherungspflicht

6.6.1. Einleitung

Die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG tritt kraft Gesetzes und nicht erst durch persönliche Meldung ein. Die gesetzlich bestehenden Meldepflichten verfolgen daher lediglich den Zweck, sicherzustellen, dass der Versicherungsträger möglichst rasch vom Vorliegen des Versicherungstatbestandes Kenntnis erlangt.³³⁷

§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG unterscheidet dabei zwischen zwei verschiedenen Konstellationen³³⁸:

- Der Erwerbstätige erklärt im Vorhinein, dass die maßgeblichen Versicherungsgrenzen im Beitragsjahr (voraussichtlich) überschritten werden.
- Der Erwerbstätige wird im Nachhinein nach Maßgabe des steuerlichen Ergebnisses in die Pflichtversicherung einbezogen.

³³⁷ Vgl zu Umfang und Inhalt der Meldepflicht *Schrank/Tomandl*, Beginn der Versicherung und des Leistungsanspruchs bei „neuen“ Selbständigen, ZAS 2003, 100.

³³⁸ Siehe *Risak*, Das Opting-in in der Sozialversicherung, *ecolex* 1998, 336.

6.6.2. Einbeziehung ex post

6.6.2.1. Problemstellung

Gibt der Versicherte keine Erklärung ab, kann über die Einbeziehung in die Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des entsprechenden (rechtskräftigen) Einkommenssteuerbescheides oder sonstiger maßgeblicher Einkommenssteuernachweise (also unter Umständen erst Jahre später) abgesprochen werden.³³⁹ (Auch) in diesem Fall stellt sich daher die Reichweite der Bindungswirkung des Einkommenssteuerbescheides.

6.6.2.2. Judikatur und Literatur

Wie der VwGH betont, wollte der Gesetzgeber dem Sozialversicherungsträger mit der Anknüpfung an die steuerrechtlichen Tatbestände keinen Raum mehr dafür lassen, das Vorliegen einer selbständigen betrieblichen Tätigkeit aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht eigenständig zu beurteilen. Die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG hat sich daher nach der einkommenssteuerrechtlichen Einreihung von Einkünften in die Einkunftsart „Selbständige Arbeit“ bzw „Gewerbebetrieb“ zu richten. Ob die von der Abgabenbehörde getroffene einkommenssteuerrechtliche Beurteilung zutreffend ist, darf daher vom Versicherungsträger nicht mehr überprüft werden.

Somit ist der Versicherungsträger bei der Beurteilung des Vorliegens der Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG an die Qualifikation und Höhe der Einkünfte, die in rechtskräftigen Steuerbescheiden aufscheinen, gebunden.³⁴⁰ Der VfGH erachtet diese Bindungswirkung unter datenschutzrechtlichem Blickwinkel für verfassungsrechtlich unbedenklich: Angesichts der Verfassungskonformität der Anbindung des Beitragsrechts der gewerblichen Sozialversicherung an die im Einkommenssteuerbescheid manifestierten steuerrechtlichen Einkünfte ist die Regelung gem § 229a GSVG, welche die Versicherten unaufgefordert zur Bekanntgabe dieser Daten verpflichtet, erforderlich und verhältnismäßig. Gleiches gilt für die durch §§ 3 und 4 der VO BGBl II Nr. 107/1998 zu § 229a GSVG festgelegte Verpflichtung für die Abgabenbehörden, der Sozialversicherungsanstalt Einkünfte aus selbständiger Arbeit und Gewerbe-

³³⁹ Vgl Taucher, Anbindung der Versicherungspflicht der „neuen Selbständigen“ an den Ausweis der Einkünfte im Einkommenssteuerbescheid, ASoK 2007, 384.

³⁴⁰ VwGH 24.1.2006, 2003/08/0231; VwGH 29.3.2006, 2005/08/0006; VwGH 29.3.2006, 2004/08/0094; VwGH 25.10.2006, 2004/08/0205; VwGH 21.2.2007, 2004/08/0257.

trieb nach Rechtskraft des Einkommenssteuerbescheides, unaufgefordert per EDV zu übermitteln.³⁴¹

Diese, vom VwGH postulierte Bindungswirkung wird in der Literatur teilweise rechtspolitisch begrüßt. So heißt es zB: In konsequenter Anwendung dieser Erkenntnisse bliebe der SVA kein Spielraum, eigenständig im Hintergrund die Frage einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Einzelfall zu prüfen. Sollte der VwGH idS zu verstehen sein, sei dies eine gravierende administrative Erleichterung.³⁴²

6.6.2.3.Eigene Meinung

ME ist die Reichweite der Bindungswirkung zu relativieren, da nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH vom Spruch eines Abgabenbescheides nur Art und Höhe der Abgabe, Fälligkeitszeitpunkt und die Grundlagen der Abgabenfestsetzung (Bemessungsgrundlagen) erfasst werden.³⁴³ Kein Bestandteil des Spruches ist demnach die Zuordnung eines Einkommens zu einer bestimmten Einkunftsart. Die Einreihung eines bestimmten Gewinnes unter eine bestimmte Einkunftsart gehört daher nicht zum Spruch des Einkommenssteuerbescheides, sondern zu dessen Begründung.³⁴⁴ Richtet sich ein Rechtsmittel bspw nur gegen die Einreihung eines Gewinnes in eine bestimmte Kategorie (Einkunftsart), so ist es wegen Fehlen eines Rechtsschutzinteresses zurückzuweisen. Dem Erwerbstätigen kommt somit im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren das Recht auf Führung eines Gegenbeweises zu, um die Einbeziehung in die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG trotz Vorliegen eines rechtskräftigen Einkommenssteuerbescheides zu vermeiden.³⁴⁵

Diese Rechtsfolge ist aber auf Fälle zu beschränken, in denen die Einreihung einer Einkunftsart zu einer bestimmten Abgabenart im Abgabenbescheid in Entsprechung der Judikaturlinie des VwGH in der Bescheidebegründung und nicht im Spruch angeführt ist. Per se betrifft diese Feststellung mE nämlich die Zuordnung eines bestimmten Lebenssachverhaltes zu konkreten rechtlichen Normen und ist somit – anders als die rechtliche Begründung für diese Subsumti-

³⁴¹ VfGH 2.10.2006, G 29/06, V 18/06. Kritisch dagegen *Marhold*, Datenerhebung von „neuen Selbständigen“, ASoK 1998, 159.

³⁴² *Seidl*, Die Bindungswirkung von finanzamtlichen Einkommensfeststellungen bei der Frage der Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“, in *Karl* (Hrsg), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2007 (2007), 63 (65).

³⁴³ VwGH 8.8.1996, 92/14/0129; VwGH 9.4.1997, 95/13/0145; VwGH 26.11.1997, 95/13/0051; VwGH 4.6.2003, 2001/13/0300; VwGH 24.3.2004, 98/14/0179.

³⁴⁴ VwGH 10.6.1981, 2509/80; VwGH 9.4.1997, 95/13/0145.

³⁴⁵ VwGH 24.1.2006, 2003/08/0231; VwGH 29.3.2006, 2005/08/0006; VwGH 21.2.2007, 2004/08/0257.

on - durchaus rechtskraftfähig. Wird über diesen Umstand im Abgabenbescheid normativ abgesprochen, kann er daher mE auch in Rechtskraft erwachsen (und ist somit unter dieser Voraussetzung für den Sozialversicherungsträger auch bindend).

ME ist für das Eintreten der Rechtskraft (und somit der Bindungswirkung) aber nicht erforderlich, dass der Bescheid auch nicht mehr der Aufhebung durch sonstige Maßnahmen iSd §§ 293 bis 310 BAO unterliegt.³⁴⁶ Zwar ist einzuräumen, dass die Bindungswirkung eines Bescheides nur eine relative ist, solange dieser noch auf irgendeine Weise aufhebbar oder abänderbar ist (bspw durch außerordentliche Rechtsmittel, Anrufung des VwGH oder VfGH oder von Amts wegen),³⁴⁷ doch liegt darin mE kein privilegium odiosum abgabenrechtlicher Bescheide. Die Situation ist mE vielmehr nicht anders zu beurteilen als bei Anwendbarkeit des AVG. Auch im Regime des AVG ist es aber in bestimmten Fällen möglich, einen bereits rechtskräftigen Bescheid aus dem Rechtsbestand zu eliminieren (zB durch Abänderung und Behebung gem § 68 AVG oder durch Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 69 AVG). Dennoch ändert dies nichts daran, dass der Bescheid (bereits) mit dem Ende des (ordentlichen) Rechtsmittelverfahrens in Rechtskraft erwächst (und daher Bindungswirkung entfaltet), wie sich daran zeigt, dass die Anwendbarkeit der §§ 68 und 69 AVG nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut das Vorliegen eines rechtskräftigen Bescheides voraussetzt. ME besteht also kein Grund dafür, in dieser Frage zwischen AVG und BAO zu differenzieren.

³⁴⁶ AA *Taucher*, Anbindung der Beitragspflicht der „neuen Selbständigen“ an den Ausweis der Einkünfte im Einkommenssteuerbescheid, ASoK 2007, 412 (414).

³⁴⁷ OGH 14.11.2006, 10 ObS 66/06v, RdW 2007, 362.

6.6.3. Ex-ante-Einbeziehung

6.6.3.1. Erklärung des Selbständigen

Da das Über- bzw Unterschreiten der maßgeblichen Versicherungsgrenzen bei Selbständigen erst im Nachhinein festgestellt werden kann, es für die Inanspruchnahme von Leistungen aber notwendig ist, im Vorhinein zu wissen, ob Versicherungsschutz besteht, hat der Gesetzgeber für neue Selbständige folgende Regelung getroffen:

Erklärt der Erwerbstätige, dass er die Versicherungsgrenze überschreitet, tritt die Pflichtversicherung gem § 6 Abs 1 Z 4 GSVG in der Kranken-, Pension- und Unfallversicherung mit Aufnahme der betrieblichen Tätigkeit ein und besteht bis zu deren Beendigung bzw bis zum Widerruf der Erklärung gem § 7 Abs 4 Z 3 GSVG. Stellt sich nach Vorliegen des rechtskräftigen Einkommenssteuerbescheides oder der sonstigen Einkommensnachweise im Nachhinein heraus, dass die maßgeblichen Versicherungsgrenzen – entgegen der Erklärung – doch nicht überschritten wurden, ändert dies rückwirkend nichts am Vorliegen eines Versicherungsverhältnisses. Der Selbständige steht für diesen Zeitraum daher dennoch unter Versicherungsschutz und erwirbt Monate der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung auf Basis der Mindestbeitragsgrundlage.³⁴⁸

Die Abgabe einer Versicherungserklärung bewirkt daher, dass das Versicherungsverhältnis auch dann für den Zeitraum der Ausübung der betreffenden Tätigkeit bestehen bleibt, wenn sich nach Einlangen des maßgeblichen Einkommenssteuerbescheides herausstellt, dass die Versicherungsgrenze entgegen der abgegebenen Erklärung nicht erreicht wurde.³⁴⁹ Insoweit kommt der Versicherungserklärung die Rechtswirkung eines „Opting-in“ zu. Es ist von der Sozialversicherungsanstalt bei Entgegennahme der Erklärung nämlich nicht zu prüfen, ob tatsächlich Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erklärung, es werde die Versicherungsgrenze überschritten werden, realistischen Annahmen entspricht. Maßgeblich ist ausschließlich ob die betreffende Person eine Erwerbstätigkeit iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG tatsächlich ausübt, ob durch diese Tätigkeit nicht nach anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen eine Pflichtversicherung eingetreten ist und ob sie die erwähnte Erklärung betreffend das voraus-

³⁴⁸ ZB Gleitsmann, Sozialversicherung von neuen Selbständigen: Die Erklärung zählt! ASoK 1998, 354.

³⁴⁹ VwGH 20.10.2004, 2002/08/0188; VwGH 25.5.2005, 20022/08/0122; VwGH 21.12.2005, 2003/08/0126; VwGH 29.3.2006, 2003/08/0160.

sichtliche Überschreiten der Versicherungsgrenzen abgegeben hat. Es hängt daher der Sache nach nur von einer Willenserklärung des Versicherten ab, ob er unabhängig von der Höhe der erzielten Einkünfte versichert sein möchte oder ob er nur im Nachhinein unter der Voraussetzung versichert sein möchte, dass nach dem jeweiligen Einkommenssteuerbescheid die Einkünfte im betreffenden Kalenderjahr die Versicherungsgrenze überstiegen haben.

6.6.3.2. Contrarius actus

Will der Versicherte vor dem Vorliegen des endgültigen Einkommenssteuernachweises die durch eine Erklärung begründete Versicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG wieder beenden, so genügt gem § 7 Abs 4 Z 3 GSVG die Erklärung, dass die maßgebliche(n) Versicherungsgrenze(n) aufgrund der voraussichtlichen Einnahmen (doch) nicht überschritten werden. Auch an den Widerruf der Versicherungserklärung dürfen keine überspitzten Anforderungen gestellt werden. Die vom Gesetz geforderte Erklärung, dass die Versicherungsgrenze künftig nicht überschritten werde, unterliegt nämlich (ebenfalls) keiner inhaltlichen Überprüfung durch die Sozialversicherungsanstalt, weshalb auch eine Willenserklärung ausreicht, nicht mehr versichert sein zu wollen.

Eine derartige Erklärung beendet sodann die Pflichtversicherung mit dem Letzten des Kalendermonats, in dem sie abgegeben wird. Sie hindert bei Vorliegen eines entsprechenden – die Versicherungsgrenze(n) doch überschreitenden – Einkommenssteuerbescheides zwar nicht eine (rückwirkende) Feststellung der Versicherungspflicht für denselben Zeitraum, wohl aber schiebt sie die Durchführung dieser Versicherung auf jenen Zeitpunkt auf, zu dem der entsprechende Einkommenssteuerbescheid vorliegt.

6.6.3.3. Konsequenzen dieser Konstruktion

Auch wenn es ein Selbständiger demnach in der Hand hat, die Pflichtversicherung durch Abgabe einer bloßen (formfreien) Versicherungserklärung herbeizuführen, tritt die Pflichtversicherung nur dann ein, wenn die Erwerbstätigkeit iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG tatsächlich ausgeübt wird.³⁵⁰ Dem Versicherten steht jedoch die Möglichkeit offen, seine Pflichtversicherung bis zum Vorliegen des endgültigen Einkommensnachweises durch eine Erklärung, die maßgeblichen Versicherungsgrenzen mit seinen Einkünften (doch) nicht zu überschreiten (§ 7

³⁵⁰ *Rudda/Ficzko*, GSVG-Praxiskommentar § 2, 5.

Abs 4 Z 3 GSVG), wieder zu beenden. Die Pflichtversicherung endet in diesem Fall mit dem Letzten des Kalendermonates, in dem diese Erklärung abgegeben wird.

Erklärt der Versicherte, dass die Versicherungsgrenze nicht überschritten wird, oder gibt er keine Erklärung ab, so darf die Pflichtversicherung erst nach Vorliegen der maßgeblichen Einkommensnachweise – allerdings rückwirkend mit Aufnahme der Tätigkeit – festgestellt werden. In diesem Fall muss zusätzlich zur Nachentrichtung der Beiträge ein Beitragszuschlag in Höhe von 9,3 % der Beiträge entrichtet werden.

6.7. Beitragsbemessung

6.7.1. Vorläufige und endgültige Beitragsgrundlage

Da der für die Bestimmung der Beitragsgrundlage maßgebliche Einkommenssteuerbescheid normalerweise wesentlich später ergeht, sieht § 25a GSVG eine vorläufige (monatliche) Beitragsgrundlage vor: Danach ist die Beitragsgrundlage für das drittvorangegangene Kalenderjahr maßgeblich (aufgewertet mit den Aufwertungszahlen der beiden vorangegangenen Kalenderjahre), somit die festgesetzten steuerlich relevanten Einkünfte des drittvorangegangenen Kalenderjahres. Die endgültige Beitragsgrundlage (§ 125 GSVG) tritt an die Stelle der vorläufigen, sobald die notwendigen Nachweise vorliegen (also der rechtskräftige Einkommenssteuerbescheid für das betreffende Jahr).

6.7.2. Erfassung der Einkünfte

Aus der Struktur und dem Zusammenhang der bemessungsrechtlichen Bestimmungen (§§ 25 und 25a GSVG) iVm den Regelungen betreffend Beginn und Ende der Pflichtversicherung (§§ 6 und 7 GSVG) ergibt sich einerseits, dass die (gesamten) – vom Beginn bis zur Beendigung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit – erzielten einkommenssteuerrechtlich relevanten Einkünfte des neuen Selbständigen beitragsrechtlich zu erfassen sind. Andererseits bildet der jeweils Gewinnermittlungsrechtlich dem einzelnen Kalenderjahr zuzurechnende Gewinn die jeweilige (jährliche) Bemessungsgrundlage.

Für die Gewinnermittlung ist nicht relevant, ob es sich bei den Einkünften iSd EStG um real erwirtschaftete Gewinne handelt oder nicht.³⁵¹ Da der in § 25 GSVG für die Ermittlung der Beitragsgrundlage verwendete Begriff „Einkünfte“ dem Einkommenssteuerrecht entnommen ist, erfolgt die Zurechnung von Einkünften zu den Beitragsjahren (Kalenderjahren) nach Maßgabe des Steuerrechts.³⁵² Gem § 2 Abs 1 EStG ist der Einkommenssteuer das Einkommen zugrunde zu legen, das der Steuerpflichtige innerhalb eines Kalenderjahres bezogen hat. Dieser Einkommensbegriff ist auch für die hier behandelte Problemstellung maßgebend, da kein Anlass besteht, den Begriff des Erwerbseinkommens im Bereich des GSVG anders als nach den steuerrechtlichen Vorschriften zu verstehen.³⁵³

³⁵¹ VwGH 14.9.2005, 2003/08/0146.

³⁵² VwGH 22.12.1999, 94/08/0289.

³⁵³ VwGH 29.6.2005, 2003/08/0113; OGH 10.7.2001, 10 ObS 113/01t.

6.7.3. Bindungswirkung

Nach der Judikatur des VwGH ist für die Feststellung der Beitragsgrundlage nach § 25 GSVG eine Bindung an das Einkommenssteuerecht in der Weise angeordnet, dass die für die Bemessung der Einkommenssteuer maßgeblichen Einkünfte, also gem § 2 Abs 4 Z 1 EStG der Gewinn des Pflichtversicherten, heranzuziehen sind.³⁵⁴ Daher ist für die Beurteilung, welche Beträge die Einkünfte gem § 25 Abs 1 GSVG bilden, das Einkommenssteuerecht maßgeblich. Grundlage für die Bemessung der Beiträge bilden die Einkünfte aus der die Pflichtversicherung begründenden Erwerbstätigkeit. Steht fest, dass ein Versicherter der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterliegt, kann er im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die steuerliche Zuordnung seiner Einkünfte nicht mehr in Frage stellen und damit die Richtigkeit des Einkommenssteuerbescheides nicht mehr in Zweifel ziehen.

Dabei ist unerheblich, ob sich der rechtskräftige Einkommenssteuerbescheid auf Einkünfte aus solchen Tätigkeiten bezieht, die in dem Kalenderjahr, das dem Einkommenssteuerbescheid zugrunde liegt, entfaltet wurden oder nicht.³⁵⁵ In jedem Fall gilt, dass die von der zuständigen Abgabenbehörde getroffene einkommenssteuerrechtliche Beurteilung im Verfahren betreffend die Versicherungspflicht nach dem GSVG nicht zu prüfen ist.³⁵⁶ Über diese Rechtsfragen hatten nämlich ausschließlich die Finanzbehörden zu entscheiden. Mit dem rechtskräftigen Einkommenssteuerbescheid steht somit für den Versicherungsträger, der über die Beitragsgrundlage gem § 25 GSVG abspricht, bindend fest, dass der Versicherte die in diesem Bescheid ausgewiesenen Einkünfte in dieser Höhe erzielt hat. Die im Einkommenssteuerbescheid ausgewiesenen Einkünfte (aus selbständiger Arbeit oder aus Gewerbebetrieb) sind deshalb vom Versicherungsträger der Berechnung der Beitragsgrundlage (ungeprüft) zugrunde zu legen.

Diese Bindungswirkung ist mE aber nur insoweit zu bejahen, als die im Einkommenssteuerbescheid aufscheinenden Einkünfte auch tatsächlich für die Bildung der Beitraggrundlage nach dem GSVG herangezogen werden können. Dies ist aber nicht uneingeschränkt der Fall, da die durch die Gewinnermittlungsvorschriften ermittelten Einkommenstangenten, die Einkünfte aus selbständiger Arbeit und Gewerbebetrieb, aufgrund spezifischer Einkommensermittlungs-

³⁵⁴ VwGH 20.9.2000, 97/08/0489; VwGH 23.10.2002, 98/08/0187; VwGH 7.9.2005, 2003/08/0169; VwGH 7.9.2005, 2005/08/0110; VwGH 14.9.2005, 2003/08/0146.

³⁵⁵ VwGH 29.3.2006, 2004/08/0094.

³⁵⁶ VwGH 21.2.2007, 2004/08/0257.

vorschriften (etwa Verlustrechnungsregelungen) und Tarifbestimmungen nicht (immer) ident in die kalenderjahrsbezogene Einkommensermittlung zum Zwecke der Errechnung der Steuerbelastung eingehen.³⁵⁷ Da gem § 229a Abs 1 Z 3 und 4 GSVG die Einkünfte aus selbständiger Arbeit und aus Gewerbebetrieb dem Versicherungsträger EDV-gestützt (undifferenziert) zu übermitteln sind, erhält dieser ein Zahlenmaterial, das zwar bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens iSd EStG unmittelbar rechtserheblich war, das aber bei der Bemessung der GSVG-Beiträge nur bedingt verwendbar ist.

³⁵⁷ Vgl VwGH 4.10.2001, 98/08/0235; *Pülzl*, Beitragsgrundlage und Wartetastenverlust, RdW 2002, 740.

6.8. Verfassungsrechtliche Probleme

6.8.1. Einleitung

Die Schaffung der Rechtsfigur der „neuen Selbständigen“ wirft auch eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragen auf. Im Folgenden wird versucht, einen Überblick, über die wichtigsten dieser Probleme zu geben.³⁵⁸ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird diese Thematik deshalb behandelt, weil eine Verfassungswidrigkeit der Normen über die Einbeziehung „neuer Selbständiger“ in die Sozialversicherung auch Künstler hat, die ihre Tätigkeit in dieser Rechtsform ausüben, betrifft.

³⁵⁸ Vgl. dazu *Karl*, Die Unterschiede zwischen gewerblichen und „neuen“ Selbständigen und die daraus resultierenden verfassungsrechtlichen Probleme, ASoK 2000, 85.

6.8.2. Kompetenzrechtliche Problematik

6.8.2.1. Problemstellung und Literatur

Gem Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG kommt dem Bund die Kompetenz für Gesetzgebung und Vollziehung für das Sozialversicherungswesen zu. Nach der vom VfGH für die Auslegung der Kompetenzartikel entwickelten Versteinerungstheorie ist dieser Begriff in der Bedeutung zu verstehen, die ihm der einfache Gesetzgeber zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens (also zum 1.10.1925) beigemessen hat.³⁵⁹ Das bedeutet jedoch nicht, dass sich der Inhalt eines Kompetenztatbestandes in der Gesamtheit der am Tage seines Wirksamwerdens geltenden Gesetze erschöpft, sondern es sind auch Neuregelung zu beachten, die nach ihrem Inhalt systematisch dem betreffenden Kompetenztatbestand angehören (intrasystematische Fortentwicklung). Ob eine einkommensbezogene Sozialversicherungspflicht, wie sie mit der Schaffung der neuen Selbständigen verfolgt wird, von der intrasystematischen Fortentwicklung des Kompetenztatbestandes „Sozialversicherungswesen“ erfasst ist, hängt daher vom Typus der 1925 installierten Sozialversicherung ab. In der Literatur mehren sich die Stimmen, die diese Fragen verneinen.

So wertet *Schrammel* die Einbeziehung der neuen Selbständigen in die Sozialversicherung als einen gewichtigen Schritt aus dem verfassungsrechtlich vorgeformten, die berufsständische Gliederung als Charakteristikum betonenden Modell der österreichischen Sozialversicherung und damit aus kompetenzrechtlicher Sicht als nicht unbedenklich.³⁶⁰

Mit einer etwas anderen Argumentation bezweifelt auch *Tomandl* die verfassungsrechtliche Kompetenz des Gesetzgebers der Einbeziehung der neuen Selbständigen in die Sozialversicherung. Er beschreibt den gesetzlichen Typus der Sozialversicherung wie folgt:³⁶¹ Sozialversicherung im Sinne des B-VG ist eine bestimmte Sicherungsform zur Ausschaltung oder Milderung der Gefahren, die die wirtschaftliche Existenz des Menschen an sich und nicht nur bestimmte Schichten der Bevölkerung bedrohen. Die Sicherungsform besteht in der Zusammenfassung der Angehörigen eines Berufsstandes zu einer Risikogemeinschaft als Solidargemeinschaft, deren Mitglieder sich nach generellen objektiven Merkmalen bestimmen.

³⁵⁹ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht I (1997) Rz 19.090 ff mwN.

³⁶⁰ Vom „Werkvertragserkenntnis“ zur umfassenden Sozialversicherungspflicht, ASoK 1997, 333.

³⁶¹ *Tomandl* in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 0.2.1.

Die Abgrenzung dieses Personenkreises im Einzelnen ist eine rechtspolitische Aufgabe des Gesetzgebers, die nur den Gleichheitssatz nicht verletzen darf. Die Einbeziehung oder der Ausschluss bestimmter Personengruppen darf somit nicht willkürlich erfolgen, sondern Anknüpfungspunkt der Versicherungspflicht ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Daraus folgt, dass nur solche Personen zu einer Riskengemeinschaft zusammengefasst werden dürfen, die im gesellschaftlichen Leben eine gewisse Homogenität aufweisen. Charakteristikum der Sozialversicherung ist demnach, dass nur homogene Gruppen mit annähernd gleichem Sicherungsbedürfnis zu einer Riskengemeinschaft verbunden werden dürfen. Ob dieses Homogenitätserfordernis durch die Einbeziehung der neuen Selbständigen noch gewahrt bleibt, dürfte jedoch fraglich sein, da eine einkommensbezogene Sozialversicherung jene inhomogene Gruppe von Personen zu einer Risikogemeinschaft zusammenfasst, die ein steuerpflichtiges Einkommen erzielen.

6.8.2.2. Eigene Ansicht

Als Argument dafür, dass der Gesetzgeber durch Einbeziehung der neuen Selbständigen in die Sozialversicherung seinen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum noch nicht überschritten hat, lässt sich ins Treffen führen, dass es ihm nicht verwehrt ist, Personen zu einer Interessengemeinschaft zusammenzufassen, obwohl sie teilweise auch divergierende Interessen haben.³⁶² Daher ist es beispielsweise verfassungsrechtlich unbedenklich, leitende Angestellte im Sinne des ArbVG in den Kreis der Personen einzubeziehen, die Pflichtmitglieder der Arbeitskammer sind.³⁶³ Ebenso wenig ist es verfassungsrechtlich geboten, Prokuristen von der Pflichtmitgliedschaft zur Arbeiterkammer auszunehmen.³⁶⁴

In diesen Entscheidungen hat der VfGH jedoch auch betont, dass der zu einer Interessengemeinschaft zusammengefasste Personenkreis überwiegend gemeinsame Interessen verfolgen muss. Dieses gemeinsame Interesse besteht beim in die Sozialversicherung einbezogenen Personenkreis im Allgemeinen an der Teilnahme im Wirtschaftsleben als Mitglied jeweils einer bestimmten, nach berufsständischen Merkmalen identifizierten Gruppe von Erwerbstätigen (unselbständig Beschäftigte, Gewerbetreibende, Beamte, Freiberufler, selbständige Landwirte). Erweiterungen des versicherten Personenkreises sind daher dann verfassungsrechtlich

³⁶² *Stolzlechner*, Der Gedanke der Selbstverwaltung in der Bundesverfassung, in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 361 (382); *Korinek*, Wirtschaftliche Selbstverwaltung (1970) 107.

³⁶³ VfGH 20.9.1994, B 1565/93.

³⁶⁴ VfGH 6.3.2009, B 616/08.

unproblematisch, wenn die in die Sozialversicherung einbezogenen Personen ein überwiegendes gemeinsames Interesse verfolgen wie die bisher Versicherten. Diese Voraussetzung ist etwa bei der Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer in das ASVG erfüllt, da sich bei typisierender Betrachtungsweise sowohl arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer als auch Arbeitnehmer bei Erbringung ihrer Arbeitsleistung gegenüber dem Auftrag- bzw Arbeitgeber in einer vergleichbaren, wirtschaftlich unterlegenen Stellung befinden. Diese Parallelität rechtfertigt daher auch eine sozialversicherungsrechtliche Gleichbehandlung.³⁶⁵

Das GSVG ist hingegen – wie bereits aus seinem Titel hervorgeht – als *sedes materiae* der Sozialversicherung der gewerblich Selbständigen konzipiert. Durch die Einbeziehung der Gruppe der „neuen Selbständigen“ wurde dieser berufsständisch geprägte Umfang des versicherten Personenkreises aber gesprengt, da demnach auch Personen nach dem GSVG sozialversichert sind, die keine Gewerbetreibenden sind. Auch die neuen Selbständigen sind zwar – ebenfalls wie die sonst nach dem GSVG Versicherten – selbständig erwerbstätig und beziehen aus dieser Tätigkeit ein Einkommen, das der Einkommenssteuerpflicht unterliegt, es fehlt bei ihnen aber das Merkmal, ein Gewerbe zu betreiben. Es spricht daher einiges dafür, dass das Erfordernis des überwiegenden gemeinsamen Interesses zwischen Gewerbetreibenden und neuen Selbständigen fehlt. Bejaht man dies, wäre die Einbeziehung der neuen Selbständigen in die Sozialversicherungspflicht nach dem GSVG nicht mehr vom Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG gedeckt und § 2 Abs 2 Z 4 GSVG somit verfassungswidrig.

³⁶⁵ Siehe VfGH 28.11.2000, B 256/98.

6.8.3. Die Selbstverwaltung

Die Schaffung von Selbstverwaltungskörpern entspricht dem „Organisationsplan der Bundesverfassung“, da in den Kompetenzartikeln des B-VG seit jeher berufliche Interessenvertretungen erwähnt waren, die bereits 1920 als Selbstverwaltungskörper bestanden haben. Dem Gesetzgeber steht es damit im Prinzip frei, öffentliche Aufgaben in Selbstverwaltung besorgen zu lassen; der eigene Wirkungsbereich eines Selbstverwaltungsträgers muss allerdings auf Angelegenheiten beschränkt bleiben, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der zum Selbstverwaltungskörper zusammengeschlossenen Personen gelegen und geeignet sind, von dieser Gemeinschaft erledigt zu werden.³⁶⁶

Auch dem Sozialversicherungswesen liegt von jeher der Gedanke der Selbstverwaltung zugrunde.³⁶⁷ Dafür werden folgende Elemente als charakteristisch angesehen³⁶⁸:

- Einrichtung als Körperschaft durch Hoheitsakt;
- Obligatorische Zugehörigkeit;
- Bestellung der Organe aus der Mitte der Verbandsangehörigen;
- Kompetenz zur Besorgung öffentlicher Aufgaben;
- Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber den Mitgliedern;
- Weisungsfreiheit, aber staatliche Aufsicht;
- Finanzielle Selbständigkeit.

Im hier interessierenden Zusammenhang ist insbes die Bestellung der Organe (Versicherungsvertreter) aus der Mitte der Verbandsangehörigen von Relevanz: Gem § 198 GSVG sind die Versichertenvertreter von den sachlich zuständigen gesetzlichen Interessenvertretungen der GSVG-Versicherten zu entsenden. Bestehen keine derartigen Interessenvertretungen, kommt das Entsenderecht der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen³⁶⁹ im Einvernehmen mit dem Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz³⁷⁰ zu. Da für die Gruppe der neuen Selbständigen keine gesetzliche Berufsvertretung besteht,

³⁶⁶ VfGH 10.10.2003, G 222/02 ua mwN; *Korinek*, Staatsrechtliche Grundlagen der Kammer-Selbstverwaltung, in FS Schwarz (1991) 255.

³⁶⁷ *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung (1994) 166 ff mwN.

³⁶⁸ *Korinek*, Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, ZAS 1972, 163 und 211.

³⁶⁹ ME daher nach der derzeitigen Struktur der Bundesministerien dem BM für Gesundheit.

³⁷⁰ Derzeit BM für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.

obliegt die Entsendung der Versicherungsvertreter dem Bundesminister für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz. Somit liegt beim Entsendemodus der Versicherungsvertreter für die neuen Selbständigen nicht einmal mehr eine „abgeleitete Selbstverwaltung“ (Entsendung der Versicherungsvertreter durch Organe von Selbstverwaltungskörpern, die ihrerseits nach den entsprechenden Organisationsgesetzen gewählt wurden) vor.

Die dadurch hervorgerufenen Bedenken können wohl auch nicht damit ausgeräumt werden, dass die Entsendung der Versicherungsvertreter durch staatliche Organe nur für den Fall in Frage kommt, wenn keine gesetzliche Berufsvertretung existiert oder diese trotz Aufforderung die Entsendung unterlässt. Diese Subsidiaritätsbestimmungen zielen lediglich darauf ab, die Handlungsfähigkeit der Verwaltungskörper zu erhalten und deren Blockade durch das Nichtentsenden von Versicherungsvertretern durch die Interessenvertretungen zu verhindern.³⁷¹ Im Falle der neuen Selbständigen kommt den betreffenden Ministern hingegen aufgrund des dauerhaften Nichtbestehens einer gesetzlichen Berufsvertretung de facto ein originäres Entsenderecht zu. Dies bewirkt nicht nur eine stärkere staatliche Einflussnahme auf die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, sondern gleichzeitig auch ein Absinken des Einflusses der Vertreter der gewerblich Selbständigen. Die Kompatibilität dieser Konstruktion mit der Einrichtung der Sozialversicherungsträger als Selbstverwaltungskörper ist daher zweifelhaft. Somit erscheint auch die Verfassungskonformität des § 198 GSVG fraglich.

³⁷¹ Günther, Verfassung und Sozialversicherung 238 ff.

6.8.4. Unterschiedliche Versicherungsgrenzen

6.8.4.1. Problemstellung

Ob die unterschiedlichen Versicherungsgrenzen des § 4 Abs 1 Z 5 und 6 GSVG, die danach differenzieren, ob die Tätigkeit als neuer Selbständiger ausschließlich oder zusätzlich zu einer weiteren Tätigkeit ausgeübt wird, mit dem Gleichheitssatz vereinbar, ist äußerst fraglich.

Probleme bereitet aber auch die differenzierte Anwendung der „kleinen“ Versicherungsgrenze, je nachdem, ob es sich bei der zusätzlich zur neuen Selbständigkeit ausgeübten Tätigkeit um eine gewerbliche oder um eine unselbständige handelt. Bei neuen Selbständigen, die daneben auch gewerblich tätig sind, wird zum einen für die Frage, ob die Versicherungsgrenze überschritten wird, auf die Summe der aus selbständiger Tätigkeit erzielten Einkünfte abgestellt und zum anderen die Ausnahme von der Pflichtversicherung nur für die Zeit einer ausschließlichen Erwerbstätigkeit als neuer Selbständiger anerkannt. Erzielt der neue Selbständige demgegenüber Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, so werden diese für die Ermittlung, ob die Versicherungsgrenze erreicht wird, nicht herangezogen und im Falle des Unterschreitens der Grenze ist der Betreffende unabhängig davon von der Pflichtversicherung ausgenommen, ob die selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten gleichzeitig oder hintereinander ausgeübt werden.

6.8.4.2. Literatur

Schrank bezeichnet den Umstand, dass keine einheitliche Grenze gewählt wurde, als verfassungsrechtlich bedenklich und weist auf das paradoxe Ergebnis hin, dass bereits anderweitig Versicherte früher in die Pflichtversicherung einbezogen werden als Personen, die noch keiner Versicherungspflicht unterliegen und bei denen der Schutzbedarf daher größer ist.³⁷² *Tomandl* hält es für sozialpolitisch geboten, sicherzustellen, dass die Versicherungspflicht bei gleicher sozialer Lage ansetzt. Da dieses Gebot nicht erreicht werde, geht auch er von der Verfassungswidrigkeit der differenzierenden gesetzlichen Regelung aus.³⁷³

Pöltner begründet seine Auffassung, wonach die Regelung dem Sachlichkeitsgebot entspricht, damit, dass administrative Gründe, nämlich die leichtere Erfassung der ausschließlich als neue Selbständige tätigen Personen, für die Parallelität der Versicherungsgrenze mit der

³⁷² ASoK 1997, 374.

³⁷³ Rechtsprobleme einer umfassenden Sozialversicherung, ZAS 1998, 9.

steuerlichen Veranlagungsgrenze maßgeblich seien.³⁷⁴ Bei zusätzlichen Einkommen, bei denen eine steuerrechtliche Einbeziehung ja bereits erfolgt, stelle sich dieses Problem nicht, sodass in diesem Fall eine niedrigere Versicherungsgrenze zum Tragen kommen könne.

6.8.4.3. Eigene Meinung

Wie der VfGH im Erkenntnis vom 6.12.2006, G 151/06,³⁷⁵ festgestellt hat, „sind die Grenzen zwischen den betrieblichen Einkunftsarten, speziell diejenigen zwischen den Einkünften aus Gewerbebetrieb und den Einkünften aus selbständiger Arbeit fließend und oft zufällig geworden und hat sich das betriebswirtschaftliche Umfeld freiberuflicher Tätigkeit dem von Gewerbetreibenden stark angenähert“. Unter Zugrundelegung dieses Befundes lässt sich die Verfassungskonformität einer Bestimmung, die zwischen Einkünften, deren Abgrenzung fließend und oft zufällig geworden ist, danach differenziert, ob der Versicherte „bloß“ ein Einkommen aus einer bestimmten Einkunftsart oder mehrere Einkommen, die verschiedenen Einkunftsarten zuzurechnen sind, bezieht, mE aber nur schwerlich aufrechterhalten.

Ob der Umstand, dass ein neuer Selbständiger, der bereits aufgrund einer anderen Tätigkeit pflichtversichert ist, bei Erzielung geringerer selbständiger Einkünfte in die Pflichtversicherung nach dem GSVG einbezogen wird als ein neuer Selbständiger, der sonst keiner Tätigkeit nachgeht und daher auch keinen Versicherungsschutz genießt, mit dem Argument administrativer Erleichterungen gerechtfertigt werden kann, ist mE zweifelhaft. Im Ergebnis spricht daher einiges für die Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs 1 Z 5 und 6 GSVG.

³⁷⁴ Die Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, DRdA 1998, 316.

³⁷⁵ Mit diesem Erkenntnis hat der VfGH eine auf Bezieher aus Einkünften von Land- und Forstwirtschaft sowie aus Gewerbebetrieb beschränkte steuerliche Begünstigung für nicht entnommene Gewinne als verfassungswidrig aufgehoben.

6.8.5. Möglichkeit des Opting in

Wenn der neue Selbständige nicht erklärt, dass seine Einkünfte die Versicherungsgrenze übersteigen, ist der Eintritt der Pflichtversicherung erst im Nachhinein festzustellen. Für diesen Fall sieht § 3 Abs 1 Z 2 GSVG allerdings die Möglichkeit vor, die Einbeziehung in die Krankenversicherung zu beantragen. Macht der neue Selbständige von dieser Optionsmöglichkeit Gebrauch, ist er jedenfalls (also auch bei Unterschreitung der maßgeblichen Einkommensgrenzen) kranken- und unfallversichert; die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung tritt hingegen – anders als bei Abgabe einer Erklärung, dass die Versicherungsgrenze voraussichtlich überschritten wird - nur dann (nachträglich) ein, wenn sich herausstellt, dass die Versicherungsgrenze überschritten wurde. Auch die Mindestbeitragsgrundlage differenziert danach, ob die Pflichtversicherung durch Erklärung oder Antrag begründet wird (vgl § 25 Abs 4 Z 2 und 3 GSVG).

Somit treten abhängig davon, ob sich der neue Selbständige dafür entscheidet, zu erklären, dass er die Versicherungsgrenze überschreiten wird, oder die Einbeziehung in die Versicherung zu beantragen, eine Reihe unterschiedlicher Rechtsfolgen ein. Diese verschiedenen Dispositionsmöglichkeiten eröffnen nicht nur die Gelegenheit zur Manipulation, sondern es ist auch fraglich, ob die Differenzierungen im Hinblick auf die mit der Wahl einer bestimmten Möglichkeit, die Versicherungspflicht zu bewirken, sachlich gerechtfertigt sind.

6.8.6. Differenzierungen im Beitragsrecht

6.8.6.1. Problemstellung und Literatur

Die sachliche Rechtfertigung der unterschiedlich hohen Mindestbeitragsgrundlagen, je nachdem, ob die neuen Selbständigen ausschließlich dieser Tätigkeit nachgehen, oder daneben auch eine gewerbliche oder unselbständige Tätigkeit ausüben, dürfte ebenfalls zweifelhaft sein. *Tomandl* meint dazu: Wir stehen damit vor derselben Unsachlichkeit wie bei den unterschiedlichen Versicherungsgrenzen.³⁷⁶ Der Gesetzgeber rechtfertigt diese Differenzierungen mit dem Hinweis auf die unterschiedlichen Einkommensstrukturen der in die Sozialversicherung einbezogenen Personengruppen.³⁷⁷ Es ist allerdings fraglich, ob dieser Hinweis als ausreichendes Argument anzusehen ist.

6.8.6.2. Eigene Meinung

Für die Verfassungskonformität der Regelung kann – auf den ersten Blick - die Entscheidung des VfGH vom 10.10.2008, G 20/07, angeführt werden. In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die Wortfolge „Z 1 bis 3“ in § 25 Abs 4 Z 1 S 2 GSVG als verfassungswidrig aufzuheben ist. Diese Bestimmung legt für Pflichtversicherte nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG für die ersten beiden Kalenderjahre einer Pflichtversicherung unter der Voraussetzung, dass innerhalb der letzten 120 Kalendermonate vor Beginn dieser Pflichtversicherung keine andere Pflichtversicherung nach dem GSVG bestanden hat, eine spezielle Beitragsgrundlage fest („fixe Neuzugangsgrundlage“). Der VfGH hegte Bedenken, ob die Beschränkung der fixen Neuzugangsgrundlage auf die nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG pflichtversicherten Gewerbetreibenden (und somit der Ausschluss der nach Z 4 leg cit versicherten „neuen Selbständigen“) mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sei.

Nach eingehender Prüfung verwarf der VfGH seine im Prüfungsbeschluss geäußerten gleichheitsrechtlichen Bedenken jedoch mit folgender Begründung:

„Bei der Gleichheitsprüfung darf eine Bestimmung des Dauerrechts, welche für die gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG Versicherten gilt, mit einer die übrigen selbständig Erwerbstätigen nur wäh-

³⁷⁶ ZAS 1998, 15.

³⁷⁷ EB RV 886 BlgNR 20. GP, 39.

rend der ersten beiden Jahre nach Neuaufnahme ihrer Erwerbstätigkeit (oder einer diesem Sachverhalt gleichgehaltenen Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit nach einer 10jährigen Unterbrechung) beitragsrechtlich begünstigenden, gleichsam übergangsrechtlichen Regelung nicht ohne weiteres verglichen werden. Andernfalls würde dem Gesetzgeber der rechtspolitische Spielraum dafür genommen, die im Beitragsrecht einer Versichertengruppe typischerweise auftretenden finanziellen Härten auch nur für eine Übergangszeit von wenigen Jahren (wenngleich in einer den jeweiligen Einzelfall nicht berücksichtigenden, pauschalierenden Weise) auszugleichen, die bei der anderen Gruppe aufgrund des anders gearteten Systems der Pflichtversicherung gar nicht erst entstehen können, weil bei dieser Gruppe Einkünfte unterhalb der Versicherungsgrenze – außer im Falle der (freiwilligen) Abgabe einer Versicherungserklärung im Vorhinein – nicht zur Beitragspflicht führen.

Der Gesetzgeber ist unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nicht gehalten, der – unter dem Aspekt der Beitragslast betrachtet – an sich durch die Versicherungsgrenze im Verhältnis zu den nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG Versicherten auf ganz andere Weise dauernd „begünstigten“ Versichertengruppe des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG zusätzliche Beitragsermächtigungen einzuräumen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die hier zu untersuchenden Ermäßigung der Beitragsgrundlage für andere Versichertengruppen, denen eine Versicherungsgrenze nicht zugute kommt, sowohl unter anderen Versicherungsbedingungen als auch bloß für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum am Beginn der Versicherung gewährt wird.“

Aus der Entscheidung ergibt sich somit, dass Differenzierungen in der Höhe der Beitragsgrundlagen nicht notwendigerweise gleichheitswidrig sind. Allerdings bezog sich das Erkenntnis auf unterschiedliche Beitragsgrundlagen zwischen verschiedenen Versichertengruppen, nämlich den gewerblich Selbständigen und der „neuen Selbständigen“. In diesem Fall erachtet der VfGH Privilegierungen der gewerblich Selbständigen für verfassungskonform. Er stützt sich dabei auf die Erwägung, dass Gewerbetreibende gegenüber neuen Selbständigen sozialversicherungsrechtlich in mehrfacher Hinsicht benachteiligt seien: So unterliegen neue Selbständige auch dann der Pflichtversicherung mit den damit verbundenen Fixkosten unterliegen, wenn sie etwa aufgrund hoher notwendiger Anfangsinvestitionen Verluste erleiden, während neue Selbständige, die voraussichtlich keine Einkünfte über der maßgeblichen Versicherungsgrenze erzielen werden, nicht in die Pflichtversicherung einbezogen sind und daher im Stadium der Unternehmensgründung auch keine derartigen Fixkosten veranschlagen müssen. Außerdem verfügten Neuunternehmer, die nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG versichert

sind, in der Regel über wenig Kapital, während neue Selbständige oft in einem anderen Beruf etabliert seien, sodass sie keiner generellen Förderung durch das Sozialversicherungssystem bedürften. Weiters unterlägen die nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG Pflichtversicherten einer oder mehrerer Kammermitgliedschaften) und müssten daher nicht unwesentliche Beiträge entrichten. Diese Verpflichtung treffe neue Selbständige demgegenüber nicht.

Aus der Entscheidung ist daher lediglich die Verfassungskonformität einer Differenzierung im Beitragsrecht zwischen Gewerbe treibenden und sonstigen der Versicherungspflicht unterliegenden Jungunternehmern ableitbar. Für einen gewissen Zeitraum dürfen dabei Gewerbetreibende gegenüber neuen Selbständigen begünstigt werden. Argumente für die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Beitragshöhe innerhalb der Gruppe der neuen Selbständigen lassen daraus hingegen mE nicht gewinnen. Die Verfassungskonformität des in dieser Art differenzierenden § 25 Abs 4 Z 2 GSVG ist daher überaus zweifelhaft.

7. Abgrenzungsfragen

7.1. Problemstellung

Die Frage, nach welchen Bestimmungen ein Beschäftigter in die Pflichtversicherung einzubeziehen ist, kann strittig sein. Obwohl die Problematik Unterschiede zu arbeitsrechtlichen Problemstellung aufweist, ist mE das für das Arbeitsrecht dargestellte Prüfschema³⁷⁸ im Wesentlichen auch für sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen sinnvoll. Demnach ist zuerst zu prüfen, ob ein Werkvertrag vorliegt.³⁷⁹ Bejahendenfalls kann keine Versicherungspflicht nach dem ASVG bestehen, weshalb nur eine Versicherung nach dem GSVG (in concreto als „neuer Selbständiger“) in Betracht kommt. Verneinendenfalls kann die Pflichtversicherung als Dienstnehmer gem § 4 Abs 2 ASVG oder „arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer“ iSd § 4 Abs 4 ASVG zum Tragen kommen. Liegt zwar ein freier Dienstvertrag vor, fehlen jedoch die Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit, so unterliegt der Betreffende ebenfalls der Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“ nach dem GSVG.

Verfahrensrechtlich ergeben sich bei Vorliegen eines Zweifelfalles interessante Konstellationen.³⁸⁰

Bsp:

Ein Beschäftigter und ein Beschäftigter treten in eine vertragliche Beziehung zueinander. Der Beschäftigte soll bei Durchführung seiner Tätigkeit unabhängig sein; daher wird der Vertrag als Werkvertrag bezeichnet. Konsequenterweise wird daher auch vereinbart, dass der Beschäftigte das Entgelt (Honorar) selbst zu versteuern und auch alle Sozialversicherungsabgaben selbst zu tragen hat. Der Beschäftigter führt daher auch keine Anmeldung zur GKK durch.

Die Frage, ob der Vertrag tatsächlich als Werkvertrag oder nicht vielmehr als Dienstvertrag oder freier Dienstvertrag zu qualifizieren ist, kann in Folge in verschiedenen Zusammenhängen aufgeworfen werden. So könnte die zuständige GKK im Zuge einer Beitragsprüfung ein

³⁷⁸ Erster Teil, Punkt 5.3.6.5.

³⁷⁹ Unklar mE *Blasina*, Dienstnehmer 88 f, der zwar einräumt, dass sämtliche Formen des Dienstverhältnisses als Dauerschuldverhältnisse vom Werkvertrag als Zielschuldverhältnisse abgrenzbar sind, mit der Prüfung aber (dennoch) beim Merkmal der persönlichen Abhängigkeit ansetzt.

³⁸⁰ *Runggaldier*, Probleme der Einführung einer alle Erwerbseinkommen umfassenden Sozialversicherungspflicht, ÖJZ 1998, 497.

Verfahren zur Feststellung der Versicherungspflicht einleiten; auch der Beschäftigte selbst ein solche Verfahren bei der GKK anregen. Geschieht das nicht, wird der Beschäftigte entweder eine Meldung an die SVA gem § 18 GSVG erstatten oder die SVA wird vom Finanzamt über das Vorliegen von Einkünften aus selbständiger Arbeit informiert.

7.2. Bindungswirkung und Vorfragenproblematik

Liegt bereits ein rechtskräftiger Bescheid der GKK über das Bestehen der Versicherungspflicht gem § 4 Abs 2 oder Abs 4 ASVG vor, so ist die SVA daran gebunden. Hat die GKK hingegen bloß eine Beitragsvorschrift erlassen, ist die Bindungswirkung mE zu verneinen,³⁸¹ da das Eintreten der Bindungswirkung die Rechtskraftfähigkeit der die Bindung auslösenden Entscheidung voraussetzt. Daher kann die Versicherungspflicht gem § 4 Abs 2 oder Abs 4 ASVG in diesem Fall von der SVA als Vorfrage beurteilt werden.

Gegen diese Auffassung kann auch § 194a GSVG nicht ins Treffen geführt werden. Diese Bestimmung ermöglicht selbständig Erwerbstätigen, einen Feststellungsbescheid bei der SVA darüber zu beantragen, ob die in § 2 Abs 1 Z 4 S 1 GSVG angeführten Voraussetzungen vorliegen. Diese Bestimmung wurde vor dem Hintergrund geschaffen, dass ein Feststellungsbescheid den Nachweis voraussetzt, dass ein rechtliches Interesse des Antragstellers an der Erlassung des betreffenden Bescheides besteht. Sie zielt darauf ab, einen Feststellungsbescheid auch bereits dann zu ermöglichen, wenn noch nicht feststeht, ob die Einkünfte die Versicherungsgrenzen überschreiten werden.³⁸² Ohne explizite gesetzliche Regelung bestünde (zumindest) in dieser Konstellation die Gefahr, dass das Vorliegen eines rechtlichen Interesses an der begehrten Feststellung vom VwGH verneint würde.

Im Verfahren gem § 194a GSVG darf die SVA das Vorliegen einer Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG nicht selbständig als Vorfrage beurteilen, sondern muss diese Frage der GKK zur Entscheidung vorlegen. Da diese Regelung aber eben nur für den Fall getroffen wurde, dass ein auf die Erlassung eines Bescheides durch die SVA abzielender Feststellungsantrag gestellt wurde, ist mE daraus abzuleiten, dass der SVA die Möglichkeit der Vorfragenbeurteilung offen steht, wenn kein Feststellungsantrag eingebracht wurde.

³⁸¹ Anders die Materialien; vgl 886 BlgNR 20. GP, 107.

³⁸² EB RV 1235 BlgNR 20. GP, 39 f.

