



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Manfred Engelmann und Mag. Johann Ellersdorfer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Christoph B\*\*\*\*\*, vertreten durch Groß Pucher Leitner & Schweinzer, Rechtsanwälte in St. Pölten, wider die beklagte Partei Dr. Karl Fischer, Rechtsanwalt, 3100 St. Pölten, Wiener Straße 12, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der T\*\*\*\*\*, wegen EUR 11.892,49 sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 25. November 2003, GZ 7 Ra 140/03i-47, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 3. November 2004, GZ 7 Ra 140/03i-49 (Rekursinteresse EUR 7058,33), mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht vom 23. Jänner 2003, GZ 33 Cga 280/00m-43, Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I: den

Beschluss

gefasst:

a. Der Rekurs wird, soweit er sich gegen den Beschluss im Umfang einer Aufhebung über EUR 2.184,29 wendet, zurückgewiesen.

b. Weiters wird dem Rekurs, soweit er sich gegen die Aufhebung des erstgerichtlichen Urteiles hinsichtlich des Ausspruches über den Anspruch auf Urlaubssentschädigung in Höhe von EUR 1.744,14 wendet, nicht Folge gegeben.

c. Die Kosten des Rekurses sind insoweit weitere Kosten des Verfahrens.

II. zu Recht erkannt:

Im Übrigen, das ist hinsichtlich weiterer EUR 2.906,91 (Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration) und EUR 2.407,27 (Sozialversicherungsnachzahlung) insgesamt also hinsichtlich EUR 5.314,18 wird dem Rekurs Folge gegeben, der insoweit angefochtene Beschluss aufgehoben und das erstgerichtliche klagsabweisende Urteil in diesem Umfang als Teilurteil wiederhergestellt.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Kläger war ab 17. 7. 1995 bei der späteren Gemeinschuldnerin als Monteur beschäftigt. Gesprächsweise erfuhr er, dass andere Kollegen wesentlich mehr verdienen würden und wandte sich dann an den Geschäftsführer wegen einer Gehaltserhöhung. Dieser teilte ihm mit, dass es möglich sei, dass der Kläger auf "selbständigen Basis" arbeite und dann sein Bruttostundensatz S 210,-- betrage statt bloß S 100,-- im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Für Überstunden sollte der Kläger dann sogar S 260,-- bzw S 310,-- pro Stunde verdienen. Allerdings teilte der Geschäftsführer dem Kläger auch ausdrücklich mit, dass er in diesem Fall die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern selbst zu bezahlen hätte und Rechnungen legen müsste. Die Abwicklung würde über die Firma erfolgen. Dazu sollten auch Rücklagen angelegt werden, woraus dann die Einkommenssteuer und die Sozialversicherungsbeiträge

bezahlt werden sollten. Auch wurde dem Kläger gesagt, dass er Sonderzahlungen dann nicht mehr erhalten werde. Mit all dem war der Kläger einverstanden, ohne dass auf ihn irgendein Zwang ausgeübt worden wäre. Es wurde ein Wechsel in die selbständige Tätigkeit vereinbart. Der Kläger wurde dann persönlich haftender Gesellschafter einer OHG, bei der auch die spätere gemeinschuldnerische GmbH persönlich haftende Gesellschafterin war. An der Art der Tätigkeit des Klägers änderte sich nichts. Er war weiterhin weisungsunterworfen, hatte Stundenlisten zu führen und abzugeben, wurde vom Vorarbeiter hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und durchzuführender Tätigkeit wie bisher eingeteilt. Er hatte seine Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen und auch seine Urlaube mussten bewilligt werden. Die Erlagscheine vom Finanzamt und die Vorschreibungen der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft übergab er vereinbarungsgemäß der Buchhaltung der Firma und kümmerte sich nicht weiter darum. Aus den einbehaltenen Beträgen wurden dann auch teilweise die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern bezahlt. Im Jahr 2000 wurde dann über das Vermögen der GmbH das Konkursverfahren eröffnet und der Beklagte zum Masseverwalter bestellt. Der Kläger war bei dieser bis Oktober 1997 tätig gewesen.

