jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/9/10 W156 2236055-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.09.2021

Entscheidungsdatum

10.09.2021

Norm

AlVG §1 Abs1 lita
ASVG §4 Abs1 Z1
ASVG §4 Abs2
B-VG Art133 Abs4

Spruch

W156 2236055-1/14E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Alexandra KREBITZ als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch KNOETZL HAUGENDER NETAL, Rechtsanwälte, in 1010 Wien, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse (vormals NÖGKK) vom 08.09.2020, GZ VA-VR XXXX betreffend Feststellung, dass Herr XXXX aufgrund seiner Tätigkeit für die XXXX OG in der Zeit vom 06.04.2012 bis 18.09.2013 und seiner Tätigkeit für die XXXX GmbH vom 19.09.2013 bis 30.04.2017 der Voll- (Kranken- Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterliegt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20.05.2021, zu Recht:

A) I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid wird behoben.

II. Herr XXXX unterliegt aufgrund seiner Tätigkeit für die XXXX OG in der Zeit von 06.04.2012 bis 18.09.2013 und seiner Tätigkeit für die XXXX GmbH vom 19.09.2013 bis 30.04.2017nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit a AlVG.

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

1. Am 08.09.2020 erließ die Österreichische Gesundheitskasse (vormals NÖGKK - in weiterer Folge: belangte Behörde) einen Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass Herr XXXX (in weiterer Folge: mitbeteiligte Partei, kurz: mbP) aufgrund seiner Tätigkeit für die XXXX OG in der Zeit vom 06.04.2012 bis 18.09.2013 und seiner Tätigkeit für die XXXX GmbH vom 19.09.2013 bis 30.04.2017 (in weiterer Folge: Beschwerdeführerin, kurz: BF) der Voll- (Kranken- Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterliege. Die Erhebungen hätten ergeben, dass ein Tätigwerden in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt – sohin ein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG – vorliege.

2. Die BF brachte fristgerecht im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde gegen den Bescheid ein. Die mbP sei in ihrer Zeiteinteilung völlig frei gewesen. Es hätte weder inhaltliche noch organisatorische Weisungen gegeben. Sie hätte Aufträge sanktionslos ablehnen können und es hätte auch keine persönliche Arbeitspflicht bestanden.

3. Der Beschwerdeakt wurde am 14.10.2020 dem Bundesverwaltungsgericht übermittelt.

4. Am 20.05.2021 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. An dieser nahmen teil:

* Vertreter der BF

* Rechtsvertreter der BF

* mbP

* Vertreterin der belangten Behörde

5. Mit Parteiengehör vom 06.07.2021 wurde der BF und der mbP die übermittelten Unterlagen zur schriftlichen Stellungnahme binnen 2 Wochen übermittelt.

6. Mit Schriftsatz vom 20.07.2021 wurde durch den Rechtsvertreter der BF zusammengefasst ausgeführt, dass die mbP hinsichtlich ihrer Tätigkeit bei der BF selbständig entscheiden hätte können, ob sie eine übernommene Leistung selbst erbringe oder den Auftrag weitergebe. Es wäre seitens der BF lediglich ersucht worden, den jeweiligen Vertreter kennenzulernen. Weiters handle es sich bei den von der mbP in den Anlageverzeichnissen der Jahre 2014 bis 2016 angeführten Betriebsmittel um keine geringwertigen Wirtschaftsgüter. Die von der mbP getätigten Anschaffungen würden die Schaffung einer eigenen Betriebsstruktur belegen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die BF ist im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien mit der Zahl FN XXXX eingetragen. Es handelt sich bei der BF um die Gesamtrechtsnachfolgerin der ehemaligen XXXX OG (FN: XXXX), welche am 19.09.2013 aus dem Firmenbuch gelöscht wurde. Die BF ist eine Agentur in den Bereichen digitaler Kommunikation und Medienstrategie.

1.2. Die BF erbringt für die XXXX GmbH (in weiterer Folge: Kundin) ua. die eigenständige Betreuung von Social-Media-Kanäle durch Postings tagesaktueller Nachrichten, grafischer Aufbereitung sowie Live-Postings zu Spielen.

1.3. Die mbP war von 06.04.2012 bis zum 18.09.2013 für die nunmehr gelöschte XXXX und von 19.09.2013 für die 30.04.2017 für die BF tätig und war im Zuge dessen mit der Erstellung und Veröffentlichung von Social-Media-Einträgen und dem Verfassen von journalistischer Texte für deren Kundin zuständig.

