jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/10/31 G312 2156683-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 31.10.2018

Entscheidungsdatum

31.10.2018

Norm

AlVG §1 Abs1 lita
ASVG §4 Abs1 Z1
ASVG §4 Abs2
ASVG §410
ASVG §44
ASVG §49
B-VG Art.133 Abs4

Spruch

G312 2156683-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Manuela WILD als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch die XXXX in XXXX, gegen den Bescheid der XXXX Gebietskrankenkasse vom 13.02.2017, GZ: XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13.12.2017 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet a b g e w i e s e n.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 13.02.2017 stellte die XXXX Gebietskrankenkasse (im Folgenden: belangte Behörde) aufgrund der Beantragung auf Bescheiderstellung der BF vom 15.09.2016, fest, dass Frau XXXX, VSNR: XXXX, (im Folgenden: AL) auf Grund ihrer Tätigkeit für die XXXX GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin oder kurz BF) im Zeitraum von 01.01.2012 bis 30.11.2015 gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG 1977 der Voll- und Arbeitslosenversicherung unterliege (Spruchpunkt I), die BF verpflichtet sei, aus dem genannten

versicherungspflichtigen Dienstverhältnis für den angeführten Zeitraum auf Grund der Bestimmungen der §§ 44 Abs. 1 und 49 Abs. 1 ASVG an Sozialversicherungsbeiträgen, Fondsbeiträgen, Umlagen und Sonderbeiträgen für die jeweils näher bezeichneten Zeiten sowie Verzugszinsen im Betrage von insgesamt € 42.387,14 nachzuentrichten. Die Beitragsabrechnung vom 24.06.2016 und der dazugehörige Prüfbericht vom 27.06.2016 würden einen integrierenden Bestandteil dieses Bescheides bilden.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die mit 14.03.2017 datierte fristgerechte Beschwerde der rechtlichen Vertretung der BF.

3. Die belangte Behörde legte mit Vorlagebericht vom 03.05.2017 die nunmehrige Beschwerde samt dem Bezug habenden Akt des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht vor.

4. Am 13.12.2017 fand am Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung, an der die BF mit Ihrem Rechtsvertreter sowie Ihrem steuerlichen Vertreter persönlich teilnahmen, statt. Die belangte Behörde nahm an der Verhandlung ebenfalls, wie auch die geladene Zeugin AL, teil.

5. Mit Schriftsatz vom 15.01.2018, eingelangt am 16.01.2018, übermittelte der BF eine ergänzende Stellungnahme mit einem Eventualantrag sowie Antrag auf Berichtigung der Niederschrift.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die BF betreibt ein Hotel unter dem Namen XXXX in XXXX. Im Rahmen dieses Betriebes werden verschiedene Massagen (Teilkörpermassagen, Ganzkörpermassagen, Vital/Aromaölmassagen, Fußreflexzonenmassagen und Lever-Lever Massagen) angeboten.

1.2. AL übte die Tätigkeit als Masseurin vor 2006 im Rahmen eines Dienstverhältnisses für XXXX (Massageinstitut) aus. Im Rahmen dieser Tätigkeit wurde sie von XXXX zur BF, wie auch in andere Hotels geschickt. Nach Beendigung der Tätigkeit von Karl STOCKER übernahm AL die Tätigkeit als gewerbliche Masseurin für die BF.

In der Zeit von 2009 bis 2011 war AL für die BF im Rahmen eines Dienstverhältnisses als Masseurin tätig, dies wurde mit Erkenntnis vom BVwG G308 2005477-1/3E rechtskräftig entschieden.

1.3. Mit Abgabenbescheide vom 03.04.2013 des Finanzamtes XXXX wurden der BF für die Jahre 2010 bis 2011 als Arbeitgeberin für die Einbehaltung und Abfuhr der vom Arbeitslohn zu entrichtenden Lohnsteuer in Anspruch genommen. Diese sind in Beschwerde beim BFG anhängig.

Die Beschwerde gegen die Abgabenbescheide über den Dienstgeberbeitrag sowie Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag für den Zeitraum 2009 bis 2011 wurde mit Erkenntnis des BFG 09.06.2017 abgewiesen und somit rechtskräftig.

1.4. AL war unter anderem vom 01.01.2012 bis 30.11.2015 für die BF als Masseurin im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig, welches der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG unterliegt.

