

# **Zur rechtlichen Einordnung von Mitarbeiterverträgen im Bereich der Tiroler Umweltbildung**

Rechtsgutachten (Update 2023, teilweise aufbauend auf einer Erstfassung 2015),  
erarbeitet im Auftrag des  
Amtes der Tiroler Landesregierung,  
Abteilung Umweltschutz

**Verfasser:**

Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*  
Institut für Arbeitsrecht und  
Sozialrecht der  
Universität Graz

Das Amt der Tiroler Landesregierung, vertreten durch Mitarbeiter der Abteilung Umweltschutz dieses Amtes, und zwar durch Herrn Mag. *Otto Leiner* und Herrn Mag. *Walter Michaeler*, ersucht um die Erstellung eines Rechtsgutachtens. Dieses Rechtsgutachten baut teilweise auf einem Rechtsgutachten aus dem Jahr 2015 auf, und zwar in der Art und Weise, dass die für die Aktualisierung notwendigen Inhalte so weit wie nötig übernommen und daran ansetzend vor allem aktuelle Entwicklungen gewürdigt werden. Auf das Gutachten aus dem Jahr 2015 wird verwiesen, und zwar insbesondere hinsichtlich der Dokumentation („Informationen“) und der allgemeinen rechtlichen Ausführungen.

Zusätzlich werden folgende

## Informationen

gegeben:

- 1) diverser E-Mail-Verkehr zum Thema zwischen August und November 2023, und zwar insb
  - a. E-Mails von Herrn Mag. *Michaeler*, Amt der Tiroler Landesregierung,
  - b. E-Mails von Herrn Mag. *Andreas Jedinger*, Geschäftsführer des Vereins Natopia,
  - c. E-Mails von Herrn Dipl.-Geogr. *Anton Heufelder*, Geschäftsführer des Vereins Naturpark Karwendel;
- 2) gesprächsweise Darstellung der Situation durch Herrn Mag. *Leiner*, Herrn Mag. *Michaeler*, Herrn Mag. *Jedinger* und Herrn Dipl.-Geogr. *Heufelder* in einer Online-Konferenz am 17. 10. 2023;
- 3) Vorlage des Vereins Natopia zur Vertragsgestaltung mit dem Titel „Werkvertrag Schulen“, Fassung verwendet seit 2020;
- 4) Beurteilung der Pflichtversicherung von [REDACTED] in einem Schreiben der Österreichischen Gesundheitskasse an den Verein Natopia vom 22. 6. 2023;

- 5) Bescheid der ÖGK vom 4. 8. 2023 zur Pflichtversicherung von [REDACTED] ergangen an [REDACTED] und den Verein Naturpark Karwendel.

Daraus ergibt sich folgender

## **Gutachtensauftrag**

Im Bereich der Tiroler Umweltbildung (insb Verein Natopia, Verein Naturpark Karwendel, weitere vier Naturparkvereine) kam es in den vergangenen Jahren wiederum zu mehreren Überprüfungen der Verträge von Mitarbeitern durch die ÖGK.

Von folgenden Sachlagen ist auszugehen: Die genannten Vereine betreiben Umwelt- und Erwachsenenbildung mit Hilfe selbstständiger Natur- bzw Umweltpädagog:innen sowie solchen Pädagog:innen, Umwelt- und Naturparkführern, die dies neben ihrem eigentlichen Beruf ebenfalls auf Honorarbasis machen. Da die Umwelt- und Erwachsenenbildung zum Großteil über das Land Tirol gefördert wird, gibt es hier einheitlich vereinbarte Honorarsätze. Die diversen Umweltpädagogen sehen sich als „freiberuflich“ an. Die Vereine legen diesen Tätigkeiten zuweilen von ihnen als „Werkverträge“ bezeichnete Vertragsschablonen zugrunde.

### **Sachlage beim Verein Natopia**

Die für den Verein Natopia tätigen Personen setzen bei den naturpädagogischen Aktionen ihr eigenes individuelles Konzept um. Sie greifen dabei auf die Vielfalt der in der Literatur und Praxis vorkommenden Methoden und Konzeptvorschläge zurück und wählen das für die Aktion beste aus. Hierzu gibt es keine Vorgaben seitens Natopia, außer dem Thema (zum Beispiel „Wald“). Natopia steht für die Qualität des Angebotes und ist eine Serviceeinrichtung sowie Projektabwicklungsstelle für die Besteller.

Im Detail zeigen sich beim Verein Natopia folgende Aktivitäten und Vorgangsweisen:

- Im Rahmen von **Schulaktionen** beispielsweise werden vom Verein Natopia in Kooperation mit den Tiroler Naturparks mehrtägige (zwei oder drei Tage dauernde) Angebote, sog **Naturerlebnistage** für Schulklassen, zur Verfügung gestellt. Diese Aktionen finden – wie die ebenfalls von den Umweltbildungsorganisationen angebotenen halb- oder ganztägigen **Naturexkursionen** oder wie die an mehreren Terminen stattfindenden **Naturprojekte** (dazu gleich unten) – in der freien Natur statt. Geleitet werden die Veranstaltungen von naturkundigen Mitarbeitern (Biologen, Naturpädagogen, Naturführer) der Organisationen in Beisein der jeweiligen Klassenlehrer. Weiters stellen die Naturparks – der Verein Natopia bietet in diesem Sinne einen sog **Erlebnisunterricht** an – ihre Tätigkeiten in Schulen in Form von zweistündigen Unterrichtseinheiten vor. Darüber hinaus können Schulen beim Verein Natopia auch sog **Naturprojekte** buchen, die zu einer bestimmten Themenstellung an mehreren Terminen stattfinden. Zum weiteren schulischen Angebot der Umweltbildungsorganisationen iwS zählen schließlich noch eigene **spezifische Veranstaltungen** der jeweiligen Naturparks (zB die „Karwendelolympiade“ des Naturparks Karwendel), sog Umweltbaustellen oder auch Kindergartenprogramme.
- Im Bereich **Erwachsenenbildung** etwa werden naturkundliche **Seminare, Kurse** („Tiroler Naturführerkurs“) und **Vorträge** zu speziellen naturkundlichen Themen seitens des Vereins Natopia veranstaltet.
- Zum **weiteren Angebot** der Umweltbildungsorganisationen zählen **thematische Exkursionen** und **Naturwanderungen**, die der Vermittlung naturkundlicher Inhalte dienen. Während bei thematischen Exkursionen teilweise kein geographisches Ziel vorgegeben wird – der Ausgangspunkt ist zumeist auch gleichzeitig der Endpunkt –, führen die Wanderungen zu einem vorher bereits festgelegten Ziel. Bei einigen Veranstaltungen („Tag der offenen Tür des Landes Tirol“, Naturparkfeste, Artenschutztage des Alpenzoos) werden auch Mitarbeiter beschäftigt, die Infostände betreuen.

Die **Aufgaben der naturkundigen Mitarbeiter** im Rahmen der dargestellten Angebote sind also im Wesentlichen bestimmt durch das **Halten von Vorträgen**, das **Veranstalten von Führungen** sowie das **Betreuen von Infoständen**.

Betrachtet man nun die vom Verein Natopia für die Beschäftigung der angesprochenen Mitarbeiter **in der Praxis verwendeten (Vertrags-)Gestaltungen**, so zeigt sich folgendes Bild:

- Der Verein Natopia führt seine naturpädagogischen Tätigkeiten unter Heranziehung von **freiberuflichen Referenten** durch, welche **mittels „Werkvertrag“** beauftragt werden. Diese werden mit der Durchführung von Schulaktionen, Naturführungen und Veranstaltungen im Bereich der Erwachsenenbildung betraut. Die Veranstaltungen werden teils in Kooperation mit den Naturparks und teils eigenständig organisiert. Sämtliche Tätigkeiten im Bereich der Tiroler Umweltbildung werden somit auch vom Verein Natopia angeboten. Der Inhalt der jeweiligen Aufträge entspricht daher den oben aufgelisteten Angeboten bzw im Rahmen derselben durchgeführten Tätigkeiten.
- Der genaue **Auftragsumfang** für freiberufliche Mitarbeiter des Vereins Natopia wird in einem **Informationsblatt** umschrieben. Demnach umfasst der Auftrag an die Mitarbeiter die Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der jeweiligen Aktionen. Die **Vorbereitung** besteht dabei in der Planung von Programm und Ablauf, der Erkundung des vorgesehenen Geländes und in der Auswahl des erforderlichen Materials. Nach erfolgter **Ausführung** der Aufträge haben die Mitarbeiter im Rahmen der **Nachbereitung** einen Bericht (Veranstaltungsprotokoll), die statistische Auswertung sowie etwaige weitere Abrechnungen (zB Barmittel) zu verfassen und an den Verein Natopia abzuliefern.
- Beim Verein Natopia stehen unterschiedliche Verträge in Verwendung, die jedoch im Wesentlichen vom Inhalt her gleichlautend sind. **Beispielhaft** kann der Inhalt jenes „Werkvertrags“ dargestellt werden, welcher **für Projekte im Rahmen der Umweltbildung und Naturvermittlung an bzw für Schulen** zur Anwendung kommt. Dieser schreibt ua fest, dass als **Gegenstand** des Werkvertrags **individuell zu vereinbarende Einzelaufträge** in Betracht kommen. Die Leistung des Werklohns erfolgt durch Zahlung eines **Pauschalhonorars**, welches mit erfolgreicher Erfüllung des Auftrags und Rechnungslegung überwiesen wird. Während der Ersatz auftragsbezogener Fahrtkosten in Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten erfolgt, werden sonstige **auftragsbezogene Aufwendungen** nur nach vorhergehender Vereinbarung ersetzt.

