

Die uneinheitliche Rechtsprechung des VwGH zur SV-Pflicht freiberuflicher Lehrender und Vortragender

Andreas Maschinda

- I. Vorbemerkung**
- II. Thematische Abgrenzung**
 - A. Freiberufliche Lehrende und Vortragende
 - B. Rahmen und Ziel der Untersuchung
- III. Rechtsprechungsübersicht**
- IV. Die „kritischen“ Bereiche der Rechtsprechung**
 - A. Werkvertrag
 - B. Vertretungsrecht
 - 1. Tatsächliche Vertretungen
 - 2. Erwartbarkeit von Vertretungen
 - 3. Vereinbarkeit von Vertretungen mit der Organisation
 - C. Relevanz von Merkmalen („Natur der Sache“)
 - D. Sachverhaltsfeststellungen
- V. Zusammenfassung**

I. Vorbemerkung

Prof. Werner Sedlacek hat dem Berufsstand der Steuerberater als erster das Sozialversicherungsrecht näher gebracht und erklärt. Richtungsweisend dafür war sein 33-seitiger Beitrag in der SWK vom 15.7.1996 zu der mit 1.7.1996 in Kraft getretenen sogenannten „Werkvertragsregelung“.¹ Dieser SWK-Artikel diente mit seiner Gliederung und den Judikaturverweisen für viele Jahre und auch heute noch als Referenzrahmen und -quelle. Dabei stand und steht jeweils zu Beginn die Frage nach der Abgrenzung der Vertragstypen echter Dienstvertrag, freier Dienstvertrag und Werkvertrag.

In der Zwischenzeit hat sich an den rechtlichen Grundlagen kaum etwas geändert,² die Rechtsprechung des VwGH hat allerdings zu einer mittlerweile fast nicht mehr überblickbaren Fülle an Entscheidungen geführt.

Aufgabe in der Beratungspraxis ist es, die Kriterien für die angesprochene Abgrenzung herauszufiltern. Dies ist zum Teil nicht einfach. Denn oftmals schlägt der VwGH einen „Zick-Zack-Kurs“ ein oder kreierte neue, bislang unbekannte Ausprägungsformen einzelner Kriterien. Diese führen dann manchmal zu einer Art „Überraschungsentscheidung“ und verwehren sogar als „sicher“ angesehenen Beschwerden den Erfolg. Ein gutes Beispiel für diese unerfreuliche Entwicklung ist die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung zu freiberuflichen Lehrenden und Vortragenden. Man gewinnt aus dieser mittlerweile den Eindruck, als sei eine **Lehr- oder Vortragstätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages oder freien Dienstvertrages kaum noch risikofrei möglich**. Viele Bildungseinrichtungen und Vortragende sind entsprechend verunsichert.

Prof. Werner Sedlacek ist selbst ein begeisterter – und begeisternder – Vortragender. Es war und ist ihm, ebenso wie dem Verfasser dieses Beitrages, ein besonderes Anliegen, dieser Judikaturentwicklung mit sachlichen Argumenten entgegenzuwirken. Dieser Beitrag versucht, in strukturierter Form einen **Überblick über die „kritischen Punkte“** in der Rechtsprechung des VwGH zur SV-Pflicht von Lehrenden und Vortragenden zu geben, um Impulse dafür zu setzen, die **Rechtsprechung zukünftig auf ein sichereres Fundament zu stellen** und dabei auch zu gewährleisten, dass **Freiberuflichkeit wieder verlässlich vereinbart werden kann**.

II. Thematische Abgrenzung

A. Freiberufliche Lehrende und Vortragende

Für Zwecke der vorliegenden Analyse werden unter Lehrenden und Vortragenden alle Personen verstanden, die im Rahmen der **Vermittlung von Wissen oder Fertigkeiten** tätig sind, gleichgültig, wie sie in der Praxis bezeichnet werden oder für welche Auftraggeber (Bildungseinrichtungen oder Unternehmen) sie tätig sind. Die angeführten

1 *Sedlacek*, Sozialversicherungs- und Steuerabzugspflicht für „freie“ Dienst- und „dienstnehmerähnliche“ (Werk-)Verträge, SWK 1996, 203.

2 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auf § 4 Abs 2 letzter Satz ASVG, vgl ebenfalls *Sedlacek*, Die Verknüpfung des SV-rechtlichen Dienstnehmer-Begriffes mit dem des (lohn)steuerlichen Dienstverhältnisses, ASoK 1998, 114.

Judikaturbeispiele betreffen Lehrbeauftragte an Universitäten genauso wie Lehrer von Musikschulen, sie beziehen sich auf Trainer in der Erwachsenenbildung genauso wie auf Nachhilfelerhrer oder Sportlehrer. Die Lehrtätigkeit muss sich auch nicht zwingend auf Menschen beziehen. Daher werden auch zwei VwGH-Erkenntnisse zu Pferdetrainern in die Analyse einbezogen.

Als „freiberuflich“³ werden für diese Zwecke alle Tätigkeitsformen bezeichnet, die **nicht im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Anstellung** ausgeübt werden. Damit soll allerdings nicht das Ergebnis der Analyse vorweggenommen werden (geht es doch gerade um die Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und anderen Vertragstypen), es soll bloß zum Ausdruck gebracht werden, dass sich die analysierten Judikate durchwegs auf Sachverhalte beziehen, bei denen die Vertragspartner (zumindest bei Vertragsabschluss) eine „freie Mitarbeit“ bzw Zusammenarbeit im Auge hatten. Die Analyse bezieht sich daher nicht auf Beschäftigungen, bei denen von Beginn an die volle Geltung des Arbeitsrechts vereinbart war.

Die freiberufliche Lehr- und Vortragstätigkeit findet häufig **nebenberuflich** statt. Dabei werden zumeist Wissen oder Fertigkeiten aus dem Hauptberuf weitergegeben. Gerade die Nebenberuflichkeit und die damit verbundenen zeitlichen Restriktionen machen gewisse Vertragsklauseln (zB zur Vertretung) erst verständlich bzw notwendig.

B. Rahmen und Ziel der Untersuchung

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung des VwGH⁴ zu Lehrenden und Vortragenden.

Der Beitrag versucht nicht, die vielfältigen Unterschiede, die zur **VwGH-Rechtsprechung zum steuerlichen Dienstverhältnis** bestehen, aufzuzeigen. Diese werden ganz bewusst aus der Analyse ausgeklammert. Es soll an dieser Stelle der Hinweis genügen, dass aus steuerlicher Sicht – wenn nicht die Fiktion des § 25 Abs 1 Z 5 EStG greift⁵ – die Rechtsprechung das Unternehmerrisiko in den Vordergrund rückt⁶ und dann, wenn ein Lehrender oder Vortragender Aufträge für einzelne Bildungsveranstaltungen annehmen oder ablehnen kann und ein Entgelt nur für die tatsächlich abgehaltenen Kurs- oder Vortragstunden erhält, kein steuerliches Dienstverhältnis entsteht.⁷

Auch ein umfassender Vergleich mit der **arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des OGH** zu Lehrenden und Vortragenden würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen.⁸ Es soll auch in diesem Punkt nur darauf hingewiesen werden, dass der OGH in Hinblick auf die

3 Den Begriff der „Freiberuflichkeit“ unterrichtender Tätigkeiten verwendet auch das Steuerrecht (vgl § 22 Z 1 lit a EStG 1988).

4 Aus organisatorischer Sicht ist dafür der Senat 08 des VwGH zuständig.

5 Vgl *Maschinda*, Welche Vortragende sind ab 1.1.2001 lohnsteuerpflichtig? ÖStZ 2001, 250; Rz 992a ff LStR.

6 Im Unterschied dazu kommt dem Unternehmerrisiko in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung eine nur untergeordnete Bedeutung zu.

