

# KLIENTEN-INFO

## Echter / Freier Dienstvertrag und Werkvertrag in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung

### Rechtliche Grundlagen

§ 1151 ABGB kennt nur **Dienst-** und **Werkvertrag**. Bei ersterem verpflichtet sich jemand zu einer **Dienstleistung**, beim zweiten zur Herstellung eines **Werkes** gegen Entgelt. § 4 Abs. 4 ASVG stellt einen Dienstnehmer einer Person gleich, die sich auf Grund eines „**Freien Dienstvertrages**“ zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet, ohne über wesentliche eigene Betriebsmittel zu verfügen. Im Steuerrecht sind in der VO zu § 109a EStG hinsichtlich der Mitteilungspflicht für Leistungen, die außerhalb eines Dienstverhältnisses erbracht werden, u.a. sonstige Leistungen genannt, die im Rahmen eines „**Freien Dienstvertrages**“ erbracht werden. Eine gesetzliche Definition für den „Freien Dienstvertrag“ fehlt aber. Die Kriterien hierfür resultieren aus **Rechtsprechung** und **Verwaltung**.

### Elemente eines Freien Dienstvertrages in gelebter Praxis

Es handelt sich um einen **Mischvertrag** aus **echtem Dienstvertrag** und **Werkvertrag**, in Form eines Dauerschuldverhältnisses, bei dem nicht ein Werk, sondern eine bestimmte Leistung bei persönlicher Unabhängigkeit zu erbringen ist, wobei folgende Voraussetzungen

überwiegend tatsächlich gegeben und nicht bloß schriftlich vereinbart sind:

■ **Vertretungsrecht** genereller Natur. Eine Vertretung nur im Urlaubs- oder Krankheitsfall oder sog. Pool-Lösungen genügen nicht. Sie muss tatsächlich erfolgen, wenigstens einmal im Jahr und sollte dokumentiert werden. Bestehende Geheimhaltungspflichten sind vertraglich auf Vertreter oder Hilfspersonal zu überbinden. Auch die Bezahlung dieser Personen ist zu regeln (z.B. Anmeldung bei der GKK durch den Vertretenen). Es ist schon von vornherein zu prüfen, ob eine Vertretung der Sache nach (z.B. infolge spezieller personsbezogener Leistungserbringung) überhaupt möglich ist.

### INHALT

- Echter / Freier Dienstvertrag und Werkvertrag in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung
- Einkommens- und Zuverdienstgrenzen 2011 im Überblick
- Sachbezüge während des Krankenstandes

|         |       |  |  |  |  |  |  |
|---------|-------|--|--|--|--|--|--|
| Gesehen | Tag:  |  |  |  |  |  |  |
|         | Name: |  |  |  |  |  |  |

■ **Keine Eingliederung in die betriebliche Struktur des Dienstgebers:** Für die Erfüllung der Dienstleistung besteht keine Bindung an Ort und Zeit (keine Mindest- oder Höchstgrenzen für die Arbeitszeit) und somit auch keine Verpflichtung zu Zeitaufzeichnungen, sowie keine Weisungsgebundenheit betreffend das persönliche Verhalten, keine Kontrollunterworfenheit (Berichterstattung, Anwesenheitspflicht, Meldung von Fehlzeiten) und kein Konkurrenzverbot.

■ **Betriebsmittel:** Wenn das ASVG auch keine wesentlichen Betriebsmittel verlangt, kann die Existenz derselben doch ein hilfreiches Kriterium sein. Bereits die steuerliche Aktivierung und Abschreibung eines für die Leistungserbringung geeigneten Wirtschaftsgutes kann ein taugliches Argument beisteuern.

■ **Neutrale Elemente:** Im Unterschied zur Zeitaufschreibung sind Leistungsverzeichnisse und sachliche Weisungen betreffend den Arbeits- oder Leistungsgegenstand unschädlich, denn diese sind für die Leistungserbringung und Abrechnung erforderliche Voraussetzungen.

### Arbeitsrechtliche Bestimmungen

■ **Es gelten ohne vertragliche Ausschlussmöglichkeit:** Ausländerbeschäftigungsg, Dienstnehmerhaftpflichtg (Erleichterungen für Dienstnehmer), Kinder- und Jugendlichenbeschäftigungsg (unter 18 Jahren daher kein freier DN), Arbeitnehmerschutzg, Arbeitskräfteüberlassungsg, Gleichbehandlungsg, Diskriminierungsschutz für behinderte DN, Exekutionsordnung betr. Lohnpfändung, Beendigungsbestimmungen des ABGB und **seit 2008:** BMSVG, IESG, AIVG und AKG.

