

TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/19 W151 2151744-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.11.2018

Entscheidungsdatum

19.11.2018

Norm

AIVG §1 Abs1 lit a

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

Spruch

W151 2151744-1/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Doris KOHL, MCJ als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Thomas Rauch und den fachkundigen Laienrichter Mag. Murat Izgi als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch Dr. Andreas Tinhofer, LL.M., Rechtsanwalt, Berggasse 7/5, 1090 Wien, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 10.02.2017, ZI: XXXX, wegen Feststellung der Versicherungspflicht betreffend XXXX, VSNR:

XXXX, gemäß § 4 Abs. 2 ASVG nach Durchführung einer Verhandlung zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Am 07.08.2015 gab XXXX (in der Folge Dienstnehmerin bzw. DN) bei der Wiener Gebietskrankenkasse (auch WGKK) zu ihrer Tätigkeit bei der XXXX (nunmehr XXXX, in der Folge BF) - von der sie ausgehe, dass es sich um ein Anstellungsverhältnis handle - folgendes zu Protokoll:

Sie sei vom 14.01.2013 bis 14.04.2015 ohne Unterbrechung bei der BF als gelernte Immobilienmaklerin beschäftigt gewesen. Sie habe einen Dienstvertrag erhalten, der aber nach drei Monaten, per 14.04.2013, in ein freies Dienstverhältnis übergegangen sei. Sie habe diesen Dienstvertrag unterschrieben, da sie sonst die Stelle nicht bekommen hätte. Sie habe bereits davor über eine Gewerbeberechtigung als Maklerin verfügt. Bei der Aufnahme sei

für die ersten drei Monate ein Monatslohn von € 3.500,00 brutto als Fixgehalt vereinbart worden. Provisionen seien für die ersten drei Monate nicht vorgesehen gewesen. Als Entlohnung ab dem dritten Monat seien ausschließlich Provisionszahlungen vereinbart gewesen. Diese Provisionen seien aber vorerst in einen Gemeinschaftstopf einbezahlt und in weiterer Folge gleichmäßig auf alle Mitarbeiter aufgeteilt worden. Ein Fixum habe sie nicht mehr gehabt, die Verrechnung sei in der Art erfolgt, dass sie eine Liste mit den von ihr vermittelten Objekten ins Büro geschickt habe und diese sei vom Teamleiter an die Geschäftsleitung weitergeleitet worden, wo dann die Provisionen errechnet worden seien. Sie habe dann die Honorarnoten erhalten und sei ihr die darin angegebene Summe auf ihr Konto überwiesen worden. Für die Benützung des Büros sowie der Arbeitsutensilien (Telefon, Schreibtisch, Computer und Drucker) und die Inanspruchnahme des Personals sei ihr ein Betrag von 20% ihres Bruttoeinkommens in Rechnung gestellt worden. Ihre Arbeitszeiten seien unterschiedlich gewesen, meistens jedoch von Montag bis Freitag von 09:00 bis 17:00 und am Samstag von 09:00 bis 15:00, manchmal - bei Bedarf nach Kundenwunsch - auch am Sonntag. Arbeitsaufzeichnungen habe sie keine, da sie nicht nach geleisteten Arbeitsstunden bezahlt worden sei, sondern nach der Anzahl der vermittelten Objekte. Im Krankheitsfall hätte sie laut Dienstvertrag sofort eine entsprechende Bestätigung an das Unternehmen übermitteln müssen. Den Urlaub habe sie rechtzeitig bei der Geschäftsleitung beantragen und bewilligen lassen müssen. Vertreten lassen hätte sie sich nicht können, da die Makler auch die Schlüssel der zu vermietenden Objekte gehabt hätten und diese an betriebsfremde Personen nicht weitergegeben werden durften. Die zu vermittelten Objekte seien auf Listen angegeben. Diese seien wöchentlich vom Sekretariat der BF aktualisiert und an die Mitarbeiter weitergegeben worden. Ihre Tätigkeit habe darin bestanden die Objekte anzusehen und den Kunden zugänglich zu machen. Die Objekte seien vom Sekretariat der BF inseriert worden. Die Einteilung, wer für welche Objekte zuständig sei, sei ausschließlich über die Geschäftsleitung erfolgt. Die Höhe der monatlichen Miete für die Objekte seien ihr ebenfalls von der Geschäftsleitung vorgeschrieben worden. Sie habe nur in wenigen Fällen selbst einen Vorschlag machen können, dieser habe aber durch die Geschäftsleitung genehmigt werden müssen. Weitere Arbeitsanweisungen habe sie vom Teamleiter aber auch per E-Mail von XXXX, von XXXX und später von XXXX erhalten. Des Weiteren sei sie über bestimmte Änderungen und Neuerungen der Arbeitsabläufe in den wöchentlich stattfindenden Besprechungen vom Teamleiter oder der Geschäftsleitung informiert worden. Bei diesen Besprechungen, die meisten jeden Mittwoch oder Donnerstag in der Früh stattgefunden haben, habe Anwesenheitspflicht geherrscht. Sie sei weisungsgebunden gewesen und habe für keinen anderen Auftraggeber Arbeiten verrichtet. Sie sei nicht auf ihr persönliches und wirtschaftliches Risiko tätig gewesen. Sie habe nur ihr Privathandy kostenlos zur Verfügung gestellt. Mit 14.04.2015 sei die DN schriftlich gekündigt worden. Auf Grund ihrer nachträglichen Kontrolle habe sie festgestellt, dass sie vom 14.01.2013 bis 13.04.2013 als Angestellte und vom 01.05.2013 bis 14.04.2015 als freie Dienstnehmerin zur Sozialversicherung gemeldet gewesen sei.

