

Selbständiger, Freier oder echter Angestellter:

Der kleine



Um Abgaben zu sparen, wird so mancher, der eigentlich angestellt werden müsste, als freier Dienstnehmer oder gar Selbständiger beschäftigt. Doch oft ist den Arbeitgebern dabei nicht bewusst, welche Kostenlawine auf sie zukommt, wenn die Sozialversicherung prüft. GEWINN hat recherchiert.

VON SUSANNE KOWATSCHE

Die Prüfungen werden in letzter Zeit schärfer, hört man in Steuerberaterkreisen. Kein Wunder, jeder braucht in der Krise Geld, und die Sozialversicherung ganz bestimmt. Der Hauptverband selbst wollte dazu GEWINN gegenüber allerdings lieber keine Stellung nehmen – wer lässt sich schon gerne in die Karten schauen?

Unterschied,



der teuer kommen kann

Andererseits versuchen natürlich in der Krise auch die Betriebe zu sparen, wo es geht. Je selbständiger die Mitarbeiter agieren, desto geringer sind die Lohnnebenkosten, so die einfache Rechnung. Tatsächlich fallen für einen echten Angestellten dem Arbeitgeber

derzeit knapp über 31 Prozent an Lohnnebenkosten und Abgaben an, für einen freien Dienstnehmer bis Ende des Jahres nicht ganz 23 Prozent (mehr dazu siehe Tabelle Seite 183) und für einen Selbständigen, egal ob er als „Neuer“ oder mit Gewerbeschein agiert, gar

nichts. Hier trägt ja der Werkvertragsnehmer die gesamte Abgabenlast. Ganz abgesehen davon, dass man sich 13. und 14. Gehalt, diverse arbeitsrechtliche Vorschriften und den Kollektivvertrag als Untergrenze bei der Bezahlung erspart.

„Viele Arbeitgeber treiben da bei der Vertragsgestaltung einen hohen Aufwand, um plausibel zu machen, dass ein freies Dienstverhältnis oder echte Selbständigkeit vorliegt“, schildert Brigitte Stögerer, Leiterin der Personalverrechnung der HFP Steuerberater. Problem dabei: Wird es dann in der Praxis anders gelebt und klopfen eines Tages die GLA-Prüfer (Kürzel für „gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben“) an, kann es brenzlich werden. „Erst schauen die Prüfer in die Buchhaltung, typischerweise unter ‚Fremdhonorare‘ oder ‚Fremdleistungen‘, und gehen dort die Honorare durch. Dann schauen sie sich die dazupassenden Werkverträge an. Und als Nächstes prüfen sie, ob die in der Praxis auch so gelebt werden“, schildert Steuerberater und HFP-Partner Roland Zacherl. „Vor allem Werkvertragsler sind ein gefundenes Fressen für die Sozialversicherung“, erzählt ein Insider. Nicht selten soll es vorkommen, dass der Mitarbeiter bei der Befragung dann wahrheitsgemäß angibt, dass er eigentlich ohnehin jeden Tag von 9 bis 15 Uhr am Schreibtisch sitzt, den Weisungen des Chefs unterworfen ist, er sich persönlich natürlich nicht vertreten lassen kann etc. Ein Punkt für die Sozialversicherung.

Zahlen muss nur die Firma

Wird offenbar, dass es sich bloß um Scheinselbständigkeit handelt und der Neue Selbständige eigentlich als freier Dienstnehmer oder gar als echter Dienstnehmer einzuordnen wäre, kommen auf den Arbeitgeber – und zwar nur auf diesen! – massive Kosten zu. „Der Arbeitgeber muss die gesamten ASVG-Beiträge nachzahlen, und zwar nicht bloß den Dienstgeber-, sondern auch den Dienstnehmeranteil“, schildert Stögerer. An sich hat er in der Folge die Möglichkeit, sich für den Dienstnehmeranteil bei diesem zu regressieren, das erfordert aber in der Praxis meist einen Anwalt und ein Gerichtsverfahren, um ans Ziel zu kommen. Zudem muss die Nachzahlung kräftig verzinst werden (derzeit gelten 6,94 Prozent p. a. Verzugszinsen). Da maximal fünf Jahre zurück geprüft werden dürfen, kann das ganz schön ins Geld gehen.

Immerhin erfreulich für den bisher falsch eingestufteten Dienstnehmer: Er kann seine Beiträge an die GSVG wieder zurückfordern!



