

FS Sedlacek

Freie Berufe und Sozialversicherung

Freie Berufe und Sozialversicherung

Festschrift für Prof. Werner Sedlacek

herausgegeben von

Dr. Wolfgang Höfle

Steuerberater in Wien

KR Hannes Mitterer

Wirtschaftsprüfer in Linz

Linde

Zitervorschlag: *Autor* in FS Sedlacek, Freie Berufe und Sozialversicherung (2016) Seite

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Hinweis: Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die Rechte der Verbreitung, der Vervielfältigung, der Übersetzung, des Nachdrucks und der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege, durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere elektronische Verfahren sowie der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, dem Verlag vorbehalten.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Autoren oder des Verlages ausgeschlossen ist.

ISBN 978-3-7073-3318-3 (Print)

© Linde Verlag Ges.m.b.H., Wien 2016
1210 Wien, Scheydgasse 24, Tel.: 01/24 630
www.lindeverlag.at

Druck: Hans Jentsch & Co GmbH
1210 Wien, Scheydgasse 31

Dieses Buch wurde in Österreich hergestellt.



PEFC zertifiziert
Dieses Produkt stammt aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern und kontrollierten Quellen
www.pefc.at



Gedruckt nach der Richtlinie „Druckerzeugnisse“ des Österreichischen Umweltzeichens, Druckerei Hans Jentsch & Co GmbH, UW Nr. 790



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 kreiert 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 Nachhilfelehrer 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 Vortragsstunden 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 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 Körperpflageschule	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	Aushilfsschullehrer 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).

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 betraut“ 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“ liegen²⁴**

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 auszublenden 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.

„dung angegebenen Kenntnisse und Fähigkeiten der Pferde“. Daran ändert auch nichts, dass „der Maßstab dessen, nach dem sich dieser vereinbarte Erfolg bestimmen sollte, durch die Möglichkeiten und Fähigkeiten der Pferde und die Kenntnisse der Ausbilderin relativiert wurde“.

In einem sehr ähnlich gelagerten Fall erkannte der VwGH hingegen den (vom Beschwerdeführer behaupteten) Werkvertrag nicht an:³¹ Er betraf drei argentinische Pferdetrainer, von denen einer fünf Pferde und die anderen beiden jeweils sechs Pferde ausbildeten. Bei den Pferden handelte es sich um argentinische Polopferde. Sie gehörten einem Polospieler des österreichischen Nationalteams, der an der Europameisterschaft 2010 im Schlosspark Ebreichsdorf teilnahm. Aufgabe der Pferdetrainer war es, die argentinischen Pferde „an die klimatischen und sonstigen Bedingungen des Turnierortes zu gewöhnen“, wobei das Training „vor allem im Reiten der Pferde“ bestand. Dieser Vertragsinhalt begründete nach Ansicht des VwGH keinen Werkvertrag. Etwas anderes hätte laut VwGH gegolten, wenn mit den Trainern vereinbart worden wäre, „dass die Pferde auf die Polo-Europameisterschaft vorzubereiten seien“. Dass es im Grunde genommen genau darum ging, war für den VwGH allerdings irrelevant.

Umgelegt auf Lehrende und Vortragende kann dies bedeuten, dass es einen Unterschied macht, ob man vereinbart, dass die Kursteilnehmer **auf eine Prüfung (oder ein sonstiges Ereignis) vorzubereiten** sind oder nicht. Genau dies war allerdings auch die eigentliche Aufgabe der Nachhilfelehrer (nämlich die Nachhilfeschüler auf eine Prüfung oder Schularbeit vorzubereiten), dennoch sah der VwGH darin – wie oben beschrieben – keinen Werkvertrag. Das Beispiel der argentinischen Pferdetrainer zeigt jedenfalls anschaulich, wie nahe Dienst- und Werkvertrag beieinander liegen können, wie diffizil manchmal deren Abgrenzung ist und wie sehr es dabei auch auf das Formulierungsgeschick im Vertrag bzw im Verfahren ankommt.

Die VwGH-Entscheidung zu den argentinischen Pferdetrainern (die im Übrigen die „jüngste“ der aufgelisteten Entscheidungen ist) belegt auch, dass es mittlerweile sehr schwer geworden ist, beim VwGH einen Werkvertrag „durchzubringen“. Die sozialversicherungsrechtliche VwGH-Judikatur hinterlässt nämlich durchaus den Eindruck, dass eine Lehr- oder Vortragstätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages von vornherein ausgeschlossen sei. Die Begründung dafür wird durch folgende wiederkehrende Formel zum Ausdruck gebracht: „Es ist kein Maßstab ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Erfüllungsansprüche bei Nichtherstellung oder Gewährleistungsansprüche bei mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. **Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Seminarabhaltung ist somit nicht messbar.**“³²

Liest man die Entscheidung zu einer Vortragenden, die friseurtechnische Vorträge hielt, genauer, erschließt sich einem möglicherweise ein diffiziler Ausweg: Um als „Werkvertrag“ zu gelten, müssten im Vertrag **„die zu vermittelnden Inhalte konkret festgelegt“**

31 VwGH 24.4.2014, 2012/08/0081.

32 VwGH 14.3.2013, 2012/08/0018; 19.2.2014, 2013/08/0160.

werden.³³ Allerdings ist dies in zahlreichen Beschwerdefällen tatsächlich geschehen, wurde aber dann doch nicht vom VwGH als „Werk“ anerkannt.³⁴

Der ablehnenden Haltung des VwGH zu Werkverträgen von Lehrenden und Vortragenden folgt zum Teil auch das einschlägige Schrifttum: „Ob Vortragende Dienstnehmer oder freie Dienstnehmer sind, ist im Einzelfall zu entscheiden. Ein Werkvertrag scheidet aus, weil sich ein **gewährleistungstauglicher Erfolg kaum definieren** lässt.“³⁵

Meines Erachtens hängt allerdings das Vorliegen eines Werkvertrags nicht von der „Gewährleistungstauglichkeit“ ab, sondern vom Vertragsinhalt. Wie bereits eingangs erwähnt, verpflichtet man sich beim Werkvertrag dazu, „eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit“ zu erbringen, und beim Dienstvertrag dazu, „eine Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen zu erbringen“.³⁶ Liegt aufgrund des betreffenden Vertragsinhalts ein Werkvertrag vor, so können im Falle von Leistungsmängeln Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden.³⁷ **Die Gewährleistung ist somit Rechtsfolge des Werkvertrages und nicht dessen konstitutives Merkmal.**

Eine deutlich andere Sichtweise als der VwGH vertreten zB der VfGH und auch die Finanzverwaltung: Selbst bei Lehraufträgen an Fachhochschulen wird ein Werkvertrag durchaus für möglich erachtet.³⁸

Auch die Praxis geht von der Zulässigkeit von Werkverträgen aus (jedenfalls bei Einzelvorträgen und Seminaren). Dabei wird mit dem Vortragenden ein Thema vereinbart und auch erwartet, dass es von ihm erschöpfend behandelt wird. Würde der Vortragende nicht oder viel zu spät zu den Veranstaltungen erscheinen oder über andere Themen referieren, so hätte er keinen Honoraranspruch („Preisminderung“) oder müsste den Vortrag nachholen („Nachbesserung“). Genau dies sind die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Seminaranbieters als Werkbesteller gegenüber dem Vortragenden.

