

MUKE

Meta-Untersuchung kritischer Erfolgsfaktoren
von Lösungen im Bereich Güterverkehr und Transportlogistik

Rechtsgutachten

Einhaltung von Mindeststandards der Beschäftigung
in der Güterlogistik

Intransparente Strukturen durch komplexe Dritteile-Konstrukte

Univ.Prof. Dr. Susanne Auer-Mayer

in Zusammenarbeit mit

Univ.Prof. Dr. Harald Eberhard,
Daniel Peter Schmidt LL.M. (WU) LL.B. (WU)

12.05.2021



Das Projekt wird gefördert bzw. finanziert im Rahmen des FTI-Programms Mobilität der Zukunft durch das Bundesministerium für Klimaschutz und von der Österreichischen Forschungsförderungsgesellschaft abgewickelt.



Hinweis:

Das vorliegende Dokument enthält ein Rechtsgutachten zur Einführung/Einhaltung von Mindeststandards der Beschäftigung in der Güterlogistik aus dem Forschungsprojekt MUKE – Meta-Untersuchung kritischer Erfolgsfaktoren von Lösungen im Bereich Güterverkehr und Transportlogistik (FFG-Nr.: 877975). Das Rechtsgutachten bildete einen Ausgangspunkt für das Design einer Regulatory Sandbox. Fragen oder Rückmeldungen können direkt an die Projektleitung gestellt werden.

DI Clemens Raffler

c.raffler@tbwresearch.org

+43 660 26 01 870

tbw research GesmbH
Grünbergstraße 15/1 5. OG.
1120 Wien



INHALT

I.	Ausgangslage	1
II.	Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit	3
III.	Rechtliche Konsequenzen bei festgestellter „Scheinselbständigkeit“	5
a)	Arbeitsrechtliche Nachforderungen.....	6
b)	Sanktionen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz	7
c)	Sozialversicherungsrechtliche Folgen	9
d)	Weitere mögliche Konsequenzen von „Scheinselbständigkeit“	11
e)	Wie kommt es zur „Aufdeckung“ von „Scheinselbständigkeit“?	12
a)	Klage durch den Arbeitnehmer	12
b)	Prüfungen nach dem LSD-BG	13
c)	Sozialversicherungs- und Steuerprüfung.....	13
d)	Prüfung nach dem SV-ZG.....	14
IV.	Conclusio	15

Handlungsfeld - Einhaltung von Mindeststandards der Beschäftigung in der Güterlogistik

Problemfeld: Intransparente Strukturen durch komplexe Drittleister-Konstrukte

I. Ausgangslage

Logistikdienstleistungen können grundsätzlich sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht als auch durch Beauftragung selbständiger (Sub-)Auftragnehmer sichergestellt werden. Auftraggeber haben bei der rechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses jedoch **keine freie Wahl**. Die Abgrenzung zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern richtet sich vielmehr sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialversicherungsrecht (und auch im Steuerrecht) vor allem nach den **tatsächlichen Verhältnissen der Leistungserbringung**, also dem „wahren wirtschaftlichen Gehalt“¹. Entscheidend ist also, ob die Leistung im konkreten Einzelfall tatsächlich selbständig erbracht wird oder aber die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses erfüllt sind. Ist Letzteres der Fall, ändert auch eine allfällig anderslautende schriftliche vertragliche Vereinbarung nichts an der rechtlichen Beurteilung. In diesem Sinne kommt es auch auf die Bezeichnung als „Auftrag“, „Werkvertrag“ oder „freier Dienstvertrag“ nicht an.² Auch schließt das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung als (vermeintlich) Selbständiger das Vorliegen von Arbeitnehmereigenschaft nicht aus.³

Eine korrekte Zuordnung ist vor allem deshalb wichtig, weil nur für „echte“ **Arbeitsverhältnisse** die besonderen Schutzvorschriften des **Arbeitsrechts** (jedenfalls in seinem Kernbereich) gelten. Voraussetzung für die Geltung kollektivvertraglicher Mindestlöhne, für das Bestehen zwingender Entgeltfortzahlungsansprüche bei Krankheit oder Urlaub, für den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz oder etwa auch für die Möglichkeit einer Vertretung durch einen Betriebsrat ist damit die **Arbeitnehmereigenschaft**. Ebenso finden etwa zwingende gesetzliche Vorgaben zur Arbeits- und Ruhezeit nur auf Arbeitnehmer Anwendung.

Sozialversicherungsrechtlich sind zwar auch Selbständige (mit einigen wenigen Ausnahmen) vergleichbar abgesichert; auch dort spielt das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft aber eine entscheidende Rolle. Im Sozialversicherungsrecht wird hierbei der synonyme Begriff der

¹ Vgl zB auch ausdrücklich § 539a ASVG.

² Exemplarisch OGH 25.11.2020, 9 ObA 43/20v; VwGH 14.10.2015, 2013/08/0226.

³ Statt vieler etwa VwGH 11.06.2014, 2012/08/0240.

„Dienstnehmer“ verwendet. Während sich Selbständige selbst um ihre Sozialversicherung kümmern müssen, treffen diese Pflichten bei einem Dienstverhältnis den Dienstgeber. Er hat den Dienstnehmer zur Sozialversicherung anzumelden und seine Beiträge (wie auch die Lohnsteuer) abzuführen. Die materielle Beitragslast wird zudem zwischen Dienstgeber und -nehmer geteilt. Der Selbständige trägt sie hingegen alleine.

Vor diesem Hintergrund ist die Beauftragung von **selbständigen Sub-Dienstleistern** anstelle der Beschäftigung von Arbeitnehmern aus Sicht der Auftraggeber nicht nur im Regelfall wesentlich **kostengünstiger**, sondern auch aus organisatorischer Sicht von Vorteil. Denn der Einsatz Selbständiger kann flexibler erfolgen und der entstehende Verwaltungsaufwand ist typischerweise geringer. Die damit verbundene Auslagerung der Kosten und des Risikos auf die Dienstleistenden (auch im Wege von „Subunternehmer-Ketten“) ermöglicht das Angebot von Logistikpreisen, die deutlich unter jenen liegen, wie sie bei „Einpreisung“ der Kosten für Arbeitnehmer kalkuliert werden müssten. Dies bewirkt letztlich erhebliche Wettbewerbsvorteile im Vergleich zu Unternehmen, die Logistikleistungen durch eigene, arbeits- und sozialrechtlich voll abgesicherte, Arbeitnehmer erbringen lassen. Es besteht daher (keineswegs nur in der Logistikbranche) durchaus ein **Anreiz zur „Flucht“ aus dem Arbeitsverhältnis**. Der damit einhergehende „Wettbewerb nach unten“ geht vor allem zulasten der Sub-Dienstleistenden, die zwar nach außen hin als Selbständige beauftragt werden, vielfach aber über keinerlei unternehmerische Struktur verfügen, sondern – nicht anders als Arbeitnehmer – **nur ihre eigene Arbeitskraft** einsetzen.