- In den „Werkverträgen“ wird weiters festgestellt, dass die Auftragnehmer **frei** sind hinsichtlich der **Gestaltung ihrer Arbeitszeit** und **nicht in den Betrieb eingebunden** werden. Den Auftragnehmern wird das Recht eingeräumt, sich jederzeit **von einer geeigneten Person vertreten zu lassen**, welche die entsprechende fachliche Qualifikation aufweist. Zudem ist die Vereinbarung enthalten, dass sich der Auftragnehmer für die Auftragsausführung **eigener Betriebsmittel** zu bedienen hat und dass ihm **keine wesentlichen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt** werden. Unter der Überschrift „Hinweise“ wird schließlich klargestellt, dass es sich bei den abgeschlossenen Verträgen um „**Werkverträge**“ und „**nicht um Dienstverträge**“ handelt sowie dass der Auftragnehmer erforderliche Erklärungen gegenüber **Finanzamt** oder **Sozialversicherungsträger selbst** zu tätigen hat.
  
- Im Beispielvertrag erfolgt ein **Verweis auf die „Allgemeinen Bedingungen für Werkverträge“** des Vereins Natopia (der allerdings nur insofern zur Geltung kommt, als nicht Gegenteiliges bereits vereinbart wurde). Diese „Allgemeinen Bedingungen“ sehen insb Folgendes vor:
  - In Punkt 1. wird festgehalten, dass das Vertragsverhältnis mit Unterfertigung des Werkvertrages beginnt und mit der mängelfreien Ablieferung des Werkes endet.
  
  - In Punkt 2. verpflichtet sich der Verein Natopia dazu, nach Maßgabe seiner Möglichkeiten, insb auch durch Zurverfügungstellen von Unterlagen, Auftragnehmer zu unterstützen. Die Auftragnehmer werden ihrerseits verpflichtet, diese Unterlagen auch zu verwenden, soweit diese auftragsrelevant sind.
  
  - Nach Auftrags Erfüllung hat der Auftragnehmer sämtliche Unterlagen unabhängig davon, ob sie vom Auftraggeber stammen oder selbst erstellt wurden, an den Verein Natopia zu übergeben. Auch das Nutzungsrecht geht auf Natopia über. Sonderregelungen werden für den Bereich der Aus-, Fort- und Weiterbildung getroffen. Die Bestimmungen halten fest, dass einseitige Änderungen bzw Konkretisierungen des Inhalts der Veranstaltungen nicht erfolgen können, der Auftragnehmer Ablauf und Betriebsmittel selbst in geeigneter Weise zu gestalten hat, Vortragsmaterial die eigene geistige

Schöpfung der Auftragnehmer sind, Natopia bei Urheberrechtsverletzungen schad- und klaglos zu halten ist und der Auftragnehmer werbliche Betätigungen zu unterlassen hat (Punkt 3. der „Allgemeinen Bedingungen“).

- Punkt 4. statuiert eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit über Kenntnisse, welche bei Ausführung des Auftrages erlangt wurden, ein Verbot der Weitergabe von Inhalten, ein Veröffentlichungsverbot von Ergebnissen, Kenntnissen und Vorbereitungsdateien und ein ausschließliches Werknutzungsrecht über die vereinbarten Werke. Hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht trifft den Auftragnehmer auch die Pflicht, diese im Falle der Vertretung auf herangezogene Personen zu überbinden.
- Vorhersehbare **Verhinderungen** an der Auftragerfüllung, im Bereich der Aus-, Fort- und Weiterbildung insb auch bei Verhinderungen an Veranstaltungstagen durch Krankheit und andere Umstände, sind von den Auftragnehmern unverzüglich mitzuteilen (Punkt 5.).
- Gem Punkt 6. sind Ausdehnungen des Leistungsumfanges während der Auftragerfüllung im Einvernehmen schriftlich zu vereinbaren, andernfalls besteht kein Vergütungsanspruch für den Auftragnehmer.
- Subunternehmer dürfen von Auftragnehmern nur auf deren Kosten und Risiko und mit Zustimmung des Vereins Natopia beauftragt werden (Punkt 7.).
- Punkt 8. sieht nach mängelfreier Abnahme eine Entgeltzahlungsfrist von drei Wochen ab Rechnungslegung vor, wobei auch gesonderte Vereinbarungen über Teilzahlungen möglich sind.
- In Punkt 9. werden umfangreiche Gewährleistungsbestimmungen normiert. Nach diesen gilt im Falle des Vorliegens eines vom Auftragnehmer zu verantwortenden Mangels Folgendes: Der Verein Natopia kann den Auftragnehmer binnen drei Monaten zur Mängelbehebung auffordern. Ist dies der Fall, so ist vom Auftragnehmer binnen angemessener Frist bzw innerhalb von drei Wochen die Verbesserung durchzuführen, wobei eine Fristverlängerung möglich ist. Bei nicht rechtzeitig erfolgter Mängelbehebung wird vorgesehen, dass der Auftragnehmer seinen Honoraranspruch bei

Unbrauchbarkeit des Werkes verliert, er bei Verbesserung durch einen Dritten die hierfür anfallenden Kosten zu ersetzen hat und er für den Fall der Brauchbarkeit des Werkes bei gleichzeitiger Nichtvornahme der Verbesserung seinerseits eine Minderung des Honoraranspruchs hinzunehmen hat.

- Nach Punkt 10. steht in gewissen Fällen, etwa bei Verzug des Auftragnehmers (lit b), bei Erteilung eines Subauftrages ohne Zustimmung von Natopia (lit c), bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (lit d), bei Nichterreichen Mindestteilnehmendenzahl für Bildungsveranstaltungen udgl, dem Verein Natopia ein **Rücktrittsrecht** zu. Die Rechtsfolge des Rücktritts für den Auftragnehmer besteht dabei im Verlust des Anspruchs auf Honorar und Spesenersatz.
- Punkt 11. sieht für den Auftragnehmer bei Überschreiten der Leistungsfrist eine Vertragsstrafe (pro Kalendertag) vor.
- Neben den Inhalten dieser schriftlichen Unterlagen stehen weitere Aussagen zur Charakterisierung der gegenständlichen Vertragsbeziehungen zur Verfügung, und zwar folgende: Hinsichtlich **Arbeitsort** und **Arbeitszeit** ist zu ergänzen, dass der Verein Natopia Termine und Orte bei Schulaktionen vorläufig mit den Schulen vereinbart. Aufgrund der freien Auftragsabwicklung besteht jedoch für die Auftragnehmer die Möglichkeit, die Termine in direkter Abstimmung mit den Schulen zu vereinbaren. Bei Vor- und Nachbereitungsarbeiten sind Ort und Zeit der Arbeitstätigkeit für die Auftragnehmer jedenfalls frei bestimmbar. Die Auftragnehmer sind bei der Erfüllung ihres Auftrages **weisungsfrei** und können **Vorträge und Führungen grundsätzlich nach eigenem Belieben** gestalten. Vorgegeben sind nur das gebuchte Thema sowie etwaige Sonderwünsche der Auftraggeber. Die **Kontrolle** der Auftragnehmer erfolgt im Wesentlichen durch Begutachtung der Nachbereitungstätigkeiten (Veranstaltungsprotokoll, statistische Auswertung). Darüber hinaus kommt es zu strichprobenartigen Überprüfungen durch direkte Kontaktaufnahme mit Schulen. Aufzeichnungen zu den Arbeitszeiten werden ebenfalls nicht geführt. Zum **Vertretungsrecht** ist zu ergänzen, dass Auftragnehmer im Verhinderungsfall selbst für ihre Vertretung Sorge zu tragen haben und die vertretende Person zwecks Qualitätssicherung – zum Schutz des guten Rufes des Vereins Natopia – entsprechende Qualifikationen aufweisen muss. Die Abrechnung mit dem Vertreter erfolgt direkt mit



