

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Sonderheft

Schriftleitung **Theodor Tomandl, Martin Risak**
Redaktion **Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Harald Kaszanits,**
Thomas Neumann, Franz Schrank

März 2013

2a

97 – 148

Sonderheft

ZAS-Seminar 2012

Beiträge

Entgelt nicht gleich Entgelt

Gerald Burgstaller und Andreas Schorn ➤ 99

Neues aus der Gesetzgebung *Gerda Ercher-Lederer* ➤ 106

Judikatur-Update *Barbara Oberhofer* ➤ 114

**Arbeitsrechtliche Folgen des falschen Status eines Mitarbeiters
bzw einer Mitarbeiterin** *Martin Risak* ➤ 131

Rechtsfolgen der unterkollektivvertraglichen Entlohnung

Bernhard Hainz und Julia Hutter ➤ 139

Spezialfragen der Gemeinsamen Prüfung aller Lohnabgaben (GPLA)

Wolfgang Höfle ➤ 146

Arbeitsrechtliche Folgen des falschen Status eines Mitarbeiters bzw einer Mitarbeiterin

Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag

Stellt sich heraus, dass es sich bei einem von den Vertragsparteien ursprünglich als freier Dienstvertrag oder Werkvertrag behandelten Vertragsverhältnis eigentlich um einen Arbeitsvertrag handelt, hat diese „Umstufung“ neben sozialversicherungsrechtlichen auch einschneidende arbeitsrechtliche Folgen. ArbeitgeberInnen sehen sich insb mit der Nachforderung von Entgeltteilen konfrontiert, die nur bei einem Arbeitsvertrag zustehen (Sonderzahlungen, Urlaubersatzleistung, Überstundenzuschläge etc) und bislang wegen der Fehlqualifikation noch nicht geleistet wurden. Aber stehen diese tatsächlich zu? Wenn ja, auf welcher Basis sind sie zu berechnen? Und: Welche Strategien können AG derartigen Nachforderungen erfolgreich entgegensetzen?

Von Martin Risak

Inhaltsübersicht:

- A. Zur Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen und zu deren rechtlicher Bedeutung
- B. Grundaussage der Judikatur
- C. Entgeltnachforderung des/der ArbeitnehmerIn
 1. Judikaturentwicklung zu Entgeltnachforderungen
 - a) ORF-MitarbeiterInnen – 4 Ob 8, 9/81
 - b) Monteur – 8 ObA 20/04 f
 - c) Unternehmensberater – 8 ObA 49/07 z
 - d) Pizzazusteller – 8 ObA 56/11 k
 - e) Trainer – 9 ObA 51/12 h
 2. Zusammenfassung der bestehenden Judikaturlinie
 - a) Geklärte Ansprüche
 - b) Durch die Rsp noch nicht geklärte Ansprüche
- D. Mögliche Gegenstrategien von ArbeitgeberInnen
 1. Berufung auf Rechtsmissbrauch
 2. Verjährung/Verfall
 3. Rückwirkende Anpassung des Vertrags
 - a) Der Ansatz von *Kietaibl*
 - b) Rechtsprechung
 - c) Eigene Ansicht
 4. Vertragsanpassung für die Zukunft
- E. Sonderfall: Beiträge nach dem BMSVG („Abfertigung neu“)
 1. Problemstellung
 2. Umqualifikation von freien DN gem § 4 Abs 4 ASVG zu AN
 3. Umqualifikation von GSVG-Versicherten zu AN

ZAS 2013/21

§ 1151 ABGB;
§ 10 UrIG;
§ 10 AZG;
§ 6 BMSVG

Schein-selbstständigkeit;
Falsch-qualifikation;
Statusirrtum;
Entgeltanpassung

A. Zur Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen und zu deren rechtlicher Bedeutung

Die Erbringung von Dienstleistungen kann auf Basis unterschiedlicher Verträge erfolgen, wobei in der Praxis üblicherweise zwischen Dienstverträgen (DV), freien DV und Werkverträgen (WV) unterschieden wird. Daneben kommen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – noch weitere rechtliche Grundlagen wie ein sonstiges, gesetzlich nicht geregeltes Dauerschuldverhältnis, ein Gesellschaftsverhältnis, ein Familienverhältnis oder eine Vereinsmitgliedschaft in Frage, auf die jedoch hier nicht näher eingegangen werden soll.

Welcher Vertrag nun tatsächlich der Leistungserbringung zugrunde liegt, hängt weder von dessen Bezeichnung noch vom Inhalt der Leistungserbringung ab, sondern nur davon, auf welche Art und Weise die Leistung konkret erbracht wird. Typischerweise wird zwischen Zielschuldverhältnissen (WV, die uU auch aneinandergereiht werden können) und Dauerschuldverhältnissen (DV und freien DV) unterschieden. Bei zweiteren wird weiter danach differenziert, ob die Leistung in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird (DV) oder nicht (freier DV).¹⁾

Aus **arbeitsrechtlicher Sicht** ist von Bedeutung, dass lediglich bei DV das Arbeitsrecht im vollen Umfang zur Anwendung kommt. Nur dann sind insb Sonderzahlungen, Urlaubersatzleistung, Abfertigung (alt), Überstundenentlohnung und Feiertagsentgelt zu zahlen sowie bezahlte Freistellungen bei Krankheit, sonstigen Gründen und Urlaub zu gewähren sowie Kollektivver-

1) Dazu ausführlich bspw *Radner in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht* (20. Lfg 2012) Kap I Rz 1 ff.

träge (KollV) anzuwenden. Welcher Vertragstyp sonst vorliegt, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung; der Aspekt der AN-Ähnlichkeit, an den manche Normen²⁾ anknüpfen, hat bis dato in der gerichtlichen Praxis noch keine Bedeutung erlangt. Praktisch geht es somit nur um die **Zweiteilung „Arbeitsverhältnis – kein Arbeitsverhältnis“**. Beispiele aus der jüngeren Rsp, bei denen es zu einer nachträglich revidierten Falschqualifikation als Nicht-AV gekommen ist, sind Pizzazusteller³⁾, Trainer und sozialpädagogische Betreuer⁴⁾, Monteure⁵⁾ sowie Unternehmensberater⁶⁾. Rechtliche Konsequenzen der falschen Statuszuordnung sind in der Praxis weniger die Nachforderung von Entgelt, da das vereinbarte üblicherweise über dem eigentlich anwendbaren kollV Mindestlohn liegt, sondern vielmehr sonstige finanzielle Ansprüche, insb im Zusammenhang mit der Beendigung: Sonderzahlungen, Kündigungsentschädigung, Urlaubersatzleistung, Überstunden- und Feiertagszuschläge (Punkt C.) aber auch die Beitragsleistung nach BMSVG (s dazu Punkt E.).