7 Vgl VwGH 17.5.1989, 85/13/0110; Rz 1016 LStR.

8 Einige Hinweise im Zusammenhang mit den Ausführungen zur „Natur der Sache“ und zur „Relevanz“ von Beschäftigungsmerkmalen werden sich allerdings als notwendig erweisen.

Einstufung freiberuflicher Lehrender weniger restriktiv ist als der VwGH zur SV-Pflicht und auch in jenen Fällen eine selbständige Tätigkeit annimmt, in denen der VwGH von einem sozialversicherungsrechtlichen Dienstverhältnis ausgeht. Das betrifft im Extremfall sogar idente Beschäftigungsverhältnisse, wie die beiden Entscheidungen zu einer Fachhochschul-Lektorin⁹ zeigen: Während der OGH ein Dienstverhältnis verneinte,¹⁰ stellte der VwGH für dieselbe Person und denselben Zeitraum – in Kenntnis der OGH-Entscheidung – ein solches trotzdem fest.¹¹ Der Grund dafür ist vor allem – wie noch zu zeigen sein wird – in der Anwendung des Grundprinzips von der „Natur der Sache“ zu finden.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Beitrag die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Abgrenzung der verschiedenen Beschäftigungsformen sowie die diesbezüglichen (allgemeinen) Ausführungen des VwGH nicht erörtert werden.¹² Auch auf die verschiedensten Fiktionen des Gesetzgebers und der Verwaltungspraxis wird nicht im Detail eingegangen, um den **Fokus auf der Rechtsprechung** zu halten. Soweit aber ein arbeitsrechtliches oder steuerliches Dienstverhältnis fingiert wird (zB § 100 UG¹³, § 25 Abs 1 Z 5 EStG), schlägt dieses in aller Regel auf die Sozialversicherung durch¹⁴ und verhindert damit von vornherein eine ASVG-Pflicht gemäß § 4 Abs 4 ASVG oder eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des SV-Rechts. Für nebenberufliche Lehrende und Vortragende an Einrichtungen, die vorwiegend Erwachsenenbildung betreiben, wird von der Verwaltungspraxis unterstellt,¹⁵ dass trotz zivilrechtlicher Werkverträge ein freies Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 4 ASVG pro Halbjahr anzunehmen sei.¹⁶

Ein Eingehen auf all diese Aspekte würde dem Zweck dieses Beitrages zuwiderlaufen, der darin besteht, die Aussagen des VwGH zu Lehrenden und Vortragenden zu verifizieren, miteinander zu vergleichen, die entscheidenden Unterschiede auf den Punkt zu bringen und Aussagen darüber zu treffen, **in welchen „kritischen“ Bereichen eine einheitliche und damit in gewisser Weise vorhersagbare Rechtsprechung fehlt** und daher Klarstellungen seitens des VwGH in Zukunft im Interesse der Rechtssicherheit hilfreich wären.

9 Im Fachhochschulsektor werden die externen Lehrbeauftragten zumeist als „Lektoren“ bezeichnet.

10 OGH 28.11.2007, 9 ObA 165/07s.

11 VwGH 15.9.2010, 2007/08/0176.

12 Diesbezüglich wird auf das einschlägige Schrifttum verwiesen (zB *Gerhartl*, Dienstnehmereigenschaft bei Lehrtätigkeit, ASoK 2009, 27).

13 Kritisch dazu *Schrammel* in *Mayer* (Hrsg) Kommentar UG² § 107 II.1, wonach ein „Typenzwang“ in Richtung Arbeitsvertrag mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar sei, weil damit Lehrenden aus anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen wird, die Dienstleistungen selbständig zu erbringen (mit Verweis auf EuGH 5.6.1997, C-398/95).

14 Im Falle der Lohnsteuerpflicht für Lehrende mit vorgegebenen Lehrplänen iSd § 25 Abs 1 Z 5 EStG ergibt sich die sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmereigenschaft explizit aus § 4 Abs 2 letzter Satz ASVG.

15 Sofern nicht ohnedies eine Lehrtätigkeit mit vorgegebenen Lehrplan ausgeübt wird und daher ein fiktives Dienstverhältnis – sowohl steuerlich als auch sozialversicherungsrechtlich – vorliegt.

16 Durchführungserlass des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 23.7.1999, GZ 21.105/91-2/99, ergänzt am 30.9.1999, GZ 21.105/124-2/02 zu der gemäß § 49 Abs 7 ASVG ergangenen Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen, BGBl II 409/2002 (vormals BGBl II 248/1999).

III. Rechtsprechungsübersicht

Die folgende Tabelle enthält eine Auflistung aller wesentlichen¹⁷ Entscheidungen des VwGH (in Summe sind es 31 Erkenntnisse) zur sozialversicherungsrechtlichen Stellung von Lehrenden und Vortragenden.

Datum	GZ	Sachverhalt	Entscheidung
4.12.1957	1836/56	Lehrbeauftragter Uni Wien u BOKU	echter DN
26.4.1971	0737/70	Nebenberufliche Lehrkräfte einer Körperpflegeschule	echte DN
7.9.1979	1104/77	Lehrbeauftragter BOKU	echter DN
19.3.1984	81/08/0061	Nebenberuflicher Kursleiter einer Volkshochschule	echter DN
25.9.1990	88/08/0227	Vortragende an med-techn Schulen	echte DN
19.2.1991	89/08/0097	Privatdozent	Selbständiger
17.9.1991	90/08/0152	Aushilfsschilehrer Kärnten	echte DN
11.5.1993	91/08/0025	2 Fußballtrainer	Selbständiger
22.10.1996	94/08/0118	Musikschullehrer in Puchberg am Schneeberg	Selbständiger
18.11.1997	97/08/0577	Pferdeausbildnerin	Selbständige
26.1.2000	94/08/0139	Lehrbeauftragter	echter DN
21.2.2001	96/08/0028	Musikschullehrer in Allentsteig	echter DN
21.4.2004	2000/08/0113	Schilehrer Tirol	echte DN
26.5.2004	2001/08/0134	Musiklehrer des Elternvereins einer Volksschule	echte DN
26.5.2004	2003/08/0149	Nachhilfelehrer eines Lerninstituts	freie DN
20.4.2005	2001/08/0074	Trainer für EDV-Schulungen	echter DN
25.4.2007	2005/08/0137	FH-Lektor mit Fernlehre	echter DN
25.4.2007	2005/08/0162	Tutorentainer für die ÖH	echter DN
2.4.2008	2007/08/0240	Schilehrer-KG	echte DN
2.4.2008	2007/08/0296	Aerobic-Trainerin in einem Fitnessclub	echte DN
7.5.2008	2005/08/0142	Sprachlehrerin in einem Reisebüro	echte DN
4.6.2008	2004/08/0012	FH-Lektor (Gewerbetreibender)	echter DN

¹⁷ Nicht aufgenommen wurden zB einige ältere Entscheidungen zu Lehrbeauftragten an Universitäten, deren Beschwerden immer mit derselben Begründung (nämlich einem Verweis auf die Vorjudikatur) abgewiesen wurden (zB VwGH 28.11.1995, 94/08/0243; 14.1.1997, 96/08/0035).