Gerade in Bereichen wie der Logistikbranche, in denen ein erheblicher Preisdruck besteht und gering qualifizierte Arbeitskräfte zum Einsatz kommen, stellt sich damit das **Problem „Scheinselbständigkeit“**. Beträchtlich verschärft wird dies dadurch, dass etwa Asylwerber, aber auch andere Drittstaatsangehörige in Österreich nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten haben, aufgrund einer entsprechenden Beschäftigungsbewilligung unselbständig tätig zu werden. Der Zugang zum Arbeitsmarkt als Arbeitnehmer ist ihnen also weitgehend versperrt. Demgegenüber ist die Tätigkeit als selbständiger „Kleintransporteur“ im Regelfall unproblematisch nach Gewerbeanmeldung möglich. Spezifische Befähigungsnachweise sind – anders als für viele andere selbständige Tätigkeiten – nicht notwendig. Damit werden gerade schlecht qualifizierte ausländische Arbeitskräfte faktisch in Bereiche wie die Logistik „gedrängt“. Diese sind nicht nur in Ermangelung alternativer Erwerbsmöglichkeiten wirtschaftlich massiv von ihren Auftraggebern abhängig, sondern (auch aufgrund von Sprachbarrieren) häufig schlecht über ihre Rechte informiert. Nicht zuletzt ist aufgrund der vielfach undurchsichtigen Sub-Auftragsstrukturen keineswegs leicht zu ermitteln, wer im konkreten Fall überhaupt tatsächlich Auftraggeber der betreffenden Dienstleister und damit Adressat allfälliger Ansprüche ist. Selbst wenn das gelingt, ist schließlich nicht gesagt, dass die geltend gemachten Ansprüche auch durchgesetzt werden können.

In diesem Lichte stellt sich naturgemäß die Frage, ob und wie das geltende Recht auf diese Problematik reagiert und/oder künftig besser reagieren könnte. Im Folgenden wird zunächst ein kurzer Überblick über die für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft – und damit das Bestehen von „Scheinselbständigkeit“ – maßgeblichen Beurteilungskriterien gegeben. Im

Anschluss daran werden die rechtlichen Folgen festgestellter „Scheinselbständigkeit“ und die Möglichkeiten zu deren „Aufdeckung“ dargelegt und mögliche Ansatzpunkte für künftige Verbesserungen angesprochen.

II. Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit

Vorwegzuschicken ist, dass das geltende Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (und auch das Steuerrecht) nicht den „einen“ Arbeitnehmerbegriff kennt, sondern es je nach Anwendungsbereich unterschiedliche Definitionen gibt. So entsteht nach § 1151 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) ein Arbeitsvertrag, wenn sich jemand auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet.⁴ Diese Definition ist auch für die Geltung von Kollektivverträgen maßgeblich. § 36 Abs 1 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) definiert dagegen für den Geltungsbereich der Betriebsverfassung – und damit insbesondere für die Frage der Vertretung durch den Betriebsrat – Arbeitnehmer als Personen, die im Rahmen eines Betriebes beschäftigt sind.⁵ Die bestehende vertragliche Verpflichtung spielt hier also keine maßgebliche Rolle. § 4 Abs 2 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) stellt hinsichtlich des Dienstnehmerbegriffs wiederum darauf ab, dass Personen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden. Als Dienstnehmer gilt (mit wenigen Ausnahmen) überdies, wer nach § 47 Abs 1 iVm Abs 2 Einkommensteuergesetz (EStG) – und daher *va* als steuerlicher Dienstnehmer – lohnsteuerpflichtig ist.⁶ Alle Arbeitnehmerbegriffe haben freilich nach einhelliger Ansicht einige **zentrale Kernvoraussetzungen** gemeinsam.

Zunächst erfordert das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft stets, dass **Dienstleistungen** erbracht werden. Geschuldet ist beim Arbeitsvertrag die Überlassung der Arbeitskraft zur zeitweiligen Verfügung, es steht also die laufende Erbringung der Arbeitsleistung im Vordergrund. Der Arbeitnehmer erbringt gattungsmäßig umschriebene Leistungen, die nicht von vornherein im Einzelnen bestimmt sind, sondern im Zuge der Tätigkeit laufend – insbesondere durch Weisungen des Arbeitgebers – konkretisiert werden. Es geht um ein Dauer- und nicht um ein Zielschuldverhältnis. Im Gegensatz dazu ist der Werkvertrag auf die Herstellung eines bestimmten Erfolges ausgerichtet, es kommt also auf das Ergebnis der Leistung an.

⁴ Vgl näher zu § 1151 ABGB etwa *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1151 ABGB Rz 1 ff.

⁵ Näher dazu etwa *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 36 ArbVG Rz 1 ff.

⁶ Näher dazu *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm (Loseblatt-Slg, Stand 2020) § 4 ASVG Rz 1 ff.

Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungen und Werkleistungen ist somit vor allem danach vorzunehmen, ob ein in sich geschlossenes, spezifisch konkretisiertes (und auch gewährleistungstaugliches) „Werk“ – im Sinne eines spezifischen Erfolges – geschuldet wird.⁷ Diese Beurteilung ist oft nicht einfach, da auch kurze Leistungsverhältnisse (etwa nur für einzelne Tage) Dienstleistungen zum Gegenstand haben können. In der Praxis wird auch nicht selten versucht, der Arbeitnehmereigenschaft dadurch zu „entkommen“, dass Dienstleistungen gleichsam in einzelne „Werke“ – also beispielsweise einen einzigen Verpackungs- oder Transportvorgang – zerlegt werden. Die Rechtsprechung akzeptiert derartige Gestaltungen allerdings im Regelfall nicht, sofern die betreffende Person nicht erkennbar unternehmerisch tätig wird.⁸

Die Prüfung verlagert sich damit sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtlich vor allem auf die Frage, ob die konkrete Arbeitsleistung in sogenannter „**persönlicher Abhängigkeit**“ erbracht wird. Gemeint ist damit die Unterworfenheit des Arbeitnehmers unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, folglich dessen fremdbestimmtes Tätigwerden.⁹ Fehlt die persönliche Abhängigkeit, liegt auch bei Erbringung von Dienstleistungen kein echter Arbeitsvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag vor. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften kommen damit nicht (bzw nur vereinzelt in bestimmten Ausnahmefällen) zur Anwendung. Auch sozialversicherungsrechtlich besteht bei Verneinung der persönlichen Abhängigkeit des Dienstleistenden jedenfalls bei Vorliegen einer Gewerbeberechtigung – wovon bei (vermeintlich selbständigen) Dienstleistern im Bereich der Güterlogistik wohl regelmäßig auszugehen sein wird – Versicherungspflicht als Selbständiger nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG).¹⁰