2. Mit Schreiben vom 25.02.2016 teilte XXXX, Geschäftsführerin der BF, der WGKK mit, dass es richtig sei, dass die DN vom 14.01.2013 bis 14.04.2013 bei der BF für drei Monate angestellt gewesen sei. Nur während dieser drei Monate sei eine fixe Vergütung vereinbart worden und sei dieser Zeitraum einvernehmlich befristet gewesen. Die DN sei bereits selbstständige Maklerin mit eigenem Gewerbeschein gewesen, bevor die Zusammenarbeit begonnen wurde und sei sie weiterhin selbstständige Maklerin nach Beendigung der Tätigkeit bei der BF. Im Vertrag sei vereinbart worden, dass die DN als freie Dienstnehmerin für die BF als Maklerin tätig sein werde. Das freie Dienstverhältnis habe am 14.04.2013 begonnen und sei per 14.04.2015 beendet worden. Die Arbeitszeiten habe die DN entsprechend dem Vertrag und faktisch selbst einteilen können. Insbesondere habe sie die Termine mit den potentiellen Mietern selbst vereinbaren können. Die Teilnahme an einem einzigen Meeting pro Woche sei seitens der BF gewünscht gewesen um die erforderlichen Informationen wie Mietzinshöhe und Zugriffsmöglichkeiten hinsichtlich der zu vermietenden Objekte zu besprechen. Eine Nichtteilnahme habe aber keine Sanktionen zur Folge gehabt und habe eine Anwesenheitspflicht nicht bestanden. Die DN habe sich ihre Arbeitszeit - den Umfang ihrer Arbeitsstunden als auch ihre Arbeitstage - selbst festlegen können, was sie auch gemacht habe. Für die BF seien zeitliche Aspekte nicht von Bedeutung gewesen, weil nur der Vermittlungserfolg gezählt habe. Von der BF habe es keine Weisungen diesbezüglich gegeben. Zudem sei nicht nachprüfbar, ob die Angabe der gearbeiteten Stunden tatsächlich nur die Tätigkeit für die BF betroffen hätten oder auch die Tätigkeit der DN für ihr eigenes Unternehmen. Der DN sei es offen gestanden, Auftragsangebote anzunehmen oder abzulehnen. Durch diesen Auftragsannahmeprozess habe die DN den Ort ihrer Tätigkeit - aufgrund der Lage des jeweiligen Objekts - wesentlich beeinflussen können. Es sei unrichtig, dass ausschließlich eine Einteilung der Objekte durch die Geschäftsführung stattgefunden habe. Zudem sei es der DN freigestellt gewesen, auch Eigengeschäfte zu bringen. Eine Anwesenheitsliste oder Urlaubsliste sei nicht geführt worden. Unrichtig sei, dass die

DN eine Bestätigung über Krankenstände bringen musste und auch, dass Urlaub zu bewilligen gewesen sei. Dies widerspreche dem freien Dienstvertrag. Die Abrechnung sei durch Ausstellung von Honorarnoten erfolgt und habe die DN 30% der gesamteingenommenen Provisionen - abzüglich eines 20%igen Pauschalbetrages für den Arbeitsplatz in den Büroräumlichkeiten der BF - erhalten. Die DN sei auch selbständig tätig gewesen und habe eine eigene Website betrieben und über eine eigene Büroinfrastruktur und eine Mitarbeiterin verfügt. Insgesamt habe durch die BF weder ein Kontrollwesen noch Weisungen bestanden. Ob sich die DN bei ihrer Tätigkeit tatsächlich durch Dritte vertreten ließ sei der BF jedoch nicht hinreichend bekannt.

3. Aufgrund der von der WGKK durchgeführten Erhebungen erfolgte die amtswegige An- bzw. Abmeldung im Zeitraum vom 14.04.2013 bis 14.04.2015.

4. Mit Schreiben vom 26.08.2016 stellte die BF einen Bescheidantrag gem. § 410 Abs. 1 Z 7 ASVG.

5. Mit Schreiben der WGKK vom 19.12.2016 wurde der DN die Stellungnahme der BF vom 25.02.2016 übermittelt und ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Die DN äußerte sich dazu nicht.

6. Mit dem hier gegenständlich bekämpften Bescheid vom 10.02.2017 stellte die WGKK fest, dass die DN aufgrund ihrer Beschäftigung bei der BF in der Zeit vom 14.04.2013 bis 14.04.2015 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und die Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege.

Nach Wiedergabe des Sachverhalts wurde begründend ausgeführt, dass die DN Krankenstände melden sowie Bestätigungen übermitteln und Urlaubstage genehmigen lassen habe müssen. Sie sei verpflichtet gewesen an der wöchentlich stattfindenden Besprechung teilzunehmen, wo sie über Änderungen und Neuerungen informiert wurde und Arbeitsanweisungen erhielt. Die Einteilung der Objekte sei ausschließlich durch die Geschäftsführung der BF erfolgt und sei die DN an die Vorgaben über die Miethöhe aber auch von Bonitätsprüfungen gebunden gewesen. Ein Vertretungsrecht sei nicht vereinbart worden und sei ein solches auch nicht gelebt und von der BF gewünscht worden. Für die DN habe persönliche Arbeitspflicht bestanden. Die DN habe Provisionszahlungen erhalten, deren Höhe abhängig vom monatlichen Nettoumsatz und den vermittelten Objekten gewesen sei. Die notwendigen Betriebsmittel (Schreibtisch, Drucker, PC, Telefon sowie Büroräumlichkeiten und Nutzung des Back Office) wurden der DN unter einer 20%igen Kostenbeteiligung zur Verfügung gestellt. Die DN habe von der BF laufend Dienstanweisungen erhalten, zB. hinsichtlich der telefonischen Erreichbarkeit und Vorgaben betreffend die Beibringung von Vertragsunterlagen. Die DN habe über keine eigene markttaugliche unternehmerische Struktur verfügt und sei nicht für andere Auftraggeber tätig gewesen.