Die uneinheitliche Rechtsprechung des VwGH zur SV-Pflicht freiberuflicher Lehrender

Datum	GZ	Sachverhalt	Entscheidung
22.12.2009	2006/08/0317	Fluglehrer einer Paragleiterschule	echte DN
15.9.2010	2007/08/0176	FH-Lektorin (freie DN lt OGH)	echte DN
20.10.2010	2007/08/0145	Bereichsleiter u Trainer bei einem AMS-Anbieter	echter DN
27.4.2011	2009/08/0123	Referent in Kursen für Flughafenkontrollorgane	freier DN
28.3.2012	2009/08/0010	Lektoren-OG	echter DN
11.7.2012	2010/08/0204	Trainerin in AMS-Kursen des WIFI	echte DN
14.3.2013	2012/08/0018	Trainerin in AMS-Kursen für Gastronomie	echte DN
19.2.2014	2013/08/0160	Friseurin und Vortragende	echte DN
24.4.2014	2012/08/0081	3 argentinische Pferdetrainer	Selbständige

Die Liste belegt eindrücklich, dass vom VwGH in der weitaus überwiegenden Zahl eine echte Dienstnehmereigenschaft festgestellt wurde. Nur in fünf Beschwerdefällen wurde eine selbständige Tätigkeit¹⁸ und nur in zwei Fällen ein (ASVG-pflichtiges) freies Dienstverhältnis festgestellt.

Daraus kann und darf aber nicht der vorschnelle Schluss gezogen werden, dass zu Lehrenden und Vortragenden eine „ständige“, gefestigte und einheitliche Rechtsprechung bestehe. Gerade in den **Begründungen weichen** – wie noch zu zeigen sein wird – **die Entscheidungen in wesentlichen Punkten voneinander ab**.

Zwei Aspekte sind bei einer Analyse dieser Entscheidungen und ihrer Verwertung für aktuelle Praxisfälle zu beachten:

Bei einem Teil der Entscheidungen ist die Rechtsprechung aufgrund gesetzlicher Änderungen überholt. Dies betrifft insbesondere die nebenberuflichen Lehrbeauftragten an Universitäten und Fachhochschulen. Diese wurden vom Gesetzgeber mit einem generellen Vertretungsrecht ausgestattet,¹⁹ weshalb die Ausführungen des VwGH zur persönlichen Arbeitspflicht obsolet sind.²⁰ Die Entscheidungstexte haben aber dessen ungeachtet in Hinblick auf die verbleibenden Beurteilungskriterien entscheidende Aussagekraft.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der VwGH im Laufe der Jahre die Kriterien immer weiter verfeinert und ausdifferenziert hat, sodass „ältere“ Entscheidungen nicht immer verlässliche Formulierungen („Formeln“) für die vom VwGH derzeit angewendeten Grundsätze aufweisen. Zum Teil ist der VwGH auch von seiner Vorjudikatur abgewi-

¹⁸ In vier dieser fünf Fälle ging es um Zeiträume vor dem Inkrafttreten der ASVG-Pflicht freier Dienstnehmer.

¹⁹ Vgl § 100 Abs 5 UG und § 7 Abs 3 FHStG.

²⁰ Die sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmereigenschaft dieser Personen ergibt sich allerdings in aller Regel durch den vorgegebenen Studienplan und die sich daran anknüpfende Lohnsteuerpflicht (§ 4 Abs 2 letzter Satz ASVG iVm § 25 Abs 1 Z 5 EStG).

chen. Im Rahmen dieses Beitrages wird daher vorrangig auf die jüngsten Entscheidungen und die in ihnen verwendeten Formeln eingegangen.

Es lohnt sich aber durchaus, auch einige „ältere“ Erkenntnisse zu lesen. Dies gilt in besonderem Maße für die allererste Entscheidung aus dem Jahr 1957.²¹ Sie stellt eine umfassende Leit- und Grundsatzentscheidung des VwGH dar (nicht nur für Lehrende), da der VwGH damals zum ersten Mal den § 4 Abs 2 ASVG anzuwenden hatte. Er nahm deshalb sehr ausführlich (quasi lehrbuchartig) zu den gesetzlichen Voraussetzungen für ein (echtes) Dienstverhältnis Stellung.

Vom Sachverhalt her betrifft diese Entscheidung einen Ministerialrat, der neben seiner Haupttätigkeit als Beamter zwei Lehraufträge (an der Uni Wien und an der BOKU) hatte. Der VwGH stellte für diese Lehraufträge ein Dienstverhältnis fest und begründete dies im Wesentlichen damit, dass der Lehrbeauftragte (aufgrund der damaligen gesetzlichen Rahmenbedingungen) an betriebliche Ordnungsvorschriften gebunden und disziplinar verantwortlich war. Bemerkenswert sind allerdings zwei „Randbemerkungen“:

Entscheidungsrelevant war, dass der Lehrauftrag eine (regelmäßige) Tätigkeit für ein Semester begründete und nur deshalb ein „Dauerschuldverhältnis“ darstellte. Anderes hätte gegolten, wenn der Lehrbeauftragte „nur mit der Abhaltung einzelner Vorträge beauftragt“ worden oder als „Gastvortragender“ tätig gewesen wäre.²² In den aktuellen Entscheidungen des VwGH findet sich diese differenzierte Sicht nicht mehr so deutlich. Der damals vom VwGH angesprochene **Abschluss von Werkverträgen** mit freiberuflichen Lehrenden und Vortragenden ist – wie die Erfahrungen bei zahlreichen GPLA zeigen – mittlerweile zu einem „Hochrisikobereich“ geworden.

Außerdem erkannte der VwGH damals, dass bei Lehrenden die Bindung an einen „Arbeitsort“ kein relevantes Kriterium darstellt und daher nicht unterscheidungskräftig in Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit ist.²³ Dies liege darin begründet, dass zur Lehrtätigkeit nicht nur das Abhalten der Lehrveranstaltung, sondern auch deren **Vorbereitung** zähle („die einen wesentlich größeren Teil der Arbeitszeit in Anspruch nehmen“ und für die keine Gebundenheit an einen Arbeitsort bestehe), und dass angestellte Professoren „derselben beschränkten örtlichen Bindung unterworfen sind“. Der VwGH legte damit bereits im Jahr 1957 das Fundament für die bis heute relevante (wenngleich mittlerweile völlig uneinheitlich beantwortete) Frage nach der **mangelnden Unterscheidungskraft einzelner Beschäftigungsmerkmale**. Darauf wird im Rahmen dieses Beitrages noch ausführlich einzugehen sein.

IV. Die „kritischen“ Bereiche der Rechtsprechung

Für die Abgrenzung der verschiedenen Beschäftigungsformen hat der VwGH zahlreiche Kriterien entwickelt, die sich in mehr oder weniger ausgeprägter Form auch in den einzelnen Entscheidungen zu Lehrenden und Vortragenden wiederfinden.

²¹ VwGH 4.12.1957, 1836/56.

²² Vgl Punkt V.2. der Entscheidung.

²³ Vgl Punkt III.1. der Entscheidung sowie den Verweis darauf in VwGH 19.2.1991, 89/08/0097.

Analysiert man die Entscheidungen des VwGH, so lassen sich drei kritische Punkte identifizieren, für die nicht eindeutig ist, ob und in welcher Weise sie vom VwGH anerkannt werden oder nicht:

- **der Werkvertrag**
- **das Vertretungsrecht**
- **die Relevanz von Merkmalen, die in der „Natur der Sache“ liegen**²⁴

Dazu kommt als vierter „Problembereich“, dass der VwGH den entscheidungsrelevanten **Sachverhalt zum Teil unzutreffend oder unvollständig** berücksichtigt bzw je nach „Mischverhältnis“ mit anderen Sachverhaltselementen in die eine oder andere Richtung würdigt. Dieses Vorgehen lässt sich auch nicht mit der Notwendigkeit einer Gesamtbeurteilung im Rahmen eines „beweglichen Systems“ rechtfertigen.

Die erwähnten kritischen Bereiche sind nicht einheitlich ausgeprägt, sondern je nach Sachverhalt und Entscheidung unterschiedlich gefärbt. In manchen Entscheidungen werden zB gewisse Merkmale als irrelevant eingestuft, die in anderen Entscheidungen gerade das ausschlaggebende Kriterium darstellen.