dem Verein Natopia. Bei kurzfristiger Verhinderung erfolgt die Vertretung mitunter auch ohne das Wissen von Natopia. Die zur Auftragsabwicklung notwendigen **Betriebsmittel** sind zwar grundsätzlich von den Auftragnehmern aufzubringen, jedoch besteht für diese auch die Möglichkeit, Betriebsmittel des Vereins Natopia zu nutzen, und zwar den firmeneigenen Personal Computer (zumeist für Recherchetätigkeiten) oder naturpädagogisches Material. Im Übrigen erfolgt eine **Eingliederung in die betriebliche Organisation** nur insofern, als zur Terminabstimmung Meetings mit den Auftragnehmern durchgeführt werden oder Auftragnehmer aus sozialen Erwägungen teilweise zu Betriebsveranstaltungen eingeladen werden.

## **Sachlage beim Verein Naturpark Karwendel**

Im Wesentlichen zeigen sich beim Naturpark Karwendel dieselben Aktivitäten und Vorgangsweisen wie beim Verein Natopia (siehe insb Aufzählung auf Seite 4 des Gutachtens).

Im Unterschied zu Natopia liegen beim Naturpark Karwendel jedoch **keinerlei schriftliche (Werk-)Verträge oder sonstige Vereinbarungen** mit den NaturpädagogInnen vor.

Die **gelebte Praxis** sieht folgendermaßen aus: Am Anfang der Saison wird eine umfangreiche Liste mit angefragten Terminen für Schulprogramme und Exkursionen (touristischer Art) an alle NaturparkführerInnen ausgesendet. Nach deren Rückmeldung (wer welche Termine übernehmen möchte) erfolgt durch den Naturpark die endgültige Einteilung. Während der Saison – wenn Anfragen laufend eintreffen – werden teilweise nur noch bestimmte NaturparkführerInnen direkt angefragt. Nach erfolgter Durchführung erhält der Verein Naturpark Karwendel eine entsprechende Honorarnote (inklusive Kilometergeld-Verrechnung für tatsächlich mit dem eigenen Fahrzeug gefahrene Strecken). Im Nachgang ist kein Protokoll oder dergleichen zu verfassen. Die NaturparkführerInnen können zunächst angenommene Termine auch sanktionlos stornieren. Teils kümmern sie sich um adäquaten Ersatz (andere NaturparkführerInnen), teils macht dies der Naturpark selbst.

Vom Naturpark Karwendel werden die Wanderführer vor der Saison aufgefordert, den aktuellen Versicherungsnachweis (genauer: den Nachweis, dass sie Mitglied beim Tiroler

Bergsportführerverband sind) sowie ein offizielles Angebot für Führungen an den Naturpark (laut der erwähnten Honorar-Richtlinie) zu schicken. Alle neuen NaturparkführerInnen werden auch aufgefordert, eine Bestätigung zu übermitteln, dass sie bei der Sozialversicherung gemeldet sind. Es gibt sowohl NaturpädagogInnen, die unterhalb der Versicherungsgrenze bleiben, als auch solche, die diese übers Jahr gesehen überschreiten.

Naturpark-Wanderführer, die mehrere Führungen (zB im Rahmen des wöchentlichen Wanderprogramms) und/oder auch Schulprogramme führen, haben in der Regel auch noch andere Tätigkeiten. Der Naturpark Karwendel ist daher übers Jahr gesehen nicht ihr einziger Auftraggeber.

Die Naturparkführer sind nicht als solche „gekennzeichnet“ (zB Naturpark-T-Shirt, Logo auf Kleidung), sondern sind **individuell gekleidet**. Sie sind auch nicht namentlich in den diversen Naturpark-Broschüren oder auf der Naturpark-Website als Naturpark-Wanderführer gekennzeichnet oder gelistet.

Hinsichtlich **Arbeitsort** und **Arbeitszeit** ist festzuhalten, dass der Naturpark Karwendel Termine und Orte bei Schulaktionen vorläufig mit den Schulen vereinbart. Aufgrund der freien Auftragsabwicklung besteht jedoch für die Auftragnehmer die Möglichkeit, die Termine in direkter Abstimmung mit den Schulen zu vereinbaren. Das jeweilige Thema wird durch die Buchung der Schulklassen vorgegeben.

Bei den touristischen Wanderungen gibt es kommunizierte Treffpunkte und Uhrzeiten. Die Routenwahl und auch die Inhalte bleiben den NaturparkführerInnen vorbehalten (dies hängt auch stark von Blühzeitpunkten, Tiersichtungen et cetera ab). Hier gehen die Guides individuell und mit ihrem jeweiligen naturkundlichen Hintergrund auf die jeweilige Situation ein.

Alle NaturparkführerInnen haben die Tiroler Naturführerausbildung absolviert und verfügen aufgrund dessen über ein breites, naturkundliches Fachwissen.

Die zur Auftragsabwicklung notwendigen Betriebsmittel sind zwar grundsätzlich von den Auftragnehmern aufzubringen, jedoch besteht für diese auch die Möglichkeit, naturpädagogisches Material des Naturparks zu nutzen (zB Präparate oder Tierfelle).

## Status quo der Prüfungstätigkeit der Sozialversicherungsträger

Betrachtet man nun die Prüfungstätigkeit der Sozialversicherungsträger, so ist nach wie vor von einer rechtlich unklaren Situation hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Einstufung von Vertragsverhältnissen im Bereich Umweltbildung auszugehen, welche für die Tiroler Naturparkeinrichtungen sowie für den Verein Natopia besteht. Anders als in anderen Bundesländern wird von den Tiroler Landesstellen der Sozialversicherungsträger nicht von einer Zuständigkeit der Sozialversicherungsanstalt der Selbstständigen ausgegangen.

Während die ÖGK etwa im Fall [REDACTED] jüngst von der Behauptung einer Pflichtversicherung nach ASVG<sup>2</sup> gegenüber dem Verein Natopia Abstand genommen hat, erging im Fall [REDACTED], der für den Verein Naturpark Karwendel tätig ist, ein Bescheid der ÖGK, in welchem das Bestehen einer (Unselbstständigen-)Pflichtversicherung nach § 4 Absatz 1 Zahl 1 in Verbindung mit § 4 Abs 2 ASVG festgestellt wurde. Davor – in den Jahren 2018 und 2020 – hingegen wurden zwei selbstständige Naturparkführer – bei denen die genau gleiche Ausgangslage vorliegt – geprüft und als sozialversicherungsrechtlich selbstständig eingestuft. Ein weiterer Naturparkführer wurde im Juli 2023 von der Sozialversicherung per Fragebogen befragt, weitere derartige Befragungen finden gerade bei Umweltpädagogen des Vereins Natopia statt.

Es kann außer Streit gestellt werden, dass hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Einstufung der betroffenen Mitarbeiter der Organisationen, welche im Bereich Umweltbildung tätig sind, praktisch nur drei Möglichkeiten in Frage kommen: Erstens könnten die Mitarbeiter sozialversicherungsrechtlich als „Dienstnehmer“ im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG qualifiziert werden, zweitens wäre die Annahme von „dienstnehmerähnlichen freien DN“ iSd § 4 Abs 4 ASVG und drittens jene von „neuen Selbstständigen“ iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG<sup>3</sup> denkbar.

Es stellen sich somit folgende zu begutachtende

---

<sup>1</sup> Siehe Informationen 3) beziehungsweise danach Informationen 1) b.

<sup>2</sup> Allgemeines Sozialversicherungsgesetz Bundesgesetzblatt 1955/189 in der geltenden Fassung.

<sup>3</sup> Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 1978/560 idgF.

## Fragen

Wie sind die geschilderten, von Seiten der Tiroler Umweltbildungsorganisationen (Verein Natopia, Naturparkvereine) praktizierten Mitarbeiterverhältnisse aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht zu qualifizieren?