Die mbP war im Zeitraum von 01.01.2013 bis 30.04.2017 als neuer Selbständiger gemäß§ 2 Abs. 1 Z 4 GSVG zur Pflichtversicherung gemeldet.

1.4. Die mbP war auf Basis einer als Werkvertrag vom 06.04.2012 titulierten Vereinbarung, für die XXXX OG tätig. Dieser lautet auszugsweise:

„1. Auftragsgegenstand:

Der Auftragnehmer erbringt für den Auftraggeber nachfolgend Leistungen:

Erstellung von Grafiken und Texten für die Facebookpage „ XXXX “ gemäß Auftragserteilung.

2. Rechte und Pflichten des Aufragnehmers:

Der Auftragsnehmer erbringt die vereinbarte Tätigkeit selbständig. Der Auftragnehmer unterliegt hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und konkreter Durchführung der Tätigkeit keinen Weisungen des Auftraggebers.

Der Auftragnehmer hat das Recht sich vertreten zu lassen, ebenso ist die Zuhilfenahme eines Mitarbeiters oder Subunternehmers zulässig.

(....)

3. Honoraranspruch:

Der Honoraranspruch beträgt € 10 pro Stunde und steht dem Auftragnehmer nach erfolgreicher Erbringung bis zu einer monatlichen Höchstgrenze von Euro 900,- zu."

1.5. Eine Vertretung durch externe Personen war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht ohne weiteres möglich. Eine Vertretung fand lediglich in der Form statt, dass die mbP der BF bzw. der Kundin im Vorhinein die externe Person nennen und diese sich bei der BF und bei der Kundin vorstellen musste. Eine Vertretung durch eine der BF bzw. Kundin unbekannte Person war nicht möglich und ist noch nie vorgekommen.

1.6. Ein sanktionsloses Ablehnungsrecht kam der mbP im Rahmen ihrer Tätigkeit für die BF bzw. der Kundin nicht zu. Die mbP war zur Leistung der übernommenen Arbeiten verpflichtet und konnte nicht nach Belieben Aufträge ablehnen.

1.7. Die mbP war verpflichtet Zeitaufzeichnungen zu führen, in welcher ersichtlich war, wie viele Stunden sie für ein durchgeführtes Spielpaket gebraucht hat. Diese musste sie sowohl der BF als auch der Kundin übermitteln.

1.8. Die mbP war gewöhnlich von Freitag bis Sonntag für etwa 10 bis 12 Stunden täglich tätig. Sie erhielt durch die Kundin per Mail bzw. mittels eines Google-Dokumentes für einen Zeitraum von einer Woche einen vorläufigen Dienstplan. Der mbP war es jedoch in diesem Zusammenhang möglich, Arbeitszeiten im Vornhinein zu blockieren.

1.9. Die mbP erhielt von der BF für die Betreuung der Twitter- und Facebook-Seiten der Kundin einen Pauschalbetrag, für welchen sie ab einem bestimmten Zeitpunkt zumindest 60 Stunden abzuleisten hatte. Darüber hinaus erhielt die mbP für die Betreuung der Social-Media-Kanäle der Kundin eine stundenweise Entlohnung.

1.10. Die mbP erhielt im verfahrensgegenständlichen Zeitraum durch XXXX , dem Head of Digital Sport der Kundin, inhaltliche Vorstellungen in Bezug auf die Recherchen und dem Verfassen von Artikeln. Arbeitsbezogene Weisungen waren fallbezogen nicht vorhanden.

1.11. Die mbP hatte zu den Räumlichkeiten der BF keinen Zugang. Bei der Ausübung ihrer Tätigkeit war die mbP an keinen Arbeitsort gebunden. Sie übte ihre Tätigkeit überwiegend von zu Hause aus und ab Anfang 2017 teilweise in den Redaktionen der Kundin sowie in deren Fernsehstudios, für deren Räumlichkeiten sie eine Zugangskarte besaß. Einen Teil ihrer Tätigkeit verrichtete die mbP ebenso in den Stadien bzw. Sportstätten, in welche die jeweiligen Sportveranstaltungen abgehalten wurden.

1.12. Der mbP wurde von der BF kein Laptop für ihre Tätigkeit zur Verfügung gestellt, sie verwendete für die Verrichtung ihrer Tätigkeit ihre eigene EDV, Fernsehgeräte sowie ihr Handy. Im Jahr 2014 wurde durch sie ein Notebook sowie im Jahr 2015 ein Fernsehgerät und ein weiters Notebookgerät angeschafft und in ein Anlageverzeichnis überführt. Die Kundin stellte der mbP für das Hochladen der Artikel einen Zugangscode für das Programm „Content Management System" zur Verfügung. Der mbP stand in den Räumlichkeiten der Kundin kein eigener Arbeitsplatz zur Verfügung zu, sie konnte sich bei Verrichtung ihrer Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Kundin auf jeden Schreibtisch setzen.

