

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/7/26 W228 2213893-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.07.2021

## Entscheidungsdatum

26.07.2021

## Norm

AIVG §1 Abs1 lita

AIVG §1 Abs8

ASVG §4 Abs1

ASVG §4 Abs2

ASVG §4 Abs4

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W228 2213893-1/9E

W228 2213896-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX OG sowie deren Rechtsnachfolgerin XXXX GMBH, vertreten durch die XXXX STEUERBERATUNG GMBH, gegen die beiden Bescheide der vormaligen Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 11.12.2018, XXXX sowie XXXX , zu Recht erkannt:

A)

Den Beschwerden wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG stattgegeben und es wird festgestellt, dass Herr XXXX in der Zeit vom 13.02.2013 bis 07.12.2013 aufgrund seiner Tätigkeit für die XXXX OG und von 08.12.2013 bis 17.02.2014 aufgrund seiner Tätigkeit für deren Rechtsnachfolgerin XXXX GmbH der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungspflicht als freier Dienstnehmer 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 er 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 11.12.2018, XXXX , hat die vormalige Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK), festgestellt, dass Herr XXXX , VSNR XXXX , aufgrund seiner Beschäftigung bei der Dienstgeberin XXXX OG (im Folgenden Beschwerdeführerin) in der Zeit vom 13.02.2013 bis 07.12.2013 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 XXXX vom 13.02.2013 bis 07.12.2013 für die Beschwerdeführerin als Programmierer tätig gewesen sei. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Programmierstätigkeit von Herrn XXXX auf Werkvertragsbasis erfolgt sei, habe durch keinen Beweis gestützt werden könne. Herr XXXX sei bei seiner Tätigkeit laufend Weisungen und Kontrollen durch die Beschwerdeführerin unterworfen gewesen. Er habe am firmeneigenen Test-, Produktiv- und SVN-Server der Beschwerdeführerin gearbeitet. Außerdem sei ihm eine eigene Emailadresse der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden, mit der er gegenüber Kunden als Mitarbeiter der Beschwerdeführerin aufgetreten sei. Herr XXXX sei gegenüber der Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, sich im Krankheitsfall zu melden. Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass sich Herr XXXX vertreten habe lassen können, habe durch keinen Beweis gestützt werden könne. Das Interesse der Beschwerdeführerin sei nicht auf Erbringung eines konkreten Werkes, sondern vielmehr auf die laufende Betreuung der Agenden durch Herrn XXXX gerichtet gewesen. Er sei bei seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten unterlegen. Er sei daher in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt gewesen und sei daher als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Ab. 2 ASVG zu qualifizieren.

Mit Bescheid ebenfalls vom 11.12.2018, XXXX , hat die ÖGK festgestellt, dass Herr XXXX aufgrund seiner Beschäftigung bei der Dienstgeberin XXXX GmbH (Rechtsnachfolgerin der XXXX OG), in der Zeit vom 08.12.2013 bis 17.02.2014 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.

Die Bescheidbegründung deckt sich inhaltlich mit der Begründung des oben genannten, weiteren Bescheides vom 11.12.2018.

Gegen die beiden Bescheide vom 11.12.2018 erhob die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin mit Schriftsatz jeweils vom 09.01.2019 fristgerecht Beschwerde. Darin wurde jeweils ausgeführt, dass es sich um ein freies Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG gehandelt habe. So seien kein Arbeitsort und keine Arbeitszeit schriftlich oder mündlich mit Herrn XXXX vereinbart worden. Arbeitszeitaufzeichnungen seien nicht verlangt worden. Die Beschwerdeführerin habe mit Herrn XXXX rein inhaltliche, die Projekte betreffende Änderungen besprochen und habe keinen Zugriff, und somit keine Kontrolle auf die Arbeiten des Herrn XXXX auf seinem Notebook gehabt. Es sei niemals zu einer Weisung gekommen, die das persönliche Verhalten des Herrn XXXX betroffen hätte. Auch eine Integration in die betriebliche Struktur der Beschwerdeführerin sei zu verneinen, da Herr XXXX weder ein Schreibtisch, noch ein Telefonanschluss noch Visitenkarten oder ein Schlüssel für den Zugang zum Büro zur Verfügung gestellt worden seien. Von beiden Seiten sei bestätigt worden, dass ein Honorar von € 20,00 pro Stunde vereinbart worden sei. Weiters sei von beiden Seiten bestätigt worden, dass es kein Konkurrenzverbot gegeben habe. Es sei darauf hinzuweisen, dass Herr XXXX im Zeitraum Februar 2012 bis November 2013 bei der Firma XXXX GmbH tätig gewesen sei. Von dieser Tätigkeit habe die Beschwerdeführerin keine Kenntnis gehabt. Herr XXXX sei somit anscheinend sehr wohl „am Markt“ aufgetreten. Im gegenständlichen Fall sei daher von einem Überwiegen jener Kriterien, die für ein freies Dienstverhältnis sprechen, auszugehen.