Die **persönliche Abhängigkeit** wird im Rahmen eines beweglichen Systems anhand **verschiedener Merkmale** beurteilt, wobei diese nicht alle vorliegen müssen und durchaus in unterschiedlicher Ausprägung gegeben sein können, aber in ihrem Gewicht und der Bedeutung nach bei einer **Gesamtbetrachtung** überwiegen müssen.¹¹

Im Wesentlichen geht es hier nach der Rechtsprechung um die **Weisungsgebundenheit** des Arbeitnehmers, insbesondere hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten. Die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers bezieht sich dabei nicht nur auf

⁷ Siehe zB bereits OGH 27.09.1989, 9 ObA 219/89; ebenso zum Sozialversicherungsrecht VwGH 10.10.2018, Ra 2015/08/0130; 15.05.2019, Ra 2016/08/0056 und viele andere.

⁸ Vgl zB zum Sozialversicherungsrecht VwGH 21.08.2017, Ra 2016/08/0119

⁹ ZB OGH 25.11.2020, 9 ObA 43/20v.

¹⁰ Vgl § 2 Abs 1 Z 1 GSVG.

¹¹ Vgl zB OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; 10.07.2008, 8 ObA 55/07g; VwGH 29.4.2015, 2013/08/0198; siehe auch § 4 Abs 2 ASVG.

sachliche/fachliche Fragen, sondern vor allem auch auf die persönliche Gestaltung der Arbeitsleistung. Den Arbeitnehmer trifft zudem eine persönliche Arbeitspflicht. Er leistet die Arbeit fremdbestimmt und deren wirtschaftlicher Erfolg kommt dem Arbeitgeber zu. Zudem ist der Arbeitnehmer funktionell in ein betriebliches Weisungsgefüge eingebunden, **kontrollunterworfen** und arbeitet grundsätzlich mit fremden Betriebsmitteln.¹² Es besteht also keine Möglichkeit des Arbeitnehmers, den Ablauf der Arbeit frei zu regeln und jederzeit zu ändern bzw diese Möglichkeiten sind zumindest eingeschränkt.¹³ Die Vereinbarung einer generellen und jederzeitigen **Vertretungsbefugnis** (oder eines beliebigen Ablehnungsrechtes auch bezüglich bereits zugesagter Dienstleistungen) schließt dagegen die persönliche Abhängigkeit aus. Dies aber nur, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zumindest zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt (bzw erfolgen hätte können).¹⁴ Die nur im Vertrag vorgesehene Berechtigung (oder auch Verpflichtung), sich fallweise (zB während des Urlaubs oder in Krankheitsfällen) vertreten zu lassen, schließt dagegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht aus.¹⁵

Auch die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ist stets **einzelfallabhängig** und hängt neben der konkreten Gestaltung der Arbeitsbeziehung letztlich auch von der Gewichtung verschiedener Aspekte und damit von Wertungen ab. Ohne weitere Informationen zur konkreten Gestaltung der Vertragsverhältnisse kann daher auch für den Logistikbereich keine rechtlich fundierte Aussage zum Vorliegen von „Scheinselbständigkeit“ getroffen werden. Noch weniger kann eine generelle Einstufung von Logistikdienstleistern als Selbständige oder aber Arbeitnehmer vorgenommen werden. Schon dies bewirkt eine Art rechtlichen „**Graubereich**“. Freilich ist doch festzuhalten, dass angesichts der – zum Teil ganz erheblichen – Fremdbestimmung der Dienstleistenden vor allem bezüglich des **letzten Dienstleisters** einer „Sub-Auftragskette“ das tatsächliche Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses – und damit **Scheinselbständigkeit** – durchaus naheliegt.

III. Rechtliche Konsequenzen bei festgestellter „Scheinselbständigkeit“

Welche rechtlichen Folgen hat es nun, wenn Logistikdienstleister „scheinselbständig“ tätig werden, sich also erst im Nachhinein herausstellt, dass tatsächlich keine selbständige Tätigkeit, sondern ein Arbeitsverhältnis vorgelegen ist.

¹² Vgl etwa OGH 28.04.2005, 8 ObS 8/05t; OGH 25.11.2020, 9 ObA 43/20v; VwGH 29.04.2015, 2013/08/0198.

¹³ Siehe erneut zB OGH 10.07.2008, 8 ObA 55/07g.

¹⁴ Vgl etwa OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k.

¹⁵ ZB zum Sozialversicherungsrecht VwGH 11.06.2014, 2012/08/0157.

a) **Arbeitsrechtliche Nachforderungen**

Arbeitsrechtlich gesehen bedeutet die Feststellung von „Scheinselbständigkeit“, dass auf das Vertragsverhältnis rückwirkend **Arbeitsrecht** zur Anwendung kommt. Der „Scheinselbständige“ kann daher **rückwirkend arbeitsrechtlichen Ansprüche**, wie insbesondere kollektivvertragliche Entgeltansprüche und Zuschläge, Ansprüche auf Überstunden- und Feiertagsentlohnung oder Sonderzahlungen, aber etwa auch auf Urlaub (bzw. Urlaubersatzleistung, falls das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist), geltend machen.

Basis für die Bemessung dieser Ansprüche ist zumindest das kollektivvertraglich gebührende Mindestentgelt. Sollte die getroffene Honorarvereinbarung darüber liegen, werden die arbeitsrechtlichen Ansprüche von dieser (höheren) Basis bemessen.¹⁶ Zu beachten ist allerdings, dass der Oberste Gerichtshof va bezüglich Sonderzahlungen eine Einrechnung in das Gesamteinkommen des Dienstleistenden zulässt. Soweit daher – was freilich in der Logistikbranche praktisch die Ausnahme sein dürfte – mit dem „Scheinselbständigen“ ein Honorar vereinbart wurde, das über dem anwendbaren kollektivvertraglichen Mindestentgelt liegt, kommt es nach der Rechtsprechung de facto zu einer „Einrechnung“ der Sonderzahlungen. Ein zusätzlicher Anspruch darauf besteht somit nach dieser Rechtsprechung nur, soweit das bezahlte Gesamtentgelt unter dem kollektivvertraglich (im Regelfall 14x jährlich) gebührenden Mindestentgelt liegt.¹⁷

