

A. § 13 a IESG

1. Direktverrechnung zwischen IEF und KV-Träger

Der Anspruch des Anspruchsberechtigten auf Insolvenz-Entgelt umfasst auch die auf den Dienstnehmer entfallenden Beitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung: Mit dem **Anspruchsberechtigten** iSd § 13 a Abs 1 kann schon wegen der klarstellenden Erweiterung eines ursprünglichen Anspruchs durch Verwendung des Wortes „auch“ originär nur der **Dienstnehmer** (bzw freie Dienstnehmer oder Heimarbeiter gemäß der Regelung der Anspruchsberechtigung in § 1 Abs 1) und nicht der KV-Träger selbst gemeint sein. Dieses Verständnis wird dadurch gestützt, dass ursprünglich der Begriff „Arbeitnehmer“ in § 13 a Abs 1 verwendet wurde. Erst mit IRÄG 2010 wurde dieser Terminus durch den „Anspruchsberechtigten“ ersetzt. Grund dafür war, dass die freien Dienstnehmer in § 1 Abs 1 übergeführt wurden. In § 13 a Abs 1 wurde daher die Aufzählung der Anspruchsberechtigten terminologisch modifiziert, um die Möglichkeit der Verrechnung für die KV-Träger auch betreffend freie Dienstnehmer klarzustellen.¹⁾

Die Auszahlung dieser Dienstnehmerbeiträge erfolgt jedoch nicht an den Arbeitnehmer, der sie an den KV-Träger weiterzuleiten hätte. Der Gesetzgeber hat vielmehr die Verrechnung zwischen IEF und KV-Träger auf **direktem Weg** angeordnet (§ 13 a Abs 2, mit der näheren Ausgestaltung in § 13 a Abs 3 und 5). Dementsprechend gebührt dem anspruchsberechtigten Arbeitnehmer das Insolvenz-Entgelt in der Höhe des gesicherten Anspruchs, **vermindert** um die Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung (§ 3 Abs 1).

Der Arbeitnehmer hat in seinem Antrag auf Insolvenz-Entgelt die Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung zu bezeichnen (§ 6 Abs 2), worüber sich Arbeitgeber bzw Insolvenzverwalter zu äußern haben (§ 6 Abs 4 und 5).²⁾ Die KV-Träger haben aber auch ohne Antrag des Arbeitnehmers Anspruch auf die Dienstnehmeranteile: So etwa, wenn die Nettolöhne vor Insolvenzeröffnung noch länger ausbezahlt als die Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.³⁾ Bei den Dienstnehmerbeiträgen handelt es sich

¹⁾ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 39 zu Z 1 und anderen; zur Entwicklung des Anspruchs betreffend freie Dienstnehmer vgl unten Kap A.2.5 „Freie Dienstnehmer“.

²⁾ *Souhrada*, Novelle zum IESG, SozSi 1983, 17, weist auf die sich daraus ergebende Kontrollmöglichkeit hin. § 14 Abs 2 eröffnet dem Insolvenzverwalter zur Erfüllung seiner Erklärungspflicht gem § 6 Abs 5 ein Auskunftsrecht auch gegenüber dem Träger der Sozialversicherung.

³⁾ Vgl nur *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, DRdA 2008, 207 (212): „Der IEF hat rückständige Dienstnehmer-

um einen Anspruch des Dienstnehmers gegen den Dienstgeber, welcher sie im Regelfall des § 58 Abs 2 ASVG an den KV-Träger abführt. Bei Vorliegen eines Verrechnungstatbestandes gem § 13a Abs 3 erfolgt eben die direkte Verrechnung zwischen IEF und KV-Träger. Es schadet nicht, wenn Lohn/Gehalt auf Seiten des Arbeitnehmers gar nicht offen geblieben sind, solange ihm nur grundsätzlich ein Anspruch auf Insolvenz-Entgelt zustehen kann. Solche Fallkonstellationen ereignen sich österreichweit Hunderte, wenn nicht Tausende Male pro Jahr:⁴⁾ Die Arbeitnehmer werden noch bezahlt, um den Betrieb aufrecht zu erhalten, aber bei den GKK wird vom Dienstgeber einseitig billiger „Kredit“ genommen.⁵⁾ Die Ansicht des VwGH, dass Zahlungen des IEF an einen KV-Träger dafür sprechen, dass auch die Löhne nicht bezahlt wurden, muss deshalb als realitätsfremd qualifiziert werden.⁶⁾

Ein **eigener Antrag** der **KV-Träger** beim IEF ist **nicht erforderlich**.⁷⁾ Die KV-Träger geben vielmehr in einer **Jahresabrechnung** ihre Forderungen bekannt (§ 13a Abs 3) und erhalten monatlich **Abschlagszahlungen** im Ausmaß von je einem Zwölftel der Summe der Vorjahresabrechnung (§ 13a Abs 5). Diese Regelung ermöglicht eine einfache und deshalb verwaltungsökonomisch sehr sinnvolle Handhabung der Verrechnung zwischen IEF und KV-Träger.