Der **Kläger** begehrt nun unter anderem EUR 2.906,91 (ATS 40.000) an Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration für das Jahr 1997, EUR 1.744,14 (ATS 24.000) an Urlaubssentschädigung für das Jahr 1997 sowie den Betrag von EUR 2.407,27 (ATS 33.124,80) von ihm an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft im Jahr 2000 wegen einer nachträglichen Erhöhung der Bemessungsgrundlage geleisteten Beiträgen. Die zuletzt

genannten Aufwendungen seien auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zurückzuführen und wären dem Kläger als Arbeitnehmer nicht entstanden. Die Beklagte habe die sie betreffende Aufklärungspflicht nicht erfüllt. Daher hafte sie dem Kläger für diesen Betrag. Im Übrigen stützte der Kläger seine Ansprüche auf Sonderzahlungen und Urlaubsentschädigung darauf, dass er in Wahrheit weiter als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sei. Die Konstruktion habe nur der Umgehung der arbeitsrechtlichen Regelungen gedient. Die spätere Gemeinschuldnerin habe sämtliche Verfügungen getroffen. Darüber hinaus machte der Kläger ua auch noch Ansprüche aus unrichtigen Abrechnungen im Zusammenhang mit Steuern und „Rücklagen“ geltend.

Der **Beklagte** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass der Kläger ja selbstständig haftender Gesellschafter der OHG gewesen sei und auch von ihm die Initiative zu dieser Umstellung ausgegangen wäre. Er sei bei der Gestaltung seiner Arbeit auch hinsichtlich des Urlaubsantrittes oder der Vertretung bei den Dienstleistungen frei gewesen und habe auch wesentlich mehr verdient als als Dienstnehmer. Ansprüche auf Sonderzahlungen sowie Urlaubsentschädigung seien ausdrücklich ausgeschlossen worden bzw habe der Kläger durch das Fernbleiben von der Arbeit den Urlaub konsumiert. Soweit der Kläger nunmehr entgegen der getroffenen Vereinbarung Sonderzahlungen und Urlaubsentschädigung begehre, habe er die Gemeinschuldnerin listig in die Irre geführt und widerspreche seine Vorgangsweise auch Treu und Glauben. Sei doch über seine Initiative diese Änderung erfolgt und habe seine Einkünfte um mehr als 100 % erhöht. Das Vertragsverhältnis habe auch zur OHG bestanden. Hinsichtlich der

Sozialversicherungsbeiträge sei darauf zu verweisen, dass diese Aufwendungen dem Kläger auch bei einer Versicherung nach dem ASVG entstanden wären und es dem Kläger ja freigestanden wäre, sich gegen eine Versicherung nach dem GSVG zur Wehr zu setzen bzw die Rückverrechnung zu begehren. Schließlich erhob die Beklagte auch noch einen Verjährungseinwand.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren zwar hinsichtlich der hier nicht mehr maßgeblichen Abrechnungsansprüche aus den von der Beklagten geführten Rückstellungen für die Sozialversicherungsbeiträge und die Steuer Folge und **stellte** insofern eine **Konkursforderung** in Höhe von EUR **2.649,87 fest**. Das **Mehrbegehren** in Höhe von EUR **9.242,62**, das im Wesentlichen aus den geltend gemachten Sonderzahlungen, der Urlaubsentschädigung, der Sozialversicherungsbeiträge, aber auch Zahlungen an das Finanzamt resultierte, **wies es** hingegen **ab**. Es ging rechtlich insoweit davon aus, dass die Sozialversicherungsbeiträge berechtigt abgeführt worden seien. Der Kläger habe die Umgestaltung freiwillig im Hinblick auf die Erwartung des höheren Entgeltes vorgenommen. Aufklärungspflichten seien nicht verletzt worden. Hinsichtlich der Ansprüche auf die Sonderzahlungen und die Urlaubsentschädigung sei zwar davon auszugehen, dass ein Arbeitsverhältnis vorliege. Die Geltendmachung für Ansprüche widerspreche aber den Grundsätzen von Treu und Glauben, da der Kläger den Verlust dieser Ansprüche auch nach Aufklärung durch die Beklagte bewusst in Kauf genommen habe. Die Initiative zu diesen Änderungen sei auch von ihm selbst ausgegangen. Unter Zugrundelegung des vorher gebührenden Stundenentgeltes von S 100,-- wären die genannten Positionen auch abgegolten. Ein Anspruch auf die vom Kläger dem Finanzamt

