

2. Abgrenzung Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag

2.1. Der echte Dienstvertrag

Der echte Dienstnehmer zeichnet sich in erster Linie durch das Vorliegen zweier **Hauptkriterien** aus: der Tatsache, dass ein Dauerschuldverhältnis gegeben ist, sowie der Tatsache, dass der echte Dienstnehmer seine Aktivitäten im Rahmen persönlicher Abhängigkeit erbringt.

Aus den gesetzlichen Grundlagen (vgl. § 1151 Abs. 1 erster Halbsatz ABGB; § 4 Abs. 2 ASVG; § 47 Abs. 2 EStG) ergibt sich, dass der echte Dienstvertrag ein **Dauerschuldverhältnis** ist. Der Dienstnehmer schuldet kein abgrenzbares Werk, sondern ein Wirken. Geschuldet wird daher kein Erfolg, sondern lediglich das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft des Dienstnehmers. Die Verpflichtung, dem Dienstgeber die Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, besteht entweder für bestimmte oder aber für unbestimmte Zeit. Dies bedeutet im Weiteren, dass der echte Dienstvertrag als Dauerschuldverhältnis nicht durch die Herstellung eines bestimmten Erfolgs oder durch das Erreichen eines bestimmten Ziels, sondern durch eine spezielle arbeitsrechtliche Aktion endet. In Betracht kommen hierbei z. B. die Kündigung des Dienstverhältnisses, eine einvernehmliche Auflösung, Zeitablauf, die Entlassung des Dienstnehmers, der vorzeitige Austritt des Dienstnehmers.

Die **persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers** manifestiert sich in erster Linie in der Weisungsbindung gegenüber dem Arbeitgeber. Bei Weisungen ist grundsätzlich zwischen den persönlichen Weisungen einerseits und den fachlichen Weisungen andererseits zu differenzieren. Bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit treten die fachlichen Weisungen jedoch in den Hintergrund. Diese werden in der Regel auch bei Abschluss eines Werkvertrags erteilt. Kennzeichnend für einen echten Dienstvertrag sind hingegen Weisungen betreffend das persönliche Verhalten des Dienstnehmers bei Verrichtung der Arbeit. Diese Weisungen betreffen den Arbeitsort, die Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten, die Einhaltung gewisser Organisationsrichtlinien oder aber beispielsweise auch die Einhaltung gewisser Vorschriften bei Durchführung der Tätigkeit. Bloße sachbezogene Weisungen treten jedoch auch bei einem Werkvertrag auf und sind daher für die Beurteilung des Vorliegens eines echten Dienstvertrags unbeachtlich. Weiters wird die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers durch eine entsprechende Kontrollunterworfenheit sowie eine Bindung an feste Arbeitsorte bzw. feste Arbeitszeiten und darüber hinaus durch eine Integration in die betriebliche Struktur des Arbeitgebers indiziert.

Der VwGH hat mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass von dem Vorliegen persönlicher Abhängigkeit insbesondere dann auszugehen ist, wenn nach dem **Gesamtbild der Tätigkeit** die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten weitgehend ausgeschaltet ist.² Der Würdigung des Gesamtbildes kommt daher die entscheidende Bedeutung zu. Dies ist auch die gängige Auffassung der Abgabenbehörden.³

Ein weiteres Indiz für das Vorliegen eines echten Dienstvertrags ist die **wirtschaftliche Abhängigkeit** des Dienstnehmers. Diese ist regelmäßig eine Folge der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers. Während die ältere Lehre und Judikatur unter wirtschaftlicher Abhängigkeit noch die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Entgelt („Lohnabhängigkeit“) verstand, wird der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit von der jüngeren Judikatur mittlerweile einheitlich dahingehend ausgelegt, dass der (wirtschaftlich abhängige) Dienstnehmer **mit den Betriebsmitteln des Arbeitgebers** arbeitet.⁴ Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers wird daher immer dann vorliegen, wenn diesem die Verfügungsmacht über die nach dem konkreten Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel fehlt.⁵

² Vgl. VwGH 2. 7. 1991, 89/08/0310; 21. 2. 2001, 96/08/0028.

³ Vgl. E-MVB 004-02-00-001.

⁴ Vgl. VwGH 16. 9. 1997, 93/08/0171.

⁵ Vgl. VwGH 17. 9. 1991, 90/08/0152.