Was spricht für die Qualifikation von Mitarbeitern (der Tiroler Umweltbildungsorganisationen) als „DN“ iSd § 4 Abs 2 ASVG, als „dienstnehmerähnliche freie DN“ iSd § 4 Abs 4 ASVG bzw als „neue Selbstständige“ iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG und was dagegen?

# Begutachtung

## 1. Die Abgrenzung im Sozialversicherungsrecht im Allgemeinen

Das Sozialversicherungsrecht knüpft im maßgeblichen Bereich an (typisierten) Erwerbstätigkeiten an, und zwar werden in der **Unselbstständigen-Sozialversicherung** nach ASVG einerseits „echte“ DN und andererseits **dienstnehmerähnliche („kleine“) freie DN** angesprochen. Liegt eine dieser beiden Beschäftigungsarten vor, so treffen den Dienstgeber die (Bürger-)Pflichten zur Meldung sowie zur Einbehaltung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge an die ÖGK. In der **Selbstständigen-Sozialversicherung**, insb jener nach GSVG, ist der versicherte Unternehmer (zB Werkvertragsnehmer) hingegen selbst für das Melden und das Abführen der Beiträge verantwortlich. Der große Unterschied zwischen ASVG und GSVG aus der Sicht des Vertragspartners besteht demnach darin, dass bei Pflichtversicherungen nach **ASVG** den **Vertragspartner** die **Verpflichtung zur Anmeldung** bei der ÖGK und **zur Einbehaltung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge** an die ÖGK trifft, während bei einer **Selbstständigensozialversicherung** die Vorgaben des **Melde- und Beitragsrechts vom Sozialversicherten selbst** einzuhalten sind.

Im Folgenden sind nun die subjektiven Geltungsbereichsbestimmungen der einschlägigen Sozialversicherungsgesetze darzustellen und zu analysieren. Zuerst werden die hier interessierenden Fälle des ASVG (vergleiche 1.1 bis 1.3) und danach jene des GSVG angesprochen (vgl 1.4, 1.5). Auszugehen ist von der Umschreibung des vollversicherten, das heißt in der Unfall-, Kranken- und Pensionsversicherung versicherten Personenkreises in § 4 ASVG bzw § 2 GSVG.

Nach § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Gesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der **wahre wirtschaftliche Gehalt** und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts können Verpflichtungen nach ASVG, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

Von der ÖGK wird in Bezug auf das Vorliegen einer Pflichtversicherung ein **starres Prüfungsschema** verfolgt. Es wird dabei insb nicht darauf geschaut, wie die Parteien das verfahrensgegenständliche Vertragsverhältnis qualifiziert haben. Als erstes wird der Dienstnehmerbegriff des ASVG geprüft (vgl 1.1). Ist dieser zu verneinen, geht die ÖGK zur Prüfung der Lohnsteuerpflicht über (vgl 1.2). Führt auch diese zu keiner Pflichtversicherung, so wird schließlich der Ansatzpunkt „freier DN iSd § 4 Abs 4 ASVG“ releviert. Ist auch hier die Subsumtion negativ, so kann noch immer eine Selbstständigensozialversicherung vorliegen (vgl 1.4, 1.5), welche von einem anderen Sozialversicherungsträger (insb der SVS) zu administrieren ist.

Kommt es im gegebenen Zusammenhang zu einer **Fehlbeurteilung** von Seiten etwa der Vereine Natopia oder Naturpark Karwendel, so kann dies in einem **Beitragsprüfungsverfahren** von Seiten der vollziehenden ÖGK aufgegriffen werden, wodurch es zu erheblichen Zahlungsbelastungen des DG (Beitragsnachzahlungen, Beitragszuschläge) kommen kann.

## 1.1 Dienstnehmerbegriff des ASVG

§ 4 Abs 1 Z 1 ASVG nennt die **DN**, das sind gemäß § 4 Abs 2 ASVG Personen, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden.

Der **Dienstnehmerbegriff** des § 4 Abs 2 ASVG entspricht im Wesentlichen jenem des Arbeitsrechts. Die verlangte **wirtschaftliche Abhängigkeit** ist im Fehlen einer eigenen unternehmerischen Struktur des DN, also der Angewiesenheit auf fremde Produktionsmittel, zu verstehen.<sup>4</sup> Zu beachten ist, dass der sozialversicherungsrechtliche Terminus **Entgeltlichkeit** voraussetzt und auch die bloße **Eingliederung**, dh beispielsweise ohne gültigen Vertrag wie bei illegal beschäftigten Ausländern, für das Vorliegen von Dienstnehmereigenschaft genügen lässt.

Im Bereich der **persönlichen Abhängigkeit** wird im Detail geprüft:

---

<sup>4</sup> Pfeil/Auer-Mayer, Österreichisches Sozialrecht<sup>13</sup> (2021) 16 f.

- Bindung an Arbeitsort
- Bindung an Arbeitszeit
- Arbeitsbezogenes Verhalten
- Weisungsgebundenheit
- Kontrollunterworfenheit
- Persönliche Arbeitspflicht
- Wer stellt die Betriebsmittel bei?
- Wer trägt das wirtschaftliche Risiko?

Die Kriterien der persönlichen bzw wirtschaftlichen Abhängigkeit müssen nur **überwiegend** gegeben sein (§ 4 Abs 2 Satz 1 Halbsatz 2 ASVG).

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gesicht fallenden Gestaltungsspielraum zulassen, wird diese Prüfung tendenziell in Richtung Dienstnehmereigenschaft weisen.<sup>5</sup> Was die vertragliche Einräumung von Ablehnungs- und/oder Vertretungsrechten anlangt, so wird vom letztinstanzlich zuständigen Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung geprüft, ob derartige Rechte nach den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen für die jeweilige Tätigkeit überhaupt möglich sind<sup>6</sup> bzw insb ob die Rechte tatsächlich „gelebt“ wurden;<sup>7</sup> ist Letzteres nicht der Fall, so liegt eine bloße Scheinvereinbarung (§ 539a Abs 4 ASVG) vor.<sup>8</sup> Das Vorliegen einfacher manueller Tätigkeiten ohne jegliche Einbindung in einen Betrieb reicht jedoch nicht für die Qualifikation als Dienstverhältnis aus.<sup>9</sup>

Ein „GSVG-Werkvertrag“ mit Personen, die am Wochenende Zeitungstaschen montieren, mit Zeitungen befüllen und am Sonntagabend wieder einsammeln und mit denen (nicht gelebte) Vertretungsrechte, Ablehnungsrechte udgl vereinbart wurden, sind trotz eines von ihnen gestellten wesentlichen Betriebsmittels (Personenkraftwagen) DN iSd § 4 Abs 2

---

<sup>5</sup> So zutreffend *Kocher*, Die größten Irrtümer bei Werkverträgen & Co, Personalverrechnung Informationen 2014 Heft 11, 18.

<sup>6</sup> Zu Schilehrern VwGH 21. 4. 2004, 2000/08/0113, Aktuelles Recht des Dienstverhältnisses 5515/12/2004; 11. 6. 2014, 2012/08/0157, ARD 6432/14/2015.

<sup>7</sup> Dazu *Kocher*, PVInfo 2014 H 11, 18.

<sup>8</sup> Vgl zB VwGH 21. 4. 2004, 2000/08/0113, ARD 5515/12/2004; 24. 1. 2006, 2004/08/0202, Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht 2007 S 27.

<sup>9</sup> VwGH 22. 10. 2020, Ra 2019/08/0090.

ASVG.<sup>10</sup> Auch zB bei der Gründung einer stillen Gesellschaft mit Heimhelferinnen<sup>11</sup> oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft<sup>12</sup> handelt es sich um derartige Scheinvereinbarungen, sofern die Gesellschafterrechte nicht gelebt werden; die Betroffenen sind DN iSd § 4 Abs 2 ASVG.