geschuldeten Steuerbeträge habe dieser gegenüber der Beklagten nicht, da er den Rest aus den dafür bestehenden "Rücklagen" bei der Beklagten ohnehin erhalten habe und er selbst der Steuerschuldner sei.

Gegen den **klagsabweisenden** Teil dieses Urteiles richtete sich die **Berufung** des **Klägers nur** hinsichtlich eines Betrages von EUR **7.058,33**, und zwar betreffend die Sonderzahlungen, die Urlaubsentschädigung und die Sozialversicherungsnachzahlungen im Jahr 2000. **Nicht** mehr **bekämpft** wurde die **Abweisung** betreffend die **Steuerschulden** des Klägers.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des **Klägers zur Gänze Folge, hob** das angefochtene Urteil insoweit **in seinem klagsabweisenden Teil auf** und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es ging dabei rechtlich davon aus, dass nach der wahren Gestaltung des Vertragsverhältnisses ein abhängiger Arbeitsvertrag vorliege. Die Geltendmachung der Ansprüche des Klägers auf die Sonderzahlungen sowie die Urlaubsentschädigung verstoße nicht gegen Treu und Glaube, weil es sich dabei um zwingende Schutzbestimmungen zu Gunsten des Klägers handle. Auch allfällige Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen gingen zu Lasten der Beklagten, nicht jedoch hinsichtlich der Einkommenssteuer. Der Höhe nach sei jedoch der Anspruch des Klägers auf Sonderzahlungsansprüche schon deshalb nicht geklärt, da nicht klargestellt worden sei, welcher Kollektivvertrag zur Anwendung gelange, wobei auch zu berücksichtigen sei, dass Sonderzahlungsansprüche durch ein überkollektivvertragliches Entgelt abgegolten werden könnten. Diesen Sonderzahlungsansprüchen sei aber der

vereinbarte Stundenlohn von S 210,-- zugrundelegen. Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge könne der Kläger nicht auf einen Rückforderungsanspruch verwiesen werden, da eine Formalversicherung nach § 14 Abs 1 GSVG bestanden habe. Allerdings müsse sich der Kläger ein Mitverschulden in halber Höhe anrechnen lassen. An einer Abklärung der offenen Urlaubsansprüche fehle es ebenfalls. Insbesondere sei nicht klar, ob hier eine Urlaubsablöse erfolgt sei, die allenfalls gegenzuerrechnen wäre.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs des Beklagten**.

Der Kläger hat eine Rekursbeantwortung erstattet und auch einen **Berichtigungsantrag** dahin gestellt, dass der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichtes auf den tatsächlich durch die Berufung angefochtenen Teil von EUR 7.058,33 eingeschränkt werde.

Mit seinem Beschluss vom 3. 11. 2004 zu 7 Ra 140/03i-52 hat das Berufungsgericht nunmehr seinen Beschluss dahingehend berichtigt, dass das angefochtene Urteil in seinem klagsstattgebenden Teil, aber auch im klagsabweisenden Teil hinsichtlich einer **Teilabweisung** von EUR **2.184,29** als **nicht angefochten unberührt bleibt** und die **Aufhebung** auch im Spruch der Entscheidung auf die Abweisung des Mehrbegehrens auf Feststellung von EUR **7.058,33 eingeschränkt**.