Dementsprechend sehen die Vertragsbedingungen von Bildungseinrichtungen in der Praxis auch zB folgende Klausel vor:³⁹

„Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen Werkvertrag gemäß § 1151 ABGB, mit welchem eine in sich abgeschlossene Leistung mit einem klar umrissenen Inhalt und Bildungsziel vereinbart ist. Die vertragsgegenständliche Leistung der Konzeptionierung, Vorbereitung, Abhaltung und Nachbereitung der vereinbarten Bildungsveranstaltung ist bei Vertragsabschluss so eindeutig bestimmt, dass es keiner weiteren Konkretisierung durch den Auftraggeber bedarf. Eine einseitige Abänderung, Ergänzung oder Konkretisierung des Inhalts der Bildungsveranstal-

33 VwGH 19.2.2014, 2013/08/0160.

34 In der noch näher zu untersuchenden Entscheidung zu einer Trainerin des WIFI (VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204) wurden mit dieser Trainerin Werkverträge über die Vorbereitung und Abhaltung von Vorträgen zum Thema „Motivation und Bewerbung“ in vier AMS-Kursen abgeschlossen.

35 Mosler, Der SV-Komm § 4 Rz 157.

36 VwGH 25.4.2007, 2005/08/0082; 23.5.2007, 2005/08/0003.

37 Beim Dienstvertrag können hingegen disziplinarische Maßnahmen ergriffen werden (vgl. Mosler, Der SV-Komm, § 4 Rz 8).

38 VfGH 15.6.2000, V102/99, Punkt III.2.a letzter Satz; ebenso zB BMF 2.5.2013, EAS 3325.

39 Entnommen den Vertragsbedingungen des WIFI, die österreichweit bei allen WIFI-Kursen zum Einsatz kommen.

tung, des vereinbarten Bildungsziels oder der zu erbringenden Leistung kann nachträglich von keiner Seite erfolgen. Der Auftragnehmer leistet dem Auftraggeber Gewähr für die mängelfreie Erfüllung des Werkvertrages.“

Im Ergebnis ist *Gerhartl*⁴⁰ zuzustimmen, der festhält: „Wird eine konkrete, bereits im Vorhinein bestimmte Leistung geschuldet (zB die Abhaltung eines konkreten Vortrages oder mehrerer bestimmter Vorträge, die Durchführung bestimmter Seminare), so liegt ein Werkvertrag vor. Stellt hingegen der Schuldner seine Arbeitskraft für die Erbringung von Leistungen, die jedoch vom Gläubiger noch konkretisiert werden müssen, zur Verfügung (zB der Schuldner wird für bestimmte oder unbestimmte Zeit als Vortragender engagiert⁴¹), so kommt ein Dienstvertrag zustande.“

Im Übrigen ist auch auf die Leitentscheidung des VwGH aus 1957 zu einem Lehrbeauftragten zu verweisen,⁴² in welcher der VwGH (noch) eine durchaus „werkvertragsaffinere“ Sicht vertritt: Entscheidungsrelevant war, dass der Lehrauftrag eine (regelmäßige) Tätigkeit für ein Semester und damit ein „Dauerschuldverhältnis“ begründete. Anderes hätte laut VwGH gegolten, wenn der Lehrbeauftragte „nur mit der Abhaltung einzelner Vorträge betraut“ worden oder „Gastvortragender“ gewesen wäre.⁴³

Auch das BVwG hat in einer vor kurzem ergangenen Entscheidung die Werkverträge eines Vortragenden anerkannt.⁴⁴ Ein Seminaranbieter hatte mit dem Vortragenden zwischen Oktober 2007 und November 2009 insgesamt 15 Werkverträge über Seminare abgeschlossen. Das BVwG kommt für diese zu folgendem Ergebnis: „Nach Abschluss eines Seminars endete die vertragliche Verpflichtung des Herrn X ohne weiteres Zutun. Es handelt sich daher nach Ansicht des BVwG **nicht um eine Mehrheit von gattungsmäßig umschriebenen Leistungen** und bestand die Verpflichtung des Herrn X nicht darin, einige Zeit hindurch – ihrer Art nach – bestimmte Leistungen, die von Seiten des [Seminaranbieters] konkretisiert wurden, wiederholt auszuführen. Es ist von in sich geschlossenen Einheiten auszugehen und nicht von bloß der Art nach umschriebenen Tätigkeiten, die [dem Seminaranbieter] ein Gestaltungsrecht noch nach Abschluss des Vertrages einräumen.“

Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass auch bei Lehr- und Vortragstätigkeiten jeweils einzelne Werkverträge vorliegen können, unabhängig davon, **wie oft oder wie lange die gesamte Tätigkeit dauert.**

B. Vertretungsrecht

Grundsätze

Ein echtes Dienstverhältnis scheidet aus, wenn der Beschäftigte das Recht hat, die vereinbarte Tätigkeit nicht selbst zu erbringen, sondern (zumindest zum Teil) durch andere erbringen zu lassen. Man spricht in diesem Zusammenhang vom „Vertretungsrecht“ oder von der „Vertretungsbefugnis“.

40 *Gerhartl*, Dienstnehmereigenschaft bei Lehrtätigkeit, ASoK 2009, 27.

41 Ergänze: und erhält erst im Laufes des Vertrags konkrete Aufgaben, wie zB Kurstermine, zugeteilt.

42 VwGH 4.12.1957, 1836/56.

43 Vgl Punkt V.2. der Entscheidung.

44 BVwG 3.3.2015, W156 2004608-1.

Dieses Vertretungsrecht wird in der Praxis bei nebenberuflich tätigen Lehrenden und Vortragenden **typischerweise vereinbart**. Dies kann zB durch folgende Vertragsklausel geschehen:⁴⁵

„Der Auftragnehmer ist berechtigt, sich bei der Erbringung der vertragsgegenständlichen Leistung jederzeit grundlos durch einen von ihm ausgewählten geeigneten Dritten auf eigene Kosten und eigenes Risiko vertreten zu lassen. Er ist auch berechtigt, sich auf eigene Kosten und eigenes Risiko eigener Hilfskräfte oder Experten zu bedienen. Lässt sich der Auftragnehmer vertreten oder unterstützen, so hat er dafür zu sorgen, dass die mit ihm vereinbarten fachlichen und didaktischen Anforderungen in derselben Weise von seinem Subauftragnehmer erfüllt werden. Für das Honorar ist es unerheblich, ob der Auftragnehmer die Leistung selbst erbringt oder (ganz oder teilweise) durch andere erbringen lässt, sodass diese in einem solchen Fall direkt vom Auftragnehmer zu bezahlen sind. Die Vertragspartner gehen davon aus, dass die tatsächliche Inanspruchnahme des Vertretungsrechts durch den Auftragnehmer durchaus zu erwarten ist. Die Vertretungsmöglichkeit des Auftragnehmers ist in keiner Weise auf bestimmte Personen oder Verhinderungsgründe eingeschränkt.“

Für nebenberufliche Lehrbeauftragte an Universitäten und Fachhochschulen ist das Vertretungsrecht sogar **gesetzlich verankert**.⁴⁶

Analyse der Aussagen des VwGH

Die Rechtsprechung zur Frage des Vertretungsrechts wurde vom VwGH in den letzten Jahren immer mehr verfeinert und verändert. Der anfängliche Grundsatz, dass es nur auf die **Berechtigung**, sich vertreten zu lassen, ankomme, nicht hingegen darauf, ob von dieser Berechtigung tatsächlich Gebrauch gemacht wird,⁴⁷ ist inzwischen bis zur Unkenntlichkeit modifiziert. Mittlerweile hat das – vermeintlich einfache und gerade im Bildungsbereich seit jeher übliche – Kriterium, dem Beschäftigten das vertragliche Recht einzuräumen, sich nach Belieben vertreten zu lassen, eine Regelungstiefe erreicht, deren Umsetzung für die Praxis eine fast nicht zu bewältigende Gratwanderung darstellt.