1.13. Die mbP unterlag keiner Konkurrenzklausel oder gesonderter Verschwiegenheitspflicht. Die mbP nahm im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ebenso Aufträge von anderen Auftraggebern an.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Löschung der XXXX OG am 19.09.2013 aus dem Firmenbuch sowie die Firmenbuchnummer der nunmehrigen BF als deren Gesamtrechtsnachfolgerin konnte anhand der Einsichtnahme in das Firmenbuch festgestellt werden. Das Tätigkeitsumfeld der BF ergibt aus den unbestrittenen Angaben der Verfahrensparteien.

2.2. Die Leistungserbringung der BF für die Kundin ergibt aus den Angaben des Geschäftsführers der BF in der mündlichen Verhandlung sowie den im Akt ersichtlichen unterzeichneten Offerten vom 20.12.2013 und 04.08.2015.

2.3. Der Zeitpunkt des Tätigwerdens der mbP für die BF bzw. der Kundin und das Ende der Tätigkeit ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und der mündlichen Verhandlung – sie sind unbestritten.

2.4. Der Inhalt der schriftlichen Vereinbarung mit dem Titel „Werkvertrag“ ergibt sich aus der Einsicht in diese, die dem Verfahrensakt in Kopie beiliegt. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, an der Echtheit dieses Dokuments zu zweifeln, zumal dieses bereits dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt wurde und diesbezüglich kein Beschwerdevorbringen erstattet wurde. Das Vorbringen der BF richtet sich nämlich ausschließlich gegen die von der belangten Behörde vorgenommene Klassifizierung der mbP als Dienstnehmer.

2.5. Dass die mbP sich nicht ohne weiteres generell durch externe Personen im verfahrensgegenständlichen Zeitraum vertreten lassen konnte, ergibt sich aus seinen glaubhaften Angaben im Ermittlungsverfahren, wonach sie sich zwar notfalls vertreten lassen hätte können, die von ihr der BF genannte vertretende Person jedoch auf Eignung geprüft hätte werden müssen. Ebenso brachte sie in der mündlichen Verhandlung vor, dass Kollegen, welche sie als Ersatz empfohlen hätte, sich vorerst bei der BF und bei der Kundin vorzustellen hätten. Die BF brachte zwar vor, dass das Vertretungsrecht der mbP an keinerlei Zustimmung seitens der BF gebunden wäre, konnte sich jedoch dadurch die Notwendigkeit der Bekanntgabe der Vertretung nicht erschließen. Ferner ist ein Mail-Verkehr zwischen der mbP und XXXX im vorliegenden Akt ersichtlich, aus welchem ebenso hervorgeht, dass sich diese bei der BF vorerst vorzustellen hätte, bevor er bei der Kundin arbeiten durfte. In Anbetracht der Umstände war ein jederzeitiges und generelles Vertretungsrecht nicht ernsthaft zu erwarten und wurde in der Realität auch nicht gelebt. Aus diesem Grund kommt die erkennende Richterin zum Schluss, dass ein derartiges Vertretungsrecht fallbezogen zu verneinen ist. Dass es zu weiteren Vertretungen gekommen ist, ist im Ermittlungsverfahren nicht hervorgekommen, weshalb auch aus diesem Grund die Feststellung zu treffen war. Auch vor dem Hintergrund des von der BF geschilderten Geschäftsmodelles und des Anspruchs an die mbP („Es geht um Qualität und um Reichweite. Wie passiert Reichweite? Diese geschieht durch Interaktion. Es geht darum Reaktionen von der Zielgruppe zu generieren, wie Likes und Kommentare“), verbietet eine glaubhafte Sicherung des Geschäftsmodells geradezu eine freie Vertretung.

2.6. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet eine generelle sanktionslose Ablehnungsrecht als ausgeschlossen. Dies ergibt sich im Wesentlichen aus dem Vorbringen der mbP in der mündlichen Verhandlung, wonach sie nie etwas“ abgelehnt hätte (Protokoll S. 17).