7. Mit Schreiben vom 20.03.2017 erhob die anwaltlich vertretene BF fristgerecht Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit infolge von Verfahrensmängeln sowie inhaltlicher Rechtswidrigkeit und stellte die Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Feststellung, dass die DN der Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG unterlag, in eventuelle Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Feststellung, dass die DN als freie Dienstnehmerin der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG unterlag, in eventuelle Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Zurückverweisung an die belangte Behörde zur neuerlichen Entscheidung. Zur Sache wurde ausgeführt, dass es zu mangelhaften Sachverhaltsfeststellungen gekommen sei, da die Stellungnahme der BF vom 25.02.2016 nicht ausreichend berücksichtigt wurde. So hätten keine regelmäßigen Arbeitszeiten oder eine "kontinuierliche Leistungsbereitschaft" der DN bestanden, es keine Pflicht zur Meldung von Krankenstand und Urlauben gegeben. Ebenso sei unrichtig, dass die DN im Rahmen der einmal wöchentlich stattfindenden Besprechung persönliche Weisungen erhalten habe. Ebenso sei im freien Dienstvertrag weder eine persönliche Arbeitspflicht noch ein Vertretungsverbot vereinbart gewesen. Da die DN über eine Gewerbeberechtigung als Maklerin verfügte und zudem eine eigene Website sowie eine eigene Mitarbeiterin besaß, sei von der BF davon auszugehen gewesen, dass sich die DN auch dieser zur Erledigung ihrer Vermittlungstätigkeit bediente. Aus der vertraglichen Geheimhaltungspflicht könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Die DN hätte sich sowohl durch ihre Mitarbeiterin als auch durch sonstige Dritte vertreten lassen können. Ebenso habe es keine Weisungs- und Kontrollrechte der BF gegeben. Es habe sachliche aber keine persönlichen Weisungen gegeben. Auch besaß die DN eine eigene unternehmerische Struktur (Privat Handy, Homepage, Mitarbeiterin) und sei die DN nicht in die

Unternehmensstruktur der BF eingegliedert gewesen. Insgesamt liege kein versicherungspflichtiges echtes Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG vor. Die DN sei als selbständige Immobilienmaklerin zu qualifizieren, die aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG pflichtversichert war.

8. Die gegenständliche Beschwerde und der bezugshabende Verwaltungsakt wurden dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) am 30.03.2017 vorgelegt.

9. Vor dem BVwG wurde durch die erkennende Richterin in der gegenständlichen Rechtssache am 08.06.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung unter Beisein des Rechtsvertreters der BF durchgeführt, in der die DN zur Ausgestaltung ihres Arbeitsverhältnisses befragt wurde. Ebenso kam es zur zeugenschaftlichen Einvernahme von XXXX, die ab 27.01.2015 als Geschäftsführerin bei der BF beschäftigt war.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die DN war in der Zeit vom 14.01.2013 bis 14.04.2015 für die BF als unselbständige Immobilienmaklerin tätig und verfügte in diesem Zeitraum auch über eine aufrechte Gewerbeberechtigung als Immobilientreuhänderin. Die DN hatte zwar eine eigene Homepage, die sie in Hinblick auf mögliche Geschäftsanbahnungen erstellt hatte, betrieb aber im spruchgegenständlichen Zeitraum das beworbene Maklerbüro nicht, hatte keine eigene betriebliche Struktur, beschäftigte keine eigenen Mitarbeiter, sondern war nur für die BF tätig. Trotz Vorliegens von zwei unterschiedlichen Verträgen (Dienstvertrag vom 14.01.2013 bzw. 23.01.2013 und freier Dienstvertrag vom 12.04.2013) liegt im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (14.04.2013 bis 14.04.2015) eine inhaltsgleiche Tätigkeit der DN wie im Zeitraum davor vor, wo sie als Dienstnehmerin bei der WGKK gemeldet war.

Die DN arbeitete im beschwerdegegenständlichen Zeitraum von Montag bis Freitag meist von 09:00 bis 17:00 und in einem Zweiwochenrhythmus auch fallweise an Samstagen in der Zeit von 09:00 bis 15:00. Auf Kundenwunsch kam es auch an Sonntagen zu Objektbesichtigungen. Ihre Vormittage unter der Woche verbrachte die DN immer in den Büroräumlichkeiten der BF. Am Nachmittag nahm sie die Besichtigungstermine vor. Wenn die Termine schon vor 17:00 beendet waren, kehrte die DN wieder ins Büro zurück. Es waren sowohl die Bürozeiten als auch die Termine außer Haus täglich verpflichtend aufzuzeichnen. Zudem hatte sie vorab alle Termine im allgemein zugänglichen "Just"-Immobilienkalender der BF einzutragen und war dazu im Nachhinein ein Bericht über die Geschehnisse und die weitere Vorgehensweise verpflichtend anzufertigen, dies auch nach Ende der Kernarbeitszeit. Zudem hatte die DN einmal im Monat einen Bericht über ihre erfolgreich abgeschlossene Vermittlungstätigkeit an einen ihr übergeordneten Mitarbeiter der BF vorzulegen. Es wurde telefonisch nachgefragt, wo sich die DN aufhält, wenn sie nicht im Büro anwesend und vorab kein Termin eingetragen war. Die DN hatte an der einmal wöchentlich stattfindenden Besprechung teilzunehmen.

Um im "Just"-Immobilien-Programm zu arbeiten sind Zugangsdaten und ein Passwort erforderlich, die der DN von der BF zur Verfügung gestellt wurden. Auf dieses Programm konnte die DN nur von ihrem Arbeitsplatz aus in den Büroräumlichkeiten der BF, wo sie einen Schreibtisch, PC, Drucker und Telefon von der BF zur Verfügung gestellt bekam, zugreifen. Auf ihrem Privatcomputer befand sich kein Zugang zu diesen (Kunden)Daten. Zugang zu ihrem Outlook Kalender - somit zu ihren Terminen - und zu ihren Emails hatte die DN auch über ihr Privathandy, das sie auch beruflich nutzte. Für die Nutzung der notwendigen Betriebsmittel, der Büroräumlichkeiten und des Back-Office hatte die DN eine Kostenbeteiligung in Höhe von 20% ihrer monatlichen Bruttoprovision zu leisten. Die DN hatte eine eigene Zugangskarte und somit Zugang zu den Büroräumlichkeiten. Die DN verwendete ihr eigenes Privathandy und ihr eigenes Kfz für dienstliche Zwecke, verfügte jedoch sonst nicht über eigene Betriebsmittel.