Ungeachtet der Tatsache, dass das Vertretungsrecht an Universitäten und Fachhochschulen gesetzlich vorgeschrieben ist, wird es vom VwGH, wenn es bei anderen Einrichtungen vertraglich vorgesehen wird, in die **Nähe von Scheinvereinbarungen** gerückt. Vor Inkrafttreten des gesetzlichen Vertretungsrechts für FH-Lektoren⁴⁸ begründete der VwGH dies damit, dass die den FH-Lektoren „vorgegebene Struktur“⁴⁹ eine **tendenziell vertretungsfeindliche**“ sei.⁵⁰

In dieselbe Richtung gehen die jüngsten Erkenntnisse des VwGH zu Trainern in AMS-Kursen.

45 Entnommen den Vertragsbedingungen des WIFI.

46 § 100 Abs 5 UG; § 7 Abs 3 FHStG (vormals § 5a Abs 3 FHStG).

47 Vgl dazu das Erkenntnis des VwGH zu 72 Katalogkleberinnen, VwGH 2.12.1997, 95/08/0254, und die darin angeführte Vorjudikatur.

48 BGBl I 89/2007, in Kraft seit 4.12.2007.

49 Gemeint: die organisatorischen Rahmenbedingungen (die im Übrigen in der „Natur der Sache“ liegen).

50 VwGH 25.4.2007, 2005/08/0137.

Eines dieser Erkenntnisse⁵¹ soll an dieser Stelle im Detail analysiert werden. Die Analyse des vollständigen Beurteilungsteiles der Entscheidung veranschaulicht dabei sehr gut die derzeitige Handhabung des Vertretungsrechts durch den VwGH.

In dieser Entscheidung vertritt der VwGH die Ansicht, dass eine Trainerin des WIFI, die im Jahr 2006 nebenberuflich in AMS-Kursen als freie Dienstnehmerin zur Vollversicherung angemeldet war, für sozialversicherungsrechtliche Zwecke als echte Dienstnehmerin einzustufen ist.

Die Beschäftigte hielt im Jahr 2006 die Veranstaltung „Motivation und Bewerbung“ im Rahmen von vier AMS-Kursen des WIFI (dreimal im Kurs „FacharbeiterInnen-Kurzausbildungen zum/r Koch/Köchin oder Restaurantfachmann/frau“ und einmal im Kurs „Wiedereinstieg mit Zukunft“).

Der VwGH geht bei seiner Prüfung des Vertretungsrechtes schrittweise anhand folgender **drei Fragestellungen** vor:

- Wurde das vertraglich vereinbarte generelle Vertretungsrecht **tatsächlich genutzt**?
- Wenn nein: War mit der Nutzung des Vertretungsrechtes **ernsthaft zu rechnen**?
- Wenn nein: War ein generelles Vertretungsrecht überhaupt **mit den organisatorischen Anforderungen vereinbar**?

Zu diesen Fragestellungen werden nachfolgend die Aussagen des VwGH zitiert (jeweils ungekürzt, Hervorhebungen nicht im Original) und diese dann in Hinblick auf den entscheidungsgegenständlichen Fall und die zu ziehenden allgemeinen Schlussfolgerungen kommentiert. Dabei wird auch auf den bereits angesprochenen Problembereich, dass Sachverhaltselemente vom VwGH unzutreffend oder unvollständig berücksichtigt werden, eingegangen.

1. Tatsächliche Vertretungen

Aussagen des VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204

Im vorliegenden Fall wurde im „Werkvertrag“ zwischen der Beschwerdeführerin [dem WIFI] und der Erstmitbeteiligten [der Trainerin Frau Mag. M.] vom 9. September 2005 zwar schriftlich ein uneingeschränktes (generelles) Vertretungsrecht **vereinbart, aber nicht praktiziert**.

Ein tatsächlich gelebtes generelles Vertretungsrecht würde nach dem Gesagten voraussetzen, dass der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit (wenn auch nach Rücksprache mit dem Empfänger der Arbeitsleistung) und nach Gutdünken (dh **ohne bestimmten Grund**) **irgendeinen** geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen.

Dass ein derartiger Vertretungsvorgang tatsächlich stattgefunden hätte, wurde von der beschwerdeführenden Partei, die lediglich auf **gelegentliche Vertretungen** der Erstmitbeteiligten durch Andrea H. verwiesen hat, weder im Verwaltungsverfahren noch in der Beschwerde **konkret (unter Angabe des Zeitpunkts, der Ursache und der Person des Vertreters)** vorgebracht.

Den Feststellungen zu Folge hat sich die Erstmitbeteiligte **ausschließlich durch Andrea H.** vertreten lassen, die in einem Vertragsverhältnis zur beschwerdeführenden Partei stand, dem

51 VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204.

Lehrgangsleiter R. von Anfang an bekannt war und von der beschwerdeführenden Partei in ständiger Übung als Vertreterin der Erstmitbeteiligten akzeptiert wurde.

Eine von dieser eingespielten Standardsituation abweichende Vertretung „nach Gutdünken“ der Erstmitbeteiligten hat es weder im Hinblick auf die **Ursache des Vertretungserfordernisses** (in dem Sinn, dass sich die Erstmitbeteiligte – ohne durch Urlaub oder Krankheit persönlich verhindert zu sein – **aus freien Stücken** anderen Aufgaben zugewendet hätte, womit der Dienstgeber nicht mit der persönlichen Arbeit der Dienstnehmerin rechnen und schon gar nicht über diese disponieren konnte; vgl. nochmals das Erkenntnis Zl. 2010/08/0025) noch im Hinblick darauf gegeben, dass sich die Erstmitbeteiligte **beliebige** geeignete Personen für ihre Vertretung ausgesucht hätte.

Der VwGH kommt daher zu dem Ergebnis, dass ein uneingeschränktes Vertretungsrecht „nicht praktiziert“ wurde, und begründet dies im Wesentlichen wie folgt:

- Es gab lediglich „gelegentliche“ Vertretungen.
- Diese erfolgten „ausschließlich“ durch immer dieselbe Person.
- Diese Person war ebenfalls Trainerin am WIFI und dem Lehrgangsleiter von Anfang an bekannt, sodass hier eine „eingespielte Standardsituation“ vorlag.
- Es wurde vom WIFI nicht konkret vorgebracht, welche Personen zu welchem Zeitpunkt und aus welchem Grund als Vertreter tätig wurden.

Daraus schließt der VwGH, dass keine Vertretung „aus freien Stücken“ und durch „beliebige“ Personen stattgefunden und daher auch kein generelles, sondern nur ein eingeschränktes und damit irrelevantes Vertretungsrecht bestanden hätte.

Stellungnahme zum Sachverhalt

Zunächst ist dem VwGH zu entgegnen, dass der Sachverhalt tatsächlich anders gelagert war:

- Es gab nicht bloß „gelegentliche“, sondern **wiederholte (häufige)** Vertretungen.
- Diese erfolgten nicht „ausschließlich“ durch immer dieselbe Person, sondern durch **mehrere** Personen.
- Die namentlich genannte Person war eine nahe Verwandte der Trainerin und **zufällig** ebenfalls Trainerin am selben WIFI, allerdings in einem gänzlich anderen Kursbereich. Sie war dem Lehrgangsleiter **nicht bekannt**.