Eine praktisch ganz **bedeutsame Einschränkung** möglicher arbeitsrechtlicher Nachforderungen – und damit auch des Risikos des „Auftraggebers“ – ergibt sich freilich aus **Verjährungs- und Verfallsbestimmungen**. Soweit nicht gesetzliche Spezialregelungen bestehen,¹⁸ sind auch für arbeitsrechtliche Ansprüche grundsätzlich die allgemeinen Verjährungsbestimmungen des ABGB maßgeblich. Entgeltansprüche oder solche auf Auslagenersatz verjähren demnach gemäß § 1486 Z 5 ABGB binnen **drei Jahren** ab Fälligkeit. Ebenso gilt für Ansprüche auf jährliche Leistungen eine dreijährige Verjährungsfrist¹⁹. Der Oberste Gerichtshof lässt darüber hinaus aber auch hinsichtlich gesetzlich zwingender Ansprüche die **Vereinbarung wesentlich kürzerer Verfallsfristen** sowohl in Kollektivverträgen als auch in Arbeitsverträgen zu. Nur ganz ausnahmsweise nimmt der Oberste Gerichtshof eine Unzulässigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) an. Dies zunächst, wenn die Geltendmachung des Anspruchs aufgrund der Kürze der Frist ohne sachlichen Grund wesentlich erschwert wird, was aber etwa selbst bei Fristen von nur drei

¹⁶ Vgl ausführlich etwa OGH 26.07.2012, 8ObA56/11k, zu einem „scheinselbständigen“ Pizzazusteller.

¹⁷ Siehe noch einmal OGH 26.07.2012, 8 ObA 56/11k.

¹⁸ Vgl etwa § 34 Angestelltengesetz und § 1162d ABGB, aber auch § 4 Abs 5 Urlaubsgesetz.

¹⁹ § 1480 ABGB.

Monaten nicht angenommen wurde.²⁰ Darüber hinaus kann die Berufung auf eine grundsätzlich wirksame Verfallsklausel im konkreten Fall gegen Treu und Glauben verstoßen, etwa weil der Arbeitnehmer mangels Erhalts einer ordnungsgemäßen Lohnabrechnung im konkreten Fall nicht erkennen konnte, dass seine Ansprüche nicht erfüllt wurden.²¹ Gerade eine bestehende „**Scheinselbständigkeit**“ steht dem Obersten Gerichtshof zufolge dagegen grundsätzlich **weder der Gültigkeit der Verfallsklausel noch einer Berufung auf diese entgegen.**²²

Im Ergebnis können Arbeitnehmer daher bei festgestellter „Scheinselbständigkeit“ nachträgliche Entgeltforderungen häufig nur noch für einige wenige Monate rückwirkend geltend machen. Aus Sicht des Arbeitgebers erweist sich „Scheinselbständigkeit“ daher insoweit selbst bei deren Aufdeckung im Regelfall als „Gewinn“. Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur vielfach kritisiert.²³ Der Oberste Gerichtshof hat jedoch mehrfach deutlich gemacht, dass er nicht von seiner Auffassung abgehen will. Es läge daher am **Gesetzgeber**, hier gerade für Fälle der Scheinselbständigkeit durch eine **ausdrückliche Regelung gegenzusteuern.**

b) **Sanktionen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz**

Auch wenn sich die Höhe arbeitsrechtlicher Nachforderungen im Lichte des Gesagten meist in Grenzen hält, kann „Scheinselbständigkeit“ für den Auftraggeber zumindest dann erhebliche nachteilige Folgen haben, wenn das dem „Auftragnehmer“ geleistete „Honorar“ unter dem eigentlich gebührenden kollektivvertraglichen Mindestlohn liegt. Denn nach Maßgabe des **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG)** drohen bei „**Unterentlohnungen**“ (oder auch bei Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen) vergleichsweise **hohe Verwaltungsstrafen.**²⁴ Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich haben demnach auch einen verwaltungsstrafrechtlich abgesicherten zwingenden Anspruch auf das nach dem anwendbaren Kollektivvertrag zustehende Entgelt. Das gilt ausdrücklich auch dann, wenn der Arbeitgeber (Auftraggeber) keinen Sitz in Österreich hat und daher nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist

²⁰ Vgl OGH 26.01.2018, 8 ObS 9/17g; OGH 26.02.2014, 9 ObA 1/14h.

²¹ Vgl OGH 26.07.2012, 8 ObA 56/11k, wo die Lohnabrechnung allerdings bereits nach der kollektivvertraglichen Regelung Voraussetzung für den Lauf der Verfallsfrist war.

²² Vgl OGH 26.01.2018, 8 ObS 9/17g; OGH 24.04.2012, 8 ObA 86/11x.

²³ Vgl exemplarisch nur *Grillberger* in *Löschnigg* (Hrsg), AngG¹⁰ (2016) § 34 Rz 20; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2018)³ § 34 AngG Rz 21; *Graf* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 157.

²⁴ Vgl §§ 25 ff LSD-BG, zur Unterentlohnung insbesondere § 29 LSD-BG.

und/oder dann, wenn Arbeitnehmer aus dem Ausland nach Österreich entsandt werden.²⁵ Die Frist für die Verfolgungsverjährung beträgt hierbei drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts, beginnt aber gemäß § 29 Abs 4 LSD-BG bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, erst ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum zu laufen. Hinsichtlich möglicher Verwaltungsstrafen nützt dem Auftraggeber insbesondere auch die Verjährung/der Verfall des arbeitsrechtlichen Entgeltanspruchs nichts.

Vor allem bei wiederholten Verstößen gegen das LSD-BG droht zudem eine vorübergehend behördliche Untersagung der Dienstleistung.²⁶ Soweit im Einzelfall anzunehmen ist, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein wird, ist das Amt für Betrugsbekämpfung (also die Abgabenbehörde) zudem ermächtigt, eine **vorläufige Sicherheit** bis zum Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe festzusetzen und einzuheben.²⁷ Ergänzt wird dies durch die Möglichkeit, dem **Auftraggeber** des (nunmehrigen) Arbeitgebers des „Scheinselbständigen“ unter bestimmten Voraussetzungen einen **Zahlungsstopp**, also ein Verbot aufzutragen, den noch zu leistenden Werklohn zu zahlen. Gegebenenfalls kann die Bezirksverwaltungsbehörde auch eine teilweise **Hinterlegung des Werklohnes** anordnen.²⁸