7.3. Rückabwicklung

7.3.1. Problemstellung

Die Frage, ob das Sozialversicherungsverhältnis rückabzuwickeln ist, kann in mehreren Konstellationen auftreten: So kann ein Dienstvertrag iSd § 4 Abs 2 ASVG fälschlicherweise als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 leg cit oder als die Versicherungspflicht als „neuer Selbständiger“ gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG auslösender freier Dienstvertrag, der die Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit gem § 4 Abs 4 ASVG nicht erfüllt, behandelt worden sein. Weiters ist es möglich, dass ein arbeitnehmerähnlicher freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 ASVG zu Unrecht als „selbständiger freier Dienstvertrag“ iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG qualifiziert wurde. Die Variante, dass ein Dienstvertrag iSd § 4 Abs 2 ASVG unzutreffend als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 leg cit behandelt wurde, hat jedoch sozialversicherungsrechtlich keine große praktische Relevanz, da der Vertrag in jedem Fall der Versicherungspflicht nach dem ASVG unterliegt.

7.3.2. Rückabwicklungsverbot

§§ 10 Abs 1a und 410 Abs 1 Z 8 ASVG räumen der GKK die Möglichkeit ein, das Bestehen einer Pflichtversicherung als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer gem § 4 Abs 4 ASVG „entgegen einer bereits bestehenden Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG“ durch Bescheid festzustellen. Ein solcher Bescheid bewirkt das Eintreten der Pflichtversicherung nach dem ASVG mit dem Tag der Bescheiderlassung. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens über die (bis zur Bescheiderlassung durch die GKK) bestehende Pflichtversicherung nach dem GSVG wird durch § 10 Abs 1a ASVG jedoch ausgeschlossen. In diesem Fall kommt es also zu keiner sozialversicherungsrechtlichen Rückabwicklung.

7.3.3. Analogiefähigkeit des Rückabwicklungsverbotes

7.3.3.1. Lehre und Judikatur

In der Lehre wird die Frage, ob § 10 Abs 1a ASVG analog anzuwenden ist, wenn die GKK feststellt, dass anstelle einer selbständigen Tätigkeit gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG ein Dienstver-

hältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG vorliegt, bejaht.³⁸³ Dies wird damit begründet, dass die Rückabwicklungsschwierigkeiten ebenso groß sind, wenn es kein arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer, sondern ein Dienstnehmer ist, der fälschlicher Weise als „selbständiger freier Dienstnehmer“ behandelt wird.

Die Judikatur scheint die Analogiefähigkeit der Bestimmung hingegen zu verneinen. So hat der OGH entschieden, dass die richtige sozialversicherungsrechtliche Zuordnung mangels entgegenstehender gesetzlicher Bestimmung auch rückwirkend durchsetzbar ist.³⁸⁴ Auch der VwGH bejaht die Rückforderbarkeit fälschlich entrichteter GSVG-Beiträge.³⁸⁵

7.3.3.2. Eigene Meinung

ME liegt keine – für die Analogiefähigkeit einer Norm notwendige – planwidrige Lücke vor: Offenbar erachtet der Gesetzgeber die Abgrenzung von „neuen Selbständigen“ zu arbeitnehmerähnlichen freien Dienstverhältnissen“ schwieriger als zu „echten“ Dienstverhältnissen³⁸⁶ und beschränkt den Ausschluss der Rückabwicklung aus diesem Grund auf die zuerst angeführte Konstellation.

Der Grund für den Ausschluss der Rückabwicklung liegt mE daher weniger in den damit verbundenen Schwierigkeiten, sondern darin, dass für die Parteien schwer(er) erkennbar ist, wie der von ihnen geschlossene Vertrag (sozialversicherungsrechtlich) korrekt zuzuordnen ist und ihnen ihre Fehleinschätzung daher in bloß geringe(re)m Ausmaß vorwerfbar ist. Unabhängig davon, ob man dies meritorisch für zutreffend erachtet oder nicht, ist es mE nicht plausibel, anzunehmen, der Gesetzgeber hätte bloß darauf „vergessen“, Dienstverhältnisse iSd § 4 Abs 2 ASVG in den Anwendungsbereich des § 10 Abs 1a ASVG mit einzubeziehen. Vielmehr wurde mE eine bewusste Differenzierung vorgenommen.

Würde man den Rückabwicklungsausschluss im Übrigen wegen der damit verbundenen Komplikationen bejahen, dürfte es konsequenter Weise auch dann zu keiner Rückabwicklung kommen, wenn ein (scheinbar arbeitnehmerähnlicher) freier Dienstnehmer eine Gewerbebe-

³⁸³ *Kietzbl*, Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, ZAS 2006/26; *Höfle*, Abgrenzung freie Dienstnehmer – „neue Selbständige“, „Rückwirkungsschutz“, ASoK 2000, 322.

³⁸⁴ OGH 17.2.2005, 8 ObA 20/04f, wbl 2005, 478.

³⁸⁵ VwGH 21.11.2001, 97/08/0171.

³⁸⁶ EB RV 1234 BlgNR 20. GP 13.

rechtigung für seine Tätigkeit hat und daher gem § 2 Abs 1 Z 1 GSVG als Selbständiger versichert ist. § 10 Abs 1a ASVG müsste dann wohl auf sämtliche Fälle nachträglich aufgedeckter Scheinselbständigkeit analog angewendet werden.

7.3.4. Konsequenzen der Rückabwicklung

7.3.4.1. Abzugsrecht des Dienstgebers

Die GKK ist berechtigt, vom Dienstgeber Beitragsnachzahlungen für die Vergangenheit zu verlangen, soweit die Verpflichtung zur Beitragsentrichtung noch nicht verjährt ist. Da die Beitragsbelastung nach dem ASVG höher ist als nach dem GSVG,³⁸⁷ stellt sich die Frage, ob der Dienstgeber berechtigt, dem Dienstnehmer die auf ihn entfallenden Anteile gem § 60 Abs 1 ASVG vom Entgelt abzuziehen. Dies hängt davon ab, ob den Dienstgeber ein Verschulden an der verspäteten Beitragsentrichtung trifft, da er das Abzugsrecht in diesem Fall – bei sonstigem Verlust – spätestens bei der auf die Fälligkeit des Beitrages folgenden Entgeltzahlung ausüben muss. Da dem Dienstgeber die rechtliche Fehleinschätzung des Vertragsverhältnisses als Fahrlässigkeit anzulasten ist,³⁸⁸ hat er das Abzugsrecht gem § 60 Abs 1 ASVG in den hier relevanten Sachverhalten verloren. Gebührt dem Dienstnehmer aufgrund der Aufrollung des – auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht als Dienstvertrag zu qualifizierenden – Vertrages allerdings eine Entgeltnachzahlung, so ist der Dienstgeber berechtigt, das Abzugsrecht für die darauf entfallenden Dienstnehmerbeiträge auszuüben, da § 60 Abs 1 ASVG auch bei verspäteter Entgeltzahlung anzuwenden ist.³⁸⁹

7.3.4.2. Rückforderbarkeit von GSVG-Beiträgen

Beiträge, die der Dienstnehmer in der Meinung, der Vertrag sei als selbständiges freies Dienstverhältnis zu qualifizieren, an die SVA entrichtet hat, können nach Maßgabe des § 41 GSVG zurückgefordert werden. Als (im Sinne des § 41 Abs 1 GSVG) ungebührlich entrichtete (und rückforderbare) Leistungen sind mE jedenfalls Beiträge zur Unfallversicherung anzusehen, da diese zur Gänze dem Dienstgeber zur Last fallen. Da die Leistung von Beiträgen (durch den Dienstnehmer) in diesem Fall kein Äquivalent für die Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen darstellt, kann es für die Rückforderbarkeit der vom Dienstnehmer zu

³⁸⁷ Vgl *Freudhofmeier*, Scheinselbständigkeit und ihre Folgen aus sozialversicherungs- und einkommenssteuerrechtlicher Sicht, *ecolx* 2008, 994.

³⁸⁸ OGH 15.11.2001, 8 ObA 63/01z; *Mazal*, Beitragsfeststellung und Verschulden, *ecolx* 1994, 110.

³⁸⁹ OGH 24.11.1993, 9 ObA 222/93, DRdA 1994/34 (*Runggaldier*).

Unrecht entrichteten Unfallversicherungsbeiträge keine Rolle spielen, ob Leistungen aus der Unfallversicherung bezogen wurden oder nicht.

Ausgeschlossen ist die Rückforderbarkeit von Beiträgen, gestützt auf die analoge Anwendung des § 1432 ABGB, nach Meinung der – mE zutreffenden – herrschenden Lehre, wenn der Dienstnehmer wusste, dass in Wahrheit kein selbständiges freies Dienstverhältnis, sondern ein Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG vorliegt.³⁹⁰ Weiters ist die Rückforderung gem § 41 Abs 2 erster Satz GSVG ausgeschlossen, wenn der Versicherte innerhalb des Zeitraums, für den Beiträge (zu Unrecht) entrichtet wurden, eine Leistung nach dem GSVG bezogen hat (dies gilt mE, wie oben erwähnt, allerdings nicht für Leistungen aus einem Versicherungsfall der Unfallversicherung). Fraglich ist aber, ob es in diesem Fall zu einer internen Verrechnung zwischen den Sozialversicherungsträgern kommen kann. Dies ist deshalb auch für die Parteien des Dienstvertrages relevant, weil § 41 Abs 3 GSVG anordnet, dass der unzuständige Versicherungsträger in diesem Fall die ungebührlich entrichteten Beiträge an den zuständigen Versicherungsträger zu überweisen hat und die überwiesenen Beiträge auf die geschuldeten Beiträge anzurechnen sind.

7.3.4.3. Erstattungsanspruch

§ 41 Abs 3 GSVG setzt voraus, dass dem Versicherungsträger, der die Beiträge zu Unrecht empfangen hat (also die SVA), einen Erstattungsanspruch gem § 182 GSVG gegen den Versicherungsträger hat, der zur Leistungserbringung zuständig ist. Als Versicherungsträger, der für die Leistungserbringung zuständig ist, kommt im Normalfall nur ein Krankenversicherungsträger (GKK) in Betracht: Für die Erbringung von Leistungen aus der Unfallversicherung ist sowohl nach dem ASVG als auch dem GSVG die AUVA zuständig, sodass wegen Identität der beteiligten Versicherungsträger kein Ersatzanspruch entstehen kann. Dieser Umstand harmonisiert damit, dass Unfallversicherungsbeiträge vom Dienstnehmer ohnehin auch dann zurückgefordert werden können, wenn er Leistungen aus der Unfallversicherung bezogen hat, sodass für die Anwendung des § 41 Abs 3 GSVG gegenüber dem Unfallversicherungsträger kein Raum bleibt. Ein Erstattungsanspruch gegen die PVA würde voraussetzen, dass die SVA bereits Leistungen aus der Pensionsversicherung erbracht hat, die Scheinselbstständigkeit also erst nach Antritt der Pension des Dienstnehmers aufgedeckt wird.

³⁹⁰ Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis (1977) 263 f.

Da § 41 Abs 3 GSVG das Bestehen eines Erstattungsanspruches gem § 182 leg cit voraussetzt, diese Norm aber bloß Ersatzansprüche zwischen Kranken- und Unfallversicherungsträgern regelt, kann ein Rückforderungsanspruch gem § 41 Abs 3 GSVG nur bejaht werden, wenn § 182 GSVG analog auf Ersatzansprüche zwischen verschiedenen Krankenversicherungsträgern angewendet wird. Die Analogiefähigkeit dieser Norm auf die in § 41 Abs 3 GSVG geregelten Konstellation ist wohl zu bejahen, da es in beiden Fällen darum geht, dass die Versicherungspflicht bei einem anderen Träger besteht als bei jenem, an den Beiträge abgeführt wurden. Daher kann es mE keinen Unterschied machen, zwischen welchen Versicherungsträgern der Ausgleich erfolgen soll.

7.3.4.4. Durchführung der Anrechnung

Fraglich ist, ob die nach dem GSVG zu Unrecht entrichteten Beiträge bloß auf den Dienstnehmer-Anteil der nach dem ASVG bestehenden Beitragsschuld oder auf die gesamte Beitragsschuld anzurechnen sind. Da dem Dienstgeber andernfalls ein Vorteil erwachsen würde, ist die Anrechnung wohl auf die Dienstnehmer-Anteile zu beschränken. Der Dienstgeber, der gleichzeitig Beitragsschuldner ist, hat daher einen gegen die GKK gerichteten Anspruch auf Reduktion der nachzuzahlenden Dienstnehmer-Anteile um die zu Unrecht nach dem GSVG entrichteten Beiträge. Übersteigt die Summe der zu Unrecht entrichteten GSVG-Beiträge den auf die Dienstnehmer-Beiträge entfallenden Teil der ASVG-Beitragsschuld, ist der Überschuss auf die Dienstnehmer-Anteile der künftig fälligen ASVG-Beiträge gutzuschreiben bzw – sollte das Dienstverhältnis in der Zwischenzeit bereits beendet worden sein – dem Dienstnehmer zu erstatten.

7.3.4.5. Regress im Innenverhältnis

Kann der Dienstnehmer die nach dem GSVG zu Unrecht entrichteten Beiträge zurückfordern (da er keine Leistungen bezogen hat oder es sich um Beiträge zur Unfallversicherung handelt), ergibt sich aus bereicherungsrechtlichen Überlegungen, dass dem Dienstgeber ein Regressrecht in Bezug auf die Dienstgeber-Anteile nach dem ASVG zukommt, da andernfalls der Dienstnehmer die Beiträge nach dem GSVG in voller Höhe zurückfordern könnte und der Dienstgeber zur Gänze die ASVG-Beiträge entrichten müsste.

Kommt das Rückforderungsrecht dem Dienstgeber zu (da es sich um Beiträge zur Krankenversicherung handelt und der Dienstnehmer Leistungen nach dem GSVG bezogen hat), stellt sich die Frage, ob er einen Anspruch gegen den Dienstnehmer auf Ersatz des durch die Verpflichtung zur Entrichtung von Dienstnehmer-Beiträgen begründeten Teiles der Beitragsschuld hat, der durch die Anrechnung nicht getilgt wird. Da der Dienstgeber, der das gem § 60 Abs 1 ASVG eingeräumte Abzugsrecht verloren hat, den auf die Sozialversicherungsbeiträge entfallenden Dienstnehmer-Anteil endgültig selbst zu tragen hat,³⁹¹ ist diese Frage zu verneinen. Der Dienstgeber schuldet in diesem Fall die nach dem ASVG zu entrichtenden Dienstnehmer-Beiträge auch im Innenverhältnis und trägt demnach auch das Risiko, dass ihn die Anrechnung nicht zur Gänze von dieser Verpflichtung entlastet.

³⁹¹ OGH 16.5.1961, 4 Ob 60/61.

8. Mehrfache Beschäftigung

8.1. Grundsätzliches

Bei künstlerischen Tätigkeiten ist es nicht untypisch, dass diese nicht als „Brotberuf“, sondern als Zweitbeschäftigung ausgeübt werden. Daher ist auch das Problem der mehrfachen Beschäftigung für die hier untersuchte Themenstellung relevant. Dabei wird auch die Konstellation, dass sich ein im Hauptberuf als nach dem B-KUVG Versicherter nebenbei als Künstler betätigt und somit eine Mehrfachbeschäftigung nach B-KUVG und ASVG bzw GSVG vorliegt, in die Darstellung mit einbezogen.

Die Frage, wie sich eine mehrfache Beschäftigung sozialversicherungsrechtlich auswirkt, kann nach dem Kumulations- oder dem Subsidiaritätsprinzip gelöst werden. Das Kumulationsprinzip bedeutet, dass eine mehrfache Beschäftigung auch eine mehrfache Versicherungspflicht zur Folge hat. Eine uneingeschränkte Verwirklichung dieses Prinzips würde bewirken, dass jedes Arbeitseinkommen der Beitragsberechnung jeweils bis zur Höchstbeitragsgrundlage zugrunde gelegt wird. Diese Konstruktion findet sich jedoch nur in der Unfallversicherung; in der Kranken- und Pensionsversicherung tritt hingegen zwar eine Mehrfachversicherung ein, die aber durch Höchstgrenzen der Beitragspflicht beschränkt wird.

Das Subsidiaritätsprinzip bedeutet, dass bloß eine Versicherung besteht. Dieses Prinzip galt vor dem ASRÄG 1997 in der Krankenversicherung beim Zusammentreffen von selbständiger und unselbständiger Beschäftigung.³⁹²

8.2. Mehrfache Versicherungspflicht nach dem ASVG

Mehrere die Versicherungspflicht nach dem ASVG auslösende Dienstverhältnisse (zu verschiedenen Dienstgebern) werden versicherungs- und beitragsrechtlich grundsätzlich getrennt behandelt. Sie führen daher zunächst zu einer mehrfachen Versicherungspflicht. In der Kranken- und Pensionsversicherung werden die Einkommen aus den verschiedenen Beschäftigungen, die im Laufe jeweils eines Jahres erzielt werden, jedoch nachträglich für betreffende Jahr zusammengerechnet und mit der jährlichen Höchstbeitragsgrundlage verglichen.

³⁹² Höfle, Mehrfachversicherung – Subsidiarität – Rückerstattung von SV-Beiträgen bis 31. Jänner, ASoK 1998, 10; Thomanetz, Mehrfachversicherung für freie Dienstnehmer in der Krankenversicherung? ASoK 1998, 69.

Die Krankenversicherungsbeiträge, die für das die Höchstbeitragsgrundlage übersteigende Einkommen bezahlt wurden, werden dem Versicherten auf Antrag in Höhe eines Beitragssatzes von 4 % rückerstattet.³⁹³ Der Antrag ist bis zum Ablauf des dem Beitragsjahr dritt folgenden Kalenderjahrs zu stellen, kann aber auch für die folgenden Beitragsjahre gestellt werden (wodurch sich die jährliche Antragstellung erübrigt).³⁹⁴

In der Pensionsversicherung hat der Versicherte die Wahl zwischen Rückerstattung und Höherversicherung. Die Beiträge, die für die über der Höchstbeitragsgrundlage bezogenen Einkünfte entrichtet wurden, werden auf Antrag mit dem halben Beitragssatz (11,4 %) rückerstattet. Wird keine Rückerstattung beantragt, fließt der gesamte Beitrag (22,8 %) bis zur doppelten Höchstbeitragsgrundlage in die Höherversicherung. Überschreitet das Gesamteinkommen auch die doppelte Höchstbeitragsgrundlage, werden dem Versicherten die nicht mehr für die Höherversicherung anrechenbaren Beiträge entweder bei Eintritt des Versicherungsfalles oder auf Antrag jährlich rückerstattet.³⁹⁵

8.3. ASVG-Beschäftigung und selbständige Erwerbstätigkeit nach dem GSVG

In der Pensionsversicherung besteht grundsätzlich sowohl im ASVG als auch im GSVG Versicherungspflicht bis zum Erreichen der Höchstbeitragsgrundlage. § 127b GSVG limitiert allerdings die Höhe der (insgesamt bestehenden) Beitragspflicht mit dem Ausmaß der Höchstbeitragsgrundlage. Im Ergebnis besteht somit kein Unterschied zwischen mehreren nach dem ASVG versicherungspflichtigen Dienstverhältnissen und einer Mehrfachversicherung die sich aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit zusammensetzt.

Der Versicherte hat auch in diesem Fall die Wahl zwischen der Höherversicherung und der Beantragung der Rückerstattung mit dem halben ASVG-Beitragssatz. Darüber hinaus besteht aber auch die Möglichkeit, eine Differenzvorschreibung gem § 35a GSVG zu beantragen. Macht der Versicherte glaubhaft, dass die Summe seiner sozialversicherungspflichtigen Einkünfte (nach dem ASVG und GSVG) die Höchstbeitragsgrundlage übersteigt, wird die GSVG-Beitragsgrundlage vorläufig in einer Höhe festgelegt, die zu keiner Überschreitung der Höchstbeitragsgrundlage führt. Liegt bereits das Entgelt, das nach dem ASVG zu berücksich-

³⁹³ § 70a Abs 1 ASVG.

³⁹⁴ § 70a Abs 3 ASVG.

³⁹⁵ § 70 Abs 1 und 2 ASVG.

tigen ist, über der Höchstbeitragsgrundlage, wird nach dem GSVG überhaupt kein Beitrag vorgeschrieben. In all diesen Fällen kann es allerdings zu einer nachträglichen Beitragsvorschreibung kommen, wenn sich nach Feststehen der endgültigen Höhe der Beitragsgrundlage erweist, dass die Höchstbeitragsgrundlage doch nicht überschritten wurde.

In der Krankenversicherung gilt seit 1.1.2000 ebenfalls das Prinzip der Mehrfachversicherung. Auch hierbei ist es möglich, die Rückerstattung der über die Höchstbeitragsgrundlage hinaus geleisteten Beiträge oder eine Differenzvorschreibung zu beantragen.³⁹⁶ In der Unfallversicherung kommt es zu einer echten Mehrfachversicherung mit einem einheitlichen Beitragssatz für GSVG-Versicherte.³⁹⁷

8.4. Beamter mit ASVG-Beschäftigung

In der Krankenversicherung besteht Beitragspflicht sowohl nach dem ASVG als auch dem B-KUVG jeweils bis zur Höchstbeitragsgrundlage. § 24b B-KUVG sieht eine Rückerstattung der Beiträge vor, die für Bezüge über der ASVG-Höchstbeitragsgrundlage geleistet worden, vor. In der Unfallversicherung kommt es dagegen zu einer echten Mehrfachversicherung ohne Höchstgrenze.

In der Pensionsversicherung ist die Nebentätigkeit eines Beamten bis zur ASVG-Höchstbeitragsgrundlage beitragspflichtig, ohne die Möglichkeit der Beitragsrückerstattung zu eröffnen, wenn das Gesamteinkommen über der Höchstbeitragsgrundlage liegt. Diese Möglichkeit besteht allerdings dann, wenn der Beamte eine ASVG-versicherungspflichtige Tätigkeit während eines Karenzurlaubes ausübt.³⁹⁸

8.5. Beamter mit selbständiger Erwerbstätigkeit

In der Krankenversicherung besteht Beitragspflicht mit Rückerstattungsmöglichkeit bei Überschreiten der Beitragsgrenze. Eine Differenzvorschreibung oder gegebenenfalls eine Befreiung von der Beitragspflicht ist vom Gesetzgeber vorgesehen.³⁹⁹

³⁹⁶ § 36 Abs 3 GSVG.

³⁹⁷ § 74 Abs 1 ASVG.

³⁹⁸ § 70 Abs 5 ASVG.

³⁹⁹ § 35b GSVG.

In der Unfallversicherung besteht eine Mehrfachversicherung, bei der der pauschalierte Beitrag für Selbständige zu entrichten ist.

Beamte, die daneben eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, sind nach dem GSVG eigenständig pensionsversichert und haben Beiträge bis zur Höchstbeitragsgrundlage zu entrichten. Allerdings sieht § 273 Abs 7 und 8 GSVG Ausnahmebestimmungen für ältere Personen vor.

8.6. Mehrere selbständige Erwerbstätigkeiten

Innerhalb des GSVG werden die verschiedenen Einkünfte zusammengerechnet und unterliegen der Beitragspflicht bis zum Ausmaß der Höchstbeitragsgrundlage. Diese richtet sich für Versicherte, die sowohl aufgrund einer Gewerbeberechtigung als auch außerhalb einer solchen in das GSVG einbezogen sind, insgesamt nach den Bestimmungen, die vor dem ASRÄG 1997 anzuwenden waren. Das bedeutet, dass die Mindestbeitragsgrundlage des § 25 Abs 4 Z 1 GSVG zur Anwendung kommt und in der Pensionsversicherung die niedrigeren Pensionsbeitragssätze auf die gesamte Beitragsgrundlage anzuwenden sind.⁴⁰⁰

8.7. Leistungen

8.7.1. Krankenversicherung

In der Krankenversicherung gilt bei mehrfacher Versicherung generell das Prinzip, dass Sachleistungen nur einmal in Anspruch genommen werden können, Geldleistungen hingegen auch mehrfach. Kostenerstattungen werden allerdings als Sachleistungen behandelt und gebühren daher nur einmal. Zuständig für die Erbringung der Sachleistungen ist der Versicherungsträger, den der Versicherte zuerst in Anspruch nimmt⁴⁰¹

8.7.2. Unfallversicherung

In der Unfallversicherung sind für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für Geldleistungen alle unfallversicherten selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten zu berücksichtigen.

⁴⁰⁰ § 27 Abs 1 GSVG.

⁴⁰¹ § 128 ASVG; 912 BlgNR 20. GP, 6.

Dies gilt auch dann, wenn die einzelnen Tätigkeiten nebeneinander ausgeübt werden.⁴⁰² Übt etwa jemand neben einem Dienstverhältnis noch eine selbständige Erwerbstätigkeit aus und erleidet bei Ausübung dieser selbständigen Erwerbstätigkeit einen Arbeitsunfall, aus dem ein Anspruch auf Versehrtenrente resultiert, so ist bei der Bemessung der Versehrtenrente – bis zur Höchstbemessungsgrundlage gem § 178 Abs 2 ASVG - auch das Entgelt aus dem Dienstverhältnis mit einzubeziehen.

Dies gilt allerdings nicht für Beamte, die eine Nebentätigkeit ausüben. Erleidet daher ein Beamter bei Ausübung einer Nebentätigkeit einen Unfall mit Dauerfolgen, so ist das Beamtengehalt nicht in die Bemessungsgrundlage für die Versehrtenrente mit einzubeziehen.

8.7.3. Pensionsversicherung

In der Pensionsversicherung werden zur Ermittlung der monatlichen Gesamtbeitragsgrundlage sämtliche Beitragsgrundlagen aus den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen (ASVG, GSVG) zusammengerechnet.⁴⁰³ Die aufgrund einer Mehrfachversicherung zusätzlich bezahlten Beiträge sind generell leistungswirksam; die Höherversicherung wird durch einen besonderen Steigerungsbetrag abgegolten. Übt ein Beamter eine Nebentätigkeit aus, werden Beiträge bzw Ansprüche nicht zusammengerechnet, sondern nach beiden Systemen (ASVG bzw GSVG und PG) wird separat geprüft, ob die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Ist dies der Fall, kann sowohl Anspruch auf eine Pension (nach ASVG oder GSVG) als auch auf einen Ruhegenuss erworben werden.

⁴⁰² § 178 Abs 1 ASVG.

⁴⁰³ Innerhalb des Anwendungsbereiches des APG wird nicht mehr nach einzelnen Berufsgruppen differenziert.

9. Geringfügige Beschäftigung

9.1. Geringfügigkeit im ASVG

9.1.1. Allgemeines

Eine geringfügige Beschäftigung ist durch das aus ihr erzielte Einkommen gekennzeichnet.⁴⁰⁴ Mehrfach geringfügig beschäftigte Dienstnehmer oder freie Dienstnehmer sind vollversichert, wenn ihr Gesamteinkommen die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt. Wird eine Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze und darüber hinaus eine geringfügige Beschäftigung ausgeübt, wird auch das geringfügige Entgelt in die Beitragsgrundlage mit einbezogen. Wird hingegen eine selbständige Erwerbstätigkeit gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (ohne Gewerbeberechtigung) ausgeübt, gilt bei Ausübung einer Nebentätigkeit eine eigene Versicherungsgrenze. Der Dienstgeber hat für die bei ihm geringfügig beschäftigten Dienstnehmer bzw freien Dienstnehmer einen pauschalen Beitrag zu entrichten, wenn die Summe ihrer monatlichen Entgelte das Eineinhalbfache der Geringfügigkeitsgrenze übersteigt.

Das Verfahren zur Ermittlung der allgemeinen Beitragsgrundlage für geringfügig Beschäftigte und zur Ermittlung der Geringfügigkeitsgrenze ist in § 44a ASVG geregelt. Zunächst wird aus dem Gesamtentgelt für die jeweilige geringfügige Beschäftigung unter Ausklammerung der Sonderzahlungen im Kalenderjahr eine Jahresbeitragsgrundlage gebildet. Um die allgemeine monatliche Beitragsgrundlage zu ermitteln, wird die Jahresbeitragsgrundlage durch die Zahl der Monate, in denen das geringfügige Dienstverhältnis ausgeübt wurde, zu teilen. Der Versicherte kann allerdings die tatsächlich bezogenen monatlichen Entgelte für die geringfügige Beschäftigung nachweisen und damit bewirken, dass diese für die Feststellung der Vollversicherungspflicht und die Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge zugrunde gelegt werden. Bei mehreren geringfügigen Beschäftigungen sind die durch Teilung der Jahresbeitragsgrundlage ermittelten oder vom Versicherten nachgewiesenen Entgelte zusammenzuzählen, um festzustellen, ob Vollversicherungspflicht besteht.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Karl, Die Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in die Sozialversicherung, ASoK 1997, 383; dies, Die Sozialversicherungspflicht geringfügig beschäftigter nach der 55. ASVG-Novelle, ASoK 1998, 357.

⁴⁰⁵ § 5 Abs 1 Z 2 ASVG.

Beitragszeitraum ist sowohl für Dienstgeber als auch Dienstnehmer das Kalenderjahr. Die Sozialversicherungsbeiträge werden daher einmal jährlich, zum Jahresende, vorgeschrieben.⁴⁰⁶ Davon gibt es aber zwei Ausnahmen:

- Bei mehrfacher geringfügiger Beschäftigung hat der Dienstnehmer bzw freie Dienstnehmer die Beiträge monatlich zu entrichten, wenn wegen der glaubhaften Mitteilung, dass die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird, eine Vollversicherung bzw eine besondere Formalversicherung gem § 471g ASVG eintritt.
- Dienstgeber und Versicherter können monatliche Beitragsvorauszahlungen leisten, deren Ausmaß mit dem Krankenversicherungsträger zu vereinbaren ist.⁴⁰⁷

9.1.2. Kurzfristige Beschäftigungen

Sowohl für die Frage der Versicherungspflicht als auch für die Berechnung der Beitragsgrundlagen bei geringfügigen Beschäftigungen wird im ASVG auf den Kalendermonat abgestellt.⁴⁰⁸ Von diesem Grundsatz bestehen jedoch Ausnahmen. Die bedeutendsten davon sind folgende:

- Gem § 5 Abs 2 Z 1 ASVG gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn es für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und das vereinbarte Entgelt sowohl im Durchschnitt für einen Arbeitstag als auch insgesamt einen bestimmten Betrag nicht überschreitet.⁴⁰⁹
- Bei fallweise beschäftigten Personen, das sind gem § 471b ASVG Personen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden und deren Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Wochen vereinbart ist, tritt die Pflichtversicherung nur ein, wenn das dem Dienstnehmer im betreffenden Beitragszeitraum im Durchschnitt für einen Arbeitstag gebührende Entgelt den in § 5 Abs 2 Z 1 ASVG angeführten Betrag übersteigt.⁴¹⁰

Diese unterschiedlichen gesetzlichen Vorschriften können Ungereimtheiten aufwerfen. So ist es bspw möglich, dass jemand in einem Kalendermonat an drei aufeinander folgenden Tagen beim selben Dienstgeber mit einem Entgelt arbeitet, das zwar die tägliche Geringfügigkeits-

⁴⁰⁶ § 44 Abs 2 ASVG.

⁴⁰⁷ § 58 Abs 8 ASVG.

⁴⁰⁸ §§ 5 Abs 1 Z 2, 44a Abs 2 und 3, 53a Abs 2 bis 4, 471k ASVG.

⁴⁰⁹ Für 2010: € 28,13 täglich und € 366,33 insgesamt.

⁴¹⁰ § 471c ASVG.

grenze über-, die Gesamtgrenze gem § 5 Abs 2 Z 1 ASVG (monatliche Geringfügigkeitsgrenze) jedoch unterschreitet. Eine Vollversicherung als fallweise Beschäftigter iSd § 471b ASVG kommt in diesem Fall nicht in Betracht, da Voraussetzung dafür ist, dass die (tageweise) Beschäftigung in unregelmäßiger Folge zurückgelegt wird.

Wird in diesem Monat kein anderes Entgelt bezogen, ist der Betreffende gem § 5 Abs 1 Z 2 ASVG von der Vollversicherung ausgenommen und gem § 7 Z 3 lit a ASVG in der Unfallversicherung teilversichert. Gleichzeitig werden aber die Kriterien für das Vorliegen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses iSd § 5 Abs 2 Z 1 ASVG nicht erfüllt, da zwar die insgesamt maßgebliche, nicht aber die tägliche Entgeltgrenze unterschritten wird.

Welche Konsequenzen dies nach sich zieht, ist allerdings fraglich. Eine Einbeziehung in die Vollversicherung wäre systemwidrig, da in diesem Fall mE nicht erklärbar wäre, warum Dienstnehmer, die die (identische) monatliche Geringfügigkeitsgrenze nach § 5 Abs 1 Z 2 ASVG unterschreiten, nicht der Vollversicherung unterliegen. § 53a Abs 1 ASVG ist ebenfalls nicht anwendbar, da auch diese Bestimmung auf die Unterschreitung der Geringfügigkeitsgrenze gem § 5 Abs 2 ASVG abstellt. Demnach ist vom Dienstgeber für diesen Personenkreis auch kein Pauschalbeitrag zur Unfallversicherung zu leisten.⁴¹¹ Wird die geringfügige Beschäftigung neben einem die Vollversicherung begründenden Dienstverhältnis ausgeübt, so käme allenfalls die Leistung eines Pauschalbetrages gem § 53a Abs 3 ASVG in Betracht, da diese Bestimmung lediglich auf das Vorliegen einer geringfügigen Beschäftigung abstellt, ohne anzufügen, dass es sich um eine geringfügige Beschäftigung iSd § 5 Abs 2 ASVG handeln muss. Das könnte daher auch so verstanden werden, dass auch Personen gemeint sind, die bloß die tägliche Geringfügigkeitsgrenze unterschreiten.

Eine Problemlösung auf Basis des Gesetzeswortlautes führt in diesen Fällen daher zum Ergebnis, dass weder eine Vollversicherung begründet noch Unfallversicherungsbeiträge entrichtet werden.

Als Alternative käme eine teleologische Reduktion der §§ 5 Abs 1 Z 2 ASVG bzw § 53a Abs 1 ASVG in Betracht, sodass durch Beschäftigungsverhältnisse, die für kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart werden und durch die die täglichen Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird, jedenfalls eine Vollversicherung begründet wird.

⁴¹¹ Gleiches gilt für die Dienstgeberabgabe gem § 1 Abs 1 DAG.

9.1.3. Selbstversicherung bei geringfügiger Beschäftigung

§ 19a ASVG eröffnet geringfügig Beschäftigten die Möglichkeit der Selbstversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung. Durch die 55. ASVG-Novelle wurde, um einer missbräuchlichen Inanspruchnahme vorzubeugen,⁴¹² die Subsidiarität dieser Selbstversicherung gegenüber einer Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung festgeschrieben. Weiters sind auch Personen, die von der Angehörigeneigenschaft in der Krankenversicherung ausgenommen sind (§ 123 Abs 9 und 10 ASVG) sowie Bezieher einer Eigenpension von der Möglichkeit der Selbstversicherung gemäß § 19a ASVG ausgenommen.

In der Krankenversicherung löst die Selbstversicherung bei geringfügiger Beschäftigung dieselben Rechtswirkungen aus wie eine Pflichtversicherung.⁴¹³ Es besteht daher auch Anspruch auf Geldleistungen. Das Krankengeld bemisst sich für diese Personengruppe nach § 141 Abs 5 ASVG, dh, die Höhe des Krankengeldes ist mit einem Fixbetrag limitiert.

⁴¹² EB RV 1234 BlgNR 20. GP, 7.

⁴¹³ § 19a Abs 6 ASVG.

9.2. Selbständige mit bloß geringfügigen Einkünften

9.2.1. Neue Selbständige

Für „neue Selbständige“ kennt das GSVG zwei unterschiedliche Versicherungsgrenzen:

Neue Selbständige, die ausschließlich die die Versicherungspflicht gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG auslösende Tätigkeit ausüben, sind von der Pflichtversicherung ausgenommen, wenn ihr Einkommen (Summe ihrer Beitragsgrundlagen) im Kalenderjahr die Höhe des in § 4 Abs 1 Z 5 GSVG angeführten Betrages nicht übersteigt. Werden daneben noch andere Einkommen oder Sozialleistungen bezogen (Pension, Ruhe- oder Versorgungsgenuss, Kranken- oder Wochenlohn, Sonderunterstützung, Geldleistungen nach dem ALVG), gilt hingegen die Versicherungsgrenze des § 4 Abs 1 Z 6 GSVG.

9.2.2. Ausnahme von Pflichtversicherung auf Antrag

Die meisten selbständigen Tätigkeiten unterliegen der Gewerbeordnung. Diese differenziert insbesondere nicht nach dem Umfang der ausgeübten Tätigkeit. Eine Tätigkeit wird gem § 1 Abs 2 GewO gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Als regelmäßig gilt auch bereits eine einmalige Handlung, die längere Zeit erfordert, oder wenn die Absicht besteht, sie zu wiederholen. Die Wiederholungsabsicht kann auch aus den Begleitumständen erschlossen werden.⁴¹⁴ Auch geringfügige Tätigkeiten unterliegen der GewO. Die Innehabung einer Gewerbeberechtigung zieht jedoch auch die Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer und diese wiederum die Pflichtversicherung gemäß dem GSVG nach sich.

Mit der Einführung einer Geringfügigkeitsgrenze im GSVG wurde daher bezweckt, nicht jeden Gewerbeberechtigten automatisch der Pflichtversicherung nach dem GSVG zu unterwerfen. Die Motive dafür liegen in der Schaffung eines positiven Anreizes zur Vermeidung illegaler Tätigkeiten (Ausüben eines Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung) und in der Erleichterung der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit.⁴¹⁵

⁴¹⁴ Feik in Bachmann et al (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁷ (2008) 132.

⁴¹⁵ 1235 BlgNR 20. GP, 6.

Gem § 4 Abs 1 Z 7 GSVG sind Gewerbetreibende daher von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung ausgenommen, wenn sie glaubhaft machen, dass ihre Umsätze und Einkünfte die im Gesetz genannten Grenzen nicht übersteigen. Voraussetzung ist, dass der Betreffende innerhalb der letzten 60 Kalendermonate nicht mehr als 12 Kalendermonate nach dem GSVG pflichtversichert war. Außerdem beschränkt sich der Anwendungsbereich der Bestimmung auf Personen, die ihr Gewerbe seit dem 1.1.1999 neu anmelden bzw im Falle einer länger ruhend gestellten Gewerbeberechtigung den Wiederbetrieb anmelden.⁴¹⁶

Stellt sich nachträglich heraus, dass diese Grenzen doch überschritten wurden, ist im Nachhinein festzustellen, dass die Pflichtversicherung vorliegt.

9.2.3. Kumulation von Ausnahmebestimmungen?

Fraglich ist, ob jemand gleichzeitig die Ausnahmen von der Versicherungspflicht in § 4 Abs 1 Z 6 und Z 7 GSVG geltend machen kann. Dies käme bei jemandem in Betracht, der Einkünfte aus selbständigen Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen (s)einer Gewerbeberechtigung ausgeübt werden, als auch aus sonstigen selbständigen Tätigkeiten erzielt. In diesem Fall wäre es möglich, dass die jeweiligen Geringfügigkeitsgrenzen zwar bei isolierter Betrachtung beider Tätigkeiten unterschritten werden, die Grenze gem § 4 Abs 1 Z 6 GSVG bei Zusammenrechnung aller Einkünfte aber überschritten wird.

In dieser Konstellation ist es daher fraglich, ob durch § 4 Abs 1 Z 6 GSVG nur diejenigen Einkünfte aus der selbständigen Tätigkeit, die im Rahmen der Gewerbeberechtigung ausgeübt werden, erfasst werden. Bejahendenfalls wären die Versicherungsgrenzen gem § 4 Abs 1 Z 6 und 7 GSVG somit kumulativ anwendbar. Der Wortlaut des § 4 Abs 1 Z 6 GSVG lässt die Frage offen, denn der Verweis auf § 2 Abs 1 Z 4 GSVG könnte so verstanden werden, dass lediglich die Einkünfte aus denjenigen selbständigen Tätigkeiten erfasst werden sollen, die aus selbständigen Tätigkeiten im Rahmen einer Gewerbeberechtigung erzielt werden.

Möglich wäre aber auch, diese Bestimmung so zu verstehen, dass zwar nur selbständig Erwerbstätige ausgenommen sein sollen, die eine Tätigkeit im Rahmen einer Gewerbeberechti-

⁴¹⁶ § 276 Abs 1 Z 2 GSVG; EB RV 1235 BlgNR 20. GP, 5 f.

gung ausüben, dass aber für die Berechnung der Geringfügigkeitsgrenze sämtliche Einkünfte aus der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterliegenden Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Für diese Auslegungsvariante spricht, dass auch im ASVG für die Frage, ob die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird, Entgelte, die aus verschiedenen Dienstverhältnissen erzielt werden.

Für Personen, die nach dem 31.12.1998 erstmals der Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 oder § 3 Abs 3 GSVG unterliegen (ua bildende Künstler), wurden die Beitragsgrundlage und die Mindestbeitragsgrundlage gesenkt.⁴¹⁷

⁴¹⁷ § 276 Abs 10 GSVG; *Gleitsmann*, Neue Wege in die Selbständigkeit, ASoK 1998, 258.

10. Das K-SVFG und dessen Probleme

10.1. Einrichtung und Funktionsweise des KSVE

Durch BGBl I 2001/131 wurde das K-SVFG geschaffen.⁴¹⁸ Mit diesem Gesetz wurde – als Reaktion auf das ASRÄG 1997, durch das es im Jahr 2001 zu einer Einbeziehung von freiberuflich tätigen Künstlern in die gewerbliche Sozialversicherung kam, der Künstler-Sozialversicherungsfonds eingerichtet. Durch die Installierung dieses Fonds sollte verhindert werden, dass die daraus resultierenden Pflichtversicherungsbeiträge bei den betroffenen Künstlern zu sozialen Härten führen. Der Fonds wird durch Einnahmen aus den Abgaben der Kabelrundfunkanlagenbetreiber und den Abgaben auf Satelliten-Receiver finanziert und leistet Zuschüsse an Künstler zu den von den Künstlern zu entrichtenden Beiträgen zur Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.⁴¹⁹

Die Leistung eines Zuschusses durch den Fonds ist an folgende Voraussetzungen gebunden:⁴²⁰

1. Antrag des Künstlers
2. Ausüben einer künstlerischen Tätigkeit und Vorliegen eines Einkommens aus dieser Tätigkeit in Höhe der Zwölfwachen monatlichen Geringfügigkeitsgrenze gem § 5 Abs 2 Z 2 ASVG
3. Vorliegen der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG aufgrund der künstlerischen Tätigkeit
4. Die Summe der Einkünfte des Künstlers gem § 2 Abs 3 EStG darf im Kalenderjahr einen Höchstbeitrag nicht überschreiten.

Der Beitragszuschuss gebührt maximal in der Höhe, in der der Künstler aufgrund der Ausübung seiner Tätigkeit Beiträge zur Pflichtversicherung zu leisten hat. Die maximale Höhe des Beitragszuschusses ist darüber hinaus mit einem Absolutbetrag begrenzt; dieser beträgt derzeit € 1.026 jährlich.⁴²¹

⁴¹⁸ Auf die Motive, die der Schaffung dieses Gesetzes zugrunde liegen, wird unter Punkt 10.2. eingegangen.

⁴¹⁹ §§ 4, 16 K-SVFG.

⁴²⁰ § 17 K-SVFG.

⁴²¹ § 18 Abs 1 K-SVFG.

Der Anspruch auf Beitragszuschuss besteht bei Vorliegen der Voraussetzungen auch für in der Vergangenheit liegende Zeiträume, die in den vier, dem Kalenderjahr der Antragstellung vorangehenden Kalenderjahren liegen.

Ein weiterer rückwirkender Anspruch wird dann begründet, wenn auch das Bestehen einer Pflichtversicherung in der gesetzlichen Pensionsversicherung nach dem GSVG erst rückwirkend festgestellt wird. Voraussetzung ist, dass innerhalb von sechs Monaten nach rechtskräftiger Feststellung ein Antrag gestellt wird und dass der Umstand, dass die Versicherungspflicht erst rückwirkend festgestellt wurde, nicht auf die Verletzung gesetzlicher Meldepflichten oder auf unwahre oder unvollständige Angaben des Betroffenen über dessen Einkommen zurückzuführen ist.

Der Fonds zahlt den Beitragszuschuss unmittelbar an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft aus und diese schreibt dem betreffenden Künstler lediglich die um den Zuschuss verringerten Pensionsversicherungsbeiträge vor.⁴²² Beitragszuschüsse, die über die Anspruchsberechtigung hinaus oder nach Wegfall des Anspruchs vom Fonds geleistet wurden, sind vom Künstler dem Fonds zurückzuzahlen.

⁴²² Soweit Beiträge an andere Sozialversicherungsträger zu leisten sind, hat die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft die entsprechenden Beitragszuschussteile gem § 21 Abs 2 letzter S K-SVFG an diese weiterzuleiten.

10.2. Einkommen aus künstlerischer Tätigkeit

Die Frage, welche Einkunftsarten zu Einkommen aus künstlerischer Tätigkeit iSd § 17 Abs 1 Z 2 K-SVFG zählen, wurde vom VwGH in der Entscheidung vom 20.2.2008, 2006/08/0035, beantwortet.⁴²³ Der VwGH bediente sich zunächst einer Wortinterpretation und leitete aus dem Umstand, dass in § 17 Abs 1 Z 2 und Z 4 unterschiedliche Bezeichnungen („Einkommen“ bzw „Einkünfte“) verwendet werden bzw dass nur in Z 4 auf das EStG verwiesen wird, ab, dass Z 2 leg cit auch steuerfreies Einkommen erfasst.

Diese Auffassung wird durch eine historisch-teleologische Interpretation gestützt. So heißt es in den EB zur RV des K-SVFG:⁴²⁴

„Aufgrund des hohen gesellschaftlichen Stellenwerts der Kunst sollen Künstler mit geringen Gesamteinkünften eine spezielle Förderung dadurch erhalten, dass die öffentliche Hand einen Teil der Beitragslast zur gesetzlichen Pensionsversicherung trägt. Während das Wesen der künstlerischen Tätigkeit in der künstlerischen Befähigung und Begabung zu eigenschöpferischen Leistungen liegt, stehen bei anderen selbständigen Berufsgruppen die erlernten und durch Erfahrung gewonnenen Fertigkeiten zur Berufsausübung im Vordergrund. Die Einkünfte der selbständigen Künstler hängen daher vielfach von der gesellschaftlichen Anerkennung und Akzeptanz der individuellen künstlerischen Leistungen ab. Damit ist die Existenzsicherung eines beruflich etablierten Künstlers von diesem im Rahmen seiner künstlerischen Berufsausübung nur gering beeinflussbar. Dadurch sind die Einkünfte des Künstlers, der beruflich nicht etabliert ist, besonderen Schwankungen unterworfen. Ab einer bestimmten Höhe des Gesamteinkommens soll es daher keinen Zuschuss geben.“

Gem § 3 Abs 3 KunstförderungsG sind u.a. Stipendien, Prämien und Preise für hervorragende künstlerische Leistungen von der Einkommenssteuer befreit. Diese Bestimmung geht auf BGBl I 1997/95 zurück. Nach den EB zu dieser Novelle⁴²⁵ wurde durch die bis dahin bestehende Einkommenssteuerpflicht der Förderungszweck der Stipendien gem § 3 Abs 1 Z 5 KunstförderungsG beeinträchtigt. Die wirtschaftliche Lage der Kunstschaffenden lässt es nicht nur aus kulturpolitischen, sondern auch aus sozialen Gründen gerechtfertigt erscheinen,

⁴²³ Ebenso VwGH 20.2.2008, 2006/08/0303.

⁴²⁴ 312 BlgNR 21. GP.

⁴²⁵ 738 BlgNR 20. GP.

den Förderungscharakter dieser Stipendien in vollem Umfang zu erhalten und diese den Künstlern ungeschmälert zukommen zu lassen.

Da Steuerbefreiungen für bestimmte Förderungen, Stipendien, Preise etc. der Förderung des künstlerischen Schaffens dienen, würde es der Teleologie des K-SVFG widersprechen, diese Zuwendungen nicht zum Einkommen iSd § 17 Abs 1 Z 2 K-SVFG zu zählen. Der VwGH vermochte auch unter sozialpolitischen Gesichtspunkten keinen Unterschied in der sozialen Lage von Künstlern zu erkennen, je nachdem, ob sie ihre Sozialversicherungs-Beiträge aus Einkünften iSd § 2 Abs 2 EStG (und als von der Steuerbemessungsgrundlage abzugsfähige Betriebsausgaben gem § 4 Abs 4 Z 1 lit a EStG) oder aus einkommenssteuerfreien Förderungsmitteln entrichten, die bei dieser Berufsgruppe oftmals eine Einkommensersatzleistung darstellen.

Der Zuschuss zu den Pflichtversicherungsbeiträgen eines Künstlers gebührt daher auch dann, wenn sein Einkommen nur mithilfe steuerfreier Förderungsmittel das für den Anspruch auf den Zuschuss gesetzlich geforderte Mindesteinkommen erreicht.

10.3. Novellierung des K-SVFG

Das K-SVFG wurde bis 2008 bloß ein einziges Mal novelliert: Diese Novellierung (durch BGBl I 2001/136) betraf die Höhe des Beitragszuschusses gem § 18 Abs 1, die im Zuge der Umstellung von Schilling auf Euro per 1.1.2002 von 12.000 Schilling jährlich auf 872 € jährlich geändert wurde. Kurioser weise wurde im Zuge dieser Novellierung übersehen, auch den in § 17 Abs 1 Z 4 angeführten Schillingbetrag auf € abzuändern.

Mit BGBl I 55/2008 wurde das K-SVFG in wesentlichen Punkten novelliert:

- Die bis dahin bloß für Pensionsversicherungsbeiträge bestehende Möglichkeit der Leistung eines Beitragszuschusses wurde auch auf Kranken- und Unfallversicherungsbeiträge ausgeweitet. Diese Änderung begünstigt Künstler mit geringen Einkünften.

Bsp:⁴²⁶

Das Jahreseinkommen des Künstlers beträgt 7.000 €; der nach dem GSVG zu leistende Pensionsversicherungsbeitrag daher 1.102,5 €. Daher liegen bereits die zu vom Künstler zu entrichtenden Pensionsversicherungsbeiträge über dem höchstmöglichen Förderbeitrag (1.026 €). Kranken- und Unfallversicherungsbeiträge werden also nicht mehr gefördert.⁴²⁷ Eine Verbesserung bewirkt die Novelle hingegen für Künstler, deren Einkommen unter 6.514,29 € pro Jahr liegt. Liegt das Einkommen unter 4.188,12 € pro Jahr, gebührt jedoch keine Förderung.⁴²⁸

- Die Einkommensobergrenze wurde angehoben und wird künftig jährlich automatisch valorisiert. Der Grenzbetrag wurde per 1.1.2008 von 19.621 € auf 20.940,6 € angehoben.⁴²⁹ Bezieht der Künstler (insgesamt) höhere Einkünfte, besteht (wie bisher) kein Anspruch auf Beitragszuschuss. Diese Einkommensgrenze erhöht sich ab 2008 für jedes Kind des Künstlers, für das Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, um das Sechsfache der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze.⁴³⁰
- Die Bestimmungen über die Einkommensuntergrenze für den Anspruch auf den Zuschuss wurden neu gefasst und in einem neuen § 17 Abs 5 klargestellt, dass in die Mindesteinkünfte auch steuerfreie Stipendien und Preise gemäß § 3 Abs 3 KunstförderungsG einzurechnen sind, sofern sie als Einkommensersatz für den Künstler dienen.

⁴²⁶ Höfle, ASoK 2008, 191.

⁴²⁷ § 18 Abs 4 K-SVFG.

⁴²⁸ § 17 Abs 1 Z 2 K-SVFG.

⁴²⁹ § 17 Abs 1 Z 4 K-SVFG.

⁴³⁰ § 17 Abs 6 K-SVFG.

- Für Künstler, welche die Einkommensuntergrenze jeweils in 5 Kalenderjahren nicht erreichen bzw die Einkommensobergrenze überschreiten, wird der Beitragszuschuss erst im Nachhinein – nach Vorliegen des Einkommensnachweises – ausbezahlt.⁴³¹
- Für die Rückzahlungsverpflichtung des Beitragszuschusses bei Über- oder Unterschreiten der Einkommensgrenzen wurde eine Einschleifregelung geschaffen.⁴³²
- Die Regelungen über den Verzicht bei Rückforderung des Beitragszuschusses in Härtefällen durch Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte und der Einnahmen aus selbständiger künstlerischer Tätigkeit wurden präzisiert.⁴³³

⁴³¹ § 21 Abs 5 K-SVFG.