Zwischen der BF und AL wurde über die Tätigkeit ein schriftlicher Werkvertrag abgeschlossen (Auszug des Vertrages vom 10.10.2013):

"Werkvertrag über Massageleistungen

Auftraggeber: XXXX GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer XXXX

Auftragnehmerin: XXXX

1. Die Auftragnehmerin übernimmt die Durchführung von Massageleistungen im Hotelbetrieb des Auftraggebers. Die Auftragnehmerin ist als selbständige mobile Masseurin tätig.

2. Die Auftragnehmerin erklärt sich grundsätzlich bereit, im Hotel des Auftraggebers Massageaufträge zu übernehmen. Dabei hat die Auftragnehmerin das Recht frei zu entscheiden, ob einzelne angebotene Aufträge von ihr angenommen werden oder nicht.

3. Die Auftragnehmerin bietet dem Auftraggeber folgende Arten von Massagen zur Durchführung an:

a. Teil- und Ganzkörpermassagen

b. Vital/Aromaölmassagen

c. Fußreflexzonenmassage

d. Lever-Lever Massagen

Die für die Massageleistungen erforderlichen Öle und Cremen werden von der Auftragnehmerin zur Verfügung gestellt.

4. Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von beiden Vertragspartnern mit sofortiger Wirkung beendet werden.

5. Das Entgelt für die erbrachte Massageleistung beträgt

a. Euro 33,50 je Ganzkörpermassage

b. Euro 19 je Teilkörpermassage

c. Euro 30 je Vital/Aromamassage

d. Euro 23 je Fußreflexzonenmassage

e. Euro 42 je Lever-Lever Massage

6. Ein Weisungsrecht des Auftraggebers gegenüber der Auftragnehmerin besteht nicht.

7. Die Auftragnehmerin ist nicht persönlich leistungsverpflichtet. Die Auftragnehmerin ist jederzeit berechtigt, sich geeigneter Vertreter oder Gehilfen zu bedienen. Aus administrativen Gründen hat die Auftragnehmerin dem Auftraggeber die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters mitzuteilen."

AL verfügt über keine eigene Betriebsstätte, keine eigene Homepage, jedoch über Visitenkarten und eine eigene Massageliege. Sie verfügt über einen Gewerbeschein "gewerbliche, mobile Masseurin". AL hat eine eigene Betriebsversicherung für Dienstleistungsbetriebe am 01.05.2009 bei der XXXX Versicherung abgeschlossen.

Über die absolvierten Massageleistungen wurden sogenannte Massage-Aufträge mit Datum, Name des zu Massierenden, die Urlaubsunterkunft (die BF) sowie die Massageart und die Zeit der Massage erstellt. Im Feld "Unterschrift" wurde lediglich ein Hackerl angebracht, offensichtlich als Bestätigung der erbrachten Leistung.

Die Massageleistungen stellte AL der BF in Rechnung, darauf enthalten waren die fortlaufende Nummer, das Datum des "Lieferzeitraums", die Anzahl der durchgeführten Massagen und eventuelle Sonderleistungen (Kräuterstempel).

AL selbst führte eine Liste "XXXX", auf welcher tabellarisch mit Datum, Zeit, Name und Art der Massage sowie Erledigung eingetragen wurde (Zeitraum 01.10.2015 bis 16.10.2015). Daraus ergibt sich ein Einsatz von AL über das von der BF vorgebrachten Arbeitsfenster hinaus, so massierte die BF am 07.10 und 09.10. bereits ab 15 Uhr bei der BF, am 10.10. bereits ab 11 Uhr, am 24.10. bereits ab 10.15 Uhr.

Seit 01.12.2015 ist AL als Dienstnehmerin der BF aufgrund ihrer Tätigkeit als Masseurin zur Sozialversicherung angemeldet.

AL hatte die Arbeitsleistungen persönlich zu erbringen. Eine Vertretung wurde im verfahrensgegenständlichen Zeitraum faktisch nicht gelebt.

Die BF war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum fast ausschließlich die einzige Auftraggeberin von AL.

Eine eigene Massagepraxis wurde von AL nicht geführt. AL führte die Massagen für die BF ausschließlich im Hotel der BF, in einem eigens dafür vorgesehenen Raum, im "XXXX" des Hotels, durch. Die zeitliche Inanspruchnahme von AL war von den jeweiligen Terminen abhängig, der Arbeitsort war vorgegeben.