Erwähnt sei schließlich, dass das LSD-BG auch spezifische **Haftungsbestimmungen** kennt, die in Fällen von „Dienstleisterketten“ relevant werden können. So haften (österreichische) Auftraggeber für die Entgeltansprüche jener Arbeitnehmer als Bürge und Zahler²⁹, die von einem beauftragten Unternehmen in einem Nicht-EWR-Staat (vorübergehend) **nach Österreich entsandt** werden.³⁰ Darüber hinaus haften Auftragnehmer eines **öffentlichen Auftraggebers** oder Sektorenauftraggebers als **Generalunternehmer** bei zumindest teilweiser Sub-Vergabe des Auftrags an anderen Unternehmen im EWR-Raum (einschließlich Österreich) als Bürge und Zahler für die (kollektivvertraglichen) Entgeltansprüche der vom Subunternehmer zur Erfüllung dieses Auftrages eingesetzten Arbeitnehmer. Dies jedoch nur, sofern die Sub-Vergabe entgegen den Bestimmungen des Vergaberechts oder entgegen vertraglicher Vereinbarungen erfolgt ist. Die Arbeitnehmer haben zudem (auf Verlangen) Anspruch auf Auskunft über die jeweils sub-beauftragten Unternehmen, die Weitergaben der Beauftragungen und deren jeweiligen

²⁵ Vgl § 3 LSD-BG-

²⁶ § 31 LSD-BG.

²⁷ § 32 LSD-BG.

²⁸ Vgl näher § 34 LSD-BG.

²⁹ Vgl § 1357 ABGB.

³⁰ § 8 LSD-BG.

Vertragsgegenstand, widrigenfalls das jeweilige Unternehmen ex lege als Auftrag gebendes Unternehmen aller nachfolgend beauftragten Unternehmen gilt. Die Haftung des Auftraggebers erstreckt sich ferner auf die Arbeitnehmer jedes weiteren Auftragnehmers, wenn die Auftragserteilung als Umgehungsgeschäft anzusehen ist, das darauf abzielt, die Haftung zu umgehen und der Auftraggeber dies wusste oder auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand.³¹

c) Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Wird hinsichtlich einer Tätigkeit zunächst wegen angenommener Selbständigkeit eine Pflichtversicherung nach dem GSVG angemeldet, nachträglich aber das tatsächliche Vorliegen eines Dienstverhältnisses und damit einer Pflichtversicherung nach dem ASVG festgestellt, ist auch sozialversicherungsrechtlich grundsätzlich von einer rückwirkenden „Umqualifizierung“ auszugehen. Damit müssen die **ASVG-Beiträge nachgezahlt** werden, soweit diese noch nicht verjährt sind. Dies betrifft in aller Regel die letzten fünf Jahre, da der Verwaltungsgerichtshof in Fällen von „Scheinselbständigkeit“ meist ein Verschulden des „Auftraggebers“ an der unterbliebenen ASVG-Anmeldung unterstellt.³² Die Beitragspflicht trifft den (nunmehrigen) **Dienstgeber** als Beitragsschuldner nach dem ASVG³³ und zwar grundsätzlich hinsichtlich des **Dienstnehmer- und des Dienstgeberanteils**. Basis für die Beitragsbemessung ist hierbei das tatsächlich geleistete Entgelt, mindestens aber der kollektivvertragliche Mindestlohn.³⁴ Hinzu kommen im Regelfall Verzugszinsen³⁵ bzw Beitrags- und Säumniszuschläge³⁶ wegen nicht ordnungsgemäßer Anmeldung und gegebenenfalls erneut **Verwaltungsstrafen**.³⁷

Als Dienstgeber gilt gemäß § 35 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Entscheidend ist hierbei nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum einen, wer nach rechtlichen Gesichtspunkten (nach den Regeln des Privatrechts) aus den im Betrieb

³¹ § 10 LSD-BG.

³² Siehe § 68 ASVG.

³³ § 58 ASVG.

³⁴ Vgl näher § 49 ASVG.

³⁵ § 59 ASVG.

³⁶ §§ 113 bis 115 ASVG.

³⁷ § 111 ASVG.

getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das **Risiko des Betriebes** im Gesamten unmittelbar trifft. Zum anderen kommt es darauf an, ob der in Betracht kommenden Person eine so weit reichende **Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung** zukommt, dass ihr die Erfüllung der dem Dienstgeber nach dem ASVG auferlegten Verpflichtungen entweder selbst oder durch dritte Personen möglich ist.³⁸ Dies gilt auch, wenn das Vertragsverhältnis formell mit einer anderen Person geschlossen wurde.³⁹ In der Vergangenheit ist es in der Rechtsprechung immer wieder zur Feststellung von „Mittelsmann-Konstruktionen“ und folglich zum „Durchgriff“ auf den wahren Dienstgeber gekommen.

Zu beachten ist hier auch, dass die Dienstgeberstellung jedenfalls das Vorhandensein eines **Betriebes** voraus setzt.⁴⁰ Dabei wird auf den Betriebsbegriff des § 34 Abs 1 Arbeitsverfassungsgesetz zurückgegriffen. Demnach gilt jede Arbeitsstätte als Betrieb, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht.⁴¹ Geprüft wird also etwa, ob es eine mit eigenen Betriebsmitteln ausgestatteten eigenen Betriebsstätte gibt, in der der potentielle Dienstgeber die Geschäfts- und Betriebsleitung inne hat.⁴² Das Fehlen einer „maßgeblichen betrieblichen Struktur“ steht allerdings nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes der Dienstgeberstellung nicht entgegen.⁴³ Die Anforderungen an das Vorliegen eines Betriebes sind damit nicht sehr hoch. Gewisse Strukturen einer betrieblichen Organisation, in die eine Einbindung von Dienstnehmern erfolgen kann, werden aber doch gefordert. Diese können sich zum Beispiel in einem durch die Erfordernisse der betrieblichen Einrichtung vorgegebenen Ablauf, in einer gemeinsamen, aufeinander abgestimmten Tätigkeit mehrerer Mitarbeiter oder in der Anwesenheit von Vorgesetzten an der Arbeitsstätte manifestieren. Meist ist eine Einbindung in die betriebliche Strukturen auch von einer Zuweisung von Betriebsmitteln an den Erwerbstätigen begleitet.⁴⁴

³⁸ Vgl grundlegend VwGH 10.12.1986, 83/08/0200; aus jüngerer Zeit etwa auch VwGH 15.07.2013, 2011/08/0151.

³⁹ Exemplarisch VwGH 15.05.2013, 2013/08/0051; vgl auch VwGH 12.09.2012, 2009/08/0042, zu den in einem Pflegeheim tätigen, fälschlich als Dienstnehmer der zu Pflegenden angemeldeten Pflegepersonen.