Im **Sozialversicherungsrecht** muss die Grundfrage nach der Einordnung differenzierter gestellt werden: Freie DN können sowohl dem ASVG (§ 4 Abs 4) als auch dem GSVG (§ 2 Abs 1 Z 1 oder 4) zugeordnet werden. Auch bei den nach GSVG versicherten Selbständigen ist zu unterscheiden, je nachdem, ob diese der Wirtschaftskammer angehören oder nicht. Diese Zuordnung zu den unterschiedlichen Versicherungstatbeständen ist einerseits für das Beitrags- und Leistungsrecht von Bedeutung, andererseits aber auch hinsichtlich der Zuständigkeit der jeweiligen Versicherungsträger. Da in der Praxis typischerweise ja Sozialversicherungsbeiträge auf Basis der falschen Zuordnung bezahlt wurden, stellt sich die Frage nach der Rückabwicklung dieses Versicherungsverhältnisses bzw der Überweisung dieser Beiträge zum „richtigen“ Versicherungsträger. In der Folge wird nur noch auf arbeitsrechtliche Fragen eingegangen, auf die sozialversicherungsrechtliche Literatur⁷⁾ sei hier nur verweisen.

B. Grundaussage der Judikatur

Schon in der Ausgangsentscheidung aus 1980 (ORF-Mitarbeiterin)⁸⁾ hält der OGH fest, dass auf schlüssige Weise (§ 863 ABGB) ein AV iSd § 1151 ABGB begründet worden ist, wenn jemand Arbeitsleistungen für jemand anderen in organisatorischer Gebundenheit und persönlicher Abhängigkeit erbracht hat und diese Arbeitsleistungen entgegengenommen wurde. Dabei kommt der Frage, ob der oder die andere tatsächlich einen Arbeitsvertrag abschließen wollte, keine wesentliche Bedeutung zu. Die rechtliche Qualifikation eines Vertrags hängt nämlich nicht vom Willen der vertragschließenden Parteien und von der von ihnen allenfalls gewählten Bezeichnung ab, sondern vom Inhalt ihrer (ausdrücklich oder schlüssig getroffenen) Vereinbarungen. Wurde dadurch eindeutig ein AV begründet, dann kommt es nicht darauf an, ob sich die Parteien der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren. Selbst wenn also der/die andere den Abschluss eines Arbeitsvertrags ausdrücklich abgelehnt hätte, könnte

das nichts daran ändern, dass durch die einvernehmliche besondere Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien tatsächlich ein AV zustande gekommen ist.

In seiner letzten einschlägigen E⁹⁾ (Trainer-E) fasst der OGH zusammen, es sei stRsp, dass für die Qualifikation einer Vereinbarung als freier oder echter DV weder die Bezeichnung durch die Parteien relevant sei, noch es darauf ankomme, ob sie sich der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren. Maßgeblich sei vielmehr die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen.

Damit kommen – das ist unbestritten – alle (relativ) zwingenden Normen des Arbeitsrechts zur Anwendung. Für die **Vergangenheit** bedeutet dies, dass die bei einem AV zustehenden, aber bislang wegen der Falschqualifikation noch nicht bezahlten Entgeltteile (Sonderzahlungen, Urlaubersatzleistung, Kündigungsentschädigung etc) nachzuzahlen sind. Dabei werden von AG unterschiedliche Strategien verfolgt, um die Nachzahlung möglichst gering zu halten: ein Gesamtgünstigkeitsvergleich, die Reduktion des Grundentgelts qua Vertragsanpassung oder die Versagung der Geltendmachung wegen Rechtsmissbrauchs. Der OGH hat mittlerweile zu zahlreichen Detailfragen Position bezogen, die im Anschluss (Punkt C. und D.) dargestellt werden sollen. Keine ausdrückliche Rsp besteht hingegen für die **Zukunft** des bislang rechtlich falsch behandelten AV – vor allem deshalb, da, soweit überblickt, alle entschiedenen Sachverhalte bereits beendete AV betrafen. Für die Zukunft geht es im Wesentlichen um die Frage, ob AG die Höhe des Entgelts herabsetzen können, da sie das Arbeitsrecht mit erheblichen Mehrkosten belastet. Allein durch arbeitsrechtliche Vorschriften sollen diese eine Höhe von rd 33 Prozent haben.¹⁰⁾ Deshalb wird vertreten, dass unter Aufbietung des gesamten zivilrechtlichen Arsenal eine entsprechende Vertragsanpassung vorzunehmen sei, um die ursprüngliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.¹¹⁾

2) So insb § 1 Abs 1 DHG; § 3 Abs 4 AÜG; § 1 Abs 2 Z 2, § 16 Abs 3 Z 2 GIBG.

3) OGH 8 ObA 56/11 k wbl 2012/221 = ZAS-Judikatur 2012/148.

4) OGH 9 ObA 51/12 h ARD 6283/5/2012.

5) OGH 8 ObA 20/04 f öRdA 2005/41 (*Sonnleitner*); *Binder*, Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht – dargestellt anhand von Umgehungsstrukturen und des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts, ZAS 2008/24.

6) OGH 8 ObA 40/07 z ZAS 2010/52 (*Schauer*).

7) Siehe insb *Kietaihl*, Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, ZAS 2006/26, sowie *Höfle*, Anrechnung von GSVG-Krankenversicherungsbeiträgen auf ASVG-Beiträge, ASoK 2009/112.

8) OGH 4 Ob 8, 9/81 ZAS 1982, 11 (*Tomandl*) = öRdA 1985/20 (*Wachter*), ORF.

9) OGH 24. 9. 2012, 9 ObA 51/12 h. Siehe ua auch OGH 18. 10. 2006, 9 ObA 96/06 t, *Vertretungsbefugnis*; 27. 1. 2009, 8 ObA 93/08 x.

10) *Kietaihl*, Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmerigenschaft durch die Vertragsparteien, JBI 2004, 626.

11) So insb *Kietaihl*, JBI 2004, 626; *ders*, Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, wbl 2006, 207.

C. Entgeltnachforderung des/der ArbeitnehmerIn

1. Judikaturentwicklung zu Entgeltnachforderungen

a) ORF-MitarbeiterInnen – 4 Ob 8, 9/81

Ausgangsbasis ist die MitarbeiterInnen des ORF betreffende E 4 Ob 8, 9/81¹²⁾ (ORF-E): Sie wurden ursprünglich als „freie MitarbeiterInnen“ behandelt, später machten sie jedoch ihren AN-Status geltend und forderten **Sonderzahlungen** nach der sog „Freien Betriebsvereinbarung“ des ORF¹³⁾ nach. Der OGH führt dazu aus (und bestätigt diese Position übrigens in seiner aktuellen Trainer-E¹⁴⁾), dass ein Gesamtvergleich zwischen dem bei einem AV zustehenden Entgelt zuzüglich der Sonderzahlungen und dem tatsächlich bezahlten Entgelt stattzufinden habe: Sollte das „Honorar“-Einkommen selbst bei Umlegung auf 14 Monatsbezüge immer noch ein höheres Durchschnittseinkommen ergeben, als den „freien“ MitarbeiterInnen während derselben Zeiträume als ORF-Angestellten zugestanden wäre, „wäre dem Begehren der Kl auf Nachzahlung des 13. und 14. Monatsbezuges tatsächlich der Boden entzogen“. Dies wurde in der Lit positiv aufgenommen; so schrieb bspw Wachter¹⁵⁾: „Es geht auf keinen Fall an, die – nicht unbeträchtlichen – jährlichen Honorareinnahmen auf zwölf Monate umzulegen und dann noch zusätzlich zwei Monatsgehälter an Sonderzahlungen kassieren zu wollen.“ Hinzuweisen ist darauf, dass der Anspruch auf Sonderzahlungen hier nicht auf KollV, sondern auf einer einzelvertraglich wirkenden freien BV beruhte¹⁶⁾ und somit ein Abgehen durch spätere Vereinbarung leichter möglich war als durch einen KollV, der ja relativ zwingende Normwirkung entfaltet. Danach ist es, soweit überblickt, gut 20 Jahre ruhig um dieses Thema.¹⁷⁾ Eine Aussage zu aufgrund von KollV zustehenden Sonderzahlungen findet sich somit erst in der nachfolgenden Monteur-E.