Die Beschäftigung eines Fahrers von Lastkraftwagen über einer zwischengeschaltete ausländische Firma stellt ein echtes Dienstverhältnis. Für das Bestehen persönlicher Abhängigkeit spricht unter anderem die Vereinbarung eines zeitbezogenen (Pauschal-)Entgelts.<sup>13</sup>

Weiters wurde ein IT-Support-Mitarbeiter vom VwGH<sup>14</sup> als DN iSd § 4 Abs 2 ASVG qualifiziert. Die Art der Aufgabenverteilung unter den EDV-Betreuern, die jeweils Probleme aus einer Mailbox zur weiteren Betreuung ausgewählt haben, zeige nicht, dass den Mitarbeiter keine Arbeitspflicht getroffen habe, sondern lediglich, dass die Verteilung der Aufgaben auf die einzelnen EDV-Betreuer von diesen selbst gesteuert werden konnte. Bestand die Verpflichtung, die Probleme aus der Mailbox zu bearbeiten, dann ändere die Möglichkeit, die den eigenen Fähigkeiten am Besten entsprechenden Fragestellungen auszuwählen, nichts an der Verpflichtung zum Tätigwerden. Es habe eine Verpflichtung bestanden, Einblick in den Fortgang der Arbeit zu geben; der DG konnte auf Grund der Kontrolle der Dienstpläne steuernd in den Arbeitsablauf eingreifen. Im Hinblick auf die Qualifikation des DN und die Art der Tätigkeit stellten diese Umstände ausreichende Anhaltspunkte dafür dar, dass vom Vorliegen einer stillen Autorität des DG<sup>15</sup> auszugehen sei.

Ein (argentinischer) Pferdetrainer, dessen persönliche Arbeitspflicht gegeben ist, der jedoch keinerlei Weisungen unterliegt und nur für einen einmaligen Arbeitseinsatz kurzfristig tätig war, ist hingegen kein DN iSd § 4 Abs 2 ASVG.<sup>16</sup> Eine Gesamtabwägung ergab hier das

<sup>10</sup> VwGH 24. 4. 2014, 2012/08/0258. Vgl auch VwGH 10. 11. 2022, Ra 2019/080071 oder – zu Pizzazustellern VwGH 31. 8. 2023, Ra 2023/08/104.

<sup>11</sup> VwGH 4. 6. 2008, 2006/08/0206, ARD 5938/9/2009.

<sup>12</sup> VwGH 11. 6. 2014, 2012/08/0157, ARD 6432/14/2015.

<sup>13</sup> VwGH 24. 4. 2023, Ra 2023/08/0054.

<sup>14</sup> VwGH 2. 7. 2008, 2005/08/0023, infas 2008 S 37 = ARD 5938/10/2009.

<sup>15</sup> Von „**stiller Autorität des DG**“ wird dann gesprochen, wenn ein DN wegen seiner besonderen, zB wissenschaftlichen oder künstlerischen Fähigkeiten so qualifiziert ist, das ihm der DG fachlich keine Weisungen zu geben vermag, dieser DN aber dennoch in das betriebliche Organisationsgefüge in Fragen der Arbeitszeit, des formellen Arbeitsablaufs und dergleichen eingegliedert ist, sodass zumindest „latent“ vom entscheidenden personenbezogenen Weisungsrecht auszugehen ist; vgl *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 68 ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> (2017) Randzahl 4/004 mit weiteren Nachweisen.

<sup>16</sup> VwGH 24. 4. 2014, 2012/08/0081, PVInfo 2014 H 11, 16.



Überwiegen der Merkmale persönlicher Unabhängigkeit, weil insb der Ablauf des Trainings und auch die Gestaltung des Arbeitstages dem Trainer überlassen war (der Tag wurde dabei auch durch die Bedürfnisse der Pferde bestimmt) und keinerlei Kontrollmöglichkeiten festgestellt wurden.

Im vorliegenden Zusammenhang besonders bemerkenswert ist eine Entscheidung des VwGH<sup>17</sup> zu einer Firma, welche dem Arbeitsmarktservice einen bei ihr im freien Dienstvertrag beschäftigten Trainer für Kurse zur Verfügung stellte. Der VwGH ging von einem echten Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG aus. Es sei eine Eingliederung in die Betriebsorganisation gegeben, da die Kurse in den Räumlichkeiten des DG zu festgelegten Stundenplänen erfolgten. Die Tätigkeiten waren durch Richtlinien determiniert und es gab Kontrollmöglichkeiten. Ein generelles Vertretungsrecht könne es angesichts der nötigen Kompetenz nicht geben. Anwesenheitspflichten sowie Pflichten zur Aufzeichnung der Seminarinhalte und zur Auswertung von Evaluierungsbögen der Teilnehmer vervollständigten das Bild einer Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit.

Weiters hat der VwGH<sup>18</sup> wiederholt festgehalten, dass Trainer bzw Vortragende in einer Erwachsenenbildungseinrichtung DN iSd § 4 Abs 2 ASVG sind. Auf das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei, es handle sich um „Werkverträge“, ist der VwGH nicht eingegangen, zumal er schon in einigen Vorentscheidungen ausgeführt hat, dass derartige Tätigkeiten mit dem Wesen eines Werkvertrags nicht in Einklang zu bringen sind<sup>19</sup> (dazu ausführlich für die konkrete Problemstellung 2.2).

In jüngerer Zeit hat der VwGH<sup>20</sup> die Tätigkeit eines Spitzensportlers als Vorspringer bei der Skiflug-Weltmeisterschaft für die veranstaltende Tochter-GmbH des Österreichischen Skiverbandes nicht zuletzt wegen der Eingliederung in das unternehmerische Konzept des Sportveranstalters (im Zusammenwirken mit den Verbänden bzw deren detaillierter Reglements) als Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG qualifiziert. Unterscheidungskräftige Kriterien für die Prüfung der Dienstnehmereigenschaft iSd § 4 Abs 2 ASVG seien laut Gerichtshof die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und

---

<sup>17</sup> VwGH 24. 4. 2014, 2013/08/0259.

<sup>18</sup> VwGH 4. 8. 2014, 2013/08/0272, Das Recht der Arbeit-*inf*as 2015/37 (*Padilha-De Brito*).

<sup>19</sup> Dies betont zu Recht *Padilha-De Brito*, *DRdA-*inf*as* 2015/37, 30.

<sup>20</sup> VwGH 3. 4. 2019, Ro 2019/08/0003 („Fall Lukas Müller“).

Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Ein Sponsoringvertrag für einen Motocrossfahrer hingegen begründet im Regelfall keine Pflichtversicherung als (freier) DN iSd ASVG<sup>21</sup> (zum freien DN iSd ASVG vgl 1.3). Es fehlt hier an der nötigen Eingliederung (s oben) sowie auch an der Vorgabe bestimmter Dienstleistungen durch den Vertragspartner.

## 1.2 Lohnsteuerpflicht und ASVG

Gem § 4 Abs 2 Satz 2 ASVG gilt als DN jedenfalls auch derjenige, der nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG<sup>22</sup> **lohnsteuerpflichtig** ist, es sei denn, es handelt sich um Bezieher von Einkünften gem § 25 Abs 1 Z 4 litera a und b EStG (im Wesentlichen: Politiker) oder Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit c EStG, sofern Letztere in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

Mit dieser Bestimmung knüpft das ASVG an die Unselbstständigkeit im steuerrechtlichen Sinn an. Es ist nicht ausgeschlossen, dass damit Personen ins ASVG einbezogen werden, die arbeitsrechtlich (und auch nach § 4 Abs 2 Satz 1 ASVG) nicht als DN anzusehen sind.

Die wesentliche Bedeutung dieser Verweisung auf Vorschriften des EStG liegt darin, dass für jene Zeiträume, für welche eine Lohnsteuerpflicht der betreffenden Person nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 EStG (objektiv) gegeben ist, damit (jedenfalls) auch die Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 Satz 1 ASVG feststeht.<sup>23</sup> Wird (faktisch) keine Lohnsteuer vom DG einbehalten, kann (objektiv) die Lohnsteuerpflicht von der ÖGK eigenständig geprüft werden.

<sup>21</sup> VwGH 29. 1. 2020, Ra 2018/08/0028 („Fall Kinigadner“), JAS 2020, 191 (*Pechtl*).

<sup>22</sup> Einkommensteuergesetz 1988 BGBl 400 idgF.

<sup>23</sup> VwGH 26. 4. 2006, 2003/08/0264, infas 2006 S 34.

### 1.3 Der dienstnehmerähnliche („kleine“) freie DN

Der gegenüber den bisher genannten Bestimmungen subsidiäre **§ 4 Abs 4 ASVG** stellt den DN Personen gleich, die sich auf Grund **freier Dienstverträge** gegenüber gewissen Auftraggebern<sup>24</sup> verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die **Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen** und über **keine nennenswerten eigenen Betriebsmittel** verfügen, sofern sie ua nicht schon anderweitig (§§ 2 Abs 1 Z 1 bis 3, 3 Abs 3 GSVG, § 2 Abs 1 und 2 FSVG<sup>25</sup>) versichert sind.