Der Arbeitnehmer ist nach herrschender Auffassung berechtigt, den Bruttolohn einzuklagen, und es steht ihm in der Insolvenz des Arbeitgebers frei, **Brutto- oder Nettobeträge** anzumelden.⁸⁾ Durch den Forderungsübergang gem § 11 würde der IEF nur vordergründig eine allfällige Insolvenzquote für den Bruttobetrag, und somit auch für die Dienstnehmerbeiträge, erhalten. Tatsächlich müsste der Insolvenzverwalter die Dienstnehmeranteile eruieren und sie an den KV-Träger abführen, weil der IEF als Legalzessionar nur insoweit in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers eintritt, als dieser einen Anspruch auf

Beitragsanteile auch dann an die SV-Träger zu bezahlen, wenn die zu Grunde liegende Entgeltforderung nicht mehr offen ist.“

⁴⁾ Als Mindestwert können hier die Verurteilungen gem § 153 c StGB (§ 114 aF ASVG) herangezogen werden, die sich pro Jahr auf um die 400 belaufen: Voraussetzung für die Strafbarkeit ist die Lohnauszahlung bei gleichzeitiger Nichtabfuhr der Dienstnehmeranteile. Ratenvereinbarungen sorgen für Strafbefreiung, nicht alle Fälle werden von Strafbehörden aufgegriffen.

⁵⁾ Die Verzugszinsen gem § 59 ASVG waren für einen in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Dienstgeber lange Zeit erheblich günstiger als zu Bedingungen des freien Marktes Kredit zu erhalten. Seit der Anhebung des Zinssatzes durch dessen Neuregelung mit Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 2010/111, trifft dieses Argument nur mehr in abgeschwächter Form zu.

⁶⁾ VwGH 2003/08/0043.

⁷⁾ Die ursprünglich in § 13a Abs 2 enthaltene Wendung, dass der IEF „im beauftragten“ Ausmaß an die KV-Träger bezahlt, wurde mit BGBl 1986/395 beseitigt, wobei die Regierungsvorlage (993 BlgNR 16. GP 9) die neugefasste Verrechnungsanordnung ausdrücklich mit Einsparung von Verwaltungsarbeit und Verwaltungskosten begründet.

⁸⁾ OGH 8 ObA 63/03b; *Liebeg*, IESG³ (2007) § 3 Rz 20.

Zahlung der „Nettoarbeitnehmerforderung“ hat.⁹⁾ Zugleich meldet aber ohnehin der KV-Träger seine Forderungen auf Grund des Beitragsrückstandes inklusive der Dienstnehmeranteile im Insolvenzverfahren an.

Als unzweifelhaft kann angesehen werden, dass die Insolvenzquote für ein und dieselbe Forderung nur einmal auszuschütten ist und die Dienstnehmeranteile bzw die Quote dafür beim beitragseinhebenden KV-Träger einzulangen hat, der dann die Aufteilung auf die einzelnen Träger und Institutionen vornimmt.¹⁰⁾ Auch bei einer Bruttoanmeldung durch den Arbeitnehmer ist die Insolvenzquote vom Insolvenzverwalter deshalb nur einmal, und zwar an den KV-Träger, zur Überweisung zu bringen. In diesem Sinn gebührt dem Arbeitnehmer gem § 3 Abs 1 das Insolvenzentgelt eben „netto“,¹¹⁾ insbesondere vermindert um die Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung.

2. Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung

2.1 Grundlagen

Gem § 13 a Abs 2 schuldet der IEF dem zur Beitragseinhebung zuständigen SV-Träger bestimmte¹²⁾ **Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung**. Die Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge zur Sozialversicherung ist für Pflichtversicherte grundsätzlich der Arbeitsverdienst (§ 44 Abs 1 ASVG), wobei betreffend die Bewertung der Sachbezüge die Bewertung für Zwecke der Lohnsteuer gilt (§ 50 ASVG). Gem § 54 ASVG sind auch Sonderzahlungen (§ 49 ASVG, insbesondere Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration) mit demselben Beitragssatz wie die sonstigen Bezüge beitragspflichtig und dadurch von § 13 a erfasst. § 51 Abs 3 ASVG regelt die Aufteilung der Beiträge zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber und somit die Frage der **Beitragspflicht**. Daraus ergibt sich, dass für die Unfallversicherung allein den Dienstgeber die Beitragspflicht trifft: Hier laufen somit keine Dienstnehmerbeitragsanteile auf, sondern nur solche des Dienstgebers. In der Kranken- und Pensionsversicherung ist die Beitragspflicht jedoch auf Dienstnehmer und Dienstgeber aufgeteilt. Die Regelung der **Beitragsschuld** befasst sich hingegen gem § 58 Abs 2 und 3 mit der Frage, wer die auf den Dienstgeber und den Dienstnehmer entfallenden Beiträge dem KV-Träger