Die Beschwerdesache wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 31.02.2019 zur Entscheidung vorgelegt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 08.03.2021 die ÖGK um Stellungnahme zu den Beschwerdeenhalten der beiden Beschwerden ersucht.

Am 17.03.2021 langte eine mit 16.03.2021 datierte Stellungnahme der ÖGK beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 19.03.2021 der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin das Schreiben an die ÖGK vom 08.03.2021 sowie die Antwort der ÖGK vom 16.03.2021 übermittelt.

Am 15.04.2021 langte eine Stellungnahme der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 03.05.2021 Herrn XXXX den bisherigen Schriftverkehr zwischen dem Bundesverwaltungsgericht, der ÖGK und der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin übermittelt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Herr XXXX war im Zeitraum von 13.02.2013 bis 17.02.2014 für die XXXX OG sowie für deren Nachfolgesellschaft XXXX GmbH als Programmierer tätig. Er hat hierbei Programmierarbeiten für interne und externe Projekte durchgeführt; es handelte sich hierbei um die Programmierung von Webseiten und Systemen.

Betreffend diese gegenständliche Tätigkeit des Herrn XXXX gab es keine schriftliche Vereinbarung, sondern es bestand lediglich eine mündliche Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und Herrn XXXX .

Herr XXXX konnte seinen Arbeitsort selbst bestimmen. Herr XXXX hat seine Tätigkeit für die Beschwerdeführerin hauptsächlich an seinem Wohnort unter Verwendung seines eigenen Notebooks ausgeübt. Er hatte keinen eigenen Arbeitsplatz am Sitz der Beschwerdeführerin. Er hatte auch keinen Schlüssel für die Büroräumlichkeiten der Beschwerdeführerin, sondern er hat angeläutet wenn er zu Besprechungen an den Firmensitz der Beschwerdeführerin gekommen ist.

Hinsichtlich der Arbeitszeit von Herrn XXXX gab es keine Vorgaben seitens der Beschwerdeführerin; Herr XXXX konnte seine Arbeitszeit selbst bestimmen. Arbeitszeitaufzeichnungen mussten nicht vorgelegt werden.

Der Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und Herrn XXXX fand hauptsächlich telefonisch oder per Email statt. In unregelmäßigen Abständen fanden Besprechungen von Herrn XXXX mit der Beschwerdeführerin in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin statt, im Zuge derer der Programmierfortschritt erörtert wurde. Die Termine für diese Besprechungen wurden einvernehmlich zwischen der Beschwerdeführerin und Herrn XXXX ausgemacht.

Herr XXXX war an keinerlei Weisungen hinsichtlich des Arbeitsablaufs, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes gebunden. Es war ihm selbst überlassen, wo, wann und in welcher Art und Weise er seine Tätigkeit erbringt. Die Beschwerdeführerin hat Herrn XXXX lediglich inhaltliche Weisungen erteilt; so wurden beispielsweise Änderung der Websitegestaltung besprochen. Herr XXXX war in seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin keinen persönlichen Weisungen unterworfen.

Die Beschwerdeführerin hatte keine Möglichkeit auf das Notebook des Herrn XXXX zuzugreifen, eine laufende Kontrolle seiner Tätigkeit durch die Beschwerdeführerin war sohin nicht möglich.

Herr XXXX hat seine Tätigkeiten auf seinem eigenen Notebook verrichtet, auf welchem die Freeware installiert war. Kostenpflichtige Programme, welche von der Beschwerdeführerin angemietet wurden, wurden ihm von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt. Zugangsdaten dafür hat er von der Beschwerdeführerin erhalten.

Eine allfällige Vertretungsmöglichkeit des Herrn XXXX durch Dritte wurde zwischen Herrn XXXX und der Beschwerdeführerin nicht besprochen; ein Vertretungsfall ist jedoch nie eingetreten.

Herrn XXXX stand es frei, auch für andere Firmen tätig zu werden; es bestand kein Konkurrenzverbot. Herr XXXX ist von Februar 2012 bis November 2013 bei der Firma „ XXXX GmbH“ als Business Unit Leader IT tätig gewesen.

Die Vergütung der von Herrn XXXX erbrachten Tätigkeiten erfolgte auf Basis der geleisteten Stunden. Herr XXXX hat Honorarnoten gelegt. Er erhielt ein Nettohonorar in Höhe von € 20,00 pro Stunde. Er hat im verfahrensgegenständlichen Zeitraum insgesamt € 20.740,00 erhalten.