Die Aufgabe der DN war die Anfragen von Kunden zu bearbeiten und mit diesen einen Termin zu vereinbaren, um die Objektbesichtigungen durchzuführen. Die Objekte waren der DN durch die BF vorgegeben und zudem mit genauen Anweisungen (Höhe der Miete, Vorgaben betreffend Bonitätsprüfung) der BF versehen. Die Kundenkontakte wurden durch die BF hergestellt und dann der DN zwecks Durchführung der Objektbesichtigung weitergegeben, wobei die Besichtigungen von der DN meist selbst vereinbart wurden. Eine eigene Geschäftsanbahnung als selbständige Maklerin war hingegen nicht gewünscht und erfolgte auch nicht.

Die DN trat nie im eigenen Namen auf. Sie verwendete Visitenkarten der BF, hatte ihre Email-Signatur nach den Vorgaben der BF zu führen und Exposés nach den Vorstellungen der BF auszuarbeiten, wo diese als Vertragspartner

aufschien. Es gab Vorgaben der BF betreffend die Erreichbarkeit für Kunden. So hatte sie ihre Mobilbox eingeschaltet zu lassen und im Fall von Urlauben Abwesenheitsnotizen einzurichten. Die BF hatte keine Mitwirkung hinsichtlich der Vertragsgestaltung zwischen den Kunden und der BF. Bei Fragen hinsichtlich der Höhe des Mietzinses oder der Provisionshöhe leitete sie diese zur Entscheidung an die BF weiter. Die DN hatte keinen Entscheidungsspielraum und musste sich an die Vorgaben und Weisungen der BF halten.

In Bezug auf die Arbeit außerhalb der Büroräumlichkeiten (Objektbesichtigung) von einer "stillen Autorität" der BF auszugehen.

Es war kein Vertretungsrecht vereinbart und von der BF auch nicht gewünscht und faktisch auch nicht möglich, da lediglich die DN die jeweiligen Objektschlüssel innehatte und eine Weitergabe an Dritte unerlaubt war. Die DN war zur Geheimhaltung verpflichtet. Urlaube und Krankenstände musste die DN melden, Urlaube mussten zudem genehmigt werden. Aus § 5 und 6 des "freien Dienstvertrag", wonach die DN ohne vorherige Verständigung der BF keine Vermittlungstätigkeiten für Dritte durchführen konnte - leitet sich ein mittelbares Konkurrenzverbot ab und spricht für eine persönliche Abhängigkeit der DN.

Ein monatliches Fixum gab es nicht, die DN erhielt Provisionszahlungen für die jeweils vermittelten Objekte. Es gab keine Entgeltfortzahlungen, Spesenersatz oder Überstunden.

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum war die DN ausschließlich für die BF tätig, obwohl sie über einen Gewerbeschein verfügte.

Die Zeugin XXXX konnte keine Angaben zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses der DN betreffend des vor dem Beschwerdezeitraumes liegenden Zeitraumes machen.

2. Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie den Ergebnissen des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Weiters stütze sich das BVwG auf folgende Beweismittel:

- * Firmenbuchauszug der BF vom 07.09.2016,
- * Dienstvertrag vom 14./23.01.2013,
- * freier Dienstvertrag vom 12.04.2013,
- * monatliche Rechnungen der BF an die DN über die Kostenbeteiligung für Büroräume und Back Office, Inserate für den Zeitraum 01/14 - 03/15,
- * Honorarzusammenstellungen für den Zeitraum 03/14 - 04/15,
- * Verdienstnachweise für den Zeitraum 03/14 - 04/15,
- * Gewerbereport vom 27.01.2017,
- * Schreiben der DN an die BF vom 25.03.2016,
- * Urlaubsmeldung für die Urlaubstage vom 24.01 - 31.01.2013, Urlaubsmeldung für die Urlaubstage vom 28.01.2014 bis 07.02.2014,
- * Emails der BF vom 24.06.2014,
- * CRIF-Auskunft vom 24.03.2015,
- * Screenshots der Website der DN sowie
- * durch die in der Verhandlung vorgelegten Unterlagen der DN: Auszug aus dem Gewerberegister, Email BF vom 08.10.2013 als Beispiel für eine Kundenbesichtigung, Email vom 12.02.2015 betreffend Anpassung der Signatur der Mitarbeiter, Email vom 12.02.2015 betreffend Teammeeting, Urlaubsantrag sowie Email vom 27.10.2014 zur Thematik der Arbeitszeiterfassung und Urlaubsmeldung.

Unstrittig ist, dass die DN für die BF als Immobilienmaklerin tätig und im Besitz einer Gewerbeberechtigung (Immobilientreuhänder) war. Unstrittig blieben ebenso der beschwerdegegenständliche Zeitraum (14.04.2013 bis 14.04.2015), das entgeltliche Zurverfügungstellen der Betriebsmittel (Arbeitsplatz und Telefon in den

Büroräumlichkeiten der BF, Nutzung des Back -Office, Zugang zum Just- Immobilien- Programm) sowie das Arbeiten im Büro der BF und nicht am Wohnort der DN, aber auch das Vorliegen von erfolgsabhängigen Provisionszahlungen und die Vermittlung der Kundenkontakte über die BF.

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit der DN für die BF ergeben sich aus den von der DN in der mit der WGKK am 07.08.2015 aufgenommenen Niederschrift getätigten Ausführungen sowie aus ihren gleichlautenden Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG vom 08.06.2018. Die Aussagen der DN waren schlüssig, gleichlautend und somit glaubwürdig.