⁴⁰ So explizit VwGH 13.11.2013, 2013/08/0146.

⁴¹ Vgl noch einmal etwa VwGH 13.11.2013, 2013/08/0146.

⁴² VwGH 23.10.2002, 99/08/0157.

⁴³ VwGH 14.02.2013, 2011/08/0115.

⁴⁴ Vgl VwGH 03.04. 2019, Ro 2019/08/0003; VwGH 14.11.2018, Ra 2018/08/0172.

Als Dienstgeber ist folglich vor allem bei längeren Sub-Auftragsketten auch im Logistikbereich nicht zwingend der jeweilige Vertragspartner anzusehen. Es kann unter bestimmten Voraussetzungen auch zu einem „Durchgriff“ auf den wirtschaftlich eigentlichen Dienstgeber kommen. Erneut bedarf es hierbei einer – durchaus schwierigen – Prüfung im Einzelfall. Dabei wird man sich neben dem Vorliegen eines „Betriebes“ im geschilderten Sinn beim beauftragenden Vertragspartner auch ansehen müssen, ob die relevanten Weisungs- und Kontrollrechte in Wahrheit einem in der „Auftragskette“ weiter vorne stehenden Auftraggeber zukommen bzw. de facto nach dessen Vorgaben und in dessen Interesse ausgeübt werden. Hingewiesen sei auch darauf, dass man zum Ergebnis kommen kann, dass der vermeintliche Dienstgeber tatsächlich selbst als Dienstnehmer seines eigenen Auftraggebers zu qualifizieren ist. In einem solchen Fall scheint eine gleichzeitige Dienstgeber-Stellung dieses Dienstnehmers im Verhältnis zu seinem (Sub-)Vertragspartner von vornherein ausgeschlossen.

Vor allem die Verpflichtung der Auftraggeber zur Nachzahlung der gesamten ASVG-Beiträge wurde in der Praxis immer wieder als starke Belastung kritisiert. Dieser Kritik hat der Gesetzgeber mit dem **Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (SV-ZG)** ab 1. Juli 2017 dahingehend entsprochen, dass nunmehr die durch den (vermeintlichen) Selbständigen an die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen **geleisteten Beiträge** von diesem nicht mehr zurückgefordert werden können, sondern **direkt an die Österreichische Gesundheitskasse überwiesen** werden.⁴⁵ Beitragsschuldner bleibt zwar auch hier der Dienstgeber, die überwiesenen Beiträge werden aber auf die Nachforderung der Österreichischen Gesundheitskasse angerechnet. Die mögliche **finanzielle Belastung** (und damit das „Risiko“) des „Auftraggebers“ wird dadurch **erheblich reduziert**.

d) **Weitere mögliche Konsequenzen von „Scheinselbständigkeit“**

Anders als im Sozialversicherungsrecht bleibt Steuerschuldner hinsichtlich der **Einkommensteuer** auch in Umqualifizierungsfällen der Dienstnehmer. Der Dienstgeber haftet allerdings gemäß § 82 EStG für die Abfuhr der auf das tatsächlich geleistete Entgelt entfallenden Lohnsteuer. Schlagend wird diese Haftung im Regelfall nur, falls der „Scheinselbständige“ selbst noch keine Einkommensteuer bezahlt hat. Wurde von einem Scheinselbständigen **Umsatzsteuer** in Rechnung gestellt (und Vorsteuerabzüge geltend gemacht), wird diesbezüglich im Regelfall eine Rückabwicklung notwendig. Hinzu kommen auch steuerrechtlich unter Umständen Säumniszuschläge.⁴⁶ Bei vorsätzlichem Handeln des

⁴⁵ § 41 Abs 3 GSVG.

⁴⁶ Vgl § 217 Bundesabgabenordnung.

Dienstgebers kann zudem eine strafbare **Abgabenhinterziehung**⁴⁷ oder eine Finanzordnungswidrigkeit wegen Nichtentrichtung selbst zu berechnender Abgaben oder vorsätzlicher Nichtführung von Lohnkonten vorliegen.⁴⁸

Hinzu kommen mögliche weitere **Verwaltungsstrafen**, etwa wegen Nichteinhaltung von Arbeitnehmerschutzvorgaben nach dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz oder, sofern sie nachweisbar sind, wegen Verletzung der Arbeitszeitvorgaben nach dem Arbeitszeit- oder dem Arbeitsruhegesetz.

Gerade angesichts der teils undurchsichtigen Strukturen im Logistikdienstleister-Bereich nicht unerwähnt bleiben soll auch, dass sich gemäß § 153e des Strafgesetzbuches (StGB) wegen **organisierter Schwarzarbeit** (gerichtlich) strafbar macht, wer gewerbsmäßig Personen zur Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung anwirbt, vermittelt oder überlässt, wer eine größere Zahl derartiger Personen beschäftigt oder mit der selbstständigen Durchführung von Arbeiten beauftragt oder wer in einer Verbindung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen führend tätig ist. Ebenso wäre es als Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen gemäß § 153c gerichtlich strafbar, falls der Auftraggeber Sozialversicherungsbeiträge vom Entgelt der Beschäftigten einbehält, diese aber nicht an den Sozialversicherungsträger abführt.⁴⁹

e) Wie kommt es zur „Aufdeckung“ von „Scheinselbständigkeit“?

Wie gezeigt wurde, hat „Scheinselbständigkeit“ bereits nach dem derzeitigen Stand der Rechtslage durchaus **erhebliche rechtliche Konsequenzen**. Voraussetzung für deren Anwendbarkeit ist jedoch – abgesehen von der Problematik des Ausfindigmachens des Adressaten – naturgemäß, dass die „Scheinselbständigkeit“ nicht im Verborgenen bleibt.

a) Klage durch den Arbeitnehmer

Eine erste Möglichkeit zur Feststellung von „Scheinselbständigkeit“ stellt eine gerichtliche Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche durch den Beschäftigten unter Berufung auf

⁴⁷ Vgl § 33 Finanzstrafgesetz.

⁴⁸ § 49 Finanzstrafgesetz.