⁴³² § 23 Abs 1 K-SVFG.

⁴³³ § 23 Abs 4 K-SVFG.

10.4. Offene Fragen und Probleme

10.4.1. Einleitung

Auch nach der Novellierung des K-SVFG wirft das Gesetz mE grundsätzliche Fragen auf, die (nach wie vor) ungelöst sind. Zudem ist mE unklar, ob die im Gesetz enthaltene Verpflichtung des Künstlers, empfangene Beiträge zurückzuzahlen, verfassungskonform ist.

10.4.2. Höhe des Zuschusses

Der Beitragszuschuss gebührt gem § 18 Abs 4 K-SVFG maximal in der Höhe, in der der Künstler Beiträge zur Pflichtversicherung zu leisten hat. Dies wirft mE die Frage auf, ob auch ein gem § 35 Abs 6 GSVG zu leistender Beitragszuschlag zu den zuschussfähigen Pflichtversicherungsbeiträgen zählt.

ME ist diese Frage zu bejahen, da dem Beitragszuschlag gem § 35 Abs 6 GSVG mE kein pönalisierender Charakter zukommt. Dies zeigt sich daran, dass der Beitragszuschlag auch von einem Versicherten, der seiner Meldeverpflichtung nachkommt und die Höhe der von ihm voraussichtlich erzielten Einkünfte in gutem Glauben unterschätzt, zu leisten ist. Somit wäre es mE aber auch nicht gerechtfertigt, diesen Zuschlag von den zuschussfähigen Beiträgen auszunehmen.

10.4.3. Rückforderungskonstruktion

Wurden Beitragszuschüsse geleistet, obwohl die Anspruchsvoraussetzungen nicht vorlagen, sind zurückzuzahlen.⁴³⁴ Die Rückzahlungsverpflichtung besteht daher auch dann, wenn die Mindesteinkommensgrenze gem § 17 Abs 1 Z 2 K-SVFG nicht erreicht wird. Dies ist deswegen problematisch, weil die Versicherungspflicht nach dem GSVG als neuer Selbständiger (und damit auch die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen) in diesem Fall aufrecht bleibt, die zu diesen Beiträgen geleisteten Zuschüsse aber zurückgefordert werden.

⁴³⁴ § 23 Abs 3 K-SVFG ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Rückzahlung in Raten; Abs 5 leg cit eine Einstellung der Forderung nach Rückzahlung aus verwaltungsökonomischen Gründen.

Es ist daher mE nicht verwunderlich, dass Bedenken gegen die Verfassungskonformität dieser Konstruktion erhoben wurden, da es als unsachlich und damit als gleichheitswidrig erscheint, dass gerade bei Unterschreitung einer Mindesteinkommensgrenze zwar die Versicherungspflicht aufrecht bleibt, die Beiträge dazu aber im Ergebnis zur Gänze vom betroffenen Künstler zu bestreiten sind. Der VfGH hat diese Bedenken jedoch nicht geteilt und die Behandlung einer auf die Verfassungswidrigkeit des K-SVFG gestützten Beschwerde gem § 144 Abs 3 B-VG abgelehnt.⁴³⁵

ME ist diesem Befund im Ergebnis zuzustimmen: Die Entscheidung, auch Personen, die die Mindesteinkommensgrenze (Geringfügigkeitsgrenze) – wie sich (erst) im Nachhinein herausstellt – nicht erreichen, in die Sozialversicherungspflicht einzubeziehen, fällt in den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Da die Verpflichtung zur Leistung von Versicherungsbeiträgen Folge der Einbeziehung in die Pflichtversicherung ist und da diese Verpflichtung mit einem Anspruch auf Leistungen bei Eintritt des Versicherungsfalles korrespondiert, wird durch die Beitragspflicht das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums nicht berührt. Da es sich bei den Leistungen iSd K-SVFG um gesetzliche Zuschüsse zu den vom Versicherten zu leistenden Sozialversicherungsbeiträgen handelt, ist es dem Gesetzgeber weiters nicht verwehrt, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen ein Anspruch auf derartige Zuschüsse nicht (mehr) besteht bzw bereits bezogene Zuschussleistungen zurückgezahlt werden müssen. Besteht eine dieser Voraussetzungen im Erreichen eines Mindesteinkommens, ist dies deshalb nicht unsachlich, weil der Gesetzgeber nicht dazu verpflichtet ist, Zuschussleistungen überhaupt vorzusehen. Der Empfänger eines Zuschusses wird durch die Verpflichtung, diesen zurückzuzahlen, daher nicht schlechter gestellt als bei Nichtbestehen einer Zuschüsse zu den Sozialversicherungsbeiträgen leistenden Einrichtung.

Durch die Novellierung des § 23 Abs 4 K-SVFG durch BGBl I 55/2008 sind mE überdies Bedenken gegen die ausreichende Determiniertheit dieser Bestimmtheit der Boden entzogen. Während die gegenständliche Norm bis dahin den ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Rückforderung an die nicht näher bestimmte Voraussetzung knüpfte, dass die Einziehung der Forderung für den Betroffenen nach der Lage des Falles, insbesondere unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse, unbillig wäre, wird nunmehr explizit auf den Fall, dass die Rückzahlungsverpflichtung wegen der Nichterreicherung des erforderlichen Mindesteinkommens besteht, Bedacht genommen. Ist dies der Fall, so differenziert das Gesetz nunmehr

⁴³⁵ VfGH 3.11.2006, B 6/06-7.

danach, ob der Künstler seine Tätigkeit aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen über einen längeren Zeitraum hindurch nicht ausüben konnte, oder ob die Mindesthöhe der Einnahmen aus sonstigen Gründen nicht erreicht wurde. Ist letzteres der Fall, hat der Künstler glaubhaft darzulegen, aus welchen Gründen er davon ausgegangen ist, Einkünfte in der für die Zuschussleistung erforderlichen Mindesthöhe zu erzielen. Gelingt diese Glaubhaftmachung, so ist der Fonds nunmehr dazu verpflichtet (argumento „hat ... zu verzichten“), auf die Rückforderung (bis zu insgesamt fünf Mal) zu verzichten.

ME sind damit die Voraussetzungen, unter denen ein Verzicht auf die Rückforderung bei Unterschreitung der Mindesteinkommensgrenze zulässig bzw geboten ist, ausreichend bestimmt. Dass diese Kriterien auch unbestimmte Gesetzesbegriffe beinhalten (zB nicht vom Künstler zu vertretende Gründe, längerer Zeitraum) und dem Fonds daher nach wie vor einen bestimmten Ermessensspielraum für die Entscheidung eröffnen, ob er auf die Rückforderung verzichtet oder nicht, macht die Bestimmung mE weder unsachlich noch verfassungswidrig.

11. Einzelfragen

11.1. Auswirkungen des Bezuges von Einkünften in der Pension

11.1.1. Problemstellung

Eine vorzeitige Alterspension fällt gem § 131 Abs 1 und 2 oder § 131a Abs 1 und 3 iVm § 298 Abs 8 GSVG bzw § 253a Abs 1 und 3 oder § 253b Abs 1 und 2 iVm § 607 Abs 8 – 9 ASVG bei Bezug eines Einkommens über der Geringfügigkeitsgrenze weg.⁴³⁶ Dieser „Wegfall“ stellt inhaltlich ein von Gesetzes wegen eintretendes Ruhen der Pension dar.⁴³⁷ Eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (Invaliditätspension, Berufsunfähigkeitspension, Erwerbsunfähigkeitspension) gebührt in diesem Fall gem § 132 Abs 5 GSVG bzw § 254 Abs 6 und § 271 Abs 3 ASVG als Teilpension; der Bezug von Einkommen führt also zu einem teilweisen Ruhen der Pension. Fraglich ist, ob auch Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit, die jedoch nicht mehr ausgeübt wird, unter den das (teilweise) Ruhen der Pension bewirkenden Einkommensbegriff zu subsumieren sind. Beispiel: Ein Autor hat seine schriftstellerische Tätigkeit eingestellt und bezieht eine vorzeitige Alterspension, ihm fließen aber nach wie vor Tantiemen zu.

11.1.2. Judikatur zu Folgeprovisionen

Der OGH hat diese Frage für die Frage der Auswirkungen des Bezuges von Folgeprovisionen durch einen pensionierten Versicherungsvermittler auf eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer nach dem GSVG gelöst.⁴³⁸ Der OGH beschäftigte sich dabei mit dem Begriff des Erwerbseinkommens in § 131 GSVG und befand, dass schon aufgrund der unterschiedlichen Ziele der Sozialversicherungs- und der Steuergesetze zwischen dem Einkommen iSd EStG und dem Erwerbseinkommen iSd Sozialversicherungsgesetze erhebliche Unterschiede bestehen. Daher können die Pensionsversicherungsträger bei der Ermittlung des Einkommens zu durchaus anderen Ergebnissen gelangen als die Steuerbehörden im Abgabenverfahren.

⁴³⁶ Gleiches sieht § 4 Abs 2 und 3 iVm § 9 APG für die Korridor- bzw Schwerarbeitspension vor. Siehe OGH 12.5.2009, 10 ObS 26/09k.

⁴³⁷ OGH 20.12.1988, 10 ObS 237/88.

⁴³⁸ OGH 27.2.2007, 10 ObS 16/07m, ZAS 2008/11 (Resch).

Insbes kommt es bei der Frage der Pensionsgewährung im Sozialversicherungsrecht im Gegensatz zu dem im Steuerrecht geltenden Zuflussprinzip nicht darauf an, wann jemandem das Geld zugeflossen ist, sondern ausschlaggebend ist, wann die entsprechende Leistung erbracht wurde. Bei einer Folgeprovision handelt es sich dem Wesen nach um eine Vermittlungsprovision, wobei der Anspruch mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages erworben wird. Folgeprovisionen gelten daher – vorbehaltlich anderen Vereinbarungen im Versicherungsvertrag – schon mit dessen Abschluss als verdient.

Die im Einkommenssteuerbescheid als Einkünfte aus selbständiger Arbeit aufscheinenden Folgeprovisionen sind daher auf Leistungen zurückzuführen, die vor dem Zeitpunkt seiner Pensionierung erbracht wurden. Sie gelten somit nicht als Erwerbseinkommen iSd pensionsversicherungsrechtlich relevanten Bestimmungen und führen folglich nicht zum Wegfall des Pensionsanspruches. Mit anderen Worten: Die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit führt nur dann zum Ruhen einer vorzeitigen Alterspension, wenn diese Tätigkeit noch nach dem Pensionsstichtag ausgeübt wird.

Wie der OGH ausführt, gilt selbiges auch für den Bezug einer Pension nach dem ASVG. IdS ist daher auch § 143 Abs 1 Z 3 ASVG zu verstehen, wonach Folgeprovisionen nicht als weitergeleistete Bezüge gelten. Entgelte für Leistungen, die vor dem Zeitpunkt der Pensionierung erbracht wurden, sind für den Bezug einer Pension somit unschädlich. Eine Bindung des Pensionsversicherungsträgers (bzw des Sozialgerichts) an den Einkommenssteuerbescheid besteht in dieser Konstellation nicht.

11.1.3. Konsequenzen für Künstler

Die unter Punkt 11.1.2. dargestellte Judikatur kann auch alle Fälle übertragen werden, in denen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit und der Zufluss von Einkünften bzw Entgelt zeitlich auseinanderklafft: So führt etwa auch der Bezug von Tantiemen für Werke, die bereits vor Jahren geschrieben wurden, zu keinem Ruhen der Pension.⁴³⁹ Gleiches gilt für Honorare, die ein Bildhauer für Werke erhält, die er bereits vor Jahren angefertigt hat.⁴⁴⁰

⁴³⁹ OLG Wien 19 R 136/78, SSV 18/71.

⁴⁴⁰ OLG Wien 35 R 102/81, SSV 21/76.

11.2. Unterschiedlicher Künstlerbegriff

11.2.1. Gesetzliche Definitionen

Künstler iSd des K-SVFG ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs 1, wer in den Bereichen der bildenden Kunst, der darstellenden Kunst, der Musik, der Literatur, der Filmkunst oder in einer der zeitgenössischen Ausformungen der Bereiche der Kunst⁴⁴¹ aufgrund seiner künstlerischen Befähigung im Rahmen seiner künstlerischen Tätigkeit Werke der Kunst schafft. Abs 2 präzisiert das Erfordernis der künstlerischen Befähigung durch die Klarstellung, dass ein erfolgreicher Absolvent einer künstlerischen Hochschulausbildung jedenfalls die künstlerische Befähigung für die Ausübung der von der Hochschulausbildung umfassten künstlerischen Tätigkeiten aufweist. Über die Frage, ob eine bestimmte Person die Voraussetzungen des § 2 Abs 1 K-SVFG erfüllt und damit als Künstler iSd Bestimmung anzusehen ist, entscheidet gem §§ 11 Abs 6 iVm 20 Abs 2 K-SVFG im Zweifelsfall eine eigens für die Klärung dieser Frage eingerichtete Künstler(berufungs)kommission.

Aus der Formulierung des § 4 Abs 4 lit d ASVG ist ableitbar, dass der Begriff „Kunstschaffender“ iSd Bestimmung weiter ist als der des Künstlers in § 2 Abs 1 K-SVFG, da als Kunstschaffender iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG „insbes“ Künstler gem § 2 Abs 1 K-SVFG anzusehen sind. Künstler bilden demnach unter Zugrundelegung dieser Terminologie eine Subkategorie der Riege der Kunstschaffenden. Die Auffassung der Krankenversicherungsträger, wonach der Begriff des Kunstschaffenden grundsätzlich jede selbständige künstlerische Tätigkeit im produzierenden (zB Tätigkeit als Schriftsteller oder Komponist) wie auch reproduzierenden Bereich (zB Sänger, Darsteller) erfasst,⁴⁴² ist demnach zutreffend.

Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, wodurch sich die Begriffe des Kunstschaffenden iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG und des Künstlers iSd § 2 K-SVFG unterscheiden. Dabei kommen zwei Unterscheidungskriterien in Betracht:

1. Die Ausbildung, über die der Betreffende verfügt, und
2. die Art der von ihm ausgeübten (künstlerischen) Tätigkeit.

⁴⁴¹ Bis zur Rechtslage vor dem BGBl I 55/2008 enthielt das Gesetz dazu folgenden Konkretisierung: insbesondere Fotografie, Multimediakunst, literarische Übersetzung, Tonkunst.

⁴⁴² ZB NÖ GKK, DG-Info 3/2001.

11.2.2. Bedeutung der (Hochschul)ausbildung

Der Umstand, dass § 4 Abs 4 lit d ASVG zwar auf § 2 Abs 1 K-SVFG, nicht aber auf Abs 2 leg cit verweist, lässt zwei Auslegungsvarianten zu:

Es könnte argumentiert werden, dass für die Frage, ob jemand unter die Ausnahmebestimmung des § 4 Abs 4 lit d ASVG fällt, auch durch die Absolvierung einer Ausbildung iSd § 2 Abs 2 K-SVFG die Befähigung zur Ausübung einer von dieser Ausbildung umfassten künstlerischen Tätigkeit noch nicht nachgewiesen wird und daher separat geprüft werden muss.

Bsp:

Ein Künstler hat die Hochschulausbildung als Bildhauer erfolgreich absolviert und erbringt auf Basis eines freien Dienstvertrages Bildhauertätigkeiten. Bei Zutreffen dieser Auslegungsvariante wäre es möglich, dass die Befähigung zur Ausübung der Bildhauertätigkeit und somit auch die Subsumtion unter den in § 4 Abs 4 lit d enthaltenen § 2 Abs 1 K-SVFG vom Sozialversicherungsträger verneint würde. Rechtsfolge wäre, dass die betreffende Person – sofern nicht der Status als „Kunstschaffender“ aus anderen Gründen als wegen Erfüllung der Kriterien gem § 2 Abs 1 K-SVFG bejaht würde und sofern die übrigen Voraussetzungen des § 4 Abs 4 ASVG erfüllt werden – der Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG unterliegt.

Die zweite Auslegungsmöglichkeit bestünde darin, aus dem Fehlen des Verweises auf § 2 Abs 2 K-SVFG in § 4 Abs 4 lit d ASVG zu schließen, dass es für die Subsumierung unter den Ausnahmetatbestand des § 4 Abs 4 lit d ASVG auf den Umstand, ob die Tätigkeit als Kunstschaffender auf Grund einer künstlerischen Befähigung ausgeübt wird, nicht ankommt, da gerade auf den Absatz, der sich mit der Befähigung auseinandersetzt, nicht verwiesen wird. Die Argumentation müsste dann folgendermaßen verlaufen: Jemand, der eine Tätigkeit als Kunstschaffender ohne entsprechende Befähigung dazu ausübt, ist zwar nicht Künstler iSd § 2 Abs 1 K-SVFG, da in dieser Definition die Voraussetzung, dass die Tätigkeit aufgrund einer künstlerischen Befähigung ausgeübt wird, expressis verbis enthalten ist. Da die Definition des Kunstschaffenden in § 4 Abs 4 lit d ASVG aber weiter ist als jene des Künstlers in § 2 Abs 1 K-SVFG, ist auch jemand, der eine künstlerische Tätigkeit aufgrund eines freien Dienstvertrages ausübt, ohne dazu befähigt zu sein, Kunstschaffender iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG (und damit von der Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG ausgenommen).

Die (denkmögliche) Auslegungsvariante, wonach auch bei Erfüllen der Voraussetzungen gem § 2 Abs 2 K-SVFG das Vorhandensein einer Befähigung zur Ausübung einer Tätigkeit als Kunstschafter nicht erwiesen ist und daher eigens überprüft werden muss, ist mE abzulehnen, da damit der Begriff des Kunstschafter iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG enger gezogen würde als derjenige des Künstlers iSd § 2 Abs 1 K-SVFG, was mE jedoch mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar wäre. Bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 2 Abs 2 K-SVFG ist daher mE jedenfalls auch die Befähigung zur Ausübung der betreffenden künstlerischen Tätigkeit nachgewiesen, weshalb bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs 1 K-SVFG ohne weitere Prüfung der Befähigung eine Subsumtion unter § 4 Abs 4 lit d ASVG vorzunehmen ist.

Die Auffassung, dass es für die Frage, ob jemand als Kunstschafter iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG anzusehen ist, überhaupt keine Rolle spielt, ob er auch die Befähigung zur Ausübung dieser Tätigkeit aufweist (sodass letztlich nur entscheidend wäre, dass die Tätigkeit tatsächlich verrichtet wird), ginge mE aber zu weit und trifft daher ebenfalls nicht zu.⁴⁴³ ME darf nicht außer Acht gelassen werden, dass § 4 Abs 4 lit d ASVG die Gruppe der Künstler iSd § 2 Abs 1 K-SVFG als die wohl wichtigste Subkategorie innerhalb der Gruppe der Kunstschafter anführt. Die Einreihung unter den Begriff „Künstler“ iSd § 2 Abs 1 K-SVFG setzt aber wie erwähnt voraus, dass die künstlerische Tätigkeit aufgrund einer künstlerischen Befähigung ausgeübt wird.

ME kann dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, dass er beabsichtigte, das durch den Verweis auf § 2 Abs 1 K-SVFG in den Anwendungsbereich des § 4 Abs 4 lit d ASVG mit aufgenommene Erfordernis der Befähigung, über den Umweg, dass eine Person bei Fehlen dieser Befähigung zwar nicht als Künstler, aber als Kunstschafter anzusehen sei, vollständig aus § 4 Abs 4 lit d ASVG zu eliminieren. Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt, so hätte er § 4 Abs 4 lit d ASVG mE anders formuliert, zB „Kunstschafter ist, wer eine Tätigkeit iSd § 2 Abs 1 K-SVFG ausübt“.

ME ist daher Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Begriffes „Kunstschafter“ iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG auf eine bestimmte Person, dass diese eine Befähigung zur Ausübung der von ihr verrichteten künstlerischen Tätigkeit aufweist. Diese Befähigung muss mE aber nicht

⁴⁴³ Dies entspricht auch der Praxis der Krankenkassen, das Vorliegen einer entsprechenden Befähigung - von dazu eingerichteten Kommissionen – überprüfen zu lassen.

dem in § 2 Abs 2 K-SVFG geforderten Nachweis entsprechen, da andernfalls der Begriff des Künstlers in § 2 Abs 1 K-SVFG von dem des Kunstschaftenden in § 4 Abs 4 lit d praktisch nicht mehr unterscheidbar wäre.

§ 2 K-SVFG legt für die Erbringung des Befähigungsnachweises einen hohen Standard fest, wie Abs 2 leg cit erkennen lässt. Zwar zeigt die Verwendung des Wortes „jedenfalls“, dass die Befähigung zur Ausübung einer bestimmten künstlerischen Tätigkeit auch auf andere Weise erbracht werden kann als durch erfolgreiche Absolvierung der entsprechenden Hochschulausbildung, doch ändert dies nichts daran, dass dieser Standard als Maßstab zu dienen hat. Eine anderweitige Qualifikation muss der in § 2 Abs 2 K-SVFG aufgestellten „Messlatte“ daher mE zumindest nahe kommen, um die Voraussetzung des Vorliegens einer „künstlerischen Befähigung“ in § 2 Abs 1 K-SVFG zu erfüllen. Dies könnte etwa durch eine langjährige einschlägige Praxis bewirkt werden.

Der Maßstab, den § 4 Abs 4 lit d ASVG aufstellt, ist mE hingegen ein bescheidenerer. ME sind von dieser Bestimmung daher auch Personen erfasst, die eine künstlerische Tätigkeit erbringen, ohne dafür eine Befähigung aufzuweisen, die einer Hochschulausbildung nahe kommt. Als Qualifikationsnachweis iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG käme daher bspw auch die Absolvierung einer Fachschule in Betracht.

11.2.3. Art der künstlerischen Tätigkeit

Eine Unterscheidung nach der Art der künstlerischen Tätigkeit wird durch die Formulierung in den beiden gesetzlichen Bestimmungen zwar auf den ersten Blick nahe gelegt, erweist sich mE jedoch als trügerisch. Der Gesetzeswortlaut erweckt den Anschein, dass der Begriff des Kunstschaftenden in § 4 Abs 4 lit d ASVG eine breitere Palette künstlerischer Tätigkeiten inkludiert als der Terminus Künstler in § 2 Abs 1 K-SVFG, da § 4 Abs 4 lit d ASVG keinerlei Einschränkung im Hinblick auf die Art der künstlerischen Tätigkeit enthält, während § 2 Abs 1 K-SVFG seine Definition auf bestimmte künstlerische Bereiche beschränkt. Eine nähere Betrachtung der in § 2 Abs 1 K-SVFG enthaltenen Aufzählung führt jedoch zu dem Ergebnis, dass von dieser Auflistung kein denkmöglicher Kunstbereich ausgenommen ist.

Dies zeigt sich mE daran, dass sowohl die darstellende als auch die bildende Kunst in diese Enumeration mit einbezogen ist. Schon die übrigen angeführten Bereiche (Musik, Literatur,

Filmkunst oder eine der zeitgenössischen Ausformungen der Bereiche der Kunst) können unter eine dieser beiden Kategorien subsumiert werden und sind so gesehen als eigene Begrifflichkeiten überflüssig. Der Umstand, dass sie dennoch in den Text des § 2 Abs 1 K-SVFG mit aufgenommen wurden, verdeutlicht, dass der Gesetzgeber bei der Abfassung des Gesetzestextes Wert darauf gelegt hat, keinen künstlerischen Bereich zu übersehen, und für eine Argumentation, wonach bestimmte Bereiche davon ausgenommen wären, keinen Spielraum eröffnen wollte.

11.3. Probleme der Berufs- bzw Erwerbsunfähigkeitspension

11.3.1. Problemstellung

Bei Ausübung einer künstlerischen Tätigkeit kann es vorkommen, dass der Betreffende die von ihm bisher ausgeübte Tätigkeit altersbedingt nicht mehr erbringen kann, die Verrichtung von ähnlichen Tätigkeiten hingegen noch in Frage käme. Fraglich ist, ob der Betreffende (bereits) als berufs- bzw erwerbsunfähig anzusehen ist, wenn ihm die Ausübung des der bisherigen Tätigkeit ähnlichen Tätigkeitsbereiches nicht mehr möglich ist. Auf diesen (Teil)aspekt des Pensionsrechts soll daher im Folgenden eingegangen werden.

Bsp:

Ein Schauspieler ist auf die Rolle des jugendlichen Liebhabers spezialisiert; erhält für diese Rolle ab Erreichung eines bestimmten Lebensalters aber keine Angebote mehr. Die Rolle eines Charakterdarstellers kann er nicht ausüben, da es ihm nicht gelingt, den (für diese Rollen umfangreicheren) Text zu lernen.

11.3.2. Invalidität bzw Berufsunfähigkeit im ASVG

Das ASVG differenziert in den §§ 255 und 273 zwischen Arbeitern und Angestellten. So gilt ein Angestellter gem § 273 Abs 1 ASVG als berufsunfähig, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung sowie gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten herabgesunken ist.

Bei Arbeitern wird danach unterschieden, ob sie überwiegend in einem erlernten bzw angelernten Beruf tätig waren oder nicht. Ist dies der Fall, liegt Invalidität vor, wenn die Arbeitsfähigkeit des Versicherten infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung sowie gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser (erlernten bzw angelernten) Berufe herabgesunken ist. Andernfalls ist die Voraussetzung der Invalidität nur erfüllt, wenn der Versicherte nicht mehr imstande ist, durch eine ihm zumutbare Tätigkeit

wenigstens die Hälfte des Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch diese Tätigkeit zu erzielen pflegt.

Sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte gilt, dass Invalidität bzw Berufsunfähigkeit nach Vollendung des 57. Lebensjahres auch dann vorliegt, wenn der Versicherte infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer Tätigkeit nachzugehen, die er in den letzten 180 Kalendermonaten mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, wobei zumutbare Änderungen dieser Tätigkeiten zu berücksichtigen sind.⁴⁴⁴ Ob dem Versicherten ein Verweisungsberuf zugemutet werden kann, wird generell abstrakt geprüft. Es kommt daher nicht darauf an, ob es – zB angesichts der Situation auf dem Arbeitsmarkt – realistisch ist, dass der Versicherte tatsächlich einen anderen Arbeitsplatz findet, sondern lediglich auf seine (geistige und gesundheitliche) Eignung, einen Verweisberuf ausüben zu können.⁴⁴⁵

11.3.3. Erwerbsunfähigkeit im GSVG

Das GSVG kennt – gestaffelt nach dem Lebensalter - drei verschiedene Begriffe der Erwerbsunfähigkeit, die inhaltlich stark voneinander abweichen.⁴⁴⁶

Gem § 133 Abs 1 GSVG gilt als erwerbsunfähig, wer infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen. Der Versicherte ist in diesem Fall somit auf jede andere (selbständige oder unselbständige) Tätigkeit verweisbar. Der Umstand, dass er keinen anderen Beruf (Arbeitsplatz) findet oder nicht über die notwendigen Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügt, um diesen ausüben zu können, ist nicht zu berücksichtigen.

⁴⁴⁴ §§ 255 Abs 4 iVm 273 Abs 2 ASVG.

⁴⁴⁵ Vgl Tomandl, Die Verweisung im Recht der Pensionsversicherung, in Tomandl (Hrsg), Die Verweisung im Sozialrecht (2002) 1; Schrammel, Die Problematik der Verweisung in der PV und UV, ZAS 1984, 83; Mazal, Die Judikatur des OGH in Pensionsversicherungssachen 1987 – 1992, in Tomandl (Hrsg), Der OGH als Sozialversicherungshöchstgericht (1994) 46 (63); Neumayr, Wann steht ein Versicherter dem Arbeitsmarkt zur Verfügung? ZAS 2003, 196 alle mit umfangreichen Nachweisen der Judikatur.

⁴⁴⁶ Vgl zum Folgenden Urbanek, Die Erwerbsunfähigkeit bei Selbständigen, ZAS 2003, 204; Rudda, Gedanken zur Erwerbsunfähigkeit gewerblich Selbständiger, ZAS 1994, 119.

Gem § 133 Abs 2 GSVG gilt als erwerbsunfähig, wer

- a) das 50. Lebensjahr vollendet hat, und
- b) unter der Voraussetzung, dass seine persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erfordert, die der Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat.

Der Versicherte genießt somit einen eingeschränkten Berufsschutz; er ist daher nicht mehr auf unselbständige Tätigkeiten verwiesen werden und im Hinblick auf die Ausübung selbständiger Tätigkeiten wird ihm nicht mehr zugemutet, völlig neue Kenntnisse zu erwerben.

Gem § 133 Abs 3 GSVG gilt weiters als erwerbsunfähig, wer das 57. Lebensjahr vollendet hat und infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die er in den letzten 180 Kalendermonaten mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, nachzugehen. Dabei ist die Möglichkeit einer zumutbaren Änderung der sachlichen und personellen Ausstattung seines Betriebes zu berücksichtigen.

In diesem Fall verfügt der Versicherte daher über einen Tätigkeitsschutz, da auf die konkret ausgeübte Erwerbstätigkeit abgestellt wird. Im Gegensatz zum ASVG sind im GSVG nicht nur Änderungen dieser Tätigkeit, sondern auch zumutbare Änderungen der sachlichen und personellen Ausstattung des Betriebes zu berücksichtigen.

11.3.4. Judikatur

Für die gegenständliche Problemstellung sind insbes drei Entscheidungen von Bedeutung:

Nach einer Entscheidung des OGH hat ein Berufsfußballer keinerlei Berufsschutz, weil die gegenüber anderen Berufen völlig untypisch kurze Zeit der Ausübbarkeit von Anfang an feststeht. Da der Berufsfußballer schon bei Beginn seiner Tätigkeit mit einem späteren Berufswechsel rechnen muss, stellt sich das Problem der Verweisung auf andere Berufe nicht.⁴⁴⁷

Gem einer weiteren Entscheidung ist diese Judikatur auf Balletttänzer jedoch nicht anwendbar, da es der üblichen Berufslaufbahn entspricht, dass ein Balletttänzer nach Beendigung seiner aktiven Laufbahn als Choreograph, Tanzschullehrer oder in ähnlichen einschlägigen Berufen tätig ist, weshalb er auch die Ausübung derartiger Tätigkeiten verwiesen werden kann.⁴⁴⁸

In einer dritten Entscheidung, bei der es um die Berechnung der Höhe einer Versehrtenrente aufgrund eines Arbeitsunfalls ging, wiederholte der OGH seine Auffassung, dass der Beruf eines Profisportlers (in concreto eines Einshockeyspielers) auch bei völliger Gesundheit nur über einen relativ kurzen Zeitraum ausgeübt werden kann. Die Versicherten müssen daher von vornherein davon ausgehen, dass sie diesen Beruf in relativ jungen Jahren beenden.⁴⁴⁹

Überträgt man diese Judikatur auf die gegenständliche Problemstellung, so muss danach unterschieden werden, ob der betreffende Künstler schon zu Beginn seiner Tätigkeit damit rechnen musste, dass er den von ihm gewählten Beruf nur für relative kurze Zeit ausüben kann (zB im Falle eines Sängers, dessen Stimmlage sich altersbedingt ändert). Ist dies der Fall, so kommt eine Pension wegen geminderter Arbeitsunfähigkeit nicht in Betracht.

⁴⁴⁷ OGH 10.11.1998, 10 Ob S 207/02d, ZAS 1999, 186 (Holzer) = DRdA 1999, 382 (Karl).

⁴⁴⁸ OGH 28.2.2003, 10 Ob S 123/98f.

⁴⁴⁹ OGH 24.1.2006, 10 Ob S 62/05y; ZAS 2006, 191 (Resch).

11.3.5. Eigene Ansicht

11.3.5.1. Grundsätzliches

Der OGH geht offensichtlich davon aus, dass die von ihm zum Fall von Profisportlern entwickelte Judikatur auf Künstler (zumindest im Regelfall) nicht anzuwenden ist (so unterscheidet er in seiner Begründung die Situation eines Fußballers dezidiert von derjenigen eines Sängers, der „sein ganzes Leben der Musik widmet“). ME ist der Ansatz des OGH im Hinblick auf Profisportler aber ohnehin verfehlt, da ein Sportler nach Beendigung seiner aktiven Laufbahn etwa die Tätigkeit als Trainer oder als Berichterstatter/Kommentator ergreifen könnte. Insofern besteht die von OGH behauptete Besonderheit bspw im Vergleich zu Künstlern mE in Wahrheit nicht. Die Schaffung einer eigenen Kategorie von Erwerbstätigen, die bloß vorübergehend ausgeübt werden können, erscheint daher entbehrlich.

ME hängt der Umstand, ob einem Künstler, der nicht mehr dazu in der Lage ist, seine Tätigkeit auszuüben, die Voraussetzung der geminderten Arbeitsfähigkeit (verwendet als Überbegriff für Erwerbsunfähigkeit, Invalidität bzw Berufsunfähigkeit) daher (wie auch bei Ausübung anderer Berufe) davon ab, auf welche Tätigkeiten er nach den auf ihn konkret anzuwendenden Vorschriften verwiesen werden kann. Überlegungen, ob die von ihm verrichtete Tätigkeit von vornherein nur für einen begrenzten Zeitraum ausgeübt werden kann (weshalb im Falle ihrer Beendigung keine geminderte Arbeitsfähigkeit vorliegen kann), sind mE folglich nicht anzustellen. Vielmehr ist danach zu differenzieren, ob der Künstler in den Anwendungsbereich des ASVG oder des GSVG fällt.

Fällt der Künstler in den Anwendungsbereich des ASVG, muss unterschieden werden, ob er als Angestellter oder als Arbeiter anzusehen ist. Innerhalb der Kategorie der Arbeiter ist zwischen gelernten bzw angelernten und ungelernten Arbeitern zu unterscheiden. Im Normalfall werden Künstler die Voraussetzungen für die Qualifikation als Angestellte oder zumindest als angelernte Arbeiter erfüllen, sodass das Feld der Berufe, auf die sie verwiesen werden dürfen, durch § 255 Abs 1 bzw 273 Abs 1 ASVG (nach Vollendung des 57. Lebensjahres durch § 255 Abs 4 ASVG) bestimmt wird.

11.3.5.2. Berufsschutz nach dem ASVG vor dem 57. Lebensjahr

Für die Begründung eines Berufsschutzes iSd § 255 Abs 1 bzw § 273 Abs 1 ASVG kommt es lediglich darauf an, dass der Versicherte über die Kenntnisse und Fähigkeiten des Berufes verfügt, die üblicherweise in den auf dem Arbeitsmarkt gefragten Varianten (Berufsgruppen) unter Berücksichtigung einer betrieblichen Einschulungszeit verlangt werden.⁴⁵⁰ Nach dieser Bestimmung wird das Verweisungsfeld durch die Summe all jener Berufe gebildet, die derselben Berufsgruppe zuzurechnen sind, weil sie eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen.⁴⁵¹ Auf Teiltätigkeiten einer Berufsgruppe darf der Versicherte verwiesen werden, sofern es sich nicht bloß um untergeordnete Teiltätigkeiten handelt, die sich qualitativ nicht hervorheben.⁴⁵² Der Berufsschutz geht auch nicht dadurch verloren, dass der Versicherte in den letzten 15 Jahren vor dem Pensionsstichtag nur mehr Teiltätigkeiten seines erlernten Berufes ausgeübt hat, sofern diese qualitativ und quantitativ nicht ganz unbedeutend waren.⁴⁵³ Auch der Wechsel eines qualifizierten Facharbeiters in eine Angestelltentätigkeit bewirkt, wenn weiterhin eine Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf besteht, keinen Verlust des Berufsschutzes.⁴⁵⁴

Das bedeutet etwa, dass ein Künstler, der als Barpianist und Sänger tätig war, auch auf die (Teil)tätigkeiten als „bloßer“ Sänger oder als „bloßer“ Pianist verwiesen werden kann. Wurde eine dieser beiden Tätigkeiten hingegen bloß in einem zeitlich untergeordneten Ausmaß ausgeübt,⁴⁵⁵ so wurde der Berufsschutz nur für die hauptsächlich ausgeübte Tätigkeit erworben. Dieser Berufsschutz geht zwar durch Verrichtung einer anderen Tätigkeit in untergeordnetem Ausmaß nicht verloren,⁴⁵⁶ die „Nebentätigkeit“ kommt in diesem Fall allerdings nicht als Verweisungsberuf in Betracht.

⁴⁵⁰ OGH 27.6.2000, 10 ObS 143/00b.

⁴⁵¹ ASG Wien 29.3.2000, 31 Cgs 8/99, ZAS-Judikatur 1/2002.

⁴⁵² OGH 12.6.2001, 10 ObS 154/01x; OGH 29.1.2002, 10 ObS 414/01g; OGH 8.6.2004, 10 ObS 77/04b; OGH 21.4.2009, 10 ObS 19/09f; OGH 21.7.2009, 10 ObS 109/09s.

⁴⁵³ OGH 15.1.2002, 10 ObS 392/01x.

⁴⁵⁴ OGH 17.8.2006, 10 ObS 93/06h.

⁴⁵⁵ ZB Ein Sänger wird bloß aushilfsweise, nämlich bei Ausfall des Pianisten, auch als Pianist tätig.

⁴⁵⁶ Vgl OGH 4.4.2000, 10 ObS 54/00i.

11.3.5.3. Berufsschutz nach dem ASVG nach Vollendung des 57. Lebensjahres

Hat der Versicherte das 57. Lebensjahr bereits überschritten, kommt ihm der Berufsschutz nach § 255 Abs 4 ASVG zu. Problematisch ist dabei die Bedeutung des letzten Satzes dieser Bestimmung, der besagt, dass zumutbare Änderungen der geschützten (also in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Pensionsstichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübten) Tätigkeit zu berücksichtigen sind. Mit anderen Worten: Kann der Versicherte zwar nicht die geschützte, aber eine andere, ihm noch zumutbare Tätigkeit ausüben, so ist er – auch nach dieser Bestimmung – nicht invalid bzw berufsunfähig.

In der bisher zu § 255 Abs 4 ASVG ergangenen Judikatur wird betont, dass diese Regelung nicht auf die Anforderungen an einem bestimmten Arbeitsplatz, sondern auf die ausgeübte Tätigkeit mit dem am allgemeinen Arbeitsmarkt typischer Weise gefragten Inhalt abstelle. In diesem Sinn werde kein Arbeitsplatzschutz, sondern ein Tätigkeitsschutz eingeräumt.⁴⁵⁷ Unter „einer Tätigkeit“ im Sinne dieser Bestimmung sei nicht ausschließlich eine einzige (einheitliche) Tätigkeit zu verstehen, sondern es könnten auch mehrere – sehr ähnliche – Tätigkeiten zusammengefasst werden. Voraussetzung sei jedoch, dass die wesentlichen Tätigkeitselemente (der Kernbereich) der verrichteten Tätigkeiten übereinstimmen.⁴⁵⁸ Die Frage, ob eine solche Übereinstimmung vorliegt, könne nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles geprüft werden.⁴⁵⁹ Für die Herausarbeitung der „geschützten“ Tätigkeit seien auch Zeiten nach dem GSVG zu berücksichtigen, wenn die betreffenden Tätigkeiten in ihren wesentlichen Anforderungen übereinstimmen, aber in verschiedenen Rechtsformen (zB Dienstvertrag, Werkvertrag) ausgeübt wurden.⁴⁶⁰ Eine mit einem beruflichen Aufstieg typischer Weise verbundene Veränderung der Arbeitsaufgaben führe nicht automatisch zum Verlust des Tätigkeitsschutzes nach § 255 Abs 4 ASVG.⁴⁶¹

Die Verweisung müsse dann als zumutbar angesehen werden, wenn die Verweisungstätigkeit bereits bisher eine Teiltätigkeit der geschützten (zuletzt überwiegend ausgeübten) Tätigkeit

⁴⁵⁷ OGH 10.12.2002, 10 ObS 367/02x; OGH 27.6.2006, 10 ObS 90/06t; *Schrammel*, Der Invaliditäts-, Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsbegriff nach dem SVÄG 2000, *ecolex* 2000, 886 (888); *Röhrenbacher*, Gedanken und Überlegungen zum neuen Invaliditätsbegriff, *SozSi* 2001, 856.

⁴⁵⁸ OGH 22.12.2005, 10 ObS 123/05v.

⁴⁵⁹ OGH 7.3.2006, 10 ObS 30/06w.

⁴⁶⁰ OGH 8.3.2005, 10 ObS 4/05v; OGH 11.5.2007, 10 ObS 30/07w.

⁴⁶¹ OGH 5.2.2008, 10 ObS 1/08g.

darstelle und das Arbeitsumfeld dem bisherigen ähnlich sei.⁴⁶² Kriterien dafür seien neben dem kulturellen Arbeitsumfeld unter anderem auch die Kontakte mit Mitarbeitern sowie die räumliche Situation. Der Branche allein könne keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen, sie könne aber bei der Konkretisierung des Umfelds eine Rolle spielen.⁴⁶³ Das nach § 255 Abs 4 ASVG in Betracht kommende Verweisungsfeld sei jedenfalls enger als jenes nach Abs 1 leg cit.⁴⁶⁴ Auch eine gravierende Lohneinbuße könne ein Kriterium für die Unzumutbarkeit einer Beschäftigung sein.⁴⁶⁵

Aus dem Wortlaut des § 255 Abs 4 ASVG⁴⁶⁶ folgt, dass diese Norm ab Erreichen des 57. Lebensjahres zu Abs 1 leg cit hinzutritt, diesen aber nicht verdrängt. Dies ist in Fällen von Bedeutung, in denen der nur in Abs 1, nicht jedoch Abs 4 leg cit normierte „Lohnhäftenschutz“ die Palette der Verweisberufe weiter einschränkt als bei einer nur unter dem Fokus des Abs 4 leg cit vorgenommenen Beurteilung. Dieser weitergehende Berufsschutz geht daher durch Erreichen des 57. Lebensjahres nicht verloren. Praktische Relevanz entfaltet § 255 Abs 4 ASVG daher – im Rahmen der hier behandelten Sachverhalte, wonach der Versicherte überwiegend in erlernten oder angelernten Berufen tätig war – insbes dann, wenn mehrere Berufe erlernt (und ausgeübt) wurden und der Versicherte daher nach § 255 Abs 1 ASVG auf mehrere Berufe verwiesen werden kann. In dieser Konstellation kann die Anwendbarkeit des § 255 Abs 4 ASVG durch Erreichen des 57. Lebensjahres eine Einschränkung des Verweisungsfeldes mit sich bringen. Deren Reichweite ist jedoch fraglich und schwer ex ante prognostizierbar, da sich die Frage, ob die Voraussetzungen des letzten Satzes dieser Bestimmung erfüllt sind, meist nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilen lässt.

11.3.5.4. Berufsschutz nach dem GSVG vor Vollendung des 50. Lebensjahres

Fällt der Künstler in den Geltungsbereich des GSVG, hängt das Vorliegen einer etwaigen Erwerbsunfähigkeit (ebenfalls) wesentlich vom Lebensalter der Versicherten ab: Vor Erreichen des 50. Lebensjahres liegt Erwerbsunfähigkeit nur vor, wenn der Künstler nicht mehr dazu imstande ist, irgendeine Tätigkeit auszuüben. Der Versicherte muss sich daher auf jegliche (selbständige oder unselbständige) Tätigkeit verweisen lassen. Mit anderen Worten: Ein

⁴⁶² OGH 17.9.2002, 10 ObS 185/02g; *Heckenast*, § 255 Abs 4 ASVG: Verweisung auf Teiltätigkeiten der bisherigen Tätigkeit ist zumutbare Änderung, DRdA 2003, 296.

⁴⁶³ OGH 16.9.2003, 10 ObS 193/03k.

⁴⁶⁴ OGH 2.9.2003, 10 ObS 186/03f.

⁴⁶⁵ OGH 13.6.2005, 10 ObS 181/03w.

⁴⁶⁶ Argumento: Als invalid gilt auch

selbständig Erwerbstätiger genießt nach dem GSVG vor Vollendung des 50. Lebensjahres keinen Berufsschutz.

11.3.5.5. Berufsschutz nach dem GSVG ab Vollendung des 50. Lebensjahres

Ab Erreichen des 50. Lebensjahrs besteht ein eingeschränkter Tätigkeitsschutz. Dieser setzt voraus, dass die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten zur Aufrechterhaltung seines Betriebes notwendig ist.⁴⁶⁷ Diese Bedingung werden Künstler, die ihre Leistungen im Regelfall ja höchstpersönlich erbringen, normalerweise ohne Probleme erfüllen. Der eingeschränkte Tätigkeitsschutz äußert sich darin, dass es für die Prüfung der Verweisungsmöglichkeiten nur darauf ankommt, welche Tätigkeiten der Versicherte zuletzt (durch mindestens 60 Kalendermonate) ausgeübt hat. Insoweit besteht ein Unterschied zur Regelung des § 255 Abs 1 ASVG.⁴⁶⁸

Die inhaltliche Reichweite des in § 133 Abs 2 GSVG festgelegten Berufsschutzes wird von der Judikatur wie folgt umschrieben:

Die Verweisung habe auch im Rahmen des § 133 Abs 2 GSVG abstrakt zu erfolgen. Der Frage, ob der Versicherte die Tätigkeit, auf die er verwiesen wird, auch tatsächlich erlangen kann oder ob dem faktische oder rechtliche Gesichtspunkte, etwa die Nichterfüllung einer behördlichen Auflage entgegenstehen, komme daher keine Bedeutung zu.⁴⁶⁹ Die Verweisungstätigkeit müsse der bisher ausgeübten Tätigkeit nicht in allen Punkten entsprechen und es sei – wie im Fall des § 255 Abs 1 ASVG – auch die Verweisung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, die nur Teilbereiche der bisher ausgeübten umfasst, zulässig, wenn nur für diesen Teilbereich die Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich wären, die der Versicherte bisher benötigte. Dabei komme der Frage, welche wirtschaftliche Bedeutung ein bestimmter Tätigkeitszweig für den Versicherten im Rahmen des von ihm bisher geführten Betrieb hatte, keine entscheidende Bedeutung zu.

Das Gesetz stelle nicht auf die konkret ausgeübten selbständigen Tätigkeiten und die bisherige Betriebsstruktur, sondern nur auf die Kenntnisse und Fähigkeiten ab, die dafür erforderlich seien. Dem Versicherten solle nicht zugemutet werden, völlig neue Kenntnisse zu erwerben

⁴⁶⁷ Barnas, Die notwendige persönliche Arbeitsleistung als Berufsschutzkriterium in der Pensionsversicherung der Selbständigen, ZAS 1998, 72.

⁴⁶⁸ OGH 30.1.2001, 10 ObS 101/00a.

⁴⁶⁹ OGH 22.10.2002, 10 ObS 257/02w; OGH 14.1.2003, 10 ObS 404/02p.

oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen. Unter Bedachtnahme darauf, dass die konkret ausgeübte Betriebsstruktur keinen Einfluss auf die Verweisbarkeit habe, könne es auch nicht maßgeblich sein, ob zur tatsächlichen Ausübung des Verweisungsberufes Umorganisationen notwendig seien, die so weit gingen, dass im Verweisungsberuf ein Betrieb neu gegründet oder ein bestehender Betrieb übernommen werden müsse. Entscheidend sei allein, ob abstrakt eine selbständige Tätigkeit ausgeübt werden könne, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit erfordere, wobei eine wirtschaftlich vertretbare Betriebsführung gewährleistet sein müsse.⁴⁷⁰

Aus dem Wortlaut der Bestimmung und der zu ihr ergangenen Judikatur geht mE hervor, dass sie dieselben oder zumindest ähnliche Auslegungsprobleme wie § 255 Abs 1 ASVG aufweist: So ist in beiden Fällen erforderlich, dass der Versicherte infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes bzw seiner körperlichen oder geistigen Kräfte nicht mehr in der Lage ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erfordert wie die Tätigkeit, für die ihm Berufsschutz zukommt.⁴⁷¹ In der Judikatur werden bei beiden Bestimmungen insbes die Probleme der (bloß) abstrakten Prüfung der Tatbestandsvoraussetzung und des Verweises auf Teiltätigkeiten der bisherigen Tätigkeit aufgeworfen. Es wird daher auf Punkt 11.3.5.2., unter dem diese Themen bereits abgehandelt wurden, verwiesen.

11.3.5.6. Berufsschutz nach dem GSVG nach Erreichung des 57. Lebensjahres

Der mit Erreichung des 57. Lebensjahres eintretende Berufsschutz gem § 133 Abs 4 GSVG ist schon nach seinem Wortlaut im Wesentlichen der Bestimmung des § 255 Abs 4 ASVG nachgebildet.⁴⁷² Dieser Befund wird durch einen Blick auf die Materialien unterstrichen. Darin heißt es: „Als flankierende Maßnahmen zur Abfederung von Härten ... soll der Berufsschutz für Personen, die das 57. Lebensjahr bereits vollendet haben, ... verbessert werden. Können diese Personen ... die besagte Tätigkeit nicht mehr ausüben, so gelten sie ... als invalid (berufs- bzw erwerbsunfähig), es sei denn, dass ihnen im konkreten Fall noch eine Änderung dieser Tätigkeit bzw eine Umorganisation des Betriebes in sachlicher wie personeller

⁴⁷⁰ OGH 7.3.2006, 10 Obs 23/06i; OGH 26.6.2008, 10 Obs 57/08t.

⁴⁷¹ Zusätzlich enthält (nur) § 255 Abs 1 ASVG den „Lohnhälftenschutz“ als Kriterium.

⁴⁷² Karl, Die Erwerbsunfähigkeit nach dem SVÄG 2000, ASoK 2001, 119. Dies korrespondiert mit dem Umstand, dass beide Bestimmungen als Ersatz für die Aufhebung der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit bzw wegen Erwerbsunfähigkeit (§§ 131c GSVG, 253d ASVG) geschaffen wurden.

Hinsicht zugemutet werden kann“.⁴⁷³ Dies verdeutlicht, dass der Gesetzgeber von einer Parallelität der Tatbestandsvoraussetzungen nach beiden Bestimmungen ausgeht. Der unterschiedlichen Formulierung des jeweils letzten Satzes kommt mE gerade bei Versicherten, die keine Gewerbetreibenden, sondern „neue Selbständige“ sind, keine entscheidende Bedeutung zu: Bei Personen, die ihre Leistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und weder über Mitarbeiter noch über nennenswerten betriebliche Strukturen verfügen, läuft die Prüfung der Möglichkeit einer zumutbaren Änderung der sachlichen und personellen Ausstattung des Betriebes darauf hinaus, ob eine Änderung der angebotenen Leistungspalette (und somit der ausgeübten Tätigkeit) zumutbar ist. Es kann daher auf Punkt 11.3.5.3. verwiesen werden kann.

11.3.5.7. Resümee

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Berufsschutz gem § 133 Abs 2 GSVG und § 255 Abs 1 ASVG einander in etlichen Punkten ähnlich sind. Beide Bestimmungen räumen dem Versicherten letztlich einen Tätigkeitsschutz mit weitgehend identischem Inhalt (etwa, was die Möglichkeit, auf Teiltätigkeiten der bisherigen Tätigkeit verwiesen zu werden) ein. Unterschiede bestehen insbes darin, dass § 133 Abs 2 GSVG keinen „Lohnhäftenschutz“ enthält, dafür aber lediglich auf die zuletzt (überwiegend) ausgeübte Tätigkeit (und nicht auf sämtliche Berufe) abstellt sowie nur selbständige Erwerbstätigkeiten in das Feld der Verweisberufe einbezieht. Weiters greift der gem § 133 Abs 2 GSVG bestehende Berufsschutz erst ab Vollendung des 50. Lebensjahres, während § 255 Abs 1 ASVG keine derartige Altersgrenze enthält. Ab Erreichen des 57. Lebensjahres ist die Rechtslage für ASVG- und GSVG-Versicherte mE vergleichbar.

Umgelegt auf den unter Punkt 11.3.1. als Eingangsbeispiel angeführten Schauspieler bedeutet das: Unterliegt der Schauspieler § 133 Abs 1 GSVG, genießt er keinen Berufsschutz. Fällt er unter § 255 Abs 1 ASVG bzw (durch Erreichen des 50. Lebensjahres) § 133 Abs 2 GSVG, kann er auf Tätigkeiten verwiesen werden, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnis und Fähigkeiten erfordern. Welche Tätigkeiten dies sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und ist mE letztlich eine berufskundliche (Fach)frage.⁴⁷⁴ Ab Erreichen des 57. Lebensjahres greift jedenfalls eine (weitere) Einschränkung des Verweisungsfeldes Platz;

⁴⁷³ AB 187 BlgNR XXI. GP, 4.