2.7. Die Feststellungen, wonach die mbP Zeitaufzeichnungen zu führen hatte, in der sie einzutragen hatte, wie viele Stunden sie für ein Spielpaket gebraucht hat, ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien in der mündlichen Verhandlung. Die mbP brachte weiters gleichbleibend im gesamten Verfahren an, dass sie die Stundenaufzeichnungen sowohl an die BF als auch an die Kundin zu schicken hatte.

2.8. Dass die Tätigkeitszeiten der mbP durch die Kundin bzw. von XXXX in einem vorläufigen Dienstplan eingeteilt wurden, ergibt sich aus den gleichbleibenden Angaben der mbP. Die Feststellungen, dass der mbP es möglich war, Arbeitszeiten im Vornhinein zu blockieren, ergab sich aus ebenso aus den Ausführungen der mbP. Dazu gab sie in der mündlichen Verhandlung an, es hätte zu Beginn ihrer Tätigkeit keine Einteilung gegeben. Weiters führte die mbP aus, es hätte später ein Google-Dokument gegeben, welches befüllt worden wäre.

2.9. Die Feststellungen zum Entgelt ergeben sich aus den glaubhaften Angaben der mbP sowie den vorgelegten Honorarnoten.

2.10. Die Feststellungen zu den inhaltlichen Vorstellungen durch den Head of Digital der Kundin im Zusammenhang mit dem Ablauf der Tätigkeit der mbP ergeben sich aus den glaubhaften Angaben der mbP sowie den im Akt ersichtlichen Chatverläufe. Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass keine arbeitsbezogenen Weisungen bestanden. Die „Weisungen“ durch den Head of Digital der Kundin, ist der Ablaufstruktur zuzuordnen und bezog sich auf dem zu erzielenden Erfolg.

2.11. Dass die mbP keinen Zugang zu den Räumlichkeiten der BF hatte und ihre Tätigkeit überwiegend von zu Hause aus verrichtete bzw. ab dem Jahr 2017 ebenso in den Redaktionen der Kundin sowie in deren Fernsehstudios ergab sich aus übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien. Die mbP brachte zwar in diesem Zusammenhang im Ermittlungsverfahren an, die Verrichtung ihrer Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Kundin wäre von dieser verlangt worden und wäre ihr Arbeitsort durch XXXX abgefragt worden, konnte dieser Umstand jedoch weder durch die im Akt ersichtlichen Chatverläufe untermauert werden noch erschien es plausibel, weshalb die Kundin nach einem Tätigkeitszeitraum von etwa vier Jahren dies von der mbP verlangen würde. Vielmehr erschienen die Ausführungen im

Beschwerdeschriftsatz nachvollziehbar, wonach aus den eigenen Angaben der mbP, sie hätte sich eine Festanstellung bei der Kundin vorstellen können, zu erschließen wäre, dass sie aus eigener Motivation sich dafür entschieden hätte, ihre Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Kundin zu verlagern. Die teilweise Tätigkeit der mbP in den Stadien bzw. Sportstätten, in welcher die einzelne Sportveranstaltung abgehalten wurde, ergibt sich aus den nachvollziehbaren Angaben der mbP, wonach ein Teil seiner Arbeit darin bestanden hätte, bei Spielen im Stadion mit dem Handy zu fotografieren.

2.12. Dass der mbP ihre eigene EDV, ihr eigenes Fernsehgerät sowie ihr Handy für ihre Tätigkeit verwendete ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien und ist unbestritten. Die Aufnahme der Geräte ins Anlageverzeichnis ergab sich aus den im Akt ersichtlichen Unterlagen. Sowohl die BF als auch die mbP brachten zudem übereinstimmend an, dass der mbP ein Zugangscode für das Programm „Content Management System" zur Verfügung gestellt wurde, mithilfe sie die verfassten Artikel hochladen konnte.

2.13. Das Vorliegen einer Geheimhaltungspflicht oder einer Konkurrenzklausel wurde weder von der mbP noch von der BF behauptet. Die mbP gab zudem in der mündlichen Verhandlung an, auch andere Aufträge für andere Zeitschriften oder Medien angenommen zu haben. (Protokoll S. 22).

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu A) Stattgabe der Beschwerde

Rechtliche Grundlagen:

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

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

Da ein Antrag auf Senatsentscheidung nicht gestellt wurde, liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

ASVG:

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind 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:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. (.....)