Diese (als Unternehmer) ganz „kleinen“ **freien DN** (nicht aber zB Werkvertragsnehmer) werden nach dieser Bestimmung – trotz nach § 4 Abs 2 ASVG und in aller Regel auch nach Arbeitsrecht gegebener Unternehmerstellung – in die Sozialversicherung der unselbstständig Erwerbstätigen, also ins ASVG, einbezogen.

Der „kleine“ freie DN darf sich hin und wieder auch vertreten lassen, er muss ja nur „im Wesentlichen persönlich“ leisten; er darf auch über „unwesentliche“ eigene Arbeitsmittel verfügen.<sup>26</sup>

Die „**im Wesentlichen persönliche Erbringung der Dienstleistung**“ wird zumindest dann vorliegen, wenn der überwiegende Teil der Leistung höchstpersönlich erbracht wird.<sup>27</sup>

Ob ein **Betriebsmittel „wesentlich“** ist, ist nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des freien DN zu beurteilen. Wesentlichkeit wird vorliegen, wenn es sich nicht um ein bloß geringes Wirtschaftsgut handelt und es entweder seiner Art nach der betrieblichen Tätigkeit dient oder vom freien DN zur Schaffung einer eigenen unternehmerischen Struktur ins Betriebsvermögen aufgenommen wurde. Es muss sich dabei um ein Sachmittel handeln, das der Erbringung der konkret im Raum stehenden Tätigkeit dient. Verlangt der DG für Botenfahrten den Einsatz

<sup>24</sup> Pferdetrainer, welche die Dienstleistungen für eine Privatperson und damit nicht für einen DG im Rahmen seines Geschäftsbetriebs, seiner Gewerbeberechtigung oder seiner berufsrechtlichen Befugnis erbringen, können aus diesem Grund nicht freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG sein; VwGH 24. 4. 2014, 2012/08/0081, PVIInfo 2014 H 11, 16.

<sup>25</sup> BG über die Sozialversicherung freiberuflich selbstständig Erwerbstätiger BGBl 1978/624 idgF.

<sup>26</sup> VwGH 26. 5. 2004, 2001/08/0045, DRdA 2004, 468.

<sup>27</sup> Tomandl, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 2006, 255.

eines privaten Pkw des freien DN, so wird dieser Pkw dadurch noch nicht zum „wesentlichen Betriebsmittel“. Schafft der freie DN jedoch einen eigenen Lieferwagen an oder widmet er den privaten Pkw ausdrücklich dem Betriebsvermögen, ist Dienstnehmerähnlichkeit iSd § 4 Abs 4 ASVG nicht mehr anzunehmen.<sup>28</sup>

Im Falle von Lehrenden im weiteren Sinn schließt der VwGH<sup>29</sup> das Vorliegen eines freien Dienstvertrags iSd § 4 Abs 4 ASVG nicht aus.<sup>30</sup> Eine entscheidende Frage ist, ob das von einem Arbeitenden aufgebaute Know-how, welches sich vordergründig in materiellen Betriebsmitteln niederschlägt (zB ein zum Vortragen verwendetes eigenes Skriptum oder Buch, eine [ausführlich ausgearbeitete] Bildschirmpräsentation) ein den § 4 Abs 4 ASVG ausschließendes wesentliches Betriebsmittel darstellt (dazu ausführlich 2.2). Im Fall einer Aerobictrainerin war der vom Fitnessstudio gestellte Saal das „wesentliche Betriebsmittel“, nicht jedoch die von der Trainerin selbst beigebrachten Gummibänder, Bälle, Tonträger sowie eine kleine Büroorganisation.<sup>31</sup> Bei einem Masseur – das ist natürlich grundsätzlich kein Lehrender iwS, aber zumindest ein Kompetenzträger – ist das in die tägliche Arbeit eingebrachte Know-how – es ging bloß um dieses – kein „wesentliches Betriebsmittel“.<sup>32</sup>

Rechtsanwälte, Steuerberater etc, die zivil- bzw arbeitsrechtlich als freie DN zu qualifizieren sind, sind deshalb nicht nach § 4 Abs 4 ASVG pflichtversichert, weil sie „wesentlich mit eigenen Betriebsmittel“ arbeiten.

Die „kleinen“ freien DN erhalten nach ASVG mehr oder weniger dieselben Leistungen wie DN iSd § 4 Abs 2 ASVG. Weiters sind freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG auch arbeitslosenversichert (§ 1 Abs 8 AIVG<sup>33</sup>). Praktisch sind damit auch die Beitragsbelastungen gleich jenen des (vollversicherten<sup>34</sup>) DN iSd § 4 Abs 2 ASVG.

---

<sup>28</sup> VwGH 23. 1. 2008, 2007/08/0223. Die Zuordnung von beweglichen Wirtschaftsgütern, die sowohl betrieblich als auch privat genutzt werden, zum Betriebs- oder Privatvermögen richtet sich danach, ob die Nutzung überwiegend betrieblich oder privat erfolgt. Ein Wahlrecht für die Zuordnung besteht nur dann, wenn eine überwiegende Nutzung nicht festgestellt werden kann. Ein Fahrzeug, das für Botenfahrten überwiegend betrieblich genutzt wird, stellt ein wesentliches Betriebsmittel iSd § 4 Abs 4 ASVG dar; VwGH 11. 12. 2013, 2013/08/0030, ARD 6403/10/2014.

<sup>29</sup> VwGH 27. 4. 2011, 2009/08/0123, DRdA 2012, 60.

<sup>30</sup> Zusammenfassend *Padilha-De Brito*, DRdA-InfAS 2015/37, 30.

<sup>31</sup> VwGH 24. 1. 2006, 2004/08/0101, InfAS 2007 S 28.

<sup>32</sup> Vgl VwGH 11. 6. 2014, 2012/08/0245.

<sup>33</sup> Arbeitslosenversicherungsgesetz BGBl 1977/609 idGF.

<sup>34</sup> „Vollversichert“ bedeutet nach ASVG eine Versicherung in der Unfall-, Kranken- und Pensionsversicherung. Dazu tritt typischerweise noch die Arbeitslosenversicherung nach AIVG.

Freie DN, die die Kriterien des § 4 Abs 4 ASVG nicht erfüllen, sowie Werkvertragsnehmer gelten als „neue Selbstständige“ iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (vgl 1.5), wenn sie nicht bereits einer anderen Pflichtversicherung unterliegen.

## 1.4 „Alte“ Selbstständige

Nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG sind in der Selbstständigensozialversicherung nach diesem Gesetz die „Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft“ erfasst. Die gesetzliche **Mitgliedschaft zu den Wirtschaftskammern** setzt wiederum am Erfordernis einer **Gewerbeberechtigung** für die jeweilige unternehmerische Tätigkeit an.

Nach § 2 Abs 1 Z 2 GSVG versichert sind die Gesellschafter einer Offenen Gesellschaft sowie die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer KG, sofern diese Gesellschaften **Mitglieder einer WK** sind.

Gem § 2 Abs 1 Z 3 GSVG wird von diesem Gesetz weiters der **Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH** erfasst, sofern die GmbH **Wirtschaftskammermitglied** ist und die Person nicht bereits nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG (vgl 1.1) versichert ist.

## 1.5 „Neue“ Selbstständige

Weiters werden so genannte neue Selbstständige unabhängig von ihren Vertragsgestaltungen (Werkvertrag, freier Dienstvertrag) und – dies war nach traditioneller Konzeption (zu dieser s 1.4) ein entscheidendes Hindernis – unabhängig von einer Wirtschaftskammermitgliedschaft in das GSVG einbezogen.

§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG definiert diese Personen als „selbstständig Erwerbstätige, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte iSd §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 EStG erzielen, wenn auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits eine andere Pflichtversicherung in entsprechenden Versicherungszweigen eingetreten ist“.

Die Versicherungspflicht ist von der **Höhe des** (nach den oben zitierten Bestimmungen des EStG **steuerpflichtigen**) **Einkommens** abhängig: Gem § 4 Abs 1 Z 5 GSVG sind neue Selbstständige von der Pflichtversicherung ausgenommen, wenn ihre Einkünfte aus sämtlichen dem GSVG unterliegenden Tätigkeiten das Zwölffache des Betrags nach § 25 Abs 4 GSVG nicht übersteigen. Diese Geringfügigkeitsgrenze bzw – eigentlich – **Versicherungsgrenze** für die neuen Selbstständigen beträgt derzeit EUR 6.010,92 (Wert 2023, dieser Wert wird jährlich valorisiert).