b) Monteur – 8 ObA 20/04 f

Erst 2005 kommt es zu einer weiteren einschlägigen E¹⁸⁾: Der Arbeitsvertrag eines Monteurs wird auf dessen Wunsch nach einer Gehaltserhöhung in ein **Gesellschaftsverhältnis** umgewandelt. Diese Qualifikation wird jedoch bestritten und vom OGH als unrichtig angesehen. Somit war über die Nachforderung von Sonderzahlungen und der Urlaubersatzleistung zu entscheiden. Das Höchstgericht unterscheidet in seiner Lösung zwischen den Sonderzahlungen und der Urlaubersatzleistung:

→ Hinsichtlich der **Sonderzahlungen** knüpft es an die ORF-E an; den Parteien des Arbeitsvertrags stehe es frei, durch eine über dem Mindestansatz des KollV liegende Entgeltvereinbarung ausdrücklich eine Abgeltung allfälliger kollektivvertraglich (kollv) vorgesehener Sonderzahlungen vorzusehen. Da die Ansprüche auf Sonderzahlungen **ausdrücklich** ausgeschlossen wurden und das Entgelt auch inklusive der Sonderzahlungen auf Basis des kollv Mindestlohns über dem kollv Mindestlohn samt Sonderzahlungen liege, bestehe kein Nachforderungsanspruch. Dieser Ansatz ist restriktiver als jener in

der ORF-E, was sich mit der relativ zwingenden normativen Wirkung des KollV erklären lässt. Die ORF-E betraf einen vertraglich wirkenden Anspruch auf Sonderzahlungen aus einer freien Betriebsvereinbarung (BV), der durch eine speziellere und nachfolgende Vereinbarung konkludent abgeändert wurde. In der Pizzazusteller-E (Punkt C.1.d.) wird diese nachvollziehbare Differenzierung 2012 dann jedoch ohne weitere Begründung wieder aufgegeben.

→ Hinsichtlich der **Urlaubersatzleistung** kommt der OGH zu einer anderen Lösung: Die zwingenden Regelungen über das Urlaubsentgelt sollen sicherstellen, dass AN den zustehenden Urlaub auch tatsächlich konsumieren – dementsprechend sei eine Vereinbarung, wonach das Urlaubsentgelt unabhängig vom Verbrauch des Urlaubs mit einem erhöhten laufenden Entgelt abgegolten werden soll, unwirksam, weil es gegen den Zweck der Regelungen des Urlaubsgesetzes verstoße. Es steht daher zu; die Frage, ob die Berechnungsgrundlage angepasst werden kann, wird erst später in der Trainer-E (Punkt C.1.e.) gelöst.

c) Unternehmensberater – 8 ObA 49/07 z

Die mit einigem zeitlichen Abstand folgende E aus 2007¹⁹⁾ betrifft einen Unternehmensberater, der aufgrund von „**Werkverträgen**“ seine Leistungen erbrachte und dem seine Vertragspartnerin wiederholt den Abschluss eines DV anbot, was dieser jedoch ablehnte. Im Zusammenhang mit der Insolvenz der Vertragspartnerin kam es dann zur Beendigung der Vertragsbeziehung, in deren Folge Kündigungsentschädigung, Urlaubersatzleistung und Abfertigung alt geltend gemacht wurden. Der OGH qualifizierte das Vertragsverhältnis wie die Untergerichte als AV, verwarf ausführlich das Argument der rechtsmissbräuchlichen Berufung darauf (dazu unten Punkt D.1.) und äußert sich zu den einzelnen Ansprüchen nur sehr knapp, auf deren Höhe und Berechnungsbasis wird nicht eingegangen.

→ Die Rsp aus der Monteur-E wird hinsichtlich der **Urlaubersatzleistung** bestätigt und insb auf den zwingenden Charakter des Urlaubsrechts zurückgeführt.

→ Die **Kündigungsentschädigung**, zu der keine Vorjudikatur vorliegt, stehe grds auch beim freien DV zu. Da eine Anfechtung hinsichtlich des abgewiese-

12) OGH 4 Ob 8, 9/81 ZAS 1982, 11 (Tomandl) = öRdA 1985/20 (Wachter), ORF.

13) Kritik daran, dass aufgrund dieser überhaupt ein Anspruch zusteht, bei Tomandl, ZAS 1982, 19.

14) OGH 24. 9. 2012, 9 ObA 51/12 h.

15) Komm zu 4 Ob 8, 9/81 öRdA 1985/20.

16) Diese war insofern speziell als diese freie BV nicht nur vom BR, sondern auch von der Gewerkschaft mitverhandelt und mitunterschrieben worden. Zu dieser Problematik s Tomandl, Probleme kollektivvertragseretzender freier Betriebsvereinbarungen, ZAS 1996, 181.

17) Die E OGH 8 ObS 204/00 h, Design-Vertrag, wbl 2001/118, betrifft die rechtsmissbräuchliche Berufung auf den AN-Status und argumentiert im Wesentlichen mit der sittenwidrigen Überwälzung des Finanzierungsrisikos auf den Insolvenzentgeltsicherungsfonds; vgl auch OGH 8 ObA 40/07 z ZAS 2010, 326 (Schauer).

18) OGH 8 ObA 20/04 f Arb 12.508 = öRdA 2005/41 (Sonnleitner); s Binder, ZAS 2008/24.

19) OGH 8 ObA 49/07 z Arb 12.714.

nen Betrags der Höhe nach nicht erfolgte, wurde jedoch keine Aussage zur Berechnungsbasis getroffen.

- Die ebenfalls erstmals bei einer „Umstufung“ geltend gemachte **Abfertigung** stehe als unabdingbarer Anspruch dem Grunde nach zu.

d) Pizzazusteller – 8 ObA 56/11 k

Diese nächste²⁰⁾ E²¹⁾ betrifft einen Pizzazusteller, der aufgrund eines als **freier DV** bezeichneten Vertrags tätig war und der nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Argument, ein „echtes“ DV liege vor, Überstundenzuschläge und Feiertagsentgelte, Sonderzahlungen und die Urlaubersatzleistung geltend machte. Die Vertragspartnerin wandte dagegen insb ein *venire contra factum proprium* (der Pizzazusteller habe jahrelang die Vorzüge des freien DV genossen und mache jetzt Ansprüche aus einem echten AV geltend) und den Verfall der Zuschläge ein (dazu Punkt D.). Der Höhe nach seien die Ansprüche jedenfalls unrichtig berechnet, da das Entgelt nach unten anzupassen sei. Neues bietet diese E nur in Nuancen zu den Sonderzahlungen sowie der Urlaubersatzleistung und den erstmals zu behandelnden Überstunden und Feiertagsentgelten.