■ **Es gelten nicht:** AngG, GewO, ArbAfG, BEinstG, EFZG, UrlG, AZG, ARG, MSchG, BPG, AVRAG, LSDBG, ArbVG.

### Rechtliche Konsequenzen daraus

- Kein Gutgläubigkeitsschutz für zuviel bezogenes Entgelt und damit Korrekturmöglichkeit.
- Kein Kettenarbeitsvertragsverbot und somit jederzeitige Verlängerungsmöglichkeit.
- Keine Kollektivvertragsunterworfenheit sowie Betriebsratszuständigkeit.
- Zahlung nur für tatsächlich erbrachte Leistung und damit Kürzungsmöglichkeit bei Pauschalvereinbarung.
- Vertraglicher Ausschluss von § 1014 ABGB zu Gunsten des Dienstgebers (nicht möglich beim echten Dienstvertrag). Betrifft den Ersatz des zur Besorgung des Geschäftes nützlichen Aufwandes selbst bei fehlgeschlagenem Erfolg.
- Bei einem Arbeitslosengeldanspruch ab 2008 nach 6-monatiger Beschäftigung beim gleichen Arbeitgeber Anspruch auf Bildungskarenz.

- Anspruch auf Kranken- und Wochengeld seit 2008. Bemessungsgrundlage ist das Entgelt in den letzten 3 Monaten.

### Beispiele aus Rechtsprechung und Verwaltung

- **Detektivassistent:** *Dienstvertrag*, da Vorgabe von Ort und Zeitrahmen, ohne eigene Betriebsmittel und Entgelt nach Zeit.
- **Kanzleikraft:** Freie Zeiteinteilung von 13 bis 18 Uhr. *Dienstvertrag*, da Weisungen erteilt, persönliche Leistungspflicht und Urlaubsabstimmung.
- **Pizzazusteller:** *Dienstvertrag*, da fester Wochenplan, kein Vertretungsrecht, Zustellungsgebühr pro Auftrag.
- **Chefredakteur:** *Dienstvertrag*, da organisatorische Eingliederung, Dienstplan, Vertretung nur durch Kollegen (Pool), Zeitaufzeichnungen, Entlohnung auf Stundenbasis und keine eigenen Betriebsmittel.
- **Drachenflugehrer:** *Dienstvertrag*, da Festlegung einer Jahresplanung und Kurseinteilung, Vertretung nur aus Kollegenkreis (Pool), verbindliche Kurstermine, keine unternehmerische Struktur.
- **Montage von Sprinkleranlageanteilen:** *Dienstvertrag* trotz freier Zeiteinteilung, da sich Arbeitszeit und Ort nach den Bedürfnissen des Dienstgebers richtete.
- **IT-Supportleistungen:** *Dienstvertrag*, da Tätigkeit an bestimmtem Ort, Führung von Zeitaufzeichnungen, Kernarbeitszeit, keine eigenen Betriebsmittel und Geheimhaltungspflicht mit Zutrittsbeschränkung, die ein generelles Vertretungsrecht ausschließen.
- **Entwerfen von Plänen:** *Werkvertrag*, da Endentwürfe von Gebäuden anhand von Grobentwürfen erstellt wurden, der Abgabetermin an die persönliche Leistungserbringung gebunden war, der Betriebsort nie aufgesucht und das Entgelt unregelmäßig ausbezahlt wurde.
- **LSt-Haftungsbescheid:** Gilt als bindende Grundlage für einen Dienstvertrag nach ASVG.
- **Sportler:** Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Kriterien für einen Dienstvertrag vorliegen. Bei Mannschaftssportarten besteht er im Regelfall (Rz 1005 LStR u. Rz 765ff VereinR).
- **Vortragende:** Auch hier ist fallbezogen zu prüfen. Bei Bildungseinrichtungen besteht idR. gem. § 25 Abs. 1 Z 5 EStG ein Dienstvertrag (vgl. Rz 992ff u. 1012 ff LStR Lehrbeauftragte und unterrichtende Tätigkeit).

### Beitrags- und Steuerrecht

Wie eingangs erwähnt, besteht **Pflichtversicherung** gem. § 4 Abs. 4 ASVG, sofern nicht bereits eine andere Pflichtversicherung besteht.