⁴⁹ Im Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG) werden nicht zuletzt spezifische Regelungen zum Umgang mit Scheinunternehmen, also solchen Unternehmen getroffen, die vorrangig auf keine eigene Geschäftstätigkeit, sondern darauf ausgerichtet sind, Lohnabgaben, Sozialversicherungsbeiträge oder Entgeltansprüche von Arbeitnehmern zu verkürzen, oder Personen zur Sozialversicherung anzumelden, um Versicherungs-, Sozial- oder sonstige Transferleistungen zu beziehen, obwohl diese keine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen; vgl näher §§ 8, 9 SBBG.

das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses dar. Derartige Klagen finden allerdings angesichts der (vor allem auch finanziellen) Abhängigkeit des „Auftragnehmers“ beinahe ausnahmslos erst nach Beendigung der Tätigkeit und auch hier (wohl nicht zuletzt angesichts der rechtlichen Unsicherheit bei Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall) **vergleichsweise selten** statt.

b) **Prüfungen nach dem LSD-BG**

Darüber hinaus kann die Beschäftigung von „Scheinselbständigen“ im Zuge der **Lohnkontrollen** nach dem LSD-BG durch das Amt für Betrugsbekämpfung⁵⁰ (bzw in Bezug auf nicht dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort außerhalb Österreichs das „Kompetenzzentrum LSDB“)⁵¹ aufgedeckt werden. Denn das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft stellt nicht selten eine **Vorfrage für die Beurteilung des Vorliegens einer strafbaren Unterentlohnung** dar.

c) **Sozialversicherungs- und Steuerprüfung**

In den meisten Fällen werden „scheinselbständige“ Tätigkeiten allerdings im Zuge von **Sozialversicherungs- und Steuerprüfungen** festgestellt. Die Österreichische Gesundheitskasse hat nach § 41a ASVG die Einhaltung aller für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Tatsachen zu prüfen, wozu unter anderem auch die Prüfung der Einhaltung der Meldeverpflichtungen in allen Versicherungs- und Beitragsangelegenheiten und der Beitragsabrechnung gehört. Für die Sozialversicherungsprüfung gelten hierbei die für Außenprüfungen maßgeblichen Vorschriften der Bundesabgabenordnung.⁵² Gemeinsam mit der Sozialversicherungsprüfung ist dabei von der Österreichischen Gesundheitskasse auch die Lohnsteuerprüfung (und auch jene der Kommunalsteuer) durchzuführen. Das Prüfungsorgan der Österreichischen Gesundheitskasse wird im Zuge der Lohnsteuerprüfung⁵³ als Organ des Finanzamtes tätig und unterliegt dessen fachlicher Weisung. Das Finanzamt ist an das Prüfungsergebnis nicht gebunden.

Zudem wurde 2020 ein eigener **Prüfdienst für Lohnabgaben und Beiträge** (PLB) eingerichtet. Diesem obliegt im Auftrag des Finanzamtes die Durchführung der Prüfung lohnabhängiger Abgaben und Beiträge (also Sozialversicherungsbeiträge, Lohnsteuer und Kommunalsteuer) und die Durchführung von allgemeinen Aufsichts- und Erhebungsmaßnahmen für Zwecke der Erhebung von lohnabhängigen Abgaben. Soweit es

⁵⁰ Vgl näher § 12 LSD-BG.

⁵¹ Vgl näher § 13 LSD-BG.

⁵² Vgl § 147.

⁵³ VI dazu § 86 EStG.

um die Sozialversicherungsprüfung geht, wird der Prüfdienst – gleichsam umgekehrt zu § 41a ASVG – als Organ der Österreichischen Gesundheitskasse tätig und unterliegt auch deren fachlicher Weisungsbefugnis.⁵⁴

Der Gesetzgeber hatte ursprünglich beabsichtigt, die Kompetenz zur Prüfung der lohnabhängigen Abgaben und Beiträge überhaupt bei dem innerhalb der Finanzverwaltung eingerichteten Prüfdienst zu bündeln und so der Österreichischen Gesundheitskasse die (von vielen Unternehmen gefürchtete) Prüfungsbefugnis weitgehend zu entziehen. Der Verfassungsgerichtshof hat die gänzliche Übertragung der Sozialversicherungsprüfung an die Abgabenbehörden des Bundes aber als verfassungsrechtlich unzulässig qualifiziert.⁵⁵ Daher kommt nunmehr neben dem im Auftrag des zuständigen **Finanzamtes tätigen Prüfdienst** weiterhin auch der **Österreichischen Gesundheitskasse die Kompetenz zur Prüfung** von lohnabhängigen Abgaben und Beiträgen zu und bestehen zwischen Prüfdienst und Gesundheitskasse im jeweiligen „Fremdbereich“ auch entsprechende wechselseitige Weisungsbindungen.

d) **Prüfung nach dem SV-ZG**

Nicht zuletzt wurden mit dem bereits erwähnten SV-ZG auch Regelungen getroffen, die von vornherein eine bessere sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung zwischen Selbstständigen und Dienstnehmern ermöglichen – und damit „**Scheinselbständigkeit**“ von vornherein **vermeiden** – sollen.⁵⁶

Neben der Beitragsprüfung bestehen daher seither zwei weitere **Möglichkeiten zur Klärung der Versicherungszuordnung**.

Zum einen wurde für bestimmte Konstellationen eine verpflichtende **Vorabprüfung** eingeführt.⁵⁷ Demnach hat die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen die Österreichische Gesundheitskasse unter anderem über die **Anmeldung bestimmter freier Gewerbe** zu informieren, nachdem sie Erhebungen zur Feststellung des relevanten Sachverhalts (insbesondere mittels Fragebögen an die Versicherten) durchgeführt und eine erste Einschätzung zur Versicherungszugehörigkeit getroffen hat. Die Österreichische Gesundheitskasse führt sodann eine nähere versicherungsrechtliche Überprüfung der Tätigkeit durch. Besteht in weiterer Folge Einvernehmen über das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit, stellt die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen die

⁵⁴ Vgl näher die Vorgaben des Bundesgesetzes über die Prüfung lohnabhängiger Abgaben und Beiträge (PLABG).

⁵⁵ VfGH 13.12.2019, G 78-81/2019.

⁵⁶ Vgl näher §§ 412a ff ASVG.

⁵⁷ § 412d ASVG.

Pflichtversicherung nach dem GSVG mit Bescheid fest. Andernfalls hat die Österreichische Gesundheitskasse grundsätzlich einen Bescheid über die Pflichtversicherung nach dem ASVG zu erlassen.

Hinsichtlich der einer verpflichtenden Vorabprüfung unterliegenden Tätigkeiten haben sich die Versicherungsträger auf eine Liste besonders „gefährdeter“ freier Gewerbe geeinigt. Erfasst sind hier, soweit im gegebenen Zusammenhang relevant, etwa das Adressieren, Einlegen, Einkleben, Falten, Kuvertieren von Prospekten, Katalogen, Zeitungen, Briefen und Broschüren, das Beladen und Entladen von Verkehrsmitteln oder Botendienste.