(4) Den Dienstnehmern stehen 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 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.
(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

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

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

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

(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

Auf den Beschwerdefall bezogen:

3.1.1. Zur Dienstgebereigenschaft der BF bzw. der Kundin:

Im gegenständlichen Fall war fraglich, ob die BF im verfahrensgegenständlichen Zeitraum tatsächlich Dienstgeberin der mbP war und damit einhergehend, wie die BF rechtlich zu behandeln ist.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt derjenige als Dienstgeber im Sinne des ASVG, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Das Beschäftigungsverhältnis wird in der Regel durch die Aufnahme der Beschäftigung im Betrieb des Dienstgebers begründet (VwGH 17.03.2016, Ra2015/08/0206).

Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof näher ausgeführt, dass es für die Dienstgebereigenschaft nicht nur darauf ankomme, wer letztlich aus den im Betrieb getätigten Geschäften (nach den hierfür in Betracht kommenden Regeln des Privatrechtes) unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, sondern überdies darauf, dass der in Betracht kommenden Person, wenn schon nicht das Recht zur Geschäftsführung, zumindest eine so weit reichende Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung zukommen müsse, dass ihr die Erfüllung der dem Dienstgeber nach dem

ASVG auferlegten Verpflichtungen in Bezug auf das an das Beschäftigungsverhältnis anknüpfende Versicherungs- und Leistungsverhältnis entweder selbst oder durch dritte Personen möglich sei (VwGH 23.10.2002, 99/08/0157 mit Verweis auf VwGH 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325; weitere Verweise auf VwGH 22.05.1990, 89/08/0016, und VwGH 03.07.2002, 99/08/0173).

Im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung ist gemäß § 5 Abs. 1 AÜG Dienstgeber im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen der Überlasser. Der Beschäftiger gilt nur im Ausnahmefall gemäß § 35 Abs. 2 iVm § 3 Abs. 3 vorletzter Satz ASVG für aus dem Ausland an einen inländischen Betrieb überlassene Personen als Dienstgeber.

Nicht entscheidend für die Dienstgebereigenschaft einer aus der Betriebsführung unmittelbar berechtigten und verpflichteten Person ist es, ob sie den Betrieb selbst oder durch dritte Personen (Organe, Bevollmächtigte, Beauftragte, Familienangehörige, Dienstnehmer, usw.) führt, wenn ihr nur (auch) im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen (weiterhin) zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zusteht (vgl. dazu das Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, 92/08/0264). An der Dienstgebereigenschaft der Person, die das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft, ändert es ferner nichts, wenn sie den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn an Stelle des Entgelts ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter verweist (vgl. dazu auch das Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, 92/08/0264) oder dadurch, dass ein (mit ihrem Wissen und Willen den Betrieb führender) Dritter bei einzelnen betrieblichen Geschäften, so auch bei der Indienstnahme und Beschäftigung einer Person im Betrieb und für den Betrieb, einschließlich Weisungserteilung und tatsächlicher Entgeltzahlung als "Mittelsperson", nach außen hin im eigenen Namen auftritt; dabei kommt es nicht darauf an, dass die Indienstnahme "ohne Wissen" oder gar "gegen den Willen" des Dienstgebers erfolgt ist (vgl. die Erkenntnisse vom 17. Dezember 1991, 90/08/0222, und vom 21. September 1993,92/08/0248). Aus der Ausübung von Funktionen, wie der Aufnahme und Entlassung von Arbeitnehmern, der Ausbezahlung der Löhne, der Entgegennahme von Bestellungen und der Durchführung von Kalkulationen, kann für sich allein noch nicht auf die Dienstgebereigenschaft geschlossen werden (vgl. hiezu das Erkenntnis vom 12. November 1991, 89/08/0262). (VwGH 23.10.2002, 99/08/0157)

Zur Dienstgebereigenschaft der BF ist zunächst auszuführen, dass die XXXX OG alle ihre Anteile auf die BF übertragen hat, wodurch es zu einem Anwachsen gemäß § 142 UGB und somit auch zu einer Gesamtrechtsnachfolge dieser Gesellschaft gekommen ist. Die BF tritt damit in die Rechtsbeziehungen der damaligen XXXX OG – auch als Dienstgeberin – ein.

Unbestritten blieb zudem, dass ein vertragliches Verhältnis lediglich zwischen der BF und der mbP bestand, die Tätigkeit der mbP jedoch ausschließlich für die Kundin zu verrichten hatte. Ein direktes Vertragsverhältnis zwischen der mbP und der Kundin bestand nicht. Fallbezogen liegt somit ohne Zweifel eine Vereinbarung zwischen der BF, der mbP sowie der Kundin vor, wonach die Tätigkeit der mbP bei der Kundin über die BF abgerechnet werden sollte. Dies ergab sich zudem aus dem zwischen der BF und der mbP abgeschlossenen Werkvertrag (Punkt 1.) vom 06.04.2012.