Bezüglich des Vertretungsrechts wird den nachvollziehbaren und gleichlautenden Angaben der DN gefolgt. So gab diese an, dass sie sich nicht vertreten lassen habe können und eine solche Vertretung auch nicht in Anspruch genommen habe. Dies ist auch in Einklang mit der übereinstimmenden Bestimmung des sogenannten freien Dienstvertrages (Geheimhaltungspflicht) zu bringen. Es erscheint dem erkennenden Gericht als nicht glaubhaft, dass die DN einen Dritten mit den Besichtigungen und damit zusammenhängend, den Kundendaten sowie den nötigen Zugangsvorrichtungen, betrauen hätte können. Die Vertretung durch einen Mitarbeiter der BF aus dem von der BF angegebenen Makler Pool stellt hingegen kein allgemeines Vertretungsrecht dar. Von einer generellen, im Belieben der DN gelegenen, Vertretungsbefugnis kann daher keine Rede sein. Auch konnte die Zeugin auf Befragung keine konkreten Angaben zu einer etwaigen Vertretung der DN machen. Weiters führte die DN glaubhaft aus, dass nur sie über die Objektschlüssel verfügen durfte und eine Weitergabe an Dritte von Seiten der BF als unzulässig erachtet wurde.

Aus den vorgelegten Urlaubsmeldungen und der glaubwürdigen Aussage der DN ergibt sich, dass die DN Urlaub nicht beliebig in Anspruch nehmen konnte, sondern dieser einer Genehmigung durch die BF unterlag. Auch im Krankheitsfall hatte dies die DN zu melden und eine ärztliche Bestätigung darüber in Vorlage zu bringen, was sie glaubwürdig in der mündlichen Verhandlung und gleichlautend wie vor der WGKK vorbrachte und auch durch die Vorlage der Urlaubsmeldungen bestätigt wurde.

Die DN gab glaubhaft und wie vor der WGKK gleichlautend an, wie ihre Arbeitszeiteinteilung tatsächlich gelebt wurde: Dem glaubhaften Vorbringen nach hatte sie von Montag bis Freitag eine tägliche Kernarbeitszeit von 09:00 bis 17:00, samstags von 09:00 bis 15:00, Bürozeiten und musste ihre Arbeitszeit in einen Kalender eintragen. Daraus ergibt sich für das erkennende Gericht, dass es eine Bindung der DN an Arbeitszeiten sowie an den Arbeitsort (Büroräumlichkeiten der BF bzw. Objektstandorte während den Besichtigungen) mit einer faktischen Dienstpflicht vorlag.

Die Zeugenaussage der einvernommenen Geschäftsführerin der BF wird wie folgt gewürdigt: Aus dem Firmenbuchauszug der BF folgt, dass die Zeugin seit 27.01.2015 als Geschäftsführerin der BF bestellt ist. Angaben zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses der DN betreffend des davor liegenden Beschwerdezeitraumes konnte die Zeugin nach eigenem Vorbringen daher nicht tätigen. Ihre Angaben zum restlichen Beschwerdezeitraum (28.01.2015 bis 14.04.2015) blieben aber genauso vage und unkonkret und entstand beim erkennenden Gericht der Eindruck, dass die Zeugin kaum Kenntnis von den tagesaktuellen und operativen Abläufen und den Vorgaben an die Mitarbeiter hat. So konnte sie keine konkreten Angaben zum Tagesablauf der DN machen, etwaige Vorgaben in Bezug auf Arbeitszeiten waren ihr auch nicht rememberlich. Bestätigt wurde von der Zeugin hingegen das Vorbringen der DN, dass es eine Eintragungspflicht der Termine in einem für alle zugänglichen Kalender gab.

Die Anwesenheitspflicht der DN an der einmal wöchentlich stattfindenden Besprechung ergibt sich schon aus dem vorgelegten freien Dienstvertrag und den korrespondierenden Angaben der DN. Den Angaben der Zeugin, dass es sich bei dieser Besprechung um ein optionales Meeting handelte, konnte somit nicht gefolgt werden.

Das Bestehen einer Berichtspflicht über die jeweiligen Projekte wurde sowohl von der DN als auch der BF in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend bestätigt. Auch aus den vorgelegten Schriftstücken betreffend Vorgabe der zu verwendenden Signatur bzw. Erreichbarkeit der Dienstnehmer ergeben sich die vorliegenden Weisungs- und Kontrollrechte der BF gegenüber der DN. Ebenso ergibt sich aus den vorliegenden Beweismitteln, dass die DN über keinerlei Entscheidungsspielraum bei ihrer Maklertätigkeit verfügte. Gleichlautend gaben die DN und die Zeugin ebenso an, dass die Signatur, in der der Makler als Mitarbeiter der BF ausgewiesen wurde, eine Vorgabe der BF war.

Nicht gefolgt werden konnte dem Vorbringen der BF, wonach die DN aufgrund ihres eigenen Marktauftritts (Homepage) und der eigenen Büroinfrastruktur als Unternehmerin anzusehen ist. Zwar verfügte die DN über einen

eigenen Internetauftritt als Maklerin, aber - wie festgestellt- betrieb sie ihr Maklerbüro nicht und hatte auch keine eigenen Mitarbeiter. Vor allem der unbestrittene Umstand, dass die DN für die Nutzung der Büroräumlichkeiten der BF eine Kostenbeteiligung leisten musste, spricht gegen ihren eigenen Betrieb, wo sie gegebenenfalls über eigene Räumlichkeiten verfügen und diese nutzen hätte können, was ein prozentuelles Nutzungsentgelt an die BF überflüssig gemacht hätte.

Insgesamt konnten die Aussagen der Zeugin nicht überzeugen, da ihr viele Vorgänge nicht Erinnerlich waren bzw. nur vage und allgemein geschildert werden konnten, ohne dabei direkt auf die individuelle Situation der DN einzugehen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs. 51 Z 6 B-VG) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet.

§ 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat.

Da ein Antrag auf Senatsentscheidung gestellt wurde, liegt gegenständlich somit Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Die zentrale Regelung zur Frage der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bildet § 28 VwGVG. Die vorliegend relevanten Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung lauten wie folgt:

"§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist."