⁹⁾ OGH 8 Oba 63/03 b.

¹⁰⁾ Zu den Beiträgen, für die Dienstnehmeranteile auflaufen, vgl unmittelbar im Anschluss in Kap A.2. „Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung“.

¹¹⁾ ZB *Liebeg*, IESG³ § 3 Rz 3 mwN.

¹²⁾ Nämlich solche, die für gesicherte Ansprüche fällig werden, und diejenigen, soweit sie bis längstens zwei Jahre vor der Insolvenzeröffnung bzw vor jenen Zeitpunkten, welche dieser gem § 1 Abs 1 IESG gleichgestellt sind, rückständig sind; vgl dazu unten Kap A.3. „Dienstnehmerbeiträge für Zeiträume bis längstens zwei Jahre vor Insolvenzeröffnung und für gesicherte Ansprüche“.

schuldet und somit an diesen abzuführen hat: Im Regelfall trifft gem § 58 Abs 2 ASVG zur Gänze den Dienstgeber die Beitragsschuld. Beitragspflicht und Beitragsschuld für die von den KV-Trägern einzuhebenden Nebenbeiträge (darunter fallen die Arbeitslosenversicherung, Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigung, Arbeiter- und Landarbeiterkammerumlage, Wohnbauförderung, IESG-Zuschlag, Nachtschwerarbeitsbeitrag, Dienstgeber-Abgabe und betriebliche Mitarbeitervorsorge) regeln die jeweiligen Materiengesetze.¹³⁾

§ 13a Abs 1 spricht von „auf den Dienstnehmer entfallenden Beitragsanteilen zur gesetzlichen Sozialversicherung“ und verwendet dafür die Kurzform „Dienstnehmerbeitragsanteile“. § 153 c StGB bezeichnet dieselben Beitragsbestandteile als „Dienstnehmerbeiträge“. Verbreitet ist auch noch der Begriff „Dienstnehmer(an)teile. Die verschiedenen Begriffe bezeichnen jeweils ein und dieselbe Größe, gemeint sind damit jeweils diejenigen Beitragsbestandteile, für die einen Dienstnehmer gem § 51 Abs 3 ASVG die Beitragspflicht trifft.

Im Detail bleibt im Folgenden zu klären, welche Verrechnungsposten eigentlich unter den vom Gesetzgeber verwendeten Begriff Dienstnehmerbeitragsanteile fallen, und wie die Einschränkung auf solche Dienstnehmerbeitragsanteile, die zur **gesetzlichen Sozialversicherung** auflaufen, zu verstehen ist.

2.2 Berechtigte SV-Träger

Beitragsanteile für Dienstnehmer laufen in der gesetzlichen Sozialversicherung der Selbständigen nicht auf. Insbesondere betreffend die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft und die Sozialversicherungsanstalt der Bauern bleibt § 13a deshalb kein Anwendungsbereich.

Arbeitnehmer, die in einem Dienstverhältnis zum Bund, zu einem Bundesland, zu einer Gemeinde, einem Gemeindeverband oder einem Immunität genießenden Arbeitgeber stehen, haben gem § 1 Abs 6 Z 1 keinen Anspruch auf Insolvenz-Entgelt. Unabhängig von der Frage, ob Gebietskörperschaften überhaupt insolvenzfähig sind,¹⁴⁾ und unabhängig von der jedenfalls für die Zeiten der 2. Republik (bislang) bloß theoretischen Bedeutung der Insolvenz von Gebietskörperschaften, fällt § 13a somit nicht in den Vollzugsbereich der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter.¹⁵⁾

Gem § 58 Abs 4 ASVG hat der Beitragsschuldner (das ist in der Regel der Dienstgeber) die Beiträge an den zuständigen Träger der Krankenversicherung einzuzahlen. Gem § 58 Abs 5 ASVG ist dieser Träger der Krankenversicherung ausschließlich berufen, die Beitragsforderung rechtlich geltend zu machen. Auch die Pflichtversicherungsbeiträge zur Pensionsversicherung werden somit

¹³⁾ Dazu unten Kap B.2.2 „Aktueller Stand“.