- Zu den **Sonderzahlungen** kommt der OGH der AG insoweit entgegen, als sich hier das in der Monteur-E noch angesprochene Kriterium nicht mehr findet, dieser Anspruch müsse ausdrücklich ausgeschlossen sein (zur Rechtfertigung der Differenzierung s oben Punkt C.1.b). Bei noch offenen Ansprüchen auf Sonderzahlungen müsse vielmehr stets das gesamte „Honorareinkommen“ in Anschlag gebracht werden. Begründet wird dies freilich nicht. ME hätte jedoch der telos kollv Sonderzahlungen zumindest diskutiert werden müssen. Der KollV will nämlich AN, die insb im unteren Einkommenssegment das ihnen zufließende Entgelt zumeist auch wieder unmittelbar konsumieren, zu zwei Zeitpunkten im Jahr, in denen typischerweise größere außertourliche Ausgaben anfallen, einen gesonderten Geldbetrag zukommen lassen.

- Hinsichtlich der **Urlaubersatzleistung** wird die Rsp mit der sich für eine/n oberflächliche/n LeserIn aufdrängende Einschränkung weitergeführt, dass Sonderzahlungen nicht in die Berechnungsgrundlage einzubeziehen sind. Begründet wird dies mit Punkt 13 lit d KollV für ArbeiterInnen im Hotel- und Gastgewerbe, der in der Tat folgenden Passus enthält: „Sonderzahlungen sind in die Berechnungsgrundlage nicht einzubeziehen.“

Dies ist aber nur die halbe Wahrheit, da nach Art 14 KollV eine Jahresremuneration jedenfalls auch für den Zeitraum des Urlaubskonsums zusteht. Diese steht nach diesem KollV zusätzlich zur Berechnungsgrundlage zu, sodass die Regelung nur einen Doppelbezug vermeidet. Damit sind auch für jenen Zeitraum, der mit der Urlaubersatzleistung abgedeckt sein soll, Sonderzahlungen zu leisten. Dies entspricht der hA, wonach in das Urlaubsentgelt auch die Sonderzahlungen einzubeziehen sind, was auch für die Urlaubersatzleistung gelten soll.²²⁾ Damit sind die Sonderzahlungen zwar zunächst he-

rauszuschälen, danach aber wieder entsprechend der Regelung des KollV dazuzuschlagen.

- Für die in dieser E erstmals behandelten (gesetzlichen) **Überstundenzuschläge** und **Feiertagsentgelte** findet der OGH eine Lösung mit dem Verweis auf den zwingenden Charakter des § 10 AZG bzw § 9 Abs 5 ARG. Eine konkludente pauschalierte Abgeltung durch ein überkollv Entgelt wird – anders als bei den Sonderzahlungen – nicht angenommen, was der bisherigen stRsp zu „All-in-Entgelten“²³⁾ entspricht. Berechnungsbasis soll vielmehr der vertraglich vereinbarte Stundensatz sein. Auf die in diesem inkludierten Sonderzahlungen wird nicht eingegangen. Dies ist kritikwürdig, da Sonderzahlungen typischerweise nach den einschlägigen KollV-Bestimmungen nur vom laufenden Entgelt zu bezahlen sind und Überstunden gerade nicht mit einschließen. Dies wird idR durch einen günstigeren Stundenteiler für die Ermittlung der Grundstundenvergütung (teilweise) kompensiert. Mit einer Berücksichtigung der Überstunden in der Berechnungsgrundlage und der Anwendung des günstigen Stundenteilers käme es zu einer doppelten Berücksichtigung der Sonderzahlungen und zu einer Besserstellung gegenüber jenen AN, bei denen die Sonderzahlungen gesondert berechnet werden – ein Ergebnis, das den Vertragsparteien mE nicht unterstellt werden kann.

e) Trainer – 9 ObA 51/12 h

Die derzeit letzte E dieser Judikaturlinie betrifft eine Person, die als Trainer, Koordinator und sozialpädagogischer Betreuer/Sozialarbeiter auf Basis einer Reihe von Ketten-„Honorarverträgen“ und „Vereinbarungen“ beschäftigt war. Nach einigen Jahren fragte der Trainer an, ob er nicht im Rahmen eines AV angestellt sein könnte, was abgelehnt wurde. Zu einem späteren Zeitpunkt setzte dann seine Vertragspartnerin dieselbe Initiative, was unter Hinweis darauf, dass ohnehin ein Arbeitsvertrag vorliege, nunmehr vom Trainer abgelehnt wurde. Als der letzte Vertrag ausgelaufen war, machte der Trainer Urlaubersatzleistung und Beiträge zur Mitarbeitervorsorgekasse (MVK) geltend (dazu Punkt E.). Problematisiert wird hier erstmal ausführlicher die Frage der Entgeltanpassung, für die *Kietaibl*²⁴⁾ einen stark zivilrechtlich orientierten Ansatz entwickelt hat (dazu Punkt D.3.).

- Hinsichtlich der **Urlaubersatzleistung** lehnt der OGH die vom AG geforderte Entgeltanpassung und damit die Absenkung der Ausgangsbasis zur Berechnung der Abgeltung unverbrauchten Urlaubs ab. Das Argument lautete: Hätten die Vertragsparteien einen Arbeitsvertrag geschlossen, hätten sie dabei nur den kollv Mindestlohn vereinbart. Der OGH lehnt eine Entgeltanpassung zur Aufrechter-

20) Die E OGH 25. 11. 2008, 9 ObA 150/08 m, weist lediglich eine aoRev ab und enthält inhaltlich nichts Neues.

21) OGH 8 ObA 56/11 k wbl 2012/221.

22) So OGH 9 ObA 75/97 p Arb 11.588 sowie ausführlich *Cerny*, UrIG¹⁰ (2011) § 6 Erläut 5, § 19 Erläut 6; s auch *Reissner*, ZellKomm § 6 UrIG Rz 9, § 10 Rz 12.

23) OGH 9 ObA 251/91 ARD 4398/11/92; s *Felten in Grillberger*, AZG³ (2011) § 10 Rz 28.

24) wbl 2006, 207; *ders*, JBl 2004, 626.

haltung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung jedoch pauschal und nur wenig überzeugend begründet ab (s eingehender Punkt D.3.).

- Zu den **Sonderzahlungen**, **Überstundenzuschlägen** und den **Feiertagsentgelten** wird die bisherige Rsp referiert und damit wohl *obiter dictum* bestätigt.