Gegenständlich steht der maßgebliche Sachverhalt im Sinne von § 28 Abs. 2 Z 1 VwGVG fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat folglich in der Sache selbst zu entscheiden.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG in der anzuwendenden Fassung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 ASVG von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 ASVG nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und

wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

§ 539a ASVG normiert die Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung wie folgt:

Abs. 1: Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Abs. 2: Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

Abs. 3: Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

Abs. 4: Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

Abs. 5: Die Grundsätze, nach denen 1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise, 2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie 3. die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

Gemäß § 1 AIVG sind Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, (...) für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben.

Zu A) Abweisung der Beschwerde:

1. Rechtliche Würdigung:

Die BF brachte vor, die DN sei als Immobilienmaklerin in der Zeit von 14.04.2013 bis 14.04.2015 als freie Dienstnehmerin tätig gewesen.

1.1. Zur Abgrenzung Dienstvertrag - freier Dienstvertrag

Bei einem freien Dienstvertrag geht es um die Verpflichtung, eine Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen ohne persönliche Abhängigkeit des Leistungserbringers vom Arbeitsempfänger zu erbringen, die vom AufG konkretisiert werden und die - im Gegensatz zur Leistungserbringung im Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG - vorgenommen werden. Der freie Dienstnehmer muss sich zur kontinuierlichen Arbeitsleistung für bestimmte oder unbestimmte Zeit verpflichten. Die Verpflichtung besteht also darin, ihrer Art nach bestimmte Arbeiten, die von Seiten des Bestellers konkretisiert werden, wiederholt durch einige Zeit hindurch auszuführen (VwGH 2007/08/0107).

1.2. Zum Vorliegen eines Dienstverhältnisses

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind (im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes) als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer - im Regelfall freilich auch vorliegender - Umstände (wie z. B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. das Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2005/08/0176, mwN).

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 an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien (insbesondere das Vorliegen sachlicher Weisungen) von maßgeblicher Bedeutung sein.

Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Tätigkeit kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (Hinweis: E 20. Dezember 2006, 2004/08/0221).

1.2.1. Persönliche Arbeitspflicht:

Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses gemäß § 4 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 ASVG oder § 4 Absatz 4 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt die persönliche Arbeitspflicht, dann liegt kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach dem ASVG vor (vergleiche Müller, DRdA 2010, 367 ff.).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233, GRS wie 2013/08/0093 E 25. Juni 2013 RS 1).

Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, zB. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubes oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen. Die persönliche Abhängigkeit wird nur dann ausgeschlossen sein, wenn der betreffenden Person im Vorhinein eine uneingeschränkte Befugnis eingeräumt wurde, sich nach Belieben (und nicht nur bei Krankheit oder Verhinderung) bei der Arbeitsleistung vertreten zu lassen.

Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies:

Aus dem gelebten Beschäftigungsverhältnis ist ersichtlich, dass keine Vertretungsmöglichkeit vereinbart war. Faktisch wurde ein solcher Vertretungsrecht nicht gelebt und war auch von der BF nicht erwünscht. Die DN gab in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht an, dass sie sich nicht vertreten ließ und es ihr auch nicht erlaubt

gewesen wäre, Besichtigungen durch eine betriebsfremde Person durchführen zu lassen. Zudem wurde eine Geheimhaltungspflicht über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus vereinbart. Die DN hatte ihre Krankenstände zu melden und ihre Urlaube bekannt zu geben.

Für das Bundesverwaltungsgericht bedeutet dies daher, dass kein generelles Vertretungsrecht vereinbart wurde, somit von der persönlichen Ausführung der Arbeiten durch die DN auszugehen war.

1.2.2. Persönliche Abhängigkeit:

Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Tätigkeit kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (VwGH 2011/08/0322 vom 11.12.2013).

Bei Tätigkeiten abseits fester Betriebsstätten kann eine Bindung an eine vom Dienstgeber vorgegebene Arbeitszeit auch in anderer Weise als durch die Vorgabe einer starren Arbeitszeit zum Ausdruck kommen, etwa durch die Verpflichtung, sich zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten einzufinden. (VwGH 2001/08/0053, 29.06.2005)

Auch die Bereitstellung der Infrastruktur und die Bereitstellung der wesentlichen Betriebsmittel (wie Schreibtisch, Telefon, Computer) sowie die Kontrollmöglichkeit durch die Zeiterfassung (Arbeitszeiterfassungsvorlagen), sprechen für das Bestehen einer organisatorischen Eingliederung in den Betrieb der Beschwerdeführerin (vgl. VwGH vom 22.03.2010, Zl. 2009/15/0200) und sohin für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit der DN von der BF, auch wenn die DN eine Kostenbeteiligung in Höhe von 20% ihrer monatlichen Bruttoprovision leisten musste.

Eine flexible Gestaltung der Arbeitszeiten schließt unter dem Gesichtspunkt des Überwiegens der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit nicht aus (VwGH 10.06.2009, 2006/08/0177, mwN).

Die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes steht einer Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG grundsätzlich nicht entgegen (VwGH 25.04.2007, 2005/08/0084). Die DN erhielt in der Zeit von 14.01.2013 bis 13.04.2013 ein fixes monatliches Entgelt, im beschwerdegegenständlichen Zeitraum vom 14.04.2013 bis 14.04.2015 jedoch nur Provisionszahlungen, deren Höhe vom monatlichen Nettoumsatz der DN abhängig waren. Die BF übermittelte der DN monatliche Honorarzusammenstellungen, die DN stellte hingegen keine Honorarnoten.

Sozialleistungen, wie die Gewährung von Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Absicherung bei Verletzungen, könnten zwar Kennzeichen eines allgemein üblichen Dienstverhältnisses sein, ihr Fehlen bedeute aber nicht, dass die DN der Beschwerdeführerin ihre Arbeitskraft nicht persönlich (iSd § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG) schuldet.