**Ab 1. Jänner 2008** erfolgte **sozialversicherungsrechtlich** eine **Gleichstellung** mit **Dienstnehmern** durch Einbeziehung in die Abfertigung neu, die Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentgeltsicherung (KI April 2008). Die Anmeldung bei der GKK hat

vor Aufnahme der Beschäftigung zu erfolgen. Hier geht es um Minuten, um eine Verwaltungsstrafe zu vermeiden!

Es handelt sich um **Einkünfte aus selbständiger Arbeit** und es besteht daher **Einkommen- und Umsatzsteuerpflicht**, letztere wenn der Kleinunternehmerfreibetrag von netto € 30.000,- p.a. überstiegen wird. **Ab 1. Jänner 2010** wurde mit Begründung des Gleichstellungsbedarfes das Entgelt des freien Dienstnehmers den **Lohnnebenkosten** (DB, DZ und KommSt) unterworfen, weil er auch in den Genuss des 13%-igen **Gewinnfreibetrages** kommt (KI Aug. 2009).

### Zusammenfassung

Die richtige Wahl zwischen echtem und freiem Dienstvertrag gleicht bei den aufgezeigten Abgrenzungsproblemen einem Segeln zwischen Skylla & Karyptis, denn die effektiven Umstände schlagen den Parteienwillen. Kommt es zu einer Auseinandersetzung, ist es allemal klüger, sich vertraglich zu einigen, als zum Arbeitsgericht zu gehen. Die Wahrscheinlichkeit, dass dieses für ein echtes Dienstverhältnis entscheidet ist sehr hoch, was teuer werden kann, denn dann kommen die arbeitsrechtlichen Ansprüche – wie Urlaub, 13. und 14. Bezug, KV-Mindestlohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc. – zum Zuge und möglicherweise auch die Lohnsteuer, wenn der Freie Dienstnehmer „vergessen“ hat, Einkommensteuer abzuführen und Kalamitäten mit der Umsatzsteuer. Seit einiger Zeit steht dieses „prekäre und atypische“ Beschäftigungsverhältnis wegen mangelnder sozialer Absicherung und arbeitsrechtlicher Benachteiligung unter Kritik der Arbeitnehmervertretung, die den Missbrauch infolge Umgehung von Anstellungen durch billigere freie Dienstnehmer anprangert, welche derzeit ca. 1,5% d.s. ca. 54.000 aller unselbständig Beschäftigten – bei steigender Tendenz – ausmachen.

Am **30. März 2011** wurde aus diesen Gründen im **Nationalrat** der **Entschließungsantrag 1482/A (E)** eingebracht, in dem die Bundesregierung aufgefordert wird, **bis 31. Oktober 2011** einen **Gesetzesentwurf** vorzulegen, der die **Abschaffung der Freien Dienstverträge** vorsieht. Am 15. Juni 2011 spricht sich der Nationalrat für die Schaffung eines **einheitlichen Arbeitnehmerbegriffes** aus (Parlamentskorrespondenz Nr. 596). ■

## Einkommens- und Zuverdienstgrenzen 2011 im Überblick

Bei **Transferleistungen** im **Familienbereich**, der **Studienförderung**, in **Notfällen** sowie bei **Frühpensionen**, sind bestimmte Einkommensgrenzen zu beachten. Die Überschreitung derselben – oft nur im Geringfügigkeitsbereich – kann zu einem bösen Erwachen führen, weil es dadurch zum Wegfall oder sogar zur Rückzahlungsverpflichtung der bereits bezogenen Beträge kommen und bei der Pension existenzbedrohende Folgen haben kann.

### Familienbereich

■ **Familienbeihilfe:** Für anspruchsberechtigte Kinder unter 18 Jahren besteht keine Einkommensbeschränkung. Ab dem dem **18. Geburtstag** folgenden Kalenderjahr darf das **Jahreseinkommen** – ohne Einrechnung von steuerfreien Bezügen, Lehrlingsentschädigungen und Waisenpension – **€ 10.000,- nicht übersteigen**. Mit wenigen Ausnahmen endete ab Juli 2011 die Beihilfe nach dem 24. Lebensjahr, was der VfGH am 16. Juni 2011 als rechtens erkannt hat.

■ **Mehrkinderzuschlag:** Ab dem 3. Kind und für jedes weitere € 20,- p.m. wenn das Familieneinkommen 2011 **€ 55.000,- p.a.** nicht übersteigt.