2. Zusammenfassung der bestehenden Judikaturlinie

a) Geklärte Ansprüche

Die bisherige Entwicklung der Rsp lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass hinsichtlich der Entgeltanforderungen bei aufgedeckter Falschqualifikation zwei Fallgruppen zu unterscheiden sind und ihnen folgende Entgeltteile zugeordnet werden können, wobei allerdings in Details Unschärfen bestehen:

- **Gesamtvergleich:** Nur bei **Sonderzahlungen** ist ein Gesamtvergleich vorzunehmen. Bei einer Nachforderung ist somit das gesamte bislang bezogene Einkommen dem kollv Mindestlohn zuzüglich der auf dieser Basis ermittelten Sonderzahlungen gegenüberzustellen. Dies hat auch dann zu erfolgen, wenn die Vereinbarung hinsichtlich der Sonderzahlungen keine Regelungen (insb deren Ausschluss) enthält.
- Auf **Basis** des tatsächlich **vereinbarten Entgelts** sind die **Urlaubsentschädigung**, die **Abfertigung alt** sowie die **Überstundenentlohnung** und das **Feiertagsentgelt** zu berechnen (letzteres mE ohne Sonderzahlungen). Eine Entgeltanpassung hat nicht zu erfolgen.

b) Durch die Rsp noch nicht geklärte Ansprüche

Noch nicht geklärt sind folgende Ansprüche. Sie sind jedoch unter der in Punkt B. dargelegten Grundannahme der Geltung unabdingbarer arbeitsrechtlicher Normen ohne größere Schwierigkeiten zu lösen:

- In der Unternehmensberater-E wurde die **Kündigungsentschädigung** zwar angesprochen, aber inhaltlich dazu nicht wirklich etwas ausgesagt. Im Wesentlichen geht es um die Einhaltung der wegen der Qualifikation als Arbeitsvertrag zu beachtenden gesetzlichen und kollv Beendigungsregelungen, insb der relevanten Fristen und Termine. Bei deren Nichtbeachtung steht Kündigungentschädigung für den Zeitraum zu, der bis zu einer zulässigen Beendigung hätte verstreichen müssen. Diese bemisst sich – wegen der wohl grds Ablehnung einer Entgeltanpassung durch den OGH – auf Basis des vereinbarten Entgelts (inkl Sonderzahlungen).
- Ein besonderer Aspekt ist die **Kettenbefristung** von vermeintlichen freien DV, WV oder Ähnlichem. Liegt tatsächlich ein Arbeitsvertrag vor, so kommt das aus § 879 ABGB abgeleitete „Kettenvertragsverbot“²⁵⁾ zu Anwendung, wonach bei mehrmaliger Befristung ohne sachliche Rechtfertigung ein unbefristetes AV vorliegt. Dieses kann nicht einfach „auslaufen“, sondern muss konsensual oder durch einseitige Willenserklärung beendet werden, wobei grds die relevanten Fristen und Termine zu beachten sind.
- Mit der Beendigung im Zusammenhang steht auch die Relevanz des **besonderen Bestandschutzes**,

die idR dazu führen wird, dass eine Beendigung ohne die Genehmigung durch das Gericht bzw den Behindertenausschuss beim Bundessozialamt unwirksam ist.²⁶⁾

- Sollte im Falle von Dienstverhinderungsgründen, für die bei einem AV Entgeltfortzahlung zusteht, (insb also im Falle der **Krankheit** und bei **wichtigen persönlichen Gründen**), kein Entgelt geleistet worden sein, so ist dieses – mangels eines Entgeltanpassungsrechts – auf Basis des vereinbarten Entgelts nachzuzahlen.

D. Mögliche Gegenstrategien von ArbeitgeberInnen

1. Berufung auf Rechtsmissbrauch

Schon in der Monteur-E versuchte die AG sich darauf zu stützen, dass die Geltendmachung der Urlaubersatzleistung rechtsmissbräuchlich sei. Es sei treuwidrig, wenn ein AN nach der von ihm gesetzten Initiative zu einer Gehaltserhöhung mit seiner Zustimmung auf eine besser bezahlte „selbständige Tätigkeit“ umgestellt worden sei und dann in der Folge unter Berufung auf die Falschqualifikation Nachforderungen stelle. Der OGH verweist zur Entkräftung dieses Arguments allgemein darauf, dass im Rahmen des AV regelmäßig von einem Verhandlungsungleichgewicht zwischen AG und AN auszugehen sei.²⁷⁾ Dieses Argument wird aber nicht weiterverfolgt, sondern letztlich auf den Zweck der jeweiligen Regelung rekurriert. Aus dieser könne sich ergeben, dass die Verfolgung der von ihr angestrebten Ziele unabhängig vom Erklärungsverhalten der Vertragsparteien nicht als missbräuchlich angesehen werden könne. So gehe aus dem UrlG ganz eindeutig die Zielrichtung hervor, den AN unabhängig von allfälligen Vereinbarungen die Möglichkeit eines Urlaubsverbrauchs zu sichern. Unter Beachtung dieser klaren Zielsetzung des Gesetzes könne daher auch die Geltendmachung der Urlaubs(abgeltungs)ansprüche, selbst wenn sie mit dem früheren Verhalten im Widerspruch stehen sollte, nicht als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden.

In der nachfolgenden Unternehmensberater-E wird auf eine weitere Argumentation verzichtet²⁸⁾ und hinsichtlich der Urlaubersatzleistung und des Abfertigungsanspruchs lediglich darauf rekurriert, dass **zwingende arbeitsrechtliche Regelungen einem Einwand der sittenwidrigen Berufung auf die AN-Position entgegenstehen**. Diese Ansicht wird in der Pizzazusteller-E ebenso bestätigt wie in der Trainer-E und kann daher als mittlerweile **gefestigte Rsp** angesehen werden.

Das macht das Fehlen einer differenzierten Begründung dieser Ansicht freilich nicht wett: *Schauer*²⁹⁾ betont in seiner Kommentierung, dass es bei dem Argument des *venire contra factum proprium* nicht um

25) Siehe dazu Engelbrecht in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (20. Lfg 2012) Kap XVI Rz 11 mwN.

26) Siehe dazu Weiss in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (19. Lfg 2012) Kap XIX Rz 139.

27) OGH 8 ObA 277/01 w öRdA 2002/48 mzwN.

28) So auch krit *Schauer* in seinem Kommentar ZAS 2010, 329.

29) ZAS 2010, 330.

den Schutz des Vertrauens auf wissentliches rechtswidriges Handeln gehe, sondern um die Frage, ob das Vertrauen darauf schutzwürdig sein kann, dass die Inhaberin eines – an sich indisponiblen – Rechts von diesem keinen Gebrauch machen werde. Wesentlich sei somit eine Vertrauensdisposition des/der AG, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Lehnt man – wie der OGH – eine nachträgliche rückwirkende Entgeltanpassung ab, so ist dies jedoch der Fall. Tragendes Argument für eine Ablehnung kann dann mE nur der telos des Gesetzes sein, AN diese Leistung jedenfalls zukommen zu lassen – eine Wertung, die der OGH letztlich dem UrlG ebenso unterstellt wie der Abfertigungsregelung des § 40 AngG.

Ob dies hinsichtlich der Urlaubersatzleistung tatsächlich so ist, ist mE jedoch fraglich: Dass eine Abgeltung des Naturalurlaubs im bestehenden AV unzulässig ist, ergibt sich ausdrücklich aus dem Ablöseverbot des § 7 UrlG – dies betrifft aber nur den Anspruch auf Freizeit unter Entgeltfortzahlung im laufenden AV. Einer finanziellen Abgeltung unverbrauchten Urlaubs am Ende des AV durch ein erhöhtes laufendes Entgelt steht dies zumindest auf den ersten Blick nicht zwingend entgegen und hätte begründet werden müssen. Die für mich tragende Begründung ist, dass durch eine Versagung der Geltendmachung der Urlaubersatzleistung bei überkollv Entgelt ein ökonomischer Anreiz für AG gesetzt wird, im laufenden AV keinen Urlaubsverbrauch zuzulassen, da dieser bei Beendigung nicht durch die Urlaubersatzleistung belastet würde und damit letztlich eine Prämie für die Nichtgewährung des Urlaubs erhielte. Dass das UrlG diese Folgewirkung zulässt, ist mE nicht nachvollziehbar. Eine Vorausabgeltung unverbrauchten Urlaubs durch überkollv Entgelt ist deshalb wegen der Unterwanderung des Naturalurlaubsverbrauchs unzulässig.