Diese Punkte werden in weiterer Folge einer detaillierten und kritischen Analyse unterzogen, wobei der Schwerpunkt auf den aktuellen (jüngsten) Entscheidungen liegt, insbesondere jener zu einer Trainerin in AMS-Kursen des WIFI.²⁵

A. Werkvertrag

Grundsätze

Werkvertrag und Dienstvertrag stellen zivilrechtlich unterschiedliche Vertragstypen dar. Der Unterschied liegt im Vertragsinhalt: Der Werkunternehmer schuldet eine bestimmte (in sich abgeschlossene) Leistung, für deren Erbringung er auch einzustehen hat. Der Dienstnehmer schuldet demgegenüber kein (fertiges) „Werk“, sondern nur ein „Wirken“ (dh ein Bemühen). Der Werkvertrag ist damit ein Zielschuldverhältnis, der Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis. Die Dauer des Vertrages ist allerdings irrelevant: Nur weil die Fertigstellung einer Leistung längere Zeit in Anspruch nimmt, wird daraus noch kein Dauerschuldverhältnis.

Die Unterschiede zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag zeigen sich vor allem daran, wann und wie der Vertrag endet und wie die vereinbarte Leistung im Vertrag umschrieben ist:

- Der Werkvertrag endet automatisch mit der Fertigstellung der zugesagten Leistung; der Dienstvertrag endet mit Fristablauf oder Kündigung. Salopp formuliert hat der Werkunternehmer so lange zu arbeiten, bis er fertig ist, und der Dienstnehmer so lange wie der Vertrag läuft.

²⁴ Damit ist gemeint, dass einzelne Merkmale, die für oder gegen ein Dienstverhältnis sprechen, bei der Beurteilung auszublenzen sind, weil sie sich aus faktisch unbeeinflussbaren äußeren Umständen ergeben.

²⁵ VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204. Im Vergleich dazu ist die erste „AMS-Trainer-Entscheidung“ (VwGH 20.10.2010, 2007/08/0145) von geringerer Aussagekraft, da sie eine Person betraf, die nicht nur als Trainer, sondern vor allem als „Bereichsleiter“ und hauptberuflich für einen AMS-Anbieter tätig war, sodass schon allein aus der Bereichsleiterfunktion eine organisatorische Eingliederung resultierte.

- Der Werkvertrag benennt konkret, welche Leistung zu erbringen ist; der Dienstvertrag umschreibt nur allgemein die Art („Gattung“) der Leistung; die einzelnen Arbeiten ergeben bzw konkretisieren sich erst im Laufe des Vertrages.²⁶

Umgelegt auf Lehrende und Vortragende ist festzuhalten, dass **im Rahmen der Privatautonomie beide Vertragstypen zur Verfügung** stehen.

Am Beispiel eines Englischtrainers lässt sich dies wie folgt zeigen:

- Dienstvertrag als Englischtrainer: Es wird nur die Leistungsgattung (Englischunterricht) und eventuell auch der Arbeitsumfang (zB fünf Stunden pro Woche) vereinbart (entweder zeitlich befristet, zB für ein Halbjahr, oder unbefristet). Was in weiterer Folge konkret vom Trainer zu tun ist (zB welche Gruppen er zu unterrichten hat), wird sich noch zeigen („konkretisieren“).
- Werkvertrag als Englischtrainer: Es wird eine ganz konkrete Leistung (zB die Vorbereitung und Abhaltung einer bestimmten Bildungsveranstaltung zu bestimmten Terminen) vereinbart. Danach greift der Auftraggeber grundsätzlich nicht mehr ein. Soll eine neuerliche Leistung erbracht werden, bedarf es des Abschlusses eines neuen Vertrages.²⁷

Ein Werkvertrag schließt ein Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs 2 ASVG aus. Anders gewendet setzt § 4 Abs 2 ASVG einen (zivilrechtlichen) Dienstvertrag voraus. Dieses Erfordernis findet sich zwar nicht explizit im Gesetz,²⁸ ist aber aus der Verwendung des Wortes „Dienst“-nehmer abzuleiten. Auch das Wort „beschäftigt“ weist auf ein Dauerschuldverhältnis (und damit das Schulden eines Wirkens und keines Werkes) hin.

Analyse der Aussagen des VwGH

Mit der Frage, ob bei Lehr- und Vortragstätigkeiten ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt, hat sich der VwGH in einigen Entscheidungen beschäftigt. Bei Nachhilfelehrern eines Lerninstituts²⁹ stellte er fest, dass diese kein „Werk“, sondern nur das Bemühen schulden, den Schülern den Lehrstoff (zB in Mathematik) zu vermitteln bzw verständlich zu machen.

Dem widerspricht die Entscheidung zu einer Pferdeausbildnerin.³⁰ Deren Aufgabe war es, Pferde (drei Haflinger) mit dem Ziel auszubilden, dass sich diese problemlos im Gelände und im Straßenverkehr bewegen konnten und über eine solide dressurmäßige Grundausbildung verfügten. Es war vereinbart, dass sie die Pferde „nach deren Möglichkeiten und Fähigkeiten einerseits und ihren Kenntnissen andererseits ausbilden und weiterentwickeln“ sollte. Damit schuldete sie laut VwGH „nicht bloß Dienste, sondern darüber hinaus auch einen bestimmten **Erfolg**, nämlich die als **Ziel der Ausbil-**

26 Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass der Dienstnehmer auch zwingend echter Dienstnehmer ist. Einem freien Dienstnehmer stünde es zB frei, sich vertreten zu lassen oder Arbeiten ohne Bindung an Weisungen, Ort und Zeit zu erbringen.

27 Vgl Sedlacek, Sozialversicherungs- und Steuerabzugspflicht für „freie“ Dienst- und „dienstnehmerähnliche“ (Werk-)Verträge, SWK 1996, 204.

28 Im Unterschied zu § 4 Abs 4 ASVG.

29 VwGH 26.5.2004, 2003/08/0149.

30 VwGH 18.11.1997, 97/08/0577.

C. Relevanz von Merkmalen („Natur der Sache“)

Grundsätze

„Die persönliche Abhängigkeit ist durch die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten charakterisiert, die sich darin äußert, dass er in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungs- und Kontrollrecht des Beschäftigers unterworfen ist.“⁵⁵

Freiheiten des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten indizieren eine selbständige Tätigkeit oder ein freies Dienstverhältnis, entsprechende Bindungen indizieren ein echtes Dienstverhältnis.⁵⁶

In diesem Zusammenhang ist aber eine wesentliche Einschränkung zu beachten: Die betreffenden Freiheiten bzw Bindungen sind dann **nicht relevant** und daher nicht in die Beurteilung einzubeziehen, wenn sie sich aus der „**Natur der Sache**“ ergeben. In diesem Fall ist das entsprechende Merkmal irrelevant oder „neutral“.⁵⁷ Der VwGH bezeichnet es als „**nicht unterscheidungskräftig**“. Es ist bei der Beurteilung auszublenden (also quasi wegzudenken). Es kann damit weder für noch gegen das Vorliegen von Selbständigkeit bzw Unselbständigkeit ins Treffen geführt werden.

Dieses methodische Vorgehen kann als „**Relevanztest**“ bezeichnet werden: Jedes Merkmal ist vorweg daraufhin zu untersuchen, ob es relevant oder neutral ist.