¹⁴⁾ Bejahend zB *Liebeg*, IESG³ § 1 Rz 547.

¹⁵⁾ *Liebeg*, IESG³ § 1 Rz 547 erachtet diese Situation als richtlinienwidrig und macht als Begründung dafür budgetäre Überlegungen aus, weil ansonsten Gebietskörperschaften einen Beitrag zum Leistungsaufwand iS des § 12 tragen müssten.

(aus verwaltungsökonomischen Gründen) vom KV-Träger eingehoben, der sie gem § 63 ASVG weiterleitet. Die Pensionsversicherungsanstalt führt deshalb nicht selbst die Verrechnung mit dem IEF gem § 13 a durch.

Die Unfallversicherung kennt Beiträge des Dienstnehmers nicht, hier trifft gem § 51 Abs 3 ASVG die Beitragspflicht zur Gänze den Dienstgeber. Auch für die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt kommt § 13 a deshalb keine Bedeutung zu.

Die Anwendung des § 13 a, auf den in weiterer Folge § 13 d verweist, kommt somit **vorrangig** den **GKK** zu. Weiters kann die Verrechnung mit dem IEF für die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau relevant werden und – theoretisch – auch für die Betriebskrankenkassen. Wenn in dieser Arbeit von KV-Trägern als Abkürzung für Krankenversicherungsträger die Rede ist, sind damit (vorrangig) jene KV-Träger gemeint, für welche eine Verrechnung mit dem IEF gem den §§ 13 a und 13 d in Frage kommt.

2.3 Was sind „Dienstnehmerbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung“?

Dienstnehmerbeiträge können neben Kranken- und Pensionsversicherung auch für Arbeitslosenversicherung, Bauarbeiter-Schlechtwetter-Entschädigung, (Land)Arbeiterkammerumlage und Wohnbauförderung auflaufen. Unter den Begriff „Sozialversicherung“ lassen sich dabei die vier zuerst genannten Beiträge subsumieren, während diese Qualifizierung für Kammerumlage und Wohnbauförderung nicht zutreffen kann.¹⁶⁾

Dennoch machen die GKK als in der Praxis fast ausschließlich durch § 13 a berechnete KV-Träger **nur** die Dienstnehmerbeiträge zu **Kranken- und Pensionsversicherung** geltend. Diese Vorgangsweise ist auf die Beratungen anlässlich der 38. ASVG-Novelle zurückzuführen, mit der § 13 a in das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz eingefügt wurde.¹⁷⁾ Dabei bestand Einvernehmen darüber, dass nur die Sozialversicherung im engeren Sinn, also Kranken- und Pensionsversicherung, durch das IESG gesichert sein sollten.¹⁸⁾ *Fruhwürth* hält dem entgegen, dass bloß informelle Beratungen für die Gesetzesauslegung irrelevant bleiben müssen.¹⁹⁾

Die von *Souhrada* geschilderte Absicht der Redakteure des Gesetzes fand tatsächlich weder im Normtext noch in den Materialien²⁰⁾ **ausdrücklichen** Niederschlag. Allein die Anordnung des § 13 a, dass der IEF die Beiträge dem

¹⁶⁾ *Fruhwürth*, Sozialversicherungsbeiträge, Insolvenz-Ausfallgeld und Regress, ecolex 1992, 794; zustimmend *Liebeg*, IESG³ § 13 a Rz 4; *Derntl* in *Sonntag*, ASVG³ (2012) § 1 Rz 8. Die Forderung der Bundesarbeitskammer in 28/SN-83/ME 24. GP 14 f, auf Sicherung der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung und vor allem der Arbeiterkammerumlage gem § 13 a müsste deshalb zwingend mit einer Abänderung der aktuellen Beschränkung auf Beiträge „zur gesetzlichen Sozialversicherung“ einhergehen.

¹⁷⁾ BGBl §182/647 in Art VII.

¹⁸⁾ Siehe dazu *Souhrada*, Novelle zum IESG, SozSi 1983, 17.

¹⁹⁾ *Fruhwürth*, ecolex 1992, 792.

²⁰⁾ RV 1310 BlgNR 15. GP; AB 1344 BlgNR 15. GP.