2. Verjährung/Verfall

In der Pizzazusteller-E wird von der AG hinsichtlich der Überstundenzuschläge eingewendet, dass diese aufgrund der Verfallsbestimmungen des anwendbaren KollV verfristet seien. Der OGH hält dem entgegen, dass der KollV einen Verfall nur dann vorsehe, wenn der Anspruch auf Überstundenentlohnung durch AN nicht innerhalb von vier Monaten nach Durchführung der Lohnabrechnung über deren Leistung schriftlich geltend gemacht wird. Wesentlich für den Fristenlauf sei die Lohnabrechnung, die AN Klarheit darüber verschaffen soll, welche Leistungen der AG berücksichtigt hat und welche nicht.³⁰⁾ Da der klagende Pizzazusteller keine ordnungsgemäße Lohnabrechnung³¹⁾ erhalten habe, sondern lediglich einmal jährlich einen „Jahreslohnzettel“, verstoße die Berufung der AG auf die Verfallsklausel gegen Treu und Glauben, weil sie selbst ihrer kollv Verpflichtung zur monatlichen Lohnabrechnung nicht nachgekommen sei.³²⁾

Richtigerweise hätte der OGH mE gar nicht auf ein treuwidriges Verhalten der AG eingehen müssen. Es hätte für den Beginn des Laufes der Verfallsfrist ausgereicht, darauf abzustellen, ob eine ordnungsgemäße Lohnabrechnung ausgehändigt wurde – ist dies nicht der Fall, so kann die Frist nicht zu laufen beginnen

und es gilt weiterhin die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren gem § 1486 Z 5 ABGB.

3. Rückwirkende Anpassung des Vertrags

a) Der Ansatz von *Kietaibl*

Für den Fall, dass AN nachträglich arbeitsrechtliche Ansprüche geltend machen, wurde von *Kietaibl*³³⁾ die Frage aufgeworfen, ob deren AG im Gegenzug eine rückwirkende Anpassung des Entgelts verlangen können. Er geht davon aus, dass die Anwendung des Arbeitsrechts AG mit erheblichen Mehrkosten belastet, das laufend bezahlte Entgelt von Nicht-AN sei deshalb idR weitaus höher als das von AN für vergleichbare Tätigkeiten. Es gehe somit darum, ob eingewendet werden kann, dass im Fall der Behandlung des Vertragspartners oder der Vertragspartnerin als AN ein niedrigeres laufendes Entgelt vereinbart worden wäre. Mögliche Rechtsgrundlage für eine Vertragsanpassung *pro paeterio* könne der Irrtum über die korrekte Qualifikation des Vertrags sein sowie eine ergänzende Vertragsauslegung; die Vertragsparteien haben für den Fall eines Arbeitsvertrags keine Entgeltabrede getroffen und die dadurch entstehende Lücke müsse derart geschlossen werden.

b) Rechtsprechung

Der OGH hat in der Trainer-E dazu ablehnend Stellung bezogen – zwar nur im Hinblick auf die Anpassung der Berechnungsbasis für die Urlaubersatzleistung, doch ist anzunehmen, dass diese Position verallgemeinert wird. Konkret wurde folgendermaßen argumentiert:

→ **Vertragsanpassung wegen Irrtums:** Die aus einer Vereinbarung resultierenden unabdingbaren gesetzlichen Pflichten seien nur die Rechtsfolgen der Vereinbarung. Da die Rsp³⁴⁾ einen Irrtum über Rechtsfolgen im Bereich des zwingenden Rechts schon unter Umgehungsaspekten als unbeachtlich ansehe, könne der Umstand, dass eine als freier DV bezeichnete Vereinbarung auch zwingende arbeitsrechtliche Verpflichtungen nach sich zieht, noch nicht dazu führen, dass im Gegenzug auch die Gegenleistung abzusenken wäre. Dagegen lasse sich auch nicht einwenden, dass die Parteien – mit oder ohne Umgehungsabsicht – ausdrücklich festgelegt haben, einen freien DV abschließen zu wollen, weshalb der Vertragstyp und die damit verbundene Rechtsfolge der Nichtanwendbarkeit des Arbeitsrechts jedenfalls zum Geschäftsinhalt gehörten. Denn es komme gerade nicht auf die Bezeichnung der Vereinbarung an und die Frage der Anwendbarkeit zwingenden Arbeitsrechts sei der Parteiendisposition entzogen.

30) StRsp seit OGH 9 ObA 60/90 ÖJZ 1990/115 (EvBl); zuletzt 8 ObA 66/09 b ZAS 2012/65 (zust Resch) = öRdA 2012/19 (krit *Kietaibl*), *Pensionsschaden*.

31) Eine ordnungsgemäße Lohnabrechnung liegt vor, wenn aus ihr der Zahlungsbetrag und dessen Zweckwidmung sowie die vorgenommenen Abzüge einwandfrei erkennbar sind; so bspw OGH 9 ObA 60/90 ÖJZ 1990/115 (EvBl); zuletzt 8 ObA 66/09 b, zuletzt 8 ObA 66/09 b ZAS 2012/65 (zust Resch) = öRdA 2012/19 (krit *Kietaibl*), *Pensionsschaden*.

32) So insb OGH 9 ObA 59/94 Arb 11.180.

33) JBl 2004, 626; ders, wbl 2006, 207.

34) OGH 1 Ob 33/82 SZ 55/161; 28. 9. 2000, 8 ObA 26/00 g ua.

- **Wegfall der Geschäftsgrundlage:** Die Nichtanwendung des Arbeitsrechts als Geschäftsgrundlage lehnt der OGH grds ab, da die Geschäftsgrundlage nur auf von den Parteien nicht bedachte geschäftstypische Voraussetzungen bezogen werden könne, wozu weder die rechtliche Qualifikation eines Vertrags noch die Entgeltvereinbarung zählen.
- **Zwingendes Arbeitsrecht als Gegenargument:** Die Urlaubersatzleistung stehe unabdingbar zu; AN, denen mit dem scheinbar freien DV ein überkollv Entgelt zugesagt wurde, können durch die Perspektive einer nachträglichen Entgeltherabsetzung leicht von der Geltendmachung ihrer Urlaubsansprüche abgehalten werden. Dieses Argument ist insoweit nicht tragend, als auch *Kietaibl* nicht von einem grds Recht von AG auf Entgeltherabsetzung ausgeht, sondern nur davon, dass diese einredeweise eingeforderten AN-Ansprüchen entgegengehalten werden kann.³⁵⁾

c) Eigene Ansicht

Die bisherige Diskussion berücksichtigt mE zu wenig die Frage, wer das Risiko der Falschbeurteilung des Arbeitsvertrags tragen soll, oder anders formuliert, wer dafür „belohnt“ werden soll, einen Vertrag abgeschlossen zu haben, dessen Entgeltabrede auf einer falschen rechtlichen Qualifikation gründet. Es ist nämlich nicht zu unterschätzen, dass insb eine **schriftliche Vereinbarung Tatsachen schafft** und eine **Barriere für die Geltendmachung eines darin nicht enthaltenen oder gar ausgeschlossenen Anspruchs** darstellt.³⁶⁾ Tragen AG letztlich keinerlei Risiko, falsch qualifizierte Verträge abzuschließen, da ihnen auch im Falle einer Nachforderung zwingender Ansprüche die daraus resultierenden Kostenfolgen durch ein Entgeltanpassungsrecht kompensiert werden, würde dies einen Anreiz bieten, eine derartige rechtswidrige Vertragspraxis weiter aufrechtzuerhalten. Dass derartige Folgen von einer Arbeitsrechtsordnung nicht intendiert sind, darf man ihr mE unterstellen – somit ist die Frage zu stellen, wie man diesen Verwerfungen vorbeugen kann.