Die Massagen wurden jedenfalls in den von der BF vorgegebenen Zeiten von Montag bis Samstag zwischen 16:00 Uhr und 18:00 Uhr durchgeführt, aber auch außerhalb dieses Zeitfensters führte AL Massagen für die BF durch, wenn Termine gebucht wurden. Die Terminvereinbarungen für die Massagen wurden von der Rezeption der BF vorgenommen und wurden auch über mehrere Tage im Vorhinein vereinbart. AL wurde von der BF über die festgelegten Termine sowie über Terminänderungen täglich informiert. Die Art der Massage wurde zwischen Kunden und der BF vereinbart und an AL weitergegeben. Die Dauer der Tätigkeit von AL wurde durch die Art der Massage, welche bereits durch den Kunden mit dem Hotel vereinbart wurde, bestimmt. Die Art der Massage konnten jedoch mit

AL noch abgeändert werden. Die vereinbarten Termine wurden durch AL immer eingehalten. Eine Verhinderung bei einem fix zugesagten Termin ist nie vorgekommen. Wenn AL nicht zur Verfügung stand, wurden die Massage von der anderen Masseurin der BF durchgeführt.

Die Arten der Massagen, die vom Hotel angeboten wurden, waren immer Teilkörper- und Ganzkörpermassagen und wurden durch die Qualifikation von AL erweitert.

Die Massagen wurden auf der Homepage von der BF angeboten und beworben, ebenso auf einem Prospekt.

AL trug bei ihrer Tätigkeit als Masseurin eine weiße Hose und ein T-Shirt. Bezüglich der Arbeitskleidung wurden keine Vorgaben seitens der BF gemacht bzw. wurde keine Kleidung zur Verfügung gestellt. Die BF stellte AL für ihre Tätigkeit die Räumlichkeiten, die Massageliege und auch die Handtücher zur Verfügung. AL stellte als eigene Betriebsmittel Öle und Cremen, welche nicht an das Hotel weiterverrechnet wurden, zur Verfügung. Der finanzielle Anteil der eingesetzten Betriebsmittel pro Massage betrug je nach Art der Massage und verwendeten Öle zwischen EUR 2,-- bis EUR 4,--. Die Kunden bezahlten die Massagen direkt an das Hotel. AL stellte der BF monatlich Rechnungen jeweils in Höhe über der Geringfügigkeitsgrenze aus. Zwischen ihr und der BF wurden fixe Beträge je nach Art der Massage vereinbart, diese Beträge wurden jährlich neu vereinbart und vertraglich fixiert.

Die BF bot im verfahrensgegenständlichen Zeitraum neben einzeln buchbaren Massagen auch Massagen als "Gesamtpaket" (Pauschalen) an.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Der oben angeführte Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus dem diesbezüglich unbedenklichen und unzweifelhaften Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakte sowie des nunmehr dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Gerichtsakts.

2.2. Die vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Feststellungen zur Tätigkeit von AL stützen sich auf die Angaben der BF, der AL vor dem Finanzamt XXXX vom 16.01.2013, den Prüfbericht der belangten Behörde vom 08.04.2013, der dem Akt inliegenden Rechnung sowie der Übersicht der BF über die Honorarnoten der AL sowie den Angaben der BF und AL in der mündlichen Verhandlung.

Die Feststellung, dass die BF fast ausschließlich der einzige Auftraggeber der AL war ergibt sich aus den Angaben der AL vor der Finanzbehörde, sowie den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

2.3. Die Innehabung von einem Gewerbeschein durch AL ist für das gegenständliche Verfahren nicht von Relevanz, weil daraus nicht ableitbar ist, ob diese im konkreten Fall in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig wurde oder nicht.

2.4. An der Echtheit und Richtigkeit der aktenkundigen Rechnung sind keine Zweifel entstanden und wurden sie auch nicht bestritten.

Ergänzend mit dem Beschwerdevorbringen ergeben die von AL getätigten Angaben ein Gesamtbild der tatsächlichen, wirtschaftlichen Vorgänge, Tatsachen und Verhältnisse.

Aus den angeführten Gründen konnte der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegende Akteninhalt dem gegenständlichen Erkenntnis im Rahmen der freien Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu Spruchteil A): Abweisung der Beschwerde:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG unterliegen die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung, wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 ASVG von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach dem § 7 ASVG nur eine Teilversicherung begründet.

Aufgrund der Bestimmungen des § 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 Dienstgeber gilt gemäß § 35 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht) geführt wird, auch wenn der

Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in den Dienst genommen hat, oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist.

Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind gemäß § 1 Abs. 1 AlVG Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, (...) soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

Den Dienstnehmern stehen gemäß § 4 Abs. 4 ASVG Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar u.a. für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe), wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, es sei denn, dass sie auf Grund dieser Tätigkeit anderen sozialversicherungsrechtlichen Gesetzen, insbesondere dem GSVG, unterliegen (hier zeitraumbezogen maßgebend die Bestimmungen des § 4 ASVG in den Fassungen BGBl. I Nr. 99/2001, 132/2005, 83/2009 und 62/2010).

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2001, Zl. 96/08/0028).

Gemäß § 1 Abs. 8 AlVG idF BGBl. I Nr. 104/2007 sind freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG Dienstnehmern gleichgestellt und somit arbeitslosenversichert.

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG durch die persönliche Unabhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0101, mwN).

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob AL auf Grund ihrer Tätigkeit als Masseurin in einem Werkvertragsverhältnis bzw. einem sonstigen die Pflichtversicherung nach dem ASVG begründenden Dienstverhältnis zur Beschwerdeführerin stand.

Gemäß § 44 Abs. 1 ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge der im Beitragszeitraum gebührende auf Cent gerundete Arbeitsverdienst, welcher nach Z 1 bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1 ASVG ist.

3.2. Mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits hat sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, VwSlg. Nr. 10.140 A, grundlegend beschäftigt und - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt (vgl. VwGH 21.12.2005, Zl. 2004/08/0066; VwGH 14.02.2013, Zl. 2011/08/0391).

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Der Werkvertrag begründet grundsätzlich ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg

der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können (vgl. VwGH 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024; VwGH 11.12.2013, Zl. 2011/08/0322; VwGH 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003).

Ein Werkvertrag müsste sich auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als eine individualisierte, konkretisierte und gewährleistungstaugliche Leistung beziehen, die eine in sich geschlossene Einheit bildet. Werden unter den vorliegenden Umständen (Fehlen einer eigenen betrieblichen Organisation und Beschränkung auf die Disposition über die eigene Arbeitskraft) laufend zu erbringende (Dienst-)Leistungen nur in (zeitliche oder nach Mengen definierte) Abschnitte zerlegt und zu "Werken" erklärt, um diese zum Gegenstand der Leistungsverpflichtung zu machen, so ist dies bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) für die Beurteilung der Pflichtversicherung nicht maßgebend (vgl. VwGH 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093 und Zl. 2013/08/0078; VwGH 02.07.2013, Zl. 2011/08/0162; VwGH 02.07.2013, Zl. 2013/08/0106 mwN).

Für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses kommt es im Einzelfall nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung wie Dienstvertrag oder Werkvertrag an. Vielmehr sind die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung ist dabei stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit maßgebend, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (VwGH 02.09.2009, Zl. 2005/15/0143 mwN). Unter dem Begriff eines Werks iSd § 1165 ABGB ist nicht allein die Herstellung einer körperlichen Sache, sondern können vielmehr auch ideelle, unkörperliche, also geistige Werke verstanden werden (VwGH 29.02.2012, Zl. 2008/13/0087).

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien des Beschäftigungsverhältnisses in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung relevant sein können; die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich (Hinweis VwGH 08.10.1991, Zl. 90/08/0057). Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (VwGH 16.3.2011, Zl. 2007/08/0153).

Abgesehen davon ist festzuhalten, dass zwar die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen ist, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können. Entscheidend bleibt aber doch die tatsächlich ausgeübte Beschäftigung und deren nähere Umstände im Rahmen der Beurteilung eines Gesamtbildes (VwGH 29.06.2005, 2001/08/0053).

Diese Vermutung müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, im je geringeren zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013, Zl. 2013/08/0051).

Für die Abgrenzung des (freien) Dienstvertrages vom Werkvertrag kommt es darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053).

3.3. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder (wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung) nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind 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 (vgl. VwGH vom 20. 02.2008, Zl. 2007/08/0053, mwN).

3.4. Im gegenständlichen Fall war AL über einen längeren Zeitraum ausschließlich für die BF als Masseurin tätig. Vor Vertragsausgestaltung war die BF im Rahmen eines Dienstvertrages für ein Massageinstitut beim BF eingesetzt. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass ein Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde und demnach nicht mit Herstellung eines bestimmten Werks enden sollte. Und zwar unabhängig davon, ob die BF wie auch AL jede einzelne Massage als ein sich abgeschlossenes Werk definieren.

Es wurde zwar eine schriftliche Vereinbarung zwischen AL und der BF geschlossen und als Werkvertrag tituliert. Jedoch wurde das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen und sollte demnach nicht mit Herstellung eines bestimmten Werks enden. Weder enthielt der schriftliche Vertrag eine Umschreibung eines von AL zu erbringenden Werks noch hat die BF behauptet, dass eine konkrete individualisierte Leistung vereinbart worden wäre, die von AL, der dabei eine entsprechende Erfolgshaftung träfe, zu erbringen gewesen wäre. Die Auflistung der Massagearten kann daran nichts ändern. Schon deshalb erweist sich die Rechtsansicht der BF, es sei ein Werkvertrag abgeschlossen worden, als unzutreffend.

Nach dem vorgelegten Vertrag war vielmehr AL verpflichtet, der BF ihre persönliche Dienstleistung als Masseurin für Gäste des Hotelbetriebes der BF in ihren Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Dazu wurde eine zeitliche Mindestverpflichtung von 10 Stunden wöchentlich vereinbart.

Eine Vereinbarung auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als in sich geschlossene Einheit einer individualisierten, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung liegt im gegenständlichen Fall nicht vor. Vor diesem Hintergrund vermag die Behauptung, es habe sich um ein Werkvertragsverhältnis gehandelt, nicht zu überzeugen. Daran vermag auch die Tatsache, dass sich AL ihrer eigenen Betriebsmittel wie Öle und Cremen bedient habe, nichts ändern.

Vielmehr war AL verpflichtet, der BF ihre persönliche Dienstleistung als Masseurin für Gäste der BF, in den Räumlichkeiten der BF sowie zu den von der BF vorgegebenen Terminen, laufend zur Verfügung zu stellen. AL verfügte über keine unternehmerische Organisation und disponierte letztlich nur über ihre eigene Arbeitskraft.

Aus einem solchen Erwerbstätigen wird auch dann kein selbstständiger Erbringer von Werkleistungen, wenn die genannten Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw. mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt und diese Abschnitte sodann zu "Werken" mit einer "gewährleistungstauglichen Leistungsverpflichtung" erklärt werden (VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258).

Zudem wird nach der Judikatur des VwGH ein Werkvertrag auch dann verneint, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert wurde (VwGH 30.05. 2001, Zl. 98/08/0388).

Dass kein Werkvertragsverhältnis vorliegt, zeigt sich - neben der kontinuierlichen gattungsmäßigen Leistungserbringung, die auf ein Dauerschuldverhältnis hindeutet - auch daran, dass die Arbeitseinsätze der AL im Wesentlichen davon abhingen, welche Termine ihr von der BF laufend zugewiesen wurden.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sprechen im vorliegenden Fall auch die lange Dauer der Kooperation (2009 - 2015) sowie die Gleichartigkeit der Leistungen.

3.5. Im Folgenden ist zu prüfen, ob AL im Rahmen der vorliegenden Tätigkeiten zur Erbringung von Dienstleistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von der BF verpflichtet war.

3.5.1. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des§ 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. VwGH 25.04.2007, VwSlg. 17.185/A, VwGH 25.04.2013, Zl. 2013/08/0093; VwGH 15.04.2013, Zl. 2013/08/0124).

Der Einsatz der eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten liegt im Wesen des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft und stellt gerade keine Verwendung eigener Betriebsmittel im Sinne der Rechtsprechung dar (VwGH 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093).

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. 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 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258).

Die Vereinbarung eines Vertretungsrechts kann - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (VwGH 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256, mwN).

Im vorliegenden Fall stand es AL zwar frei, die vorgegebenen Termine abzulehnen, jedoch kam dies nicht vor. Lediglich in Ausnahmefällen wurde die andere Masseurin der BF allein in Anspruch genommen. Die Vereinbarung eines Vertretungsrechts kann aber die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde. AL hat jedoch gegenständlich von einer derartigen Befugnis, die Leistungserbringung nach Art eines Selbstständigen jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren, keinerlei Gebrauch gemacht, sie war permanent für die BF persönlich tätig. Die BF konnte bei ihren unternehmerischen Planungen mit der Arbeitskraft von AL rechnen und entsprechend disponieren, insbesondere entsprechende "Wellness-Pakete inkl. Massage" ihren Kunden anbieten.

Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (VwGH 16.11. 2011, Zl. 2008/08/0152, mwN).

Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Diensteinteilung bzw. Dienstplanerstellung, wie sie im Arbeitsleben häufig vorkommen, aber auch das - die Organisation des Arbeitsablaufes durch den Arbeitgeber erleichternde - Anerbieten an den Erwerbstätigen, für den Fall seiner Verhinderung eine Ersatzarbeitskraft stellig zu machen (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 35 Abs. 1 ASVG betreffend die Indienstnahme durch Mittelspersonen), haben mit dem für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterien eines "generellen Vertretungsrechts" nichts zu tun und berühren die in der Phase der Beschäftigung bestehende persönliche Abhängigkeit nicht (VwGH 14.02.2013, Zl. 2012/08/0268; VwGH 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093).

Ein im Sinne der angeführten Judikatur des VwGH gelebtes generelles Vertretungsrecht konnte verfahrensgegenständlich nicht festgestellt werden. Die Ausnahmefälle, in denen AL durch eine andere Masseurin des Hotels vertreten wurde, erfüllen keineswegs das Kriterium einer generellen Vertretungsbefugnis.

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht (VwGH 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093).

Die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen, ihm angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt die persönliche Arbeitspflicht in keiner Weise, mag diese Befugnis auch als "sanktionsloses Ablehnungsrecht" (in einem

weiteren Sinn) bezeichnet werden. Zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen (vgl. VwGH 04.04.2007, Zl. 2006/08/0193 und nochmals VwGH 14.04.2013, Zl. 2012/08/0268).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis des Beschäftigten, auch bereits zugesagte Arbeitseinsätze jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu können, stünde nämlich im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG).

Insoweit die BF vorbringt, dass AL zwar in einem Zeitfenster von 16 bis 18 Uhr zur Verfügung gestanden sei, dies jedoch nicht bedeutet habe, dass sie in diesem Zeitraum auch vor Ort im Hotel anwesend sein musste, ist dem entgegenzuhalten, dass ein solches sanktionsloses Ablehnungsrecht im gegenständlichen Fall den Feststellungen zu Folge zwar vereinbart, aber niemals faktisch gelebt worden ist. Zudem hätte es verfahrensgegenständlich mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation der BF nicht in Einklang gebracht werden können.

3.5.2. persönliche Abhängigkeit:

Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist. Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates des VwGH vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12.325/A).

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. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. unter vielen VwGH 27.04.2011, Zl. 2009/08/0123).

Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt. Ebenso steht die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes einem Dienstverhältnis nicht entgegen. 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 (vgl. VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129, mwN).

3.5.3. Arbeitszeit/Arbeitsort:

Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung 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. Ob dem Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in seiner Sphäre liegen, eingeräumt wurde, ist hiebei irrelevant (VwGH 31.01.2007, Zl. 2005/08/0176; VwGH 25.05.1997, Zl. 83/08/0128; VwGH 16.09.1997, Zl. 93/08/0171).

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 (VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258; VwGH 11.12.2013, Zl 2011/08/0322; VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129, mwN).

Die Arbeitszeiten von AL wurden von der BF vorgegeben. AL wurde täglich über die vereinbarten Massagetermine informiert, die von ihr auch eingehalten wurden. AL konnte ihre Arbeitszeit somit nicht selbst festlegen, sondern war diese von den betrieblichen Erfordernissen der BF abhängig. Es kam auch nie zu einer eigenmächtigen Absage durch AL. Ihre Arbeitszeit richtete sich nach den betrieblichen Erfordernissen der BF. AL gab selbst in der mündlichen Verhandlung an, dass sie in dem mit der BF vereinbarten Zeitfenster keine anderen Kundentermine angenommen hat.

Die Termine wurden sämtlich über die Rezeption vereinbart, selbst wenn ein Kunde direkt einen Folgetermin vereinbarte, meldete sie diesen der Rezeption.

3.5.4. Weisungsgebundenheit und Kontrolle:

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit des Dienstnehmers dar.

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). Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren können in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden, weil sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser fachlich eigener Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation und Erfahrung ständig erweitert, weshalb das Fehlen von das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungen in der Regel von geringer Aussagekraft ist. 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.

Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. 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 04.06. 2008, Zl. 2004/08/0190 und Zl. 2007/08/0252; VwGH 02.05.2012, Zl. 2010/08/0083; VwGH 11.07.2012, Zl. 2010/08/0204; VwGH 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 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093; VwGH 19.12.2012 Zl. 2012/08/0224).

Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden (VwGH 15.05.2013, Zl. 2013/08/0051; VwGH 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN).

Die BF erteilte AL Weisungen hinsichtlich des Arbeitsortes und der Art der Massage. Weitere Weisungen an sie erübrigten sich, weil Frau XXXX von sich aus wusste, wie sie sich im Betrieb des Dienstgebers zu verhalten hat bzw. das

Weisungsrecht in gleicher Weise im Bestehen von Kontrollrechten ("stille Autorität" des Arbeitgebers; VwGH 04.06.2008, Zl. 2007/08/0252) zum Ausdruck kommt. In der Regel besteht bei jeder Tätigkeit ein gewisser fachlich eigenständiger Entscheidungsbereich des Arbeitenden.

Für den gegenständlichen Beschwerdefall bedeutet dies aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, dass eine faktische Kontrollunterworfenheit festgestellt werden kann. AL war in einer Weise in die betriebliche Organisation der BF eingebunden, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden konnten. Eine "stille Autorität" war schon deshalb gegeben, da AL regelmässig - wenn nicht täglich - Massagen in den Räumlichkeiten der BF durchgeführt hat. Es bestand für die BF die Kontrollmöglichkeit und somit die Möglichkeit, in das Arbeitsverhalten von AL einzugreifen, auch wenn ein Eingriff im verfahrensgegenständlichen Fall nicht notwendig war. Auf Grund der langjährigen Erfahrungen bzw. Fähigkeiten von AL erübrigten sich Weisungen über den näheren Inhalt der zu verrichtenden Arbeiten.

3.5.5. wirtschaftliche Abhängigkeit, Betriebsmittel:

Neben der persönlichen Abhängigkeit ist die wirtschaftliche Abhängigkeit das zweite Tatbestandsmerkmal des Dienstnehmerbegriffes. Die wirtschaftliche Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne bedeutet das Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel. Bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen ist die wirtschaftliche Abhängigkeit die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Die wirtschaftliche Abhängigkeit findet ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen Einrichtungen und Betriebsmittel.

Der VwGH hat sich mit dem Begriff der "wesentlichen eigenen Betriebsmittel" im Zusammenhang der Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft iSd § 4 Abs. 4 ASVG (freier Dienstnehmer) auseinandergesetzt. Bei Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit geht der VwGH zunächst davon aus, dass dieser Begriff von jenem der Notwendigkeit oder auch Unerlässlichkeit der Verwendung eines Betriebsmittels bei einer betrieblichen Tätigkeit zu unterscheiden ist. Würde man diese beiden Begriffe nämlich gleichsetzen bzw. es genügen lassen, dass ein Betriebsmittel der Tätigkeit "dient", dann wäre das Element der Wesentlichkeit innerhalb der Gruppe der freien Dienstnehmer nicht mehr unterscheidungskräftig, ist doch davon auszugehen, dass jedes bei der verrichteten Tätigkeit verwendete Betriebsmittel zu dieser Verrichtung erforderlich oder gar unerlässlich, jedenfalls aber nicht unnötig sein wird. (VwGH Zl. 2007/08/0223, Zl. 2006/08/0317)

Grundsätzlich wird ein Betriebsmittel dann für seine (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich sein, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist. Dabei ist stets vorausgesetzt, dass es sich um ein Sachmittel handelt, welches für die konkret in Rede stehende Tätigkeit des freien Dienstnehmers wesentlich ist. (VwGH 23.01.2008, Zl. 2007/08/0223, VwGH 11.12.2013, Zl. 2013/08/0030)

Im gegenständlichen Fall waren für die Durchführung von Massagen jedenfalls eine geeignete Räumlichkeit, eine Massageliege und Handtücher erforderlich. Eine für die Durchführung von Massagen eigene unternehmerische Struktur mit beträchtlichen Betriebsmitteln von AL lag nicht vor. AL war im Wesentlichen auf die ihr zur Verfügung gestellten Betriebsmittel der BF angewiesen. Die durchgeführte Änderung - eine Erweiterung der Massageräumlichkeiten mit einer jeweiligen Massageliege - stellt eine höhere Bindung durch die BF hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Betriebsmittel dar. Entsprechende Räumlichkeiten und eine Massageliege sowie Handtücher sind für die Durchführung von Massagen von essenzieller Bedeutung, nicht hingegen in gleichem Ausmaß die von AL verwendeten Öle und Cremen.

Auch das zur Verfügung stellen der Öle und Cremen, sowie die ausnahmsweise Verwendung der eigenen Massageliege können im Rahmen der nach § 4 Abs. 2 ASVG gebotenen Gesamtabwägung nicht ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit bewirken und letztlich keinen Zweifel an der wirtschaftlichen Abhängigkeit erzeugen. Vielmehr sind die von der BF zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten und die Massageutensilien (Massageliege und Handtücher) als wesentliche Betriebsmittel anzusehen.

AL verfügte über keine eigene unternehmerische Struktur, keine eigene Massagepraxis, keine Homepage, sondern nur

über Visitenkarten und eine Massageliege.

Somit geht der Einwand der BF ins Leere, dass AL aufgrund selbständiger Tätigkeit für die BF beschäftigt war.

Eine Überprüfung der Dienstnehmereigenschaft gemäß § 4 Abs. 4 ASVG erübrigt sich, da ein "echtes" Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG bejaht worden ist.

3.5.6. Entgelt:

"Gegen Entgelt" ist eine Person dann beschäftigt, wenn sie aus dem Dienstverhältnis einen Entgeltanspruch hat, gleichgültig, ob ihr ein Entgelt tatsächlich ausbezahlt wird oder nicht. Bei der Beurteilung dieser Frage ist von den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auszugehen. Die Entgeltlichkeit ist kein bloßes Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses, sondern eine weitere Voraussetzung der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG (VwGH 1208/78, 0150/80, 2008/08/0252).

Laut VwGH steht die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes einer Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 grundsätzlich nicht entgegen, wie etwa das Beispiel zeigt, dass ein Entgeltausfall bei Kursabsage allein vermag die persönliche Abhängigkeit nicht in Frage zu stellen. (VwGH 2005/08/0176, 2006/08/0317).

Die BF brachte vor, dass die Entlohnung der Masseurin ausschließlich nach Art und Anzahl der geleisteten Massagen erfolgt sei.

Die Bezahlung der Massagen erfolgte immer durch den Kunden an das Hotel, während AL ebenfalls über das Hotel entlohnt wurde. Den Kunden gegenüber trat das Hotel als Leistungserbringer auf. Auf der Homapage ist lediglich die Massage, einzeln oder im Packet angeboten. Augenmerk wird jedoch nicht auf die AL gelegt, was jedoch bei Erbringung einer selbständigen Tätigkeit unumgänglich ist, vor allem hinsichtlich weiterer Kundenakquise.

Auch dies deutet auf eine dienstnehmerhafte Beschäftigung und nicht auf eine selbstständige Tätigkeit.

3.6.

Zusammenfassend zeigt sich somit, dass in einer Gesamtschau von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Tätigkeit von AL auszugehen ist.

Der belangten Behörde ist daher nicht entgegenzutreten, wenn sie zum Ergebnis gelangte, dass die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwogen und feststellte, dass AL in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen auf Grund ihrer Tätigkeit für die BF gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG 1977 der Voll- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

3.7. Nachentrichtung:

Unter Entgelt sind gemäß § 49 Abs. 1 ASVG die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Nach Abs. 3 leg. cit. ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind gemäß Abs. 4 leg. cit. für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

Die nachträgliche Vorschreibung der allgemeinen Beiträge, Nebenumlagen Sonderbeiträge und Zuschläge gründete die belangte Behörde auf die §§ 44 Abs. 1, 49 Abs. 1 und 2 ASVG.

Gegenständlich ist AL im beschwerdegegenständlichen Zeitraum als Dienstnehmerin im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG der BF anzusehen. Die BF zahlte AL im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ein Honorar aus, das in Ermangelung einer der in § 49 Abs. 3 ASVG aufgezählten Ausnahmen der im Übrigen der Höhe nach unbestritten

gebliebenen Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge, Fondsbeiträge, Umlagen und Sonderbeiträge zu Grunde gelegt werden konnte.

Im Verfahren betreffend die Feststellung der Pflichtversicherung ist es ausreichend, darzulegen, dass jedenfalls ein über der Geringfügigkeitsgrenze liegender Entgeltanspruch bestand (vgl. VwGH 04.09.2013, Zl. 2013/08/0110). Wie in den Feststellungen ausgeführt, lagen die gelegten Rechnungen von AL über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze. Die BF hat auch hinsichtlich der Berechnung keine Unrichtigkeit aufgezeigt, weshalb auf diese Thematik nicht näher einzugehen ist.

Die Beschwerde erweist sich aus den genannten Gründen als unbegründet und war daher abzuweisen.

Da mit dem gegenständlichen Erkenntnis festgestellt wurde, dass AL als Dienstnehmerin für die BF tätig war, ist auf den Eventualantrag der BF vom 15.01.2018 nicht weiter einzugehen.

Dem Antrag auf Berichtigung der Niederschrift wird nicht nachgekommen, vor allem, da der BF in Anwesenheit seiner Rechtsvertretung wie auch steuerrechtlichen Vertretung auf die Verlesung wie auch auf die Durchsicht des Protokolls verzichtet hat und keine Einwendungen erhoben worden sind.

Zu Spruchteil B): Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idgF, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision gegen die gegenständliche Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen.

Schlagworte

Beitragsnachverrechnung, Dienstnehmereigenschaft, Dienstverhältnis,
persönliche Abhängigkeit, Pflichtversicherung, Werkvertrag,
wirtschaftliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:G312.2156683.1.00

Zuletzt aktualisiert am

06.06.2019

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at