In diesem Umfang ist jedoch nunmehr der **Rekurs** des Beklagten **unzulässig**. Wurde mit der Berichtigung doch die Beschwer des Beklagten durch die Entscheidung des Berufungsgerichtes in diesem Umfang beseitigt. Dann wenn das ursprünglich noch gegebene Rechtsschutzinteresse nach Einlangen des Rechtsmittels wegfällt, ist das ursprünglich

zulässige Rechtsmittel zurückzuweisen (vgl Kodek in Rechberger ZPO2 vor § 461 Rz 9 mwN). Nach § 50 Abs 2 ZPO ist aber in einem derartigen Fall bei der Kostenentscheidung der nachträgliche Wegfall des Rechtsschutzinteresses nicht zu berücksichtigen. Die auf diesen Teil entfallende Kostenentscheidung war daher der Endentscheidung vorzubehalten (vgl Fucik in Rechberger ZPO § 52 Rz 2).

**In der Sache selbst** stellt der Beklagte das **Bestehen eines Arbeitsverhältnisses** zur Gemeinschuldnerin grundsätzlich nicht mehr in Frage, sondern verweist nur darauf, dass die Gestaltung als Gesellschaftsverhältnis über Initiative des Klägers erfolgt sei und ihm auch statt eines Stundensatzes von S 100,- nach S 210,- zugestanden worden seien, jedoch ausdrücklich festgehalten wurde, dass weder Weihnachtsgeld noch Urlaubszuschuss gebühren. Die Geltendmachung von Ansprüchen auf Sonderzahlungen sowie einer Urlaubsentschädigung auf Basis des überhöhten Entgeltes widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Allgemein ist darauf zu verweisen, dass die Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Vertragstypen regelmäßig nicht nach der Bezeichnung und allein der Gestaltung allfälliger schriftlicher Verträge beurteilt wird, sondern auch nach einer allenfalls davon abweichenden tatsächlichen Handhabung des Vertragsverhältnisses (vgl RIS-Justiz RS0111914 mwN zuletzt etwa 9 ObA 53/04s). Als wesentliches Abgrenzungskriterium des Arbeitsvertrages im Sinne des § 1151 ABGB von anderen Vertragstypen wird in ständiger Judikatur die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit insbesondere hinsichtlich

Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle äußert, festgehalten (vgl. RIS-Justiz RS0021306 mzwN, zuletzt etwa OGH 8 ObS 13/03z). Dabei wird zur Beurteilung jeweils eine Gesamtbetrachtung der für und der gegen das Arbeitsverhältnis sprechenden Merkmale angestellt (vgl. dazu etwa RIS-Justiz RS0021284 mzwN etwa 8 ObA 83/03k). Weder die im Ergebnis bestehende Vertragsbeziehung zu der Gemeinschuldnerin (vgl. dazu etwa auch OGH 29. 6. 1994, 9 ObA 92/94; zur Abwicklung von Entgeltansprüchen durch Dritte etwa aber auch VwGH 22. 4. 1996, ZI 96/04/0065); allgemein zur Feststellung des Arbeitgebers OGH 15. 12. 1999, 9 ObA 248/99g) noch die Qualifikation als abhängiges Arbeitsverhältnis im Sinne der dargestellten Judikatur werden im Ergebnis bestritten. Nach den wesentlichen Feststellungen fußt doch die Tätigkeit des Klägers für die Gemeinschuldnerin ja auch auf einer Vereinbarung zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Kläger, die im Wesentlichen darauf hinaus lief, dass der Kläger zwar als Selbständiger über die OHG abgerechnet wurde, aber weiter wie ein Arbeitnehmer in völliger Integration und Weisungsunterworfenheit in den Betrieb der Gemeinschuldnerin auch persönlich abhängig arbeitete.

**Berechtigt** wendet sich die Beklagte aber **gegen** die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, dass dem Kläger ausgehend vom vereinbarten "Stundenlohn" von S 210,-- statt der bisher ihm gebührenden S 100,-- nunmehr auch zusätzlich **Sonderzahlungen** gebühren würden.