⁴⁷⁴ In Betracht käme beispielsweise eine Tätigkeit als Sänger.

welche Tätigkeiten nunmehr zumutbar sind, ist aber – nach wie vor – eine Frage des Einzelfalles.

Dritter Teil: Arbeitslosenversicherungsrechtliche Fragen

1. Einleitung

Der dritte Teil der Arbeit widmet sich Fragen der Arbeitslosenversicherung. Auch im AIVG spielen die Begriffe des Dienstnehmers und des Selbständigen eine zentrale Rolle. Da Dienstnehmer und arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 AIVG seit 2008 auch im Bereich des AIVG gleichgestellt sind, können die dafür im zweiten Teil dargestellten Abgrenzungskriterien daher auch auf das AIVG übertragen werden.⁴⁷⁵ Selbständige haben seit 2009 die Möglichkeit, in das AIVG zu optieren.

Nach einem Überblick über die historische Entwicklung der Einbeziehung von (freien) Dienstnehmern und Selbständigen in das AIVG (Punkt 2) wird unter Punkt 3 und 4 die Frage untersucht, unter welchen Voraussetzungen jemand (nicht) als arbeitslos iSd AIVG anzusehen ist. Punkt 5 beleuchtet die (im AIVG brisante) Frage, welche Rechtsfolgen die Ausübung einer vorübergehenden (selbständigen oder unselbständigen) Beschäftigung nach sich zieht. Punkt 6 geht auf den Berufsschutz, den das AIVG den Arbeitslosen einräumt, ein.

Obwohl manche dieser Themen auch bereits im sozialversicherungsrechtlichen Teil behandelt wurden, ist eine gesonderte Fokussierung auf ihre arbeitslosenversicherungsrechtlich relevanten Aspekte gerechtfertigt, da sich die Problemstellungen (und folglich auch die Inhalte der einschlägigen) Normen unterscheiden: So geht es etwa beim Berufsschutz im Pensionsversicherungsrecht um die Frage, ob der Versicherte nicht mehr in der Lage ist, seinen bisherigen Beruf auszuüben, während es für das Arbeitslosenversicherungsrecht relevant ist, ob dem Arbeitslosen zugemutet werden kann, einen anderen Beruf auszuüben. Trotz Überschneidungen und Parallelen in den einzelnen Tatbeständen erscheint daher eine getrennte Darstellung sinnvoller als bloße Verweise mit Hinweisen auf allfällige Unterschiede.

Andere Fragen, die auch im Arbeitslosenversicherungsrecht Rechtsfolgen entfalten, wurden hingegen bereits beantwortet und müssen daher nicht noch einmal aufgeworfen werden. So folgt etwa aus dem Umstand, dass Verträge von Filmschauspielern als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind und auch die Zeit des Rollenstudiums inkludieren, dass der Schauspieler

⁴⁷⁵ Unter freien Dienstnehmern werden daher auch in diesem Teil nur freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG verstanden, sofern im Text nicht auf eine Verwendung dieses Terminus in anderer Bedeutung hingewiesen wird.

während der gesamten Zeit in Beschäftigung steht und daher nicht arbeitslos ist. Somit reduziert sich die Fragestellung darauf, ob der Bezug von Notstandshilfe auch während der beschäftigungsfreien Zeit wegen Anrechnung des Partnereinkommens ausgeschlossen ist. Da es sich dabei jedoch um keine künstlerspezifische Problemstellung handelt, fällt sie nicht unter die im Rahmen dieser Arbeit behandelten Themen.

2. Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung

2.1. Dienstnehmer

Dienstnehmer waren seit jeher in die Versicherungspflicht nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz einbezogen. Das Arbeitslosenversicherungsgesetz definiert den Begriff des Dienstnehmers (glücklicher weise) nicht separat, sondern knüpft an die Dienstnehmereigenschaft im sozialversicherungsrechtlichen Sinn an. Das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist im ALVG an mehreren Stellen von Bedeutung:

- § 1 Abs 1 lit a ALVG bestimmt, dass Dienstnehmer der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen;
- gem § 12 Abs 3 lit a ALVG gilt nicht als arbeitslos, wer in einem Dienstverhältnis steht;
- gem § 14 wirkt eine arbeitslosenversicherungspflichtige Beschäftigung (und daher auch eine Beschäftigung in einem Dienstverhältnis) für den Anspruch auf Arbeitslosengeld anwartschaftsbegründend.

Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber den Begriff des Dienstverhältnisses in den einzelnen Bestimmungen in unterschiedlicher Bedeutung verwendet, sodass die Frage, wer als Dienstnehmer im Sinne des ALVG anzusehen ist, für den gesamten Geltungsbereich des ALVG einheitlich geklärt werden kann. Obwohl das ALVG dabei wie erwähnt an den Dienstnehmerbegriff des ASVG anknüpft, wird dieses Problem unter Punkt 3.3. unter Bezugnahme auf die Judikatur des arbeitslosenversicherungsrechtlichen Senates des VwGH behandelt. Dies hat seinen Grund darin, dass selbst zwischen verschiedenen Senaten desselben Gerichtshofes durchaus Divergenzen bestehen können.

2.2. Einbeziehung freier Dienstnehmer und Selbständiger

2.2.1. Historische Entwicklung

Bis 30.4.1996 war die Inanspruchnahme einer Leistung aus der Arbeitslosenversicherung nach Beendigung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nur möglich, wenn vor Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit Zeiten einer unselbständigen Beschäftigung vorlagen und der daraus resultierende Anspruch nicht bereits vor Beginn der selbständigen Erwerbstätigkeit verbraucht wurde.

Zwischen dem 1.5.1996 und dem 30.9.2000 vernichtete eine länger als drei Jahre dauernde selbständige Erwerbstätigkeit eine zuvor erworbene Anwartschaft auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Das bedeutete, dass im Falle der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit nach mehr als drei Jahren eine früher erworbene Anwartschaft erloschen war.

Mit 1.10.1998 wurde die Möglichkeit eingeführt, sich eine durch Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erworbene Anwartschaft auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung durch Zahlung eines Sicherungsbeitrages zu erhalten. Entschied sich ein Selbständiger zur Zahlung des Sicherungsbeitrages, konnte im Falle einer Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung für die Dauer von höchstens 20 Wochen und maximal im Ausmaß des Ausgleichszulagenrichtsatzes erhalten.

Ab 1.10.2000 wurden die Bestimmungen über die Leistung des Sicherungsbeitrages wieder aufgehoben. Zeiten, für die ein Sicherungsbeitrag geleistet wurde, gelten gem § 14 Abs 4 lit e ALVG als Anwartschaftszeiten; neue Beiträge können ab 1.10.2000 allerdings nicht mehr entrichtet werden.

2.2.2. Motive für die Einbeziehung

Die Einbeziehung freier Dienstnehmer und selbständig Erwerbstätiger in das AIVG erfolgte mit BGBl I 104/2007. Den EB zur RV⁴⁷⁶ kann entnommen werden, dass die Motive dafür im finanziellen Bereich zu suchen sind. So wird darin ausgeführt:

„Die Einbeziehung freier Dienstnehmer in die Arbeitslosenversicherungspflicht wird voraussichtlich zu zusätzlichen Beitragseinnahmen in Höhe von rund 23 Mio € jährlich führen, denen Ausgaben in etwa gleicher Höhe gegenüber stehen werden. Auf Grund der geringeren Bestandssicherheit von freien Dienstverhältnissen gegenüber Dienstverhältnissen ist mit einer stärkeren Betroffenheit von Arbeitslosigkeit zu rechnen. Bei einer gruppenspezifischen Arbeitslosenrate von durchschnittlich 12,3 % (3.373 Personen) wäre etwa Aufkommensneutralität gegeben. Bei einer geringeren Betroffenheit bleibt ein positiver Saldo.

Seit 1.10.2000 bilden Zeiten einer selbständigen Erwerbstätigkeit einen unbefristeten Rahmenfristerstreckungstatbestand. Diese Regelung wurde zur Überbrückung der Zeit bis zur Einführung einer Arbeitslosenversicherung für Selbständige geschaffen. Das Regierungsprogramm sieht eine Wahrung bereits erworbener Ansprüche vor. Die Möglichkeit einer Arbeitslosenversicherung mit entsprechender Entrichtung von Arbeitslosenversicherungsbeiträgen besteht jedoch bisher nicht. Es ist daher auf Grund der Neuregelung mit Mehreinnahmen in der Arbeitslosenversicherung zu rechnen.

Mehrausgaben werden sich in jenen Fällen ergeben, in denen Selbständige, die mangels (ausreichender) Zeiten der Pflichtversicherung aus einer früheren unselbständigen Erwerbstätigkeit oder wegen längerer Erwerbstätigkeit außerhalb des EWR trotz der unbefristeten Rahmenfristerstreckung bisher keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hatten, (aber) auf Grund der Einbeziehung in die Versicherung (künftig) anspruchsberechtigt sein werden.

Der durch die Einbeziehung der selbständig Erwerbstätigen in die Arbeitslosenversicherung entstehende zusätzliche Aufwand lässt sich mangels Datenbasis nicht abschätzen, da das Opting-Verhalten und das Inanspruchnahmeverhalten unbekannt und auch nicht analog ableitbar

⁴⁷⁶ 298 BlgNR 23. GP.

sind. Für die Länder und Gemeinden ergeben sich in Einzelfällen Einsparungen beim Sozialhilfeaufwand.“

2.2.3. Umsetzung der Einbeziehung

Freie Dienstnehmer und Selbständige werden auf unterschiedliche Weise in das Regelungs-
werk des ALVG integriert: Während freie Dienstnehmer der Pflichtversicherung unterliegen,
wurde für Selbständige die noch in der Regierungsvorlage vorgesehene Pflichtversicherung
mit Austrittsmöglichkeit in eine Eintrittsoption umgewandelt.

Die Einbeziehung freier Dienstnehmer in die Arbeitslosenversicherung erfolgt durch eine
Erweiterung des in der Arbeitslosenversicherungspflicht einbezogenen Personenkreises. Im
neu eingefügten Abs 8 des § 1 ALVG werden freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG den
Dienstnehmern gleichgestellt. Damit werden sämtliche für Dienstnehmer geltende Regelun-
gen des ALVG auch für freie Dienstnehmer anwendbar. Die Höchstbeitragsgrundlage für die-
sen Personenkreis ist in § 45 Abs 3 ASVG geregelt. Demnach beträgt die monatliche Höchst-
beitragsgrundlage ohne Bezug von Sonderzahlungen (wie für Selbständige nach dem GSVG)
das 35fache, sonst (wie bei Dienstnehmern) das 30fache der täglichen Höchstbeitragsgrundla-
ge. Da die Regelung des Arbeitslosenversicherungsbeitrages in § 2 Abs 1 AMPFG auf § 45
ASVG verweist, waren für die Bemessung der Leistungen gemäß § 21 ALVG keine Sonderre-
gelungen erforderlich.

Die Arbeitslosenversicherung selbständig Erwerbstätiger wurde in § 3 ALVG ausführlich ge-
regelt. Demnach können erwerbstätige Personen, die auf Grund einer Erwerbstätigkeit der
Pflichtversicherung der Pensionsversicherung nach dem GSVG unterliegen oder gemäß § 5
GSVG von dieser Pflichtversicherung ausgenommen sind, in die Arbeitslosenversicherungs-
pflicht einbezogen werden. Die Möglichkeit zur Einbeziehung in die Arbeitslosenversiche-
rungspflicht steht demnach auch den neuen Selbständigen iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG offen, da
auch diese der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem GSVG unterliegen.

Davon ausgenommen sind lediglich Personen, die das für eine Alterspension maßgebliche
Mindestalter oder das 60. Lebensjahr vollendet haben, oder denen bereits vor diesem Lebens-
alter eine Leistung aus einem Versicherungsfall des Alters aus der Pensionsversicherung nach
dem APG, dem ASVG, dem GSVG, dem BSVG oder dem FSVG, ein Sonderruhegeld nach
dem NSchG oder einen Ruhegenuss aus einem Dienstverhältnis zu einer öffentlich-recht-

lichen Körperschaft beziehen. Diese unterliegen der Arbeitslosenversicherung gem § 1 Abs 2 lit e AIVG nicht mehr.

Diejenigen Selbständigen, die von der Eintrittsmöglichkeit erfasst sind, werden in die Arbeitslosenversicherung einbezogen, wenn sie ihren Eintritt erklären. Zu diesem Zweck sind sie von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft schriftlich auf die maßgeblichen Umstände der Einbeziehung hinzuweisen. Die Frist für den Eintritt beträgt sechs Monate ab der Verständigung durch den Sozialversicherungsträger. Damit ist mE der Zugang der Verständigung gemeint, sodass der Fristlauf durch deren Zugang ausgelöst wird.

Der Eintritt ist frühestens per 1.1.2009 möglich. Jede Entscheidung, einzutreten oder nicht, ist mindestens für acht Jahre bindend; danach kann der Austritt oder der (neuerliche) Eintritt erklärt werden. Wem gegenüber der Ein- bzw Austritt zu erklären, wird im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt; es ist aber anzunehmen, dass Adressat dieser Erklärung die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ist.⁴⁷⁷

Gleichzeitig mit dem Eintritt ist eine der gem § 2 AMPFG zur Auswahl stehenden Beitragsgrundlagen auszuwählen. Zur Wahl stehen dabei ein Viertel, die Hälfte oder drei Viertel der Höchstbeitragsgrundlage gem § 48 GSVG. Diese Formulierung legt mE nahe, dass eine Eintrittserklärung ohne Auswahl einer Beitragsgrundlage keine rechtliche Wirksamkeit entfaltet. Fraglich ist aber, ob innerhalb der zur Verfügung stehenden Frist zunächst (nur) der Eintritt erklärt und die ausgewählte Beitragsgrundlage (fristgerecht) nachgereicht werden kann. Das ist mE zu bejahen. Die Formulierung „gleichzeitig“ deutet zwar darauf hin, dass beide Erklärung uno actu abgegeben werden müssen, mE lässt sich „gleichzeitig“ aber zwanglos in der Bedeutung von „in zeitlicher Kongruenz“, also innerhalb der zur Verfügung stehenden Frist, verstehen.

Gibt ein Selbständiger nur bekannt, welche Beitragsgrundlage er wählt, ohne explizit seinen Eintritt zu erklären, führt eine Anwendung der Interpretationsgrundsätze mE zum Ergebnis, dass dies auch als Erklärung über den Eintritt in die Arbeitslosenversicherung zu verstehen ist, da die Wahl einer Beitragsgrundlage ohne Eintritt sinnlos ist. ME ist eine Erklärung im Zweifel aber nicht so zu interpretieren, dass sie keinen Sinn ergibt.

⁴⁷⁷ Kemetter, Memo: Arbeitslosenversicherung für Selbständige ab 2009, ecolex 2008, 352.

2.2.4. Konsequenzen der Einbeziehung

2.2.4.1. Freie Dienstnehmer

Die Einbeziehung der freien Dienstnehmer (iSd § 4 Abs 4 ASVG) in den Geltungsbereich des ALVG hat zur Folge, dass alle bisher bloß für Dienstnehmer geltenden Vorschriften grundsätzlich in gleicher Weise auf freie Dienstnehmer anzuwenden sind. Von dieser Gleichstellung ausgenommen ist aber insbes die Sanktionierbarkeit der Ablehnung eines dem Arbeitslosen angebotenen Beschäftigungsverhältnisses. In diesem Zusammenhang definiert § 9 Abs 1 ALVG idF BGBl I 104/2007: Arbeitswillig ist, wer bereit ist, eine ... zumutbare Beschäftigung als Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG anzunehmen. Durch diesen ausdrücklichen Verweis (bloß) auf § 4 Abs 2 ASVG (und nicht hingegen auf Abs 4 leg cit) wird klargestellt, dass die Ablehnung einer Beschäftigung als freier Dienstnehmer keinen Rückschluss auf das Fehlen von Arbeitswilligkeit zulässt und daher ein freies Dienstverhältnis in diesem Segment nicht dieselben Rechtswirkungen entfaltet wie ein Dienstverhältnis.

Freilich ist es dem Gesetzgeber, trotz des „programmatischen“ Charakters von § 1 Abs 8 ALVG nicht gelungen, alle Zweifel darüber zu beseitigen, ob bzw welche Vorschriften nun tatsächlich auch auf freie Dienstnehmer anzuwenden sind. So ist etwa strittig, ob nunmehr auch freie Dienstnehmer Anspruch auf Weiterbildungsgeld haben.⁴⁷⁸ Dafür spricht der Wortlaut des § 1 Abs 8 ALVG, dagegen allerdings der Umstand, dass § 26 ALVG den Anspruch auf Weiterbildungsgeld auf das Vorliegen einer Karenzierung iSd §§ 11 f AVRAG oder einer gleichartigen bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmung bindet. Da der Abschluss einer derartigen Karenzierung das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt, diese Bedingung von freien Dienstnehmern nicht erfüllt wird. Somit entfalten die arbeitsrechtlichen Unterschiede zwischen Arbeitsverträgen und freien Dienstverträgen (weiterhin) Auswirkungen auch im Arbeitslosenversicherungsrecht.

2.2.4.2. Selbständig Erwerbstätige

Die Einbeziehung selbständiger Erwerbstätiger in das ALVG hatte dagegen die Notwendigkeit umfangreicherer legislatischer Neuerungen zur Folge. So musste etwa die Definition des Vorliegens von Arbeitslosigkeit überarbeitet werden. Ebenso wurde es notwendig, korrespondie-

⁴⁷⁸ Dafür *Krapf/Keul*, ALVG Rz 565; dagegen *Dirschmied/Pfeil*, ALVG §§ 26, 26a Erl 2.1.3.

rend zur für (freie) Dienstnehmer geltenden Rechtslage Bestimmungen über den temporären Verlust des Arbeitslosengeldes bei freiwilliger Beendigung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in das Gesetz aufzunehmen. Diese legislatischen Neuerungen werfen allerdings nicht unbeachtliche Probleme auf (dazu gleich im Folgenden).⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ Siehe *Pacic*, Arbeitslosenversicherung für Selbständige, ZAS 2008, 156.

2.2.5. Probleme der Einbeziehung

2.2.5.1. Eintritt der Arbeitslosigkeit bei Selbständigen

Seit 1.1.2009 setzt das Vorliegen von Arbeitslosigkeit gem § 12 Abs 1 Z 2 AIVG zusätzlich zu den bisherigen Tatbestandsmerkmalen voraus, dass keine Versicherungspflicht in der Pensionsversicherung besteht. Diese Neuregelung soll sicherstellen, dass das Ende der Versicherungspflicht und der Beginn der Arbeitslosigkeit zeitlich nicht auseinanderklaffen. Bei Dienstverhältnissen ergeben sich dadurch keine Änderung zur bisherigen Rechtslage, da das Ende des Beschäftigungsverhältnisses (und damit der Beginn der Arbeitslosigkeit) bereits bislang mit dem Ende der Versicherungspflicht korrespondierte.⁴⁸⁰ Anderes galt – bereits bisher - lediglich für die (bloß) als Ruhensgrund konzipierten Leistungen „Kündigungsentschädigung“ oder „Urlaubersatzleistung“. Daran hat sich auch durch die Novellierung des § 12 AIVG nichts geändert, da diese Leistungen in Abs 1 Z 2 leg cit explizit ausgenommen werden, also den Eintritt des Versicherungsfalles der Arbeitslosigkeit nicht hindern.

Für Selbständige ist aus dem Gesetzestext abzuleiten, dass Arbeitslosigkeit dann nicht vorliegen kann, wenn die Pflichtversicherung noch besteht. Das bedeutet aber nicht, dass aus dem Ende der Versicherungspflicht zwingend auf den Eintritt von Arbeitslosigkeit geschlossen werden kann. Es ist daher möglich, dass ein Selbständiger seine Erwerbstätigkeit trotz Beendigung der Pflichtversicherung weiterhin ausübt und daher nicht arbeitslos ist, so bspw, wenn die Person trotz Beendigung der Pflichtversicherung nach wie vor versucht, Aufträge zu lukrieren. Gerade bei Künstlern, die ihre Tätigkeit häufig in unterschiedlichen Rechtsformen (Werkvertrag, freier Dienstvertrag etc) ausüben und Verträge mit wechselnden Auftraggebern abschließen, wird es daher oftmals schwierig sein, festzustellen, ab welchem Zeitpunkt die Tätigkeit beendet wurde (und somit Arbeitslosigkeit eingetreten ist).

⁴⁸⁰ Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁶ (2009) 71.

2.2.5.2. Zweit- oder Nebenbeschäftigung unter der Geringfügigkeitsgrenze

Nach den Materialien liegt Arbeitslosigkeit nur vor, wenn die für die Arbeitslosenversicherung maßgebliche Tätigkeit eingestellt (und nicht bloß auf ein unter der Geringfügigkeitsgrenze liegendes Ausmaß reduziert) wurde.⁴⁸¹ Da jedoch die Ausübung einer anderen als die die Arbeitslosenversicherungspflicht begründende Tätigkeit unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze für den Bezug des Arbeitslosengeldes gem § 12 Abs 6 ALVG unschädlich ist, muss die Tätigkeit, die die Arbeitslosenversicherungspflicht auslöst, von anderen Tätigkeiten abgegrenzt werden. Diese Frage bereitet bei Selbständigen, die in Arbeitslosenversicherung optiert haben und für mehrere Auftraggeber tätig werden, Probleme.

Verrichtet der Selbständige „bloß“ eine Tätigkeit, wird der Zeitpunkt der Beendigung seiner Erwerbstätigkeit davon abhängen, wann die betreffende Tätigkeit eingestellt (und nicht darauf, dass der Vertrag mit einem bestimmten Auftraggeber beendet) wird.⁴⁸² Daraus folgt, dass Arbeitslosigkeit erst dann vorliegt, wenn die Vertragsbeziehungen zu sämtlichen Auftraggebern (also auch jene Aufträge, aus denen bloß ein Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze erzielt wird) beendet wurden. Dies gilt daher auch für den Fall, dass für jeden einzelnen Auftrag bloß ein Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze erzielt, die Geringfügigkeitsgrenze in Summe aber überschritten wird.⁴⁸³

Noch schwieriger wird die Frage, wenn der Selbständige verschiedene Tätigkeiten verrichtet, also seinen einzelnen Auftraggebern unterschiedliche Leistungen anbietet, zB als Maler und als Schriftsteller. Werden aus diesen Tätigkeiten unterschiedlich hohe Einkünfte erzielt, so wird die mit den höchsten Einkünften verbundene Beschäftigung, als die die Arbeitslosenversicherungspflicht (durch Option) begründende zu qualifizieren sein. Arbeitslosigkeit wird demnach vorliegen, wenn der Selbständige seine „Haupttätigkeit“ beendet (sofern er aus den übrigen Tätigkeiten in Summe kein die Geringfügigkeitsgrenze überschreitendes Einkommen erzielt).

⁴⁸¹ EBRV 298 BlgNR 23. GP 10.

⁴⁸² Dies bedeutet allerdings auch, dass ein Selbständiger, der saisonal tätig ist und mit Ende der Saison arbeitslos wird, nicht mehr arbeitslos ist, sobald er einen Kunden außerhalb der Saison (geringfügig) betreut (etwa, um sich die – volle - Wiederaufnahme der Tätigkeit mit Saisonbeginn zu erleichtern).

⁴⁸³ Wird diese Voraussetzung nicht erfüllt, stellt sich das Problem nicht, da dann keine Optionsmöglichkeit in die Arbeitslosenversicherung besteht.

Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, übt der Selbständige also mehrere unterschiedliche, aber gleichrangige Tätigkeiten jeweils unter der Geringfügigkeitsgrenze aus, überschreitet diese in Summe jedoch, ist das Vorliegen von Arbeitslosigkeit wohl bereits bei Einstellung (irgend)einer Tätigkeit zu bejahen, sofern sein Einkommen dadurch unter die Geringfügigkeitsgrenze sinkt. Dies folgt mE aus dem Umstand, dass keine der ausgeübten Tätigkeiten als „Haupttätigkeit“ identifiziert werden kann und § 12 Abs 6 AIVG in dieser Konstellation der Anwendungsbereich entzogen wäre, würde man für den Eintritt von Arbeitslosigkeit verlangen, dass der Selbständige sämtliche der von ihm ausgeübten Tätigkeiten aufgibt. Eine derartige Interpretation würde daher zum Ergebnis führen, dass Selbständige, die mehrere gleichwertige Tätigkeiten ausüben, gegenüber anderen Selbständigen – in wohl gleichheitswidriger Weise – benachteiligt werden.

2.2.5.3. Sperrfrist bei Einstellung der Erwerbstätigkeit

Gem § 11 Abs 1 ALVG erhalten Arbeitslose, deren Dienstverhältnis in Folge eigenen Verschuldens beendet worden ist, oder die ihr Dienstverhältnis freiwillig gelöst haben, für die Dauer von vier Wochen kein Arbeitslosengeld. Dies gilt gem dem per 1.1.2009 neu eingefügten Satz 2 auch für arbeitslosenversicherte Selbständige, deren Erwerbstätigkeit in Folge eigenen Verschuldens oder freiwillig beendet worden ist. Gem Abs 2 leg cit ist dieser Ausschluss vom Bezug des Arbeitslosengeldes in berücksichtigungswürdigen Fällen ganz oder teilweise nachzusehen. Welche Umstände als Nachsichtsgrund in Betracht kommen, wird im Gesetz durch Anführung einiger Beispiele illustriert. Die Liste dieser Beispiele wurde mit 1.1.2009 ebenfalls erweitert: Neben den bereits bisher angeführten Gründen der Aufnahme einer anderen Beschäftigung oder der Beendigung der versicherungspflichtigen Tätigkeit aus zwingenden gesundheitlichen Gründen wurde die Auflistung um die Fälle der Einstellung der (selbständigen) Erwerbstätigkeit wegen drohender Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit oder bei Saisonabhängigkeit wegen Saisonende ergänzt.

Daraus muss geschlossen werden, dass auch die Einstellung einer bloß saisonal ausgeübten Erwerbstätigkeit wegen Saisonende als freiwillige oder in Folge eigenen Verschuldens erfolgte Beendigung der Erwerbstätigkeit iSd § 11 Abs 1 S 2 ALVG zu qualifizieren ist, da nur in diesen Fällen zu prüfen ist, ob ein Nachsichtsgrund vorliegt. Da sich keinerlei Anhaltspunkte dafür finden lassen, warum eine saisonal bedingte Beendigung der Erwerbstätigkeit verschuldet sein sollte, ist dieser Tatbestand unter die Kategorie „freiwillige Beendigung“ zu subsumieren. Anwendungsfälle für „unfreiwillige“ Beendigungen selbständiger Erwerbstätigkeiten sind somit aber kaum denkbar.⁴⁸⁴

Dies erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, stellt doch die Beendigung eines befristeten Dienstverhältnisses durch Zeitablauf selbst dann keine freiwillige Beendigung iSd § 11 Abs 1 ALVG dar, wenn der (nunmehrige) Arbeitslose ein Angebot seines (ehemaligen) Dienstgebers, das Dienstverhältnis zu verlängern, abgelehnt hat.⁴⁸⁵ Durch den Willensentschluss des (nunmehrigen) Arbeitslosen, sein Dienstverhältnis nicht fortsetzen zu wollen, obwohl er die Gelegenheit dazu hätte, wird der Tatbestand des § 11 Abs 1 ALVG daher nicht

⁴⁸⁴ *Pacic*, ZAS 2008, 156 (160).

⁴⁸⁵ Vgl VwGH 23.4.2002, 2002/08/0060.

verwirklicht, durch die (aufgrund faktischer Umstände erzwungene) Einstellung einer selbständigen Erwerbstätigkeit hingegen sehr wohl.

ME ist diese unterschiedliche Rechtsfolge aber aufgrund der typischerweise bestehenden Unterschiede zwischen selbständiger und unselbständiger Beschäftigung gerechtfertigt: Da der Selbständige beschäftigte typischerweise mehrere Auftraggeber hat, eignet sich die Beendigung eines konkreten Vertragsverhältnisses (mit einem bestimmten Vertragspartner) nicht als Anknüpfungspunkt für die Lösung der Frage, ob der Selbständige seine Erwerbstätigkeit beendet hat, da die Beendigung eines bestimmten Auftrages (zB durch Kündigung seitens des Auftraggebers) im Regelfall nicht zur Einstellung der Erwerbstätigkeit führt. In diesem Sinn wird die selbständige Erwerbstätigkeit mE nahezu immer „freiwillig“ beendet (und der Tatbestand des § 11 Abs 1 ALVG verwirklicht), weshalb die Entscheidung, ob die Sperrfrist des § 11 ALVG zum Tragen kommt, über die Frage, ob ein Nachsichtsgrund vorliegt, gelöst werden muss.

Als Nachsichtsgründe iSd § 11 Abs 2 ALVG kommen bei Selbständigen etwa folgende Szenarien in Betracht⁴⁸⁶:

- Der Selbständige hat seine Aufträge bloß von bestimmten Auftraggebern erhalten, die seine Leistungen aber nicht mehr nachfragen.
- Eine Beendigung wegen dauerhaft zu geringer Auslastung in Verbindung mit einer schlechten Prognose.
- Das Erlöschen einer erforderlichen Gewerbeberechtigung ohne Verschulden des Selbständigen (zB wegen Zeitablauf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung).

Dagegen ist mE der im Gesetz (nur) für Selbständige angeführten Nachsichtsgrund der drohenden Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit aufgrund der oben erwähnten Systemunterschiede zwischen selbständiger und unselbständiger Beschäftigung nicht auf unselbständig Beschäftigte übertragbar. Im Unterschied zu Dienstnehmern ist die Mindesthöhe des Einkommen von Selbständigen nämlich nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung gesichert, sodass es mE einen Sinn ergibt, die Beendigung einer selbständigen Tätigkeit aufgrund finanzieller Schwierigkeiten zu pardonieren. Entgegen der wohl herrschenden Lehre⁴⁸⁷ bildet die freiwillige Lösung eines Dienstverhältnisses (zB durch Dienstnehmer-Kündigung) wegen eines drohenden Privatkonkurses oder weil aus dieser Beschäftigung kein (die indivi-

⁴⁸⁶ Pfeil/Dirschmied Erl 6.6. zu §§ 9 - 11.

⁴⁸⁷ Pfeil/Dirschmied Erl 6.6. zu §§ 9 - 11; Krapf/Keul Rz 299.

duelle) Existenz sicherndes Einkommen erzielt werden kann, daher mE keinen Nachsichtsgrund. Durch eine solche Interpretation würden mE die Zumutbarkeitsbestimmungen des § 9 Abs 2 S 2 und Abs 3 S 2 bis 6 ALVG ausgehöhlt.

3. Vorliegen von Arbeitslosigkeit

3.1. Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses

Arbeitslos ist gem § 12 Abs 1 AIVG, wer

1. eine (unselbständige oder selbständige) Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) beendet hat,
2. nicht mehr der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterliegt (ausgenommen bei Bezug einer Kündigungsentschädigung oder Urlaubersatzleistung) und
3. keine neue oder weitere Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) ausübt.

Unter „Erwerbstätigkeit“ bzw „Beschäftigung“ ist in diesem Zusammenhang jede mit einem Erwerbseinkommen verbundene Tätigkeit zu verstehen, die die maßgeblichen Geringfügigkeitsgrenzen überschreitet. Das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses setzt daher nicht notwendigerweise das Vorliegen eines Dienstverhältnisses oder das Ausüben einer selbständigen Erwerbstätigkeit voraus.⁴⁸⁸ Arbeitslosigkeit ist daher bspw auch bei Ausübung einer Tätigkeit im Betrieb des Onkels unter Gewährung einer vollen freien Station zu verneinen.⁴⁸⁹ Dessen ungeachtet stellen ein (freies) Dienstverhältnis und das Ausüben einer selbständigen Erwerbstätigkeit die für die Praxis bedeutsamsten Tatbestände für den Ausschluss von Arbeitslosigkeit dar, weshalb auf sie in weiterer Folge gesondert eingegangen wird.

⁴⁸⁸ VwGH 21.9.1993, 91/08/0145.

⁴⁸⁹ VwGH 30.9.1994, 93/08/0100.

3.2. Keine materielle Änderung durch Änderung der Rechtslage

ME ist diese (weit reichende) Definition des Beschäftigungsverhältnisses auch nach der Novelle BGBI I 2007/194 maßgeblich. Im Zuge dieser Novellierung hat der Gesetzgeber die Formulierung „Beschäftigungsverhältnis“ durch „(unselbständige oder selbständige) Erwerbstätigkeit (Beschäftigung)“ ersetzt. ME ist daraus jedoch nicht abzuleiten, dass damit eine Einschränkung des (weiten) Beschäftigungsbegriffes vorgenommen werden sollte. Dies veranschaulicht zB § 12 Abs 3 lit d AIVG. Demnach gilt insbes nicht als arbeitslos, wer, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Betrieb des Ehegatten, der Eltern oder Kinder tätig ist. Dieser Ausschlussatbestand umfasst daher Tätigkeiten, die weder als Dienstverhältnis noch als selbständige Erwerbstätigkeiten zu qualifizieren sind (andernfalls wäre Arbeitslosigkeit ohnehin nach § 12 Abs 3 lit a bzw b ausgeschlossen). Folglich muss es nach wie vor Tätigkeiten geben, die weder als selbständige noch als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert werden können, aber dennoch als Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung gelten. Denkbar wären etwa Auftritte eines Künstlers im Bekannten- oder Familienkreis gegen Entgelt, aber ohne rechtliche Verpflichtung zur Leistungserbringung.

Voraussetzung für das Bestehen eines (Arbeitslosigkeit ausschließenden) Beschäftigungsverhältnisses ist die Ausübung einer Tätigkeit nachgeht, die (ihrem Typus nach) die Schaffung von Einkünften in Geld und Güterform bezweckt in der Absicht, die Tätigkeit zu wiederholen und daraus eine Erwerbsquelle zu machen.⁴⁹⁰ Diese Absicht fehlt bspw. bei der bloßen Nutzung flüssigen oder immobilien Kapitals (zB Vermietung, Verpachtung, Darlehensgewährung).⁴⁹¹ Liegt einer Beschäftigung kein Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG zugrunde, so sind unter dem Begriff Erwerbseinkommen die aus dieser Beschäftigung erzielten Einkünfte in Geld- oder Güterform zu verstehen. Die Höhe der Einkünfte sind jedoch nicht schon die in den Honorarnoten ausgewiesenen Beträge, da von diesen die Aufwendungen (Werbungskosten bzw Betriebsausgaben) abzuziehen sind.⁴⁹²

Weiters ist Voraussetzung für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 12 Abs 1 AIVG, dass das aus der entsprechenden Tätigkeit erzielte Einkommen nicht nur den Zweck

⁴⁹⁰ VwGH 21.9.1993, 91/08/0145.

⁴⁹¹ VwGH 30.9.1990, 93/08/0202.

⁴⁹² VwGH 31.5.2000, 08/08/0378.

hat, die damit idR verbundenen Aufwendungen abzugelten, sondern auch einen angemessenen Beitrag zum Lebensunterhalt zu bilden.⁴⁹³

⁴⁹³ VwGH 13.11.1990, 89/09/0229; VwGH 30.9.1994, 93/08/0125; VwGH 5.6.2002, 2002/08/0015; VwGH 5.6.2002, 2002/08/0044; VwGH 20.12.2002, 99/02/0210; VwGH 30.6.2003, 2000/02/0234; VwGH 2.7.2003, 2002/08/0245.

3.3. Dienstnehmer im Sinne des AIVG

3.3.1. Grundsätzliches

Unter einem Dienstverhältnis iSd § 12 Abs 3 lit a AIVG ist jedenfalls ein unselbständiges Beschäftigungsverhältnis gem § 4 Abs 2 ASVG, also die Beschäftigung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (siehe zum Entgeltbegriff Punkt 4.), zu verstehen.⁴⁹⁴ Aufgrund der durch § 1 Abs 8 AIVG angeordneten Gleichstellung von freien Dienstnehmern iSd § 4 Abs 4 ASVG umfasst der Begriff des Dienstverhältnisses in § 12 Abs 3 lit a AIVG aber auch freie Dienstverhältnisse iSv § 4 Abs 4 ASVG. Aufgrund dieser Erweiterung des Anwendungsbereiches des AIVG schließt mE auch eine Vollversicherung als freier Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG das Vorliegen von Arbeitslosigkeit nach nunmehriger Rechtslage aus. Die gegenteilige, zur früheren Rechtslage ergangene Judikatur⁴⁹⁵ ist somit überholt.

Auch in diesem Zusammenhang stellt sich (daher) die Frage, inwieweit das AMS an einen Bescheid des Sozialversicherungsträgers gebunden ist. Diese ist wie folgt zu beantworten:

Für die Frage, ob ein (freies) Dienstverhältnis der Versicherungspflicht unterliegt, ist das AMS an einen rechtskräftigen Bescheid eines Sozialversicherungsträgers gebunden. Eine weiter reichende Bindung, insbesondere an die beim Hauptverband der Sozialversicherungsträger gespeicherten Versicherungsdaten besteht jedoch nicht, da zB jemand als beschäftigt geführt werden kann, obwohl das Dienstverhältnis bereits beendet ist, weil der Betreffende nicht bei der Krankenkasse abgemeldet wurde. Das AMS ist daher verpflichtet, die Versicherungspflicht eines (freien) Dienstverhältnisses selbst zu beurteilen, wenn die Kriterien für das Bestehen einer Vorfrage iSd § 38 AVG nicht vorliegen.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ VwGH 31.3.1998, 97/08/0498.

⁴⁹⁵ VwGH 4.8.2004, 2002/08/0118.

⁴⁹⁶ VwGH 20.12.2000, 98/08/0269.

3.3.2. Beendigung des Dienstverhältnisses

Unter der „Beendigung“ eines (freien) Dienstverhältnisses ist dessen arbeitsrechtliche Beendigung zu verstehen.⁴⁹⁷ Eine allfällige Verlängerung der Sozialversicherungspflicht gem § 11 Abs 1 oder 2 ASVG ändert nichts an der arbeitsrechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses und somit am Eintritt der Arbeitslosigkeit.⁴⁹⁸ Die gegenteilige Ansicht⁴⁹⁹ vermag mE deshalb nicht zu überzeugen, da es im Falle ihres Zutreffens überflüssig wäre, die Tatbestände, die zur Verlängerung der Pflichtversicherung führen, im Gesetz als Ruhensgründe für den Bezug von Arbeitslosengeld anzuführen.

Arbeitslosigkeit liegt demnach also nicht vor, wenn das vorangegangene Dienstverhältnis bloß zum Schein beendet, faktisch weitergeführt oder lediglich karenziert wurde. Dies gilt auch dann, wenn die Karenzierung ein Monat übersteigt und daher zum Wegfall der Pflichtversicherung nach dem ASVG führt. Der Wegfall des Entgeltanspruches führt somit nicht notwendigerweise auch zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses iSd ALVG. Bestehen mehrere arbeitslosenversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse, liegt Arbeitslosigkeit nur dann vor, wenn alle beendet sind.⁵⁰⁰

Die Abgrenzung zwischen Karenzierung und echter Beendigung eines Dienstverhältnisses kann schwierig sein. Diese Frage wurde in der Judikatur und Literatur bereits mehrfach und ausführlich behandelt⁵⁰¹ und führte im Wesentlichen zu folgenden Ergebnissen:

Ausschlaggebend dafür, ob eine bloße Karenzierung oder eine (Arbeitslosigkeit ermöglichende) Unterbrechung des Dienstverhältnisses (allenfalls iVm einer Wiedereinstellungszusage) vorliegt, ist die Absicht der Vertragsparteien. Dafür kommt es demnach auf den gemäß § 914 ff ABGB zu ermittelnden Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung an. Entscheidend ist somit die Absicht der Vertragsparteien. Dabei spielt auch der Zeitraum der Aussetzung eine Rolle: eine Karenzierungsvereinbarung, die den Arbeitnehmer unangemessen

⁴⁹⁷ VwGH 5.9.1995, 94/08/0288.

⁴⁹⁸ VwGH 24.11.1992, 92/08/0174; VwGH 20.7.2001, 99/02/005.

⁴⁹⁹ Resch, Sozialrecht⁴ (2008) 134.

⁵⁰⁰ VwGH 5.9.1995, 94/08/0288.

⁵⁰¹ Vgl zB Leitner, Arbeitslosengeld bei Karenzierung, ZAS 1996, 187; Runggaldier, Aussetzungsverträge und Arbeitslosengeld, DRdA 1984, 255; Ruppe, Beendigung von Arbeitsverträgen und Arbeitslosenversicherung, ZAS 1988, 115; Brodil, Aussetzungsvereinbarungen aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, ZAS 1996, 37; Mayer/Pfeil, Aussetzung oder Karenzierung? DRdA 2009, 433.

lange bindet oder das Wiederaufleben von ungewissen Ereignissen abhängig macht oder ins Belieben des Arbeitgebers stellt, ist sittenwidrig und somit nichtig iSd § 879 ABGB.

Im Zweifel ist vom Vorliegen einer Unterbrechung auszugehen, da dadurch Nachteile für den Arbeitnehmer vermieden werden. Dies gilt auch dann, wenn vereinbart wird, dass die Zeit der Unterbrechung im Falle der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für Ansprüche, die sich nach der Dauer des Dienstverhältnisses richten, zu berücksichtigen ist.⁵⁰²

Für die Bewertung der Vereinbarung ist die von den Parteien ernstlich bezweckte und nicht nur nach außen zum Schein vorgeschützte Ausgestaltung der Rechtsbeziehung während des Unterbrechungszeitraums maßgeblich.⁵⁰³ Eine Vereinbarung, das Dienstverhältnis (nur) deswegen zu unterbrechen (und nicht zu karenzieren), damit der Arbeitnehmer im Unterbrechungszeitraum Arbeitslosengeld beziehen kann, stellt kein solche Leistungen schlechthin ausschließendes Umgehungsgeschäft dar.

⁵⁰² VwGH 22.10.1992, 92/08/0047.

⁵⁰³ VwGH 29.3.2000, 98/09/0164.

3.3.3. Beendigung des Dienstverhältnisses strittig

Gem § 12 Abs 8 AIVG gelten Dienstnehmer, die vom Dienstgeber nicht beschäftigt werden, weil strittig ist, ob ihr Dienstverhältnis wirksam beendet wurde, so lange als arbeitslos, bis über das allfällige Weiterbestehen des Dienstverhältnisses (allenfalls durch Vergleich) rechtskräftig entschieden ist. Diese Bestimmung wird von der Rsp und hL lediglich auf Dienstnehmer bezogen, die einen besonderen Kündigungs- und/oder Entlassungsschutz genießen.⁵⁰⁴

Diese Interpretation entspricht mE nicht dem Gesetzeswortlaut, der keine derartige Einschränkung beinhaltet. Auch ist die dafür gegebene Begründung, diese Dienstnehmer hätten - da die Auflösung durch den Dienstgeber diesfalls der Zustimmung eines Gerichtes bzw einer Behörde bedarf - ohne die Regelung des § 12 Abs 8 nach der Legaldefinitionen des § 12 Abs 1 AIVG bei rechtswidriger Lösung keinen Leistungsanspruch, mE nicht schlüssig: So zählen bspw auch Vertragsbedienstete zu den Dienstnehmern mit besonderem Kündigungsschutz, doch muss vor Kündigung eines Vertragsbediensteten keine behördliche oder gerichtliche Zustimmung eingeholt werden.

ME umfasst § 12 Abs 8 AIVG daher auch Fälle, in denen die Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes angefochten wird, sowie ganz allgemein alle Konstellationen, in denen die Frage, ob das Dienstverhältnis beendet ist oder noch fortbesteht, zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer strittig ist (zB: Ist das Ende durch Zeitablauf wirksam oder liegt aufgrund der „Kettenvertragsjudikatur“ bereits ein unbefristetes Dienstverhältnis vor). Die praktischen Konsequenzen dieses Auffassungsunterschiedes halten sich allerdings in Grenzen, da die hL die Arbeitslosigkeit von Dienstnehmern, die Lösungserklärungen gestützt auf den allgemeinen Kündigungs- oder Entlassungsschutz anfechten, ohnehin (bereits allein) nach Maßgabe des § 12 Abs 1 AIVG bejaht.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ Krapf/Keul Rz 336; Dirschmied/Pfeil Erl 5.2. zu § 12; VwGH 13.3.1981, VwGHSlg 10.397/A; aA jedoch Marhold, DRdA 1982, 120.

⁵⁰⁵ Siehe Krapf/Keul Rz 336.

3.4. Selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des AIVG

3.4.1. Definitionsmerkmale

Unter selbständiger Erwerbstätigkeit iSd § 12 Abs 3 lit b AIVG sind alle Arbeitsleistungen zu verstehen, die in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit erbracht werden und die die nachhaltige Erzielung von Einkünften in Geld oder sonstigen Gütern bezwecken (siehe dazu Punk 4.), wobei nicht entscheidend ist, ob dieser Zweck regelmäßig erfüllt und in welchem Ausmaß er erreicht wird.⁵⁰⁶ Eine selbständige Erwerbstätigkeit schließt Arbeitslosigkeit aber nur aus, wenn bestimmte Einkommens- bzw. Umsatzgrenzen überschritten werden. Die Feststellung, dass ein Arbeitsloser selbständig erwerbstätig ist, reicht daher für sich alleine noch nicht aus, den Leistungsanspruch zu verneinen.⁵⁰⁷

Die Selbständigkeit einer Erwerbstätigkeit kommt vor allem in der Tatsache zum Ausdruck, dass der Selbständige die Tätigkeit nicht selbst verrichten muss, der Betrieb aber auf seine Rechnung und Gefahr geführt wird. Bei mittelbarer Nutzung eigenen Vermögens (z.B. Vermietung des eigenen Hauses) liegt daher mangels (nachhaltig) ausgeübter Tätigkeit keine selbständige Erwerbstätigkeit vor.⁵⁰⁸

Gemeinsames Merkmal sowohl der selbständigen als auch der unselbständigen Tätigkeit ist es aber, dass diese Personen eine nachhaltige Tätigkeit entfalten, die (ihrem Typus nach) die Schaffung von Einkünften in Geld- oder Güterform bezweckt. Dabei setzt die Nachhaltigkeit dieser Tätigkeit voraus, dass bei einem Erwerbstätigen die Absicht besteht, die Tätigkeit bei sich bietender Gelegenheit zu wiederholen und aus der ständigen Wiederholung eine Erwerbsquelle zu machen. Ob eine selbständige Erwerbstätigkeit idS vorliegt, muss aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten beantwortet werden, wobei das Fehlen einer allenfalls für die Ausübung der Tätigkeit erforderlichen gewerberechtlichen Genehmigung der Beurteilung dieser Tätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit nicht entgegensteht. Demgemäß kann auch die Arbeit an einer Erfindung, bei der sich der Erfinder von wissenschaftlichen Grundsätzen leiten lässt, eine solche selbständige Tätigkeit mit Erwerbswillen sein.

⁵⁰⁶ VwGH 9.5.1980, 2669/77; VwGH 4.7.1985, 83/08/0195; VwGH 13.11.1990, 89/08/0229; VwGH 16.6.1992, 91708/0149, 0150; VwGH 27.4.1993, 92/08/0260.

⁵⁰⁷ VwGH 20.12.1998, 97/08/0462.

⁵⁰⁸ VwGH 12.1.1993, 91/08/0167; VwGH 13.11.1990, 89/08/0229.

3.4.2. Beginn und Ende der selbständigen Tätigkeit

3.4.2.1. Problemstellung

Die Feststellung des Beginn- und Endzeitpunktes der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit kann sich als äußerst schwierig erweisen. So kommen für die Bestimmung des Beginns der selbständigen Erwerbstätigkeit nach Auffassung des VwGH (im Falle eines PR-Beraters) sowohl der Zeitpunkt der Anmietung des Geschäftslokals, der Lieferung der Büroeinrichtung oder der erstmaligen nach außen zutage tretenden Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit in Verbindung mit der erstmaligen Erzielung von Umsätzen als Kriterien in Betracht.⁵⁰⁹ Dies illustriert, dass die Ermittlung der maßgeblichen Zeitpunkte häufig mit großer Rechtsunsicherheit behaftet ist. Dieser Befund gilt häufig gerade auch für die Ausübung künstlerischer Tätigkeiten.

3.4.2.2. Steuerpflicht, Einkünfte

Für die Frage, ab wann eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, kommt es nicht auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zufließens von Einkünften aus einer solchen selbständigen Erwerbstätigkeit (also nicht auf den Zeitpunkt der Umsätze) an, wohl aber – wenn die selbständige Erwerbstätigkeit erst begonnen wurde – auf jenen Zeitpunkt, in dem eine solche Tätigkeit erstmals entfaltet worden ist, das heißt, ab welchem Zeitpunkt die im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit beabsichtigten Leistungen erstmals nach außen zutage tretend zumindest angeboten wurden.

Die Frage, ob die Steuerpflicht für das gesamte Kalenderjahr besteht, ist für diese Beurteilung hingegen schon deshalb nicht von Bedeutung, weil gem § 2 Abs 1 EStG der Einkommenssteuer das Einkommen zugrunde zu legen ist, das der Steuerpflichtige innerhalb eines Kalenderjahres bezogen hat. Die im Einkommenssteuerrecht maßgebliche Periode ist somit (unbeschadet des Gewinnermittlungszeitraums iSd § 2 Abs 5 bis 7 EStG) immer das ganze Kalenderjahr, nicht aber Teile davon. Aus dem Umstand, dass eine Person das ganze Jahr über steuerpflichtig gewesen ist, ist daher kein weiterer Rückschluss auf den tatsächlichen Beginn ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit zu ziehen.

⁵⁰⁹ VwGH 27.4.1993, 92/08/0260.

Auch aus dem Fehlen von Einkünften kann nicht geschlossen werden, dass die Erwerbstätigkeit nicht ausgeübt wird. So hat der VwGH in einem Fall entschieden, dass die Herstellung von Osterkalendern während eines dreijährigen Zeitraums, weil deren Abnahme zugesichert wurde, die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit darstellen kann.⁵¹⁰ Der VwGH argumentierte, dass zwar die bloße Herstellung von Osterkalendern in der (nicht durch Zusicherungen) begründeten Hoffnung, dass diese später abgenommen würden, noch als bloße Vorbereitungshandlung einer selbständigen Erwerbstätigkeit gewertet werden könnte, nicht aber eine solche Handlung aufgrund der Zusicherung, sie nach Fertigstellung abzunehmen.

Von Bedeutung war im gegenständlichen Zusammenhang der Umstand, dass der Produzent der Osterkalender seinen Vertragspartner geklagt hatte, nachdem dieser sich geweigert hatte, die Kalender vereinbarungsgemäß abzunehmen. Dieses Vorgehen bewirkte, dass die in die Wege geleitete Prozessführung auf Zuhaltung des Vertrages bei fortgesetzter Herstellung der Kalender nicht als bloßes Zuwarten auf eine etwaige Umsetzung seiner Idee und als Ausdruck fehlender Hinordnung auf die Erwerbsarbeit gewertet werden konnte. Ohne diese Klagsführung hätte das Vorliegen einer Erwerbsabsicht wohl nur bejaht werden können, wenn die Kalender in der Zwischenzeit auch anderen potenziellen Käufern angeboten worden wären.

3.4.2.3. Rahmenvereinbarungen

Wird die selbständige Erwerbstätigkeit aufgrund einer Rahmenvereinbarung entfaltet, ist es unbeachtlich, ob die Arbeitstätigkeit nur an einzelnen Tagen oder kontinuierlich erbracht wird. In jedem Fall umfasst die Dauer der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit den gesamten Zeitraum, während dessen Leistungen angeboten werden. Dabei kommt es für den Beginn der Tätigkeit nicht auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zufließens von Einkünften an, sondern vielmehr auf jenen Zeitpunkt, in dem eine solche Tätigkeit erstmals entfaltet worden ist.

3.4.2.4. Resümee

Eine selbständige Tätigkeit beginnt, sobald die im Rahmen der Erwerbstätigkeit beabsichtigten Leistungen erstmals nach außen zu Tage tretend angeboten werden.⁵¹¹ Die Feststellung, wann diese abstrakt umschriebene Voraussetzung im konkreten Einzelfall erfüllt ist, kann sich

⁵¹⁰ VwGH 30.9.1994, 93/08/0202.

⁵¹¹ VwGH 9.2.1993, 92/08/0265.

gerade bei Künstlern als schwierig erweisen. So ist es zB für das Berufsbild eines Schauspielers geradezu typisch, dass er seine Bereitschaft, Aufträge anzunehmen, über Künstleragenturen zum Ausdruck bringt, woraus daher der Beginn der selbständigen Erwerbstätigkeit resultiert.