KV-Träger schuldet, bietet wohl noch keine ausreichende Klarstellung: Dem könnte nämlich entgegengehalten werden, dass die GKK die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung (§ 5 AMPFG) und den Schlechtwetterentschädigungsbeitrag (§ 12 BSchEG) einheben und, in casu, die mit dem IEF zu verrechnenden Beiträge eben an diese Institutionen abführen sollten.²¹⁾ In der Regierungsvorlage (Seite 19) findet sich jedoch der Hinweis, dass die **Sozialversicherungsträger** durch die Leistungen des IEF in ihren Einnahmen gestärkt werden sollen, während von AMS und BUAK nicht die Rede ist. Unter Sozialversicherungsträger werden nun gemeinhin die Träger der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und/oder Pensionsversicherung verstanden: Für den ASVG-Bereich werden diese in §§ 23 ff ASVG angeführt. AMS (bzw früher Arbeitsämter und Arbeitsmarktverwaltung) und BUAK werden nicht dazu gezählt.²²⁾

In Fortführung der bisher üblichen Vorgangsweise sind deshalb nur Kranken- und Pensionsversicherung gem § 13 a zu berücksichtigen.²³⁾ Der Gesetzgeber sei aber daran erinnert, dass der Gebrauch der Wendung „Beiträge zur Sozialversicherung“ keinen abschließenden Erklärungswert beinhaltet. Im Zweifel wäre davon auszugehen, dass die Sozialversicherung in einem umfassenden Sinn damit gemeint ist. Die konkrete Angabe, welche Zweige der Sozialversicherung bzw ob Sozialversicherung im engeren oder weiteren Sinn gemeint ist, erleichtert den Gesetzesvollzug in jedem Fall.

2.4 Zusatz- und Ergänzungsbeiträge; freiwillige Versicherung

Das ASVG kennt mehrere Arten von Zusatz- und Ergänzungsbeiträgen, die zusätzlich zu den allgemeinen Beiträgen zu entrichten sind. Die Möglichkeit der Verrechnung mit dem IEF hängt für die KV-Träger davon ab, ob es sich dabei um Dienstnehmerbeiträge handelt.

²¹⁾ *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 365, finden hingegen die Absicht des Gesetzgebers, nur Beiträge zur Kranken- und Pensionsversicherung unter § 13 a zu subsumieren, gerade noch ausreichend in § 13 a Abs 2–5 zum Ausdruck gebracht, weil hier eben die Verrechnung zwischen IEF und **SV-Träger** angeordnet ist.

²²⁾ Für diese Ansicht lässt sich auch ein *argumentum ad absurdum* ins Treffen führen: Gem § 447 f ASVG haben die **Träger der Sozialversicherung** an die Landesgesundheitsfonds einen Pauschalbetrag für Leistungen der Krankenanstalten zu entrichten. AMS und BUAK wären wohl erstaunt, wenn sie auch als zur Zahlung verpflichtete **Sozialversicherungsträger** angesehen würden; vgl auch den Überblick betreffend Sozialversicherungsträger bei *Souhrada*, Amtshilfe an Gerichte, SozSi 1990, 428 (433 f). Anlässlich des IRÄG 2010 wurde im Gesetzgebungsverfahren eine ausdrückliche **Festlegung** auf Dienstnehmerbeiträge zur Kranken- und Pensionsversicherung vorgenommen, vgl ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 39 zu Z 1 und anderen sowie 43 zu Z 41.

²³⁾ So auch *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 13 a IESG Rz 1; s auch *Liebeg*, IESG³ § 13 a Rz 1 und 4.

Der **Zusatzbeitrag in der Krankenversicherung** (§ 51 b ASVG), soweit er im Ausmaß von 0,25% der Beitragsgrundlage auf den Versicherten entfällt, kann bei Pflichtversicherten genauso wie der **Ergänzungsbeitrag zur Finanzierung unfallbedingter Leistungen der Krankenversicherung** (§ 51 e ASVG), der im gesamten Ausmaß von 0,1% der Beitragsgrundlage auf den Versicherten entfällt, mit dem IEF verrechnet werden.²⁴⁾

Gem § 51 a ASVG aF war für in der Pensionsversicherung pflichtversicherte Personen ein **Zusatzbeitrag in der Pensionsversicherung** im Ausmaß von 4,3% der allgemeinen Beitragsgrundlage zu leisten. Von diesem Zusatzbeitrag entfielen 1,0% auf den Dienstnehmeranteil. Mit BGBl I 2004/142 wurde dieser Zusatzbeitrag aufgehoben und in den allgemeinen Beitrag übergeführt. Solange noch Altfälle zur Verrechnung mit dem IEF anstehen, etwa weil erst aktuell das Konkursverfahren aufgehoben wird, ist die Verrechnung der Dienstnehmeranteile für diesen Zusatzbeitrag gem § 51 a ASVG aF zulässig.