Für eine ausgewogene, differenzierte Lösung ist mE die Frage der **Risikoverteilung** und der damit verbundenen **Anreizwirkung, rechtskonform zu handeln**, besonderes Gewicht einzuräumen. Hier können nur erste Ansätze aufgezeigt werden, die einer weiteren Vertiefung bedürfen:

- Eine Entgeltanpassung ist mE nicht grds abzulehnen. Es ist vielmehr danach zu fragen, wen diese im Ergebnis ökonomisch begünstigt und zu welchem Verhalten sie anreizt. Erst dadurch kaum ein klares Bild der **Folgen der Entgeltanpassung** gezeichnet und können diese am Zweck der relevanten Normen gemessen werden.
- Da Recht auch Verhaltenssteuerung intendiert, ist danach zu differenzieren, von welcher Vertragspartei die **Initiative** zur Fehlqualifikation des Vertrags ausgegangen ist.³⁷⁾ Aber auch dann, wenn die Initiative von AN-Seite ausgegangen ist, ist im Einklang mit der grds Verteilung von Verantwortlichkeit im Arbeitsrecht zu fragen, ob AG eine korrekte Qualifikation des Vertrags zumutbar war.

- Bei einer allfälligen Entgeltanpassung zu Gunsten von AG ist mE ein **Abschlag** dafür vorzusehen, dass eine Geltendmachung der arbeitsvertraglichen Ansprüche deshalb weniger wahrscheinlich ist, weil eine Falschqualifikation stattgefunden hat. Dem Vorteil der **geringen Klagswahrscheinlichkeit** soll ein erhöhtes AG-Risiko für den Fall der Geltendmachung gegenüberstehen. Dabei kann es eine Rolle spielen, wer die Initiative zur konkreten Vertragsform gesetzt hat.
- In der Regel liegt bei derartigen Vertragsverhältnissen im „Graubereich“ ein **schriftlicher Vertrag** vor, der von AG-Seite formuliert wurde. Somit unterliegt dieser grds der **Inhaltskontrolle** gem § 879 Abs 3 ABGB.³⁸⁾ Folgt man dem Ansatz von *Kietaibl*³⁹⁾, wogegen mE jedoch einiges spricht,⁴⁰⁾ käme zudem das Transparenzgebot zur Anwendung, das eigentlich eine geltungserhaltende Reduktion bzw eine Lückenschließung nach hypothetischem Parteiwillen ausschließen müsste.
- Zu berücksichtigen ist auch, dass im Rahmen des AV regelmäßig von einem **Verhandlungsungleichgewicht**⁴¹⁾ zwischen AG und AN auszugehen ist, einem Umstand, den der OGH bei seiner Lösungsfindung in der Monteur-E auch schon angesprochen, aber nicht weiter ausgeführt hat. Dies hat mE dazu zu führen, dass eine Entgeltanpassung für AG nicht kostenneutral sein, sondern zu angemessenen zusätzlichen Kosten führen soll. Nur dadurch kann mE sichergestellt werden, dass die typischerweise bestehende Übermacht der AG nicht missbraucht wird.

4. Vertragsanpassung für die Zukunft

Noch gänzlich **ungeklärt in der Rsp** ist die Entgeltanpassung eines im Nachhinein als Arbeitsvertrag qualifizierten Vertragsverhältnisses *pro futuro*. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass alle bisher anhängig gemachten Verfahren bereits beendete AV betrafen. *Kietaibl*⁴²⁾ hat zu Recht danach differenziert, ob eine Vertragsanpassung rückwirkend oder für die Zukunft erfolgen soll. Für die Vergangenheit lässt er eine Berufung auf die AN-Eigenschaft nur durch AN zu und eröffnet die Möglichkeit der Entgeltanpassung durch AG nur einredeweise. Für die Zukunft hingegen sollen auch AG den Vertrag rechtlich korrekt behandeln und deshalb auch das Entgelt anpassen können. Dies überzeugt grundsätzlich, wenn auch nur mit den soeben unter Punkt D.3 gemachten Einschränkungen, die insb für AG Anreize setzen sollen, den Vertrag von Beginn an korrekt zu qualifizieren und abzurechnen. →

35) wbl 2006, 212.

36) Zu den Barrieren bei der Rechtsverfolgung („Mobilisierung von Recht“) s *Baer*, Rechtssoziologie (2011) 216; *Rehbinder*, Rechtssoziologie⁷ (2009) 136; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie (2009) 321; *MacDonald*, Access to Civil Justice, in Oxford Handbook of Empirical Legal Research (2010) 510 (511).

37) *Kietaibl* (wbl 2006, 210) berücksichtigt dies insoweit, als er eine Entgeltanpassung in den Fällen versagt, in denen der/die AG die Fehlqualifikation des Vertrags aufgedrängt hat.

38) *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung 150; *Kietaibl*, Allgemeine Arbeitsbedingungen 65.

39) Allgemeine Arbeitsbedingungen 299.

40) *Risak*, Transparenzgebot auch im Arbeitsvertragsrecht, *ecolex* 2006, 880.

41) Dieses beruht typischerweise auf einer Ressourcen- und Informationsasymmetrie zugunsten der AG-Seite.

42) JBl 2004, 626.

E. Sonderfall: Beiträge nach dem BMSVG („Abfertigung neu“)

1. Problemstellung

Das BMSVG regelt in seinem 1. und 2. Teil die für AN und freie DN nach § 4 Abs 4 ASVG betreffende Betriebliche Mitarbeitervorsorge und im 4. Teil die Selbständigenvorsorge. Diese Regelungen unterscheiden sich für die hier zu behandelnde Problematik insb hinsichtlich der BeitragsschuldnerInnen. Einerseits sind dies die VertragspartnerInnen der AN bzw freien DN und andererseits die Selbständigen selbst.

- Eine Falschqualifikation als freie DN gem § 4 Abs 4 ASVG ist grds unproblematisch, da die Regelungen des BMSVG für AN und freie DN gleich sind. Es kann daher – insb wegen der Nachzahlung von nur bei Arbeitsverträgen zustehenden Entgeltteilen – lediglich zu Nachforderungen gegenüber AG führen, die aber ohnehin zur Zahlung der Beiträge verpflichtet sind.
- Schwieriger ist hingegen die Konstellation, wenn vermeintlich nach GSVG-Versicherte rückwirkend als AN qualifiziert werden. Diesfalls ändern sich die BeitragsschuldnerInnen: AG haben die nicht verjährten Beiträge nachzuentrichten und es stellt sich die Frage, was mit den von den vermeintlichen Selbständigen zu Unrecht bezahlten Beiträgen zu passieren hat.