Unter „Natur der Sache“ versteht man jene Merkmale, die nicht der freien Disposition der Vertragspartner unterliegen. Es handelt sich dabei um rechtliche oder faktische Rahmenbedingungen der Tätigkeit, die extern (also aufgrund äußerer Umstände) vorgegeben sind und an die sowohl der Beschäftigte als auch der Beschäftiger gebunden sind. Ein Abgehen davon (im Rahmen der privatautonomen Gestaltung) ist rechtlich oder faktisch unmöglich (oder zumindest unzumutbar).

Man spricht auch von der „Natur der Tätigkeit“, der „Eigenart der Tätigkeit“ oder dem „Wesen der Tätigkeit“.

Diese Überlegungen gelten sowohl für „externe“ Zwänge (vom VwGH auch „**Sachzwänge**“ genannt) als auch für „externe“ Freiheiten (die man als „**Sachfreiheiten**“ bezeichnen kann). Es kann also auch zB in der Natur einer Tätigkeit liegen (und damit irrelevant sein), dass sie „frei“ auszuüben ist.

Bei „gemischten Tätigkeiten“⁵⁸ (das sind solche, die sowohl beeinflussbare als auch unbeeinflussbare Komponenten enthalten) ist nur der beeinflussbare Teil relevant.

Nachfolgend finden sich einige Beispiele, die dieses tragende Prinzip veranschaulichen:

⁵⁵ Diese „Formel“ ist Teil der ständigen Rechtsprechung und findet sich in dieser oder leicht modifizierter Form fast in jeder Entscheidung des VwGH zum Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 4 Abs 2 ASVG.

⁵⁶ Liegen sowohl Indizien in die eine als auch in die andere Richtung vor, so sind diese zu gewichten und es kommt im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf das Überwiegen an.

⁵⁷ Diese Bezeichnung wählt zB *Mosler*, Der SV-Komm, § 4 Rz 93.

⁵⁸ Vgl *Mosler*, Der SV-Komm § 4 Rz 93.

Ort der Tätigkeit

Ergibt sich der Ort der Tätigkeit (Arbeitsort) zwangsläufig aus der Natur der Sache, so ist er irrelevant. Dieser aus der Beurteilung auszublendende Arbeitsort ist zB

- bei einem Discjockey der Veranstaltungsort (zB Club, Event)⁵⁹
- bei einem Reiseleiter das Zielgebiet⁶⁰
- bei einer Heimhelferin die Wohnung der betreuten Person⁶¹
- bei einem Schilehrer das Schigebiet⁶²
- bei einem Fluglehrer einer Paragleiterschule das Übungsgebiet.⁶³

Diese Beispiele beziehen sich zwar allesamt auf „Sachzwänge“ (Arbeitsortbindungen), das Prinzip wirkt aber auch bei Freiheiten, die in der Natur der Sache liegen (und damit unbeeinflussbar und somit ebenfalls „zwangsläufig“ sind). Ein Programmierer, der von seinem Laptop aus arbeitet, hat „von vornherein aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung“ einen frei wählbaren, aber auch frei zu wählenden Tätigkeitsort, weshalb diesem Umstand keine Unterscheidungskraft zukommt.⁶⁴

Besonders deutlich zeigt sich die Wirkungsweise dieses Prinzips bei Lehr- und Vortrags-tätigkeiten. Da diese auch immer die Vorbereitung auf die Bildungsveranstaltung umfassen, liegt eine „gemischte Tätigkeit“ vor, für welche der Relevanztest getrennt vorzunehmen ist (einerseits für die Vorbereitung und andererseits für die Abhaltung der Veranstaltung). Dabei gelangt man zu dem (für manchen vielleicht überraschenden) Ergebnis, dass der **Veranstaltungsort (zB der Lehrsaal oder Kursraum) irrelevant** ist, weil ein Sachzwang besteht, und der **Vorbereitungsort (der naturgemäß frei wählbar ist) ebenfalls irrelevant** ist, weil eine Sachfreiheit besteht.⁶⁵

Zeit der Tätigkeit

Dasselbe Prinzip wie für den Ort kommt auch für die Zeit der Tätigkeit zur Anwendung. Auch diese kann in der Natur der Sache liegen. Das sind zB

- bei einem Discjockey die Öffnungszeiten des Lokals⁶⁶
- bei einer Regalbetreuerin die Ladenöffnungszeiten.⁶⁷

Auch in Hinblick auf die zeitliche Komponente können nicht nur sachlich notwendige Bindungen, sondern auch sachlich notwendige Freiheiten bestehen (zB bei einem Außendienstmitarbeiter), die dann im Rahmen der Beurteilung nicht unterscheidungskräftig sind.

59 VwGH 20.4.1993, 91/08/0180; 8.2.1994, 92/08/0125; 27.4.2011, 2010/08/0209.

60 VwGH 17.9.1991, 90/08/0131; 28.10.1997, 93/08/0168.

61 VwGH 4.6.2008, 2006/08/0206.

62 VwGH 17.9.1991, 90/08/0152; 21.4.2004, 2000/08/0113.

63 VwGH 22.12.2009, 2006/08/0317.

64 VwGH 13.8.2003, 99/08/0174.

65 Zu dieser Schlussfolgerung kam der VwGH bereits in seiner Leitentscheidung vom 4.12.1957, 1836/56, wobei er die Zwangsläufigkeit auch damit begründet, dass angestellte Professoren dieselben Freiheiten (er nennt dies „beschränkte örtliche Bindung“) genießen.

66 VwGH 20.4.1993, 91/08/0180; 8.2.1994, 92/08/0125; 27.4.2011, 2010/08/0209.

67 VwGH 29.9.1986, 82/08/0208 (bei ansonsten freier Einteilung der Arbeitszeit).

Bei Lehr- und Vortragstätigkeiten gelten dieselben Überlegungen wie zum Ort der Tätigkeit: **Die Termine für die Abhaltung der Veranstaltung stellen irrelevante Sachzwänge dar, die frei wählbare Vorbereitungszeit begründet eine irrelevante sachliche Freiheit.**

Aus diesem Grund stellte der VwGH auch (einmal) mit unmissverständlicher Klarheit fest: „Es liegt in der Natur der Vortragstätigkeit, dass sich der Vortragende und seine Zuhörer zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort einfinden müssen. Die Festsetzung von Zeit und Ort seiner Tätigkeit sind **Ausdruck der organisatorischen Notwendigkeit**, (...) nicht aber einer Einschränkung der persönlichen Bestimmungsfreiheit.“⁶⁸

Ausführung der Tätigkeit

Auch was die Ausführung der Tätigkeit betrifft, sind nur jene Merkmale relevant (und damit unterscheidungskräftig), die nicht in der „Natur der Sache“ liegen. Sachliche Vorgaben oder Freiheiten sind demnach irrelevant. Unterscheidungskräftig sind nur jene Vorgaben oder Freiheiten, die nicht „sachbezogen“⁶⁹ sind. Dabei handelt es sich um „persönliche“ Vorgaben oder Freiheiten. Etwas verkürzt wird zumeist nur von sachlichen und persönlichen Weisungen gesprochen.

Sachliche Weisungen sind Vorgaben (Konkretisierungen) betreffend

- das Arbeitsergebnis,
- den Arbeitsinhalt oder
- das Arbeitsverfahren.

Sie können jeweils auch bei einem Werkvertrag vorkommen und sind für die Beurteilung, ob eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit vorliegt, irrelevant.

Bei sachlichen Weisungen, die sich auf das **Arbeitsergebnis** oder den **Arbeitsinhalt** beziehen, geht es um das „**Was**“ der Tätigkeit, dh um eine Konkretisierung des Vertragsgegenstandes, um Leistungsteile, die im Vertrag noch nicht abschließend festgelegt sind (zB die Anweisung an einen Musiker, bestimmte Musikstücke zu spielen). Auch bei einem freien Dienstvertrag gibt es sachliche Weisungen, wenn der Dienstgeber die bloß gattungsmäßig im Vertrag umschriebenen Dienstleistungen in der Folge konkretisiert.