Am 24.01.2014 wurde seitens der Beschwerdeführerin eine Anmeldung des Herrn XXXX „unter Protest“ als freier Dienstnehmer bei der ÖGK eingebracht.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit von Herrn XXXX ergeben sich aus den Angaben der Beschwerdeführerin in Zusammenschau mit den Angaben des Herrn XXXX .

Herr XXXX und die Beschwerdeführerin gaben übereinstimmend an, dass Herr XXXX seine Tätigkeit hauptsächlich an seinem Wohnort ausgeübt und keinen Arbeitsplatz in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin gehabt habe.

Bezüglich der Arbeitszeit gab die Beschwerdeführerin an, dass seitens der Beschwerdeführerin kein Einfluss auf die Arbeitszeiten des Herrn XXXX genommen worden sei. Herr XXXX gab in der Verhandlung vor der ÖGK am 04.09.2014 an: „Ich war täglich – von Montag bis Freitag – von etwa 09:00 Uhr bis etwa 14:00 Uhr, was sich auch verlagern konnte, online.“ Er gestand sohin selbst zu, dass er keine fixen Arbeitszeiten gehabt hat und er seine Arbeitszeiten verlagern konnte. Überdies gab Herr XXXX in der Verhandlung am 04.09.2014 selbst an, dass Arbeitszeiten nicht explizit vereinbart gewesen seien, sowie, dass Arbeitszeitaufzeichnungen nicht vorgelegt werden mussten.

Zu den Besprechungen am Firmensitz der Beschwerdeführerin, im Zuge derer der Programmierfortschritt erörtert wurde, ist zu bemerken, dass sowohl Herr XXXX als auch die Beschwerdeführerin angaben, dass solche Besprechungen stattgefunden haben. Dem Vorbringen des Herrn XXXX , dass die Termine für diese Besprechungen von der Beschwerdeführerin festgelegt worden seien, kann jedoch nicht gefolgt werden, zumal sich aus einem vorgelegten Emailverlauf zwischen Herrn XXXX und der Beschwerdeführerin vom 25./26.07.2013 ergibt, dass Termine auch seitens des Herrn XXXX vorgeschlagen wurden und steht dies auch im Einklang mit der Aussage der Beschwerdeführerin in der Verhandlung vom 04.09.2014, wonach sie sich manchmal auch nach den zeitlichen Bedürfnissen des Herrn XXXX gerichtet habe.

Zur Feststellung, wonach Herr XXXX keinen persönlichen Weisungen unterworfen war, ist auf die Aussagen des Herrn XXXX zu verweisen („Ich habe kontinuierlich Weisungen erhalten zB Änderung bei der Websitegestaltung (...)" ), aus welchen sich ergibt, dass gegenständlich lediglich inhaltliche Weisungen vorlagen.

Die Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin keinen Zugriff auf das Notebook des Herrn XXXX hatte, ergibt sich aus den übereinstimmenden Aussagen des Herrn XXXX und der Beschwerdeführerin.

Die Feststellung, wonach Herr XXXX mit seinem eigenen Notebook arbeitete, auf dem die Freeware installiert war, ergibt sich aus den übereinstimmenden Aussagen der Herrn XXXX und der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin bestätigte in der Verhandlung am 04.09.2014 die Aussage des Herrn XXXX , dass kostenpflichtige Programme, für welche die Beschwerdeführerin Miete zahlte, wie beispielsweise ein Mehrsprachen-Plugin, von Herrn XXXX benutzt werden konnten.

Es ist unstrittig, dass sich Herr XXXX niemals vertreten ließ. Herr XXXX und die Beschwerdeführerin gaben übereinstimmend an, dass kein Vertretungsfall eingetreten ist.

Dass kein Konkurrenzverbot bestand, ist ebenfalls unstrittig und wurde dies von Herrn XXXX und der Beschwerdeführerin gleichlautend angegeben.

Der Umstand, dass Herr XXXX von Februar 2012 bis November 2013 bei der Firma „ XXXX GmbH“ als Business Unit Leader IT tätig gewesen ist, ergibt sich aus seinem Profil auf [www.linkedin.com](http://www.linkedin.com). Herr XXXX gab widersprüchlich dazu in der Verhandlung am 04.09.2014 auf die Frage, ob er sich während des Zeitraums, in dem er für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei, „auf dem Markt bewegt“ habe, an, dass er dies nicht getan habe. Seiner diesbezüglichen Aussage kann daher aufgrund der Einsichtnahme in sein LinkedIn-Profil nicht gefolgt werden.

Die Honorarnoten liegen im Akt ein.

Die Anmeldung des Herrn XXXX als freier Dienstnehmer durch die Beschwerdeführerin vom 24.01.2014 ist unstrittig.

## 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 bäuerlichen 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 Herrn XXXX war die Programmierung von Webseiten und Systemen. 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 mehrerer 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).