All dies ergibt sich aus den Verwaltungsakten und wurde auch in der VwGH-Beschwerde vorgebracht:

- *Beschwerde:* „Frau Mag. M. ließ sich im Streitzeitraum **wiederholt** vertreten und organisierte diesbezüglich auch selbständig ihre Vertretungen. Als ihre Vertreter beauftragte sie – nach freier Wahl und ohne Rücksprache mit der Bf – sowohl Trainer desselben Kursbereichs („Kollegen“) als auch andere (außenstehende) Personen, wie zB Frau Andrea H., die sie privat kannte.“
- *Sachverhaltsdarstellung R (Lehrgangsleiter):* „Frau M. hat mich auch immer darauf hingewiesen, dass es ihr Recht sei, eine Vertretung zu bestimmen. Als Vertretung für sie war **meist** Frau H. anwesend. Frau H. wurde auch von mir niemals zu einem Meeting eingeladen, da ich weder ihre Adresse noch Telefonnummer hatte. Sie war nie als Trainerin in meinen Unterlagen gelistet.“
- *Zeugenaussage R (Lehrgangsleiter):* „Mir waren sämtliche Trainer, **ausgenommen Frau H.**, persönlich bekannt (inkl. Telefonnummer, E-Mail).“

Demzufolge kam auch die zuständige GKK im erstinstanzlichen Bescheid zu folgender Sachverhaltsfeststellung:

*„Was die Frage der Vertretungsmöglichkeit betrifft, wird die Behauptung der Frau Mag. M. durch die Tatsache widerlegt, dass im geprüften Zeitraum **tatsächlich Vertretungen vorgekommen** sind, dass also offenbar eine **persönliche Arbeitspflicht nicht bestanden** hat.“*

Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung

Im Vergleich zur Vorjudikatur des VwGH zum Vertretungsrecht kam in der vorliegenden Entscheidung das Kriterium hinzu, dass nicht bloß gelegentliche Vertretungen ausreichen, um von einer „Praktizierung“ des Vertretungsrechts sprechen zu können. Dies wirft allerdings die Frage auf, **wie häufig** tatsächlich eine Vertretung vorliegen müsste. Im Übrigen ist bei Vertretungen wohl generell zu erwarten, dass sie nur gelegentlich stattfinden. Eine gelegentliche (nicht nur einmalige) Nutzung des Vertretungsrechts kann daher nicht gegen das Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung sprechen.

Neu war auch die Forderung des VwGH, dass die Vertretungen durch unterschiedliche Personen zu erfolgen hätten. Auch dies wirft die Frage auf, **wie viele verschiedene Personen** dies zu sein haben. Aber schon die Vertretung durch immer dieselbe Person beweist wohl schlüssig, dass ein Vertretungsrecht wirksam vereinbart war und auch „gelebt“ wurde. Dass sich ein Vortragender „aus freien Stücken“ dafür entscheidet, immer dieselbe Person als Vertretung einzusetzen, liegt in seinem eigenen Ermessen und bedeutet nicht, dass er ein bloß eingeschränktes Vertretungsrecht dahingehend hat, nur diese eine Person als Vertretung einsetzen zu dürfen. Eine derartige Einschränkung gab es seitens des Auftraggebers (des WIFI) nicht und wurde auch nicht sachverhaltsgemäß festgestellt.

Ebenfalls neu war die Forderung des VwGH, es dürfe bei den Vertretungen „keine eingespielte Standardsituation“ entstehen, bei welcher der Vertreter dem Auftraggeber von vornherein bekannt ist bzw ohnedies zu seinen Vertragspartnern zählt. Die praktische Umsetzung dieser Bedingung ist schwierig, insbesondere bei größeren Unternehmen, wenn die betreffende Person **zufällig auch für eine andere Abteilung oder Zweigstelle** tätig ist. Im Übrigen kann aber daraus ebenfalls nichts für den tatsächlichen Bestand des Rechts, sich vertreten zu lassen, gewonnen werden.

Schließlich ist anzumerken, dass die Vertretungsregelung des WIFI keine Genehmigung oder Zustimmung vorsieht. Es können daher Vertreter **ohne Rücksprache** mit dem WIFI eingesetzt werden. Allein daraus folgt, dass es nicht in allen Fällen möglich ist, die Person des eingesetzten Vertreters und den Tag der Vertretung und schon gar nicht die Ursache für die Vertretung zu benennen. Gerade wenn sich der Trainer nach Belieben (!) vertreten lassen kann, muss es überhaupt keine Ursache für die Vertretung geben.

Schlussfolgerung

Hätte der VwGH alle Sachverhaltselemente zutreffend gewürdigt, hätte er zwangsläufig zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, nämlich zu demselben wie die GKK im erstinstanzlichen Bescheid:

*„Da Frau Mag. M. **nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung eine generelle Vertretungsmöglichkeit hatte**, scheidet die Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG aus. ... Das WIFI (...) hat Frau Mag. M. als vollversicherte freie Dienstnehmerin korrekt gemeldet.“*

Im Übrigen sind die vom VwGH neu eingeführten Kriterien für die Praktizierung des Vertretungsrechts in der Praxis nicht umsetzbar und auch un schlüssig.

2. Erwartbarkeit von Vertretungen

Aussagen des VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204

*Die Parteien des Beschäftigungsverhältnisses konnten bei Vertragsabschluss aber auch **nicht ernsthaft damit rechnen**, dass von der vertraglich eingeräumten generellen Vertretungsbefugnis tatsächlich Gebrauch gemacht würde.*

*Dem Schreiben des AMS vom 8. Jänner 2008 ist zu entnehmen, dass **ab dem sechsten Arbeitstag eine Meldung** an die zuständige Kursplanerin des AMS nötig ist. Spätestens nach **Ablauf von zwei Wochen** muss eine **Ersatztrainerin** mit gleichwertiger Qualifikation gestellt werden.*

Wird diese Regelung nicht eingehalten, ist mit einer Preisminderung/Vertragsstrafe zu rechnen. Wird während eines Kursverlaufs eine Ersatztrainerin nachnominiert, muss angegeben werden, ab welchem Tag die neue Trainerin beschäftigt wird und mit welchem Tag die Beschäftigung der Vorgängerin endet.

Der VwGH kommt hier zu dem Ergebnis, dass mit der Nutzung des Vertretungsrechts nicht ernsthaft zu rechnen war, und begründet dies (offensichtlich) mit diesbezüglichen Vorgaben des AMS.

Stellungnahme zum Sachverhalt

Das zitierte Schreiben der betreffenden AMS-Landesstelle wird vom VwGH völlig falsch interpretiert. Es enthält nämlich keinerlei Hinweise darauf, dass mit Vertretungen nicht ernsthaft zu rechnen sei, sondern **beweist im Gegenteil, dass Vertretungen tatsächlich vorkommen** und daher mit diesen auch zu rechnen ist. Andernfalls bedürfte es der betreffenden Vorgaben des AMS gar nicht.

Das Schreiben des AMS sieht unter der Überschrift „Supplierungen/Gruppenzusammenlegungen aufgrund von Krankenständen oder sonstigen Abwesenheiten der TrainerInnen“ eindeutig vor, dass sich ein Trainer **während eines Kurses vertreten lassen kann**, wobei von der Bildungseinrichtung erst ab dem 6. Tag der Vertretung eine Meldung an das AMS zu erstatten ist und Qualifikationsnachweise des Vertreters überhaupt erst ab dem 11. Tag der Vertretung (nach Ablauf von 2 Wochen) vorzulegen sind.