Abgrenzung Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag

Das echte Dienstverhältnis ist darüber hinaus sowohl nach der Definition des ABGB als auch nach der Definition des ASVG und EStG dadurch gekennzeichnet, dass eine Beschäftigung gegen Entgelt vorliegt. Der echte Dienstvertrag ist damit **synallagmatischer Vertrag**. Die erbrachte Arbeitsleistung steht in einer unmittelbaren Wechselwirkung zu dem dadurch ausgelösten Entgeltanspruch. Besonders deutlich wird dies synallagmatische Vertragsbeziehung und der **Anspruch auf Entgelt** im Bereich des Sozialversicherungsrechts aufgrund des dort gemäß § 49 Abs. 1 ASVG vorgesehenen Anspruchslohnprinzips. Sozialversicherungsrechtlich sind damit für die Berechnung der Beiträge letztlich nicht die Beträge entscheidend, die zufließen bzw. tatsächlich ausbezahlt werden, sondern die Beträge, die rechtlich (z. B. aufgrund der entsprechenden kollektivvertraglichen Einstufung) zustehen.

Bei einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt liegt somit **sozialversicherungsrechtlich** gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ein echter Dienstvertrag vor. Als Besonderheit und relevanten **Querverweis** beinhaltet § 4 Abs. 2 ASVG die Regelung, dass jedenfalls dann Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG als echter Dienstnehmer besteht, wenn Lohnsteuerpflicht gemäß § 47 Abs. 1 und 2 EStG vorliegt. Dies bedeutet, dass – wenn für Zwecke des Lohnsteuerrechts von einem Dienstverhältnis auszugehen ist – jedenfalls auch für Zwecke des Sozialversicherungsrechts das Bestehen eines echten Dienstvertrags gegeben ist. Die festgestellte **Lohnsteuerpflicht** der Beteiligten kann somit dazu führen, dass andere Argumente, die allenfalls die Feststellung der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG erwirkt hätten, in den Hintergrund treten.

Die **ASVG-Sozialversicherungsbeiträge** sind zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gesplittet. Betreffend die laufenden Bezüge belaufen sich die Sozialversicherungsbeiträge beim Angestellten auf 21,83 % Dienstgeberanteil und 18,07 % Dienstnehmeranteil. Im Falle des Arbeiters liegen die Sozialversicherungsbeiträge bei 21,70 % Dienstgeberanteil und 18,20 % Dienstnehmeranteil. Hinsichtlich der Sonderzahlungen belaufen sich die Sozialversicherungsbeiträge beim Angestellten auf 21,33 % Dienstgeberanteil und 17,07 % Dienstnehmeranteil; beim Arbeiter auf 21,20 % Dienstgeberanteil und 17,20 % Dienstnehmeranteil.⁶ **Beitragsschuldner** sowohl für die Dienstgeber- als auch für Dienstnehmerbeiträge ist der Dienstgeber.

Der **Dienstgeber** hat den Dienstnehmer rechtzeitig bei der zuständigen Gebietskrankenkasse **anzumelden** und binnen sieben Tagen nach Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Der Dienstgeber hat die Anmeldung seit 1. 1. 2008 vor Arbeitsantritt zu bewerkstelligen. Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet. Demnach bestehen zwei grundsätzliche Möglichkeiten:

1. Der Dienstgeber erstattet die Anmeldung in zwei Schritten. Vor Arbeitsantritt meldet er nur die Mindestangaben (sog. **Mindestangabenmeldung**). Hierbei handelt es sich um

- Dienstgeberkontonummer,
- Name,
- Versicherungsnummer bzw. Geburtsdatum,
- Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme.

Die noch fehlenden Angaben werden innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung nachgereicht (vollständige Anmeldung).

⁶ Die Beitragssätze betreffen das Kalenderjahr 2010. Der Wegfall von Teilen der Sozialversicherungsbeiträge ab Erreichen einer bestimmten Altersgrenze (vgl. z. B. § 2 Abs. 8 AMPFG) ist hier nicht berücksichtigt. Ebenso ist die seit 1. 7. 2008 vorgesehene Senkung des Arbeitnehmeranteils zur Arbeitslosenversicherung (Novelle des AMPFG, beschlossen vom Nationalrat am 5. 6. 2008) in dieser Darstellung vernachlässigt.