Wie festgestellt, hat sich Herr XXXX nicht vertreten lassen; ein Vertretungsfall ist zu keinem Zeitpunkt eingetreten. Im Ergebnis ist sohin von einer persönlichen Arbeitspflicht des Herrn XXXX auszugehen.

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 Begriffspaars - 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).

Im vorliegenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einbindung von Herrn XXXX in den Betrieb der Beschwerdeführerin. Wie festgestellt, konnte Herr XXXX seinen Arbeitsort und seine Arbeitszeit selbst bestimmen. Aus gelegentlichen, unregelmäßigen Treffen des Herrn XXXX mit der Beschwerdeführerin in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin zur Besprechung des Programmierfortschrittes ist keine Bindung an den Arbeitsort bzw. an die Arbeitszeit ableitbar, insbesondere zumal die Termine für diese Treffen einvernehmlich ausgemacht und nicht von der Beschwerdeführerin vorgegeben wurden. Herr XXXX war sohin in Bezug auf Arbeitszeit und -ort keinen Weisungen der Beschwerdeführerin unterworfen. Wie festgestellt, war Herr XXXX in seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin zudem keinen persönlichen, sondern lediglich sachlichen, inhaltlichen Weisungen 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, hatte die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit auf das Notebook des Herrn XXXX zuzugreifen; eine laufende Kontrolle seiner Tätigkeit durch die Beschwerdeführerin war sohin nicht möglich.

Herr XXXX war nicht in den Betrieb der Beschwerdeführerin organisatorisch eingebunden, war keinen persönlichen Weisungen unterworfen und es bestand keine die persönliche Bestimmungsfreiheit von Herrn XXXX einschränkende Kontrollmöglichkeit durch die Beschwerdeführerin. Überdies bestand kein Konkurrenzverbot und ist Herr XXXX ist von Februar 2012 bis November 2013 neben seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin auch für eine andere Firma als Business Unit Leader IT tätig gewesen. 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 Herrn XXXX vorlag, bleibt zu prüfen, ob die Tätigkeit des Herrn 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 Herr XXXX die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 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).

Dabei ist es in erster Linie in der Ingerenz eines (potentiellen) freien Dienstnehmers gelegen, ob er über eine unternehmerische Struktur verfügen möchte oder nicht, ob er also seine Tätigkeit grundsätzlich eher arbeitnehmerähnlich (d.h. keine Tätigkeit für den "Markt", sondern im Wesentlichen für einen Auftraggeber oder doch eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, ohne eigene betriebliche Struktur, gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen, wie zB durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.) ausführen möchte oder ob er eher unternehmerisch tätig sein und das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will (d.h. zB - losgelöst vom konkreten Auftrag - spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert). Auch in Fällen, in denen eine unternehmerische Organisation bestimmten Ausmaßes nicht klar zutage tritt, ist ein Betriebsmittel grundsätzlich dann für eine Tätigkeit wesentlich, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und die damit einhergehende steuerliche 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.

Die demnach maßgebliche eigene unternehmerische Infrastruktur ist im Fall des Herrn XXXX zu verneinen. Im gegenständlichen Fall hat Herr XXXX seine Tätigkeiten auf seinem eigenen Notebook verrichtet, auf welchem die Freeware installiert war. Kostenpflichtige Programme, welche von der Beschwerdeführerin angemietet wurden, wurden ihm von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt. Hierzu ist einerseits auszuführen, dass es sich bei einem Notebook und der darauf installierten Freeware um solche Betriebsmittel handelt, welche üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet werden und wurde andererseits eine überwiegende betriebliche Verwendung im

Verfahren nicht dargelegt (vgl. dazu VwGH 25.04.2018, Ra 2018/08/044). Herr XXXX hat die von ihm bereitgestellten Betriebsmittel (Notebook und Freeware) nicht durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet. Im Ergebnis ist im konkreten Fall somit vom Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel auszugehen ist.

Der Umstand allein, dass Herr XXXX im verfahrensrelevanten Zeitraum auch für ein weiteres Unternehmen IT-Tätigkeiten durchführte, vermag das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses nicht auszuschließen, zumal – wie oben ausgeführt – eine Tätigkeit, welche im Wesentlichen für einen Auftraggeber oder doch eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, ohne eigene betriebliche Struktur, ausgeübt wird, arbeitnehmerähnlich ist und daher im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses ausgegangen werden kann.

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

Zusammengefasst lag daher bei Herrn XXXX im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor. Er unterliegt somit in der Zeit 13.02.2013 bis 17.02.2014 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 13.02.2013 bis 17.02.2014 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**

Arbeitsplatz Arbeitszeit Betriebsmittel freier Dienstnehmer freier Dienstvertrag Pflichtversicherung Unabhängigkeit Weisungsfreiheit

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

ECLI:AT:BVWG:2021:W228.2213893.1.00

### **Im RIS seit**

16.09.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

16.09.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

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