Entspricht es doch der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass es den Parteien des Arbeitsvertrages auch frei steht, durch über den Mindestansatz des Kollektivvertrages liegenden Entgeltvereinbarung ausdrücklich eine Abgeltung allfälliger

kollektivvertraglicher vorgesehener Sonderzahlungen vorzusehen. Geht es doch entsprechend § 3 Abs 1 ArbVG nur darum, dass sich die im Sachzusammenhang stehenden Regelungen als günstiger als die nach dem Kollektivvertrag erweisen (vgl dazu RIS-Justiz RS0051019 mzwN etwas zuletzt 9 ObA 287/01y; vgl im Ergebnis auch Kientaibl, Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft, JBl 2004, 627; eine andere Frage ist jene, was nun als vereinbartes Bruttoentgelt anzusehen ist - vgl OGH 1. 6. 1997 9 ObA 185/97 = DRdA 1998/20 [tw. krit Gerlach]).

Genau eine solche Vereinbarung ist aber hier anzunehmen. Hat die Gemeinschuldnerin doch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dem Kläger im Rahmen der "selbständigen Tätigkeit" nunmehr keine Sonderzahlungen gebühren würden und war der Kläger damit auch einverstanden. Dass damit die Grenze des Kollektivvertrages für das Mindestentgelt unterschritten worden wäre, hat der Kläger nicht vorgebracht. Es ist jedoch allgemein davon auszugehen, dass dann, wenn ein Arbeitnehmer seine Ansprüche darauf stützen will, dass die Bestimmungen des Kollektivvertrages unterschritten wurden, er auch ein dahingehendes Vorbringen zu erstatten hat. Hier hat der Kläger nicht einmal klar ausgeführt, nach welchem Kollektivvertrag überhaupt die Sonderzahlungen zustehen sollten.

**Anders** stellt sich die Frage im Zusammenhang mit den geltend gemachten Ansprüchen auf eine **Urlaubersatzleistung** dar. Das Urlaubsgesetz legt zwingend (vgl § 12 UrlG) den Anspruch von Arbeitnehmern auf Urlaub in dem im Gesetz genannten Ausmaß, aber auch die Abgeltung nicht verbrauchten Urlaubs bei Beendigung des

Arbeitsverhältnisses fest (vgl § 10 UrlG).

Nach ständiger Judikatur sollen die zwingenden Regelungen über das Urlaubsentgelt sicherstellen, dass der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub auch tatsächlich konsumiert. Dementsprechend ist eine Vereinbarung, wonach das Urlaubsentgelt unabhängig vom Verbrauch des Urlaubes mit einem erhöhten laufenden Entgelt abgegolten werden soll, unwirksam, weil es gegen den Zweck der Regelungen des Urlaubsgesetzes verstößt (vgl RIS-Justiz RS0077538 mzwN, zuletzt etwa 8 ObA 256/98z; ebenso Czerny, UrlG8, 196; Kuderna, UrlG2 196 uva).

Der Oberste Gerichtshof hat nun teilweise die Geltendmachung von Ansprüchen oder Einwendungen im Wesentlichen unter dem Aspekt des § 879 ABGB auch als gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen beurteilt (vgl etwa OGH 9 ObA 153/03w zur unzulässigen Berufung auf eine Verfallsklausel, wenn der Arbeitnehmer durch das Verhalten des Arbeitgebers selbst an der Geltendmachung der Ansprüche behindert war; oder OGH 9 ObA 138/01m hinsichtlich der unzulässigen Androhung einer Entlassung ohne konkrete Anhaltspunkte). Auch wurde erörtert, inwieweit die Geltendmachung von Ansprüchen, die im Widerspruch zum bisherigen eigenem Verhalten stehen, als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden könnten (vgl dazu etwa OGH 9. 11. 2000, 8 ObS 204/00h mwN, etwa auch Marder, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung, 104 ff, insb 110). Dabei ging es im Wesentlichen darum, dass der jeweilige Vertragspartner ein Verhalten gesetzt hat, das die Geltendmachung von Ansprüchen, die mit diesem Verhalten im Widerspruch stehen, als sittenwidrig erscheinen ließ (vgl dazu insb den obgenannten Fall hinsichtlich des Verfallseinwandes). In diesem Zusammenhang ist nun aber

auch darauf zu verweisen, dass nach ständiger Judikatur des Obersten Gerichtshofes im Rahmen des Arbeitsverhältnisses regelmäßig von einem Verhandlungsungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugehen ist (vgl etwa OGH 8. 8. 2002, 8 ObA 277/01w = Arb 12.253 = DRdA 2002/48) mzwN). Weiters kann sich aus gesetzlichen Regelungen ergeben, dass die Verfolgung der von diesen angestrebten Ziele unabhängig vom Erklärungsverhalten der Vertragsparteien nicht als missbräuchlich angesehen werden kann.