Der **Zusatzbeitrag in der knappschaftlichen Pensionsversicherung** (§ 51 a ASVG) sowie der **Ergänzungsbeitrag zur Finanzierung der Krankenversicherung der Lehrlinge** (§51 c ASVG) scheiden hingegen schon vorweg aus, weil diese vom **Dienstgeber** zu tragen sind. Der **Zusatzbeitrag für Angehörige** (§ 51 d ASVG) entfällt auf den Versicherten, wobei hier aber schon rein begrifflich **kein** Beitrag eines Dienstnehmers vorliegt.²⁵⁾ Eine Verrechnung des KV-Trägers mit dem IEF ist deshalb ausgeschlossen.

Freiwillig Versicherte haben unter Umständen Beiträge wie pflichtversicherte Dienstnehmer zu entrichten. Selbstversicherte in der Krankenversicherung haben etwa auch den Zusatzbeitrag gem § 51 a ASVG zu bezahlen, der Dienstnehmeranteile enthält.²⁶⁾ Es handelt sich hier aber nur um eine verrechnungstechnische Anordnung; ein eigener Anspruch eines Arbeitnehmers, der sich aus § 13 a Abs 1 IESG ableiten lässt, steht nicht dahinter. Eine Verrechnung mit dem IEF scheidet für die KV-Träger deshalb aus.

2.5 Freie Dienstnehmer

Gem § 2 Abs 2 der Stammfassung des IESG²⁷⁾ waren unter anderem arbeitnehmerähnliche Personen in das Schutzsystem des IESG einbezogen. Die IESG-Novelle 1997²⁸⁾ hat diese Anspruchsmöglichkeit beseitigt. Aus der Regie-

²⁴⁾ So auch *Liebeg*, IESG³ § 13 a Rz 1.

²⁵⁾ *Liebeg*, IESG³ § 13 a Rz 1 erwähnt zwar § 51 d ASVG gemeinsam mit § 51 b und § 51 e ASVG. Die von ihm genannte Voraussetzung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses wird jedoch standardmäßig zur Ausscheidung des § 51 d ASVG in Hinblick auf § 13 a IESG führen.

²⁶⁾ Vgl *Derntl*, ASVG-Beitragssatz für Selbstversicherte in der Krankenversicherung, ASoK 2005, 293.

²⁷⁾ BGBl 1977/324.

²⁸⁾ BGBl I 1997/107.

rungsvorlage ergibt sich die durchaus diskussionswürdige rechtspolitische Wertung, die dafür ausschlaggebend war: Da die Auftraggeber von arbeitnehmerähnlichen Personen keine Beiträge zur Finanzierung der Aufwendungen des IEF leisten, wurde diesen die Anspruchsgrundlage entzogen.²⁹⁾ Es wäre dem Gesetzgeber freilich auch offen gestanden, die Beitragspflicht der Auftraggeber zu normieren, um den Schutzbereich nicht einschränken zu müssen.

Mit **1. 1. 2008** wurden **freie Dienstnehmer** iSd § 4 Abs 4 ASVG (wieder) dem **Schutzbereich** des IESG unterstellt,³⁰⁾ indem sie gem § 2a Arbeitnehmern gleichgestellt wurden. Diese Gleichstellung erfolgte aus Vereinfachungsgründen, weil damit die Ergänzung jeder Verwendung des Begriffs „Arbeitnehmer“ im Gesetzestext um den Begriff „freier Dienstnehmer“ vermieden werden konnte.³¹⁾ Inhaltlich erfolgte damit die Umsetzung des im Regierungsprogramm für die 23. GP³²⁾ verankerten Zieles einer höheren sozialen Absicherung von atypisch Beschäftigten und Selbständigen. Als konkrete Maßnahme wurde der gleiche Sozialversicherungsschutz für freie Dienstnehmer wie für echte Dienstnehmer (ASVG) genannt und dabei „ev. IESG“ angeführt.

Gem § 20 IESG ist die ursprünglich in § 2a vorgenommene Gleichstellung der freien Dienstnehmer auf Beschlüsse über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach § 1 Abs 1 oder einen anderen Insolvenztatbestand nach § 1 Abs 1 Z 3–6 anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2007 gefasst werden. Korrespondierend dazu ist gem § 20 Abs 3 IESG der Zuschlag für freie Dienstnehmer (§ 12 Abs 1 Z 4) ab dem Beitragsjahr 2008 zu entrichten. Für die KV-Träger folgt daraus:

Für **Neufälle** mit einem Anknüpfungstatbestand (§ 1) ab 1. 1. 2008 ist die Verrechnung der Dienstnehmerbeiträge möglich. Für **Altfälle**, in denen der Anknüpfungstatbestand vor dem 1. 1. 2008 liegt, ist eine Verrechnung mit dem IEF betreffend freie Dienstnehmer aber auch dann nicht zulässig, wenn der Verrechnungstatbestand des § 13a IESG, wie etwa die Aufhebung des Konkursverfahrens, nach dem 1. 1. 2008 liegt.