Im vorliegenden Fall ist die ständige Rechtsprechung des VwGH (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053 und vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0084) zu beachten, wonach die für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische Unterordnung, die durch Weisungen, Überwachungen, Regelung der Arbeitszeit und Arbeitsfolge und die Bestimmung des Arbeitsverfahrens seitens des Dienstgebers zum Ausdruck kommt, bei der Tätigkeit von Vertretern - um eine solche vergleichbare Tätigkeit handelt es sich letztlich auch gegenständlich - nicht so sinnfällig zu Tage tritt, sodass bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, anderen Merkmalen eine ganz besondere Bedeutung zugemessen werden muss. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die Weisungsgebundenheit (in einer bestimmten Art), das Konkurrenzverbot, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Berichterstattungspflicht sowie die mangelnde Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel als für die Beurteilung der Versicherungspflicht von Vertretern maßgebliche Merkmale zu bezeichnen. Diese Grundsätze gebieten aber im Einzelfall die Auseinandersetzung mit der Frage, ob tatsächlich diese Kriterien vorliegen, wobei dann bei einem

Zusammentreffen von Merkmalen der Abhängigkeit mit solchen, die auf eine Unabhängigkeit hinweisen, das Überwiegen der einen oder der anderen Merkmale entscheidend ist und es insgesamt auf das Gesamtbild der Tätigkeit ankommt.

* Einbindung der DN an Ordnungsvorschriften über Arbeitsort und Arbeitszeit:

Die DN arbeitete ausschließlich im Betrieb der BF und nicht von zuhause aus. Dazu wurde der DN ein eigener Arbeitsplatz, ein Computer und ein Telefon von der BF zur Verfügung gestellt. Die DN stellte ihr eigenes Privathandy zur Verfügung. Die DN hatte eine eigene Zugangskarte um das Büro zu betreten. Die bei Verwendung des "Just"-Immo- Programms erforderlichen Zugangsdaten und Passwörter wurden der DN durch die BF zur Verfügung gestellt. Vorgaben gab es bezüglich der Erreichbarkeit für die Kunden. So hatte sie ihre Mobilbox eingeschaltet zu lassen und im Fall von Urlauben Abwesenheitsnotizen einzurichten. Die DN hatte die Signatur der BF zu führen und trat bei allen Objektbesichtigungen im Namen der BF auf. Sie hatte auch eigene Visitenkarten von der BF zur Verfügung gestellt bekommen. Einmal wöchentlich hatte die DN verpflichtend - wie auch aus dem schriftlichen Vertrag ersichtlich - an einer Besprechung teilzunehmen. Sie war vollkommen in die Organisationsstruktur der BF eingebunden.

Da der Beruf des Immobilienmaklers eine relativ weitgehende Zeitsouveränität zwingend mit sich bringt (Objektbesichtigungen) ist ferner auch eine vorweg fixierte Arbeitszeit unüblich. Diesem Unterscheidungskriterium kommt daher im vorliegenden Fall nur eine geringere Aussagekraft zu.

Dennoch ergibt sich aus den Aussagen der DN deren strikte zeitliche Betriebseinbindung (Kernarbeitszeit von ca. 9:00 bis ca. 17:00, Anwesenheit vormittags bis ca. 12:00 im Büro der BF, nachmittags Kundentermine zur Objektbesichtigung). In ca. zweiwöchigen Abständen wurde die DN auch an Samstagen (meistens in der Zeit von 09:00 bis 15:00) für die BF tätig. Die DN hatte Termine außerhalb des Büros im Kalender der BF einzutragen. Ebenso gab sie in diesen Kalender ihre Bürozeiten ein. Eine Stundenliste musste die BF nur während ihres ersten dreimonatigen Anstellungsverhältnisses führen.

Die DN hatte alle Termine einzutragen. Ebenso wurde telefonisch nachgefragt, wo sich die DN aufhält, wenn sie nicht im Büro anwesend und vorab kein Termin eingetragen war. Urlaube und Krankenstände waren bekannt zu geben. Urlaube mussten genehmigt werden. Die DN konnte somit nicht frei über ihre Arbeitszeit verfügen, sondern war an die Vorgaben der BF gebunden.

Im Ergebnis war die DN an unzählige Ordnungsvorschriften über Arbeitsort und Arbeitszeit gebunden und gänzlich in die betriebliche Struktur der BF eingegliedert. Die DN hatte sich folglich bei ihrer Arbeitserbringung an den Bedürfnissen der DN zu orientieren, was für ein dienstliches Abhängigkeitsverhältnis spricht.

* Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit:

Ein Kriterium für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit des Dienstnehmers dar (beispielsweise VwGH 12.09.2012, 2009/08/0141).

Nach der Rechtsprechung kommt die Erteilung von Weisungen betreffend die eigentliche Arbeitsleistung im Wesentlichen in zwei (voneinander nicht immer scharf zu trennenden) Spielarten in Betracht, nämlich in Bezug auf das Arbeitsverfahren einerseits und das arbeitsbezogene Verhalten andererseits (VwGH 25.04.2007, Zl. 2005/08/0137). Die Weisungen über das arbeitsbezogene Verhalten betreffen in erster Linie die Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsfolge und die damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Maßnahmen.

Die Aufgabe der DN war die Anfragen von Kunden zu bearbeiten und mit diesen einen Termin zu vereinbaren, um die Objektbesichtigungen durchzuführen. Die Objekte waren der DN durch die BF vorgegeben und zudem mit genauen Anweisungen (Höhe der Miete, Vorgaben betreffend Bonitätsprüfung) der BF versehen. Die Besichtigungen wurden von der DN meist selbst vereinbart. Kundenkontakt hatte die DN ausschließlich über die BF. Eine eigene Geschäftsanbahnung als selbständige Maklerin war hingegen nicht gewünscht.