## **2. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der im Bereich der Umweltbildung bestehenden Mitarbeiterverhältnisse**

Aufbauend auf den unter 1. dargestellten Grundlagen sind im Folgenden die gegenständlichen Mitarbeiterverhältnisse sozialversicherungsrechtlich zu qualifizieren.

Gleich vorweg kann eine Einstufung in den Kreis der „alten“ Selbstständigen (allg 1.4) ausgeschlossen werden. Eine Gewerbeberechtigung ist für die in Frage stehenden Erwerbstätigkeiten nicht vorgesehen bzw nicht vonnöten, damit kann es auch nicht die für den Status erforderliche Mitgliedschaft zu einer WK geben.

Es ist also nach dem von der ÖGK auf Grund der Judikatur des VwGH entwickelten Prüfungsschema vorzugehen. Unabhängig vom schriftlich Niedergelegten, insb auch unabhängig von der Vertragsbezeichnung, ist zunächst der Dienstnehmerbegriff des § 4 Abs 2 Satz 1 ASVG zu prüfen (s 2.1), bei Verneinung desselben ist die Lohnsteuerpflicht iSd § 4 Abs 2 letzter Satz ASVG (s 2.2) und bei Verneinung auch dieses Aspekts der Begriff des dienstnehmerähnlichen freien DN iSd § 4 Abs 4 ASVG zu relevieren (s 2.3). Erst dann, wenn diese Anknüpfungspunkte für eine Pflichtversicherung nach ASVG nicht zutreffen, ist das GSVG, im gegebenen Zusammenhang somit der Tatbestand des „neuen Selbstständigen“, zu betrachten (s 2.4).

## 2.1 DN iSd § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG?

Die nach § 4 Abs 2 Satz 1 ASVG relevanten Tatbestandselemente sind in den hier interessierenden Fällen wie folgt ausgeprägt:

- Die **Bindung an einen Arbeitsort** ist **schwach**. Hier gibt es in vielen der unter 2.1 dargestellten Fälle einen entscheidenden Unterschied zu Lehrern und diversen sonstigen Lehrenden, etwa in der Erwachsenenbildung: Es werden Exkursionen geleitet, deren Ziele vom diesbezüglich sachkundigen Arbeitenden frei bestimmt werden.
- Eine **Bindung an Arbeitszeiten** liegt bei Lehrtätigkeiten iwS in der Natur der Sache und ist daher im gegebenen Zusammenhang **nicht stark zu würdigen**.
- Das **arbeitsbezogene Verhalten** ist **relativ wenig vorherbestimmt**, es ist im Wesentlichen so, dass von Fachleuten eigene Sachkunde kreativ einzubringen ist. Es besteht anders als beim Schullehrer oder beim Trainer in der Erwachsenenbildungseinrichtung keine strenge Bindung an Lehrpläne.
- Die **Weisungsgebundenheit** ist demgemäß **relativ schwach** ausgeprägt. Die Weisungen sind weniger personenbezogen als sachbezogen (themenbezogen). So werden beispielsweise die konkreten Routen relativ frei ausgewählt.
- **Relativ schwach** ist auch die **Kontrollunterworfenheit**. Diese ist zwar vorhanden, häufig aber eher formaler Natur insofern, als Evaluierungen für allgemeine Zwecke der Qualitätssicherung bzw zur Dokumentation gegenüber dem Fördergeber durchgeführt werden. Es wird nicht wie beim Schullehrer überprüft, ob jemand einen bestimmten, in einem Lehrplan vorgegebenen Stoff im Detail durchbesprochen hat.
- **Persönliche Arbeitspflicht** ist **gegeben**, das Vertretungsrecht ist beschränkt und hebt diese letztlich nicht auf.
- Die **Betriebsmittel** werden von beiden Seiten beigestellt, auch hier ist keine völlige Abhängigkeit des Arbeitenden zu konstatieren.

- Was die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos anlangt, so ist zu konstatieren, dass den Arbeitenden kein Fixum, zB für das Bereitstehen, gebührt, sondern dass nur dann ein Honorar anfällt, wenn das Angebot und konkret auch die jeweilige Person von den Schulen und sonstigen interessierten Kreisen gebucht werden; es besteht also eine **erfolgsabhängige Honorierung**. Die Lehrenden müssen sich somit, wenn man so will, jeden Einzelauftrag in gewisser Weise „erkämpfen“ – durch gute Evaluierungen, durch eine entsprechend gute „Mundpropaganda“ etc. Es kann also festgehalten werden, dass **einiges wirtschaftliches Risiko auf Seiten der Arbeitenden** liegt, wie dies eben bei Unternehmern üblich ist.

Denkt man darauf aufbauend etwa an den vom VwGH entschiedenen Fall mit den dem AMS für Kurse zur Verfügung gestellten Mitarbeitern, so erscheint die Situation der hier zu beurteilenden Mitarbeiter insb von ihrer „**örtlichen Selbstbestimmung**“ sowie ihrer **Lehrfreiheit** her und weiters in Bezug auf die Dokumentationspflichten bzw die Betriebsmittelsituation **viel „freier“** zu sein.

Es kann ganz allgemein kann **nicht** davon gesprochen werden, dass die gegenständlichen Mitarbeiter **in ein fremdes unternehmerisches Konzept** (hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsabfolge, wirtschaftliche bzw Betriebsmittelabhängigkeit, pesonenbezogene Weisungen etc) **eingegliedert** sind. Als Kontrast dazu kann man etwa an das Judikat des VwGH zum Skispringer denken, der in genauest vorbestimmte Abläufe eingliedert ist. Die in der Naturvermittlung tätigen Personen können hingegen aus der Vielfalt der in der Literatur und Praxis vorkommenden Methoden und Konzepten das für sie und die Aktion beste auswählen. Die konkrete Umsetzung der Aktionen erfolgt nicht nach „Schulungen“, sondern nach dem eigenen Können, nach Vorlieben eigenen Ideen etc. Außerdem ist „örtlich“ viel weniger vorgegeben als etwa beim Skispringer oder auch bei den vom VwGH ebenfalls beurteilten Skilehrern, die sich mit der jeweiligen Gruppe je nach deren Können in gewissen Bereichen (Pisten) bewegen müssen. Bei den gegenständlichen Naturlehrern und -führern gibt es also in fachlicher und örtlicher Hinsicht viel weniger oder gar keine Vorgaben.

Alles in allem ist daher nach Auffassung des Unterzeichnenden das Vorliegen von **DN iSd § 4 Abs 2 ASVG zu verneinen**.



## 2.2 Lohnsteuerpflicht iSd § 4 Abs 2 Satz 3 ASVG?

Als nächstes ist zu fragen, ob nach § 4 Abs 2 Satz 3 ASVG Lohnsteuerpflichtige vorliegen.

Nach der Rsp des VwGH zu § 47 EStG<sup>35</sup> stellt ein steuerrechtliches Dienstverhältnis und damit auch die Lohnsteuerabzugsverpflichtung auf die (**promulgierten**) Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des AG ab; nach dieser Rsp ist in Zweifelsfällen zudem auf weitere Kriterien (wie beispielsweise Fehlen des Unternehmerwagnisses, laufender Arbeitslohn, Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung, fixe Arbeitszeit, fixer Arbeitsort, feste Urlaubseinteilung) zurückzugreifen. Der Begriff des steuerlichen Dienstverhältnisses ist somit ebenfalls ein durch eine Mehrzahl von Merkmalen gekennzeichneter Typusbegriff. Solchen Typusbegriffen sind die realen Erscheinungen anhand einer Mehrzahl von Merkmalen zuzuordnen, wobei – da nicht stets alle Merkmale in gleicher Intensität ausgebildet sein werden – die Entscheidung letztlich nach dem Gesamtbild zu erfolgen hat.

Bei Gesamtwürdigung der oben aufgelisteten Merkmale ist eine **Lohnsteuerpflicht** (dh das Vorliegen eines steuerlichen Dienstverhältnisses) bei naturpädagogischen Mitarbeitern, Naturparkführern etc **zu verneinen**. **§ 4 Abs 2 Satz 3 ASVG greift daher nicht**.