Für die Ermittlung des Endzeitpunktes kann bei Selbständigen, die über eine Gewerbeberechtigung verfügen, grundsätzlich auf die Rückgabe oder den Entzug derselben abgestellt werden. Das bedeutet aber nicht, dass Personen, die eine Gewerbeberechtigung innehaben, jedenfalls eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Die Gewerbeberechtigung könnte ja auch ruhend gestellt worden sein; ebenso ist es möglich, dass die Tätigkeit trotz aufrechter Gewerbeberechtigung faktisch eingestellt (aufgegeben) wurde.

Verfügt der Selbständige über keine Gewerbeberechtigung, muss der Zeitpunkt der Beendigung anhand einer von den Umständen des Einzelfalles abhängigen Zukunftsprognose (ist zu erwarten, dass der Selbständige seine Tätigkeit fortsetzen wird) bestimmt werden. Dies erweist sich gerade bei Tätigkeiten, deren Ausübung keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel erfordert (zB Sänger, Schauspieler) als schwierig. In diesem Fall wird es letztlich auch die Erklärung des Betreffenden, seine Tätigkeit aufgeben zu wollen, ankommen (sofern kein Verhalten gesetzt wird, das dieser Erklärung widerspricht, zB, indem der Betreffende seine Leistung weiterhin auf dem Markt anbietet oder Aufträge entgegennimmt). Verfügt der Selbständige hingegen auf eine Art von betrieblicher Organisation, ist deren Aufgabe mE ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Zeitpunktes der Beendigung der Tätigkeit (zB ein Maler veräußert sein Atelier). Der bloße Mangel an Aufträgen kann per se jedenfalls keine Beendigung der Tätigkeit bewirken, da ein Schwanken der Einkünfte – abhängig von der Marktlage – ein Wesenmerkmal selbständiger Tätigkeit ist. Daher wird bspw auch die durchgehende Erwerbstätigkeit von Kursvertragenden nicht durch die kursfreien Ferienmonate unterbrochen.⁵¹²

⁵¹² VwGH 30.1.2002, 98/08/0223.

3.4.3. Procedere der Einkommensermittlung

3.4.3.1. Grundsätzliches

Personen, die zur Einkommenssteuer veranlagt werden, haben ihr Einkommen im Nachhinein durch die Vorlage des Einkommenssteuerbescheides für das Kalenderjahr, in dem die Leistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen wurde, nachzuweisen (§ 36a Abs 5 AIVG). Gem § 36c Abs 5 AIVG sind sie verpflichtet, den entsprechenden Einkommensbescheid binnen zwei Wochen nach dessen Erlassung dem AMS vorzulegen. Ergeht ein solcher Bescheid jedoch aufgrund der Geringfügigkeit des Einkommens nicht, hat das AMS das maßgebliche Einkommen amtswegig festzustellen.⁵¹³

3.4.3.2. Erklärung des Arbeitslosen

Bis zum Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides ist das Einkommen gem § 36a Abs 5 Z 1 AIVG aufgrund einer jeweils monatlich im Nachhinein abzugebenden Erklärung des selbständig Erwerbstätigen und geeigneter Nachweise festzustellen. Die Monatseinkommen des laufenden Kalenderjahres werden Monat für Monat addiert und durch die Anzahl der herangezogenen Monate addiert. Auf diese Weise wird das (vorläufige) Monatseinkommen jedes Monat neu iSe Durchschnittsrechnung festgestellt.

Einkommenserklärungen sind auch für jene Kalendermonate abzugeben, in denen keine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen wurde. Daher hat ein Arbeitsloser nach Beendigung seiner unselbständigen Tätigkeit, wenn er schon davor selbständig erwerbstätig war, bereits bei Geltendmachung seines Leistungsanspruches eine Einkommens- und Umsatzerklärung über das bisher im Kalenderjahr (bis einschließlich des Monats der Geltendmachung) erzielte Einkommen und die getätigten Umsätze abzugeben.

Die Ergebnisse dieser Durchschnittsrechnung können jedenfalls zu einer Leistungseinstellung pro futuro führen. Fraglich ist, ob auch eine rückwirkende Einstellung der Leistung in Betracht kommt. Dies ist mE zumindest grundsätzlich zu verneinen, da es andernfalls zu einer mehrfachen Neuabwicklung des Leistungsanspruches käme: Zunächst jeweils aufgrund der

⁵¹³ VwGH 4.8.2004, 2001/08/0116.

vorgelegten Erklärungen und ein weiteres Mal nach Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides. ME ist dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen, dass er beabsichtigte, ein solches, extrem aufwändiges System zu installieren.

3.4.3.3. Einkommenssteuerbescheid

Da sich somit letztlich erst bei Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides beurteilen lässt, ob tatsächlich ein die Arbeitslosigkeit ausschließendes Einkommen bezogen wurde, wird auch die Leistung erst iSd §§ 24, 25 AIVG widerrufen und zurückgefordert, wenn sich die Ungebührlichkeit des Leistungsbezuges aufgrund dieses Bescheides ergibt. Nach einer VwGH-Entscheidung ist die Rückforderung bereits vor Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides aber in jenen Fällen zulässig, in denen die selbständige Erwerbstätigkeit nicht gemeldet und daher § 36a Abs 5 Z 1 AIVG bei der Zuerkennung der Leistung gar nicht angewendet wurde.⁵¹⁴

Die betreffende Entscheidung erging allerdings zur Rechtslage vor BGBl I 1998/48. Nach der damals geltenden Rechtslage war das Einkommen von selbständig erwerbstätigen Personen durch Vorlage des Einkommenssteuerbescheides über das zuletzt veranlagte Kalenderjahr nachzuweisen. Nach nunmehriger Rechtslage ist hingegen ausschließlich dasjenige Kalenderjahr maßgebend, in dem die Leistung bezogen wurde. Somit müsste eine aufgrund der Verletzung von Meldepflichten widerrufene und zurückgeforderte Leistung erneut ausbezahlt werden, wenn sich nach Vorlage des Einkommenssteuerbescheides herausstellt, dass der Anspruch doch zu Recht besteht. Das spricht mE dafür, dass nach geltender Rechtslage auch in diesem Szenario mit einer allfälligen Rückforderung bis zum Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides zuzuwarten ist.

Das AMS ist an den Spruch des Einkommenssteuerbescheides gebunden.⁵¹⁵ Ergibt sich daraus, dass die für das Bestehen des Leistungsanspruches maßgeblichen Einkommensgrenzen überschritten wurden, ist die bezogene Leistung (teilweise oder zur Gänze) gem § 25 Abs 1 dritter Satz AIVG zurückzufordern. Wurde die Leistung hingegen (vorläufig) nicht (zur Gänze) ausbezahlt oder eingestellt, ist sie bzw die Differenz nachzuzahlen, wenn sich aufgrund

⁵¹⁴ VwGH 30.1.2002, 98/08/0233.

⁵¹⁵ VwGH 23.10.2002, 2002/08/0052; VwGH 10.6.2009, 2007/08/0343.

des Einkommenssteuerbescheides ergibt, dass das Durchschnittseinkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze liegt.⁵¹⁶

3.4.3.4. Vorübergehende und durchgehende Beschäftigung

§ 36a Abs 7 AlVG unterscheidet bei der Ermittlung des Durchschnittseinkommens danach, ob die selbständige Erwerbstätigkeit durchgehend oder vorübergehend ausgeübt wird. Bei durchgehender Erwerbstätigkeit wird das monatliche Einkommen durch Teilung des Jahreseinkommens laut Einkommenssteuerbescheid durch zwölf ermittelt.

Die Zwölftelung des Jahreseinkommens hat aber dann nicht Platz zu greifen, wenn die selbständige Erwerbstätigkeit bloß vorübergehend ausgeübt wird. Gem § 36a Abs7 AlVG ist das Jahreseinkommen bei nur vorübergehender selbständiger Erwerbstätigkeit auf bloß jene Monate aufzuteilen, in denen die selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde.⁵¹⁷

Da § 36a AlVG den Begriff „Einkommen“ stets in gleicher Weise verwendet, handelt es sich beim vorläufig bekannt zu gebenden Einkommen um das Einkommen gemäß § 2 Abs 2 EStG, also um den Gesamtbetrag der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit nach Ausgleich mit Verlusten, wobei unter Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Gewinn zu verstehen ist. Sofern in den als Nachweis vorzulegenden Honorarnoten an das Finanzamt abzuführende Umsatzsteuer enthalten ist, ist diese bei der Einkommensermittlung auszuscheiden, da die Umsatzsteuer nicht Teil der Einkünfte iSd § 2 Abs 2 EStG ist.⁵¹⁸

3.4.3.5. Umsatz

Analog zur Regelung der Einkommensfeststellung in § 36a AlVG bestimmt § 36b AlVG, wie bei der Umsatzermittlung vorzugehen ist. Der für die Beurteilung von Arbeitslosigkeit maßgebliche Umsatz ist aufgrund des Umsatzsteuerbescheides für das Kalenderjahr, in dem die Leistung bezogen wird, nachträglich festzustellen. Personen, deren Einkommen oder Umsatz aus selbständiger Erwerbstätigkeit für die Anspruchsbeurteilung herangezogen wurde, sind gem § 36c Abs 5 AlVG verpflichtet, den Umsatzsteuerbescheid für das Kalenderjahr, in dem

⁵¹⁶ 1304 BlgNR 20. GP.

⁵¹⁷ VwGH 14.9.2001, 2000/19/0139.

⁵¹⁸ VwGH 13.8.2003, 2000/08/0195.

die Leistung bezogen wurde, dem AMS binnen zwei Wochen nach dessen Erlassung vorzulegen.

Anhand dieses Bescheides wird der Leistungsanspruch für das betreffende Kalenderjahr endgültig festgestellt. Bis zum Vorliegen dieses Bescheides ist der Umsatz aufgrund einer jeweils im Nachhinein abzugebenden Erklärung des selbständig Erwerbstätigen und geeigneter Nachweise festzustellen. Maßgeblich sind nur die Umsätze des Leistungsbeziehers. Die Zurechnung von Umsätzen eines anderen Rechtssubjekts ist unzulässig.⁵¹⁹

⁵¹⁹ VwGH 28.3.2003, 99/02/0366.

3.4.4. Zuflussprinzip

Anspruch auf steuerpflichtige Bezüge besteht manchmal auch noch nach Einstellung einer selbständigen Tätigkeit (zB Folgeprovisionen, Tantiemen, Verkaufshonorare etc). Das wirft daher die Frage auf, ob in diesem Fall Arbeitslosigkeit vorliegt oder ob diese aufgrund der Einkünfte, die aus der bereits beendeten Tätigkeit bezogen werden, zu verneinen ist.

Bsp:

Ein Schriftsteller erzielt im Jahr 2008 Einkommen für den Verkauf zweier Bücher, die im Jahr 2007 verfasst bzw publiziert wurden. Ende 2007 hat der Schriftsteller seine Tätigkeit eingestellt und beim AMS Arbeitslosengeld beantragt.

Da das ALVG für die Bestimmung des Zeitpunktes, zu dem eine selbständige Tätigkeit begonnen bzw beendet wird, an die Ausübung der betreffenden Tätigkeit (und nicht an das Zufließen von Einkünften) anknüpft, steht der Umstand, dass die betreffende Tätigkeit bereits eingestellt wurde, mE der Wertung dieser Einkünfte als Einkommen iSd § 36a ALVG (in einer auf die Einstellung der Tätigkeit folgenden Periode) entgegen. Ein anderes Auslegungsergebnis würde zum Ergebnis führen, dass für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit nicht die Ausübung einer Tätigkeit (bzw das Bestehen einer Versicherungspflicht), sondern das Erzielen von Einkünften maßgeblich ist. Dieses Ergebnis wäre mE jedoch mit dem Telos des ALVG unvereinbar: Da Arbeitslosigkeit als Versicherungsfall konzipiert ist, kommt es für das Eintreten dieses Versicherungsfalles auf die Beendigung der die Versicherungspflicht auslösenden Tätigkeit an. Das Vorhandensein von Vermögen (wozu auch Folgeeinkünfte zählen) ändert nichts am Vorliegen des Versicherungsfalles der Arbeitslosigkeit.

3.4.5. Zeitliche Kongruenz

Die Problematik der Einkommensanrechnung iSd § 36a AIVG stellt sich nur dann, wenn sich der Zeitraum, für den eine (vom anzurechnenden Einkommen abhängige) Leistung aus der Arbeitslosenversicherung begehrt wird, und der Zeitraum, während dem die selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, zumindest überlappen.

Bsp 1:

Wird eine die Arbeitslosigkeit beendende selbständige Erwerbstätigkeit (erst) mit 1.7. desselben Jahres aufgenommen, so ist das aus dieser Tätigkeit bezogene Einkommen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld im Zeitraum vom 1.1. bis 30.6. irrelevant.

Bsp 2:

Wird eine selbständige Erwerbstätigkeit (erst) mit 1.7. aufgenommen, ohne dass sich der Leistungswerber vom Arbeitslosengeldbezug abmeldet, so ist gebührt das Arbeitslosengeld auch über den 30.6. hinaus, wenn das aus der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze nicht überschreitet. Das monatliche Einkommen wird (letztlich) durch Division des Gesamteinkommens durch sechs ermittelt.

Für die Ermittlung des monatlichen Einkommens iSd § 36 Abs 7 AIVG ist aber das gesamte Einkommen heranzuziehen und nicht etwa bloß jenes, das während des Bezuges von Arbeitslosengeld erzielt wurde, denn das würde letztlich dazu führen, dass ungeachtet einer durchlaufenden selbständigen Erwerbstätigkeit auf den Zeitpunkt der jeweiligen Umsätze abgestellt würde. Somit ist auch das Einkommen aus (letztlich vom Steuerbescheid umfassten) Zeiten ohne Arbeitslosengeldbezug zu berücksichtigen.⁵²⁰

Bsp 1:

Eine selbständige Erwerbstätigkeit wird während des gesamten Jahres ausgeübt, Arbeitslosengeld (aber erst) ab 1.7. beantragt. Für die Ermittlung des aus der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielten monatlichen Einkommens (und somit für die Frage, ob ein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht), ist das Gesamteinkommen (letztlich) durch zwölf zu dividieren.

⁵²⁰ VwGH 21.11.1989, 88/08/0287; VwGH 23.10.2002, 2002/08/0052.

Bsp 2:

Eine selbständige Erwerbstätigkeit wird ab 1.3. ausgeübt, Arbeitslosengeld (aber erst) ab 1.7. beantragt. Für die Ermittlung des aus der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielten monatlichen Einkommens (und somit für die Frage, ob ein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht), ist das Gesamteinkommen (letztlich) durch zehn zu dividieren.

4. Einkommensbegriff des §§ 36a, 36b AIVG

4.1. Grundsätzliches

Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit gilt das vom (freien) Dienstnehmer bezogene Entgelt iSd § 49 ASVG als Erwerbseinkommen, also die Geld- und Sachbezüge, auf die er aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienstverhältnisses vom Arbeitgeber oder einem Dritten erhält.⁵²¹ Wegen des Abstellens auf den Anspruchslohn ist es auch nicht von Bedeutung, ob ein Lohnanteil, der dem Arbeitnehmer zusteht, tatsächlich bezahlt wird oder nicht.⁵²²

Bei Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist das Einkommen durch Vorlage des Einkommens- und Umsatzsteuerbescheides nachzuweisen. Dabei kommt es nur darauf an, dass die Einkünfte dem Leistungswerber steuerlich zugerechnet werden.⁵²³ Grundsätzlich ist die Höhe des Einkommens gem § 36a Abs 7 iVm Abs 5 Z 1 AIVG bei durchgehender selbständiger Erwerbstätigkeit anhand des Einkommensdurchschnitts des gesamten Kalenderjahres, bei nur vorübergehender selbständiger Erwerbstätigkeit anhand des Durchschnitts jener Monate, in denen diese ausgeübt wurde, zu ermitteln. Daraus ergibt sich, dass für die Ermittlung des maßgeblichen Monatseinkommens das Gesamtjahreseinkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, also auch das Einkommen aus Zeiten ohne Arbeitslosengeldbezug, zu berücksichtigen ist.⁵²⁴

Wenn aber während des Arbeitslosengeldbezuges eine andere selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen wird, ist kein Gesamtdurchschnitt zu bilden, sondern nur das Einkommen aus jener selbständigen Erwerbstätigkeit maßgeblich, die dem Arbeitslosengeldanspruch zeit-raumbezogen gegenübersteht. Eine Zurechnung des Einkommens aus einer erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit neu begonnen, von der im gleichen Kalenderjahr früher ausgeübten Erwerbstätigkeit klar unterscheidbaren anderen Tätigkeit ist nämlich nicht zulässig.⁵²⁵

⁵²¹ VwGH 13.11.1990, 89/08/0229.

⁵²² VwGH 27.3.1990, 89/08/0250; VwGH 3.10.2002, 97/08/0611.

⁵²³ VwGH 26.4.2000, 96/08/0278.

⁵²⁴ VwGH 14.9.2001, 2000/19/0139.

⁵²⁵ VwGH 15.11.2000, 96/08/0183.

Unabhängig vom erzielten Einkommen liegt Arbeitslosigkeit auch dann nicht vor, wenn 11,1 % des Umsatzes die Geringfügigkeitsgrenze gem § 5 Abs 2 ASVG überschreiten. Der maßgebliche Umsatz ist aufgrund des Umsatzsteuerbescheides für das Kalenderjahr, in dem die Leistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen wird, festzustellen. Der Leistungsbezieher und die Person, die als Unternehmer Adressat des Umsatzsteuerbescheides ist, müssen identisch sein.⁵²⁶

⁵²⁶ VwGH 16.2.1999, 97/08/0247.

4.2. Die einzelnen Einkunftsarten

4.2.1. Grundsätzliches

Gem § 36a Abs 2 AIVG ist Einkommen iSd AIVG das Einkommen gem § 2 Abs 2 EStG, zuzüglich den Hinzurechnungen gem Abs 3 und dem Pauschalierungsausgleich gem Abs 4. Insoweit es sich bei diesen Einkünften aus solche aus unselbständiger Arbeit handelt, treten keine weiteren Schwierigkeiten auf. Probleme entstehen jedoch, wenn es sich um Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit handelt, da § 2 Abs 2 EStG (ua) zwischen Einkommen aus selbständiger Arbeit und Einkommen aus Gewerbebetrieb unterscheidet.

4.2.2. Einkünfte aus selbständiger Arbeit

Zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit zählen gem § 22 Z 1 lit a EStG Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. Dazu gehören auch Einkünfte aus künstlerischen und schriftstellerischen Tätigkeiten. Einkünfte aus selbständiger Arbeit iSd Bestimmung liegen aber nur vor, wenn sie aus der Ausübung von Tätigkeiten erzielt werden, die eine besondere Berufsausbildung oder besondere persönliche Fähigkeiten oder Fachkenntnisse erfordern.⁵²⁷ Dabei kommt dem eigenen geistigen Vermögen und der persönlichen Arbeitsleistung entscheidendes Gewicht zu.⁵²⁸

Als Künstler iSd Bestimmung ist daher nur jemand anzusehen, der eine persönliche eigenschöpferische Tätigkeit in einem umfassenden (anerkannten) Kunstfach aufgrund künstlerischer Begabung entfaltet.⁵²⁹ Die Tätigkeit darf sich nicht darauf beschränken, Erlernbares oder Erlerntes wiederzugeben.⁵³⁰ Tätigkeiten sind nur dann als künstlerisch iSd Norm zu betrachten, wenn sie einen gewissen Qualitätsstandard nicht unterschreiten. Darbietungen primitivster Art (im konkreten Fall eine Tätigkeit als Kinderstimmenimitator) sind daher ungeachtet ihres kommerziellen Erfolges nicht künstlerisch.⁵³¹

⁵²⁷ VwGH 7.11.1952, 1486/50.

⁵²⁸ VwGH 30.9.1975, 267/74; VwGH 23.5.1997, 94/13/0107.

⁵²⁹ VwGH 20.11.1989, 88/14/0211, VwGH 30.6.1994, 94/15/0090.

⁵³⁰ VwGH 25.3.1960, 1313/57.

⁵³¹ VwGH 23.10.1984, 84/14/0083.

Großes Können und eine persönliche Note machen aus einer handwerklichen noch keine künstlerische Tätigkeit.⁵³² Wenn etwa das dargebotene Musikstück nicht als Kunst anzusehen ist, spricht der Anschein für das Fehlen des künstlerischen Charakters der Darbietung. In einem solchen Fall müssen daher besondere Umstände für den künstlerischen Charakter des Vortrags sprechen.⁵³³ Werden diese Kriterien nicht erfüllt, wird kein Einkommen aus selbständiger Arbeit iSd EStG erzielt. In Betracht kommt dann allerdings die Subsumierung unter den Titel „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“.

4.2.3. Einkünfte aus Gewerbebetrieb

Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind im hier interessierenden Zusammenhang gem § 23 Z 1 EStG Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet. Dies ist dann der Fall, wenn das Tätigwerden des Abgabepflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Ausmaß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist.⁵³⁴ Im Folgenden wird auf die einzelnen Definitionsmerkmale eingegangen.

Selbständige Betätigung liegt vor, wenn sie ohne persönliche Weisungsgebundenheit und ohne organisatorische Eingliederung in einen anderen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr und unter eigener Verantwortung betrieben wird, der Steuerpflichtige das Unternehmenswagnis trägt und sich vertreten lassen kann.⁵³⁵ Beim Vorliegen von Merkmalen, die für die Selbständigkeit sprechen, und Merkmalen, die der Annahme der Selbständigkeit entgegenstehen, ist (auch in diesem Zusammenhang) auf das Überwiegen abzustellen.⁵³⁶ So begründet etwa das Vorliegen von Unternehmenswagnis alleine keine Selbständigkeit, wenn die Merkmale einer nichtselbständigen Tätigkeit überwiegen.⁵³⁷

Nachhaltig ist eine Tätigkeit, wenn mehrere auf einander folgende gleichartige Handlungen unter Ausnutzung derselben Gelegenheit und derselben dauernden Verhältnisse ausgeführt werden.⁵³⁸ Auch eine einmalige Wiederholung kann schon dann als nachhaltig angesehen

⁵³² VwGH 25.1.1993, 91/13/0231.

⁵³³ VwGH 12.12.1995, 94/14/0060; VwGH 23.1.1996, 93/14/0083; VwGH 26.5.1998, 97/14/0038.

⁵³⁴ VwGH 18.12.1001, 99/15/0115.

⁵³⁵ VwGH 3.5.1983, 82/14/0281.

⁵³⁶ VwGH 31.3.1987, 86/14/0163.

⁵³⁷ VwGH 17.9.1996, 92/14/0161.

⁵³⁸ VwGH 14.9.1988, 87/13/0248.

werden, wenn sie auf Wiederholung angelegt ist oder wenn aus den Umständen auf die Wiederholung oder Fortsetzung dieser Tätigkeit geschlossen werden kann.⁵³⁹ Bleibt es bei einer einmaligen Handlung, so ist sie dennoch nachhaltig, wenn sie in der Absicht der Wiederholung vorgenommen wurde. Wird andererseits eine ohne Wiederholungsabsicht vorgenommene Handlung aufgrund eines erst später gefassten Entschlusses wiederholt, so genügt diese Tatsache hingegen nicht, um die Nachhaltigkeit rückwirkend bereits mit der ersten Handlung eintreten zu lassen.

Gewinnabsicht liegt vor, wenn nicht nur Kostendeckung, sondern ein Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Ausgaben angestrebt wird. Die Gewinnabsicht muss im Allgemeinen, nicht aber bei jeder einzelnen Erwerbshandlung vorliegen. Das Streben nach Gewinn muss auch nicht der Hauptzweck der Tätigkeit sein, sodass ein Gewerbebetrieb auch vorliegen kann, wenn die Gewinnerzielungsabsicht nur Nebenzweck ist. Die subjektive Gewinnabsicht ist bei einer Tätigkeit, die sich objektiv und dauerhaft als gewinnträchtig erweist, zu vermuten.

Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt vor, wenn jemand nach außen hin erkennbar am Wirtschaftsleben in Form des Güter- und Leistungsaustausches teilnimmt und eine im wirtschaftlichen Verkehr begehrte und als solche geltende Leistung anbietet. Bei Erbringung von Leistungen, die ihrer Art nach geeignet sind, eine Auftragserteilung nicht nur durch einen einzigen Auftraggeber zu ermöglichen, ist eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zu bejahen, auch wenn der Steuerpflichtige nur gegenüber wenigen oder einem einzigen Auftraggeber tätig wird.⁵⁴⁰

Diese Kriterien werden häufig auch auf die Ausübung von Tätigkeiten zutreffen, die im herkömmlichen Sprachverständnis als „künstlerisch“ bezeichnet werden. Werden die Kriterien für das Vorliegen einer künstlerischen Tätigkeit (und somit einer selbständigen Arbeit) iSd Steuerrechts nicht erfüllt, wird das aus der betreffenden Tätigkeit erzielte Einkommen daher im Regelfall als Einkunft aus Gewerbebetrieb zu werten sein. Diese Einreihung wurde vom VwGH bspw auch vorgenommen, wenn Volksmusik durch publikumswirksame Effekte angereichert wird (in concreto Darbietung von Volksmusik auf Tiroler Abenden).⁵⁴¹

⁵³⁹ VwGH 14.10.1981, 81/13/0050.

⁵⁴⁰ VwGH 6.3.1973, 1032/72.

⁵⁴¹ VwGH 23.1.1996, 93/14/0083.

5. Vorübergehende Beschäftigung

5.1. Problemstellung und Abgrenzungsfragen

Der Tatbestand, dass eine Beschäftigung (bloß) vorübergehend ausgeübt wird, ist nicht nur im Sozialversicherungsrecht, sondern auch im Arbeitslosenversicherungsrecht geregelt. Dieses Phänomen tritt gerade bei Künstlern häufig auf, etwa wenn sich ein Künstler in der Zeit zwischen der Beendigung eines Auftrages und dem Beginn des nächsten Auftrages arbeitslos meldet. Der Abgrenzung zwischen vorübergehender und durchgehender Beschäftigung kommt demnach große Bedeutung zu.

Bei Beschäftigungen, die an einzelnen Tagen ausgeübt werden, können mehrere auf die einzelnen Tage beschränkte Beschäftigungsverhältnisse vorliegen, es kann sich aber auch um ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis handeln. Entscheidend für die Abgrenzung ist, ob eine periodisch wiederkehrende Leistungspflicht vereinbart wurde. Die tatsächliche Erbringung einer periodisch wiederkehrenden Leistung ist ein Indiz für das Vorliegen einer schlüssigen Vereinbarung über das Bestehen einer Verpflichtung zum wiederholten Tätigwerden.⁵⁴² Neben der Dauer der Ausübung der Beschäftigung ist für die Frage, ob der Künstler während der Zeit, in der er nicht beschäftigt ist, eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung beziehen kann, auch das daraus erzielte Einkommen relevant. Dafür kommen sowohl der täglichen als auch der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze Bedeutung zu.

⁵⁴² VwGH 24.4.1990, 89/08/0142.

5.2. Entwicklung der Rechtslage

Bis 31.12.1997 war der Bezug von Arbeitslosengeld bei einem über der Geringfügigkeitsgrenze liegenden Einkommen generell ausgeschlossen. Seit 1.1.1998 gilt bei vorübergehender Erwerbstätigkeit eine Anrechnungsbestimmung, die bei einem Einkommen aus vorübergehender Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze nicht zu einem gänzlichen Wegfall des Leistungsbezuges führt, sondern bloß die Höhe des Arbeitslosengeldes vermindert.

Diese Anrechnungsbestimmung wurde bis zum Arbeitsmarktreformgesetz 2004 durch § 12 Abs 3 lit g ALVG ergänzt, wonach jemand, der an mehr als 16 Tagen im Kalendermonat eine vorübergehende Erwerbstätigkeit ausgeübt und dadurch eine bestimmte Einkommensgrenze überschritten hat, nicht als arbeitslos galt. Wenn diese beiden Ausschlusstatbestände nicht vorlagen (und Arbeitslosigkeit somit trotz vorübergehender Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu bejahen war), wurde das Einkommen aus dieser vorübergehenden Erwerbstätigkeit jedoch gemäß § 21a ALVG auf den Arbeitslosengeldanspruch des laufenden Monats angerechnet.

Diese Bestimmung führte in der Praxis dazu, dass das Vorliegen von Arbeitslosigkeit davon abhing, wie sich die Arbeitstage bei vorübergehender Beschäftigung auf zwei Kalendermonate verteilten. So galt zB jemand, der in zwei aufeinander folgenden Kalendermonaten jeweils 16 Tage hintereinander arbeitete (etwa vom 16. Juli bis zum 16. August), an den restlichen Monatstagen als arbeitslos und konnte an diesen Tagen – nach Maßgabe der Anrechnung – Arbeitslosengeld beziehen. Wer hingegen in nur einem Kalendermonat 17 Tage vorübergehend arbeitete (zB vom 1. Juli bis zum 17. Juli), galt für den gesamten Kalendermonat nicht als arbeitslos und war daher auch an den Tagen, an denen er nicht arbeitete, nicht anspruchsberechtigt.

Per 1.8.2004 wurde die Anrechnungsbestimmung des § 12 Abs 3 lit g ALVG außer Kraft gesetzt, sodass seitdem ausschließlich § 21a ALVG maßgeblich ist.

5.3. Unterschiedliche Geringfügigkeitsgrenzen

Da § 5 Abs 2 ASVG zwischen verschiedenen Geringfügigkeitsgrenzen (tägliche, monatliche) unterscheidet, stellt sich die Frage, welche Geringfügigkeitsgrenze bei Ausübung einer vorübergehenden Erwerbstätigkeit heranzuziehen ist. Der VwGH vertritt dazu den Standpunkt, dass es die Rechtslage des § 12 Abs 6 lit c AIVG nicht zulässt, bei der Beurteilung einer bloß tage weisen selbständigen Tätigkeit zwar einerseits nicht auf das monatliche Einkommen, sondern auf ein Tageseinkommen abzustellen, dabei aber den Grenzwert gem § 5 Abs 2 lit a ASVG durch einen aus einer Aliquotierung der Monatsgrenze gewonnenen, viel niedrigeren Tageswert zu ersetzen. Bei der Beurteilung einer bloß tage weisen selbständigen Beschäftigung ist daher der Grenzwert des § 5 Abs 2 Z 1 ASVG heranzuziehen. In solchen Fällen sei allerdings zu prüfen, ob die selbständige Erwerbstätigkeit nicht in Wahrheit durchgehend ausgeübt wird.⁵⁴³

Das BMWA hat auf dieses Erkenntnis mit Erlass vom 10.7.2001, GZ 435.005/41-VI/A/8/2001, reagiert. Darin heißt es:

„Freiberuflich tätige bildende Künstler (Kunstschaffende) unterliegen seit 1.1.2001 der Pflichtversicherung nach dem GSVG, wobei diese auf die Jahreseinkünfte des Betreffenden abstellt. Wurden zB auch nur in einem Monat Einkünfte über der jährlichen Geringfügigkeitsgrenze bezogen, ist der Betreffenden in diesem Jahr durchlaufend in der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung pflichtversichert.

Die Berücksichtigung des zitierten VwGH-Erkenntnisses bedeutet jedoch, dass – unbeachtlich der Tatsache, dass nach den Bestimmungen des EStG bei vorübergehender Beschäftigung von selbständigen Erwerbstätigen auch eine Nachhaltigkeit gegeben ist, d.h., es muss die Absicht vorliegen, sie bei sich bietender Gelegenheit zu wiederholen, und unbeachtlich des Umstandes, dass diese Personengruppe der Pflichtversicherung nach dem GSVG (§ 2 Abs 1 Z 4) unterliegt - § 12 Abs 3 lit g AIVG als die speziellere Norm zu betrachten ist (lex specialis derogat lex generali). Dies deswegen, weil ansonsten § 12 Abs 3 lit g AIVG gerade bei dieser Gruppe von Beschäftigten nicht zum Tragen kommen würde. Nur dann, wenn z.B. immer an

⁵⁴³ VwGH 17.11.1999, 97/08/0113.

gleichen Wochentagen diese Tätigkeit ausgeübt wird, kann nicht mehr von vorübergehender Erwerbstätigkeit gesprochen werden.

In der Praxis ist daher in Fällen, in denen eine Pflichtversicherung nach dem GSVG (§ 2 Abs 1 Z 4) festgestellt wird, die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe unter Bedachtnahme auf die Regelungen des § 12 Abs 3 lit g AIVG zu beurteilen und nicht a priori der Anspruch wegen Vorliegen von selbständiger Erwerbstätigkeit zu versagen.“

Zu diesem Erlass ist anzumerken, dass § 12 Abs 3 lit g AIVG inhaltlich mittlerweile aufgehoben wurde. Eine Prüfung der Anspruchsberechtigung im AIVG gemäß dieser Bestimmung kommt daher nicht mehr in Betracht. Somit ist der Anspruch ausschließlich nach § 12 Abs 6 lit c AIVG zu beurteilen. Das bedeutet, dass danach unterschieden werden muss, ob die selbständige Erwerbstätigkeit durchgehend oder vorübergehend ausgeübt wird. Bei bloß tage weiser Ausübung ist die tägliche Geringfügigkeitsgrenze entscheidend, bei durchgehender Ausübung hingegen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze.

Für diese Abgrenzung kann es mE aber keine Rolle spielen, ob die betreffende Erwerbstätigkeit immer an den gleichen Wochentagen ausgeübt wird. Welche Bedeutung diesem Kriterium zukommen soll, ist daher mE nicht ersichtlich. Warum sollte es im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfolgen bspw einen Unterschied machen, ob eine Tätigkeit jeweils am Montag und Dienstag oder zwar ebenfalls an jeweils zwei Tagen in der Woche, aber stets an abwechselnden Wochentagen ausgeübt wird? Soweit ersichtlich, wurde eine derartige Rechtsansicht bislang auch von niemand anderem vertreten.

5.4. Kürzere vorübergehende Erwerbstätigkeit

5.4.1. Grundsätzliches

Gem § 21a Abs 1 Satz 2 ALVG sind unter vorübergehenden Erwerbstätigkeiten unselbständige Beschäftigungen zu verstehen, die für weniger als vier Wochen vereinbart wurden, und selbständige Erwerbstätigkeiten, die weniger als vier Wochen lang ausgeübt werden. Daraus folgt, dass nur das Einkommen aus solchen unselbständigen Beschäftigungen zu einer Anrechnung führen kann, die befristet abgeschlossen wurden.

Ausgangsbasis der Einkommensanrechnung ist das Nettoeinkommen des jeweiligen Monats, also das auf der Lohnbestätigung bzw. Honorarnote ausgewiesene Einkommen abzüglich Steuern und Sozialversicherungsbeiträge. Der tägliche Anrechnungsbetrag wird ermittelt, indem das im jeweiligen Kalendermonat erzielte Nettoeinkommen um den der Geringfügigkeitsgrenze für das Kalendermonat entsprechenden Betrag vermindert. 90 % des verbleibenden Betrages werden durch die Zahl der Kalendertage im betreffenden Monat geteilt. Der so ermittelte Betrag ist vom täglichen Arbeitslosengeld an den in diesem Monat verbleibenden Anspruchstagen abzuziehen.

Auch in diesem Fall ist die tägliche Geringfügigkeitsgrenze aber ebenfalls von Relevanz. Wird diese an den einzelnen Beschäftigungstagen überschritten, wird dadurch das Vorliegen von Arbeitslosigkeit ausgeschlossen, weshalb für die betreffenden Tage kein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht.

§ 21a ALVG sieht die Möglichkeit, das aus der vorübergehend ausgeübten Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen (vorerst) durch Erklärung festzustellen, nicht vor. Somit besteht mE nur die Alternative, die Leistung in dem Zeitraum, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, (mangels Arbeitslosigkeit) einzustellen, und (anhand der vorgelegten Lohnbestätigungen bzw Honorarnoten) den Betrag, um den die Leistung an den verbliebenen Anspruchstagen zu kürzen ist, (im Regelfall erst im Nachhinein) zu ermitteln.

5.4.2. Beispiele

Bsp 1:

Ein Sänger bezieht ein Arbeitslosengeld in Höhe von € 15 täglich und hat im April 2009 an 5 Auftritte. Dabei wird ein Gesamtnettoeinkommen von € 500 (€ 100 pro Tag) erzielt. Da das Nettoeinkommen an den Tagen, an denen gearbeitet wird, die tägliche Geringfügigkeitsgrenze überschreitet, gebührt für diese 5 Tage kein Arbeitslosengeld. An den verbleibenden 25 Kalendertagen wird der Anrechnungsbetrag von der Höhe des Arbeitslosengeldes abgezogen. Der Anrechnungsbetrag wird ermittelt, indem die monatliche Geringfügigkeitsgrenze vom Gesamtnettoeinkommen abgezogen wird und 90 % dieses Betrages durch die Zahl der Kalendertage im April dividiert werden. Der so ermittelte tägliche Anrechnungsbetrag beträgt demnach € 4,53. Das tägliche Arbeitslosengeld beträgt daher im April € 10,47. Das ergibt für den gesamten Monat ein Arbeitslosengeld in Höhe von € 261,75 (€ 10,47 x 25 Tage).

Bsp 2:

Ein Sänger bezieht ein Arbeitslosengeld in Höhe von € 15 täglich und hat im April 2009 an 7 Auftritte. Dabei wird ein Gesamtnettoeinkommen von € 300 (€ 60 pro Tag) erzielt. Da das Gesamtnettoeinkommen geringer ist als die monatliche Geringfügigkeitsgrenze, bewirkt die Ausübung der vorübergehenden Erwerbstätigkeit keine Anrechnung des daraus erzielten Einkommens auf die Höhe des Arbeitslosengeldes. Da jedoch an 5 Tagen die tägliche Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird, gebührt für diese 5 Tage kein Arbeitslosengeld. Das Arbeitslosengeld steht daher im April nur für 25 Tage zu und beträgt somit € 375 (€ 15 täglich x 25 Tage).

Bsp 3:

Ein Sänger bezieht ein Arbeitslosengeld in Höhe von € 15 täglich und hat im April 2009 5 Auftritte. Dabei wird ein Gesamtnettoeinkommen von € 100 (€ 25 pro Tag) erzielt. Da das Gesamtnettoeinkommen geringer ist als die monatliche Geringfügigkeitsgrenze, bewirkt die Ausübung der vorübergehenden Erwerbstätigkeit keine Anrechnung auf die Höhe des Arbeitslosengeldes. Da weiters auch die täglichen Geringfügigkeitsgrenze an keinem Tag dieses Monats überschritten wird, gebührt das Arbeitslosengeld für alle Tage des Monats April und beträgt somit insgesamt € 450 (€ 15 täglich x 30 Tage).

5.4.3. Probleme, die diese Bestimmung aufwirft

§ 21a ALVG ist bei vorübergehender Ausübung einer unselbständigen Beschäftigung nach seinem eindeutigen Wortlaut nur anwendbar, wenn der Ausübung der Tätigkeit ein befristeter Vertrag zugrunde liegt. Wird die Arbeitsleistung aufgrund eines unbefristeten Vertrages erbracht, der jedoch bereits vor Ablauf von vier Wochen beendet wird (zB durch einvernehmliche Auflösung oder Kündigung), ist diese Bestimmung folglich unanwendbar, sodass die Rechtsfolgen die Rechtsfolgen dieser vorübergehenden Erwerbstätigkeit nach § 36a ALVG zu beurteilen sind.

Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn eine unselbständige Beschäftigung (entgegen der im Vertrag enthaltenen Befristung) tatsächlich für vier Wochen oder länger ausgeübt wird. Beispiel: Es wurde eine Beendigung des Vertrages durch Zeitablauf nach zwei Wochen vereinbart; tatsächlich wird die betreffende Tätigkeit jedoch erst nach fünf Wochen beendet. Gemäß der hL ist die Tätigkeit in diesem Fall nicht unter § 21a ALVG, sondern unter § 36a ALVG zu subsumieren,⁵⁴⁴ was zur Folge hat, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld für den Zeitraum, während dem die Tätigkeit ausgeübt wird, zur Gänze ausgeschlossen ist (sofern dadurch die Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 12 Abs 6 ALVG überschritten wird). Dem ist mE zuzustimmen, da die Ausübung einer Tätigkeit über den ursprünglich vereinbarten Beendigungszeitpunkt hinaus die konkludente Verlängerung des betreffenden Vertrages inkludiert.

Wird ein befristeter Vertrag auf bestimmte Zeit verlängert (wobei die Dauer des Vertragsverhältnisses insgesamt vier Wochen nicht überschreitet), so stellt sich die Frage, ob das AMS bei der Beurteilung dieser Vertragskonstruktion die Kettenvertragsproblematik von sich aus aufgreifen muss. Bejahendenfalls könnte das AMS zum Schluss kommen, dass – entgegen den Intentionen der beiden Vertragsparteien – kein befristeter, sondern bereits ein unbefristeter Vertrag vorliegt, was zur Folge hätte, dass die Rechtsfolgen der vorübergehende Erwerbstätigkeit nicht nach § 21a ALVG, sondern nach § 36a ALVG zu beurteilen wären. ME ist diese Frage aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatzes der materiellen Wahrheit zu bejahen.

Wird eine befristete unselbständige Beschäftigung für eine Dauer von mindestens vier Wochen vereinbart, tatsächlich aber (wegen vorheriger Beendigung des Vertrages) bloß für einen

⁵⁴⁴ Dirschmied/Pfeil Erl zu § 21a.

kürzeren Zeitraum als für vier Wochen ausgeübt, so ist § 21a ALVG auf diese Konstellation mE ebenfalls nicht anwendbar. Dies folgt daraus, dass entscheidend für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist, für wie lange die Ausübung der betreffenden Tätigkeit vereinbart war, und nicht, wie lange diese tatsächlich ausgeübt wurde.

5.5. Längere vorübergehende Erwerbstätigkeit

5.5.1. Grundsätzliches

Unter einer durchgehenden (selbständigen) Tätigkeit iSd § 36a Abs 7 AIVG wird, wie sich insbes daraus ergibt, dass als Basis für die Bestimmung des daraus resultierenden monatlichen Einkommens das Jahreseinkommen heranzuziehen ist, ein das ganze Kalenderjahr über andauerndes Tätigwerden verstanden. Eine vorübergehende Tätigkeit liegt demzufolge vor, wenn die betreffende Tätigkeit nicht das ganze Kalenderjahr hindurch ausgeübt wird (wird eine Tätigkeit im Laufe eines Kalenderjahres begonnen und im Laufe des nächsten Kalenderjahres wieder beendet, so wird sie daher in beiden Jahren iSd § 36a Abs 7 AIVG vorübergehend ausgeübt).

Bei durchgehender selbständiger Erwerbstätigkeit gilt als monatlicher Umsatz ein Zwölftel des Jahresumsatzes. Bei nur vorübergehender selbständiger Erwerbstätigkeit ist der anteilmäßige Umsatz der Monate, in denen die Tätigkeit ausgeübt wurde, maßgebend. Berechnung: Gesamtumsatz dividiert durch die Tage der Erwerbstätigkeit x 30. Sofern 11,1 % dieses Betrages die monatliche Geringfügigkeitsgrenze überschreitet, ist das Vorliegen von Arbeitslosigkeit ausgeschlossen. Wird die Tätigkeit während eines kürzeren Zeitraums als ein Monat ausgeübt, ist wiederum auch die tägliche Geringfügigkeitsgrenze zu beachten. Arbeitslosigkeit liegt an den jeweiligen Erwerbstagen dann nicht vor, wenn 11,1 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes (Gesamtumsatz dividiert durch die Anzahl der Tage der Erwerbstätigkeit dividiert durch 100 x 11,1) die tägliche Geringfügigkeitsgrenze übersteigt.

5.5.2. Aliquotierung von „Rumpfmonaten“

Der Wortlaut des § 36a Abs 7 Satz 1 AIVG⁵⁴⁵ ist mE insofern missverständlich, als demnach bei vorübergehender selbständiger Erwerbstätigkeit (bloß) das anteilmäßige Einkommen zu berücksichtigen ist. In die Berechnung fließt aber wohl stets das gesamte, vom Arbeitslosen erzielte Einkommen (und nicht nur ein Teil davon) ein; das (gesamte) Einkommen ist allerdings (bloß) durch die Zahl der Monate zu dividieren, in denen die selbständige Erwerbstätig-

⁵⁴⁵ Auf die analoge Bestimmung in § 36b AIVG (betreffend der Ermittlung der maßgeblichen Umsatzhöhe) wird im Folgenden nicht mehr eingegangen, die bereits getätigten Ausführungen sind jedoch sinngemäß auch auf diesen Fall übertragbar.

keit ausgeübt wurde. Wurde die selbständige Erwerbstätigkeit nicht mit einem Monatsersten begonnen bzw mit einem Monatsletzten beendet, so stellt sich daher die Frage, ob für die Berechnung des monatlichen Einkommens jeder Kalendermonat, in dem eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, als ein (voller) Monat zählt.

Bsp:

Eine selbständige Erwerbstätigkeit wird von 3.3. bis 15.10. eines Jahres ausgeübt. Möglich wäre, das dabei erzielte Einkommen durch sechs (nur volle Monate zählen), durch acht (jeder angefangene Monat zählt), durch Rundung der „Rumpfmonate“ (Aufrunden, Abrunden, Runden nach kaufmännischen Regeln) oder durch Aliquotierung der „Rumpfmonate“ zu teilen.

ME ist es exaktesten, die „Rumpfmonate“ zu aliquotieren, wobei mE ein Monat mit 30 Kalendertagen zu veranschlagen ist. Im obigen Bsp wurde die Erwerbstätigkeit in den Monaten März bzw Oktober daher an 43 von 60 möglichen Tagen (das entspricht 1,43 von 2 vollen Monaten) ausgeübt. Das (laut Steuerbescheid) erzielte Einkommen ist daher durch 7,43 zu teilen.

5.6. Schlussfolgerung

Für § 21a ALVG verbleibt mE praktisch kein Anwendungsbereich, denn auch ein Selbständiger, der seine Leistungen jeweils nur für einen die Dauer von vier Wochen nicht überschreitenden Zeitraum erbringt, bietet seine Arbeitskraft üblicher Weise nach Beendigung eines (jeden einzelnen) Vertragsverhältnisses weiterhin künftig an (und zieht sich nicht deshalb vom Arbeitsmarkt zurück, weil ein bestimmter Auftrag beendet ist). Somit ist seine Tätigkeit aber unter § 36a ALVG (und nicht unter § 21a leg cit) zu subsumieren.

IdS wird § 36a Abs 7 ALVG auch vom VwGH verstanden: So wurde etwa die Tätigkeit als Chorsängerin, die im Laufe des Jahres immer wieder ausgeübt wurde, als durchgehende Tätigkeit qualifiziert, obwohl sich die tatsächlichen Auftritte stets nur auf wenige Tage im Monat beschränkten.⁵⁴⁶ Damit erfordert die Anwendbarkeit des § 21a ALVG mE aber nicht nur, dass eine Leistung (im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit) bloß für einen kürzeren Zeitraum als vier Wochen erbracht, sondern auch, dass die betreffende Erwerbstätigkeit (erst) mit der Erbringung dieser Leistung aufgenommen und danach (zumindest vorübergehend) wieder aufgegeben wird (bspw wenn ein Publizist hin und wieder kurze Beiträge für einschlägige Publikationen verfasst).

⁵⁴⁶ VwGH 28.6.2006, 2005/08/0069.

6. Berufsschutzproblematik

6.1. Einleitung

Gem § 7 Abs 1 Z 1 ALVG ist eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosengeld, dass der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht. Gem Abs 2 leg cit steht der Arbeitsvermittlung nur ein Arbeitsloser zur Verfügung, der arbeitswillig ist. Arbeitswillig ist gem § 9 Abs 1 leg cit, wer (ua) bereits ist, eine zumutbare Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG anzunehmen. Unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsplatz zumutbar ist, wird in § 9 Abs 2 bis 4 ALVG näher definiert. Im gegebenen Zusammenhang ist dabei der Berufsschutz gem § 9 Abs 3 S 1 ALVG von Interesse, da dieser an die bisherige Tätigkeit anknüpft und somit tätigkeitsspezifisch konstruiert ist. Daher ist es möglich, zu hinterfragen, ob und bejahenden falls welche Besonderheiten bei Ausübung künstlerischer Tätigkeiten bestehen.

6.2. Dauer des Berufsschutzes

Gem der vor dem 1.1.2005 geltenden Rechtslage galt der Berufsschutz während der gesamten Dauer des Bezuges von Arbeitslosengeld. Durch das Arbeitsmarktreformgesetz 2005 wurde diese Dauer auf die ersten 100 Tage des Bezuges von Arbeitslosengeld aufgrund einer neu erworbenen Anwartschaft verkürzt.⁵⁴⁷ Diese Verkürzung wird in den Materialien damit begründet, dass nach wissenschaftlichen und praktischen Erfahrungen im Regelfall innerhalb dieser Zeit eine Wiederaufnahme der Beschäftigung möglich sei und durch eine rechtzeitige berufliche Umorientierung des Arbeitslosen Langzeitarbeitslosigkeit verhindert werden solle.⁵⁴⁸ In den Materialien wird weiters die Möglichkeit erwähnt, die Dauer des Berufsschutzes im Einvernehmen mit dem Arbeitslosen zu verkürzen, wenn keine Aussicht auf Rückkehr in den bisherigen Beruf besteht, bzw bei begründeter Aussicht auf eine baldige Beschäftigung im bisherigen Tätigkeitsbereich zu verlängern.

In der Literatur wird hingegen darauf hingewiesen, dass Dauer des Berufsschutzes gesetzlich geregelt seien und weder einseitig durch das AMS noch durch Vereinbarung mit dem Arbeitslosen⁵⁴⁹ abgeändert werden könnten. Die Dauer des Berufsschutzes werde daher auch mit Zustimmung des Arbeitslosen nicht verkürzt; vice versa könne sich der Arbeitslose nach Ablauf der 100-Tage-Frist auch dann nicht mehr auf den Berufsschutz berufen, wenn etwa im Betreuungsplan festgehalten wurde, dass begründete Aussicht auf eine baldige Beschäftigung im bisherigen Tätigkeitsbereich bestehe.⁵⁵⁰ ME ist diesen Ausführungen prinzipiell zuzustimmen; da eine Voraussetzung für den Berufsschutz darin besteht, dass die Ausübung einer anderen Tätigkeit eine künftige Beschäftigung im bisherigen Beruf wesentlich erschwert, können schlechte Beschäftigungsaussichten im bisherigen Beruf allerdings mE die Dauer des Berufsschutzes im Wege der Beeinträchtigung dieses Tatbestandsmerkmals verkürzen. Die Ansicht von *Krapf/Keul*, eine Verlängerung des Berufsschutzes im Betreuungsplan bewirke die Unzumutbarkeit einer dem Betreuungsplan widersprechenden Beschäftigung,⁵⁵¹ ist deshalb abzulehnen, weil die Zumutbarkeitsbestimmungen ausschließlich im Gesetz determiniert

⁵⁴⁷ BGBl I 2004/77. Vgl *Kaun*, Die Reform der Zumutbarkeitsbestimmungen durch das Arbeitsmarktreformgesetz 2004, ZAS 2005/26.

⁵⁴⁸ RV 464 BlgNR 22. GP 4 f.

⁵⁴⁹ Etwa im gem § 38c AMSG zu erstellenden Betreuungsplan.

⁵⁵⁰ *Dirschmied/Pfeil* Erl 3.6.1. zu §§ 9 – 11.

⁵⁵¹ *Krapf/Keu*, Rz 212, 229.

sind und nicht durch Vereinbarung – zu Lasten der Versichertengemeinschaft – abgeändert werden können.

Aus dem Umstand, dass der Berufsschutz nicht (einmal) während des gesamten Zeitraumes des Bezuges von Arbeitslosengeld, sondern (nur) während der ersten 100 Tage gilt, folgt, dass diese Bestimmung – entgegen dem Gesetzeswortlaut – nicht vom in § 38 AIVG enthaltenen Verweis erfasst und daher nicht (sinngemäß) auch auf den Bezug von Notstandshilfe anzuwenden ist.⁵⁵² Da sich die Dauer des Berufsschutzes auf den Bezug von Arbeitslosengeld aufgrund einer neu erworbenen Anwartschaft erstreckt, ist im Falle eines Fortbezuges zu prüfen, wie viele Tage bereits Arbeitslosengeld bezogen wurde und wie viele Tage daher noch für den Berufsschutz verbleiben. Der Grund für die Unterbrechung (zB Eintreten eines Ruhensgrundes) spielt dabei keine Rolle, da das Gesetz nicht nach dem Grund für die Unterbrechung des Leistungsbezuges differenziert.⁵⁵³

⁵⁵² *Dirschmied/Pfeil* Erl 3.6.1. zu §§ 9 – 11.