Zum anderen können Versicherte oder ihre Auftraggeber unabhängig von der konkreten Tätigkeit bei bestehender (angenommener) Pflichtversicherung nach dem GSVG stets einen **Antrag auf Prüfung der Erwerbstätigkeit** durch die Österreichische Gesundheitskasse stellen, um so Sicherheit über die richtige Einordnung zu erhalten.⁵⁸

Auch diese Bestimmungen können freilich die nachträgliche Feststellung von „**Scheinselbständigkeit**“ schon deshalb **nicht gänzlich verhindern**, weil der von den Beteiligten bekannt gegebene Sachverhalt nicht immer den tatsächlichen Umständen entspricht.

IV. Conclusio

„Scheinselbständigkeit“ stellt nicht nur, aber gerade auch in der Logistikbranche sowohl aus sozialpolitischer Sicht als auch im Hinblick auf die dadurch eintretenden Wettbewerbsverzerrungen ein Problem dar. Das geltende Recht kennt zwar diverse Maßnahmen, die Scheinselbständigkeit verhindern und aufdecken sollen, in der Praxis scheinen diese **Mechanismen** jedoch zumindest zum Teil **zu versagen**. Dies liegt einerseits an der gebotenen (und auch kaum vermeidbaren) **Einzelfallbetrachtung** bei Beurteilung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses, die selbst bei lauterem Vorgehen aller Beteiligten zu Fehlbeurteilungen führen kann. Andererseits ist das „**Risiko**“ von Scheinselbständigkeit zwar aus Sicht der Auftraggeber mit dem **LSD-BG** jedenfalls in Fällen geringer Entlohnung deutlich **gestiegen**, scheint sich „Scheinselbständigkeit“ aber wirtschaftlich dennoch **weiterhin zu lohnen**. Hierzu tragen auch die geltenden **Verjährungs- und Verfallsbestimmungen** bezüglich gebührender arbeitsrechtlicher Ansprüche bei. Zudem wurde mit dem SV-ZG zwar versucht, dem Entstehen von „Scheinselbständigkeit“ unter anderem durch eine Vorabprüfung in besonders kritischen Fällen Vorschub zu leisten, das **sozialversicherungsrechtliche Kostenrisiko** einer Umqualifizierung aber umgekehrt erheblich **reduziert**. Nicht zuletzt finden **Kontrollen** durch die zuständigen Stellen bei Weitem nicht lückenlos statt. Darüber, ob das Unterbleiben häufigerer Prüfungen in

⁵⁸ § 412e ASVG.

kritischen Branchen wie dem Logistikbereich nur an den begrenzten Personalkapazitäten oder auch am fehlenden (politischen) Willen liegt, kann nur gemutmaßt werden.

Hinsichtlich möglicher Lösungen wären, abgesehen von einer **Intensivierung der Prüfungen**, einerseits grundsätzliche Änderungen im Arbeits- und Sozialrecht, wie der gesetzliche **Ausschluss von Verfall und Verjährung bei „Scheinselbständigkeit“** oder eine (widerlegbare) **Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft** bei Tätigwerden von „Ein-Personen-Unternehmen“ anzudenken. Die möglichen Folgewirkungen müssten hierbei noch näher untersucht werden. Zu klären wäre dabei im Hinblick auf die geschilderten rechtlichen Folgen einer Umqualifizierung vermeintlich Selbständiger zu „echten“ Arbeitnehmern insbesondere auch, wie mit jenen Vertragsverhältnissen umgegangen wird, die bei Inkrafttreten einer allfälligen gesetzlichen Änderung bereits abgeschlossen waren. Die auf den ersten Blick ebenfalls überlegenswerte gesetzliche Statuierung einer unwiderleglichen Annahme der Arbeitnehmereigenschaft oder einer Verpflichtung des Auftraggebers, alle Sub-Beauftragten im Rahmen echter Arbeitsverhältnisse zu beschäftigen, würde dagegen einen deutlichen Bruch mit dem Grundsatz bedeuten, dass sich die Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit nach den tatsächlichen Rahmenbedingungen des Tätigwerdens richtet. Sie würde zudem – abgesehen von möglichen verfassungs- und unionsrechtlichen Grenzen derartiger Regelungen – dem Umstand zu wenig gerecht, dass es sich bei den Sub-Beauftragten durchaus auch um größere Unternehmen (mit eigenen Mitarbeitern) handeln kann.

Unabhängig davon lässt sich das Problem **undurchsichtiger Vertragskonstruktionen** und der „Nichtgreifbarkeit“ des/der wirtschaftlich eigentlich aus diesen Konstruktionen berechtigten Unternehmen(s) durch Maßnahmen, die an der „Qualifikation“ des Vertragsverhältnisses anknüpfen, kaum endgültig lösen. Das gilt gerade auch für die „Zwischenschaltung“ von Schein- oder Briefkastenfirmen. Spezifisch für den Logistikbereich wäre daher jedenfalls eine **Lösung analog zu jener in der Bauwirtschaft** anzudenken. Dort hat man vergleichbare Problem zumindest zu einem guten Teil durch Statuierung spezifischer **Haftungsregelungen** in den Griff bekommen. Demnach haftet der Generalunternehmer, der Bauaufträge (teilweise) an Subunternehmen weitervergift, mit bis zu 25 % des geleisteten Werklohns (20 % Sozialversicherungsbeiträge und 5 % Lohnabgaben) für alle Beiträge und Umlagen, die vom Subunternehmer abzuliefern sind. Eine Ausnahme von dieser Haftung besteht nur, wenn der/die Subunternehmen in die sogenannte Liste haftungsfreigestellter Unternehmen (HFU-Liste) eingetragen ist und damit Unternehmen beauftragt werden, die sich in der Vergangenheit wegen Einhaltung der rechtlichen Vorgaben und insbesondere Bezahlung der Steuern und Abgaben als vertrauenswürdig erwiesen haben. Alternativ hat der Generalunternehmer die Möglichkeit

den geschilderten Haftungsbetrag von vornherein an das Dienstleistungszentrum der Österreichischen Gesundheitskasse und nicht an den Subunternehmer zu leisten.⁵⁹

Regelungen zu einer entsprechenden **Auftraggeberhaftung** scheinen auch bezüglich der Logistikbranche als gangbarer und effektiver Weg, zumindest die Zahlung der vorgesehenen Sozialversicherungsbeiträge und Steuern sicherzustellen. Inwieweit sich dies durch schlichte Ausdehnung der bestehenden Regelungen zu Bauleistungen auf Logistikleistungen realisieren ließe oder doch (in bestimmten Aspekten) spezifische Regelungen für die Logistik erforderlich wären, bedürfte im Detail noch einer näheren Untersuchung.

⁵⁹ Vgl §§ 67a ff ASVG, § 82a EStG.