Dem VwGH zufolge (Erkenntnis vom 04.10.2001, 96/08/0351) darf aus einem Leiharbeitsverhältnis, bei welchem gegenüber dem Verleiher eine Arbeitsleistung nicht erbracht wird, die Behörde den Verleiher nur unter der Voraussetzung als Arbeitgeber in Anspruch nehmen, dass der Beschäftigte mit dem Verleiher eine vertragliche Vereinbarung des Inhalts getroffen hat, dass sich der Beschäftigte verpflichtet hat, seine Arbeitskraft als Arbeitnehmer dem Verleiher in der Weise zur Verfügung zu stellen, dass die Arbeitsleistung in vom Verleiher bezeichneten Beschäftigerunternehmen nach den dort zu erteilenden Weisungen erbracht werden sollte. Fallgegenständlich erbrachte die mbP gegenüber der BF keine Arbeitsleistung, war jedoch zwischen der BF und der mbP vertraglich vereinbart, ihre Arbeitskraft der Kundin zur Verfügung zu stellen. Der bloße Umstand, dass die Kundin in Person des XXXX als Ansprechperson der mbP fungiert hat, deutet ebenso nicht ohne weiteres darauf hin, dass die Kundin diese "Funktionen" im eigenen Namen ausgeübt hätte. XXXX war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Head of Digital Sport der Kundin, sodass dem Auftreten als "Vorgesetzter" oder der Erteilung von arbeitsbezogenen Weisungen an die mbP schon aus diesem Grund keine ausschlaggebende Indizwirkung für die Dienstgebereigenschaft der Kundin zukommt. Im oben zitierten Erkenntnis führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass wenn bei der Überlassung des Arbeitnehmers an einen Dritten die grundlegenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem verleihenden Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer aufrecht bleiben und der Dritte nur ihm delegierte fremde Rechte ausüben darf, der Verleiher in der Regel auch der sozialversicherungsrechtliche Dienstgeber des Arbeitsnehmers bleibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, 96/08/0351). Der Arbeitnehmer kommt durch die Tätigkeit beim

Beschäftiger rechtlich nur seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher nach, wobei die Weisungen des Entleihers als solche des Verleihers (als Arbeitgeber) zu beurteilen sind, diesen auch sämtliche Arbeitgeberpflichten weiterhin treffen und eine unmittelbare vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Beschäftiger fehlt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, 96/08/0351, sowie auch OGH RIS-JustizRS0050620). Insoweit besteht im vorliegenden Fall eine Weisungsunterworfenheit der mbP gegenüber der BF, auch wenn die Weisungsbefugnis durch die Kundin ausgeübt wurde.

Zusammenfassend kommt das BVwG somit zur Ansicht, dass die mbP im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ausschließlich bei der BF in Beschäftigung stand und daher ausschließlich diese als Dienstgeberin anzusehen ist, weshalb die Versicherungspflicht der betroffenen Person spruchgemäß festzustellen ist.

3.1.2. Werkvertrag:

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich im Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - 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 liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liegt 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 beim 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, 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 (vgl. VwGH 05.06.2002, Zl. 2001/08/0107, 0135; 03.07.2002, Zl. 2000/08/0161).

Gegenständlich wurde nicht ein einzelnes Werk im Sinne einer in sich geschlossenen Einheit geschuldet, sondern stellte die mbP fortwährend ihre Arbeitskraft für gattungsmäßig umschriebene Leistungen für einen unbestimmten Zeitraum zur Verfügung.

Im vorliegenden Fall ist auch deshalb kein Werkvertrag gegeben, weil kein Maßstab ersichtlich ist, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Es ist damit vom Vorliegen eines Dienstvertrages auszugehen.

3.1.3. Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG:

Es ist nunmehr zu prüfen, ob die mbP im fallgegenständlichen Zeitraum als Dienstnehmer der BF anzusehen ist.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sind auch die "wahren Verhältnisse" maßgeblich, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen.