⁵⁵³ Vgl *Pfeil*, Die Regelung der Zumutbarkeit einer Beschäftigung seit der Arbeitsmarktreform 2004, DRdA 2006, 98.

6.3. Reichweite des Berufsschutzes

6.3.1. Grundsätzliches

Die meritorische Komponente des Berufsschutzes besteht darin, dass eine Vermittlung in eine nicht dem bisherigen Tätigkeitsbereich entsprechende Tätigkeit unzumutbar ist, wenn dadurch eine künftige Verwendung im bisherigen Beruf wesentlich erschwert wird. Vor dem Arbeitsmarktreformgesetz 2004 lautete die Formulierung „in seinem Beruf“, doch bewirkte die durch die besagte Novelle herbeigeführte Änderung des Wortlauts keine inhaltliche Modifikation.⁵⁵⁴

Die Bestimmung wirft demnach zwei Fragen auf:

1. Durch welche Kriterien wird der bisherige Tätigkeitsbereich des Arbeitslosen bestimmt/abgegrenzt?
2. Unter welchen Voraussetzungen wird durch Ausübung einer „fremden“ Tätigkeit eine künftige Verwendung im bisherigen Beruf wesentlich erschwert?

Bei Verneinung der Frage, ob durch Ausübung einer konkreten Tätigkeit eine künftige Verwendung im bisherigen Beruf erschwert wird, kommt der Frage, welche Tätigkeit der Arbeitslose bisher ausgeübt hat, keine Relevanz zu. Mit anderen Worten: Wird die künftige Verwendung des Arbeitslosen im bisherigen Beruf dadurch nicht wesentlich erschwert, kann er auf jeden beliebigen (den sonstigen Zumutbarkeitskriterien entsprechenden) Arbeitsplatz vermittelt werden (dem Arbeitslosen kommt in diesem Fall also kein Berufsschutz mehr zu).

⁵⁵⁴ ZB Pfeil, Die jüngsten Entwicklungen im Arbeitslosenversicherungsrecht im „Systemcheck“, ZAS 2005/27.

6.3.2. Bestimmung der bisherigen Tätigkeit

6.3.2.1. Bezeichnung und Qualifikation

ME sind die Begriffe „bisheriger Tätigkeitsbereich“ und „bisheriger Beruf“ synonym zu verstehen, da beide Formulierungen dazu verwendet werden, den Aufgabenbereich zu umschreiben, den der Arbeitslose bisher ausgeübt hat. Für die Bestimmung der bisher ausgeübten Tätigkeit (also des Berufes) kommt es nach Auffassung des VwGH nicht auf formale Berufsgrenzen an.⁵⁵⁵ Dies erschwert die Bestimmung der Reichweite des Berufsschutzes, da demnach in jedem Einzelfall konkrete Feststellungen über den konkret ausgeübten Aufgabenbereich erforderlich sind.⁵⁵⁶ Zur Frage, wie konkret bzw umfassend die bisher ausgeübte Tätigkeit bezeichnet werden darf,⁵⁵⁷ liegt – soweit ersichtlich – weder Judikatur noch Literatur vor. Pauschale, bloß die Berufsgruppe oder –gattung umfassende Bezeichnungen wie „Künstler“, „Angestellter“ oder „Arbeiter“, sind sicherlich zu vage. ME legt die Formulierung „Tätigkeitsbereich“ aber auch nahe, dass der Gesetzgeber einer weitreichenden Spezifizierung der „geschützten“ Tätigkeit (zB Solosänger, Charakterdarsteller etc) skeptisch gegenüber steht.

Das Eintreten des Berufsschutzes für eine bestimmte Tätigkeit setzt nicht voraus, dass der Arbeitslose formelle Nachweise über die Befähigung zur Ausübung der betreffenden Tätigkeit erworben hat (zB Lehr- oder Schulabschluss).⁵⁵⁸ Der Berufsschutz kann daher auch durch die (bloß) faktische Ausübung einer bestimmten Tätigkeit eintreten. So setzt etwa der Berufsschutz für die Tätigkeit als Kunstmaler nicht die Absolvierung der Kunstakademie voraus.

⁵⁵⁵ VwGH 23.4.2003, 98/08/0284, 0382.

⁵⁵⁶ VwGH 4.4.2002, 2002/08/0021.

⁵⁵⁷ Bsp: Ist die Bezeichnung „Schauspieler“ ausreichend oder ist eine Differenzierung zwischen Film – und Theaterschauspielern erforderlich? Je globaler (abstrakter) die Tätigkeit bezeichnet wird, desto höher ist die Zahl der Arbeitsplätze, die unter den Begriff „bisheriger Tätigkeitsbereich“ subsumierbar sind.

⁵⁵⁸ VwGH 20.10.1998, 97/08/0585.

6.3.2.2. Zeitliche Komponente

Fraglich ist, ob unter dem Begriff „bisheriger Tätigkeitsbereich“ sämtliche Tätigkeiten, die der Arbeitslosen in seinem Berufsleben verrichtet hat, zu subsumieren sind. ME ist das aus folgenden Gründen zu verneinen:

Der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen, da bloß der Singular verwendet wird. Da jemand im Laufe seines Arbeitslebens durchaus mehrere Tätigkeitsbereiche (Berufe) ausgeübt haben kann, wäre zu erwarten, dass der Gesetzgeber den Plural verwenden würde, wenn er beabsichtigt, den Berufsschutz in der Weise einzuengen, dass eine Vermittlung des Arbeitslosen auf mehrere (oder sämtliche) der im Laufe des Berufslebens ausgeübten Tätigkeiten zulässig ist.

Auch eine am Telos des Gesetzes orientierte Interpretation führt zu diesem Ergebnis, da § 9 Abs 3 S 1 AIVG bei einer solchen Auslegung nahezu bedeutungslos würde. So könnten beispielsweise einem Sänger, der irgendwann im Laufe seines Lebens als Hilfsarbeiter tätig war, auch Hilfsarbeitertätigkeiten vermittelt werden. Die Frage, über welche Qualifikation der Arbeitslose verfügt (und wie diese nachzuweisen ist), wäre damit in solchen Fällen irrelevant. Wenn sich der in § 9 Abs 3 S 1 AIVG verankerte Berufsschutz daher nicht auf sämtliche im Laufe des Berufslebens ausgeübte Tätigkeiten bezieht, das Gesetz aber keine Anhaltspunkte bietet, wie die in Betracht kommenden Tätigkeiten zu ermitteln wären (zB Einengung auf die während eines bestimmten Zeitraums ausgeübten Tätigkeiten, Zusammenfassung von Tätigkeiten gleichen Qualifikationsniveaus etc), ist dafür mE auf die zuletzt (also vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ausgeübte) ausgeübte Tätigkeit maßgeblich.

Nicht beizupflichten ist hingegen mE der Auffassung von *Krapf/Keul*, der Berufsschutz komme auch dann zur Anwendung, wenn zwar eine bestimmte Ausbildung absolviert, diese aber noch nicht praktisch umgesetzt würde.⁵⁵⁹ Diese Interpretation ist mE weder mit dem Wortlaut, der auf den bisherigen Tätigkeitsbereich bzw Beruf (und nicht auf die Ausbildung des Arbeitslosen) abstellt, noch mit dem Zweck des Gesetzes, das der Existenzsicherung, nicht aber der Gewährleistung der Höherqualifikation des Arbeitslosen dient, vereinbar.

⁵⁵⁹ Rz 230.

6.3.3. Wesentliche Erschwerung der Ausübung des bisherigen Berufes

6.3.3.1. Vermeiden längerer Arbeitslosigkeit

Dem Argument, (längere) Arbeitslosigkeit schade einer Rückkehr in den bisherigen Beruf noch mehr als die konkret zugewiesene Beschäftigung (weshalb die Ausübung der vermittelten Beschäftigung die Chancen für die Wiedererlangung eines Arbeitsplatzes im bisherigen Tätigkeitsbereich im Vergleich zum Verweilen in Arbeitslosigkeit nicht verringere und somit eine künftige Beschäftigung im früheren Beruf nicht wesentlich erschwere), hat der VwGH mE mit Recht eine Absage erteilt,⁵⁶⁰ da der Berufsschutz bei Zugrundelegung dieser Argumentation im Wesentlichen bedeutungslos wäre: Die Ausübung (irgend)einer Beschäftigung ist arbeitsmarktpolitisch dem Verweilen in Arbeitslosigkeit nämlich immer vorzuziehen. Wenn der Gesetzgeber dem Arbeitslosen dennoch einen Berufsschutz einräumt, kann daher daraus wohl nur geschlossen werden, dass dieses arbeitsmarktpolitische Argument für die Dauer des Berufsschutzes unbeachtlich ist.⁵⁶¹ Sind die Beschäftigungschancen im bisherigen Beruf daher (mittelfristig) nach wie vor intakt, wird vorübergehende Arbeitslosigkeit daher in Kauf genommen.

6.3.3.2. Schutz vor sozialem Abstieg

Der (bloß spärlich vorliegenden) Judikatur ist zu entnehmen, dass der VwGH eine wesentliche Erschwerung zur Ausübung des bisherigen Berufes bejaht, wenn die zugewiesene Beschäftigung einen Aufgabekreis umfasst, der im Verhältnis zur bisherigen Tätigkeit des Arbeitslosen so steht wie der eines Hilfsarbeiters zu dem eines Facharbeiters.⁵⁶² Vice versa sei ein beruflicher Nachteil durch Zuweisung bestimmter Arbeitsplätze (zB als Küchenhilfe) bei Tätigkeiten, die aufgrund ihrer Natur keine „Verschlechterung“ zulassen (zB Reinigungskraft, Hausmädchen) von vornherein nicht gegeben.⁵⁶³ Diese Judikatur zeigt mE auch, dass die „Erschwerungseigenschaft“ der zugewiesenen Beschäftigung grundsätzlich nur abstrakt zu prüfen ist, sodass es (bloß) auf deren Eignung, eine künftige Beschäftigung im bisherigen Beruf wesentlich zu erschweren ankommt. Andernfalls müssten nämlich Ermittlungen darüber an-

⁵⁶⁰ VwGH 18.10.2000, 98/08/0140.

⁵⁶¹ Man könnte auch sagen, der Gesetzgeber gewichtet die Interessen des Arbeitslosen während dieses Zeitraums höher als die Interessen der Versicherungsgemeinschaft.

⁵⁶² VwGH 4.4.2002, 2002/08/0021.

⁵⁶³ VwGH 22.12.1998, 98/08/0348.

gestellt werden, ob etwa die Beschäftigung als Hilfsarbeiter die künftigen Beschäftigungschancen eines Facharbeiters (wiederum) als Facharbeiter im konkreten Fall tatsächlich erschwert.

Im Ergebnis versteht der VwGH die Funktion des Berufsschutzes daher mE als Schutz vor einem (wenn auch nur kurzfristigen) „sozialen Abstieg“. Die Reichweite dieses Schutzes bezieht sich mE aber nur auf die Art der ausgeübten Tätigkeit (und nicht auf das soziale Umfeld im zugewiesenen Arbeitsplatz). Daher ist mE bspw ein Sänger, der vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Mitglied in einem berühmten Chor war, nicht berechtigt, eine ihm zugewiesene Tätigkeit als Sänger in einem wenig bekannten Chor (aufgrund des ihm zukommenden Berufsschutzes) abzulehnen.

6.3.3.3. Teiltätigkeiten und Beschäftigungsaussichten

Je ähnlicher die zugewiesene Tätigkeit der ausgeübten (vom Berufsschutz umfassten) ist, desto weniger ist diese mE geeignet, eine künftige Beschäftigung im bisherigen Beruf wesentlich zu erschweren. IdS wird eine Teiltätigkeit des ausgeübten Berufes im Regelfall die künftige Beschäftigung im bisherigen Beruf nicht wesentlich erschweren. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind aber – bei Vorliegen besonderer Umstände – denkbar.

Bsp:

Einem Arbeitsloser, der vor Eintritt der Arbeitslosigkeit als Pianist und Sänger tätig war, wird eine Tätigkeit als Pianist (ohne Gesang) zugewiesen. In diesem Fall wäre es zumindest nicht unvorstellbar, dass die Ausübung dieser Tätigkeit die künftige Beschäftigung (auch) als Sänger wesentlich erschwert, wenn dafür tägliches Gesangstraining notwendig ist, das zwar bei Arbeitslosigkeit, (aus zeitlichen Gründen) nicht aber bei Ausübung der zugewiesenen Beschäftigung als Pianist absolviert werden kann.

Weiters kann die Ausübung einer „neuen“ Beschäftigung die künftige Beschäftigung im bisherigen Beruf mE umso weniger wesentlich erschweren, je schlechter die Beschäftigungschancen in diesem sind und je kleiner daher die Wahrscheinlichkeit ist, dass der Arbeitslose wieder in seinem ehemaligen Beruf unterkommt. Im Extremfall bedeutet dies: Existiert das dem bisher ausgeübten Tätigkeitsbereich entsprechende Berufsbild nicht mehr, kommt dem Arbeitslosen daher mE auch kein Berufsschutz mehr zu. Gleiches gilt mE, wenn feststeht,

dass der Arbeitslose (bloß) innerhalb der Frist, während der Berufsschutz besteht, keine Beschäftigung in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich finden wird (zB wegen vorübergehendem Verschwinden dieses Berufsbildes), da es mE sinnlos wäre, mit der Zuweisung einer nicht dem bisherigen Berufsbild entsprechenden Tätigkeit zuzuwarten, obwohl bereits klar ist, dass der Berufsschutz nicht (mehr) zum Tragen kommt.

6.3.4. Resümee

Der Inhalt des in § 9 Abs 3 S 1 AIVG statuierten Berufsschutzes ist de lege lata nur mühsam zu bestimmen. Das konkrete Ergebnis hängt wesentlich von den Umständen des Einzelfalls ab, was mE zur Rechtsunsicherheit beiträgt. Rechtspolitisch ist daher bedauerlich, dass es der Gesetzgeber verabsäumt hat, entweder die Tatbestandsmerkmale zu präzisieren oder – wie in der Literatur vorgeschlagen wurde⁵⁶⁴ – den Berufsschutz durch einen Entgeltschutz zu ersetzen.

⁵⁶⁴ *Rebhahn*, Arbeitswilligkeit und Arbeitslosenversicherung, in FS Tomandl (1998) 623 (638 ff).

Vierter Teil: Rechtspolitische Vorschläge

1. Einleitung

Im vierten Teil wird versucht, aus den in Teil 1 bis Teil 3 aufgezeigten bzw dargestellten *de lege lata* auftretenden Problemstellungen rechtspolitische Reformvorschläge abzuleiten. Es soll also beschrieben werden, in welchen Punkten eine gestaltende gesetzgeberische Tätigkeit aus meiner Sicht sinnvoll wäre bzw welche Reformschritte dabei angestrebt werden sollten.

Im Mittelpunkt der Diskussion steht dabei die Frage nach einer Änderung des Arbeitnehmerbegriffes (Punkt 2). Dabei wird zunächst ergründet, ob und welche aus dem Gemeinschaftsrecht erfließende Vorgaben bei einer derartigen Reform zu berücksichtigen sind bzw ob das Gemeinschaftsrecht Orientierungshilfen dafür anbietet (Punkt 2.1.). Danach wird ein rechtsvergleichender Überblick über die Bedeutung dieser Begrifflichkeit in anderen Staaten angestellt (Punkt 2.2. und Punkt 2.3.). Pro- und Contra-Argumente für bzw gegen ein derartiges Vorhaben sowie die eigene Position dazu werden unter Punkt 2.4. angeführt. Punkt 3 enthält schließlich eine Auflistung anderer, sinnvoll erscheinenden Reformen.

2. Schaffung eines neuen Dienstnehmerbegriffes

2.1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bzw Anhaltspunkte

2.1.1. Grünbuch Arbeitsrecht

Im Herbst 2006 hat die Europäische Kommission ein Grünbuch mit dem Titel „Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ vorgelegt.⁵⁶⁵ Damit soll eine öffentliche Debatte darüber eingeleitet werden, wie durch eine Weiterentwicklung des Arbeitsrechts positive Wirkungen im Hinblick auf das Ziel der Lissaboner Strategie erreicht werden können, nachhaltiges Wachstum und gleichzeitig mehr und bessere Arbeitsplätze zu schaffen.⁵⁶⁶ Darin wird auch das Thema der atypischen Beschäftigungsverhältnisse behandelt. Darin räumt die Kommission zwar ein, dass es auch Hinweise auf einige nachteilige Auswirkungen der zunehmenden Vielfalt von Beschäftigungsverhältnissen gibt, und dass die Gefahr besteht, dass ein Teil der Arbeitskräfte in einer Abfolge kurzfristiger Arbeitsverträge und geringwertiger Arbeitsplätze mit unzureichendem sozialem Schutz gefangen ist und so in einer prekären Situation verbleibt. Der Tenor über die Vertragskonstruktionen, die vom typischen Arbeitsvertrag ausweichen, fällt jedoch überwiegend positiv aus. So heißt es:

„Da Arbeitsrecht und Tarifverträge nicht umfassender an die raschen Veränderungen der Arbeitsorganisation und der Gesellschaft angepasst wurden, kam es zu einer Vermehrung unterschiedlichster Arbeitsvertragsformen. Auch der mit der Einstellung regulärer Beschäftigter verbundene Bürokratieaufwand hat großen Einfluss auf das Beschäftigungswachstum, insbesondere in kleinen Betrieben. Nichtstandard-Arbeitsverträge sowie flexibel gehandhabte Standardverträge ermöglichen es den Unternehmen, schnell auf sich wandelnde Verbrauchertrends, den technologischen Wandel und neue Chancen zu reagieren, da sie stärker diversifizierte Belegschaften durch ein besseres Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage anziehen und an sich binden können. Den Arbeitnehmern bieten sich dadurch auch mehr Wahlmöglichkeiten, insbesondere hinsichtlich der Arbeitszeitregelung, bessere Aufstiegsmöglichkeiten, eine bessere Vereinbarkeit von Privatleben, Beruf und Ausbildung sowie mehr individuelle Verantwortung. Durch Nutzung von Nichtstandard-Arbeitsverträgen versuchen die Unter-

⁵⁶⁵ http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_de.htm.

⁵⁶⁶ Siehe *Gagawczuk*, Grünbuch Arbeitsrecht, DRdA 2007, 256; *Hornung-Draus*, Grünbuch Arbeitsrecht: Ende einer konfuse Debatte, aber keine Entwarnung, SAE 2007 H 8 III; *Uebe*, Ziele und Perspektiven des Grünbuchs Arbeitsrecht aus der Sicht der Europäischen Kommission, EuZA 2008, 167.

nehmen, in einer globalisierten Wirtschaft wettbewerbsfähig zu bleiben, indem sie ua die Kosten der Einhaltung von Beschäftigungsschutzbestimmungen und Kündigungsfristen sowie die Zahlung der entsprechenden Sozialbeiträge vermeiden.“⁵⁶⁷

Da es sich bei einem Grünbuch um keinen normativen Text, sondern um ein von der EU-Kommission veröffentlichtes Dokument handelt, das ein Thema abhandelt und „bloß“ eine Debatte dazu in Gang setzen soll, lassen sich aus seinem Inhalt keine verbindlichen Vorgaben für den Gesetzgeber des Gemeinschaftsrechts und/oder der nationalen Rechtsordnungen ableiten. ME ist den soeben zitierten Ausführungen aber zu entnehmen, dass die EU-Kommission der Schaffung neuer, die wirtschaftlich geänderten Realitäten berücksichtigender Vertragsformen (sei es auf Ebene des Gemeinschaftsrechts oder in einzelnen Mitgliedstaaten) aufgeschlossen gegenüber steht. Es ist daher mE nicht zu erwarten, dass derartige Reformvorhaben auf Widerstände seitens der EU-Kommission stoßen würden.

⁵⁶⁷ Grünbuch 8.

2.1.2. EuGH-Rechtsprechung zur Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft

2.1.2.1. Vermutung durch Vertragsabschluss

Die Frage, ob nationale Regelungen, die Vermutungen über die Arbeitnehmereigenschaft beinhalten, gemeinschaftsrechtskonform sind, wurde auch bereits an den EuGH herangetragen. So hatte der EuGH über die Gemeinschaftsrechtskonformität einer (französischen) Regelung zu befinden, mit der die widerlegliche Vermutung aufgestellt wurde, dass der Vertragsabschluss mit einem darstellenden Künstler bewirkt, dass dieser als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.⁵⁶⁸ Diese Vermutung kann nur durch die Eintragung in das Handelsregister widerlegt werden. Der EuGH sah darin eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit iSd. Art 49 EG-Vertrag⁵⁶⁹ und zwar dahingehend, dass die Einbeziehung in die französische Sozialversicherung und die Anwendung der Vorschriften über den Urlaub unverhältnismäßig seien. Die zur Einstufung als Selbständiger notwendige Eintragung in das Handelsregister wurde von der Europäischen Kommission in ihrer Klage nicht gerügt. Frankreich hat zur Rechtfertigung seiner Regelung einerseits den Schutz der Künstler angeführt, andererseits die Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Die französische Bestimmung überließ folglich die Frage, ob eine Tätigkeit als darstellender Künstler selbständig oder unselbständig ausgeübt wird, nicht der eigenen Einschätzung durch die Künstler, sondern entschied diese selbst. Allerdings wurden dafür durch das nationale Recht keine inhaltlichen Kriterien aufgestellt, die die Arbeitnehmereigenschaft indizierten, sondern diese wurde bei Vorliegen eines Vertrages generell vermutet. Der EuGH ging auf dieses Problem jedoch nicht näher ein, sondern erkannte den sozialen Schutz von Dienstleistungserbringungen als zwingenden Grund des Allgemeininteresses an. Unter Hinweis auf Art 13 Abs 1 und 14a Z 1 lit a VO 1408/71 hielt er jedoch fest, dass die Künstler während der Erbringung ihrer Dienstleistungen in ihrem nationalen System der sozialen Sicherheit verbleiben, weshalb eine Unterstellung unter die französische Sozialversicherung unzulässig sei. Im Ergebnis beschränkt der EuGH dadurch die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit als selbständig oder unselbständig zu qualifizieren.

⁵⁶⁸ Siehe Hesse, Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft, DRdA 2007, 424.

⁵⁶⁹ EuGH 15.6.2006, Rs C-255/04.

Was das zweite Rechtfertigungsargument, die Bekämpfung der Schwarzarbeit anbelangt, so folgt der EuGH der Ansicht der Europäischen Kommission, dass dafür abschreckende Sanktionen, verbunden mit einer nachträglichen Kontrolle, ausreichen. Somit erweisen sich ex ante-Kontrollen vor Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit als gemeinschaftsrechtlich unzulässig.

2.1.2.2. Vermutung durch Erbringung von Arbeitsleistungen

In einem weiteren Fall hatte sich der EuGH mit der Gemeinschaftrechtskonformität des § 2 Abs 4 AuslBG zu befassen. Diese Bestimmung besagte, dass ein (bewilligungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des AuslBG auch vorliegt, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks oder
2. ein Gesellschafter einer GesmbH mit einem Gesellschaftsanteil von weniger als 25 % Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, das AMS stellt auf Antrag fest, dass der Gesellschafter tatsächlich persönlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübt. Den Nachweis für das Vorliegen dieser Voraussetzung hatte der Antragsteller zu erbringen. Im Wesentlichen beinhaltete diese Bestimmung also eine widerlegbare gesetzliche Vermutung für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (dies könnte auch als Beweislastumkehr bezeichnet werden).

Die Gemeinschaftrechtskonformität dieser Bestimmung wurde deshalb aufgeworfen, weil das AuslBG gem § 32a leg cit auch auf Angehörige aus den „neuen“ EU-Mitgliedstaaten anzuwenden ist und diese daher, wenn sie eine Gesellschaft im Firmenbuch eintragen lassen wollten, entweder einen Bescheid des AMS, der ihre Selbständigkeit feststelle, oder einen Befreiungsschein gem § 15 AuslBG vorlegen mussten. Strittig war, ob diese Bestimmung die durch Art 43 EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit in unzulässiger Weise beschränkte. Österreich rechtfertigte sich damit, dass durch § 2 Abs 4 AuslBG einer Umgehung des AuslBG durch Gründung von Scheingesellschaften vermieden werden sollte.

Der EuGH folgte dieser Argumentation jedoch nicht und begründete dies damit, dass auch durch weniger einschneidende Maßnahmen – wie der Einrichtung von regelmäßigen Verwaltungskontrollen, möglicherweise verbunden mit der Verpflichtung, Informationen zu übermit-

teln – ein gleichartiges Ergebnis erzielt werden könne. Folglich sei die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die sich durch § 2 Abs 4 AuslBG ergebe, nicht gerechtfertigt.⁵⁷⁰

2.1.2.3. Schlussfolgerung

ME ist aus den wiedergegebenen Erkenntnissen abzuleiten, dass der EuGH Regelungen, die eine (wenn auch widerlegbare) Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft aufstellen, skeptisch gegenübersteht, da er diese am Prüfstand einer allfälligen Beschränkung der europäischen Grundfreiheiten misst. So könnte etwa argumentiert werden, eine im nationalen Recht verankerte Bestimmung, die besagt, dass in Zweifelsfällen vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen ist und diese Vermutung widerlegt werden kann, würde Unternehmern zusätzliche bürokratische Schritte abverlangen, um zu beweisen, dass von ihnen geschlossene Verträge keine Arbeitsverträge sind,⁵⁷¹ wäre daher dazu geeignet, Bürger aus anderen EU-Mitgliedstaaten davon abzuhalten, in Österreich ein Unternehmen zu gründen, und würde deren Niederlassungsfreiheit folglich beschränken. Eine (widerlegliche) Vermutung der gegenteiligen Art (also eine Zweifelsregel zugunsten einer selbständigen Beschäftigung) könnte hingegen – bei spiegelbildlicher Argumentation – Bürger aus anderen Mitgliedstaaten davor abschrecken, in Österreich eine (aus ihrer Sicht) unselbständige Beschäftigung aufzunehmen,⁵⁷² und daher das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränken. Wie man es daher auch dreht und wendet: Eine „Vermutungsregelung“ könnte mit dem Gemeinschaftsrecht in Konflikt geraten und sollte daher besser vermieden werden.

⁵⁷⁰ EuGH 22.12.2008, Rs C-161/07. Siehe dazu *Trattner*, Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch den „Scheinselbständigenparagrafen“, ASoK 2009, 58.

⁵⁷¹ An dieser Feststellung wird ein Unternehmer, der der Auffassung ist, ein von ihm begründetes Vertragsverhältnis unterliege nicht dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht regelmäßig ein Interesse haben.

⁵⁷² In diesem Fall müsste ja der Betroffene das Vorliegen des Arbeitnehmer-Status beweisen, damit die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzbestimmungen auf ihn anwendbar sind.

2.1.3. Weitere Anhaltspunkte im Gemeinschaftsrecht

In der Rechtssache Allonby hatte der EuGH über die Frage zu befinden, wer als Arbeitnehmer iSd Art 141 des EG-Vertrages anzusehen ist.⁵⁷³ Der EuGH kam dabei zum Ergebnis, dass als Arbeitnehmer nach dieser Bestimmung jeder zu betrachten ist, der auf gewisse Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt und dafür eine Vergütung erhält. Die Art der vertraglichen Vereinbarung (Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag) zwischen den beiden Parteien ist daher für die Anwendbarkeit dieses Artikels unerheblich. Daraus ist daher der Schluss zu ziehen, dass nationale Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag für die Anwendbarkeit des europarechtlichen Arbeitnehmerbegriffes nicht maßgeblich sind. Allerdings binden arbeits- und sozialversicherungsrechtliche europarechtliche Vorschriften ihren Anwendungsbereich des Öfteren auch daran, dass der Arbeitnehmerbegriff nach dem jeweiligen nationalen Recht erfüllt wird. In diesem Fall ist es daher irrelevant, ob die Definition des Arbeitnehmers gemäß Art 141 des EG-Vertrages erfüllt wird oder nicht.

Je nachdem, welche sozialpolitische Zielsetzung mit einer bestimmten Regelung verfolgt wird, dehnen europarechtliche Vorschriften ihren Anwendungsbereich vice versa bisweilen über den herkömmlichen Arbeitnehmerbegriff hinaus aus. So ist etwa Arbeitnehmer gemäß Art 1 lit a der VO (EWG) 1408/71 jede Person, die im Rahmen eines der in dieser VO angeführten Systeme der sozialen Sicherheit gegen die in dieser Vorschrift angegebenen Risiken und unter den dort genannten Voraussetzungen versichert ist. Dazu zählen etwa auch Beamte.⁵⁷⁴ Bezieher von Arbeitslosengeld, Notstandshilfe oder Wochengeld sind Arbeitnehmern iSd Bestimmung gleichgestellt.⁵⁷⁵

⁵⁷³ EuGH 13.1.2004, C-256/01.

⁵⁷⁴ EuGH 24.3.1994, Rs 71/93.

⁵⁷⁵ EuGH 11.6.1998, Rs 275/96; VwGH 20.10.1999, 97/08/0363.

2.1.4. Schlussfolgerung

Österreich ist durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen nicht an der Schaffung eines neuen Arbeitnehmerbegriffes gehindert; es ist in der derzeitigen Situation aber auch nicht zu erwarten, dass seitens der EU Initiativen im Hinblick auf eine Reformierung dieser Begrifflichkeit in den nationalen Rechtsordnungen ergriffen werden und somit zumindest indirekt Druck auf Österreich ausgeübt wird, tätig zu werden. Ist das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nach Art 141 des EG-Vertrages zu beurteilen, kommt dem nationalen Arbeitnehmerbegriff ohnehin keine Bedeutung zu.

2.2. Der Arbeitnehmerbegriff in rechtsvergleichender Hinsicht

2.2.1. Grundsätzliches

Im Folgenden wird der Arbeitsrechtsbegriff, den andere Rechtsordnungen verwenden, kurz dargestellt. Die Auswahl der in diese vergleichende Betrachtung aufgenommenen Rechtsordnungen ist subjektiv: Im Zentrum des Interesses stehen zwar andere europäische Länder,⁵⁷⁶ ein kurzer Blick wird aber auch auf einige außereuropäische Rechtsordnungen geworfen.

Soweit ersichtlich, orientiert sich die Entscheidung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht, sowohl in europäischen als auch in außereuropäischen Rechtsordnungen am tatsächlichen Inhalt der Vereinbarungen und nicht daran, wie die Vertragspartner den zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag bezeichnet haben.⁵⁷⁷ Bloß in Italien ist in der jüngeren Rechtsprechung eine Tendenz wahrzunehmen, von der Bezeichnung des Vertrages auszugehen, soweit nicht ausreichende Gründe dagegen sprechen.⁵⁷⁸ Der Begriff des Arbeitnehmers wird in manchen Staaten durch die Gesetzgebung definiert, in anderen wird dies den Gerichten überlassen. Soweit gesetzliche Definitionen vorhanden sind, sind diese eher allgemein gehalten, so dass der Rechtsprechung in jedem Fall eine wichtige Rolle bei der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit zukommt.⁵⁷⁹

Als grundlegendes Element der Arbeitnehmereigenschaft wird im Wesentlichen die persönliche Abhängigkeit bzw die Unterordnung angesehen.⁵⁸⁰ Die Arbeit leistende Person muss bei der Arbeit fremdbestimmt sein, insbesondere in Bezug auf die Modalitäten der Arbeit (Ort, Zeit, arbeitsbezogenes Verhalten): Die unselbständige Erwerbstätigkeit ist ein hierarchisches Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, ein Verhältnis, in dem eine von der Rechtsordnung anerkannte Ungleichheit der Befugnisse herrscht, die aber gleichzeitig

⁵⁷⁶ Ausführlich dazu *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht² (2006); *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht³ (2007), *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht (2008); *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht (2009); zu kollektiven Vereinbarungen überdies *Rebhahn*, Zum Wirkungsbereich von Kollektivvereinbarungen des Arbeitslebens in den Rechtsordnungen der EU-Staaten, in FS Krejci (2000) 1637.

⁵⁷⁷ *Henssler/Braun* (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa² (2007).

⁵⁷⁸ *Tiraboschi/del Conte*, Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian Labour (2004).

⁵⁷⁹ Vgl *Gagawczuk*, Arbeitnehmerbegriff – Blick über die Grenzen, DRdA 2007, 5.

⁵⁸⁰ In Frankreich spricht man bspw von „rechtlicher Abhängigkeit“; vgl *Camerlynck*, Droit du travail et législation sociale (1987) 177 f.

durch ein komplexes System von Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers ausgeglichen wird.⁵⁸¹

Die einzelnen Rechtsordnungen beschränken sich aber nicht auf das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit. Es gibt darüber hinaus eine Vielzahl von weiteren Indikatoren, die von Staat zu Staat variieren und deren allgemeine Bedeutung selbst innerhalb einer Rechtsordnung nur beschränkt beurteilt werden kann. Insbesondere folgende Indikatoren sind dabei von Relevanz: Haupteinnahmequelle (das betreffende Erwerbseinkommen bildet die Basis für den Lebensunterhalt) bzw. Arbeiten nur für eine Person, Art der Entlohnung und Beistellung der Arbeitsmittel. Im Vergleich zu Österreich fällt auf, dass in vielen anderen Staaten die Abgrenzung zwischen Dauer- und Zielschuldverhältnis und das Recht, sich bei Erbringung der Arbeitsleistung vertreten zu lassen, eine geringere Rolle spielen. Andererseits wird in Österreich der Frage der disziplinären Verantwortlichkeit bzw. dem Recht des Arbeitgebers, mögliche Verfehlungen zu ahnden, vergleichsweise wenig Relevanz eingeräumt.

Bspw. enthält das französische Arbeitsrecht Regelungen, wonach für bestimmte Erwerbstätige die arbeitsrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind, obwohl sie mangels persönlicher Abhängigkeit nicht als Arbeitnehmer gelten. Es wird somit nicht die Arbeitnehmereigenschaft vermutet, sondern der Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Bestimmungen wird auch auf diese Personen ausgedehnt. Für die Zuordnung zu diesem Personenkreis relevante Kriterien sind die ausschließliche oder quasi ausschließliche Tätigkeit für ein bestimmtes Unternehmen und Preisvorgaben durch dieses Unternehmen. Als Beispiel dafür werden Tankstellenpächter, Lizenznehmer, Händler mit Exklusivbindung und Franchisenehmer genannt.⁵⁸²

Hingegen gehört etwa Schweden zu denjenigen Staaten, in denen der Arbeitnehmerbegriff nicht gesetzlich definiert ist, sondern durch die Rechtsprechung entwickelt wurde. In seiner Grundstruktur unterscheidet sich dieser aber nicht von anderen Staaten: Die Gerichte sind nicht an die Vertragsbezeichnung gebunden, die für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft relevanten Kriterien beinhalten sowohl die persönliche als auch wirtschaftliche Abhängigkeit und die Frage, ob jemand Arbeitnehmer ist, wird auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles beantwortet. Bemerkenswert ist allerdings, dass auch der

⁵⁸¹ Perulli, Wirtschaftlich abhängige Beschäftigungsverhältnisse (2002).

⁵⁸² Lokiec, The Scope of Labour Law and the Notion of Employee: Aspects of French Labour Law (2004).

Umstand, ob die ökonomische und soziale Situation des Erwerbstätigen mit derjenigen eines Arbeitnehmers vergleichbar ist, eine Rolle spielt.⁵⁸³

⁵⁸³ *Rönmar*, The Personal Scope of Labour Law and the Notion of Employee in Sweden (2004).

2.2.2. Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft

2.2.2.1. Grundsätzliches

Etliche Rechtsordnungen stellen Vermutungen zugunsten des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses auf. So gilt in Estland die Vermutung, dass die Parteien einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, es sei denn, der vermutliche Arbeitgeber kann das Gegenteil beweisen oder es ist offenkundig, dass ein Vertrag anderer Art vorliegt. In Spanien und einigen südamerikanischen Staaten wird davon ausgegangen, dass zwischen jemandem, der eine persönliche Arbeitsleistung erbringt, und dem Empfänger dieser Leistung ein Arbeitsvertrag besteht. Nach niederländischem Recht wird vermutet, dass jemand, der für einen anderen gegen Entgelt drei Monate hintereinander jeweils mindestens eine Woche lang oder mindestens 20 Stunden im Monat gearbeitet hat, seine Leistung auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages erbracht hat.

Vermutungsregelungen für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bei Ausübung bestimmter Berufe enthalten bspw die Gesetzgebungen mehrerer mittel- und südamerikanischer Staaten, Spaniens und Frankreichs. So gelten etwa nach französischem Recht alle Personen, die hauptberuflich, regelmäßig und gegen Vergütung als Journalisten tätig werden und für eine oder mehrere regelmäßig oder periodisch erscheinende Zeitschriften bzw. Publikationen oder für eine oder mehrere Presseagentur(en) arbeiten, sofern sie den Hauptteil ihres Einkommens aus dieser Tätigkeit erhalten, als Journalisten. Den Journalisten gleichgestellt sind Redakteure, Übersetzer, journalistisch tätige Fotografen und sonstige vergleichbare Personen. Alle Verträge, durch die sich ein Presseunternehmen die entgeltliche Mitarbeiter einer als Journalisten anzusehenden Person sichert, gelten als Arbeitsverträge. Diese Vermutung besteht unabhängig von der Art der Vergütung und der Bezeichnung des Vertrages. Sie kann allerdings durch den Beweis widerlegt werden, dass der Journalist unabhängig, ohne in einem Unterordnungsverhältnis zu stehen, tätig ist.⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ Pottschmidt, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa (2006) 473 f.

2.2.2.2. Deutschland

Eine gesetzliche Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft (im sozialversicherungsrechtlichen Sinn) enthielt das deutsche Sozialgesetzbuch.⁵⁸⁵ 1999 wurde für den Bereich der Sozialversicherung eine Regelung in Kraft gesetzt, wonach eine Person als gegen Entgelt beschäftigt gilt, wenn mindestens zwei der folgenden Merkmale vorliegen:

1. Sie beschäftigt im Zusammenhang mit der von ihr ausgeübten Tätigkeit – mit Ausnahme von Familienangehörigen – keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer.
2. Sie ist regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.
3. Sie erbringt für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen, insbesondere unterliegt sie den Weisungen des Auftraggebers und ist in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden.
4. Sie tritt nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auf.

Gegen diese Bestimmung wurden in der Literatur Bedenken erhoben,⁵⁸⁶ die letztlich dazu führten, dass sie im Jahr 2002 aufgehoben wurde.⁵⁸⁷ Nach dem nunmehrigen § 7 Abs 1 S 2 SGB IV sind die Ausübung einer Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (bloß) Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unselbstständigen Beschäftigung.

2.2.2.3. Südafrika

In Südafrika wird eine Person als Arbeitnehmer angesehen, wenn auf sie zumindest einer der folgenden sieben Indikatoren zutrifft:

1. Kontrolle oder Weisungsunterworfenheit in Bezug auf die Arbeitsweise.
2. Kontrolle oder Weisungsunterworfenheit in Bezug auf die Arbeitszeit.
3. Organisatorische Eingliederung.

⁵⁸⁵ *Wolfsgruber*, Die Diskussion zur Scheinselbständigkeit im deutschen Arbeits- und Sozialrecht, in *Resch*, Scheinselbständigkeit 67; *Richardi*, „Scheinselbständigkeit“ und arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff, DB 1990, 958.

⁵⁸⁶ *ZB Preis*, Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, 914.

⁵⁸⁷ Vgl *Rolfs*, NZA 2003, 65.

4. Leistung von mindestens durchschnittlich 40 Stunden Arbeit in den letzten drei Monaten für eine andere Person.
5. Wirtschaftliche Abhängigkeit.
6. Beistellung der Werkzeuge bzw. der Arbeitsausrüstung.
7. Erbringung der Arbeitsleistung nur für eine Person.

Ausgenommen von dieser Vermutung sind Beschäftigte über einem bestimmten Einkommensniveau. Unabhängig von der Vermutungsregel wurde dem nationalen Rat für wirtschaftliche Entwicklung und Arbeit aufgetragen, eine Sammlung praktischer Richtlinien auszuarbeiten und festzulegen, an Hand derer beurteilt werden kann, ob jemand als Arbeitnehmer anzusehen ist. Letztlich ist der zuständige Minister dazu befugt, zu verfügen, dass eine bestimmte Kategorie von Personen als Arbeitnehmer zu betrachten ist. Eine ähnliche Regelung findet sich auch im Vereinigten Königreich.

2.2.2.4. Spanien

Die spanische Gesetzgebung geht davon aus, dass Berufssportler in einem besonderen Arbeitsverhältnis stehen, wenn sie im Auftrag und unter der Organisation und Leitung einer sportlichen Einrichtung oder eines Sportklubs gegen Entgelt regelmäßig aus freien Stücken einen Sport betreiben. Umgekehrt fällt nicht unter diese Rechtsvorschriften, wer in einem Klub einen Sport betreibt und lediglich eine Entschädigung für die ihm durch die Ausübung des Sports entstandenen Auslagen erhält.

Gesetzliche Vermutungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses finden sich weiters für Künstler, Mannequins bzw. Dressman, Handelsvertreter, Handelsreisende, Versicherungsvertreter und Heimarbeiter.

2.2.3. Rechtslage in Deutschland im Speziellen

2.2.3.1. Grundsätzliches

Für rechtsvergleichende Überlegungen wird tendenziell die deutsche Rechtslage als „Vergleichsmaßstab“ herangezogen.⁵⁸⁸ Aus diesem Grund wird der Arbeitnehmerbegriff nach deutschem Recht auch im Rahmen dieser Arbeit einer separaten Betrachtung unterzogen.

Deutschland zählt zu jenen Rechtsordnungen, in denen eine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffes fehlt. Im 2. Buch des BGB wird zwar der Dienstvertrag geregelt, doch stellt der Arbeitsvertrag nach deutschem Recht lediglich eine Unterkategorie des Dienstvertrages (Oberbegriff für Arbeitsvertrag und freien Dienstvertrag) dar. Die Vorschriften der §§ 611 ff BGB gelten teilweise sowohl für den Arbeitsvertrag als auch den freien Dienstvertrag und teilweise bloß für eine dieser beiden Vertragstypen.

2.2.3.2. Arbeitnehmer

Als Arbeitnehmer wird in Deutschland von der hL und Rechtsprechung angesehen, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist.⁵⁸⁹ Diese (vage) Definition wirft – auch in Deutschland - Abgrenzungsprobleme auf.⁵⁹⁰ Zur Unterscheidung zwischen Arbeitsverhältnissen und selbständiger Tätigkeit wird subsidiär § 84 Abs 1 S 2 HGB herangezogen. Demnach ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.⁵⁹¹ Fehlen die in dieser Bestimmung angeführten Merkmale, so spricht man (auch in Deutschland) vom (für das Arbeitsverhältnis charakteristischen) Vorliegen des Kriteriums der persönlichen Abgängigkeit.⁵⁹² Somit ist Arbeitnehmer, wer in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden ist, was sich im Weisungs-

⁵⁸⁸ Vgl zB *Rebhahn*, Ziele und Probleme der Arbeitsrechtsvergleichung in Europa, ZEuP 2002, 436.

⁵⁸⁹ *Hromadka*, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, 569; *ders*, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers unter besonderer Berücksichtigung der neueren Gesetzesentwürfe, DB 1998, 195; *Mikosch*, Arbeitnehmerbegriff und Schutzzweck des Arbeitsrechts, in FS Löwisch (2007) 189.

⁵⁹⁰ *Worzalla*, Arbeitsrechtsverhältnisse und sonstige Rechtsverhältnisse in der Rechtsprechung des BAG, in FS 50 Jahre BAG (2004) 311; *Hochrathner*, Die Statusrechtsprechung des 5. Senats des BAG seit 1994, NZA-RR 2001, 561.

⁵⁹¹ *Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen (2001) 170 ff.

⁵⁹² *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988) ; *Berger-Delhey/Alfheimer*, Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer? NZA 1991, 257; *Reinecke*, Der „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ als Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerbegriff, in FS Dieterich (1999) 463.

recht des Arbeitgebers bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit äußert.⁵⁹³

Die Abgrenzungsprobleme zwischen Arbeitsvertrag, freiem Dienstvertrag und Werkvertrag stellen sich auch nach der deutschen Rechtslage ua bei der Beurteilung von Künstlerverträgen. So ist nach einer Entscheidung des BAG ein Gastspielvertrag, durch den sich ein Opernsänger (für einen längeren Zeitraum) zu Proben und Auftritten verpflichtet, kein Werkvertrag, da der Opernsängern keinen Erfolg iSd § 631 Abs 2 BGB, sondern künstlerische Tätigkeiten schuldet. Daran ändert sich auch durch Beschränkung des Vertragsgegenstandes auf eine bestimmte Rolle nichts.⁵⁹⁴ Ist der Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung hingegen eine zu einem Fixtermin zu erbringende Aufführung, so liegt ein Werkvertrag vor.⁵⁹⁵

Die hL in Deutschland geht von einer (weitgehenden) Identität des Arbeitnehmer- und des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriffes aus.⁵⁹⁶ Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage fehlt in Deutschland eine Legaldefinition des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenverhältnisses, da § 7 Abs 1 S 1 SGB lediglich bestimmt, dass unter „Beschäftigung“ die nichtselbständige Arbeit, insbes in einem Arbeitsverhältnis zu verstehen ist.⁵⁹⁷ Diese Formulierung impliziert, dass ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis zwar jedenfalls Arbeitsverhältnisse, darüber hinaus aber auch (bestimmte) andere Vertragsverhältnisse umfasst, lässt aber offen, welche (weiteren) Vertragstypen gemeint sind. Der in Österreich gewählte Ansatz, arbeitnehmerähnliche freie Dienstverhältnisse den Arbeitsverhältnissen sozialversicherungsrechtlich gleichzustellen, erscheint daher mE – trotz aller Abgrenzungsprobleme, die die Lösung aufwirft – zielführender.

2.2.3.3. Arbeitnehmerähnliche Personen

Weiters taucht auch im deutschen Recht der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person auf. Darunter sind nach der Legaldefinition des § 12a Abs 1 TVG Personen zu verstehen, die

- wirtschaftlich abhängig und
 - einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig,
- sind, weil sie

⁵⁹³ BAG 20.9.2000 AP 37 zu § 611 BGB.

⁵⁹⁴ BAG 7.2.2007, 5 AZR 270/06, ZTR 2007, 391.

⁵⁹⁵ OLG München 26.5.2004, NJW-RR 2005, 616.

⁵⁹⁶ Vgl Preis, Der Arbeitsvertrag³ (2008) II A 50 Rn 8.

⁵⁹⁷ Vgl zur „Anhaltspunkteregelung“ unter Punkt 2.2.2.2.

- aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages überwiegend nur für einen Vertragspartner tätig sind,
- die geschuldete Leistung persönlich und
- im Wesentlichen ohne Mitarbeit von (eigenen) Arbeitnehmern erbringen.

Es verwundert nicht, dass auch diese (tw an die Definition des arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmers in § 3 Abs 4 ASVG erinnernde) Umschreibung Abgrenzungsprobleme aufwirft.⁵⁹⁸ So finden sich dazu in der Rechtsprechung des BAG etwa folgende Aussagen:

Im Gegensatz zu Arbeitnehmern fehlt es den arbeitnehmerähnlichen Personen wegen fehlender Eingliederung in eine betriebliche Organisation und im Wesentlichen freier Zeitbestimmung an der persönlichen Abhängigkeit. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit. Darüber hinaus muss die arbeitnehmerähnliche Person auch ihrer gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar und sozial schutzbedürftig sein. Wann dies der Fall ist, kann nur den gesamten Umständen des Einzelfalls entnommen werden.⁵⁹⁹

Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige. An die Stelle der das Arbeitsverhältnis prägenden persönlichen Anhängigkeit tritt die wirtschaftliche Abhängigkeit. Diese ist regelmäßig gegeben, wenn der Beschäftigte auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Tätigkeit für den Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist.⁶⁰⁰

Soziale Schutzbedürftigkeit liegt nicht vor, wenn ein Dienstnehmer über den Umfang und Ablauf seines Arbeitseinsatzes selbst entscheidet sowie über erhebliche Einkommenschancen verfügt.⁶⁰¹ Die Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person folgt aus der Höhe der ihr vertraglich eingeräumten Vergütung.⁶⁰²

⁵⁹⁸ Vgl. *Herschel*, Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, 1185; *Hromadka*, Arbeitnehmerähnliche Personen, NZA 1997, 1249; *Willemsen/Müntefering*, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, NZA 2008, 193.

⁵⁹⁹ BAG 15.4.1993 AP 12 zu § 5 ArbGG 1979.

⁶⁰⁰ BAG 21.2.2007 AP 64 zu § 5 ArbGG 1979.

⁶⁰¹ BAG 2.10.1990 AP 1 zu § 12a TVG.

⁶⁰² BAG 21.2.2007 AP 64 zu § 5 ArbGG 1979.

Analog zur österreichischen Rechtslage liegt die Bedeutung des Status der Arbeitnehmerähnlichkeit darin, dass bestimmte arbeitsrechtliche Gesetze *expressis verbis* auch für arbeitnehmerähnliche Personen gelten.⁶⁰³ Andere arbeitsrechtliche Bestimmungen sind hingegen (auch in Deutschland) auf arbeitnehmerähnliche Personen nicht anwendbar.⁶⁰⁴

2.2.3.4. Resümee

Die deutsche Rechtslage unterscheidet sich von der österreichischen auf gesetzlicher Ebene insbes durch das Fehlen einer Legaldefinition des Arbeitnehmer-Begriffes und den nur tw ausformulierten sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff. Subsidiär wird in Deutschland zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen § 84 Abs 1 S 2 HGB herangezogen. Letztlich wird der Arbeitnehmer-Status sowohl in Deutschland als auch in Österreich am Merkmal der persönlichen Abhängigkeit festgemacht.

Ebenso wie die österreichische Rechtslage kennt auch das deutsche Recht den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person, deren Charakteristikum – wie auch in Österreich – die wirtschaftliche Abhängigkeit darstellt. In beiden Rechtsordnungen stellen sich Abgrenzungsprobleme sowohl zwischen Arbeits-, freiem Dienst- und Werkvertrag als auch zwischen arbeitnehmerähnlichen und nicht-arbeitnehmerähnlichen Selbständigen. Ein Unterschied ist allerdings darin festzumachen, dass das BGB mehr Regelungen für den freien Dienstvertrag enthält als das ABGB. Die Frage der analogen Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Regelungen auf freie Dienstverträge hat daher in Deutschland nicht so hohe praktische Relevanz wie in Österreich.

⁶⁰³ § 2 S 2 BUrlG, § 138 SGB IX, § 2 Abs 2 Nr 3 ArbSchG, §§ 5 Abs 1 S 2 ArbGG, § 7 Abs 1 Nr 3 AGG.

⁶⁰⁴ Rost, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht, NZA 1999, 113; Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen (2004); Buchner, Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen, NZA 1998, 1144.

2.2.4. Zusammenfassung und Ergebnis

Als Ergebnis des Rechtsvergleiches kann festgehalten werden, dass die einzelnen Rechtsordnungen das Problem, welche Kriterien die für ein Arbeitsverhältnis entscheidenden sind, zwar auf unterschiedliche Weise gelöst haben, dass die in Betracht kommenden Lösungsmöglichkeiten aber begrenzt sind, sodass die Ergebnisse teilweise ähnlich ausfallen. Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass es sich beim Arbeitsvertrag um einen Typusbegriff handelt, sodass nicht bloß ein einziges Bestimmungsmerkmal das allein ausschlaggebende ist. Teilweise wird versucht, diesem Problem durch Rechtsvermutungen beizukommen. Im Wesentlichen werden als charakteristische Faktoren die persönliche Arbeitsleistung, die Arbeit mit fremden Betriebsmitteln und die Fremdbestimmtheit der Arbeit angesehen. Probleme bereitet insbes die Qualifikation von Verträgen, bei denen ein Vertragspartner zwar nach formalen Kriterien selbständig, aber in wirtschaftlicher Hinsicht unterlegen ist und einem Arbeitnehmer somit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ähnelt. Für die Lösung dieser Frage scheint keine Rechtsordnung den „Königsweg“ gefunden zu haben.

2.3. Pro- und contra-Argumente für bzw gegen eine Reform

Die Diskussion über eine Reform des Arbeitnehmerbegriffes wird bereits seit langem geführt.⁶⁰⁵ Aufgrund der Vielschichtigkeit der Meinungsäußerungen wird von vornherein vom Versuch einer umfassenden Darstellung des Meinungsstandes abgesehen. Stattdessen werden die wichtigsten Argumente jeweils eines Befürworters und ein Gegners einer derartigen Reform ins Treffen geführt.