Bei sachlichen Weisungen, die sich auf das **Arbeitsverfahren** beziehen, geht es nicht um das „**Was**“, sondern um das „**Wie**“ der Tätigkeit, dh die Art und Weise der Erbringung der Leistung, allerdings nur in fachlicher Hinsicht. Sie werden daher auch als „**fachliche Weisungen**“⁷⁰ oder „**thematische Weisungen**“⁷¹ bezeichnet. Von „persönlichen“ Weisungen, die sich ebenfalls auf das „**Wie**“ der Tätigkeit beziehen, unterscheiden sie sich dadurch, dass es um **rechtliche oder qualitative** Vorgaben (zB die Einhaltung bestimmter fachlicher Richtlinien) geht und nicht um die Einhaltung von Vorgaben zur persönlichen Arbeitsorganisation.

⁶⁸ VwGH 27.4.2011, 2009/08/0123.

⁶⁹ Diese Bezeichnung wählte der VwGH in seiner Entscheidung vom 30.9.1997, 95/08/0165.

⁷⁰ Vgl Mosler, Der SV-Kommentar, § 4 Abs 102.

⁷¹ Sedlacek, Sozialversicherungs- und Steuerabzugspflicht für „freie“ Dienst- und „dienstnehmerähnliche“ (Werk-)Verträge, SWK 1996, 204.

Die uneinheitliche Rechtsprechung des VwGH zur SV-Pflicht freiberuflicher Lehrender

Beispiele für fachliche Weisungen (also Weisungen betreffend das Arbeitsverfahren) sind:

- Anweisungen an eine Buchhalterin, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten
- Anweisungen eines Arztes an eine Physiotherapeutin zur Behandlung eines Patienten⁷²
- Vorgabe bestimmter Kriterien für die Erstellung von Medienanalysen (Pressespiegeln)⁷³
- Vorgaben des ÖFB an Fußballtrainer zum Trainingsprogramm⁷⁴
- Richtlinien des AMS für Trainer in AMS-Kursen⁷⁵

Bezogen auf Lehrende und Vortragende betrifft die sachliche Bindung vor allem **Vorgaben zum Lehr- oder Vortragsstoff**. Diese können sich in **Lehr- oder Studienplänen** genauso finden wie in **Richtlinien**.

Wiederum gilt der „Relevanztest“ sowohl für die sachliche Weisungsbindung als auch für die **sachliche Weisungsfreiheit**. Einer Weisungsfreiheit in Hinblick auf das Arbeitsverfahren kommt demnach keine ausschlaggebende Bedeutung zu.⁷⁶ Dies wird vom VwGH auch damit begründet, dass „in der Realität des Arbeitslebens fachliche Vorgaben nicht immer erwartet werden können, weil sogar schon bei einer geringen Qualifikation des Beschäftigten ein gewisser eigenständiger fachlicher Entscheidungsbereich gegeben sein kann, der sich mit steigender Qualifikation entsprechend erweitert“.⁷⁷

Ein typisches Beispiel für die sachliche Weisungsfreiheit besteht im Rahmen der (wissenschaftlichen) Lehrtätigkeit. Sie ergibt sich aus dem Grundrecht der **Lehrfreiheit** gemäß Art 17 StGG.⁷⁸ Daraus kann daher für die Beurteilung, ob ein Lehrender persönlich abhängig ist, „nichts gewonnen werden.“⁷⁹

Persönliche Weisungen beziehen sich wie fachliche Weisungen auf die Art und Weise (also das Wie, die Gestaltung) der Tätigkeit, umfassen aber nicht qualitative oder rechtliche Vorgaben, sondern **Vorgaben zur persönlichen Arbeitsorganisation** bzw zur Frage, wie sich der Beschäftigte bei der Durchführung der von ihm übernommenen Arbeiten **zu verhalten** hat. Es geht somit um das vom VwGH so bezeichnete „**arbeitsbezogene Verhalten**“.

Vorgaben zum Arbeitsverhalten sind demnach abzugrenzen von Vorgaben zum Arbeitsverfahren.

72 VwGH 30.9.1997, 95/08/0165. Konkret führt der VwGH dazu aus: „Völlig unbeachtlich ist der Gesichtspunkt, die Behandlungen seien entsprechend der Diagnose und den Anweisungen des behandelnden Arztes vorzunehmen gewesen. Hiebei handelt es um eine rein sachbezogene und im § 54 Krankenpflegegesetz ausdrücklich vorgesehene Anordnungsbefugnis des verantwortlichen Arztes, die für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ohne Bedeutung ist.“

73 VwGH 22.12.2009, 2006/08/0333.

74 VwGH 11.5.1993, 91/08/0025.

75 VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204.

76 VwGH 24.3.1992, 91/08/0117.

77 VwGH 17.12.2002, 99/08/0102.

78 Grundrechtsträger ist nach der Rechtsprechung (VfGH 14.12.1994, B 1400/92 mwN; 10.6.1996, B 696/96) „jedermann“, somit nicht nur Universitätslehrer, sondern auch Personen, die an tertiären Bildungseinrichtungen tätig sind (Walter/Mayer/Kucsko, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Rz 1506).

79 VwGH 4.12.1957, 1836/56.

Am Beispiel eines Redakteurs, der für eine Agentur Pressespiegel (Medienauswertungen)⁸⁰ erstellte, beschreibt der VwGH den Unterschied: „Während die Vorgabe bestimmter Auswertungskriterien für die Erstellung der Medienauswertungen als sachliche⁸¹ Anweisung anzusehen ist“ (die irrelevant ist), „stellt die Anweisung zur Optimierung bestimmter Arbeitsabläufe einen **Eingriff in die persönliche Arbeitsorganisation** dar, was gegen das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit spricht“.

Exkurs: Die „Natur der Sache“ im Arbeitsrecht

Die Rechtsprechung zur Frage, ob aus arbeitsrechtlicher Sicht Arbeitnehmereigenschaft besteht, ist – zumindest bezogen auf nebenberufliche Lehrende und Vortragende⁸² – relativ einheitlich. Der OGH wendet dabei **konsequent den „Relevanztest zur Natur der Sache“** an und scheidet dementsprechend sämtliche Zeit-, Orts- und Inhaltsvorgaben aus der Beurteilung aus. Im Ergebnis führt dies standardmäßig zur Feststellung einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Lehrenden und Vortragenden.

Eine „subsidiäre Relevanz“, wie sie der VwGH den in der Natur der Sache liegenden Vorgaben zum Teil beimisst,⁸³ kennt der OGH nicht.