Hier geht nun beim Urlaubsgesetzes ganz eindeutig die Zielrichtung hervor, dem Arbeitnehmer unabhängig von allfälligen Vereinbarungen die Möglichkeit eines Urlaubsverbrauches zu sichern. Unter Beachtung dieser klaren Zielsetzung des Gesetzes kann aber auch die Geltendmachung dieser Ansprüche, selbst wenn sie mit dem früheren Verhalten im Widerspruch stehen sollte, nicht als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden. Es hat daher hinsichtlich der begehrten Urlaubsentschädigung in Höhe von EUR 1.744,14 bei der Aufhebung und Rückverweisung zu verbleiben.

Es verbleibt damit letztlich die Frage des vom Kläger erst im Laufe des Verfahrens geltend gemachten **Ersatzes der** von ihm der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft im Jahr 2000, also lange nach Beendigung des „Dienstverhältnisses“, bezahlten **Sozialversicherungsbeiträge** nach dem GSVG. Dazu hat sich der Kläger im Wesentlichen nur auf eine Verletzung der Aufklärungspflichten berufen und dass ihm solche Beiträge in seiner Stellung als Dienstnehmer nicht vorgeschrieben worden wären.

Eine Verletzung von Aufklärungspflichten

konnten nun hier nicht festgestellt werden, da der Kläger ja darüber informiert wurde, dass er in Hinkunft für die Beiträge nach dem GSVG aufzukommen haben werde. Welche konkreten Aufklärungspflichten hier verletzt sein könnten, stellt der Kläger auch nicht dar (vgl allgemein etwa zu den Aufklärungspflichten des Arbeitgebers OGH 25. 6. 2003, 9 ObA 243/02d-9).

Was nun die Vorschreibung der Sozialversicherungsbeiträge als solche betrifft, so fußt diese auf der von ihm selbst bewirkten Stellung des Klägers als Gesellschafter der OHG (vgl § 2 Abs 1 Z 2 GSVG).

Legt man nun zugrunde, dass hier tatsächlich eine dem ASVG nach § 4 Abs 2 unterliegende Tätigkeit vorliegt, so stellt sich die Frage, inwieweit hier nun tatsächlich dem Kläger ein Nachteil entstanden ist bzw inwieweit dem Kläger nicht eine Abwehr dieses Nachteiles zuzumuten wäre. Dabei fällt hier auch ins Gewicht, dass die Vorschreibung dieser Beiträge offensichtlich erst nach Beendigung des "Dienstverhältnisses" erfolgte.

Damit ist also zu beurteilen, ob nicht doch wirksam eine Versicherung nach § 2 Abs 1 Z 2 GSVG bzw eine Formalversicherung nach § 14 GSVG trotz der Vorliegens der Versicherung als Dienstnehmer nach § 4 Abs 2 ASVG zustande gekommen ist.

Im Zusammenhang mit der **Abgrenzung** der „Neuen Selbständigen" nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG und den „**Freien Dienstnehmern**" nach § 4 Abs 4 ASVG hat der Gesetzgeber nun spezifisch **Abgrenzungsmechanismen** eingeführt.

Es besteht die Möglichkeit von Feststellungsbescheiden nach § 194a GSVG, wonach der Versicherungsträger in Verwaltungssachen auf Antrag mit

Bescheid festzustellen hat, ob die in § 2 Abs 1 Z 4 erster Satz GSVG genannten Voraussetzungen vorliegen. Nach § 410 Abs 1 Z 8 ASVG kann bescheidmäßig festgestellt werden kann, ob entgegen einer bereits bestehenden Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG auf Grund ein und derselben Tätigkeit die Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs 4 ASVG als gegeben erachtet wird.