Eine Einschränkung der Vertretungsmöglichkeit auf Krankheits- oder Urlaubsfälle existiert nicht. Im erstinstanzlichen Bescheid führt die zuständige GKK dazu Folgendes aus:

*„Diese Richtlinie präzisiert die Möglichkeiten von Supplierungen und Gruppenzusammenlegungen und beschränkt diese nicht nur auf den Krankheitsfall. Vielmehr **lässt sie eine Vertretung auch im Falle sonstiger Abwesenheit eines Trainers ausdrücklich zu.**“*

Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung

Die AMS-Vorgaben beweisen eindeutig, dass mit Vertretungen tatsächlich zu rechnen ist (sonst bedürfte es überhaupt nicht einer solchen Regelung).

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass bei **nebenberuflich** tätigen Personen von vornherein Vertretungen zu erwarten sind. Es entspricht den Erfahrungen des täglichen

Lebens, dass Personen, die durch ihren Hauptberuf oder andere berufliche Aktivitäten entsprechend in Anspruch genommen werden, nicht bereit sind, sich vertraglich im Vorhinein zu verpflichten, verlässlich zu jedem vereinbarten Kurstermin persönlich (!) zur Verfügung zu stehen.

Das Vertretungsrecht nebenberuflicher Vortragender ist daher auf dem Bildungssektor allgemein üblich. Es ist sachlich nicht nur gerechtfertigt, sondern **sinnvoll und notwendig**, um Kurstermine nicht ausfallen lassen zu müssen. Die Vertretungsklausel dient der Absicherung beider Vertragspartner. Genau aus diesem Grund sehen zB das Universitätsrecht und das FH-Recht bei nebenberuflichen Lehrbeauftragten explizit ein **generelles Vertretungsrecht kraft Gesetz** vor.⁵²

Schlussfolgerung

Aus all dem folgt, dass im Falle der Beauftragung nebenberuflicher Vortragender und Lehrender nicht nur im Universitäts- und FH-Bereich (wo dies gesetzlich vorgeschrieben ist), sondern auch in anderen Bildungssektoren (zB in der Erwachsenenbildung) ernsthaft damit zu rechnen ist, dass es zu einer Nutzung des vertraglich vereinbarten Vertretungsrechts kommen wird.

3. Vereinbarkeit von Vertretungen mit der Organisation

Aussagen des VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204

Dem im Verwaltungsakt erliegenden Schreiben des AMS vom 28. April 2008 mit angeschlossener Kursbeschreibung „Wiedereinstieg mit Zukunft“ für den Kurszeitraum 23. Jänner bis 22. Dezember 2006 sind ua die Qualifikationserfordernisse der Trainerinnen, wie zB eine pädagogische Ausbildung, und die Notwendigkeit der Vorlage von „Trainerinnenprofilen“ für jene Trainerinnen, „die ab 2006 neu in den BO-Kursen tätig sein werden“, zu entnehmen. Die beschwerdeführende Partei bestreitet nicht, dass die im Jahr 2007 schriftlich niedergelegten Regelungen zwischen dem AMS und der beschwerdeführenden Partei zur Qualitätssicherung („Richtlinien“) bereits im streitgegenständlichen Zeitraum in gleicher Weise gehandhabt wurden.

*Die Fortbildungsveranstaltungen, die die Erstmitbeteiligte als Vortragende für die beschwerdeführende Partei abgehalten hat, sollten in Erfüllung eines zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem AMS abgeschlossenen Vertrags durchgeführt werden. Dabei mussten die dargestellten, vertraglich ausbedungenen **Qualitätskriterien und Rahmenbedingungen** gewährleistet werden.*

*Den dabei übernommenen Verpflichtungen hätte die beschwerdeführende Partei **schwerlich entsprechen** können, müsste sie tatsächlich damit rechnen, dass ihre Dienstnehmerin von der ihr verbal mit „Werkvertrag“ vom 9. September 2005 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen würde, jederzeit ohne Angabe von Gründen eine geeignete Vertreterin mit der Abhaltung des Kurses zu betrauen.*

*Es bedarf keiner Begründung, dass sich eine solche Usance **nachteilig auf die Kontinuität bzw Qualität** der abzuhaltenden Kurse und damit auf die **Geschäftsbeziehung** der beschwerdeführenden Partei zum AMS auswirken würde.*

Der beschwerdeführenden Partei kann es vor dem Hintergrund dieser Geschäftsbeziehung keineswegs gleichgültig gewesen sein, wer die zu verrichtenden Tätigkeiten vornimmt und in welchen wechselnden Besetzungen dies geschieht.

52 § 100 Abs 5 UG, § 7 Abs 3 FHStG.

*Die Ausübung eines generellen Vertretungsrechts steht somit **mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation** der beschwerdeführenden Partei **nicht im Einklang** (vgl. nochmals das Erkenntnis VwSlg 17.185/A).*

Der VwGH kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Nutzung eines generellen Vertretungsrechts mit den organisatorischen Anforderungen des WIFI nicht vereinbar sei, und begründet dies im Wesentlichen mit folgenden Konsequenzen aus der Nutzung des Vertretungsrechts:

- Das WIFI könnte den gegenüber dem AMS übernommenen Verpflichtungen (zB der Einhaltung von Qualitätskriterien) nur „schwerlich entsprechen“.
- Es käme zu nachteiligen Auswirkungen auf die Kontinuität bzw Qualität der Kurse und generell auf die Geschäftsbeziehung des WIFI zum AMS.

Daraus schließt der VwGH, dass es dem WIFI nicht gleichgültig sein kann, wer die Trainerleistungen erbringt, und dass dementsprechend Vertretungen nicht mit der Unternehmensorganisation in Einklang zu bringen seien.

Stellungnahme zum Sachverhalt

Dem VwGH ist auch in diesem Punkt zu entgegen, dass der Sachverhalt tatsächlich anders gelagert war:

- Das WIFI konnte trotz Vertretungsklausel und tatsächlicher Vertretungen **den Vorgaben des AMS entsprechen**. In einigen Fällen konnte es im Gegenteil nur deshalb den AMS-Vorgaben (zB hinsichtlich Termintreue) nachkommen, weil (!) es entsprechende Vertretungsmöglichkeiten für die Trainer gab, die einen ungestörten Fortgang des Kurses ermöglichten.
- Da Vertretungen nur durch zumindest gleichqualifizierte Personen zulässig sind, ist damit **keinerlei Qualitätseinbuße** verbunden; und wenn die Vorgaben des AMS zu Vertretungen eingehalten werden, kann es auch **keine Nachteile für die Geschäftsbeziehung zum AMS** geben.

Die Vorgaben des AMS zu Vertretungen (Meldung der Tatsache der Vertretung erst ab dem 6. Tag der Vertretung, Nachweis der Qualifikation des Vertreters erst ab dem 11. Tag der Vertretung), belegen eindeutig, dass es **selbst dem AMS „gleichgültig“ ist, welche Person** die Leistung erbringt, vorausgesetzt, die Qualität der Leistung ist in Ordnung.

Mit seiner Argumentation, Vertretungen wären ein Risiko für die Qualität der Kurse, geht der VwGH implizit davon aus, dass „nicht geeignete Personen“ als Vertreter zum Einsatz kämen. Gerade dies ist aber vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen. Trainer, die sich vertreten lassen wollen (aus welchem Grund immer), dürfen nur Personen beauftragen, die über zumindest dieselben fachlichen und didaktischen Qualifikationen verfügen. Die Qualität bleibt daher jedenfalls gewährleistet.