Folgende – unmissverständliche – Feststellungen hat der OGH zur Natur der Sache bei Lehrenden und Vortragenden getroffen (Hervorhebungen nicht im Original):

- „Da die Beklagte [eine Sprachschule] ihre Sprachkurse nach bestimmten, von ihr entwickelten Richtlinien veranstaltet, liegt die Anwendung der von ihr vorgegebenen **Methode** und der Gebrauch von ihr zur Verfügung gestellter **Lernbehelfe in der Natur der Sache**, sodaß sich daraus keine tauglichen Abgrenzungskriterien hinsichtlich der Abhängigkeit eines Sprachlehrers ergeben. Auch die Ortsgebundenheit bietet hierfür keine Anhaltspunkte, weil es durchaus üblich ist, daß Sprachkurse immer an demselben Ort, das heißt regelmäßig in einem von der Schule zur Verfügung gestellten Raum, stattfinden.“⁸⁴
- „Die Klägerin [eine FH-Lektorin] versucht, aus verschiedenen Bestimmungen des Fachhochschul-Studiengesetzes (FHStG) abzuleiten, dass [die beklagte Fachhochschule] rechtlich gar nicht in der Lage sei, freie Dienstverträge mit Lektoren abzuschließen. Für diese Annahme fehlt es jedoch an jeglicher rechtfertigender Grundlage. Die dazu angeführten Bestimmungen über Aufgaben und Ziele von Fachhochschulen sowie über die gebotene Qualitätssicherung haben mit der Frage nach der rechtlichen Fähigkeit der Beklagten, Verträge einer bestimmten Art abzuschließen, überhaupt nichts zu tun. Weshalb die rechtlichen Möglichkeiten der Beklagten insoweit beschränkt sein sollen, ist in keiner Weise erkennbar. Nichts anderes gilt für den Umstand, dass dem Leiter des Fachhochschulkollegiums nach § 16 Abs 4 FHStG⁸⁵ die Erteilung von **Anweisungen zu Art und Umfang der Ausübung der Lehrverpflichtung** obliegt, soweit dies zur **ordnungsgemäßen Aufrechterhaltung des Studienbetriebs nach Maßgabe der Studienpläne** erforderlich ist. Dieser Hinweis ist im Übrigen schon deshalb verfehlt, weil – wie schon die zweite Instanz richtig ausgeführt hat – die Möglichkeit der Erteilung sachlicher Weisungen, die der Abgrenzung des Leistungsgegen-

80 VwGH 22.12.2009, 2006/08/0333.

81 Konkret: fachliche.

82 Vgl auch *Resch*, Das Vertragsverhältnis der Lektoren an Universitäten und Fachhochschulen, zfhr 2005, 83, für den „der nebenberufliche Charakter der Lektorentätigkeit“ ein relevantes Indiz darstellt, das für einen freien Dienstvertrag und damit gegen einen Arbeitsvertrag spricht.

83 Siehe unten.

84 OGH 5.5.1999, 9 OBA 10/99g.

85 Nunmehr § 10 Abs 4 Z 1 FHStG und im Zuge der Novelle BGBl I 89/2007 eingeschränkt auf „hauptberuflich tätige“ Lektoren.

standes dienen, mit freien Dienstverträgen keineswegs unvereinbar ist (8 ObA 45/03f ua). (...) Dass der Klägerin die **Kursthemen** (ohnedies nur zum Teil) und die **einzusetzenden Lernbehelfe** vorgegeben wurden, betrifft die Abgrenzung des Vertragsgegenstandes (...).⁸⁶

- „Die Vorgabe eines bestimmten **Kursinhalts** und **definierter Kursziele**, die Verwendung beigestellter **Lehrmittel** und die Abhaltung der Kurse **in den Räumen des Veranstalters** liegt in der Natur vergleichbarer Tätigkeiten; derartige Umstände sind daher für sich allein nicht geeignet, die persönliche Abhängigkeit des Vortragenden zu begründen. Dass die **Anwesenheit der Kursteilnehmer** und die Einhaltung des Rauchverbots in den Nichtraucher-Räumlichkeiten **kontrolliert** wurde, hat mit der hier vorzunehmenden Abgrenzung überhaupt nichts zu tun.“⁸⁷

Analyse der Aussagen des VwGH

Werden alle in der Natur der Sache liegenden Merkmale ausgeblendet, so bleibt in manchen Fällen „nicht sehr viel übrig“. Gerade die Lehrenden und Vortragenden sind ein sehr gutes Beispiel dafür:

- bloß sachliche Bindung an den Ort und die Zeit der Veranstaltung
- bloßsachliche Freiheit bei Ort und Zeit der Vorbereitung
- Lehrfreiheit und keine persönlichen Weisungen (keine „Eingriffe in die persönliche Arbeitsorganisation“⁸⁸)
- bloß sachliche Weisungen, nämlich Vorgaben zum „Arbeitsergebnis“ (Ziel einer Bildungsmaßnahme), „Arbeitsinhalt“ (Vortragsthema, Lehrstoff) oder – wenn überhaupt – fachliche Vorgaben (Lehr- oder Studienplan, Richtlinien)

Während aber der OGH daraus die Schlussfolgerung zieht, dass eben keine persönliche Abhängigkeit festzustellen ist, geht hier der VwGH einen anderen Weg. Er greift dann **„hilfsweise“ doch auf die in der Sache liegenden Merkmale**.

In der Vergangenheit führte es nach (selbst bei persönlicher Arbeitspflicht) zumeist zum Ausschluss eines echten Dienstverhältnisses, wenn ausschließlich sachbezogene Bindungen bestanden. Als Beispiel dafür sei auf die Entscheidung des VwGH zu zwei Fußballtrainern⁸⁹ verwiesen, in welcher der VwGH ausführte: „Daß die Trainer auf gewisse vom ÖFB hinsichtlich des Trainingsprogrammes ausgearbeitete Konzepte Bedacht zu nehmen hatten und daher betreffend des einzuhaltenden Arbeitsverfahrens nicht gänzlich ungebunden waren, änderte nichts an der – die persönliche Unabhängigkeit indizierenden – fehlenden Bindung an Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten. (...) Wegen dieses Fehlens ist auch die persönliche Arbeitspflicht der Trainer (...) nicht entscheidend.“

Von dieser Ansicht ging der VwGH mittlerweile ab.

Die (vermeintlich hilfsweise) Einbeziehung sachlicher Vorgaben führt nunmehr dazu, dass mit einem Mal allein diese ein Dienstverhältnis indizieren.

Dazu kommt, dass die „hilfsweise Relevanz“ **nur einseitig für die Sachzwänge gilt, nicht hingegen für die Sachfreiheiten**. Letztere bleiben weiterhin ausgeblendet und da-

86 OGH 28.11.2007, 9 ObA 165/07s.

87 OGH 23.3.2010, 8 ObA 57/09d.

88 Vgl VwGH 22.12.2009, 2006/08/0333.

89 VwGH 11.5.1993, 91/08/0025.

mit irrelevant. Bezogen auf den Ort der Lehrtätigkeit wird damit der Lehrsaal oder Kursraum als Ort der Abhaltung des Vortrags relevant, der frei wählbare Ort für die Vorbereitung bleibt hingegen unbeachtlich. Dasselbe gilt für die Zeit der Tätigkeit. Fachliche Vorgaben werden relevant, die Lehrfreiheit bleibt irrelevant.

An der chronologisch ersten Entscheidung des VwGH zu einem FH-Lektor⁹⁰ (auf die sich danach alle weiteren Entscheidungen berufen) lässt sich dies besonders deutlich veranschaulichen:

Der Lektor war – neben seinen Vorbereitungszeiten – zur Hälfte zeit- und ortsgebunden tätig (in Räumlichkeiten der Fachhochschule) und zur anderen Hälfte zeit- und ortsungebunden tätig (wobei er die Studierenden im Rahmen der „Fernlehre“ über E-Mails und Newsgroups betreute). Während für den VwGH der eine Teil eine „Einbindung in die Organisation“ begründete, war der zweite Teil (die „Fernlehre“) irrelevant: Da sich für die Fernlehre „die fehlende Bindung an einen vorgegebenen Arbeitsort bzw Arbeitszeit bereits aus der Art der Tätigkeit ergibt“, war ihr „kein zu großes Gewicht beizumessen“. ⁹¹ Die Vorbereitungszeiten wurden gar nicht erst erwähnt.

Die Freiheiten des Lektors, die sich aus dem Grundrecht der Lehrfreiheit ergeben, waren irrelevant (da sie nur das Arbeitsverfahren betreffen), die fachlichen Bindungen aus dem FHStG indizierten hingegen ein Dienstverhältnis.