Foto: Fotostudio Topf GmbH

Der Arbeitgeber muss die gesamten ASVG-Beiträge nachzahlen, auch den Dienstnehmeranteil“, warnt HFP-Personalverrechnungsexpertin Brigitte Stögerer

Stögerer warnt Dienstgeber auch vor Folgendem: „Immer wieder kommt es vor, dass auf ausdrücklichen Wunsch des Dienstnehmers ein Werkvertrag anstelle eines Dienstvertrags abgeschlossen wird. Fliegt die Falscheinastufung auf, ist aber trotzdem in jedem Fall der Dienstgeber dran. Man muss Dienstgeber also warnen, so einer Bittere nachzukommen!“

Die zweite Gefahrenquelle für Arbeitgeber, die sich gerne Lohnnebenkosten sparen, ist übrigens ein arbeitsgerichtliches Verfahren. Das zeigt auch ein Fall aus der Praxis, in dem der Dienstnehmer ein selten dreistes Verhalten an den Tag legte: Jahrelang bestand er selbst auf Einstufung als Selbst-

ständiger gegenüber dem Arbeitgeber, obwohl ihn dieser belegbar wiederholt anstellen wollte. Als dieser eines Tages aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten den Werkvertrag kündigte, entsann er sich hingegen seiner Möglichkeiten. Er ging vors Arbeitsgericht und machte Ansprüche auf Kündigungsentschädigung und Abfertigung geltend, schließlich sei er ja falsch eingestuft gewesen. Am Ende wurde dem Pseudoselbständigen sogar Recht gegeben, da der OGH (OGH 11. 10. 2007, 8 ObA 49/07z) der Ansicht war, dass es sich jedenfalls um zwingende arbeitsrechtliche Regelungen handle, die mit dem Einwand der Sittenwidrigkeit nicht entkräftet werden können.

Bei der bloßen Nachzahlung von Abfertigung, Kündigungsentschädigung & Co bleibt es aber in der Praxis nicht. Arbeitsgerichtsurteile und -vergleiche werden automatisch an die jeweilige Gebietskrankenkasse gemeldet. Wo man sich über die nächste Betriebsprüfung freut...

Wann ist man „selbständig“?

Selbständige sind per Werkvertrag dazu verpflichtet, ein bestimmtes Werk oder eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen. Demnach klingt es für viele ausgesprochen „selbständig“, wenn sie Personal für ein bestimmtes Projekt

Freie Dienstnehmer werden ab 2010 teurer!

In nächster Zukunft wird es abgabentechnisch unattraktiver werden, einen freien Dienstnehmer zu beschäftigen: Die Lohnnebenkosten werden nämlich ab 1. 1. 2010 weitgehend jenen der echten Dienstnehmer angeglichen: drei Prozent Kommunalsteuer, 4,5 Prozent Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds und der bundesländerspezifisch unterschiedliche Zuschlag zum DG zum Familienlastenausgleichsfonds (rund 0,4 Prozent). Wird es dann überhaupt noch Sinn für die Sozialversicherung machen, da nachzuprüfen? Doch, meint Expertin Stögerer: „Als Unterschied bleibt das 13. und 14. Gehalt, daher werden sie schon weiterhin prüfen, ob ein echtes oder tatsächlich ein freies Dienstverhältnis vorliegt.“ Dass auch in Zukunft

so mancher Dienstgeber ein freies bevorzugen wird, liegt daran, dass abseits des Abgabenrechts Vorteile bestehen bleiben: Freie Dienstnehmer unterliegen keinem Kollektivvertrag, nicht dem Angestellten-, dem Urlaubs- oder dem Arbeitszeitgesetz. Bedeutet: kein Mindestlohn, keine bezahlten Überstunden, kein bezahlter Urlaub oder Krankenstand, kein Urlaubs- und Weihnachtsgeld etc.

Diese Nachteile können Sie sich aber – ebenfalls ab 2010 – mit einem Zuckerl versüßen: Im Unterschied zu echten Dienstnehmern können Sie – wie alle Selbständigen – ab 1. Jänner 2010 den neuen 13-prozentigen Gewinnfreibetrag geltend machen (mehr dazu finden Sie in dieser GEWINN-Ausgabe auf Seite 188).



„Erst suchen sie in der Buchhaltung unter ‚Fremdhonorare‘, dann schauen sie die Werkverträge an“, schildert HFP-Partner Roland Zacherl den Prüfungsablauf

Foto: Privat

– sei es eine Konzerttournee, ein Filmdreh, ein Kongress oder bloß das Projekt „Einkuvertieren von 5.000 Einladungen“ – Personal anheuern. Achtung, es kommt aber auf die näheren Umstände an: Liegt das Erfolgsrisiko alleine bei den Werkvertragsnehmern? Trifft sie dabei auch keine persönliche Arbeitspflicht, das heißt, können sie sich auch vertreten lassen? Und sind sie auch nicht weisungsgebunden?

HFP-Expertin Stögerer erklärt: „Muss man zum Einkuvertieren die ganze Zeit über im Unternehmen sitzen, muss die Tätigkeit genau so erledigt werden, wie man eingewiesen wurde, und wird man womöglich auch noch beaufsichtigt, dann liegt viel eher eine fallweise Beschäftigung vor, das heißt ein Dienstnehmer, wenn auch nur für ein, zwei Tage.“

Der Unterschied zwischen echten und freien Dienstnehmern ist mitunter noch etwas feiner, da die Kriterien, die für einen Freien sprechen, laut Rechtsprechung „überwiegen“ müssen. Ein freier Dienstnehmer ist im Vergleich weniger weisungsgebunden, er ist disziplinar weniger abhängig und die Zeit- und Ortsbindung ist kaum vorhanden. „Wenn der Chef kommt und sagt, ‚den Aktenstapel lassen Sie jetzt liegen, tippen Sie mir vorher diesen Brief‘, spricht

Wodurch unterscheiden sich echte, freie Dienstnehmer und Selbständige?