Die Frage, ob die Dienstleistungen im Sinne des§ 4 Abs. 2 ASVG eher das Gepräge persönlicher Abhängigkeit aufgewiesen oder ob die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit überwogen haben (vgl. dazu und zum folgenden das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1984, Slg. 11361/A), ist danach zu beantworten, in welche Richtung vor allem die dafür entscheidungskräftigen Kriterien deuten, nämlich, ob eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten durch seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten und die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, sowie die (damit eng verbundene) persönliche Arbeitspflicht vorliegt, bzw. ob dies nicht der Fall ist. Das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers) schließt dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht aus. 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 maßgebender Bedeutung sein (VwGH 25.09.1990, 89/08/0334, vgl. dazu auch das grundlegende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A, sowie das Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11361/A).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des§ 4 Abs. 2 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung Dritten überbinden kann oder von vornherein die Leistungserbringung durch Dritte erfolgen darf, dann liegt keine persönliche Abhängigkeit vor. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis zur Vertretung vorliegt (vgl. z.B. neuerlich das zitierte hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, mwN). Eine generelle Vertretungsbefugnis hat auch mit einem wechselseitigen Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber beschäftigten Personen nichts zu tun (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. April 2005, Zl. 2002/08/0222, mwN).

Selbst 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 (vgl. VwGH 24.07.2018, Ra 2017/08/0045, mwH).

Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken (d.h. ohne bestimmten Grund) irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen (VwGH 2000/08/0113 vom 21.4.2004).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Vertretungsbefugnis stünde dann im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (VwGH 2007/08/0252 vom 4.6.2008).

Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis 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 bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigte Personen. Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken, d.h. ohne bestimmten Grund, irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen (VwGH 2010/08/0026 vom 25.5.2011).

Im vorliegenden Fall wurde zwar vertraglich vereinbart, dass die mbP berechtigt gewesen wäre, sich vertreten zu lassen und ebenso die Zuhilfenahme eines Mitarbeiters oder Subunternehmers zulässig sei, wie beweiswürdigend ausgeführt, wurde ein generelles Vertretungsrecht der mbP jedoch in der Realität nicht gelebt. Es ist daher von einer persönlichen Arbeitspflicht der mbP auszugehen. Zudem standen auch andere Hindernisse einer Vertretung durch Dritte entgegen: der Zutritt zu den Räumlichkeiten der Kundin war nur mit entsprechender Zugangskarte möglich. Auch der Umstand, wonach sich die durch die mbP organisierte Vertretung zuerst bei der BF bzw. der Kundin vorstellig sein musste, bevor diese die mbP ersetzen könne, spricht entschieden gegen ein generelles Vertretungsrecht der mbP. Tatsächlich wurde von der mbP lediglich in einem Fall eine externe Vertretungsmöglichkeit in Anspruch genommen worden, musste sich diese jedoch vorerst bei der BF bzw. bei der Kundin vorstellig werden. Aufgrund der fallbezogenen Umstände war nicht ernstlich zu erwarten, dass die jederzeitige Vertretungsmöglichkeit tatsächlich in der Realität gelebt werden kann. Die vertraglich vereinbarte Vertretungsmöglichkeit ist im Lichte der fallbezogenen Umstände als Scheinvereinbarung anzusehen. Aufgrund des überschaubaren Kreises der fachlich geeigneten in Frage kommenden Personen war daher nicht ernstlich zu erwarten, dass die jederzeitige Vertretungsmöglichkeit tatsächlich in der Realität gelebt werden kann. Im Lichte dieser Betrachtung ist festzustellen, dass die mbP die Möglichkeit nicht offen gestanden ist, sich jederzeit nach Gutdünken vertreten zu lassen.

Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist weiter 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 vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 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 (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233).

Die Weisungsunterworfenheit ist ein zentrales Merkmal persönlicher Abhängigkeit, deren Fehlen eine selbständige Tätigkeit indiziert. Dabei sind nicht fachliche, sondern persönliche Weisungen in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten zu verstehen.

Zunächst ist auszuführen, dass die Anwesenheit der mbP in den Räumlichkeiten der BF bzw. der Kundin weder durch die BF noch der Kundin vorgegeben wurden, vielmehr stand es der mbP frei ihre Tätigkeit von zu Hause aus zu verrichten. Dies ergab bereits aus den Ausführungen der mbP im Ermittlungsverfahren, wonach zwar von der Kundin verlangt worden wäre, dass er seine Tätigkeit in deren Räumlichkeiten zu verrichten solle, er sich jedoch dagegen gewehrt hätte. Bereits dadurch ergab sich, dass es sich hiebei um keine Weisung gehandelt hätte. Vielmehr ist aus den Ausführungen der mbP, wonach sie ein Angebot der Kundin hinsichtlich einer Fixanstellung bejaht hätte, zu erschließen, dass der Umstand, dass sie ab dem Jahr 2017 überwiegend in den Räumlichkeiten der Kundin gearbeitet hätte, auf eine Eigenmotivation der mbP zurückzuführen ist. Dem erkennenden Gericht erschließt sich nicht, weshalb die BF bzw. die Kundin nach jahrelanger Tätigkeit der mbP, dieser die Weisung erteilt hätte, in ihren Räumlichkeiten arbeiten zu müssen.