2. Umqualifikation von freien DN gem § 4 Abs 4 ASVG zu AN

Nach § 6 BMSVG haben AG für die bei ihnen beschäftigten AN und freien DN iSd § 4 Abs 4 ASVG⁴³⁾ ab Beginn des jeweiligen Dienstverhältnisses⁴⁴⁾ Beiträge zu leisten. Nach § 6 Abs 2 BMSVG kommen hinsichtlich der Eintreibung nicht rechtzeitig entrichteter Beiträge die einschlägigen Bestimmungen des ASVG zur Anwendung. Insbesondere ist § 68 ASVG zu beachten, wonach das Recht zur Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen bei BeitragsschuldnerInnen binnen drei Jahren vom Tag der Fälligkeit der Beiträge⁴⁵⁾ verjährt. Diese Verjährungsfrist verlängert sich auf fünf Jahre, wenn keine oder unrichtige Angaben über DN bzw über deren jeweiliges Entgelt gemacht wurden, die DG bei gehöriger Sorgfalt als notwendig oder unrichtig hätten erkennen müssen.⁴⁶⁾ Demnach können innerhalb dieser Fristen Beitragsnachzahlungen für AG bescheidmäßig festgestellt und vom zuständigen Krankenversicherungsträger eingetrieben werden.

3. Umqualifikation von GSVG-Versicherten zu AN

Grundsätzlich sind in einem derartigen Fall AG ab dem zweiten Monat des AV gem § 6 Abs 1 BMSVG zur Beitragsleistung verpflichtet. Diese Beiträge können bescheidmäßig innerhalb der Verjährungsfrist von drei bzw fünf Jahren vorgeschrieben werden (s Punkt E.2).

In den meisten Fällen werden jedoch vermeintlich nach GSVG versicherte Selbständige gem § 52 BMSVG selbst Beiträge entrichtet haben. Nach dieser Bestimmung sind für die Dauer der Pflichtversicherung in der GSVG-Krankenversicherung Beiträge nach BMSVG

an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) zu entrichten. Da aber wegen der Falschqualifikation von Anfang an keine Pflichtversicherung nach dem GSVG besteht, müssten die Beiträge eigentlich als ungebührlich rückerstattet werden. Dies gilt jedoch nur für jene Beiträge, die von der SVA noch nicht an die Betriebliche Vorsorgekasse (BV-Kasse) überwiesen wurden. § 52 Abs 2 3. Satz BMSVG sieht nämlich vor, dass „bereits an die BV-Kasse weitergeleitete Beiträge [...] bei einem rückwirkenden Wegfall der Pflichtversicherung iSd § 49 Abs 2 nicht zurückzuerstatten“ (Hervorhebung durch den Verfasser) sind. Nun handelt es sich im Fall der Falscheinstuftung zwar nicht um einen rückwirkenden Wegfall der Pflichtversicherung, da eine solche nicht bestanden hat. Die Regelung ist dennoch aus folgenden Gründen analog anzuwenden: Anders als für AN, für die in § 6 Abs 2 BMSVG auf § 69 ASVG (Rückforderung ungebührlich entrichteter Beiträge) verwiesen wird, fehlt für Selbständige eine Verweisung auf § 41 GSVG, der die Rückforderung ungebührlich entrichteter Beiträge regelt. Die an die BV-Kasse überwiesenen Beiträge haben somit in dieser zu verbleiben.

Dies würde im Ergebnis jedoch dazu führen, dass zweimal Beiträge nach BMSVG bezahlt werden: einmal von vermeintlich Selbständigen, die nicht rückerstattet werden, und danach für denselben Zeitraum von AG. Da diese Rechtsfolge vom BMSVG nicht intendiert sein kann, ist mE diese überschießende Beitragspflicht durch teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 6 Abs 1 BMSVG dahingehend zu reduzieren, dass die nachherige AG-Beitragspflicht für jene Entgeltteile auszuschließen ist, für die bereits Beiträge entrichtet wurden.

Dies bedeutet aber nicht, dass im Ergebnis AN anstelle der AG, wie eigentlich gesetzlich intendiert, Beitragsbelastet sind. Da solche vermeintlich selbständigen AN die eigentlich die AG treffende Schuld bezahlt haben, besteht auf Grundlage von § 1358 ABGB ein volles Regressrecht.⁴⁷⁾

Der OGH löst in der Trainer-E diese Frage im Wege des **Schadenersatzrechts**: Die AG habe durch das Unterlassen der maßgeblichen Meldung dem AN einen Schaden zugefügt, weshalb sie zur Zahlung der BMSVG-Beiträge an diesen verpflichtet sei. Diese Lösung überzeugt allerdings nur in der Konstellation, dass es bislang zu keiner Beitragszahlung durch den AN gekommen ist und die AG die Beiträge wegen Verjährung auch nicht nachentrichten muss.⁴⁸⁾

43) Nach § 1 Abs 1 a BMSVG sind die Regelungen des 1. und 2. Teiles des BMSVG auch auf derartige freie DN anzuwenden.

44) In der Folge wird nur noch ausdrücklich auf AN Bezug genommen, die Ausführungen gelten aber entsprechend auch für freie DN gem § 4 Abs 4 ASVG.

45) Fällig sind die Beiträge nach BMSVG gem § 58 Abs 1 ASVG iVm § 6 Abs 1 BMSVG am letzten Tag des Kalendermonats, in den das Ende des Beitragszeitraums fällt.

46) Zum diesbezüglich sehr strengen Maßstab s bspw VwGH 93/08/0176 eclex 1995, 580.

47) Dies entspricht auch der Rsp zur zu wenig einbehaltenen Lohnsteuer; vgl OGH 14 ObA 80/87 öRdA 1089, 296; vgl auch *Kietaibl*, ZAS 2006, 171.

48) Ob diesfalls aber nicht schon der Schadenersatzanspruch auch verjährt ist, wird in vielen Fällen fraglich sein.

→ In Kürze

Wird ein Arbeitsvertrag von den Vertragsparteien fälschlich als freier Dienstvertrag oder Werkvertrag qualifiziert, so kommen die zwingenden Normen des Arbeitsrechts dennoch zur Anwendung und können insb zu Entgeltnachforderungen führen. Während nach der Rsp bei den Sonderzahlungen ein Gesamtvergleich durchzuführen ist, sind Urlaubersatzleistung und Überstundenzuschläge jedenfalls auf Basis des vereinbarten Entgelts nachzuzahlen. Eine Entgelthanpassung lehnt der OGH wohl grds ab, hier bedarf es jedoch mE einer differenzierteren Lösung.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.

Kontaktadresse: Schenkenstraße 8 – 10, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 4277-356 04,

Fax: +43 (0)1 4277-9356,

E-Mail: martin.risak@univie.ac.at

Internet: www.univie.ac.at/arbeitsrecht

Vom selben Autor erschienen:

Austrian Labour Law (2010); Praxishandbuch Arbeitsvertrags-

gestaltung (2011, gem mit *Gerlach*, *Schrank* und *Höfle*);

Praxishandbuch Gleitzeit² (2013, gem mit *Jöst* und *Patka*).

Literatur:

Kietztaibl, Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 626; *ders*, Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, wbl 2006, 207.

→ Literatur-Tipp



Risak, *Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht* (2008)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter

www.manz.at