■ **Kinderbetreuungsgeld:** Beim **einkommensabhängigen KBG** dürfen die Einkünfte **€ 5.800,- p.a.** und bei den **Pauschalvarianten € 16.200,- p.a.** bzw. den individuellen Grenzbetrag von **60% des Bruttoeinkommens** vor der Karenz nicht übersteigen. Als maßgebliche Einkünfte sind jene gem. § 2 Abs. 3 Z 1–4 EStG zu verstehen, sodass Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen nicht abzuziehen sind. Wird bei Einkünften aus Gewerbebetrieb nur ein Teilbetrag ausgeschüttet ist das unmaßgeblich (OGH 27.7.2010, 10 ObS 104/10g) Ausländische Einkünfte sind mit einzu beziehen (OHG 1.2.2011, 10Obs 173/10d).

■ **Studienbeihilfe:** Die Einkommensgrenze Studierender von grundsätzlich **€ 8.000,- p.a.** erhöht sich um **€ 2.762,- bis € 4.216,- p.a.** pro unterhaltsberechtigtes Kind je nach Alter. Als Einkommen gelten neben dem steuerpflichtigen Einkommen auch Pensionen, Kinderbetreuungs-, Wochen-, Kranken- und Arbeitsgeld, abzüglich SV-Beiträge, Werbungskosten- und Sonderausgabenpauschale. Die Beihilfe ist um den Betrag zu kürzen, um den das Einkommen den Grenzbetrag übersteigt. Der **Höchstbetrag** der Beihilfe von € 679,- p.m. erhöht sich um € 67,- p.m. auf **€ 746,- p.m.** Er ist abhängig vom Erreichen bestimmter ECTS-Anrechnungspunkte für ein absolviertes Studienpensum. Bei unter 15 ECTS besteht eine Rückzahlungsverpflichtung.

### Notfälle

■ **Mietzinsbeihilfe:** Bei einer Erhöhung des Hauptmietzinses um mehr als das Vierfache des gesetzlichen Ausmaßes oder mehr als € 0,33,-/m<sup>2</sup>, wenn das **Jahreseinkommen** des Hauptmieters **€ 7.300,-** zuzüglich **€ 1.825,-** für die erste und **€ 620,-** für jede weitere mit ihm in einer Wohngemeinschaft lebenden Person nicht übersteigt.

■ **Arbeitslosengeld:** Einkünfte unter der Geringfügigkeitsgrenze von **€ 374,02 p.m.** schaden nicht, sofern das Dienstverhältnis nicht beim gleichen Dienstgeber, bei dem das vollversicherte Dienstverhältnis geendet hat, innerhalb eines Monats fortgesetzt wird.

■ **Notstandshilfe:** Diese kann **nach Ablauf des Arbeitslosengeldes** beantragt werden. Übersteigt das eigene Nettoeinkommen (dazu zählen auch sonstige

Einkünfte z.B. aus Vermietung, Pension etc.) zusammen mit dem des Ehe-(Partners) im Monat die Geringfügigkeitsgrenze von **€ 374,02**, ist der übersteigende Betrag auf die im Folgemonat gebührende Notstandshilfe anzurechnen.

■ **Bedarfsorientierte Mindestsicherung:** Tritt seit 1. September 2010 an die Stelle der bisherigen Sozialhilfe idHv. € 744,- p.m. länderspezifisch z.T. auch höher, wenn keine andern Zuflüsse (z.B. Unterhalt) oder Ersparnisse von mehr als € 3.764,70 vorhanden sind. Bei Arbeitsfähigkeit ist sie an die Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme gekoppelt.

## Pensionen

■ **Alterspension:** Es bestehen keine Ruhensbestimmungen. Bei einer pensionsversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit führen die Beiträge sogar zu einer Höherversicherung. Für Pensionen bis **€ 13.100,- p.a.** erhöht sich **ab 2011** der **Pensionistenabsetzbetrag** auf **€ 764,- p.a.**, wenn der **Zuverdienst** des Ehepartners **nicht mehr als € 2.200,- p.a.** beträgt. Damit wird bei Niedrigpensionen der Wegfall des Alleinverdienerabsetzbetrages kompensiert.

## Sachbezüge während des Krankenstandes

Der Weiterbezug hängt davon ab, ob der Sachbezug an das **aufrechte Dienstverhältnis** oder an die **aktive Arbeitsleistung** anknüpft. Im ersten Fall richtet sich das Ausmaß des Sachbezuges nach den **Entgeltfortzahlungsbestimmungen**. Bei Anknüpfung an die aktive Arbeitsleistung entfällt der Sachbezug **mangels Dienstleistung**. Eine Entziehung während des aufrechten Dienstverhältnisses ist nur bei Vereinbarung des Widerrufs möglich, wobei es darauf ankommt, ob der Sachbezug teilbar ist oder nicht.