Dem AMS als Auftraggeber des WIFI war auch immer **bekannt und bewusst**, dass in den beauftragten Kursen freie Dienstnehmer eingesetzt wurden, denen ein generelles Vertretungsrecht eingeräumt worden war. Anders wäre auch die Richtlinie des AMS zu

den Vertretungsfällen unverständlich. Die betreffenden Kurse wurden ungeachtet dessen vom AMS beauftragt, ordnungsgemäß durchgeführt und abgenommen. In einem solchen Fall anzunehmen, dass die Geschäftsbeziehung zwischen WIFI und AMS dadurch beeinträchtigt würde, widerspricht ganz offensichtlich den realen Gegebenheiten.

Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung

Das Vertretungsrecht ist mit den organisatorischen Anforderungen von Bildungseinrichtungen nicht nur vereinbar, sondern aus organisatorischen, didaktischen und betriebswirtschaftlichen Gründen notwendig und sinnvoll, um die zu erbringenden Bildungsaufgaben im Interesse aller Beteiligten zu erfüllen. Das Recht (und die Pflicht) des Lehrenden oder Vortragenden, einen zumindest gleichqualifizierten Vertreter seiner Wahl einzusetzen, sichert die Qualität und Termintreue der einzelnen zugesagten Kursveranstaltungen im Rahmen der gesamten Kursabwicklung und stellt daher ein unumgängliches **Instrument der Qualitätssicherung** dar.

Bei einem kurzfristigen Ausfall eines Trainers, für den im Extremfall innerhalb eines Tages oder sogar innerhalb weniger Stunden (zum Teil auch am Abend) ein Vertreter zu suchen ist, liegt es ausschließlich in der Verantwortung des ausfallenden Trainers, eine fachlich zumindest gleich qualifizierte Person zu finden. Die Bildungseinrichtung selbst wäre dazu aus organisatorischen Gründen oftmals gar nicht in der Lage.

Ohne Vertretungsrecht könnten nebenberufliche Vortragende nicht problemlos beauftragt werden. Es ist daher gängige Praxis im Bildungssektor, entweder hauptberufliches Lehrpersonal (ohne Vertretungsmöglichkeiten) oder nebenberufliche Vortragende (mit Vertretungsmöglichkeit) zu beauftragen. Dabei ist vorgesehen, dass der beauftragte Vortragende (und nicht die Bildungseinrichtung) gegebenenfalls einen Vertreter sucht und beauftragt, da der Vortragende selbst wesentlich besser in der Lage ist, über die Qualifikation seines Vertreters zu entscheiden, und auch über bessere diesbezügliche Kontakte verfügt.

Es entspricht auch nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass Vertretungen im Bildungssektor zu Qualitätseinbußen führen. Wäre dies so, wäre das gesetzlich vorgeschriebene Vertretungsrecht von nebenberuflichen Lehrenden an Universitäten und Fachhochschulen⁵³ unverständlich. Auch an diesen Einrichtungen sind die Vertretungsfälle selbstverständlich mit den organisatorischen Rahmenbedingungen vereinbar.⁵⁴

Schlussfolgerung

Das generelle Vertretungsrecht ist mit den betrieblichen Erfordernissen von Bildungseinrichtungen nicht nur in Einklang zu bringen, sondern bei nebenberuflichen Vortragenden als Instrument der Qualitätssicherung unbedingt notwendig. Gerade deshalb ist es an Universitäten und Fachhochschulen sogar gesetzlich verankert. Es hat sich als solches bewährt und wurde auch vom AMS als sinnvoll anerkannt.

53 § 100 Abs 5 UG; § 7 Abs 3 FHStG.

54 Dies hat zB der OGH in einer arbeitsgerichtlichen Entscheidung zu einer FH-Lektorin ausdrücklich festgestellt: „Dass die im Vertrag vereinbarte Befugnis der Klägerin, sich vertreten zu lassen, als ‚Scheingeschäft‘ zu werten sei, weil eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der Beklagten [einer Fachhochschule] und deren vertretungsfeindlicher Struktur nicht in Einklang zu bringen sei, steht im Widerspruch zum festgestellten Sachverhalt.“ (OGH 28.11.2007, 9 ObA 165/07s).

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 auszublenkende 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 Arbeits-erbringung“ 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 um-fassen, liegt eine „gemischte Tätigkeit“ vor, für welche der Relevanztest getrennt vorzu-nehmen ist (einerseits für die Vorbereitung und andererseits für die Abhaltung der Ver-anstaltung). 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 Außen-dienstmitarbeiter), 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.

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 erstellt, 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 **Kursthemem** (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.

Weisungen erteilt, dann sind diese bei der Beurteilung **nicht nur bei verbleibenden Unklarheiten** bei der Weisungsgebundenheit in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten nach Maßgabe ihrer Unterscheidungskraft mit heranzuziehen, sondern ihr Vorliegen **ist ein Indiz** für das Fehlen unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeiten und damit für das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit.“

Von dieser Ansicht ging der VwGH in weiterer Folge aber wieder ab. Zunächst ließ er in einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 die sachlichen Weisungen gänzlich außer Acht,⁹³ was bereits die Hoffnung nährte, der VwGH würde auf die Linie des OGH einschwenken. Schließlich gab er ihnen die „**subsidiäre Relevanz**“ zurück, indem er feststellte: Erlauben die anderen Merkmale „keine abschließende Beurteilung“, so können auch die in der Natur der Sache liegenden Merkmale „von maßgeblicher Bedeutung sein“.⁹⁴

Diese **Subsidiarität der Natur der Sache** ändert allerdings im Ergebnis nichts daran, dass allfällige sachliche Vorgaben gerade bei Lehrenden und Vortragenden schließlich zum alles bestimmenden Kriterium werden. Dies belegt eindrücklich die Entscheidung zur Trainerin in AMS-Kursen des WIFI.⁹⁵ Diese wird daher in der Folge – wie dies bereits im Rahmen des Abschnitts zum Vertretungsrecht geschehen ist – in Hinblick auf diesen Punkt im Detail dargestellt und analysiert:

Aussagen des VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204

*Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit ist zwischen **sachlichen Weisungen**, die das Arbeitsverfahren betreffen und die auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen, und **persönlichen Weisungen**, die das arbeitsbezogene Verhalten bzw die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben, zu unterscheiden.*

*Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten (insbesondere wegen des Fehlens persönlicher Weisungen) **keine abschließende Beurteilung** des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch die genannten, an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien (insbesondere das Vorliegen sachlicher Weisungen) **von maßgeblicher Bedeutung** sein, wobei eine **Eingliederung eines Dienstnehmers in die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation am Ort der Arbeitserbringung** das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit indiziert, weil sie in der Regel bedeutet, dass der Dienstnehmer nicht die Möglichkeit hat, den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie es für den freien Dienstvertrag typisch ist (vgl das hg Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl 2009/08/0123, mwN).*

*Ausgehend von den Feststellungen der belangten Behörde war die Erstmitbeteiligte insofern in die Betriebsorganisation der beschwerdeführenden Partei **eingebunden**, als sie ihre Vortragstätigkeit **in den Räumlichkeiten** der beschwerdeführenden Partei nach einvernehmlich festgelegten und grundsätzlich verpflichtend einzuhaltenden **Stundenplänen** abgehalten und am **innerbetrieblichen Informationssystem** teilgenommen hat.*

93 VwGH 27.4.2011, 2009/08/0123 zu einem Referenten in Kursen für Flughafenkontrollorgane.

94 VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204, so bereits VwGH 19.3.1984, 81/08/0061, allerdings nur bei Arbeitszeitbindung „auf längere Zeit“ und darauf bezogener „disziplinärer Verantwortlichkeit“.