2. Der Dienstgeber führt vor Beschäftigungsaufnahme eine vollständige Anmeldung durch (**Vollanmeldung**). Dieses Prozedere ist – soweit möglich – sicher zu bevorzugen, da der Dienstgeber sich die Absolvierung zweier administrativer Schritte erspart.

2.2. Der freie Dienstvertrag

Der freie Dienstvertrag ist ein „**Mischvertrag**“. Ihm sind sowohl Elemente des echten Dienstvertrags wie auch Elemente des Werkvertrags gemeinsam.

Dem echten Dienstvertrag gleicht er insoweit, als auch der freie Dienstvertrag als **Dauerschuldverhältnis** zu qualifizieren ist.⁷ Der freie Dienstnehmer schuldet kein konkretes Werk, kein konkretes Ziel. Geschuldet wird vielmehr eine rein gattungsmäßig definierte Dienstleistung,⁸ das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft. Der freie Dienstnehmer ist für seinen Dienstgeber daher auf Dauer tätig, schuldet jedoch keinen Erfolg, sondern lediglich ein „Sich-Bemühen“.⁹

Dem Werkvertrag hingegen gleicht der freie Dienstvertrag insoweit, als sowohl der Werkvertragsauftragnehmer als auch der freie Dienstnehmer bei der von ihm geschuldeten Leistung **persönlich unabhängig** ist. Der freie Dienstnehmer schuldet zwar gattungsmäßig definierte Leistungen – aber eben nicht im Verhältnis persönlicher Abhängigkeit.

Das ABGB selbst enthält hinsichtlich des Begriffs „freier Dienstvertrag“ keine eigene Definition. Eine solche ist jedoch in § 4 Abs. 4 ASVG enthalten. Demnach ist gemäß **§ 4 Abs. 4 ASVG** ein freier Dienstvertrag dann gegeben, wenn sich eine Person aufgrund eines freien Dienstvertrags auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen gegenüber einem qualifizierten Dienstgeber verpflichtet, sofern sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt bezieht, die Dienstleistung im Wesentlichen persönlich erbringt und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt.

Jedoch liegt **keine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG** vor, wenn diese Person aufgrund dieser Tätigkeit bereits nach

- § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 GSVG oder
- § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert ist oder
- es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder
- eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird¹⁰ oder
- wenn es sich um die Tätigkeit als Kunstschafter, insbesondere als Künstler i. S. d. § 2 Abs. 1 K-SVFG handelt.

Die **Kriterien des freien Dienstvertrags**, die vor einigen Jahren auch in einem Erlass des zuständigen Bundesministeriums näher definiert wurden,¹¹ lassen sich daher aufbauend auf der gesetzlichen Definition des § 4 Abs. 4 ASVG wie folgt zusammenfassen:

- Persönliche Unabhängigkeit
- Dauerschuldverhältnis
- Qualifizierter Dienstgeber
- Keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel
- Keine der genannten Ausnahmen

⁷ Vgl. OGH 28. 8. 1991, 9 ObA 99/91, RdA 1992/32.

⁸ Vgl. OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 54/97z, RdA 1998/3.

⁹ Vgl. *Rebhahn* in Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 1151 ABGB Rz. 127.

¹⁰ § 4 Abs. 4 lit. c ASVG stellt in der nunmehr adaptierten Fassung klar, dass selbständige Bilanzbuchhalter von der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG ausgenommen sind.

¹¹ Vgl. Erlass des BMAGS vom 18. 1. 2000, 124.007/1-2/2000.

Abgrenzung Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag

Der freie Dienstnehmer erbringt die von ihm geschuldeten Dienstleistungen in einem Verhältnis persönlicher Unabhängigkeit. Diese persönliche Unabhängigkeit manifestiert sich in erster Linie in den dem freien Dienstnehmer zukommenden sog. „**Freiheitsrechten**“. Darüber hinaus ist das Bestehen eines **Unternehmerwagnisses** ein Indikator für das Bestehen einer Vertragsbeziehung, die für eine unternehmerische, von persönlicher Unabhängigkeit geprägte Vertragsausgestaltung und damit gegen ein echtes Dienstverhältnis spricht.