Man kann sich bei dieser Entscheidung, auf welche – wie angemerkt – in weiterer Folge immer wieder in den nachfolgenden Entscheidungen verwiesen wird, des Eindrucks nicht erwehren, dass der VwGH das Argument von der „Natur der Sache“ **nur dann ins Spiel bringt, wenn es im Gesamtkontext der Entscheidung hilfreich** ist.

Analysiert man die Entscheidung im Detail, bleibt von der „Natur der Sache“ als methodisches Prinzip kaum etwas erhalten. Eine einheitliche und rechtsdogmatisch begründete Linie lässt sich hier nicht erkennen.

Den fachlichen Weisungen wird explizit „zusätzliche“ Indizkraft verliehen: „Darüber hinaus war der Erstbeschwerdeführer [dies war der FH-Lektor selbst] zudem an den Studienplan samt der Prüfungsordnung des jeweiligen Fachhochschul-Studienganges sowie an die vor Semesterbeginn von ihm abzugebenden Konzepte mit Angabe der Lehrziele und Lehrinhalte der einzelnen Lehrveranstaltungen gebunden. Das **Vorliegen dieser fachlichen Vorgaben ist ein zusätzliches Indiz**, dass die Tätigkeit nicht in persönlicher Unabhängigkeit erfolgte.“ Bemerkenswert ist daran auch, dass sogar die vom Vortragenden selbst für die Lehrveranstaltung erstellten Konzepte eine entscheidungsrelevante Bindung an die Fachhochschule begründeten.

Dieses Vorgehen treibt der VwGH schließlich in einer Entscheidung zu einem Redakteur von Pressespiegeln⁹² auf die Spitze. In dieser stellte er mit Verweis auf die Lektorenentscheidung fest, dass fachliche Vorgaben nicht nur hilfsweise (subsidiär), sondern generell (!) relevant sind: „Werden aber auch – wie im vorliegenden Fall – fachliche

90 VwGH 25.4.2007, 2005/08/0137.

91 Punkt 3.4. letzter Satz des zitierten Erkenntnisses.

92 VwGH 22.12.2009, 2006/08/0333.

V. Zusammenfassung

Es existieren derzeit rund 30 maßgebende Entscheidungen des VwGH zur sozialversicherungsrechtlichen Einstufung von (zumeist nebenberuflich tätigen) Lehrenden und Vortragenden.

Ein erster Blick auf die jeweiligen „Ergebnisse“ dieser Entscheidungen zeigt, dass vom VwGH in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle ein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs 2 ASVG festgestellt wurde, obwohl die Vertragspartner eine freiberufliche Lehr- oder Vortragstätigkeit im Auge hatten. Ein freies Dienstverhältnis oder eine selbständige Tätigkeit (zB im Rahmen eines Werkvertrages) wurde nur äußerst selten anerkannt.

Dadurch entsteht zwar der Eindruck, dass bezogen auf Lehrende und Vortragende von einer einheitlichen Rechtsprechung auszugehen sei. Ein „zweiter Blick“ – nämlich auf die Begründungen und maßgeblichen Beurteilungskriterien des VwGH – zeigt jedoch das Bild einer höchst **uneinheitlichen und kasuistischen Rechtsprechung**.

Diese betrifft vor allem drei „kritische“ Bereiche:

- die Anerkennung des Werkvertrages
- die Anerkennung des Vertretungsrechtes
- die konsequente Handhabung der „Natur der Sache“.

Dazu kommt ein teilweises Abgehen des VwGH vom tatsächlichen Sachverhalt, wie er im Verwaltungsverfahren von den Vorinstanzen festgestellt wurde.

Dass die gegenwärtige Kasuistik **nicht im Interesse der Rechtssicherheit** liegt, ist evident. Das Risiko allfälliger Beitragsnachforderungen im Rahmen von GPLA führte in den letzten Jahren zu einer hochgradigen Verunsicherung im gesamten Bildungssektor, die gleichermaßen „große“ Bildungseinrichtungen wie „kleinere“ Schulen und Seminaranbieter erfasste. Diese Verunsicherung über die Rechtslage und Verwaltungspraxis entzieht den Institutionen die Energie und den Rückhalt, den sie für die Erfüllung ihrer Bildungsaufträge und bildungspolitisch erwünschten Initiativen dringend benötigten.

Der deshalb vielerorts geäußerte „Ruf nach dem Gesetzgeber“ erscheint allerdings aus heutiger Sicht nur schwer umsetzbar. Einem gesetzlichen „Typenzwang“ oder einer ASVG-Sondernorm zur Einstufung freiberuflicher Lehrender und Vortragender fehlt vermutlich die sachliche Rechtfertigung und damit die verfassungsrechtliche Grundlage im Sinne des Gleichheitssatzes. Darüber hinaus bestehen europarechtliche Bedenken.

Ein Ausweg aus der unerfreulichen Entwicklung der vergangenen Jahre liegt daher vor allem **beim VwGH selbst** (und auch bei dem ihm vorgeschalteten BVwG). Eine klarere Linie, wie sie zB der OGH in ständiger Rechtsprechung zu nebenberuflichen Lehrenden und Vortragenden einnimmt, dass nämlich die Zeit- und Ortsfestlegung sowie inhaltliche Vorgaben als „bloße Abgrenzung des Vertragsgegenstandes“ (und damit als sachliche Bindungen) keinerlei Indizcharakter in Richtung Arbeitsverhältnis haben, wäre auch für sozialversicherungsrechtliche Zwecke wünschenswert.

Dazu kommt, dass dem „Werkvertrag“ und dem „Vertretungsrecht“, die beide zu den standardmäßigen vertraglichen Grundlagen freiberuflicher Lehr- oder Vortragstätigkeit

Die uneinheitliche Rechtsprechung des VwGH zur SV-Pflicht freiberuflicher Lehrender

zählen, die entsprechende Berechtigung (zurück) zu geben ist. Das BVwG hat vor kurzem den Werkvertrag bei über einen längeren Zeitraum wiederkehrenden Vortrags-tätigkeiten festgestellt und sich damit deutlich vom VwGH „emanzipiert“. Das Vertretungsrecht nebenberuflicher Lehrender ist im Universitäts- und Fachhochschul-Sektor gesetzlich vorgeschrieben und kann daher in anderen Bildungssektoren (insbesondere in der Erwachsenenbildung) nicht als „bloße Scheinvereinbarung“ ignoriert werden.

Auf kurze Sicht sind allerdings aus der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zwei Schlussfolgerungen zu ziehen:

Zum einen ist der **Verfahrensausgang äußerst schwer vorhersehbar**. Selbst bei vermeintlich „sicher“ wirkenden Fällen ist daher eine entsprechende Vorsicht geboten. So wichtig und notwendig eine Abkehr des VwGH von der bisherigen Rechtsprechung wäre, so spärlich sind mittlerweile die Verfahren – aufgrund des kaum einschätzbaren „Prozessrisikos“ – geworden.

Zum anderen hat die „Kasuistik“ des VwGH auch einen (wenn auch kleinen) „vorteilhaften“ Aspekt: Wird nämlich eine „zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet“, so ist gegen ein Erkenntnis des BVwG auch dann die **Revision an den VwGH zulässig**, wenn das BVwG die ordentliche Revision ausschließt. Es können daher – aus diesem Grund – durchaus weiterhin Fälle von freiberuflichen Lehrenden und Vortragenden beim VwGH „landen“.

Abschließend ist zu hoffen, dass sich der VwGH möglichst bald auf eine einheitliche Rechtsprechung besinnt und dabei auch berücksichtigt, dass die Freiberuflichkeit von Lehrenden und Vortragenden einen wichtigen Beitrag zur bildungspolitisch erforderlichen Umsetzung von Bildungsaufträgen und Bildungsinitiativen leistet.