Für eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffes an die seit der Teilnovelle zum ABGB zu Beginn des 20. Jahrhunderts geänderte Realität spricht sich bspw *Mosler* aus.⁶⁰⁶ Er argumentiert damit, dass die persönliche Abhängigkeit als Wesensmerkmal eines Arbeitsvertrages der Realität der Arbeitsbeziehungen zunehmend nicht mehr gerecht wird, da die Auflösung der traditionellen Betriebsstrukturen zunehmend dazu führt, dass trotz intensiver wirtschaftlicher Abhängigkeit keine persönliche Abhängigkeit mehr vorliegt. Er tritt dafür ein, dass ein erweiterter Arbeitnehmerbegriff nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch im Sozialversicherungs- und Steuerrecht gleichermaßen Anwendung findet und Streitigkeiten über das Vorliegen des Arbeitnehmerbegriffes einheitlich von einer Instanz entschieden werden. Damit könnte nicht nur eine administrative Vereinfachung erreicht, sondern auch die Flucht aus dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht wirksamer als bisher eingedämmt werden.

Als Vertreter derjenigen Autoren, die einer Reformierung des Arbeitnehmerbegriffes ablehnend gegenüberstehen, sei *Tomandl* angeführt.⁶⁰⁷ Er argumentiert, dass es neben Arbeitsvertrag, freiem Dienstvertrag und Werkvertrag weitere Vertragsgestaltungen über die Leistung persönlicher Dienst gibt, die derzeit weder gesetzlich geregelt sind, noch von der Judikatur zutreffend behandelt werden. Vor allem Vereinbarungen, die zwar grundsätzlich zu persönlicher Arbeit verpflichten, aber ein Recht zur Ablehnung von Aufträgen oder zur Stellung eines Vertreters einräumen, sowie Rahmenverträge, die lediglich die Modalitäten künftiger einvernehmlich festzulegender Arbeitseinsätze beinhalten, führen zu Verwirrung. Als Lösung

⁶⁰⁵ Vgl zB *Luf*, Aspekte des Wandels im modernen Arbeitsverständnis; *Schulte*, „Flexicurity“ – Arbeitsflexibilität und soziale Sicherung; *Biffel*, Reorganisation of Employees Legal Protection, alle in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Atypisch Beschäftigte; *Pichler*, Rechtliche Strategien zur Bewältigung der Wandlungen im Erwerbsleben (2000); *Rürup*, Die Zukunft der Erwerbsarbeit, in *Pichler* (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit, Die rechtspolitischen Herausforderungen (1999) 76.

⁶⁰⁶ Flexibilisierung des Arbeitsrechts, in *Pichler* (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit 149.

⁶⁰⁷ Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff? *ZAS* 2008, 100; *ders*, Reicht der Zuschnitt unseres Arbeitsrechts zur Bewältigung der Zukunftsaufgaben? in *Pichler* (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit 304.

schlägt *Tomandl* eine Normenhierarchie vor, die zunächst einheitliche Regelungen für sämtliche Personen aufstellt, die sich zu höchstpersönlicher Arbeit verpflichten. Auf zweiter Ebene träten dazu ergänzende Bestimmungen, die ausschließlich auf die Unterschiede zwischen einem Dauer- und einem Zielschuldverhältnis abgestimmt sind. Auf derselben zweiten Ebene bedürfte es ergänzender Regelungen zum Ausgleich der unterschiedlichen Interessen der beiden Vertragspartner. Diese müssten für die als wirtschaftlich unterlegen identifizierten Personen unabdingbar, für die übrigen jedoch nachgiebiger Natur sein. Schließlich bedürfte es auf dritter Ebene zusätzlicher, grundsätzlich unabdingbarer Regelungen, die stets anwendbar sein müssten, sobald und solange tatsächlich fremdbestimmt gearbeitet wird.

2.4. Eigene Vorschläge

Über die Frage, dass in Bezug auf den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Bestimmungen Reformbedarf besteht, dürfte Konsens herrschen. Ob dies, wie *Mosler* vorschlägt, und wie es auch in der Regierungserklärung für die 23. GP als Zielsetzung enthalten war, durch Modernisierung des Arbeitnehmerbegriffes oder, dem Vorschlag *Tomandls* entsprechend, durch Differenzierungen im Anwendungsbereich der einzelnen Gesetze, erfolgt, fällt mE in den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Der Vorschlag *Moslers* hat mE nur scheinbar den Vorteil der geringen Komplexität für sich, da *Mosler* selbst einräumt, dass eine Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffes, wie sie seinen Intentionen entspricht, mit Einschränkungen des Geltungsbereiches einzelner arbeitsrechtlicher Gesetze (zB Arbeitszeitrecht) einhergehen müsste. Dies würde aber dazu führen, dass für die Bestimmung des Anwendungsbereiches einzelner Regelungen ohnehin erst wieder separate, vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff abweichende Definitionen geschaffen werden müssten.

Im Folgenden wird daher nicht weiter untersucht, welche Stoßrichtung dem Gesetzgeber für eine etwaige Reformtätigkeit zu empfehlen wäre, sondern es sollen bloß ein paar mögliche Handlungsoptionen skizziert werden. Da das Problem der Abgrenzung zwischen Arbeitsverträgen und „verwandten“ Vertragstypen keinesfalls bloß auf Künstler beschränkt ist, erscheint eine „Gesamtlösung“ sinnvoller als eine künftlerspezifische Regelung. Letzterer Variante würden neue, für die Praxis unangenehme Abgrenzungsprobleme (zwischen künstlerischen und nicht künstlerischen Tätigkeiten) aufwerfen. Mit anderen Worten: Eine allgemeine, auch Künstler umfassende Novellierung ergibt mehr Sinn als eine bloß auf Künstler abgestimmte Reform.

Denkbar wäre mE, freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG den Dienstnehmern iSv § 4 Abs 2 ASVG nicht nur sozialversicherungsrechtlich, sondern auch arbeitsrechtlich gleichzustellen. Dafür bedürfte es mE lediglich einer kurzen gesetzlichen Regelung bspw im ABGB. Damit wäre zumindest die Problematik, inwieweit arbeitsrechtliche Bestimmungen auf arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer anzuwenden sind, umfassend gelöst.

Eine weitergehende Lösung könnte darin bestehen, den Anwendungsbereich des § 4 Abs 4 ASVG auf alle dienstnehmerähnlichen Personen (also auch auf dienstnehmerähnliche Selbst-

ständige, die auf Basis von Werkverträgen tätig werden) auszuweiten.⁶⁰⁸ Als Kriterium für die Feststellung der Dienstnehmerähnlichkeit würde sich mE die (gesetzlich noch konkreter zu definierende) wirtschaftliche Abhängigkeit anbieten. Bei Verwirklichung dieses Reformschrittes wäre es mE nahe liegend, im Arbeitsrecht „gleichzuziehen“ und den Geltungsbereich arbeitsrechtlicher Regelung im oben beschriebenen Sinn nicht nur auf freie Dienstnehmer gem § 4 Abs 4 ASVG, sondern auf alle dienstnehmerähnlichen Beschäftigten auszuweiten.

Werden diese Möglichkeiten als zu weitgehend empfunden, so könnte ein alternatives Reformkonzept darin bestehen, auch Selbständige in den Anwendungsbereich solcher arbeits- bzw sozialversicherungsrechtlichen Gesetze, deren sozialpolitische Zielsetzung nicht nur auf das Arbeiten in persönlicher Abhängigkeit zugeschnitten ist, mit einzubeziehen. Diesen Weg hat der Gesetzgeber bei der Einbeziehung der Selbständigen in das AIVG und das BM(S)VG eingeschlagen.⁶⁰⁹ Ob er fortgeführt wird, bleibt abzuwarten.

⁶⁰⁸ IdS *Krejci*, Das „Werkvertrags“-Erkenntnis des VfGH und der künftige Geltungsbereich des ASVG, VR 1997, 78 ff, *ders*, Vom „Werkvertragsgesetz“ zur künftigen Neuordnung der Grundtatbestände des Sozialversicherungsrechts, in FS Tomandl (1998) 491.

⁶⁰⁹ Siehe *Tomandl*, Ein Tabubruch, ZAS 2008, 1.

3. Weitere Reformvorschläge

3.1. Abschaffen der täglichen Geringfügigkeitsgrenze

Die im zweiten Teil unter Punkt 9.1.2. dargestellten Schwierigkeiten würden es mE rechtfertigen, die tägliche Geringfügigkeitsgrenze abzuschaffen und die maßgebliche Geringfügigkeitsgrenze stattdessen bei Beschäftigungen, die kürzer als ein Kalendermonat andauern, durch Aliquotierung der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze zu ermitteln. Einen ersten Schritt in Richtung der Reduktion der verschiedenen Geringfügigkeitsgrenzen setzte der Gesetzgeber mit der Abschaffung der wöchentlichen Geringfügigkeitsgrenze durch das ASRÄG 1997. In der Regierungsvorlage für dieses Gesetz war im Übrigen der Entfall auch der täglichen Geringfügigkeitsgrenze vorgesehen.⁶¹⁰ Die Begründung der Notwendigkeit, diese doch beizubehalten, wurde damals auf das Arbeitslosenversicherungsrecht gestützt (auf dieses Argument wird unter Punkt 3.2. eingegangen).⁶¹¹

Im Zuge einer derartigen Reform sollten mE auch die Bestimmungen über die Versicherungspflicht fallweise Beschäftigter überdacht werden. Die Definition der fallweisen Beschäftigung in § 471b ASVG umfasst nur befristete Dienstverhältnisse, deren Dauer für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart wurde. Dass für fallweise beschäftigte Personen aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung Bedarf an besonderen Bestimmungen für die Meldung zur Sozialversicherung besteht (§ 471d ASVG), ist zwar einsichtig, man sollte den Geltungsbereich dieser Vorschriften mE aber – gerade aus administrativen Gründen – auf alle Personen ausdehnen, die in unregelmäßiger Folge beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für einen kürzeren Zeitraum als einen Monat vereinbart ist (die gem § 471c maßgebliche Versicherungsgrenze könnte durch Aliquotierung der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze bestimmt werden). Weiters ist die Notwendigkeit separater Bestimmungen für fallweise Beschäftigte in der Land- und Forstwirtschaft (§§ 461 ff ASVG) ist mE nicht ersichtlich; die Abschaffung dieser Bestimmungen sollte daher das Minimum eines sinnvollen Reformschrittes darstellen.⁶¹²

⁶¹⁰ 886 BlgNR, 20. GP.

⁶¹¹ 912 BlgNR 20. GP, 8.

⁶¹² Kritisch auch *Grillberger/Mosler*, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige 68.

3.2. Beseitigung von Diskrepanzen im ALVG

In § 21a Abs 1 ALVG sollte jedenfalls die Differenzierung zwischen befristeten und unbefristeten (freien) Dienstverhältnissen mE aufgegeben werden, da nicht einzusehen ist, warum vorübergehende unselbständige Beschäftigungen von gleich langen Dauer – abhängig von der vereinbarten Beendigungsart - unter unterschiedlichen Bestimmungen subsumiert werden (und somit unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen).

Ein darüber hinausgehender sinnvoller Reformschritt wäre es mE, § 21a ALVG gänzlich aufzuheben. Wie im dritten Teil unter Punkt 5.6. dargestellt wurde, hat diese Bestimmung ohnehin nur einen minimalen Anwendungsbereich; in der Praxis führt das „Rätselraten“ um die Geltungsgrenzen dieser Norm folglich ohnehin bloß zu Verwirrung. Eine Aufhebung würde weiters nicht nur dem Argument für das Erfordernis der Beibehaltung der täglichen Geringfügigkeitsgrenze den Boden entziehen, sondern auch Divergenzen zu §§ 36a, 36b ALVG beseitigen. Letztlich würde der Gesetzgeber damit auch den Weg fortsetzen, den er mit der Aufhebung des § 12 Abs 3 lit g ALVG in der alten Fassung bereits eingeleitet hat.

3.3. Änderungen der Sozialversicherungspflicht von Künstlern

§ 4 Abs 4 lit d ASVG sollte mE gestrichen werden. Diese Bestimmung bewirkt, dass Kunstschaffende, die ihre Tätigkeit in Form eines arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrages erbringen, von der Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG ausgenommen werden. Da die Betreffenden die Kriterien für eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht erfüllen, sind sie auch nicht als neue Selbständige gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG in die gesetzliche Sozialversicherung einbezogen. Somit besteht mE aus sozialpolitischer Sicht ein Regelungsdefizit: Ein und dieselbe Tätigkeit unterliegt dem Versicherungsschutz, wenn sie in Form eines Dienstvertrages oder auf selbständiger Basis (bspw in der Rechtsform eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages, der nicht die Kriterien der Arbeitnehmerähnlichkeit erfüllt) erbracht wird, nicht hingegen, wenn hingegen wenn ihr die Rechtsform eines arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrages zugrunde liegt. Da es die Intention des Gesetzgebers war, auch arbeitnehmerähnliche freie Dienstverträge in den Geltungsbereich des ASVG mit einzubeziehen, ist die Ausnahme gerade der Kunstschaffenden mE daher unverständlich.

Zumindest aber sollten der Begriff des Kunstschaffenden in § 4 Abs 4 lit d ASVG und des Künstlers in § 2 K-SVFG mE harmonisiert werden. Wenn es der Wille des Gesetzgebers ist, Kunstschaffende, die ihre Tätigkeit in Form eines arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrages erbringen, aus der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht auszunehmen, so sollte sich diese Ausnahme mit dem Kreis derjenigen decken, die bei Einbeziehung in die gesetzliche Sozialversicherung (weil sie ihre künstlerische Tätigkeit auf selbständiger Basis ausüben) einen Zuschuss zu den von ihnen zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträgen erhalten können. Die sachliche Rechtfertigung für die Existenz von Kunstschaffenden, die zwar als neue Selbständige versichert sind, aber nicht unter die Definition des Künstlers iSd § 2 K-SVFG fallen, ist daher mE nur schwer ersichtlich.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Arbeitsrechtlicher Teil

1.1. Abgrenzungsfragen

1.1.1. Überwiegensprinzip

Beinhaltet das Beschäftigungsverhältnis eines Künstlers Elemente verschiedener Vertragstypen, muss die Zuordnung zu einem konkreten Typus (Arbeitsvertrag/freier Dienstvertrag/Werkvertrag) nach dem Überwiegensprinzip vorgenommen werden; eine Zerlegung eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses in verschiedene Teile kommt nicht in Betracht. Dies führt zB dazu, dass der Vertrag eines Schauspielers als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.

1.1.2. Abgrenzung Arbeitsvertrag/Werkvertrag

Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag muss anhand der Unterscheidungskriterien zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen und somit danach vorgenommen werden, ob die Erbringung von Arbeitsleistungen oder das Hervorbringen eines bestimmten Ergebnisses zum Vertragsgegenstand gemacht wurde. Im Zweifelsfall ist darauf abzustellen, ob der Vertragsgegenstand vom Künstler ohne weiteres erfüllbar ist. Dies bedingt zum einen, dass der Inhalt der geschuldeten Leistung bereits so weit konkretisiert ist, dass er vom Schuldner (Künstler) erfüllt werden kann, ohne dass es dafür weiterer Weisungen des Vertragspartners bedarf. Weiters ist diese Voraussetzung nur erfüllt, wenn es dem Künstler überhaupt möglich ist, die geschuldete Leistung zu erbringen, ohne dass er dafür mit anderen Vertragspartnern des Auftraggebers zusammenwirken muss. Der Umstand, ob die vereinbarte Leistung während eines bestimmten Zeitraums zu erbringen ist oder quantitativ bestimmt ist, eignet sich hingegen nicht als Abgrenzungskriterium.

Rahmenvereinbarungen sind nach den Umständen des Einzelfalles als Ziel- oder Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren. Eine Anwendung der „Kettenvertragsjudikatur“ auf einander folgender Werkverträge ist jedoch abzulehnen. Eine Kette von Werkverträgen zwischen denselben Vertragsparteien, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein neuer Werkvertrag im-

mer erst nach Vollendung der letzten Vertragsleistung abgeschlossen wird, wandelt sich daher auch dann nicht zu einem Dauerschuldverhältnis, wenn sich der Auftragnehmer auch neben der Leistungserfüllung um den Auftraggeber bemüht.

1.1.3. Abgrenzung Arbeitsvertrag/freier Dienstvertrag

Vom freien Dienstvertrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag dadurch, dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit bei ersterem fehlen oder nur schwach ausgeprägt sind. Kriterium für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit ist die Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung, die in Bindung an Arbeitsort und Arbeitszeit, Eingliederung in die betrieblichen Strukturen des Vertragspartners, Verpflichtung zu persönlicher Erbringung der Arbeitsleistungen sowie persönlicher Weisungs- und Kontrollunterworfenheit zum Ausdruck kommt.

1.1.4. Reihenfolge der Prüfungsschritte

Sinnvollerweise wird zuerst geprüft, ob ein Zielschuldverhältnis vorliegt. Die (allfälligen) weiteren Prüfungsschritte hängen von der konkret untersuchten Fragestellung ab. Diese Reihenfolge eignet sich auch für die Lösung sozialversicherungsrechtlicher Probleme.

1.2. Gruppenvertrag

1.2.1. Möglichkeiten der Vertragsgestaltung

Ist eine Künstlergruppe als Gesellschaft oder Verein mit Rechtspersönlichkeit organisiert, liegt ein Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Verein und dem Veranstalter vor. Zwischen den einzelnen Künstlern und dem Veranstalter entsteht keine Vertragsbeziehung, das Vertragsverhältnis zwischen den Künstlern untereinander kann ein Arbeitsvertrag, aber auch ein Gesellschaftsvertrag sein. Bilden die Künstler eine GesbR, kommt ein Arbeitsvertrag zwischen dem Veranstalter und der GesbR nicht in Betracht.

1.2.2. Rechtsfolgen

Liegt ein Dienstverschaffungsvertrag vor, bestehen nur zwischen dem Veranstalter und dem Vertreter der Künstlergruppe Vertragsbeziehungen. Daraus folgt bspw., dass nur der Vertreter

(Vertragspartner des Veranstalters) einen Anspruch auf Entgelt hat. Fällt ein Gruppenmitglied (etwa krankheitsbedingt) aus, so muss der Vertreter für ein geeignetes Ersatzmitglied sorgen, um zu vermeiden, dass er die ihn treffende Verpflichtung nicht erfüllen kann. Wurde bloß ein Gesamtentgelt für die Gruppe vereinbart, so haben die einzelnen Mitglieder nur dann einen Anspruch gegen den Veranstalter, wenn der Aufteilungsmodus feststeht; andernfalls liegt eine Gesamthandforderung gemäß § 890 ABGB vor.

1.2.3. Rechtsfolgen von Leistungsstörungen

Welche Rechtsfolgen Leistungsstörungen nach sich ziehen, hängt von der konkreten Vertragskonstruktion ab. Ist die Erbringung der Arbeitsleistung nur durch die gesamte Gruppe möglich oder vereinbart, so rechtfertigt das Ausscheiden eines Gruppenmitgliedes die fristlose Beendigung des Gruppenvertrages bzw der einzelnen Arbeitsverträge. Kann die vereinbarte Leistung hingegen auch vom Rest der Gruppe erbracht werden, so liegt keine Leistungsstörung vor.

Ist die Leistungserbringung durch den Rest der Gruppe nicht möglich, richtet sich die Frage der Berechtigung bzw Verpflichtung zur Stellung eines Ersatzmitgliedes nach dem Vertragsinhalt bzw einer Interessenabwägung zwischen den Vertragsparteien. Kann die Leistung mangels Stellung eines Ersatzmitgliedes nicht erbracht werden, muss die Gruppe die negativen Konsequenzen dieser Leistungsstörung dann tragen, wenn sie zur Beibringung eines Ersatzmitgliedes verpflichtet gewesen wären. Andernfalls haben die Gruppenmitglieder einen Entgeltanspruch gem § 1155 ABGB.

2. Sozialversicherungsrechtlicher Teil

2.1. Grundsätzliches

Künstler können nach unterschiedlichen Rechtsgrundlagen in die Sozialversicherung einbezogen sein. In Betracht kommen eine Versicherung als Dienstnehmer gem § 4 Abs 2 ASVG, als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer gem § 4 Abs 4 ASVG (soweit sie nicht unter den Ausnahmetatbestand der lit d leg cit fallen) oder als „neuer Selbständiger“ gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.

2.2. Dienstnehmer

Der Dienstnehmerbegriff des § 4 Abs 2 ASVG stimmt im Wesentlichen mit dem im Arbeitsrecht gebräuchlichen Arbeitnehmerbegriff überein. Durch die Anknüpfung an den lohnsteuerrechtlichen Dienstnehmerbegriff in § 4 Abs 2 letzter Satz ASVG entsteht für die Sozialversicherungsträger allerdings eine Vorfragenproblematik, da die Beurteilung, ob ein steuerrechtliches Dienstverhältnis vorliegt, den Finanzbehörden obliegt. Diese Problematik ist in der Weise zu lösen, dass Leistungsbescheide der Finanzbehörden innerhalb der objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft für die Sozialversicherungsträger Bindungswirkung entfalten.

2.3. Arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer

Ein freier Dienstnehmer unterliegt der Sozialversicherungspflicht gem § 4 Abs 4 ASVG nur, wenn er seine Leistungen im Wesentlichen persönlich erbringt und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt. Für die Erfüllung dieser Merkmale kommt es auf die Verpflichtung zur Leistungserbringung bzw den Umstand, ob die Erwerbstätigkeit nach Art eines Unternehmens organisiert ist, an. Hat ein Erwerbstätiger mehrere Auftraggeber, ist er nicht freier Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG, sondern „neuer Selbständiger“.

Die Bestimmung des § 4 Abs 4 lit d ASVG, der zufolge Künstler von der Sozialversicherungspflicht als arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer ausgenommen sind, ist seit 1.8.2001 Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung.

2.4. Neue Selbständige

2.4.1. Bestehen der Pflichtversicherung

Für das Bestehen der Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“ kommt dem Tatbestandsmerkmal „betriebliche Tätigkeit“ nicht die Funktion eines zusätzlichen Kriteriums zu, sondern dadurch wird bloß die berufliche von der privaten Tätigkeit abgegrenzt.

Die Unterlassung der Meldung zur Sozialversicherung betreffend einen von § 4 Abs 4 ASVG erfassten freien Dienstnehmer bewirkt nicht automatisch, dass dieser als „neuer Selbständiger“ unter § 2 Abs 1 Z 4 GSVG zu subsumieren ist.

2.4.2. Beginn und Ende der Pflichtversicherung

Die Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“ beginnt mit dem Tag der Aufnahme der die Versicherungspflicht auslösenden betrieblichen Tätigkeit und endet frühestens mit dem Letzten des Kalendermonats, in dem die betriebliche Tätigkeit beendet wird. Im Falle der Einbeziehung ex post und für die Frage der (für die Beitragsbemessung relevante) Erfassung der aus selbständiger Tätigkeit erzielten Einkünfte ist der Sozialversicherungsträger an Bescheide der Finanzbehörde gebunden.

2.4.3. Verfassungsrechtliche Problematik

Gewichtige Argumente sprechen dafür, dass die Einbeziehung der „neuen Selbständigen“ in das GSVG im Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ in Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG keine Deckung findet, sowie für die Verfassungswidrigkeit von § 3 Abs 1 Z 2 § 4 Abs 1 Z 5 und 6 sowie § 198 GSVG.

2.5. Strittige Zuordnung

2.5.1. Verfahrensfragen

Ist die Frage, nach welchen Bestimmungen ein Beschäftigter in die Pflichtversicherung einzubeziehen ist, strittig, so ist die SVA an einen Bescheid der GKK über das Bestehen der Versicherungspflicht gem § 4 Abs 2 oder Abs 4 ASVG gebunden. In einem Verfahren gem § 194a GSVG muss die SVA die Frage, ob eine Pflichtversicherung gem § 4 Abs 4 ASVG besteht, der GKK zur Entscheidung vorlegen.

2.5.2. Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit

Bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit ist § 10 Abs 1a ASVG nicht analog auf den Fall anzuwenden, dass sich die Tätigkeit als „neuer Selbständiger“ als Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG entpuppt. Bei diesem Sachverhalt besteht demnach kein „Rückabwicklungsverbot“. Auf das Abzugsrecht des Dienstgebers ist daher § 60 Abs 1 ASVG anzuwenden. Nach dem GSVG entrichtete Beiträge können nach Maßgabe des § 41 GSVG zurückgefordert werden. Hat der Dienstnehmer eine Leistung aus der Krankenversicherung nach dem GSVG bezogen, so sind die zu Unrecht entrichteten Beiträge bloß auf den Dienstnehmer-Anteil der nach dem ASVG bestehenden Beitragsschuld anzurechnen. Kann der Dienstnehmer die nach dem GSVG zu Unrecht entrichteten Beiträge zurückfordern, hat der Dienstgeber ein Regressrecht in Bezug auf die Dienstgeber-Anteile nach dem ASVG.

2.6. Mehrfache Beschäftigung

Die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Ausübung mehrerer Beschäftigungen sind vom Gesetzgeber im Detail unterschiedlich ausgestaltet. In der Unfallversicherung wird der Beitragsberechnung jedes Arbeitseinkommen (bis zur Höchstbeitragsgrundlage) zugrunde gelegt, in der Kranken- und Pensionsversicherung führen mehrere versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zwar zu einer Mehrfachversicherung, diese wird aber durch Höchstgrenzen bei der Beitragspflicht beschränkt.

2.7. Geringfügige bzw kurzfristige Beschäftigungen

Die Regelungen über geringfügige bzw kurzfristige Beschäftigungen werfen dogmatisch einige Ungereimtheiten auf, die letztlich nur de lege ferenda ausgeräumt werden können. Im ASVG ist fraglich, welche Konsequenzen es hat, wenn ein Künstler, der nicht als fallweise beschäftigt iSd § 471b ASVG gilt, zwar die tägliche Geringfügigkeitsgrenze über-, die monatliche Geringfügigkeitsgrenze hingegen unterschreitet. Fallen Künstler als „neue Selbständige“ in den Anwendungsbereich des GSVG, ist unklar, ob die Ausnahme in § 4 Abs 1 Z 6 und 7 GSVG kumulativ anwendbar sind.

2.8. Fragen des K-SVFG

Einem Künstler, der als „neuer Selbständiger“ in die Sozialversicherung einbezogen ist, gebührt auch dann ein Zuschuss zu den Sozialversicherungsbeiträgen, wenn er das für den Anspruch auf den Zuschuss erforderliche Mindesteinkommen nur unter Einbeziehung steuerfreier Förderungsmittel erreicht. Zu den zuschussfähigen Pflichtversicherungsbeiträgen zählt auch ein gem § 35 Abs 6 GSVG zu leistender Beitragszuschlag. Gegen die Verfassungskonformität des § 17 Abs 1 Z 2 K-SVFG bestehen Bedenken.

2.9. Einkünfte aus bereits beendeter Tätigkeit

Einkünfte des Künstlers, die aus einer bereits beendeten Erwerbstätigkeit herrühren (Tantiemen, Honorare etc), sind für den Bezug einer vorzeitigen Alterspension oder Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit unschädlich.

2.10. Unterschiedliche Definitionen

Die Definitionen des Künstlers iSd § 2 K-SVFG und des Kunstschaftenden iSd § 4 Abs 4 lit d ASVG sind nicht völlig deckungsgleich, da § 4 Abs 4 lit d ASVG nicht voraussetzt, dass der Kunstschaftende über eine einer Hochschulausbildung nahe kommende Befähigung verfügt.

2.11. Berufsschutz in der Pensionsversicherung

Der pensionsversicherungsrechtliche Berufsschutz von Künstlern ist entweder nach § 133 GSVG oder § 255 ASVG zu beurteilen. § 133 Abs 2 GSVG und § 255 Abs 1 ASVG ähneln einander in etlichen Punkten, da beide Bestimmungen einen Tätigkeitsschutz mit weitgehend identischem Inhalt einräumen. Unterschiede bestehen insbes darin, dass § 133 Abs 2 GSVG keinen „Lohnhäftenschutz“ enthält, dafür aber lediglich auf die zuletzt (überwiegend) ausgeübte Tätigkeit (und nicht auf sämtliche Berufe) abstellt sowie nur selbständige Erwerbstätigkeiten in das Feld der Verweisberufe einbezieht. Weiters greift der gem § 133 Abs 2 GSVG bestehende Berufsschutz erst ab Vollendung des 50. Lebensjahres, während § 255 Abs 1 ASVG keine derartige Altersgrenze enthält. Ab Erreichen des 57. Lebensjahres ist die Rechtslage für ASVG- und GSVG-Versicherte vergleichbar.

3. Arbeitslosenversicherungsrechtlicher Teil

3.1. Einbeziehung Selbständiger

3.1.1. Erklärung des Selbständigen

Adressat der Ein- bzw Austrittserklärung Selbständiger in die bzw aus der Arbeitslosenversicherung ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Die ausgewählte Beitragsgrundlage kann innerhalb der für die Eintrittserklärung zur Verfügung stehenden Frist auch nachträglich bekanntgegeben werden. Gibt ein Selbständiger nur bekannt, welche Beitragsgrundlage er wählt, ohne explizit seinen Eintritt zu erklären, ist dies auch als Erklärung über den Eintritt in die Arbeitslosenversicherung zu verstehen ist.

3.1.2. Bestehende Pflichtversicherung

Die Einbeziehung von Selbständigen in die Arbeitslosenversicherung wirft etliche rechtsdogmatische Probleme auf. Aus § 12 Abs 1 Z 2 ALVG folgt, dass Arbeitslosigkeit nicht vorliegen kann, solange noch eine Pflichtversicherung besteht. Es ist aber möglich, dass ein Selbständiger seine Erwerbstätigkeit trotz Beendigung der Pflichtversicherung weiterhin ausübt und daher nicht arbeitslos ist. Gerade bei Künstlern, die ihre Tätigkeit häufig in unterschiedlichen Rechtsformen (Werkvertrag, freier Dienstvertrag etc) ausüben und Verträge mit wechselnden Auftraggebern abschließen, bereitet die Ermittlung des Zeitpunktes, ab dem Arbeitslosigkeit eingetreten ist, somit häufig Schwierigkeiten.

3.1.3. Nebentätigkeit

Da die Ausübung einer anderen als die die Arbeitslosenversicherungspflicht begründende Tätigkeit unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze für den Bezug des Arbeitslosengeldes gem § 12 Abs 6 ALVG unschädlich ist, muss die Tätigkeit, die die Arbeitslosenversicherungspflicht auslöst, von anderen Tätigkeiten abgegrenzt werden. Diese Frage bereitet bei selbständigen Künstlern, die in Arbeitslosenversicherung optiert haben und für mehrere Auftraggeber tätig werden, Probleme.

3.1.4. Nachsicht

Die Beendigung einer selbständigen künstlerischen Erwerbstätigkeit erfolgt nahezu immer „freiwillig“ im Sinne des § 11 Abs 1 ALVG, weshalb die Entscheidung, ob die Sperrfrist des § 11 ALVG zum Tragen kommt, über die Frage, ob ein Nachsichtsgrund vorliegt, gelöst werden muss. Dabei sind die Nachsichtsgründe, die der Gesetzgeber für die Beendigung einer selbständigen Tätigkeit vorgesehen hat, nicht unbesehen analog auf die Beendigung unselbständiger Beschäftigungen übertragbar.

3.2. Beschäftigungsverhältnis

Ein (Arbeitslosigkeit ausschließendes) Beschäftigungsverhältnis liegt vor, wenn ein Künstler einer Tätigkeit nachgeht, die (ihrem Typus nach) die Schaffung von Einkünften in Geld und Güterform bezweckt, in der Absicht, die Tätigkeit zu wiederholen und daraus eine Erwerbsquelle zu machen. Dies kann in Form eines (arbeitnehmerähnlichen freien) Dienstverhältnisses, einer selbständigen Erwerbstätigkeit oder in sonstiger Form (zB Auftritte im Familienkreis gegen Entgelt) geschehen.

3.3. (Freies) Dienstverhältnis

3.3.1. Definition

Die für das Arbeitslosenversicherungsrecht maßgebliche Definition des Dienstverhältnisses bzw des arbeitnehmerähnlichen freien Dienstverhältnisses korrespondiert mit § 4 Abs 2 bzw Abs 4 ASVG. Unter der „Beendigung“ eines (freien) Dienstverhältnisses ist dessen arbeitsrechtliche Beendigung zu verstehen. Arbeitslosigkeit liegt demnach also nicht vor, wenn das vorangegangene Dienstverhältnis bloß zum Schein beendet, faktisch weitergeführt oder lediglich karenziert wurde. Ausschlaggebend dafür, ob eine bloße Karenzierung oder eine (Arbeitslosigkeit ermöglichende) Unterbrechung des Dienstverhältnisses (allenfalls in Verbindung mit einer Wiedereinstellungszusage) vorliegt, ist die Absicht der Vertragsparteien.

3.3.2. Beendigung strittig

§ 12 Abs 8 AIVG umfasst auch Fälle, in denen die Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes angefochten wird, sowie ganz allgemein alle Konstellationen, in denen die Frage, ob das Dienstverhältnis beendet ist oder noch fortbesteht, zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer strittig ist.

3.4. Beginn und Ende selbständiger Erwerbstätigkeit

Eine selbständige künstlerische Tätigkeit im Sinne des AIVG beginnt, sobald die im Rahmen der Erwerbstätigkeit beabsichtigten Leistungen erstmals nach außen zu Tage tretend angeboten werden. So ist es zB für das Berufsbild eines Schauspielers geradezu typisch, dass er seine Bereitschaft, Aufträge anzunehmen, über Künstleragenturen zum Ausdruck bringt, woraus daher der Beginn einer selbständigen Erwerbstätigkeit resultiert.

Für die Ermittlung des Endzeitpunktes kann bei Selbständigen, die über eine Gewerbeberechtigung verfügen, grundsätzlich auf die Rückgabe oder den Entzug derselben abgestellt werden. Das bedeutet aber nicht, dass Personen, die eine Gewerbeberechtigung innehaben, jedenfalls eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Die Gewerbeberechtigung könnte ja auch ruhend gestellt worden sein; ebenso ist es möglich, dass die Tätigkeit trotz aufrechter Gewerbeberechtigung faktisch eingestellt (aufgegeben) wurde. Verfügt der Selbständige über keine Gewerbeberechtigung, muss der Zeitpunkt der Beendigung anhand einer von den Umständen des Einzelfalles abhängigen Zukunftsprognose (ist zu erwarten, dass der Selbständige seine Tätigkeit fortsetzen wird) bestimmt werden.

3.5. Procedere der Einkommensermittlung

Künstler, die zur Einkommenssteuer veranlagt werden, haben ihr Einkommen im Nachhinein durch die Vorlage des Einkommenssteuerbescheides für das Kalenderjahr, in dem die Leistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen wurde, nachzuweisen. Bis zum Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides wird das Einkommen aufgrund von Erklärungen und geeigneter Nachweise festgestellt. Arbeitslosengeld kann bereits vor Vorliegen des Einkommenssteuerbescheides zurückgefordert werden, wenn der Arbeitslose seine selbständige Erwerbstätigkeit

als Künstler dem AMS nicht gemeldet hat. Die Ermittlung von Einkünften erfolgt nach Maßgabe des Zuflussprinzips. Einkünfte aus einer bereits beendeten Tätigkeit sind – auch im Arbeitslosenversicherungsrecht – unschädlich.

3.6. Vorübergehende Erwerbstätigkeit

§ 21a ALVG, der die Anrechnung aus Einkommen, das aus vorübergehender, kurzfristiger künstlerischer Erwerbstätigkeit erzielt wird, auf das Arbeitslosengeld regelt, wirft Probleme auf. Die Differenzierung zwischen täglicher und monatlicher Geringfügigkeitsgrenze erschwert die Handhabung dieser Bestimmung.

Für die Berechnung des aus vorübergehender selbständiger künstlerischer Erwerbstätigkeit erzielten Einkommens bedarf der Wortlaut des § 36a Abs 7 ALVG einer Korrektur. „Rumpfmomente“ sind dabei zu aliquotieren. Eine vergleichende Betrachtung der § 36a Abs 7 und § 21a ALVG führt zum Ergebnis, dass für die Anwendung des § 21a ALVG praktisch kein Raum verbleibt.

3.7. Berufsschutz

§ 9 Abs 3 S 1 ALVG räumt arbeitslos gewordenen Künstlern einen temporären, tätigkeitsbezogenen Berufsschutz ein. Der Zeitraum, für den dem Arbeitslosen Berufsschutz zukommt, kann durch den Betreuungsplan weder verkürzt noch verlängert werden, da eine Voraussetzung für den Berufsschutz darin besteht, dass die Ausübung einer anderen Tätigkeit eine künftige Beschäftigung im bisherigen Beruf wesentlich erschwert, können schlechte Beschäftigungsaussichten im bisherigen Beruf allerdings die Dauer des Berufsschutzes allerdings im Wege der Beeinträchtigung dieses Tatbestandsmerkmals verkürzen.

Die Begriffe „Tätigkeit“ und „Beruf“ sind synonym zu verstehen. Das Eintreten des Berufsschutzes setzt nicht voraus, dass der Arbeitslose formelle Nachweise über die Befähigung zur Ausübung der geschützten Tätigkeit erworben hat. Der Berufsschutz umfasst die zuletzt (vor Eintritt der Arbeitslosigkeit) ausgeübte Tätigkeit. Inhaltlich ist der Berufsschutz insbes als Schutz vor sozialem Abstieg ausgestaltet. Sind die Berufschancen im bisherigen Beruf mittelfristig nach wie vor intakt, nimmt der Gesetzgeber vorübergehende Arbeitslosigkeit in Kauf.

4. Rechtspolitischer Teil

4.1. Reform des Arbeitnehmerbegriffs

4.1.1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Österreich ist durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen nicht an der Schaffung eines neuen Arbeitnehmerbegriffes gehindert; es ist in der derzeitigen Situation aber auch nicht zu erwarten, dass seitens der EU Initiativen im Hinblick auf eine Reformierung dieser Begrifflichkeit in den nationalen Rechtsordnungen ergriffen werden und somit zumindest indirekt Druck auf Österreich ausgeübt wird, tätig zu werden. Da der EuGH Bestimmungen, nach denen das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bei bestimmten Voraussetzungen vermutet bzw nicht vermutet wird, am Maßstab der Beschränkung der Europäischen Grundfreiheiten misst, sollten derartige Normen besser vermieden werden.

4.1.2. Rechtsvergleich

Der Begriff des Arbeitnehmers wird in manchen Staaten durch die Gesetzgebung definiert, in anderen wird dies den Gerichten überlassen. Soweit gesetzliche Definitionen vorhanden sind, sind diese eher allgemein gehalten, sodass der Rechtsprechung in jedem Fall eine wichtige Rolle bei der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit zukommt. Als grundlegendes Element der Arbeitnehmereigenschaft wird im Wesentlichen die persönliche Abhängigkeit bzw. die Unterordnung angesehen. Die Arbeit leistende Person muss bei der Arbeit fremdbestimmt sein, insbesondere in Bezug auf die Modalitäten der Arbeit (Ort, Zeit, arbeitsbezogenes Verhalten). Probleme bereitet insbes die Qualifikation von Verträgen, bei denen ein Vertragspartner zwar nach formalen Kriterien selbständig, aber in wirtschaftlicher Hinsicht unterlegen ist und einem Arbeitnehmer somit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ähnelt. Für die Lösung dieser Frage scheint keine Rechtsordnung den „Königsweg“ gefunden zu haben. Dieser Befund gilt auch für die – häufig als Vergleichsmaßstab herangezogene – deutsche Rechtsordnung.

4.1.3. Stossrichtung der Novellierung

Über die Frage, dass in Bezug auf den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Bestimmungen Reformbedarf besteht, dürfte Konsens herrschen. Ob dies durch Modernisierung des Arbeitnehmerbegriffes oder durch Differenzierungen im Anwendungsbereich der einzelnen Gesetze, erfolgt, fällt in den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Da das Problem der Abgrenzung zwischen Arbeitsverträgen und „verwandten“ Vertragstypen keinesfalls bloß auf Künstler beschränkt ist, erscheint eine „Gesamtlösung“ sinnvoller als eine künstlerspezifische Regelung. Letzterer Variante würden neue, für die Praxis unangenehme Abgrenzungsprobleme (zwischen künstlerischen und nicht künstlerischen Tätigkeiten) aufwerfen.

4.2. Sonstiger Reformbedarf

Gute Argumente sprechen für eine Abschaffung der täglichen Geringfügigkeitsgrenze, eine Abschaffung bzw zumindest Novellierung des § 21a ALVG und für eine Harmonisierung von § 2 K-SVFG und § 4 Abs 4 lit d ASVG.

Nachwort und Schlussbetrachtung

Arbeitsrecht ist eine dynamische Materie und daher permanent Neuerungen unterworfen. Insbesondere in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts gab es intensive Bemühungen um eine Kodifikation und Vereinheitlichung des durch ein hohes Ausmaß an Rechtszersplitterung gekennzeichneten österreichischen Arbeitsrechts.⁶¹³ Mit dem Inkrafttreten des ArbVG per 1.1.1975 wurden diese Bestrebungen zwar auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts verwirklicht,⁶¹⁴ im Individualarbeitsrecht konnten aber lediglich Teilerfolge verzeichnet werden: Zwar wurden zahlreiche arbeitsrechtliche Sondergesetze geschaffen, so bspw. das DNHG 1965, das AZG 1969, das EFZG 1974 oder das UrlG 1976, die Zusammenfassung der für den Arbeitsvertrag geltenden Bestimmungen in einem Arbeitsgesetzbuch unterblieb jedoch.⁶¹⁵

An der gegenwärtigen Diskussion ist mE bemerkenswert, dass sie unmittelbar an einer Reform des Begriffes des Arbeitsvertrages (und der Frage, wie dieser zu anderen Vertragsformen abgegrenzt werden sollte) ansetzt. Somit wird die Debatte über Änderungen des Arbeitsrechts nicht nur über den Inhalt der einschlägigen Vorschriften - und deren Zusammenfassung in einem einzigen Gesetz - geführt, sondern auch deren Geltungsbereich in die Diskussion mit einbezogen. Damit ist keineswegs bloß die Zusammenfassung der derzeitigen, unterschiedlichen Kategorien von Arbeitnehmern (insbes. Arbeiter und Angestellte) zu einem einheitlichen Rechtsbegriff (ohne weitere Aufsplittung in Subkategorien) gemeint,⁶¹⁶ sondern (auch) die Ausweitung des Anwendungsbereichs arbeitsrechtlicher Normen auf Verträge, die bislang nicht als Arbeitsverträge gelten. In diese „Stossrichtung“ gingen auch die Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen freien Dienstverträgen und neuen Selbständigen in das Sozialversicherungsrecht sowie die jüngsten Änderungen im AIVG.

⁶¹³ *Martinek/Schwarz*, Arbeitsrecht und Arbeitsgesetzbuch (1962); *Martinek*, Grundgedanken des 1. Teilentwurfs für ein österreichisches Arbeitsgesetzbuch, DRdA 1962, 180; *Schwarz*, Probleme der Arbeitsrechtskodifikation, DRdA 1961, 145; *ders.*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis unter dem Aspekt der Kodifikationsbestrebungen, DRdA 1962, 235; *Strasser*, Gedanken zum Arbeitsvertragsrecht, DRdA 1962, 228; *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht; *Mayer-Maly*, Entwurf eines Arbeitsverhältnissesgesetzes, ZAS 1975, 110.

⁶¹⁴ *Atzmüller*, Die Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechts (1985).

⁶¹⁵ *Mayer-Maly*, Die Entwicklung des österreichischen Arbeitsrechts, ZAS 1977, 3; *Weißenberg*, Die österreichische Arbeitsrechtskodifikation, DRdA 1979, 1; *Bydlinski*, Gedanken zum allgemeinen Teil der österreichischen Arbeitsrechtskodifikation, in: FS Strasser (1983) 37; *Martinek*, Die Kodifikation des Arbeitsrechts in Österreich, in: *Floretta* (Hrsg.), Österreichische Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in München (1978) 49; *ders.*, Restauration des Kodifikationsgedankens – Reminiszenzen und Ausblick, in: FS Schwarz (1991) 829; *Karl*, Kodifikation des Arbeitsrechts. Neuauflage einer alten, nach wie vor aktuellen Forderung, in: *Karl* (Hrsg.), Neukodifikation des Arbeitsrechts: Antworten auf eine immer dynamischere und vielfältigere Arbeitswelt, Gesellschaft & Politik, Zeitschrift für soziales und wirtschaftliches Engagement 2008, 7.

⁶¹⁶ So *Rauch*, Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff, ASoK 2007, 268.

Dass der Bedarf an einer Novellierung nicht auf Österreich beschränkt ist, zeigen mE bspw die schon seit längerer Zeit in Deutschland geführte Debatte um ein Arbeitsvertragsgesetz⁶¹⁷ oder die Reformvorschläge zum japanischen Recht.⁶¹⁸ Es ist daher mit Spannung zu erwarten, ob, wann und wofür sich der österreichische Gesetzgeber entscheiden wird.

⁶¹⁷ Entwurf von *Henssler/Preis* abgedruckt in NZA 2007, H 21 als Beilage; *Hromadka*, Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, 838; *Neumann*, Die unendliche Geschichte des Arbeitsvertragsrechts, DB 2008, 60; *Preis*, Arbeitsvertragsgesetz – jetzt oder nie? DB 2008, 61; *ders*, Die Definition des Arbeitnehmers und der arbeitnehmerähnlichen Person in einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, in FS *Hromadka* (2008) 27; *Wroblewski*, Sachstand „Arbeitsvertragsgesetz“. Verwirklichungschancen einer Kodifikation, rechtspolitische Gemengenlage und Positionen, NZA 2008, 622; *Iannone*, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts, ArbuR 2008, 197; *Greiner*, Die Leitlinien des Arbeitsvertragsgesetzes, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2008 (2008), 97. Vgl auch bereits *Dieterich*, Die Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 1978, 239; *Hanau*, Der Kommissionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, ZRP 1978, 215; *Steinmeyer/Jürging*, Überlegungen zu einer gesamtdeutschen Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, NZA 1992, 777; *Bauschke*, Auf dem Weg zu einem neuen Arbeitnehmerbegriff, RdA 1994, 209; *Preis*, Die Zeit ist reif für ein neues Arbeitsvertragsrecht, AuA 1996, 41; *Wank*, Zeit für ein Arbeitsvertragsgesetz, in *GedS Jackowiak* (1999) 177.

⁶¹⁸ Vgl die Beiträge von *Hattori*, Zum heutigen und zukünftigen Bild der Arbeit in Japan, *Mizushima*, Brauchen SOHO-Personen sozialrechtlichen Schutz? *Arayama*, Outsourcing and Dispatched Workers in Japan, *Muranaka*, Outsourcing und Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Arbeitnehmern von Subunternehmern sowie der Telearbeit und *Taki*, Outsourcing and its Influence on Working Environment in Japan, in *Ma-zal/Muranaka*, Atypisch Beschäftigte.

Literaturverzeichnis

- Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts I⁵ (1954)
- Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht I (1997)
- Adler*, Alternatives to Social Insurance, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte 185
- Aigner*, Das VfGH-Erkenntnis zur sogenannten „Werkvertragsregelung“, ZAS 1997, 129
- Aigner/Bitzyk*, Die „Werkvertragsregelung“; Fünfter Akt, ecolex-script 11/1998
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)
- Arayama*, Outsourcing and Dispatched Workers in Japan, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 143
- Atzmüller*, Die Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechts (1985)
- Azizi*, Zur Bindung an die Rechtsanschauung der zurückverweisenden Berufungsbehörde nach § 66 Abs 2 AVG, ZfV 1976, 133
- Bachler*, Einsatz von Werkverträgen im Ausländerbeschäftigungsgesetz, ZAS 2002, 1
- Barnas*, Die notwendige persönliche Arbeitsleistung als Berufsschutzkriterium in der Pensionsversicherung der Selbständigen, ZAS 1998, 72
- Bauschke*, Auf dem Weg zu einem neuen Arbeitnehmerbegriff, RdA 1994, 209
- Beck*, Die Seele der Demokratie: Bezahlte Bürgerarbeit, in *Beck* (Hrsg), Die Zukunft von Arbeit und Demokratie (2000) 417
- Berger-Delhey/Alfheimer*, Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer? NZA 1991, 257
- Biffl*, Reorganisation of Employees Legal Protection, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 19
- Binder*, Individualarbeitsrecht I⁵ (2008)
- Böhmke*, Franchisenehmer als arbeitnehmerähnliche Person, Anmerkung zu BGH 4.11.1998, JuS 1999, 409
- Brodil*, Aussetzungsvereinbarungen aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, ZAS 1996, 37
- Brodil* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht (Loseblatt, Stand 2008) Kap X
- Buchner*, Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen, NZA 1998, 1144
- Blasina*, Schilehrer und freier Dienstvertrag, ASoK 2005, 83
- Blasina*, Dienstnehmer – Freier Dienstnehmer – Selbständiger² (2008)
- Burgstaller*, Kommentar zu OGH 9 ObA 22/01b, DRdA 2002/9

Butschek, Das Dienstverhältnis als Grundlage der Versicherungspflicht in der österreichischen Sozialversicherung (1955)

Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967)

Bydlinski, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969)

Bydlinski, Gedanken zum allgemeinen Teil der österreichischen Arbeitsrechtskodifikation, in FS Strasser (1983) 37

Bydlinski, Die Zusammenrechnung von Dienstzeiten als Abfertigungsproblem in der Bauwirtschaft, ZAS 1985, 125

Bydlinski, Verträge über ärztliche Leistungen, in FS Kralik (1986) 345

Bydlinski, Die Person im Recht, in FS Doralt (2004) 77

E. Bydlinski, Kommentar zu OGH 14 ObA 77/87, DRdA 1989, 411

Camerlynck, Droit du travail et legislation sociale (1987)

Cermak, Dienstvertrag und Dienstverhältnis, DRdA 1954, 6

Coester, Die Rechtskraft der Staatsakte (1927)

Csebrenyak, Kommentar zu 4 Ob 163/83, DRdA 1985/19

Csebrenyak, Kommentar zu OGH 4 Ob 116/84, DRdA 1986, 23

Dieterich, Die Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 1978, 239

Dobesberger, Dienstverhältnis und Vertretungsrecht, SozSi 2004, 11

Doralt, „Dienstnehmerähnliche Werkverträge“ gleichheitswidrig? RdW 1996, 433

Doralt, EStG⁶ §§ 25, 47

Dusak, Kommentar zu OGH 4 Ob 116/84, ZAS 1986/16

Engelbrecht/Gruber/Risak, Werkverträge und atypische Dienstverträge (2002)

Eypeltauer, Kommentar zu OGH 9 ObA 77/91, DRdA 1992/7

Fasching, Lehrbuch des Zivilprozessrechts² (1990)

Feik in Bachmann et al (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁷ (2008)

Firlei, Ein langsamer Arbeitnehmer, DRdA 1979, 226

Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998)

Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992)

Franzen, Der Franchise-Vertrag als Arbeitsvertrag? in FS 50 Jahre BAG (2004) 31

Freudhofmeier, Scheinselbstständigkeit und ihre Folgen aus sozialversicherungs- und einkommenssteuerrechtlicher Sicht, ecolex 2008, 994

Freudhofmeier, Dienstvertrag- freier Dienstvertrag- Werkvertrag² (2008)

Fruhwürth, Neue Tendenz in der Rechtsprechung des VwGH zum Dienstnehmerbegriff, RdW 1987, 233

Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht² (2006)

Gagawczuk, Arbeitnehmerbegriff – Blick über die Grenzen, DRdA 2007, 5

Gagawczuk, Grünbuch Arbeitsrecht, DRdA 2007, 256

Georgiades, Optionsvertrag und Optionsrecht, in FS Larenz (1973) 409

Gerhartl, Die wiederholte Befristung von Dienstverträge, wbl 2008, 105

Gerlach, Kommentar zu OGH 9 ObA 185/97i, DRdA 1998/20

Gitter, Kommentar zu OGH 4 Ob 51/81, ZAS 1983, 134

Gleitsmann, Neue Wege in die Selbständigkeit, ASoK 1998, 258

Gleitsmann, Sozialversicherungspflicht von neuen Selbständigen: Die Erklärung zählt! ASoK 1998, 354

Greiner, Die Leitlinien des Arbeitsvertragsgesetzes, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2008 (2008)

Grillberger, Kommentar zu OGH 4 Ob 45/81, DRdA 1984/5, 134

Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige (1998)

Gruber, Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, ASoK 2000, 306

Gründler, Die Rechtslage auf Grund des Werkvertragserkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes, ASoK 1997, 130

Grüner, Probleme um den § 68 Abs 2 AVG, JBl 1955, 112

Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994)

Hämmerle, Kommentar zu OGH 4 Ob 59/68, ZAS 1969, 143

Hanau, Der Kommissionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, ZRP 1978, 215

Hase, Vertragsbindung durch Vorvertrag (1999)

Hattori, Zum heutigen und zukünftigen Bild der Arbeit in Japan, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 1

Heckenast, § 255 Abs 4 ASVG: Verweisung auf Teiltätigkeiten der bisherigen Tätigkeit ist zumutbare Änderung, DRdA 2003, 296

Hengstschläger, Zur Rechtsqualität der Steuererlässe, in FS Wenger (1984) 507

Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965)

Henssler/Braun (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa² (2007)

Henssler/Preis, Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, H 21 (Beilage)

Hernritt, Das Verwaltungsverfahren (1932)

Herschel, Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, 1185

Hesse, Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft, DRdA 2007, 424

Hochrathner, Die Statusrechtsprechung des 5. Senats des BAG seit 1994, NZA-RR 2001, 561

Hofer, Sozialversicherungsrechtliche Verknüpfungen zum Einkommenssteuerrecht, ASoK 1998, 7

Höfle, Weitere Unklarheiten der neuen Sozialversicherungspflicht für Werkverträge, ASoK 1997, 71

Höfle, Mehrfachversicherung – Subsidiarität – Rückerstattung von SV-Beiträgen bis 31. Jänner, ASoK 1998, 10

Höfle, Abgrenzung freie Dienstnehmer – „neue Selbständige“, „Rückwirkungsschutz“, ASoK 2000, 322

Höfle, Zum Dienstnehmerbegriff des ASVG – Ungewollte Sozialversicherung durch Lohnsteuer-Anknüpfung? ZAS 2006, 259

Högl, Übersicht über die Judikatur des VwGH der letzten 10 Jahre zur Abgrenzung Dienstvertrag/freier Dienstvertrag/Werkvertrag, in *Resch* (Hrsg), Abhängiger Dienstvertrag versus Selbständigkeit (2006) 87

Holzer, Kommentar zu 10 ObS 207/02d, ZAS 1999, 186

Hornung-Draus, Grünbuch Arbeitsrecht: Ende einer konfusen Debatte, aber keine Entwarnung, SAE 2007 H 8 III

Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, 569

Hromadka, Arbeitnehmerähnliche Personen, NZA 1997, 1249

Hromadka, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers unter besonderer Berücksichtigung der neueren Gesetzesentwürfe, DB 1998, 195

Hromadka, Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, 838

Iannone, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts, ArbuR 2008, 197

Jabornegg, Kommentar zu 14 ObA 10/87, DRdA 1990/17, 213

Karl, Die Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in die Sozialversicherung, ASoK 1997, 383

Karl, Die Sozialversicherungspflicht geringfügig Beschäftigter nach der 55. ASVG-Novelle, ASoK 1998, 357

Karl, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 277

Karl, Kommentar zu OGH 10 ObS 207/02d, DRdA 1999, 382

Karl, Die Unterschiede zwischen gewerblichen und „neuen“ Selbständigen und die daraus resultierenden verfassungsrechtlichen Probleme, ASoK 2000, 85

Karl, Die Erwerbsunfähigkeit nach dem SVÄG 2000, ASoK 2001, 119

Karl, Kodifikation des Arbeitsrechts. Neuauflage einer alten, nach wie vor aktuellen Forderung, in: *Karl* (Hrsg), Neukodifikation des Arbeitsrechts: Antworten auf eine immer dynamischere und vielfältigere Arbeitswelt, Gesellschaft & Politik, Zeitschrift für soziales und wirtschaftliches Engagement 2008, 7.