Entsprechend § 10 Abs 1a ASVG beginnt die Pflichtversicherung nach dem ASVG bei den "freien Dienstnehmern" nach § 4 Abs 4 ASVG dann auch erst mit dem Tag der Erlassung dieses Bescheides.

Fasst man dies nun zusammen, so lässt sich hinsichtlich der Frage der unrichtigen Einordnung des Rechtsverhältnisses ein **Unterschied** zwischen der Abgrenzung zwischen "neuen Selbständigen" und "freien Dienstnehmer nach § 4 Abs 4 ASVG" einerseits und der **Abgrenzung** zwischen Gewerbetreibenden nach § 2 Abs 1 Z 2 GSVG (Gesellschaft einer offenen Handelsgesellschaft) und "echten Dienstnehmern nach § 4 Abs 2 ASVG feststellen. Während im Bereich der offensichtlich vom Gesetzgeber als besonders schwierig angesehene Abgrenzung zwischen "neuen Selbständigen" und "freien Dienstnehmern" eine Rückabwicklung ausgeschlossen werden soll und es vorweg bis zur tatsächlichen Bescheiderlassung (vgl § 10 Abs 1a ASVG) bei der unrichtigen Zuordnung bleiben soll, geht der Gesetzgeber im Bereich der Abgrenzung der normalen gewerblichen Tätigkeit und den „echten“ Arbeitsverhältnissen nach § 4 Abs 2 ASVG offensichtlich davon aus, dass die **richtige Zuordnung** grundsätzlich **auch rückwirkend** durchgesetzt werden soll (vgl dazu dass allerdings teilweise auch eine Übertragung des neuen Abgrenzungsmodells auf andere Fälle erwogen wurde,

Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige, 52; vgl im übrigen zur mangelnden Wirksamkeit einer Formalversicherung bei vorsätzlichem Scheindienstverhältnis VwGH 18. 12. 2003, 2000/08/0189).

Gegen die Möglichkeit die Vorschreibung der Beiträge abzuwehren, würde nur das Vorliegen einer Formalversicherung sprechen.

Nach § 14 Abs 1 GSVG wird eine "Formalversicherung" begründet, wenn der Versicherungsträger den Bestand einer Pflichtversicherung als gegeben erachtet und 3 Monate (Krankenversicherung) bzw 6 Monate (Pensionsversicherung) ununterbrochen die Beiträge unbeanstandet angenommen hat. Aber auch nach dieser Bestimmung gelten in der Pensionsversicherung die Ausnahmegründe gemäß § 4 GSVG. Zuzufolge Abs 3 Z 2 des § 4 GSVG sind aber Personen, die auf Grund der die Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz begründenden Erwerbstätigkeit der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem ASVG unterliegen, für die Dauer der Pflichtversicherung ausgenommen (vgl zur Krankenversicherung § 4 Abs 3 Z 1 GSVG).

Damit hat der Beklagte zutreffend geltend gemacht, dass sich der **Kläger ja gegen die Vorschreibung von weiteren Beiträgen zur Wehr hätte setzen können** (vgl im übrigen zu den Rückforderungsmöglichkeiten und den Verrechnungsregeln § 41 GSVG). Dass dem Aspekte des zeitlichen Ablaufs der Beitragsentrichtung entgegenstünden, wurde weder vorgebracht, noch hat sich dies ergebe. Es ist daher auf die weiteren Unterschiede zwischen dem ASVG und dem GSVG nicht einzugehen (vgl § 539 ASVG wonach Vereinbarungen zum Nachteil des Versicherten im voraus unwirksam sind; § 51 Abs 3 ASVG zur anteiligen Tragung der

vom Dienstgeber geschuldeten Beiträge [vgl § 58 Abs 2 ASVG]; § 60 ASVG der die regelmäßig und nicht plötzlich Belastung des Dienstnehmers mit Sozialversicherungsbeiträgen gewährleistet).

In diesem Bereich ist daher das Ersturteil im klagsabweisenden Sinn wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50 und 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 17. Februar 2005  
Dr. L a n g e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: