

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/11/23 W228 2204438-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2020

## Entscheidungsdatum

23.11.2020

## Norm

AIVG §1 Abs1 lit a

AIVG §1 Abs8

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §4 Abs4

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W228 2204438-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GMBH, vertreten durch die XXXX GmbH, gegen den Bescheid der vormaligen Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 02.02.2018, XXXX, zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG stattgegeben und es wird festgestellt, dass Frau DI XXXX in der Zeit vom 01.03.2009 bis 19.07.2011, an den Tagen 09.08.2011, 24.01.2012 und 31.01.2012 sowie von 02.02.2012 bis 31.12.2014 aufgrund ihrer Tätigkeit für die XXXX GMBH der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungspflicht als freie Dienstnehmerin nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 8 iVm Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt.

Für diese Zeiträume unterliegt sie daher nicht der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG.

B)

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

**Text**

Entscheidungsgründe:

#### I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 02.02.2018, XXXX, hat die vormalige Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK), festgestellt, dass Frau DI XXXX, VSNR XXXX, aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX GmbH (im Folgenden Beschwerdeführerin) in der Zeit vom 01.03.2009 bis 19.07.2011, an den Tagen 09.08.2011, 24.01.2012 und 31.01.2012 sowie von 02.02.2012 bis 31.12.2014 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass Frau DI XXXX in der Zeit von 01.10.2007 bis 28.02.2009 als Dienstnehmerin nach dem Angestelltengesetz für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei. In den angeführten, verfahrensgegenständlichen Zeiträumen sei Frau DI XXXX als freie Dienstnehmerin gemäß § 4 Abs. 4 ASVG bei der Beschwerdeführerin zur Sozialversicherung gemeldet worden. Aufgrund der Beschäftigungsausprägung sei im Rahmen einer GPLA das freie Dienstverhältnis in ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG umgewandelt worden. Frau DI XXXX sei auftragsbedingt einer regelmäßigen Arbeitspflicht und einer hohen Jahresarbeitszeit unterlegen. Von der behaupteten „vollkommen freien“ zeitlichen Leistungserbringung könne nicht ausgegangen werden. Sie sei in Erfüllung zeitlich und örtlich determinierter Aufträge der Beschwerdeführerin an die entsprechende Koordination durch die Geschäftsleitung gebunden gewesen. Eine einmal angenommene Arbeitspflicht sei weisungsentsprechend zu Ende zu führen gewesen. Frau DI XXXX sei fest in die Betriebsabläufe eingebunden gewesen. Die Entlohnung sei durch den Dienstgeber an Hand der abgegebenen Stundenaufzeichnungen erfolgt. Die wesentlichen Betriebsmittel seien von der Beschwerdeführerin bereitgestellt worden. Trotz entsprechender Regelung im Dienstvertrag habe sich Frau DI XXXX in der Praxis nicht vertreten, lediglich fallweise durch Dritte unterstützen, lassen. Die fallweise Zuziehung von angeleiteten Hilfskräften bei Arbeitsüberlastung entspreche keiner Vertretung. Anhand der von Frau DI XXXX vorgelegten Informationen komme kein signifikanter versicherungsrechtlich relevanter Beschäftigungsunterschied zwischen der Beschäftigungsperiode gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und jener ab 01.03.2009 hervor. Es sei daher für die im Spruch angeführten Zeiträume für Frau DI XXXX die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG festzustellen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 13.03.2018 fristgerecht Beschwerde. Darin wurde ausgeführt, dass Frau DI XXXX seit 01.03.2009 auf Basis eines freien Dienstvertrages für die Beschwerdeführerin im Bereich „Projektleitung/Örtliche Bauaufsicht/Baubetreuung“ tätig sei. Frau DI XXXX führe die Zeiteinteilung betreffend ihre Tätigkeiten eigenverantwortlich durch und erbringe ihre Arbeitsleistung oft auf der Baustelle unter Verwendung eigener Arbeitsmittel. Sie verfasse Protokolle und Mails von zuhause aus. Weiters bestätige Frau DI XXXX in ihrer Stellungnahme vom 14.02.2013, dass sie keinen Kostenersatz für ihr privates Handy, mit dem sie teilweise berufliche Korrespondenz abwickle, erhalte. Der Unterschied zu ihrer (vormaligen) Tätigkeit als (echte) Dienstnehmerin zu ihrer Tätigkeit als freie Dienstnehmerin bestehe insbesondere darin, dass sie in ihrer Tätigkeit als echte Dienstnehmerin alle Arbeiten im Büro erledigen habe müssen und fixe Kernzeiten gehabt habe. Es bestehe für Frau DI XXXX auch das vertragliche Recht, sich von Dritten vertreten zu lassen und habe sie in Zeiten vermehrter Tätigkeiten bereits Teilleistungen an Dritte weitergegeben. Sie könne überdies Aufträge sanktionsfrei ablehnen. Sie habe keine verpflichtenden Anwesenheitszeiten im Büro und könne ihre Arbeit dort erledigen, wo sie möchte. Die wahren Verhältnisse der Beschäftigung von Frau DI XXXX würden nicht vom abgeschlossenen freien Dienstvertrag abweichen und sei daher der abgeschlossene freie Dienstvertrag maßgebend, da er den tatsächlichen Gegebenheiten entspreche.

Die Beschwerdesache wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 29.08.2018 zur Entscheidung vorgelegt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 22.01.2020 Frau DI XXXX die Beschwerde vom 13.03.2018 zur Kenntnis gebracht. Des Weiteren wurde sie aufgefordert, diverse Fragen zur ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin zu beantworten.

Frau DI XXXX ist der Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nachgekommen und hat keine Stellungnahme abgegeben.

#### II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

## 1. Feststellungen:

Frau DI XXXX war in der Zeit von 01.10.2007 bis 28.02.2009 als echte Dienstnehmerin nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit a AIVG für die Beschwerdeführerin tätig.

Am 01.03.2009 wurde zwischen der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX ein als „Freier Dienstvertrag“ bezeichneter schriftlicher Vertrag abgeschlossen. Laut diesem Vertrag war Frau DI XXXX ab 01.03.2009 für die Beschwerdeführerin im Bereich „Projektleitung/Örtliche Bauaufsicht/Baubetreuung“ tätig.

Frau DI XXXX wurde aufgrund dieses Vertrages in verfahrensgegenständlichen Zeiträumen im Rahmen von Projekten, die von den Kunden der Beschwerdeführerin beauftragt wurden, tätig. Nach Übernahme eines Kundenauftrages durch die Beschwerdeführerin trat die Beschwerdeführerin an Frau DI XXXX heran und klärte mit ihr ab, ob sie das Projekt übernehmen kann bzw. will. Es bestand keine Verpflichtung, einen solchen Auftrag zu übernehmen. Frau DI XXXX hatte die Möglichkeit, Aufträge sanktionsfrei abzulehnen und hat sie dies im verfahrensrelevanten Zeitraum auch getan.

Wenn Frau DI XXXX einen Auftrag annahm, übernahm sie dabei alle Tätigkeiten, die für die bauliche Umsetzung eines Bauprojekts bis zur Übergabe an den Kunden notwendig sind. Hierbei handelte es sich insbesondere um die Durchführung von Ausschreibungen, Baustelleneinrichtung, Koordination der ausführenden Professionisten, Bauaufsicht, Überwachung der Mängelbehebung, Kostenkontrolle, Schlussbegehung, Übergabe an den Bauherren und Endabrechnung.

Im Architekturbüro der Beschwerdeführerin stand Frau DI XXXX ein Arbeitsplatz mit entsprechender Infrastruktur zur Verfügung; sie hatte – zumal sie einen Schlüssel besaß - jederzeit, auch während der Feiertage, die Möglichkeit, jedoch nie die Verpflichtung, diesen Arbeitsplatz zu nutzen.

Hinsichtlich der Arbeitszeit von Frau DI XXXX gab es keinerlei Vorgaben seitens der Beschwerdeführerin; Frau DI XXXX konnte ihre Arbeitszeit selbst bestimmen. Vom Auftraggeber bzw. vom Kunden wurde lediglich der Fertigstellungstermin für das jeweilige Projekt bekanntgegeben. Die Arbeitszeit von Frau DI XXXX variierte täglich. Die Beschwerdeführerin war nur zu einem kleinen Teil in die Terminplanung eingebunden, zum Großteil vereinbarte Frau DI XXXX ihre Termine mit den am Bauvorhaben beteiligten Personen und Unternehmen selbst.

Frau DI XXXX konnte ihren Arbeitsort selbst bestimmen. Sie erbrachte ihre Tätigkeiten teilweise im Architekturbüro der Beschwerdeführerin, vielfach auf der Baustelle unter Verwendung ihres eigenen Mobiltelefons, Fotoapparats und Laptops und sie arbeitete auch von ihrem Wohnort aus.

Frau DI XXXX war an keinerlei Weisungen hinsichtlich des Arbeitsablaufs, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes gebunden. Es war ihr selbst überlassen, wo, wann und in welcher Art und Weise sie ihre Tätigkeit erbringt. Sie war in ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin keinen persönlichen Weisungen, welche ihre Gestaltungsfreiheit bei Erbringung der Tätigkeit ausgeschaltet hätten, unterworfen. Sie unterlag keiner Kontrolle durch die Beschwerdeführerin.

Die Vergütung der von Frau DI XXXX erbrachten Tätigkeiten erfolgte auf Basis der geleisteten Stunden. Sie erhielt ein Bruttohonorar in Höhe von € 19,54 pro Stunde. Betreffend die verrechenbaren Stunden wurden von Frau DI XXXX Aufzeichnungen in einem Online-System der Beschwerdeführerin geführt, um einerseits die Abrechnung zwischen der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX zu ermöglichen und andererseits dienten diese Daten als Basis für die Abrechnung mit dem Kunden der Beschwerdeführerin.

Frau DI XXXX stand es frei, auch für andere Architekturbüros tätig zu werden; es bestand kein Konkurrenzverbot. Frau DI XXXX ist in verfahrensrelevanten Zeiträumen jedoch nicht für andere Architekturbüros tätig geworden.

Frau DI XXXX hatte das vertragliche eingeräumte Recht, sich von Dritten vertreten zu lassen, hatte jedoch über die beabsichtigte Vertretung die Beschwerdeführerin rechtzeitig zu informieren. Frau DI XXXX hat sich fallweise in Zeiten von großer Arbeitsauslastung von Dritten unterstützen lassen. Im Falle der Erkrankung oder des Urlaubes von Frau DI XXXX wurde ihr Projekt von Kollegen übernommen bzw. große Entscheidungen wurden in dem Fall von der Beschwerdeführerin getroffen, zumal ein Außenstehender, welche keine Kenntnis über das jeweilige Projekt bzw. die Abläufe hat, die Vertretung der Frau DI XXXX nicht übernehmen konnte.

## 2. Beweiswürdigung:

Es ist unstrittig, dass Frau DI XXXX in der Zeit von 01.10.2007 bis 28.02.2009 als echte Dienstnehmerin nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit a AIVG für die Beschwerdeführerin tätig war.

Der am 01.03.2009 abgeschlossene „Freie Dienstvertrag“ liegt im Akt ein.

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit von Frau DI XXXX ergeben sich aus den übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX in Zusammenschau mit dem am 01.03.2009 abgeschlossenen freien Dienstvertrag. Frau DI XXXX hat in ihrer Stellungnahme (Arbeitsbeschreibung) vom 14.02.2013 und in der Niederschrift vor der ÖGK vom 01.03.2012 (gemeint: 01.03.2013) ausführlich ihre Tätigkeit für die Beschwerdeführerin beschrieben und stehen ihre diesbezüglichen Angaben im Einklang sowohl mit den von der Beschwerdeführerin getätigten Ausführungen als auch mit dem am 01.03.2009 abgeschlossenen freien Dienstvertrag.

Bei den im Bescheid der ÖGK getroffenen Feststellungen hinsichtlich Bindung der Frau DI XXXX an Arbeitszeit und -ort sowie an Arbeitsanweisungen der Beschwerdeführerin handelt es sich um Vermutungen, welche den übereinstimmenden Aussagen von Frau DI XXXX und der Beschwerdeführerin widersprechen und kann nicht nachvollzogen werden, wie die ÖGK zu diesen Feststellungen gelangt ist.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 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 das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. In der vorliegenden Angelegenheit wurde kein derartiger Antrag gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter.

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt. 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, 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.

Zu A) Stattgabe der Beschwerde:

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

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG sind die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert).

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder

c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

Nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl. etwa VwGH v. 21.12.2005, ZI.2004/08/0066) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits 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, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel 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 (VwGH 05.06.2002, 2001/08/0107, 0135 sowie 03.07.2002, 2000/08/0161).

Ein solches Werk ist gegenständlich nicht ersichtlich. Gegenstand der Tätigkeit von Frau DI XXXX war die Projektleitung/Örtliche Bauaufsicht/Baubetreuung für Projekte der Beschwerdeführerin. Zu ihren Aufgaben gehörten alle Tätigkeiten, die für die bauliche Umsetzung eines Bauprojekts bis zur Übergabe an den Kunden notwendig sind. Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Aus einem solchen Erwerbstätigen wird auch dann kein selbständiger 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, 2013/08/0258, mwN; zu "atomisierten Werkverträgen" vgl. Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 ff).

Da somit das Vorliegen von einem oder mehreren Werkverträge im gegenständlichen Fall zu verneinen ist, ist in weiterer Folge zu prüfen, ob die beschwerdegegenständlichen Tätigkeiten im Rahmen eines persönlich abhängigen oder im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht worden sind. Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. z.B. das VwGH Erkenntnis vom 24. Jänner 2006, ZI. 2004/08/0101, mwN).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht.

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt 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. VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). 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 Vertretungsbefugnis 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 (vgl. VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152, mwN).

Selbst die Vereinbarung eines generellen 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 geübt 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, 2010/08/0256, mwN).

Von einer die persönliche Leistungspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis ist unter den gegebenen Umständen nicht auszugehen, zumal sich Frau DI XXXX zwar fallweise in Zeiten von großer Arbeitsauslastung von Dritten unterstützen ließ; im Falle der Erkrankung oder des Urlaubes von Frau DI XXXX wurde ihr Projekt jedoch von Kollegen übernommen bzw. große Entscheidungen wurden in dem Fall von der Beschwerdeführerin getroffen, zumal ein Außenstehender, welche keine Kenntnis über das jeweilige Projekt bzw. die Abläufe hat, die Vertretung der Frau DI XXXX nicht übernehmen konnte. Es kam sohin bloß zu einer internen Vertretung; Frau DI XXXX konnte sich sohin nicht jederzeit durch Dritte vertreten lassen.

Im Ergebnis bestand sohin im Wesentlichen eine persönliche Arbeitspflicht der Frau DI XXXX.

Ob bei Erfüllung einer 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, 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. VwGH (verstärkter Senat) 10.12.1986, 83/08/0200, VwSlg. 12.325/A).

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, 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 Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt 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 ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa VwGH 15.5.2013, 2013/08/0051).

Die von der Rechtsprechung hervorgehobenen personenbezogenen Weisungs- und Kontrollbefugnisse des Dienstgebers gehen über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und betreffen das

Verhalten des Erwerbstätigen und die Art und Weise, wie er seine Tätigkeiten verrichtet (zB Pünktlichkeit, Verlässlichkeit, persönliches Erscheinungsbild, Benehmen, Kommunikationskultur, Arbeitseifer, Sorgfalt, Lernbereitschaft, Teamfähigkeit, Lenkbarkeit, Einfüfungsbereitschaft in vorgegebene Strukturen des Arbeitsablaufs usw). Sie sind Mittel des Dienstgebers, unter Beachtung der Fürsorgepflicht auf das persönliche Verhalten des Dienstnehmers Einfluss zu nehmen und dieses im betrieblichen Interesse (laufend) zu steuern. Der daraus erwachsende personenbezogene Anpassungsdruck (VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003) schränkt die Bestimmungsfreiheit des Erwerbstätigen maßgeblich ein und begründet seine persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG.

Im Unterschied dazu geht es dem Dienst- bzw. Auftraggeber bei einem freien Dienstnehmer oder bei einem selbständigen Erwerbstätigen (nach dem Gesamtbild der Tätigkeit) nicht um eine solche (laufende) Steuerung des persönlichen Verhaltens, sondern in erster Linie um die sachlichen Ergebnisse der Tätigkeit (VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185, 0192; 17.10.2012, 2010/08/0256) bzw. darum, ob die (Geschäfts)Beziehung zu einem - in persönlichen Belangen selbstbestimmten - Partner zufriedenstellend verläuft oder nicht. Der Dienst- bzw. Auftraggeber beschränkt sich - soweit dies bei solchen Tätigkeiten, die meist eine besondere Qualifikation erfordern, möglich ist - auf eine Steuerung der Ergebnisse der Tätigkeit und ist im Übrigen darauf beschränkt, die Zusammenarbeit mit dem selbstbestimmten Partner aufrecht zu erhalten oder sie zu beenden (sachliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse).

Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (VwGH 25.6.2013, 2013/08/0093).

Im gegenständlichen Fall wurde zwischen Frau DI XXXX und der Beschwerdeführerin am 01.03.2009 ein als „Freier Dienstvertrag“ bezeichneter schriftlicher Vertrag abgeschlossen. Es ist kein Hinweis dafür hervorgekommen, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abgewichen sind.

Im vorliegenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einbindung von Frau DI XXXX in den Betrieb der Beschwerdeführerin. Insbesondere ergibt sich eine solche nicht aus der bloßen Möglichkeit, Betriebsmittel der Dienstgeberin zu verwenden, im vorliegenden Fall die Büroräumlichkeiten der Beschwerdeführerin zu nutzen. Wie festgestellt, konnte die Frau DI XXXX ihren Arbeitsort und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen. Daran vermag auch der Umstand, dass betreffend die verrechenbaren Stunden von Frau DI XXXX Aufzeichnungen in einem Online-System der Beschwerdeführerin geführt wurden, nichts zu ändern, zumal diese Aufzeichnungen nicht der Einhaltung von Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit dienten, sondern deshalb geführt wurden, um einerseits die Abrechnung zwischen der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX zu ermöglichen und andererseits dienten diese Daten als Basis für die Abrechnung mit dem Kunden der Beschwerdeführerin. Frau DI XXXX war sohin in Bezug auf Arbeitszeit und -ort keinen Weisungen der Beschwerdeführerin unterworfen. Wie festgestellt, war Frau DI XXXX in ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin zudem keinen persönlichen Weisungen, welche ihre Gestaltungsfreiheit bei Erbringung der Tätigkeit ausgeschaltet hätten, unterworfen.

Kann eine Einbindung in den Betrieb nicht festgestellt werden, so ist für die Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit zu prüfen, ob sonstige personenbezogene Kontrollbefugnisse bestehen, die eine persönliche Abhängigkeit bewirken (VwGH 14.11.2018, Ra 2018/08/0172, 0173). Diese gehen wie erwähnt über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und zielen auf eine Steuerung des persönlichen arbeitsbezogenen Verhaltens des Erwerbstätigen. Als Kontrollmechanismen kommen in erster Linie personenbezogene Berichterstattungspflichten in Frage. Die Berichte müssen einer über die sachliche Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinausgehenden persönlichen Kontrolle des Erwerbstätigen dienen. Wie festgestellt, unterlag Frau DI XXXX keiner Kontrolle durch die Beschwerdeführerin.

Frau DI XXXX war nicht in den Betrieb der Beschwerdeführerin organisatorisch eingebunden, war keinen persönlichen Weisungen unterworfen und es bestand keine die persönliche Bestimmungsfreiheit von Frau DI XXXX einschränkende

Kontrollmöglichkeit durch die Beschwerdeführerin. All diese Umstände sprechen gegen das Vorliegen eines abhängigen Dienstverhältnisses.

Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Fall in einer Gesamtbetrachtung von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher Unabhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Abhängigkeit iSd. § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen.

Da somit keine persönliche Abhängigkeit von Frau DI XXXX vorlag, bleibt zu prüfen, ob die Tätigkeit der Frau DI XXXX für die Beschwerdeführerin eher "dienstnehmerähnlich" oder "unternehmerähnlich" war. Freie Dienstnehmer, welche sowohl entgeltlich als auch für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbereichs die Dienstleistung im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen Betriebsmittel verfügen, also dienstnehmerähnlich sind, werden nach § 4 Abs. 4 ASVG pflichtversichert, wohingegen jene, die mangels Vorliegens der Kriterien des § 4 Abs. 4 ASVG in der Regel als "Neue Selbständige" (subsidiär) nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG pflichtversichert sind.

Wie festgestellt, hat Frau DI XXXX die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin im Wesentlichen persönlich erbracht und dafür ein Entgelt bezogen.

Auch das Vorliegen von eigenen wesentlichen Betriebsmitteln ist zu verneinen. Ein Betriebsmittel ist nämlich dann wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG, 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 (vgl. VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185). Es ist eine Gesamtbetrachtung aller eingesetzten Betriebsmittel vorzunehmen, wobei diese darauf hin zu beurteilen sind, ob sie für die vom Erwerbstätigen erbrachte Wirtschaftsleistung wesentlich waren und ob er sich damit eine eigene betriebliche Struktur geschaffen hat (vgl. idS VwGH 15.5.2013, 2012/08/0163; 19.10.2015, 2013/08/0185).

Im gegenständlichen Fall hat Frau DI XXXX als eigene Betriebsmittel lediglich Handy, Laptop und Fotoapparat verwendet. Hierzu ist einerseits auszuführen, dass es sich bei Laptop, Handy und Fotoapparat um solche Betriebsmittel handelt, welche üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet werden und wurde andererseits eine überwiegende betriebliche Verwendung von Laptop, Handy und Fotoapparat im Verfahren nicht dargelegt (vgl. dazu VwGH 25.04.2018, Ra 2018/08/044). Frau DI XXXX hat die von ihr bereitgestellten Betriebsmittel (Handy, Laptop, Fotoapparat) nicht zum Aufbau einer betrieblichen Infrastruktur verwendet. Im Ergebnis ist im konkreten Fall somit vom Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel auszugehen ist.

Das Vorliegen einer qualifizierten Dienstgebereigenschaft (§ 4 Abs. 4 Z 1 ASVG) als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Pflichtversicherung als freie Dienstnehmerin ist ebenfalls zu bejahen, zumal Frau DI XXXX im Rahmen des Geschäftsbetriebes der Beschwerdeführerin für diese tätig war.

Zusammengefasst lag daher bei Frau DI XXXX in verfahrensgegenständlichen Zeiträumen ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor. Sie unterliegt somit in der Zeit vom 01.03.2009 bis 19.07.2011, an den Tagen 09.08.2011, 24.01.2012 und 31.01.2012 sowie von 02.02.2012 bis 31.12.2014 der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG.

Seit in Kraft treten von § 1 Abs. 8 AIVG, idFBGBl. I Nr. 104/2007, mit 01.01.2008 sind freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG Dienstnehmern gemäß § 4 Abs. 2 gleichgestellt und unterliegen somit auch freie Dienstverhältnisse der Arbeitslosenversicherung. Für die Zeit vom 01.03.2009 bis 19.07.2011, an den Tagen 09.08.2011, 24.01.2012 und 31.01.2012 sowie von 02.02.2012 bis 31.12.2014 war daher auch die Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG festzustellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG 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 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.

Die Abweisung der Beschwerde ergeht in Anlehnung an die oben zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum ASVG. Die gegenständliche Entscheidung weicht daher weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Arbeitszeit Betriebsmittel freier Dienstnehmer freier Dienstvertrag Unabhängigkeit Weisungsfreiheit  
Zeitraumbezogenheit

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W228.2204438.1.00

#### **Im RIS seit**

28.01.2021

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.01.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)