Die „Freiheitsrechte“ des freien Dienstnehmers können wie folgt dargestellt werden:

- Generelles Vertretungsrecht
- Recht, im Einzelfall Aufträge ablehnen zu können
- Recht, Hilfspersonen beiziehen zu können
- Mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Arbeitgebers
- Keine Weisungsbindung
- Keine Kontrollunterworfenheit
- Freie Zeiteinteilung
- Freie Wahl des Arbeitsorts

Die Freiheitsrechte sollen nachstehend wie folgt näher umschrieben werden:

Für den freien Dienstnehmer ist typisch, dass er das Recht besitzt, sich hinsichtlich der geschuldeten Dienstleistungen **vertreten lassen zu können**. Durch diese Möglichkeit des Vertretungsrechts wird besonders deutlich, dass der freie Dienstnehmer persönlich nicht abhängig ist. Jemand, der in der Lage ist, sich gleichsam jederzeit vertreten zu lassen, und der damit zur höchstpersönlichen Dienstleistung nicht verpflichtet ist, kann grundsätzlich nicht Dienstnehmer sein.

Unter dem **Recht, im Einzelfall ihm erteilte Aufträge ablehnen zu können**, versteht man, dass der freie Dienstnehmer in der Lage ist, einzelne Aufträge – grundlos bzw. ohne Angabe gewichtiger Entschuldigungsgründe – ablehnen zu können, ohne dass die Vertragsbeziehung zu dem Auftraggeber Schaden nimmt. Es entspricht daher beim freien Dienstvertrag dem grundsätzlichen Verständnis der Vertragsparteien, dass dieses Recht zur Auftragsablehnung gegeben ist und die dem freien Dienstnehmer zuteilwerdende persönliche Unabhängigkeit dadurch zu Tage tritt. Dies hat auch der VwGH entsprechend beurteilt; demzufolge spricht eine gegenüber dem Dienstgeber bestehende sanktionslose Berechtigung zum Nichterscheinen oder zur jederzeitigen Beendigung einer übernommenen Arbeitsverpflichtung gegen die Annahme eines echten Dienstvertrags.¹²

Charakteristisch für den freien Dienstnehmer ist weiters, dass es ihm offensteht, die von ihm geschuldeten Dienstleistungen selbst zu erbringen oder aber sich dabei **Hilfspersonen** zu bedienen. Es kann wohl nicht verleugnet werden, dass diesfalls eine stark ausgeprägte persönliche Unabhängigkeit gegeben sein wird, vor allem dann, wenn die Entlohnung der Hilfskräfte durch den freien Dienstnehmer selbst vorzunehmen ist. Darin würde sich auch das Vorliegen eines Unternehmerrisikos bzw. eigentlich sogar das Bestehen unternehmerischer Strukturen verdeutlichen.

Die mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Dienstgebers bedeutet, dass der freie Dienstnehmer nicht in das betriebliche Ordnungs- und Weisungsgefüge eingebunden ist. Der freie Dienstnehmer ist bei Erfüllung seiner Dienstleistungen in der Regel auch an keinen bestimmten Arbeitsort gebunden. Vielmehr bestimmt er selbst nach eigenem Gutdünken, wo und wann der Einsatz seiner Person für die bestmögliche Erbringung der von ihm geschuldeten Dienstleistungen von Vorteil ist.

¹² Vgl. VwGH 19. 6. 1990, 88/08/0097.

Der freie Dienstnehmer zeichnet sich dadurch aus, dass er in aller Regel keine persönlichen Weisungen zu befolgen hat. Gemeint sind damit **Weisungen**, die das **persönliche Verhalten** bei Erbringung der Arbeitsleistung betreffen. Solcherart ausgestaltete Weisungen sind für den freien Dienstnehmer grundsätzlich untypisch. Hingegen sind Weisungen den Arbeits- oder Dienstleistungsgegenstand betreffend als sachliche Weisungen anzusehen, die für sich betrachtet unschädlich sind.

Sofern die Einhaltung von Weisungen **das persönliche Verhalten betreffend** kontrolliert werden, z. B. eine Kontrolle von Weisungen betreffend die Einhaltung eines bestimmten Verhaltens vorgenommen wird, ist dies ein gewichtiges Indiz gegen den freien und für den echten Dienstvertrag.

Die Möglichkeit des freien Dienstnehmers, **Zeit und Lage der Arbeitszeit** selbst zu bestimmen sowie insbesondere auch den **Arbeitsplatz frei zu wählen**, ist Ausfluss seiner mangelnden Einbindung in die betriebliche Struktur des Auftraggebers. Der freie Dienstnehmer ist daher an keine fixen Arbeitszeiten gebunden und kann zudem selbst entscheiden, wo er konkret seine Arbeitsleistung erbringt.