95 VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204.

*Die beschwerdeführende Partei hat zwar **nicht durch persönliche Weisungen** auf das arbeitsbezogene Verhalten der Erstmitbeteiligten eingewirkt, jedoch entsprechend den Anforderungen, die sie gegenüber dem AMS zu erfüllen hatte, in der Art sachlicher Weisungen **Einfluss auf den Inhalt und die Qualität der abzuhaltenden Lehrgänge** sowie auf das Arbeitsverfahren genommen und – wie das in den Richtlinien des AMS vorgesehene Kontrollrecht zeigt – auch grundsätzlich dazugehörige Kontrollmaßnahmen vorgesehen.*

Der VwGH kommt zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Fall **keine persönlichen Weisungen, sondern nur (an sich nicht unterscheidungskräftige) sachliche Weisungen** vorlagen. Diese betrafen

- den Arbeitsort (die Pflicht zur Vortragstätigkeit in den Räumen des WIFI),
- die Arbeitszeit (die Pflicht zur Einhaltung von Stundenplänen) und
- das Arbeitsverfahren (die Pflicht zur Teilnahme am innerbetrieblichen Informationssystem und zur Duldung von Einflussnahmen auf den Inhalt und die Qualität der Kursveranstaltungen samt diesbezüglicher Kontrollen).

Da dem VwGH (offensichtlich) durch das Fehlen persönlicher Weisungen eine abschließende Beurteilung nicht möglich war, griff er **hilfsweise auf das an sich nicht unterscheidungskräftige Vorliegen sachlicher Weisungen**. Diese führen nach Ansicht des VwGH im vorliegenden Fall zu einer organisatorischen Einbindung (einer Eingliederung der Trainerin in die vom WIFI bestimmte Ablauforganisation), weshalb ein echtes Dienstverhältnis vorliege.

Stellungnahme zum Sachverhalt

In gleicher Weise wie es schon die Analyse dieses Erkenntnisses im Rahmen des Vertretungsrechts zeigte, wurde auch in diesem Punkt tatsächlich ein anderer als der vom VwGH unterstellte Sachverhalt verwirklicht:

- Der Arbeitsort befand sich zum Teil außerhalb des WIFI (zB bei Exkursionen). Die Trainerin entschied auch selbständig, ob sie daran teilnahm oder nicht. Dabei handelt es sich daher auch nicht um eine sachbezogene Freiheit.
- Die Arbeitszeit (der „Stundenplan“) wurde von der Trainerin **eigenständig geändert**. Dies ist durch ihre handschriftlichen Notizen auf der Kursdokumentation belegt. Außerdem wurden die Kurstermine von vornherein aufgrund der Terminwünsche der Trainerin festgelegt.
- Die „Teilnahme an einem innerbetrieblichen Informationssystem“ des WIFI wurde im Verfahren von keiner Seite behauptet, wobei auch unklar ist, was konkret damit gemeint ist.
- Die Trainerin hielt (in vier AMS-Kursen) jeweils Vorträge zum Thema „Motivation und Bewerbung“. Dabei waren ihr **lediglich allgemeine Ausbildungsziele vorgegeben**, nicht aber konkrete Inhalte.
- Eine Einflussnahme des WIFI auf den Inhalt und die Qualität der Vorträge konnte schon allein deshalb nicht eintreten, weil die **Trainerin selbst Expertin** im Bereich „Motivation und Bewerbung“ war (aus genau diesem Grund wurde sie vom WIFI ausgewählt und beauftragt).

Im Übrigen wurde naturgemäß der **überwiegende Teil der vertraglich ausbedungenen Leistungen** (nämlich die Vorbereitung und Konzeption der abzuhaltenden Vorträge⁹⁶) **außerhalb des WIFI in völlig freier Zeiteinteilung** erbracht. Es stand diesbezüglich am WIFI weder ein Raum zur Verfügung, noch kontrollierte das WIFI den zeitlichen Umfang der Vorbereitungsarbeiten.

All dies ergibt sich aus den Verwaltungsakten und wurde auch in der VwGH-Beschwerde vorgebracht:

- Sachverhaltsdarstellung R (Lehrgangleiter): „Jeder Trainer erhielt ein Verfügbarkeitsblatt. In diesem konnte er/sie die Termine bekannt geben, wo die Möglichkeit bestand, einen Unterricht zu halten. Laut dieser Verfügbarkeit wurde dann der Stundenplan erstellt. Das bedeutet, dass jeder Trainer/in nur dann eingeteilt wurde, **wenn er/sie es wollte**. Es gab **nie einen Plan, der ohne Zustimmung des Trainers** gemacht wurde.“
- Zeugenaussage R (Lehrgangleiter): „Ich habe mich ausschließlich nach den Zeitvorgaben der TrainerInnen gehalten und danach die Stundenpläne erstellt.“
- Beschwerde: „Außerdem legte die Bf zwei Auszüge aus der Kursdokumentation vor, welche beispielhaft belegen, dass Frau Mag. M. eigenständig Änderungen der Kurseinteilungen vorgenommen hat: Am 26.9.2005 hat sie sich zB anstelle von Frau B-M „eingeplant“ und am 16.2.2006 anstelle von Frau Z.“

Demzufolge kam auch die zuständige GKK im erstinstanzlichen Bescheid zu folgender Sachverhaltsfeststellung:

*„Frau Mag. M. hat **eigenständig** Änderungen der Kurseinteilungen vorgenommen und hat auch an vereinbarten Exkursionen **nicht persönlich teilgenommen**. Dies wird durch handschriftliche Änderungen von Frau Mag. M. auf den uns vorliegenden Einsatzlisten auch eindeutig belegt.“*

Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung

Unverständlich ist, dass der VwGH bei der Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses von Vortragenden die **Festlegung von Ort und Zeit der Tätigkeit sowie Vorgaben zu Inhalt und Qualität der Kurse** wiederum in seine Beurteilung einbezieht. Nur ein Jahr zuvor hatte er genau dies **entschieden abgelehnt**.⁹⁷

Aus dieser vorangegangenen Entscheidung, die zu einem Referenten in Kursen für Flughafenkontrollorgane ergangen ist, der naturgemäß umfangreichen fachlichen Vorgaben unterlag, werden nachfolgend die wesentlichen Passagen zitiert:

*„Der Erstmitbeteiligte sei seit dem Jahr 2004 für die beschwerdeführende Partei als Referent im Rahmen der **Ausbildung neuer Mitarbeiter zu Flughafensicherheitskontrollorganen** tätig. Jedes künftige Sicherheitsorgan habe insgesamt 60 Stunden Theorie und 40 Stunden Praxis zu absolvieren, bevor es für die Durchführung von Fluggastkontrollen eingesetzt werden dürfe. Der Erstmitbeteiligte habe im Bereich des Luftfahrtrechts und Sicherheitsrechts Vorträge in der Dauer von insgesamt 16 Stunden (pro Lehrgang) übernommen und dabei an zwei Tagen jeweils 8 Stunden unterrichtet. (...) Durch die beschwerdeführende Partei gebe es „keine inhaltlichen Anweisungen – diese ergeben sich **aus den diesbezüglichen Gesetzen und Verordnungen**“.*

96 Vgl VwGH 4.12.1957, 1836/56, wonach die Vorbereitung im Vergleich zur Abhaltung einer Bildungsveranstaltung „einen wesentlich größeren Teil der Arbeitszeit in Anspruch nehme“.