Das IRÄG 2010³³⁾ normierte den Anspruch der freien Dienstnehmer in § 1 Abs 1, weshalb § 2a aufgehoben werden konnte. Die unklare Situation betreffend Ausgleichsverfahren und Geschäftsaufsicht (§ 1 Abs 1 Z 1 und 2 in der Fassung bis BGBl I 2010/29), auf die in § 20 nicht verwiesen wird, ist damit beseitigt.

²⁹⁾ ErläutRV 737 BlgNR 20. GP 8.

³⁰⁾ BGBl I 2007/104.

³¹⁾ *Oberhofer*, Neue Regeln für freie Dienstnehmer, ZAS 2008/17, 121, unter Hinweis auf die ErläutRV 298 BlgNR 23. GP 14.

³²⁾ Seite 55, im Kapitel Wirtschaft und Arbeit unter Punkt 9) Soziale Absicherung von atypisch Beschäftigten und Selbständigen.

³³⁾ BGBl I 2010/29.

2.6 Dienstgeberabgabe und mehrfach geringfügig beschäftigte Dienstnehmer

Die Verpflichtung zur Entrichtung der **Dienstgeberabgabe** entsteht, wenn der Dienstgeber mehrere geringfügig beschäftigte Dienstnehmer (§ 5 Abs 2 ASVG) einsetzt und die Summe der geringfügigen monatlichen Entgelte das Eineinhalbfache der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze überschreitet. Der Beitrag beläuft sich auf 1,4% für die Unfallversicherung und weitere 16,4% als pauschale **Abgabe**, die gem § 3 Dienstgeberabgabengesetz (DAG)³⁴⁾ der Finanzierung der Kranken- und Pensionsversicherung dienen. Der geringfügig beschäftigte Dienstnehmer selbst bleibt ausschließlich in der Unfallversicherung pflichtversichert. Dienstnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung iSd § 13 a liegen somit gar nicht vor. Die **Verrechnung** zwischen KV-Träger und IEF ist **betreffend die Dienstgeberabgabe ausgeschlossen**.

Überschreiten bei einem Dienstnehmer die Entgelte aus seinen **mehreren (geringfügigen) Beschäftigungsverhältnissen** die Geringfügigkeitsgrenze in einem Kalendermonat (§§ 471 fff ASVG), hat er einen Pauschalbetrag zu bezahlen, der auf Kranken- und Pensionsversicherung aufgeteilt wird (§ 53 a Abs 3 ASVG). Er hat dadurch **tatsächlich** Versicherungsschutz in Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung.

Die gesetzliche Regelung betreffend Arbeitslosenversicherung und Anspruch auf Insolvenz-Entgelt ist für diese mehrfach geringfügig Beschäftigten im Detail diffizil: Gem § 1 Abs 1 lit a ALVG sind Dienstnehmer arbeitslosenversichert, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt und in der Krankenversicherung pflichtversichert sind. Gem § 1 Abs 2 lit d ALVG sind jedoch Dienstnehmer von der Arbeitslosenversicherungspflicht **ausgenommen**, die nach der Höhe des Entgelts geringfügig beschäftigt sind, wobei § 1 Abs 4 ALVG auf die sinngemäße Anwendung des § 5 Abs 2 ASVG verweist. Mehrfach Geringfügige, die in Summe die Grenze überschreiten, sind nun voll- und deshalb auch krankenversichert. Da das ALVG die **Ausnahmeregelung** nicht auf mehrfach geringfügige Beschäftigung erstreckt und keinen Verweis auf § 471 f ASVG vorsieht, ist eigentlich von Arbeitslosenversicherungspflicht auszugehen.³⁵⁾

Allerdings bezieht sich der gem § 12 Abs 1 Z 4 zu entrichtende Zuschlag zur Finanzierung des IEF auf den vom **Dienstgeber** zu leistenden Anteil des Arbeitslosenversicherungsbeitrags. Beim mehrfach geringfügig Beschäftigten handelt es sich somit – anders als etwa beim mitversicherten Angehörigen – zwar um einen Dienstnehmer, weshalb **Dienstnehmerbeiträge** – und zwar Pauschalbeiträge – iSv § 13 a Abs 2 fällig werden. Es fehlt aber eine Verpflichtung des Dienstgebers zur Leistung des IESG-Zuschlags. § 1 knüpft die Anspruchsvoraussetzungen eines Arbeitnehmers auf Insolvenz-Entgelt jedoch

³⁴⁾ BGBl I 2003/28.