Echte Dienstnehmer: schuldet ein Bemühen, kein konkretes Ergebnis seiner Arbeit. Er muss sich persönlich unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers unterordnen (disziplinäre Verantwortung). Betriebsmittel wie Computer, Telefon, Kassa, Maschinen etc. stellt der Arbeitgeber zur Verfügung. Er muss die Arbeit dafür persönlich erbringen (keine Vertretung).

Freier Dienstnehmer: muss auf bestimmte oder unbefristete Zeit bestimmte Dienstleistungen beim Arbeitgeber erbringen, überwiegend persönlich (Vertretung aber mitunter möglich). Die Weisungsgebundenheit ist

geringer als beim echten Dienstnehmer, freie Wahl von Arbeitsort und Zeit. Das Erfolgsrisiko liegt beim Arbeitgeber, ebenso werden die Betriebsmittel überwiegend von diesem bereitgestellt.

Neuer Selbständiger: Im Unterschied zum klassischen Selbständigen hat er keinen Gewerbeschein, er ist aber genauso zur Herstellung eines Werks oder Erbringung einer Dienstleistung (das heißt eines bestimmten Erfolgs) verpflichtet. Das Erfolgsrisiko liegt alleine bei ihm, er kann sich jederzeit vertreten lassen, er arbeitet mit seinen eigenen Betriebsmitteln.

das typischerweise für einen echten Dienstnehmer“, so Stögerer.

Und auch freie Zeiteinteilung alleine ist als Kriterium zu wenig. Das bekam kürzlich ein Callcenter-Betreiber zu spüren, der seinen Telefonistinnen, die er mit freien Dienstverträgen beschäftigte, offenließ, für welche Zeitspannen sie sich in den Dienstplan eintragen, ihnen sonst aber kaum eine Entscheidung überließ: Die anzurufenden Telefonnummern wurden ihnen aus einer Datei automatisch zugeordnet, die Kontrolle ihrer Arbeitszeit erfolgte über ihre Präsenz im EDV-Programm. Bezahlt wurden sie nach Stundenhonorar plus gestaffelt nach Anzahl gebuchter Termine. Der Unternehmer wollte noch damit argumentieren, dass die Telefonistinnen von ihm nicht den Gesprächsablauf im Detail vorgeschrieben bekämen. Dieser Einwand wurde letztendlich vom VwGH

damit entkräftet, dass sich der Gesprächsablauf ohnehin weitgehend aus den Zielvorgaben ihres Arbeitgebers ergibt. Ende der Geschichte (VwGH 28.5.2009, 2007/15/0163): Die Telefonistinnen sind echte Dienstnehmer, der Chef muss nachzahlen.

Unsicher? – SV fragen!

Gibt es Unsicherheiten, ob es sich noch um einen Selbständigen oder schon um einen (freien) Dienstnehmer handelt, kann man gemäß § 194a GSVG einen sogenannten Antrag auf Feststellung an die SVA stellen, ob man unter die Bestimmungen des GSVG fällt, also als Selbständiger einzustufen ist. Das Gute daran, wenn die SVA den Selbständigen-Status bestätigt: Bei einer zukünftigen Prüfung kann zwar für die Zukunft der Sozialversicherungsstatus verändert, rückwirkend darf er aber nicht beanstandet werden.

Etwas undurchsichtiger ist die Lage bei der Abgrenzung zwischen echtem und freiem Dienstnehmer. Prinzipiell haftet der Dienstgeber, der die Meldung bei der Sozialversicherung erstattet, für deren Richtigkeit, auch was die Einordnung des Dienstnehmers betrifft. Trotzdem kann man laut Hauptverband „in Ausnahmefällen“ an seine zuständige Gebietskrankenkasse den Vertrag per Antrag überprüfen lassen, das Ergebnis ist ein „Bescheid über die Versicherungspflicht“.

Dienstnehmer und Dienstgeber: Wie sich die Abgabenlast aufteilt

	Dienstnehmeranteil	Dienstgeberanteil (inkl. MV-Beitrag)	DB/DZ/KommSt	Gesamtlast Dienstgeber
Angestellte	18,07%	23,36%	7,90%	31,26%
Arbeiter	18,20%	23,23%	7,90%	31,13%
Freie Dienstnehmer	17,62%	22,81%	7,90%*	22,81% bzw. 30,71%*
Werkvertragsnehmer	25,18% zzgl. UV	-	-	-

*) erst ab 2010!

DZ = Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds; DB = Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds; KommSt = Kommunalsteuer, das heißt eine Gemeindeabgabe

Quelle: HFP