Wichtig ist, dass die oben geschilderten Freiheitsrechte als solche **nicht kumulativ vorliegen** müssen. Entscheidend ist vielmehr die Würdigung des Gesamtbilds des Sachverhalts. Dabei haben Abgabenbehörden primär auf die tatsächliche Ausgestaltung des Sachverhalts Bedacht zu nehmen (vgl. § 539a Abs. 1 ASVG; § 21 Abs. 1 BAO). Maßgeblich ist letztlich das Überwiegen der Sachverhaltskriterien. Somit müssen die einzelnen Freiheitsrechte nicht kumulativ vorliegen.

Die **Sozialversicherungsbeiträge** sind zwischen Dienstgeber und freiem Dienstnehmer gesplittet. Sie betragen 21,28 % Dienstgeberanteil und 17,62 % Dienstnehmeranteil. Die Sozialversicherungsbeiträge sind seit 1. 1. 2008 deutlich angehoben worden. Insbesondere ist der freie Dienstnehmer seit 1. 1. 2008 auch in die Arbeitslosenversicherung integriert.¹³ Dies bedeutet gegenüber der Zeit vor dem 1. 1. 2008 eine Steigerung der Sozialversicherungsbeiträge um insgesamt 6 % (je 3 % Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge). Auch Arbeiterkammerumlage (0,5 %) und der Beitrag zum Insolvenzentgeltfonds (0,55 % im Kalenderjahr 2010) fallen nunmehr auch beim freien Dienstnehmer an. Des Weiteren ist der freie Dienstnehmer seit Jahresbeginn 2008 auch in das **System der Abfertigung neu integriert**. Der Dienstgeber hat 1,53 % Beiträge an die BV-Kasse zu entrichten. Die Abfuhr der Sozialversicherungsbeiträge ebenso wie die An- und Abmeldung des freien Dienstnehmers bei der Gebietskrankenkasse obliegt dem Dienstgeber. In § 49 Abs. 3 Z 18 lit. b ASVG ist klargestellt, dass die BMSVG-Beiträge, die der Dienstgeber für freie Dienstnehmer entrichtet, nicht als sv-beitragspflichtiges Entgelt gelten.¹⁴

Die Beitragsgrundlage ist das Entgelt. Das Entgelt ist demnach gemäß § 49 Abs. 1 ASVG zu beurteilen.

Da der freie Dienstnehmer nicht Dienstnehmer i. S. d. § 47 Abs. 1 EStG ist und daher keine Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i. S. d. § 25 EStG vorliegen, besteht für den Dienstgeber **keine Verpflichtung, Lohnsteuer abzuführen**. Der freie Dienstnehmer wird in der Regel Einkünfte aus selbständiger Arbeit gemäß § 22 EStG oder aber Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 EStG beziehen. Er hat die von ihm lukrierten Einkünfte daher selbst im Wege der Einkommensteuererklärung der Besteuerung zuzuführen. Ab 1. 1. 2010 kommt auch der freie Dienstnehmer in den Genuss des in § 10 Abs. 1 EStG geregelten Gewinnfreibetrags in der Höhe von 13 %. Das Entgelt, das dem freien

¹³ Demzufolge galt das mittlerweile ab 1. 9. 2009 abgeschaffte Bonus-Malus-System i. S. d. § 5a und § 5b AMPFG ab 1. 1. 2008 auch für freie Dienstnehmer, da diese gesetzlichen Bestimmungen ihre Anwendbarkeit davon abhängig machten, dass ein arbeitslosenversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt (vgl. Arbeitsbehelf für Dienstgeber und Lohnverrechner, Österreichische Sozialversicherung, 2008, 57).

¹⁴ Dies gilt rückwirkend ab 1. 1. 2008.

Dienstnehmer gewährt wird, ist durch den Auftraggeber durch die **Meldung gemäß der Verordnung zu § 109a EStG** an das zuständige Finanzamt zu melden.

Ab 1. 1. 2010 ist der freie Dienstnehmer i. S. d. § 4 Abs. 4 ASVG den Lohnnebenkosten unterworfen. Das gilt auch für zu diesem Tag bereits bestehende freie Dienstverhältnisse. Folglich fallen ab 1. 1. 2010 der Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds (DB zum FLAF) in der Höhe von 4,5 %, der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) in der Höhe von 0,40 %¹⁵ sowie die Kommunalsteuer in der Höhe von 3 % an.