³⁵⁾ Vgl *Karl*, Die Sozialversicherungspflicht geringfügig Beschäftigter nach der 55. ASVG-Novelle, ASoK 1998, 357 (359, 366), unter Hinweis auf die sehr informativen Materialien, RV 886 BlgNR 20. GP 5 und AB 912 BlgNR 20. GP 2.

gar nicht an tatsächlich geleistete bzw grundsätzlich zu leistende Beitragszahlungen, sondern zunächst an ein Arbeitsverhältnis gem § 3 Abs 1 oder 2 ASVG, welches in der Regel vorliegen wird.

Der OGH hat jedoch allgemein (in Anlehnung an die Richtlinie 80/987/EWG des Rates v 20. 10. 1980) ausgesprochen, dass im Anwendungsbereich des IESG das Versicherungsprinzip gelte, wonach grundsätzlich nur derjenige Anspruch auf Leistung hat, der Beiträge bezahlt hat oder für den Beiträge geleistet wurden. Zugleich schränkt das Höchstgericht insofern ein, als der Anspruch auf Insolvenz-Entgelt im Allgemeinen nicht von der Entrichtung des IESG-Zuschlags abhängig, sondern auf die Versicherungspflicht abzustellen ist.³⁶⁾ In diesem Sinn auch *Liebeg*: Das Insolvenz-Entgelt stellt nicht die Gegenleistung für die Entrichtung des Zuschlags dar.³⁷⁾

Für unsere Rechtsfrage, die vom Gesetzgeber eher als Denksportaufgabe denn als fürsorgliche Regelung konzipiert wurde, kann daher Folgendes abgeleitet werden: Mangels gesetzlicher Anordnung zur Entrichtung des IESG-Zuschlags liegt für mehrfach geringfügig beschäftigte Vollversicherte kein Schutz durch das IESG vor. In Hinblick auf § 13a Abs 1 ist deshalb auch den **KV-Trägern die Verrechnung der Dienstnehmerbeiträge verwehrt.**

Entgegen dieser Ausführungen zeigt sich in der Praxis freilich die Tendenz, dass geringfügig und mehrfach geringfügig Beschäftigte Insolvenz-Entgelt beantragen und auch zugesprochen erhalten. Wenn nun der Anspruch des Arbeitnehmers bejaht wird, muss auch die Verrechnung mit dem IEF für die KV-Träger zulässig sein. Für die Praxis der KV-Träger ist dieses Thema freilich von untergeordneter Bedeutung: Mehrfach geringfügig Beschäftigte zahlen ihre Beiträge ohnehin, weil in der Regel nicht alle Dienstgeber zugleich insolvent werden bzw weil sie ohnehin Insolvenz-Entgelt vom IEF erhalten, das sie für die Begleichung der Beiträge verwenden.

2.7 Ordnungsbeiträge

Für Versicherte, die vom Dienstgeber nicht oder nicht rechtzeitig abgemeldet werden, sind die Beiträge bis zum schriftlichen Zeitpunkt der Abmeldung, längstens aber für die Dauer von drei Monaten nach dem Ende der Versicherung zu entrichten (§ 56 ASVG). Diese sogenannten Ordnungsbeiträge enthalten Dienstgeber- und Dienstnehmeranteile. Letztere könnten durchaus unter § 13a Abs 2 subsumiert werden, wenn etwa innerhalb von zwei Jahren vor Insolvenzeröffnung Ordnungsbeiträge vorzuschreiben waren.

Zu bedenken ist allerdings, dass der Anspruch des Arbeitnehmers gem § 13a Abs 1 die auf Ordnungsbeiträge entfallenden Dienstnehmeranteile jedenfalls **nicht** umfasst, weil ihm eine zu diesen Sozialversicherungsbeiträgen korrespondierende Lohnforderung gar nicht zustehen kann. Eine **Verrechnung von Ordnungsbeiträgen** mit dem IEF ist deshalb für die KV-Träger **nicht möglich.**

³⁶⁾ OGH 8 Obs 18/04m ARD 5658/3/2006 mwN = DRdA 2006/46, 486 (*Bachner*).

³⁷⁾ *Liebeg*, IESG³ § 1 Rz 12.