### ■ Keine Weitergewährung

Freie Mahlzeiten, Fahrtkostensätze für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte seien als Beispiele für den Zusammenhang mit der aktiven Arbeitsleistung genannt.

### ■ Weitergewährung

Besteht kein Widerrufsvorbehalt, steht die Nutzung der Dienstwohnung, des Dienstwagens oder Parkplatzes sowie anderer Arbeitsmittel (Firmenlaptop, Diensthandy etc.), weiterhin im Ausmaß der Entgeltfortzahlungsbestimmungen zu. Wird der Pkw ohne vereinbarten Widerruf entzogen, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entschädigung in Geld, zumal der Sachbezug nicht teilbar ist. Steht aber der Firmen-Pkw nur für Dienstfahrten oder Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu, kann er entschädigungslos entzogen werden.

### ■ Lohnabhängige Abgaben und Beiträge

Sachbezüge sind als Vorteile aus einem Dienstverhältnis grundsätzlich abgaben- und beitragspflichtig. Zuschüsse des Arbeitgebers parallel zum Krankengeld der

## ■ Frühpensionen

**Zuverdienste** sind binnen **7 Tagen** an die pensionsauszahlende Stelle zu **melden**. Übersteigt der **Bezug** aus einem meldepflichtigen Dienstverhältnis oder freien Dienstvertrag die **Geringfügigkeitsgrenze 2011** von **€ 28,72 pro Arbeitstag** bzw. **€ 374,02 pro Monat** oder der **Jahresgewinn** aus einer gewerbescheinpflichtigen Tätigkeit **€ 4.488,24**, fällt die Pension für diese Periode weg! Beziehen einer vorzeitigen Alterspension bei langer Versicherungsdauer, Korridor-, Schwerarbeiter-, Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits- und Teilpension, ist vor der Aufnahme einer pensionspflichtversicherten Tätigkeit daher dringend zu empfehlen, rechtzeitig bei der SVA bzw. Gebietskrankenkasse nachzufragen, welche Auswirkungen auf die Pension zu erwarten sind.

## ■ Witwen-(Witwer-)pension

Dessen Höhe errechnet sich aus dem Verhältnis des Einkommens des Hinterbliebenen und Verstorbenen zwischen **0% und 60%**, je nachdem die Summe der beiden monatlichen Einkommen **€ 8.400,-** überstiegen oder der Schutzbetrag von **€ 1.716,63** nicht erreicht wird. ■

GKK, die weniger als 50% der vollen Geld- und Sachbezüge betragen, sind beitragsfrei. Sozialversicherungsfrei sind auch Sachbezüge, die während entgeltfreier Zeiten gewährt werden.

## ■ Arbeits- und Entgeltbestätigungen

Sachbezüge, die während des Krankenstandes nicht gewährt werden, sind anzugeben. Nicht anzugeben sind Sachbezüge, die weiter gewährt werden, da sich sonst eine doppelte Berücksichtigung ergeben würde durch den Arbeitgeber in natura durch die GKK in Geld. ■

## VORSCHAU

- **Abgabenänderungsgesetz 2011 mit Verschiebung des KEST-Abzuges bei der Vermögenszuwachssteuer auf 1. April 2012**
- **Zinsenanpassung an ab 13. Juli 2011 von bisher 0,38% auf 0,88% erhöhten Basiszinssatz**
- **30. September 2011: Termin für die Einreichung der Jahresabschlüsse von Kapitalgesellschaften zum 31. Dezember 2010 beim Firmenbuch**

Medieninhaber, Herausgeber und Verleger: „Klienten-Info“, Probst GmbH, Redaktion: Josef Streicher, alle 2483 Ebreichsdorf, Wiener Neustädter Straße 20. Hersteller: Probst GmbH, 2483 Ebreichsdorf, Wiener Neustädter Straße 20. Kontakt: Tel. 02254/72278, Fax 02254/72110, E-Mail office@klientenservice.at, Homepage [www.klientenservice.at](http://www.klientenservice.at). Richtung: Unpolitische, unabhängige Monatsschrift, die sich mit dem Wirtschafts- und Steuerrecht beschäftigt und speziell für Klienten von Steuerberatungskanzleien bestimmt ist. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und ohne Gewähr.