Die DN hatte alle Termine in einem Kalender, der auch für die Geschäftsführung zugänglich war, einzutragen. Nach den Besichtigungen hatte die DN im System der BF Berichte darüber zu verfassen, dies auch nach Ende der Kernarbeitszeit. Auch das Exposé hatte die DN nach den Vorgaben der BF auszufüllen und schien dort die BF als Vertragspartner auf. Die DN bekam nicht immer direkte Anweisungen doch waren Verhaltensweisen gewünscht und gelebte Praxis (zB. Anwesenheit im Büro bis zu Mittag, Erstellen der Berichte nach Objektbesichtigungen, selbst wenn

außerhalb der Kernzeit). Zudem hatte die DN einmal im Monat einen Bericht über ihre erfolgreich abgeschlossene Vermittlungstätigkeit an einen ihr übergeordneten Mitarbeiter vorzulegen. Die BF hatte keine Mitwirkung hinsichtlich der Vertragsgestaltung zwischen den Kunden und der BF. Bei Fragen hinsichtlich der Höhe des Mietzinses oder der Provisionshöhe leitete sie diese zur Entscheidung an die BF weiter.

Die DN hatte zwar eine eigene Homepage, die sie in Hinblick auf mögliche Geschäftsanbahnungen erstellt hatte, war aber tatsächlich im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nur für die BF zuständig. Sie hatte weder Mitarbeiter noch eine eigene betriebliche Struktur. Sie verwendete ihr Privathandy und ihr eigenes Kfz während ihrer Beschäftigung bei der BF. Sie unterhielt im gesamten Zeitraum eine Gewerbeberechtigung (Immobilientreuhänder). Aus dem freien Dienstvertrag ergibt sich - aus dem Erfordernis ohne vorherige Verständigung der Dienstgeberin keine Vermittlungstätigkeiten für Dritte durchführen zu können - ein mittelbares Konkurrenzverbot und spricht für eine persönliche Abhängigkeit der DN.

In seinem Erkenntnis vom 24.04.2014, Zl. 2012/08/0081, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation stellt. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausgehende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert (VwGH vom 04.06.2008, Zl. 2004/08/0190 und Zl. 2007/08/0252; VwGH vom 02.05.2012: Zl. 2010/08/0083; VwGH vom 11. Juli 2012, Zl. 2010/08/0204 VwGH vom 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256), während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (VwGH vom 19.12.2012 Z. 2012/08/0224 mwN).

Sohin war die DN zum einen direkt den Weisungen der BF unterworfen, aber ist in Bezug auf die Arbeit außerhalb der Büroräumlichkeiten (Objektbesichtigung) von einer "stillen Autorität" der BF auszugehen.

Aufgrund all dieser Erwägungen ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die DN in mehrfacher Hinsicht in die betriebliche Struktur der BF eingebunden, der BF weisungs- und kontrollunterworfen und persönlich arbeitspflichtig war. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes lag dadurch ein Ausdruck der Einschränkung der persönlichen Bestimmungsfreiheit der DN vor. In einer einzelfallbezogenen Gesamtschau sind somit die Merkmale einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit als überwiegend zu beurteilen.

Das Bundesverwaltungsgericht folgt daher im Ergebnis der belangten Behörde, wonach die persönliche Abhängigkeit der DN vorlag.

1.2.3. Wirtschaftliche Abhängigkeit:

Nach ständiger Rechtsprechung hat die persönliche Abhängigkeit die wirtschaftliche Abhängigkeit zwangsläufig zur Folge und muss daher nicht gesondert geprüft werden (ua. VwGH vom 22.12.2009, 2006/08/0317; VwGH vom 25.04.2007, 2005/08/0137; VwGH vom 20.12.2006, 2004/08/0221).

1.3. Zum Vorbringen der Innehabung von Gewerbebescheinen:

Das Vorbringen des BF, der Dienstnehmer sei hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeit Inhaber von Gewerbeberechtigungen, geht aus folgenden Gründen ins Leere:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt diesem formalen Umstand keinerlei Bedeutung für die Entscheidung der Frage zu, ob der Dienstnehmer bei der konkreten Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt war (VwGH 3.11.2004, Zahl: 2001/18/0129). Entscheidungsrelevant ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur, ob die Dienstleistung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ASVG erbracht wurde (VwGH 2005/08/0084). Dies ist daher ausschließlicher Prüfungsmaßstab. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, auch wenn der Dienstnehmer über einen Gewerbebeschein verfügt (VwGH 2007/08/0041, 2007/08/0038).

Das Vorliegen einer aufrechten Gewerbeberechtigung als Immobilientreuhänderin vermag daher nichts daran zu ändern, dass im vorliegenden Fall ein Beschäftigungsverhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegt.

1.4. BF als Dienstgeberin gemäß § 35 ASVG:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Frage, ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 ASVG steht, immer in Bezug auf eine andere Person, nämlich - vom Fall der Indienstnahme durch Mittelspersonen abgesehen - den Dienstgeber zu prüfen (Hinweis E 22. Juni 1993, 92/08/0256) (VwGH vom 15.07.2013, Zl. 2011/08/0151).

Das System der Versicherungspflicht abhängig Beschäftigter baut auf der Verschiedenheit von Dienstgeber (iSd§ 35 Abs. 1 ASVG) und Dienstnehmer auf.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, 83/08/0200, VwSlg 12325 A/1986; VwGh vom 15.07.2013, Zl. 2011708/0151).

Es liegt ein schriftlicher Vertrag zwischen der DN und der BF vor, aus der alleinig die BF berechtigt und verpflichtet wurde. Somit ist die BF als Dienstgeberin gemäß § 35 Abs. 1 ASVG zu qualifizieren.

1.5. Ergebnis:

Die DN wurde vom 14.04.2013 bis 14.04.2015 von der BF beschäftigt, weshalb das Dienstverhältnis mit diesem Zeitraum festzustellen war.

Es war daher durch das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung der WGKK betreffend die Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung für die DN für den im Bescheid festgestellten Zeitraum zu bestätigen und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Da die DN in dem angeführten Zeitraum in der Krankenversicherung pflichtversichert war, besteht auch für diesen Zeitraum eine Arbeitslosenversicherung.

Zu B) Unzulässigkeit der Rev

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at