2.3. Der Werkvertrag

Gemäß § 1151 Abs. 1 zweiter Halbsatz **ABGB** besteht ein Werkvertrag, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt. Gemäß § 1165 ABGB ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen.

Im Gegensatz zum Dienstvertrag liegt damit bei einem Werkvertrag ein erfolgsorientiertes **Zielschuldverhältnis** vor.¹⁶ Zum Unterschied vom echten oder freien Dienstnehmer schuldet der Auftragnehmer eines Werkvertrags somit nicht bloß ein Bemühen, sondern einen konkret ausbedingten Erfolg.¹⁷

Der Auftragnehmer eines Werkvertrags schuldet einen konkreten Erfolg. Wie und auf welche Weise er diesen Erfolg herstellt, ist dem Werkvertragsauftragnehmer selbst überlassen. Es ist ihm daher möglich, den **wirtschaftlichen Erfolg** seiner Tätigkeit sowohl auf Einnahmen- als auch auf Ausgabenseite zu steuern. Der Erfolg ist damit von seinem Fleiß, seiner Initiative, seinem Talent und nicht zuletzt von den naturgemäß gegebenen Zufälligkeiten des Wirtschaftslebens abhängig. Der Auftragnehmer eines Werkvertrags erbringt die vertraglich geschuldete Leistung **frei von Weisungen** und Kontrollen sein **persönliches Verhalten** betreffend.

Insbesondere vor dem Hintergrund des Sozialversicherungsrechts ist es maßgeblich, dass der Auftragnehmer eines Werkvertrags mit wesentlichen eigenen Betriebsmitteln arbeitet. Relevant ist dabei das Vorliegen wesentlicher eigener Betriebsmittel. Nach Ansicht der Behörden ist an das Kriterium der Wesentlichkeit der Betriebsmittel ein strenger Maßstab zu legen.¹⁸ Die Prüfung der Frage, ob **wesentliche eigene Betriebsmittel** vorliegen, erfolgt dabei in drei Schritten:

Zunächst ist zu fragen, ob die Betriebsmittel aus der Sphäre des Auftragnehmers stammen. So dies gegeben ist, ist zu prüfen, ob die Betriebsmittel zur Durchführung des Auftrags notwendig sind. Bejaht man auch diese Frage, ist als dritte und entscheidende Frage zu prüfen, ob es sich bei den verwendeten Betriebsmitteln um für die Auftragsabwicklung wesentliche Betriebsmittel handelt. Nach Ansicht der Verwaltungsbehörden sind wesentliche Betriebsmittel in diesem Sinn nur dann gegeben, wenn sie über die Mittel des allgemeinen Gebrauchs/des allgemeinen Haushaltsgebrauchs hinausgehen.¹⁹ Nach von den Verwaltungsbehörden ermittelnden Parametern sind wesentliche eigene Betriebsmittel daher nicht gegeben bei PKW, Fahrrad, Handy, PC etc. und würden nach dieser Ansicht nur dann gegeben sein, wenn z. B. eine spezielle Software, eine eigene unternehmerische Struktur, eigenes Personal, ein Beamer, ein Farbdrucker etc. vorliegen.

Präzisierung erfuh die Beurteilung eines Betriebsmittels als „*wesentliches eigenes Betriebsmittel*“ jüngst durch ein **Erkenntnis des VwGH**.²⁰ Demnach sind folgende Kriterien für das Bestehen eines wesentlichen eigenen Betriebsmittels indikativ:

¹⁵ Der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag ist bundesländerspezifisch unterschiedlich ausgestaltet und beträgt im Jahr 2010 in Wien 0,40 %.

¹⁶ Vgl. BMF 1. 3. 2006, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag, FJ 2006, 236.

¹⁷ Vgl. *Schrammel*, Freier Dienstvertrag ohne Zukunft? *ecolex* 1997, 274.

¹⁸ Vgl. BMAGS 22. 9. 1999, 120.168/4-7/99.

¹⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang *Tomandl*, Der rätselhafte freie Dienstvertrag, ZAS 2006/38; dieser setzt sich kritisch mit der Bedeutung des Kriteriums der wesentlichen eigenen Betriebsmittel auseinander.

²⁰ Vgl. VwGH 23. 1. 2008, 2007/08/0223.