Kaszanits, Dienstzettel für das freie Dienstverhältnis, ASoK 2004, 242

Kaun, Die Reform der Zumutbarkeitsbestimmungen durch das Arbeitsmarktreformgesetz 2004, ZAS 2005/26

Kemetter, Memo: Arbeitslosenversicherung für Selbständige ab 2009, ecolex 2008, 352

Kietaibl, Arbeitsvertragsrechtliche Folgen bei Verknennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 636

Kietaibl, Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, wbl 2006, 207

Kietaibl, Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, ZAS 2006/26

Klein, Die Aufnahme freier Dienstverträge und dienstnehmerähnlich beschäftigter Personen in das ASVG, RdW 1996, 231

Klein, ASVG-Versicherung für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Beschäftigung: die erste Novelle, RdW 1996, 418

Klein, Werkvertragsregelung: die zweite Novelle, RdW 1996, 477

Klein, Beschäftigung im Rahmen von „Pflegepools“ – freiberufliche Tätigkeit oder Arbeitsvertrag? DRdA 2006, 190

Körber, Kommentar zu OGH 9 ObA 53/05t, ZAS 2007, 178

Korinek, Wirtschaftliche Selbstverwaltung (1970)

Korinek, Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, ZAS 1972, 163 und 211

Korinek, Staatsrechtliche Grundlagen der Kammer-Selbstverwaltung, in FS Schwarz (1991) 255

Korn, Der „selbsternannte“ Arbeitnehmer, ASoK 2005, 2

Körner, Prager Juristische Zeitschrift 1930, 144

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ (2006)

Kralik, Die Vorfrage im Verwaltungsverfahrensrecht (1953)

Krapf, Kommentar zu OGH 8 ObA 15/98h, DRdA 1999/44

Krapf/Keul, ALVG (Loseblatt, Stand 2008)

Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis (1977)

Krejci, Das „Werkvertrags“-Erkenntnis des VfGH und der künftige Geltungsbereich des ASVG, VR 1997, 78

Krejci, Vom „Werkvertragsgesetz“ zur künftigen Neuordnung der Grundtatbestände des Sozialversicherungsrechts, in FS Tomandl (1998) 491

Krejci in *Rummel* (Hrsg), ABGB I³ (2000) § 1151

Kuderna, Die Befristung einzelner Elemente des Arbeitsvertrages, DRdA 1999, 329

Kuras/Strohmayer, Der „freie“ Dienstvertrag – Anthologie aus einer Schaffensperiode, in FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 25

Kürner, Kommentar zu OGH 9 ObA 180/93, DRdA 1994, 102

Leitner, Arbeitslosengeldbezug bei Karenzierung, ZAS 1996, 187

Loebenstein, in Verfassung, Verwaltung, Gerichtsbarkeit, Österreichische Richterwoche 1977 (1977) 22

Lokiec, The Scope of Labour Law and the Notion of Employee: Aspects of French Labour Law (2004)

Löschnigg, Kommentar zu OGH 9 ObA 99/91, DRdA 1992/32

Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003)

Luf, Aspekte des Wandels im modernen Arbeitsverständnis, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 7

Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994)

Mannlicher/Quell, Das Verwaltungsverfahren I⁸ (1975)

Marhold, Kommentar zu VwGH 08/3099, 3263/80, DRdA 1982, 120

Marhold, Datenerhebung von „neuen Selbständigen“, ASoK 1998, 159

Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006)

Marhold (Hrsg), Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende, ASoK-Spezial 2009

Martinek/Schwarz, Arbeitsrecht und Arbeitsgesetzbuch (1962)

Martinek, Grundgedanken des 1. Teilentwurfs für ein österreichisches Arbeitsgesetzbuch, DRdA 1962, 180

Martinek, Die Kodifikation des Arbeitsrechts in Österreich, in *Floretta* (Hrsg), Österreichische Landesberichte zum IX. Internationalen Kongress für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in München (1978) 49

Martinek, Restauration des Kodifikationsgedankens – Reminiszenzen und Ausblick, in FS Schwarz (1991) 829

Maschinda, Welche Vortragenden sind ab 1.1.2001 lohnsteuerpflichtig? ÖStZ 2001/518

Maschmann, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen (2001)

Masilko/Husa, Sozialversicherungspflicht für Werkverträge (1997)

Mayer, Bundes-Verfassungsrecht³ (2002) Art 119a

Mayer/Pfeil, Aussetzung oder Karenzierung? DRdA 2009, 433

Mayer-Maly, Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, ZAS 1966, 2

Mayer-Maly, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, DRdA 1967, 281

Mayer-Maly, Entwurf eines Arbeitsverhältnissetzes, ZAS 1975, 110

Mayer-Maly, Die Entwicklung des österreichischen Arbeitsrechts, ZAS 1977, 3

Mayer-Maly, Einführung in die allgemeinen Lehren des österreichischen Privatrechts (1984)

Mayr, Kommentar zu OGH 8 ObA 139/02d, DRdA 2003, 360

Mayr in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 23 AngG

Mazal, Die Judikatur des OGH in Pensionsversicherungssachen 1987 – 1992, in *Tomandl* (Hrsg), Der OGH als Sozialversicherungshöchstgericht (1994) 46

Mazal, Beitragsfeststellung und Verschulden, ecolex 1994, 110

Mazal, Kommentar zu OGH 8 ObA 240/95, DRdA 1996/24

Mazal, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag? ecolex 1997, 277

Mazal, Kommentar zu OGH 9 ObA 54/97z, DRdA 1998/3

Mazal, Kommentar zu OGH 4 Ob 223/99v, ecolex 2000, 306

Mazal, Zur Entwicklung der Anknüpfungstatbestände arbeits- und sozialrechtlicher Regelung, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 48

Mazal, Hausbetreuung – Kritische Aspekte, ecolex 2007, 580

Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft (1923)

Mikosch, Arbeitnehmerbegriff und Schutzzweck des Arbeitsrechts, in FS Löwisch (2007) 189

Mitushima, Brauchen SOHO-Personen arbeitsrechtlichen Schutz? in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 61

Mosler/Glück, Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung – ausgewählte Probleme der Neuregelung, RdW 1998, 78

Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487

Mosler, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, in *Pichler* (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen (1999) 149

Mosler, Kommentar zu OGH 9 ObA 118/07d, DRdA 2009/40, 406

Muranaka, Outsourcing und Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Arbeitnehmern von Subunternehmern sowie der Telearbeit in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 165

Naderhirn, Die Neuformulierung des Dienstnehmerbegriffes des ASVG durch das ASRÄG 1997 (2000)

Naderhirn, Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis, RdW 2004, 422

Naderhirn, Kommentar zu VwGH 2004/08/0202, DRdA 2007/15

Neumann, Die unendliche Geschichte des Arbeitsvertragsrechts, DB 2008, 60

Neumayr, Wann steht ein Versicherter dem Arbeitsmarkt zur Verfügung? ZAS 2003, 196

Oberhammer, Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft? JBl 1997, 624

Oberhofer, Neue Regeln für freie Dienstnehmer, ZAS 2008, 115

Ogris, Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert, DRdA 1967, 286

Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen Recht (1967)

Pacic, Arbeitslosenversicherung für Selbständige, ZAS 2008, 156

Perner, Zur Qualifikation von Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NZ 2004, 101

Perulli, Wirtschaftlich abhängige Beschäftigungsverhältnisse/arbeitnehmerähnliche Selbständige: rechtliche, wirtschaftliche und soziale Aspekte (2002)

Peschek/Unterrieder, Gibt es noch freie Dienstnehmer? ecolex 2008, 988

Petrovic, Zur Einzelauflösung bei Gruppenarbeitsverträgen, ZAS 1985, 171

Pfeil, Die jüngsten Entwicklungen im Arbeitslosenversicherungsrecht im „Systemcheck“, ZAS 2005/27

Pfeil, Die Regelung der Zumutbarkeit einer Beschäftigung seit der Arbeitsmarktreform 2004, DRdA 2006, 98

Pfeil in Schwimann (Hrsg), ABGB V³ (2006) § 1151

Pfeil/Dirschmied, ALVG (Loseblatt, Stand 2009)

Pichler, Rechtliche Strategien zur Bewältigung der Wandlungen im Erwerbsleben (2000)

Pöltner, Die Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, DRdA 1998, 316

Pottschmidt, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa (2006)

Preis, Die Zeit ist reif für ein neues Arbeitsvertragsrecht, AuA 1996, 41

Preis, Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, 914

Preis, Der Arbeitsvertrag³ (2008)

Preis, Arbeitsvertragsgesetz – jetzt oder nie? DB 2008, 61

Preis, Die Definition des Arbeitnehmer und der arbeitnehmerähnlichen Person in einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, in FS Hromadka (2008) 275
Pülzl, Beitragsgrundlage und Wartetastenverlust, RdW 2002, 740
Radner in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht (Loseblatt, Stand 2008) Kap I
Rauch, Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff, ASoK 2007, 268
Rebhahn, Dienstnehmerbegriff und persönliche Abhängigkeit bei Vertretungsbefugnis, wbl 1998, 277
Rebhahn, Arbeitswilligkeit und Arbeitslosenversicherung, in FS Tomandl (1998) 623
Rebhahn, Zum Wirkungsbereich von Kollektivvereinbarungen des Arbeitslebens in den Rechtsordnungen der EU-Staaten, in FS Krejci (2000) 1637
Rebhahn in *Schwarze* (Hrsg), EGV (2000) Art 136
Rebhahn, Ziele und Probleme der Arbeitsrechtsvergleichung in Europa, ZEuP 2002, 436
Rebhahn in *Neumyar/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 1151 ABGB
Reinecke, Der „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ als Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerbegriff, in FS Dieterich (1999) 463
Reissner, Kommentar zu 9 ObA 260/92, ZAS 1994/12
Reissner in *Neumyar/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 19 AngG
Resch, Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft II, RdW 1997, 735
Resch, Änderungen des ASVG durch das ASRÄG 1997 – Ausgewählte Einzelfragen, in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Rechtsfragen des ASRÄG 1997: Aktuelle Probleme des Sozialrechts (1998) 41
Resch, Sozialversicherungspflicht für freie Dienstverträge, DRdA 2000, 15
Resch, Kommentar zu OGH 8 ObA 135/02i, ZAS 2004/14, 87
Resch, Dienstnehmerbegriff nach ASVG und seine Abgrenzung, in *Resch* (Hrsg), Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit (2006) 47
Resch, Kommentar zu OGH 10 ObS 62/05y, ZAS 2006, 191
Resch, Sozialrecht⁴ (2008)
Resch, Kommentar zu OGH 10 ObS 16/07m, ZAS 2008/11
Resch, Die Zusammenrechnung unterbrochener Arbeitsverträge – kein Problem der Kettenvertragsjudikatur, DRdA 2009, 387
Richardi, „Scheinselbständigkeit“ und arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff, DB 1990, 958
Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht (2009)

Risak, Kommentar zu OGH 9 ObA 176/95, ZAS 1997/1

Risak, Das Opting-in in der Sozialversicherung, *ecolex* 1998, 336

Risak, Verwirrungen um den Arbeitnehmerbegriff des ASchG, *ecolex* 1999, 43

Risak, Die Neuorganisation des Schutzes für abhängige Arbeit – kollektivvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und Fragen der betrieblichen Mitbestimmung, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 69

Röhrenbacher, Gedanken und Überlegungen zum neuen Invaliditätsbegriff, *SozSi* 2001, 856

Rönmar, The Personal Scope of Labour Law and the Notion of Employee in Sweden (2004)

Rost, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht, *NZA* 1999, 113

Rudda, Gedanken zur Erwerbsunfähigkeit gewerblich Selbständiger, *ZAS* 1994, 119

Rudda/Ficzko, GSVG-Praxiskommentar (Loseblatt, Stand 2009) § 2

Runggaldier, Aussetzungsverträge und Arbeitslosengeld, *DRdA* 1984, 255

Runggaldier, Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, in *FS Schnorr* (1988) 251

Runggaldier, Kommentar zu OGH 9 ObA 165/87, *DRdA* 1990/37

Runggaldier, Kommentar zu OGH 9 ObA 222/93, *DRdA* 1994/34

Runggaldier, Probleme der Einführung einer alle Erwerbseinkommen umfassenden Sozialversicherungspflicht, *ÖJZ* 1998, 497

Runggaldier, Kollektive Normsetzung für „ständige freie Mitarbeiter“ – kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Novelle des Journalistengesetzes, *RdW* 1999, 533

Ruppe, Beendigung von Arbeitsverträgen und Arbeitslosenversicherung, *ZAS* 1988, 115

Rürup, Die Zukunft der Erwerbsarbeit, in *Pichler* (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen (1999) 76.

Schäffl, Kommentar zu OGH 9 ObA 52/88, *ZAS* 1989/19

Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre (1986)

Schauer, Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft I, *RdW* 1997, 733

Schiek, Europäisches Arbeitsrecht³ (2007)

Schima, Kommentar zu OGH 9 ObA 165/87, *JBl* 1999, 667

Schinas, Rechtsfolgen des Verzugs des Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Erwerbsgesellschaft mit seiner Beitragsleistung, *JBl* 1981, 349

Schindler, Arbeitnehmerbegriff – Abgrenzung und Schutzzweck, in *Resch* (Hrsg), (Schein-) Selbständigkeit. Arbeits- und sozialrechtliche Fragen (2000) 13

Schlemmer, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 298

Schmied, Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit aus der Perspektive des Steuerrechts, in *Resch* (Hrsg), Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit (2006) 69

Schneller, Atypische Beschäftigung im Medienbereich – Gedanken zur neuen Rechtsprechung, DRdA 2006, 190

Schnorr, Kommentar zu OGH 14 Ob 117, 118 8/86, ZAS 1988, 124

Schnorr, Kommentar zu OGH 9 Ob 95/89, DRdA 1991, 129

Schrammel, Die Problematik der Verweisung in der PV und UV, ZAS 1984, 83

Schrammel, Vom „Werkvertragserkenntnis“ zur umfassenden Sozialversicherungspflicht, ASoK 1997, 333

Schrammel, Freier Dienstvertrag ohne Zukunft? ecolex 1997, 274

Schrammel, Der Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitsbegriff nach dem SVÄG 2000, ecolex 2000, 886

Schrammel, Entgelt von Dritten, ZAS 2003, 75

Schrammel, Arbeitsvertrag versus freier Dienstvertrag, in FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 25

Schrammel, Gewährleistung für schlechte Dienste, in FS Welser (2004) 985

Schrank, Ausgewählte Rechts- und Praxisfragen zur neuen GSVG-„Werkvertragsregelung“, ASoK 1997, 374

Schrank/Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge² (1998)

Schrank/Tomandl, Beginn der Versicherung und des Leistungsanspruchs bei „neuen“ Selbständigen, ZAS 2003, 100

Schrank, Einzelfragen des vertragsrechtlichen Schutzes für neue abhängige Beschäftigte, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 93

Schrenk, Der freie Dienstvertrag im Arbeitsrecht, taxlex 2005, 119

Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen (2004)

Schulte, „Flexicurity“ – Arbeitsflexibilität und soziale Sicherung, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 117

Schwarz, Probleme der Arbeitsrechtskodifikation, DRdA 1961, 145

Schwarz, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis unter dem Aspekt der Kodifikationsbestrebungen, DRdA 1962, 235

Sedlacek, Die Verknüpfung des SV-rechtlichen Dienstnehmer-Begriffes mit dem des (lohn)steuerrechtlichen Dienstverhältnisses, ASoK 1998, 114

Seidl, Die Bindungswirkung von finanzamtlichen Einkommensfeststellungen bei der Frage der Pflichtversicherung als „neuer Selbständiger“, in *Karl* (Hrsg), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2007 (2007), 63

Selb, Kommentar zu 4 Ob 52/80, ZAS 1983, 172

Shubshizky, Beitragsfreie Entgelte im ASVG, ZAS 2003, 52

Shubshizky, Die Regelung des Entgelts im ASVG, ASoK 2009, 278

Söllner, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn, in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 93

Sonnleitner, Kommentar zu OGH 8 ObA 20/04f, DRdA 2005/41, 541

Spitzl, Kommentar zu OGH 9 ObA 176/95, DRdA 1996/22

Sprung/König, Die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Stellung eines Zielorte-Reiseleiters, ZAS 1985, 163

Steinmeyer/Jürging, Überlegungen zu einer gesamtdeutschen Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, NZA 1992, 777

Steuxner/Ziehensack, Arbeits- und sozialrechtliche Probleme im Theaterbetrieb, in FS *Anwalt und Berater der Republik* (1995) 284

Stolzlechner, Der Gedanke der Selbstverwaltung in der Bundesverfassung, in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 361

Strasser, Gedanken zum Arbeitsvertragsrecht, DRdA 1962, 228

Strasser, Kommentar zu OGH 4 Ob 10/71, ZAS 1972, 65

Strasser, Kommentar zu OGH 4 Ob 104/80, DRdA 1982/9, 199

Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, 93

Strasser, Zur Werk- und Dienstvertragsregelung im Strukturanpassungsgesetz und im SRÄG 1996, *ecolex* 1996, 779

Stubenrauch, ABGB⁸ (1903)

Taki, Outsourcing and its Influence on Working Environment in Japan, in *Mazal/Muranaka* (Hrsg), Soziale Sicherheit für atypisch Beschäftigte (2005) 175

Talos, Atypische Beschäftigung : Verbreitung – Konsequenzen – sozialstaatliche Regelungen, Ein rechtsvergleichendes Resümee, in *Talos* (Hrsg), Atypische Beschäftigung: Internationale Trends und sozialstaatliche Regelungen (1999) 461

Taucher, Anbindung der Versicherungspflicht der „neuen Selbständigen“ an den Ausweis der Einkünfte im Einkommenssteuerbescheid, ASoK 2007, 384

Taucher, Anbindung der Beitragspflicht der „neuen Selbständigen“ an den Ausweis der Einkünfte im Einkommenssteuerbescheid, ASoK 2007, 412

Teschner/Widlar, GSVG (Loseblatt, Stand 2009)
Teschner/Widlar/Pöltner, ASVG (Loseblatt, Stand 2009) § 4
Tezner, Das österreichische Administrativverfahren² (1925)
Thomanetz, Mehrfachversicherung für freie Dienstnehmer in der Krankenversicherung?
 ASoK 1998, 69
Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht (2008)
Tiraboschi/del Conte, Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian
 Labour (2004)
Tomandl, Die Metamorphose des Dienstnehmerbegriffs, in *GedS Geschnitzer* (1969) 431
Tomandl, Kommentar zu OGH 4 Ob 39/70, ZAS 1970, 224
Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspoliti-
 scher Sicht (1971)
Tomandl, Kommentar zu OGH 4 Ob 104/80, ZAS 1982/1
Tomandl, Rechtsstaatsgroteske um Werkverträge, *ecolex* 1996, 284
Tomandl, „Werkverträge“ und Sozialversicherung. Die Sozialversicherung freier Dienstneh-
 mer und dienstnehmerähnlicher Beschäftigter (1996)
Tomandl/Aigner, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher
 Beschäftigter, ZAS 1997, 1
Tomandl, Rechtsprobleme einer umfassenden Sozialversicherung, ZAS 1998, 9
Tomandl, Sozialversicherung 2000 – freie Dienstnehmer und „Neue Selbständige“ (1999)
Tomandl, Reicht der Zuschnitt unseres Arbeitsrechts zur Bewältigung der Zukunftsaufgaben?
 in *Pichler* (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit. Die rechtspolitischen Herausforderungen (1999) 304
Tomandl, Die Verweisung im Recht der Pensionsversicherung, in *Tomandl* (Hrsg), Die Ver-
 weisung im Sozialrecht (2002) 1
Tomandl, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006/38
Tomandl, Was ist selbständige Personenbetreuung? ZAS 2007, 196
Tomandl, Ein Tabubruch, ZAS 2008, 1
Tomandl, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff? ZAS 2008/16
Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht⁶ (2008)
Tomandl in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Lose-
 blatt, Stand 2008)
Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁶ (2009)
Trattner, Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch den „Scheinselbständigenparagra-
 fen“, ASoK 2009, 58

Trost in Löschnigg (Hrsg), AngG⁸ (2007) § 19

Uebe, Ziele und Perspektiven des Grünbuchs Arbeitsrecht aus der Sicht der Europäischen Kommission, EuZA 2008, 167

Urbanek, Die Erwerbsunfähigkeit bei gewerblich Selbständigen, ZAS 1994, 119

Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980)

Wachter, Kommentar zu OGH 4 Ob 45/81, ZAS 1983/3

Wachter, Der so genannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 406

Wachter, Kommentar zu OGH 4 Ob 93/83, DRdA 1984/18, 442

Wachter, Kommentar zu OGH 4 Ob 8,9/81, DRdA 1985/20, 395

Wachter, Der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des ASGG – Zur Anwendbarkeit des ASGG auf arbeitnehmerähnliche Verhältnisse, in FS Schwarz (1991) 701

Wachter, Kommentar zu OGH 9 Ob 902/91, DRdA 1992/9

Wahle, Ist der Tankstelleninhaber eine arbeitnehmerähnliche Person? in FS Schmitz I (1967) 329

Walter, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, 29

Walter/Mayer, Verwaltungsverfahren⁸ (2003)

Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I² (1998)

Wank, Arbeitnehmer und Selbständige (1988)

Wank, Zeit für ein Arbeitsvertragsgesetz, in GedS Jackowiak (1999) 177

Wank in Wiedermann, TVG⁶ (1999) § 12a

Weber, Der Optionsvertrag, JuS 1990, 249

Weisgram, Kommentar zu OGH 4 Ob 80/62, DRdA 1964, 124

Weißenberg, Die österreichische Arbeitsrechtskodifikation, DRdA 1979, 1

Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970)

Willemssen/Müntefering, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, NZA 2008, 193

Windisch-Grätz, Kommentar zu VwGH 92/08/0264, ZAS 1995, 204

Winkler, Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Arbeitnehmereigenschaft? JAP 2009/2010 H 1, 33

Wolfsgruber, Die Diskussion zur Scheinselbständigkeit im deutschen Arbeits- und Sozialrecht, in Resch (Hrsg), (Schein-) Selbständigkeit. Arbeits- und sozialrechtliche Fragen (2000) 67

Worzalla, Arbeitsrechtsverhältnisse und sonstige Rechtsverhältnisse in der Rechtsprechung des BAG, in FS 50 Jahre BAG (2004) 311

Wroblewski, Sachstand „Arbeitsvertragsgesetz“ . Verwirklichungschancen einer Kodifikation, rechtspolitische Gemengenlage und Positionen, NZA 2008, 622

Zusammenfassung (Abstract)

Die vorliegende Arbeit behandelt arbeits-, sozialversicherungs- und arbeitslosenversicherungsrechtliche Aspekte künstlerischer Tätigkeiten. Im Rahmen der Aufarbeitung dieses Themas zeigte sich, dass in allen drei Bereichen viele Fragen offen und zahlreiche Probleme ungelöst sind. So ist die Zuordnung der Verträge von Künstlern zu einem bestimmten Vertragstyp häufig strittig; die Unsicherheit über die - mit der Einreihung unter einen bestimmten Typus verbundenen - Rechtsfolgen erhöht sich zudem, wenn nicht bloß ein einzelner Künstler, sondern eine Gruppe von Künstlern zur Leistung verpflichtet ist.

Im Zentrum des arbeitsrechtlichen Teils steht die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag, freiem Dienstvertrag und Werkvertrag. Nach einem historischen Abriss werden die einzelnen von der Judikatur und Literatur herangezogenen Definitionsmerkmale und Abgrenzungskriterien wiedergegeben, bewertet und mit der eigenen Ansicht abgeglichen. Auch eigene Lösungsvorschläge werden unterbreitet; allerdings wird nicht der Anspruch erhoben, sämtliche Streitfragen in Zusammenhang mit der Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen im Rahmen dieser Arbeit abschließend gelöst zu haben.

Das historische Kapitel des sozialversicherungsrechtlichen Teils zeichnet die insbes in der zweiten Hälfte der 90er Jahre des 20. Jahrhundert andauernden Bestrebungen des Gesetzgebers, möglichst viele selbständig Erwerbstätige in die gesetzliche Sozialversicherung einzubeziehen, inklusive der letztlich gescheiterten Versuche (Aufhebung der „Werkvertragsregelung“ durch den VfGH), nach. Danach wird in diesem Teil ein Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten, nach welchen selbständig oder unselbständig erwerbstätige Künstler in die gesetzliche Sozialversicherung (nach dem ASVG oder GSVG) einzubeziehen sind bzw einbezogen werden können, sowie die (auch) für Künstler relevanten Probleme, die die einzelnen eine Sozialversicherungspflicht begründenden Bestimmungen aufwerfen (zB mehrfache oder geringfügige Beschäftigung, Berufsschutzproblematik etc), gegeben. Dies inkludiert auch eine Gegenüberstellung zwischen dem arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmer- und dem für die Sozialversicherung relevanten Dienstnehmerbegriff. Abgeschlossen wird dieser Teil durch eine Analyse der Bestimmungen des speziell und ausschließlich für Künstler geltenden K-SVFG und der durch dieses Gesetz hervorgerufenen Fragen.

Im Fokus des arbeitslosenversicherungsrechtlichen Teils steht zum einen die erst kürzlich vorgenommene Erweiterung des Anwendungsbereiches des ALVG auf Selbständig durch Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen freien Dienstverträge in den Geltungsbereich des Gesetzes sowie durch Schaffung einer Optionsmöglichkeit in die Arbeitslosenversicherung für andere selbständig Erwerbstätige. Behandelt werden dabei sowohl die Vorgeschichte und die Motive für diese Entscheidung des Gesetzgebers als auch die dadurch gerade bei Ausübung künstlerischer Tätigkeiten verursachten Probleme. Der Rest dieses Teils widmet sich – ähnlich wie der sozialversicherungsrechtliche Teil – allgemeinen Fragen des Arbeitslosenversicherungsrechts, die auch bzw insbes bei künstlerischen Tätigkeiten eine Rolle spielen.

Da die Darstellung sowohl die Erkenntnis zutage förderte, dass es sich bei der untersuchten Themenstellung einerseits um ein gesellschaftsrechtlich relevantes Phänomen handelt, als auch, dass sich die behandelten Fragestellungen nicht auf künstlerische Tätigkeiten beschränken, werden im rechtspolitischen Teil – nach Analyse etwaiger dafür aus dem Gemeinschaftsrecht erfließender Vorgaben und nach Durchführung eines Rechtsvergleiches - Überlegungen über Sinn und Nutzen einer Reform des Arbeitnehmerbegriffs angestellt. Schließlich werden Lösungsvorschläge für weitere, im Zuge dieser Arbeit aufgezeigte Probleme unterbreitet.

Summary

The present work deals with aspects of employment, social security and unemployment insurance law of artistic activities. As part of the workup of this theme is showed that in all three areas, many questions are unanswered and many problems remain unsolved. Thus, the assignment of contracts for artists to a certain type of contract is often controversial. This uncertainty increases if not only a single artist, but a group of artists is obliged to perform.

In the center of the labor part is the distinction between service contract, free service contract and factory contract. After a historical overview, the criteria that are used by judicature and literature are reproduced, evaluated und cross-checked with the own opinion. Although own proposals are submitted, it is not the claim to have conclusively revolved all contentious questions in connection with the delimitation of the various types of contracts in the context of this work.

The historical chapter of the social security part traces the especially in the second half of the 90s of the 20th Century lasting efforts of the legislature in incorporate as many self-employed workers in the statutory social security schemes as possible, including the ultimately unsuccessful attempts (repeal of the “factory-contract-rule” by the Constitutional Court). This part is followed by an overview of the various ways in which employees or self-employed artists are or can be involved in the statutory social insurance and also of the – for artists relevant – problems that are caused by the single statutory provisions (for example multiple or marginal employment or job protection iusses). This also includes a comparison between the definition of employee relevant to labour law on the one hand and relevant to the social security concept on the other hand. This part is concluded by an analysis of the specially and exclusively for artists established provisions and the problems that are evoked by this law.

One focus of the part about unemployment insurance is about the recently extending of the scope of the relevant statutory on self-employed: The legislature has also taken parasubordinate free service contracts in the law and has created an option for other free service contracts and factory contracts. While both the prehistory and the motives for this decision deals. Also being treated are the problems that arise in the exercise of artistic activities. The remainder of this section is – similar to the part about social security – general issues of unemployment

insurance law that play a role in particular or even also by implementation of artistic activities.

The presentation has shown that it is investigated by a phenomenon in which subjects are socially relevant. But it has also become clear that there is no dealt with the problems confined to artists. Therefore, general considerations about the meaning and benefits of a reform of the employee-definition take place. This also includes an analysis of Community law and comparative law aspects. Finally, solutions to other problems that were identified in the course of this work are submitted.

Lebenslauf des Verfassers

- Geboren 1967 in Krems an der Donau
- Besuch der Volksschule in Krems-Rehberg und der Hauptschule in Krems an der Donau
- Matura 1985 am Bundesoberstufenrealgymnasium in Krems an der Donau
- Präsenzdienst im Fliegerhorst Langenlebarn
- Dienstverhältnis zum Landesfeuerwehrverband Niederösterreich 1986
- Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien von 1987 bis 1992
- Sponsion zum Mag. iur. 1992
- Seit 1993 Mitarbeiter des (heutigen) Arbeitsmarktservice Niederösterreich
- Leiter der Personalabteilung des Arbeitsmarktservice Niederösterreich von 1994 bis 2008
- Ausbildung zum Assessor nach dem EFQM-Modell 1998
- Seit 2007 Mitglied des Redaktionsteams der „PV-Info“
- Verheiratet seit 2006, 3 Stiefkinder, eine Schwester (Bruder 2005 verstorben)

Publikationen:

Lyrik:

Traum von Liebe (2006)

Monographien:

Kommentar ALVG (2008)

Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis (2009)

Aufsätze (Stand: Dezember 2009)

- Charakteristika des Arbeitsvertrages (ASoK 2005, 321)
- Anreize zur Beschäftigung älterer Arbeitnehmer (ASoK 2005, 350)
- Gleitzeit: Strategien zur Vermeidung zuschlagspflichtiger Zeitguthaben (ecolex 2005, 853)
- Krankenversicherung von Lehrern während der Ferien? (SozSi 2005, 508)
- Urlaubsrechtliche Fragen der Teilzeitbeschäftigung (ZAS 2005, 250)
- Probleme der Beschäftigung nach Bedarf (RdW 2005, 759)

- Jobwechsel – Alternativen zur finanziellen Abgeltung (ecolex 2006, 44)
- Verständigung per E-Mail im Arbeitsverhältnis (ASoK 2006, 48; gekürzte Version auch in PV-Info, 7/2006, 7)
- Urlaubsverbrauch bei Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist (RdW 2006, 167)
- Arbeitslosigkeit und Geschäftsführertätigkeit (ASoK 2006, 108)
- Muster Arbeitszeitvereinbarung (ZAS 2006, 95)
- Der Invaliditätsbegriff und die Judikatur des OGH zu § 255 Abs. 4 ASVG in den Jahren 2002 bis 2005 (gemeinsam mit Dr. Rudda, SozSi 2006, 144)
- Sozialversicherungspflicht von Ferialpraktikanten (ASoK 2006, 142)
- Gleitguthaben am Ende einer Gleitzeitperiode (RdW 2006, 293)
- Aktuelle Entscheidungen zur Altersteilzeit (ASoK 2006, 221)
- Probleme der Karenzierung von Dienstverhältnissen (RdW 2006, 346)
- Rückwirkende Zuerkennung des Arbeitslosengeldes? (ASoK 2006, 264)
- Rechtsgeschäftliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Beendigungserklärung? (RdW 2006, 448)
- Reichweite der Haftung von Geschäftsführern für Beitragsschulden der Gesellschaft (ASoK 2006, 306)
- Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretung bei Versetzung von Beamten (ASoK 2006, 343)
- Kündigungsschutz bei Ausgliederungen (ZAS 2006, 213)
- Zusammentreffen mehrerer Dienstverhinderungsgründe (ASoK 2006, 373; gekürzte Version auch in PV-Info 12/2006, 18)
- Schnupperzeit oder Dienstverhältnis? (RdW 2006, 580)
- Beschränkungen zur Ausübung eines Berufs- und Amateursports nur in engen Grenzen zulässig (ASoK 2006, 405)
- Entgeltfortzahlung bei Gleitzeit (RdW 2006, 706)
- Entgeltanspruch der Streikbrecher (ÖJZ 2006, 871)
- Bindung von Sanktionen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz an den Betreuungsplan? (ASoK 2006, 466)
- Erbringung zeitlicher Mehrleistungen: Worauf ist zu achten? (RdW 2006, 772)
- Reichweite der Arbeitgebersphäre (JAP 2006/2007, 97)
- Reisezeiten als Arbeitszeiten (ASoK 2007, 25; gekürzte Version auch in der Beilage zur Wr. Zeitung)

- Das Pensionsrecht der Beamten im Überblick (SozSi 2007, 11)
- Anrechnung bei Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsausfall aus Umständen in der Arbeitgebersphäre (wbl 2007, 14)
- Entgeltfortzahlung: Probleme der neutralen Sphäre (DRdA 2007, 19)
- Berechnung der Pensionshöhe (ASoK 2007, 63)
- Arbeitslosengeld und vorübergehende Erwerbstätigkeit (PV-Info 2/2007, 30)
- Urlaubersatzleistung und Ruhen des Arbeitslosengeldes (PV-Info 2/2007, 33)
- Schutz vor Verwendungsänderungen nach dem VBG (RdW 2007, 98)
- Abgeltung von Urlaubs- und Zeitguthaben bei Beendigung des Dienstverhältnisses (ASoK 2007, 97)
- Tagesgelder und Pensionsanspruch (RdW 2007, 170)
- Auswirkungen von Kündigungsentschädigung und Urlaubersatzleistung auf das Arbeitslosengeld (PV-Info, 3/2007, 30)
- Arbeitslosenversicherung: Definition selbständigen Einkommens (PV-Info 3/2007, 41)
- Muster Volontariat (ZAS 2007, 95)
- Die Anrechnung von Vordienstzeiten im Arbeitsverhältnis (ASoK 2007, 131)
- Ruhen des Arbeitslosengeldes bei Auslandsaufenthalt (PV-Info 4/2007, 16)
- Problematik der Arbeitsfähigkeit im Arbeitslosenversicherungsrecht (ASoK 2007, 176)
- Rechtliche Wirkung einer rückdatierten Krankenstandsbescheinigung (PV-Info 5/2007, 26)
- Altersteilzeitgeld: 15 AIV-Jahre binnen 25 Jahren – Fristerstreckung bei Kinderbetreuung (PV-Info 5/2007, 39)
- Rauchen am Arbeitsplatz (RdW 2007, 299)
- Betretung bei „Schwarzarbeit“ (ASoK 2007, 222;)
- Zu den Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Betriebsinhabers im Vorfeld einer BetrR-Wahl (DRdA 2007, 202)
- Vereinbarung einer Abgangsentschädigung (PV-Info 6/2007, 29)
- Qualifizierungsförderung für Beschäftigte (PV-Info 7/2007, 10)
- Umstellung des Urlaubsjahres (ASoK 2007, 260)
- Probleme des Diskriminierungsschutzes behinderter Arbeitnehmer (RdW 2007, 416)
- Mutterschaft: Beendigung des Dienstverhältnisses durch Zeitablauf? (ASoK 2007, 296)
- Voraussetzungen für eine Beschäftigungsbewilligung (PV-Info 8/2007, 23)
- Fragen und Antworten zur QfB (PV-Info 8/2007, 25)

- Aktuelle Entscheidungen zur Altersteilzeit (PV-Info 8/2007, 32)
- Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für Rechtsanwaltsanwärter (RdW 2007, 479)
- Vereinbarung einer Beendigungsvergütung (ASoK 2007, 341)
- Reisezeiten – arbeitsrechtliche Aspekte (PV-Info 9/2007, 11)
- Förderung der Lehrausbildung durch das AMS (PV-Info 9/2007, 32)
- Tantiemen als Erwerbseinkommen (PV-Info 9/2007, 33)
- Arbeitswilligkeit in der Arbeitslosenversicherung (ZAS 2007, 207)
- Gutgläubiger Verbrauch im Arbeitsrecht (ASoK 2007, 378)
- Rechtsfragen der Sonderzahlungen (DRdA 2007, 369)
- Alterskündigung nach VBG ist keine verbotene Altersdiskriminierung (JAP 2007/2008, 42)
- Beschäftigung als Schlüsselkraft (PV-Info 10/2007, 32)
- Beitragsfreie Arbeitslosenversicherungszeiten (SozSi 2007, 493)
- Schriftlichkeitsgebot und elektronischer Schriftverkehr (RdW 2007, 614)
- Melde- und Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit Erkrankungen (ASoK 2007, 427)
- Erkundungspflicht des Arbeitgebers vor der Beschäftigung von Ausländern (PV-Info 11/2007, 31)
- VwGH-Entscheidungen zu Fragen der Beitragsvorschreibung (PV-Info 11/2007, 33)
- Rückwirkende Anhebung des individuellen Existenzminimums? (PV-Info 11/2007, 34)
- Maluszahlung bei einvernehmlicher Auflösung aus gesundheitlichen Gründen (SozSi 2007, 560)
- Muster Reisekostenvergütung (ZAS 2007, 286)
- Diskriminierung aufgrund von Religion der Weltanschauung (RdW 2007, 676)
- Arbeitslosigkeit bei Auslandsbezug (ASoK 2007, 471)
- Fragen der Altersteilzeit (DRdA 2007, 507)
- Rückforderung einer AMS-Beihilfe (PV-Info 12/2007, 23)
- Anrechnung von Einkommen auf die Notstandshilfe (PV-Info 12/2007, 25)
- Beendigung des Dienstverhältnisses von Behinderten wegen Krankheit (ASoK 2008, 23)
- Arbeitslosenversicherungsgesetz-Novelle 2008 (ASoK 2008, 58)
- Erleichterung der Beschäftigung von Fachkräften aus den „neuen“ EU-Mitgliedstaaten (PV-Info 2/2008, 13)
- Änderungen im Ausländerbeschäftigungsgesetz (PV-Info 2/2008, 14)

- Flexibilitätsberatung für Betriebe (PV-Info 2/2008, 26)
- Verweigerung der Teilnahme an Schulungsmaßnahmen im Arbeitslosenversicherungsrecht (PV-Info 2/2008, 29)
- Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit im Arbeitslosenversicherungsrecht (SozSi 2008, 102)
- Steuerbegünstigte Prämien für Verbesserungsvorschläge im Betrieb (ÖStZ 2008, 69)
- Dienstreisevergütung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht (ASoK 2008, 103)
- Befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft (PV-Info 3/2008, 10)
- Beihilfen für behinderte Arbeitnehmer (PV-Info 3/2008, 24)
- Sperre des Arbeitslosengeldes bei Verweigerung eines Vorstellungsgesprächs (PV-Info 3/2008, 30)
- Die wiederholte Befristung von Dienstverhältnisses (wbl 2008, 105)
- Änderungen bei Kinderbetreuungsgeld und Bildungskarenz seit 1.1.2008 (ZAS 2008, 94)
- Die Zumutbarkeit im Lichte der „neuen“ Diskriminierungsverbote (RdW 2008, 212)
- Verpflichtung zur innerbetrieblichen Ausschreibung von Arbeitsplätzen? (DRdA 2008, 181)
- Datenschutz im Arbeitsrecht (ASoK 2008, 147)
- Arbeitsgesellschafter im Ausländerbeschäftigungsgesetz (PV-Info 4/2008, 24)
- Notstandshilfe: Wann liegt eine Lebensgemeinschaft vor? (PV-Info 4/2008, 26)
- Zuschuss zu den Pensionsversicherungsbeiträgen von Künstlern (SozSi 2008, 226)
- Memo: Rückersatz von Ausbildungskosten (RdW 2008, 283)
- Leistung von Mehrarbeit, insbesondere bei Gleitzeit (taxlex 2008, 166)
- Geblockte Altersteilzeit: Erkrankung in der Vollarbeitsphase (PV-Info 5/2008, 26)
- Verfallsklausel und Lohnabrechnung (PV-Info 5/2008, 28)
- Abgeltung von Zeitguthaben (RdW 2008, 343)
- Neuerungen im Ausländerbeschäftigungsrecht (ASoK 2008, 218)
- Verpflichtung des Arbeitgebers zur Ausstellung vom AMS-Arbeitsbescheinigungen (PV-Info 6/2008, 12)
- Konkurrierende Kündigungserklärungen (PV-Info 6/2008, 28)
- Keine Schadenersatzpflicht bei Verschweigen der Behinderteneigenschaft (PV-Info 6/2008, 29)
- Einbeziehung von Zeitguthaben in die Urlaubersatzleistung (ASoK 2008, 271)

- Grenzgänger im Arbeitslosenversicherungsrecht (PV-Info 7/2008, 30)
- Zumutbarkeit von Wegzeiten im Arbeitslosenversicherungsrecht (PV-Info 7/2008, 32)
- Muster Telearbeit (ZAS 2008, 191)
- Reichweite einer Beschäftigungsbewilligung (RdW 2008, 466)
- Angehörigenvertretung im Arbeitslosenversicherungsrecht (ASoK 2008, 314)
- Erweiterung der Bundeshöchstzahlüberziehungsverordnung (PV-Info 8/2008, 13)
- Steuervorteile für AMS-Förderungen (PV-Info 8/2008, 27)
- Verständigung des Betriebsrates vor Kündigung (PV-Info 8/2008, 29)
- Kein Anspruch auf Verzugszinsen im Arbeitslosenversicherungsrecht (PV-Info 8/2008, 33)
- Kontrollmeldeversäumnis im Arbeitslosenversicherungsrecht (PV-Info 8/2008, 34)
- Beschäftigungsbewilligung für Asylwerber (PV-Info 9/2008, 25)
- Negative Auskünfte im Arbeitsrecht (RdW 2008, 596)
- Einige offene Frage des Urlaubsrechts (ASoK 2008, 386)
- Betriebsleiter ist nicht zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung befugt (JAP 2008/2009, 44)
- Konsequenzen einer zu langen Probezeit (PV-Info 10/2008, 36)
- Befristung eines Dienstverhältnisses (PV-Info 10/2008, 37)
- Freizeit bei Zeitablauf (PV-Info 10/2008, 39)
- Verkettung befristeter Dienstverträge (PV-Info 10/2008, 41)
- Kostenersatz für Vorstellungsgespräche (RdW 2008, 659)
- Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht (taxlex 2008, 434)
- Probleme des Dienstzeugnisses (ASoK 2008, 413)
- Auskünfte über ehemalige Arbeitnehmer (PV-Info 11/2008, 34)
- Weihnachten und Fenstertage (PV-Info 12/2008, 13)
- Fragerecht im Bewerbungsgespräch (PV-Info 12/2008, 38)
- Nachsicht vom Ausschluss des Arbeitslosengeldes (RdW 2008, 792)
- Urlaub bei Karenzierung und Dienstfreistellung (ecolex 2008, 1143)
- Steuerfreie Überstundenzuschläge ab 1.1.2009 (SWK 2/2009, 40)
- Dienstnehmereigenschaft bei Lehrtätigkeit (ASoK 2009, 27)
- Kurzarbeitsbeihilfe des AMS (PV-Info 1/2009, 23)
- Nachweispflicht für Vordienstzeiten (PV-Info 1/2009, 29)

- Auswirkungen der Anrechnung des Partnereinkommens auf die Notstandshilfe im Pensionsrecht (SozSi 2009, 24)
- Beitragsentrichtung durch den Dienstnehmer wegen fehlender inländischer Betriebsstätten (SozSi 2009, 27)
- Subüberlassung von Arbeitskräften (taxlex 2009, 30)
- Sozialwidrigkeit einer Kündigung (ZAS 2009, 33)
- Zur Zulässigkeit der Arbeitnehmerbeurteilung (ASoK 2009, 62)
- Erweiterung der Fachkräfte-Überziehungsverordnung (PV-Info 2/2009, 9)
- Abgeltung von Zeitguthaben bei Altersteilzeit (PV-Info 2/2009, 19)
- Kündigungsschutz begünstigter Behinderter (PV-Info 2/2009, 27)
- Grundlagen für eine Reform des Arbeitnehmerbegriffs (DRdA 2009, 17)
- Weiterbeschäftigung eines Ausländers nach Nichtigerklärung der Ehe (RdW 2009, 90)
- Ausstellung eines Lohnzettels (ASoK 2009, 107)
- Voraussetzungen der Verständigung des Betriebsrates bei Kündigungsabsicht (PV-Info 3/2009, 29)
- EuGH verurteilt Österreich wegen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (PV-Info 3/2009, 30)
- Pensionsvorschuss bei Übersiedlung ins Ausland (PV-Info 3/2009, 33)
- Muster Kostenersatzantrag für Bildschirmarbeitsbrille (ZAS 2009, 95)
- Geschlechtsbezogene Belästigung am Arbeitsplatz (taxlex 2009, 118)
- Die Versäumung der rechtzeitigen Geltendmachung des Arbeitslosengeldes (ASoK 2009, 142)
- Kurzarbeit neu in Frage und Antwort (PV-Info 4/2009, 24)
- Personalkostenabbau – Alternativen zur Kündigung (PV-Info 4/2009, 38)
- Bildungskarenz plus (PV-Info 4/2009, 41)
- Anspruch auf Insolvenz-Entgelt von Alleingesellschaftern nach Betriebsübergang (GesRZ 2009, 89)
- Höhe des Entgelts bei integrativer Berufsausbildung (RdW 2009, 286)
- Mehrarbeitszuschläge als Gleichbehandlungsproblem (taxlex 2009, 173)
- Förderungen und Beratungen des AMS für Betriebe (ASoK 2009, 158)
- Eintritt der Arbeitslosigkeit bei GmbH-Geschäftsführern (PV-Info 5/2009, 24)
- Freizügigkeitsbestätigungen für „neue“ EU-Bürger (PV-Info 5/2009, 33)
- Muster Altersteilzeitvereinbarung (ZAS 2009, 199)

- Theorie und Praxis der Aussetzungsverträge (ASoK 2009, 198)
- (Keine) Verständigung des AMS von illegaler Ausländerbeschäftigung (DRdA 2009, 279)
- Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen (migralex 2009, 62)
- Sozialpläne und Arbeitsstiftungen (PV-Info 6/2009, 29)
- Sozialwidrigkeit einer Kündigung (PV-Info 6/2009, 33)
- Vertrauensgrundsatz gilt im Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht (PV-Info 6/2009, 34)
- Neuregelung der Kurzarbeit (ASoK 2009, 259)
- Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers bei Konkursverschleppung (ZIK 2009, 85)
- Arbeitsmarktpaket II 2009 (PV-Info 7/2009, 11)
- Kombilohn neu (PV-Info 7/2009, 12)
- Verantwortlichkeit bei unerlaubter Ausländerbeschäftigung (PV-Info 7/2009, 37)
- Rechtsfolgen fehlerhafter Auskünfte des AMS (PV-Info 7/2009, 39)
- Checkliste Außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen (ZAS 2009, 247)
- Kumulation von Krankheit mit anderen Abwesenheiten (ecolex 2009, 610)
- Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld bei Auslandsbezug (ASoK 2009, 300)
- Nationalrat beschließt Arbeitsmarktpaket II 2009 (PV-Info 8/2009, 12)
- Neuregelung der Kombilohnbeihilfe (PV-Info 8/2009, 16)
- Aufgabe des Lehrberufs durch den Lehrling (PV-Info 8/2009, 32)
- Arbeitslosengeld bei Vorliegen ausländischer Versicherungszeiten (PV-Info 8/2009, 42)
- Lösung in der Probezeit: Arbeitslosenversicherungsrechtliche Konsequenzen (RdW 2009, 538)
- Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen mit Auslandsbezug (ASoK 2009, 335)
- Einschränkung der Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen (ZAS 2009, 252)
- Eckpunkte der Altersteilzeit (PV-Info 9/2009, 19)
- Kein Zuschlag für Sonderzahlungen bei vorzeitig beendeter Altersteilzeit (PV-Info 9/2009, 28)
- Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung (ASoK 2009, 369)
- Förderung für Ein-Personen-Unternehmen (PV-Info 10/2009, 11)
- Befristung zu Vertretungszwecken (PV-Info 10/2009, 17)
- Behinderteneinstellungsgesetz gilt auch für türkische Arbeitnehmer (PV-Info 10/2009, 35)
- Frühwarnsystem: Meldepflicht an das AMS (PV-Info 11/2009, 22)
- Aktuelle Entscheidungen zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (PV-Info 11/2009, 33)

- Diskriminierung und sexuelle Belästigung (PV-Info 11/2009, 39)
- Arbeitsrechtliche Konsequenzen der Überlassung von Büroschlüsseln (RdW 2009, 726)
- Kündigung von Dienstwohnungen (DRdA 2009, 551)
- Arbeitsgesellschafter aus den neuen EU-Mitgliedstaaten /PV-Info 12/2009, 9)