## 2.3 Freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG?

Da auch die Lohnsteuerpflicht nicht gegeben ist, ist als dritter Schritt die Frage nach der Eigenschaft als „dienstnehmerähnlicher“ freier DN nach § 4 Abs 4 ASVG aufzuwerfen. Die eher formalen Randbedingungen dieser Vorschrift (zB keine anderweitige Pflichtversicherung für die fragliche Tätigkeit, bestimmte Eigenschaften der freien DG) sind gegeben und sollen angesichts des Ziels der gegenständlichen Analyse beiseitegelassen werden. Es müssen daher folgende Tatbestandsmerkmale in den Mittelpunkt gestellt werden:

---

<sup>35</sup> Vgl zB VwGH 20. 2. 2008, 2008/15/0072.

- Es müssen **freie Dienstverträge** gegeben sein. Mangels persönlicher Abhängigkeit – dieser Aspekt ist sozialversicherungsrechtlich (vgl 2.1) und arbeitsrechtlich gleich zu verstehen – sind keine (echten) Arbeitsverträge iSd § 1151 Satzteil 1 ABGB<sup>36</sup> gegeben. In Frage kommen aus zivil- bzw arbeitsrechtlicher Sicht – was hier wiederum verwendet werden kann – freie Dienstverträge oder Werkverträge. Beide unternehmerischen Verträge setzen nach den von Lehre und Rsp herausgearbeiteten Definitionen<sup>37</sup> einmal voraus, dass die Tätigkeit nicht in persönlicher Abhängigkeit (s oben) erfolgt.

Darüber hinaus stellt der **freie Dienstvertrag** ein **Dauerschuldverhältnis** dar, in welchem **Dienste** geleistet und die Anforderung ein **Bemühen** ist, während der **Werkvertrag** ein **Zielschuldverhältnis** ist, das ein **Werk** zum Inhalt hat und zur korrekten Erfüllung einen **Erfolg** erfordert. Im gegebenen Zusammenhang sind durchaus einige für Werkverträge typische Aspekte ausgeprägt, je nach konkreter Ausgestaltung und Praxis der Verträge einmal stärker, einmal schwächer. Eine Zielschuld zeigt sich darin, dass die Rechtsbeziehung mit der Erfüllung endet und es keiner Kündigung, einvernehmlichen Auflösung oder Befristung bedarf. Ein Werk ist in sich geschlossen, Dienste hingegen sind „offen“ und nicht von vornherein bestimmt. Erfolgsverbindlichkeit heißt im Gegensatz zu Bemühensverbindlichkeit, dass ein bloßes Bemühen eben nicht reicht, sodass bei nicht erfolgreicher bzw korrekter Erfüllung Gewähr zu leisten ist. Würdigt man diese Aspekte, so kann festgehalten werden, dass in den hier zu beurteilenden Fällen **eher Werkverträge** vorliegen werden, womit **§ 4 Abs 4 ASVG nicht mehr in Frage kommt**.

Für den Fall, dass **ausnahmsweise** aus zivil- bzw arbeitsrechtlicher Sicht **freie Dienstverträge** gegeben sind, müssen die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 4 ASVG geprüft werden.

- Das erste einschlägige Tatbestandsmerkmal erfordert, dass die **Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich** erbracht werden. Dies ist im gegebenen Zusammenhang der Fall: Eine Vertretung findet tatsächlich kaum statt und ist letztlich wohl auch unzulässig bzw unerwünscht. Sollte doch zu vertreten sein, dann hat man sich mit Personen aus

---

<sup>36</sup> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811 Justizgesetzsammlung 946 idgF.

<sup>37</sup> Allg dazu zB *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht<sup>7</sup> (2023) 2 und die folgenden mwN.

einem grundsätzlich zwar offenen, faktisch aber insb wegen der nötigen Kompetenz eher engem Feld denkbarer Vertreter verständigen.

- Weiters ist vorausgesetzt, dass die Auftragnehmer über **keine nennenswerten eigenen Betriebsmittel** verfügen. In Bezug auf dieses Tatbestandsmerkmal ist bei den hier vorzufindenden freien Dienstverträgen eine differenzierende Sichtweise geboten:
  - Betrachtet man das Tätigwerden der Mitarbeiter der im Bereich der Tiroler Umweltbildung tätigen Vereine, so gibt es hier primär Personen mit hoher Kompetenz und Erfahrung, die das Wirken und die Qualität der Tiroler Umweltbildung prägen. Diese Personen **entwickeln aus ihrer Fachkunde und nach ihrem Ermessen laufend kreativ Lehrkonzepte und Lehrstrategien** samt den dazugehörigen **Lehrmitteln** und **setzen dies** dann in den konkreten Aktionen **in der freien Natur um**. Diese Personen könnte man kurz und prägnant „Schlüsselkräfte“ nennen. Diese Gruppe von Mitarbeitern bringt also von sich wesentliche Betriebsmittel mit. Damit sind diese Personen **keine freien DN iSd § 4 Abs 4 ASVG** (zu deren sozialversicherungsrechtlicher Behandlung s 2.4).
  - Daneben gibt es möglicherweise eine Gruppe von Mitarbeitern, die sich bei ihrem Tätigwerden **auf die** von der oben genannten Gruppe entwickelten und weiterentwickelten **Lehrkonzepte, -strategien und -mittel stützt** und **diese verwendet**. Dies deswegen, weil diese Mitarbeiter (noch) nicht die Kompetenz und Erfahrungen des erstgenannten Personenkreises aufweisen. Man könnte diese Personen kurz und prägnant „Einsteiger“ nennen. Die meines Erachtens entscheidende Frage der Beistellung der Lehrmittel ist daher bei diesen Beteiligten nicht in der obigen Richtung ausgeprägt, sodass nicht gesagt werden kann, dass der jeweilige Arbeitende über „nennenswerte eigene Betriebsmittel verfügt“. Es kann also festgehalten werden, dass diese Gruppe naturpädagogischer Mitarbeiter sozialversicherungsrechtlich betrachtet **freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG** sind.

Letztere Personen sind also vom DG bei der ÖGK anzumelden, für sie sind Beiträge einzubehalten und abzuführen. Im Falle von Vollversicherung fallen im Wesentlichen folgende „Lohnnebenkosten“ an:

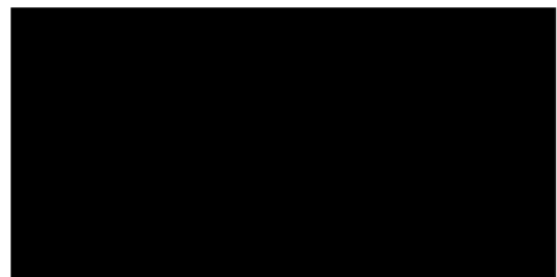
Arbeitslosenversicherungsbeitrag, Zuschlag nach IESG, Beitrag nach BMSVG (1,53 % des Bruttoentgelts), Kommunalsteuer und Dienstgeberbeitrag nach Familienlastenausgleichsrecht.

Im Falle hier denkbarer **geringfügiger Beschäftigung** (vgl § 5 ASVG; Geringfügigkeitsgrenze 2023: EUR 500,91 monatlich) besteht nur Teilversicherung in der Unfallversicherung mit entsprechend geringerer Beitragsbelastung (Dienstgeberbeitrag in Höhe von 1,1 % des Bruttolohnes) sowie Beitragspflicht nach BMSVG. Zu beachten ist das **DAG**,<sup>38</sup> wonach die DG für alle bei ihnen geringfügig beschäftigten DN oder freien DN iSd § 4 Abs 4 ASVG eine **pauschalierte Abgabe** in Höhe von 16,4 % der Beitragsgrundlage zu entrichten haben, sofern die Summe der monatlichen Beitragsgrundlagen (Entgelt ohne Sonderzahlungen) dieser Mitarbeitergruppe das Eineinhalbfache der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze übersteigt.

## 2.4 „Neue“ Selbstständige iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG

Für jene unter 2.3 angeführten Mitarbeiter, welche keinem der ASVG-Anknüpfungspunkte entsprechen, kommt (nur) eine Pflichtversicherung als „neuer Selbstständiger“ nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (dazu allg 1.5) in Frage. Die geforderte **einkommensteuerrechtliche Erfassung** ist gegeben, es wird also im Einzelfall zu schauen sein, ob die unter 2.3 als „Schlüsselkräfte“ bezeichneten Personen im jeweiligen Kalenderjahr die **Versicherungsgrenze** überschreiten.

Graz, 22. 11. 2023



*(Gert-Peter Reissner)*

---

<sup>38</sup> Dienstgeberabgabegesetz BGBl I 2003/28 idgF.