97 VwGH 27.4.2011, 2009/08/0123.

Seine Beziehung zur beschwerdeführenden Partei beschränkte sich auf die Abhaltung von Lehrgängen, auf deren Inhalt von der beschwerdeführenden Partei kein Einfluss ausgeübt wurde. Wie der Erstmitbeteiligte sein Wissen an die Kursteilnehmer vermittelte, blieb seiner Entscheidung und Einschätzung überlassen.

*Die belangte Behörde hat nicht festgestellt, dass der Erstmitbeteiligte **Richtlinien** unterworfen gewesen wäre, die seine Vortragstätigkeit und sein arbeitsbezogenes Verhalten in bestimmter Weise geregelt und dazugehörige Kontrollmaßnahmen vorgesehen hätten. Es war auch kein anderes auf die Kontrolle des arbeitsbezogenen Verhaltens des Erstmitbeteiligten ausgerichtetes **Kontrollsystem** vorgesehen, wie etwa die Beurteilung seiner Vortragstätigkeit durch die Kursteilnehmer und in weiterer Folge durch die beschwerdeführende Partei.*

*Es liegt **in der Natur einer 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**, die Termine zwischen der beschwerdeführenden Partei, dem Erstmitbeteiligten und den Kursteilnehmern zu koordinieren, nicht aber einer Einschränkung der persönlichen Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten im Hinblick auf sein arbeitsbezogenes Verhalten.“*

Im Fall der Trainerin des WIFI erblickt der VwGH genau diese „Sachzwänge“ in den **Richtlinien und Vorgaben des AMS**. Diese schreiben allerdings **keine konkreten Bildungsinhalte** vor, sondern bloß Bildungsziele und Qualitätsgrundsätze. Wie ein Trainer konkret sein Wissen an die Kursteilnehmer weitergibt, bleibt ihm selbst überlassen. Er ist **Experte** im betreffenden Themengebiet und in didaktischen Belangen. Eine inhaltliche Einflussnahme der Bildungseinrichtung im Zuge der Leistungserbringung ist daher nicht gegeben.

Unverständlich ist auch, dass die zwischen WIFI und AMS vereinbarten Vertragsbedingungen offensichtlich eine organisatorische Einbindung des Trainers begründen, **durch Gesetz oder Verordnung vorgeschriebene inhaltliche Vorgaben** hingegen **nicht**. Derartige Vorgaben gibt es nämlich für die Ausbildung von Personal der Sicherheitskontrolle auf Flughäfen. Trotzdem verneinte der VwGH für einen Trainer in solchen Kursen das Vorliegen maßgeblicher inhaltlicher Vorgaben.

Schlussfolgerung

Es erscheint von vornherein als konstruiert, trotz Fehlens jeglicher persönlicher Weisungsbindung und des Vorliegens bloß in der Natur einer Vortragstätigkeit liegender Vorgaben zu Ort, Zeit und Inhalt der Tätigkeit von einer organisatorischen Eingliederung zu sprechen. Die dafür ins Treffen geführte „Subsidiarität der Natur der Sache“ führt nämlich durch die Hintertüre dazu, dass genau diese sachlichen Bedingungen das alles entscheidende Kriterium bilden (weil keine Merkmale für eine nicht sachbezogene „persönliche“ Bindung vorliegen).

Genau dies ist auch der Kern- und Angelpunkt dafür, dass die Entscheidungen des VwGH zu Lehrenden und Vortragenden kaum vorhersehbar sind. In einigen Fällen kommt der „Relevanztest“ (also die Vorwegbeurteilung, ob ein Merkmal relevant oder neutral ist) nämlich doch zum Tragen,⁹⁸ in anderen Fällen nicht, in wieder anderen Fällen nur zum Teil. Eine Analyse der vorliegenden Entscheidungen belegt eindeutig: **Der**

98 Siehe die Entscheidung zu Referenten in Kursen für Flughafenkontrollorgane (VwGH 27.4.2011, 2009/08/0123).

Relevanztest wird vom VwGH nicht immer durchgeführt, sondern nur hin und wieder. Er wird auch – wie gezeigt wurde – nicht einheitlich und gleichermaßen auf alle Merkmale (Arbeitsort, Arbeitszeit, Arbeitsverhalten) angewendet.

Der Grund dafür mag darin liegen, dass eine **rechtsdogmatisch begründete Rechtfertigung für das Konzept von der Natur der Sache fehlt**. Auch im einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum findet sich mE keine umfassende und stringente Aufarbeitung dieses Themenkomplexes.⁹⁹

D. Sachverhaltsfeststellungen

Einige Entscheidungen zeigen, dass der VwGH einen Sachverhalt unterstellt, der zum Teil den von Vorinstanzen festgestellten Sachverhaltselementen widerspricht. Bezogen auf die Entscheidung zur WIFI-Trainerin in AMS-Kursen wurde dies bereits in den jeweiligen Abschnitten dieses Beitrages ausführlich dargelegt und hat ergeben, dass vom VwGH **wesentliche Sachverhaltselemente ignoriert oder unrichtig eingeschätzt** wurden.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang noch das folgende Beispiel erwähnt:

In einer arbeitsrechtlichen Entscheidung zu einer FH-Lektorin¹⁰⁰ stellte der OGH Folgendes fest: „Dass die im Vertrag vereinbarte Befugnis der Klägerin [der FH-Lektorin], sich vertreten zu lassen, als ‚Scheingeschäft‘ zu werten sei, weil eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der Beklagten [einer Fachhochschule] und deren vertretungsfeindlicher Struktur nicht in Einklang zu bringen sei, steht im Widerspruch zum festgestellten Sachverhalt: Zwar wurde festgestellt, dass die Klägerin von ihrem Vertretungsrecht nicht Gebrauch gemacht hat. Ebenso steht aber fest, dass sich – was die Klägerin wusste – andere vergleichbare Lektoren der Beklagten sehr wohl vertreten ließen, ohne vorher das Einverständnis der Beklagten einzuholen.“

Knapp drei Jahre nach dieser OGH-Entscheidung hatte der VwGH¹⁰¹ über die sozialversicherungsrechtliche Stellung der betreffenden FH-Lektorin (im selben Zeitraum) zu befinden und stellte dabei lapidar fest, dass „im arbeitsgerichtlichen Verfahren gerade zu einer wesentlichen Frage, nämlich der Vertretungsmöglichkeit, **von einem völlig anderen Sachverhalt ausgegangen** wurde“. Eine nähere Begründung für diesen Standpunkt wird nicht gegeben.

Als Rechtsanwender bleibt man in einem solchen Fall mit dem unlösbaren Rätsel zurück, wie es möglich sein kann, dass die beiden Höchstgerichte trotz ein und demselben Sachverhalt von einem „völlig anderen“ Sachverhalt ausgingen. Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung von Sachverhalten zwischen VwGH und OGH sind durchaus keine Seltenheit, dass sich allerdings ein real verwirklichter Sachverhalt vor den beiden Gerichtshöfen unterschiedlich darstellt, erscheint doch sehr befremdlich.

99 Vgl auch zur arbeitsrechtlichen Seite des Themenkomplexes *Reiner*, Zur Konstruktion des Arbeitnehmerbegriffs durch Referenzrahmen am Beispiel der Natur der Tätigkeit: Eine Gefahr für das dogmatische Erbe von Hugo Sinzheimer, JBl 2010, 249, nach dessen Ansicht allerdings „das Argument [von der Natur der Tätigkeit] dogmatisch und ökonomisch verfehlt ist und daher aufgegeben werden sollte“.

100 OGH 28.11.2007, 9 ObA 165/07s.

101 VwGH 15.9.2010, 2007/08/0176.

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

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.