Ebenso konnten die bloßen Koordinierungen durch die Kundin bzw. durch XXXX mit deren Erfordernissen nicht auf eine Weisungsgebundenheit oder eine Eingliederung der mbP in den Betrieb der BF bzw. der Kundin hindeuten. Vielmehr handelte sich bei den im Akt ersichtlichen und durch die mbP angeführten Vorgaben durch die Kundin um Vorgaben inhaltlicher Natur. Die bloße Mitteilung von Vorstellungen um einen reibungslosen Ablauf zu ermöglichen ist vielmehr ein systemimmanenter Vorgang, der nicht auf eine persönliche Unabhängigkeit ausschließt.

Zwar bestand ein Teil der Tätigkeit der mbP darin, Live-Postings für die deutsche Bundesliga zu erstellen, weshalb sich bereits dadurch eine gewisse Bindung an die vorgegebenen Zeiten zeigte. Es war jedoch festzuhalten, dass sich dies aus der Natur ihrer Tätigkeit und dem Wesen der Kommunikationsgestaltung auf den sozialen Medien der Kundin ergab, mit welchem die Zurverfügungstellung von aktuellen Ereignissen an die Nutzer verbunden ist. Somit orientierte sich die mbP hinsichtlich ihrer Arbeitszeiten vordergründig an den Zeiten der Sportereignisse und weniger an die Vorgaben der BF bzw. der Kundin. Der bloße Umstand, dass die mbP im verfahrensgegenständlichen Zeitraum verpflichtet war, Zeitaufzeichnungen zu führen, vermochte für sich keine Einhaltung von Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit zu begründen, sondern konnte daraus der Schluss gezogen werden, dass diese deshalb geführt wurden, um die Abrechnung zwischen der BF und der mbP zu ermöglichen. Die mbP war sohin in Bezug auf Arbeitszeit keinen Weisungen der BF unterworfen.

Ebenso konnte der von der belangten Behörde vorgebrachte Umstand, wonach der mbP seitens der Kundin mitgeteilt worden wäre, dass von ihr erwartet werde, die von ihr zugesagten Stunden bis zum 30. April noch abzuarbeiten, nicht per se auf eine persönliche Abhängigkeit schließen, zumal daraus bloß die Erfüllung einer von der der mbP vertraglichen Zusage verlangt worden ist.

Fallbezogen ist hervorgekommen, dass die wesentlichsten Betriebsmittel von der mbP selbst zur Verfügung gestellt wurden. Sie verwendete ihren eigenen Laptop, ihren eigenen Fernseher sowie ihr eigenes Mobiltelefon. Die Möglichkeit der Nutzung der Räumlichkeiten und der bloße Zugang zur Software und den Accounts der Kundin ist nicht geeignet, von überwiegend von der BF zur Verfügung gestellten Betriebsmittel zu sprechen.

Die festgestellten Tatsachen (keine Einbindung in den Betrieb, keine Weisungs- und Kontrollbefugnisse der BF, keine Vorgaben zu Arbeitszeit und Arbeitsort, im Überwiegenden eigene Betriebsmittel etc.) schließen im Beschwerdefall die persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG aus, sodass festzustellen ist, dass die mbP kein Dienstnehmer der BF im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist.

Auch der Umstand, dass für die mbP kein Konkurrenzverbot vorlag, sodass die mbP von verschiedenen Auftraggebern Aufträge annehmen konnte, sprachen entschieden für die persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der mbP.

3.1.1.3. Freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG:

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen.

Wie bereits festgestellt, erbrachte die mbP auf unbestimmte Zeit Dienstleistungen gegen Entgelt und im Wesentlichen persönlich.

Nunmehr wäre im nächsten Schritt zu klären, ob die mbP über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt.

Im Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl.2007/08/0223, VwSlg. 17.359 A, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der Verfügung über wesentliche Betriebsmittel im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG zu untersuchen ist, ob sich der freie Dienstnehmer mit Betriebsmitteln eine eigene betriebliche Infrastruktur geschaffen hat. 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 (Vgl auch VwGH vom 11.06.2014, 2012/08/0245; vom 07.08.2015, 2013/08/0159; vom 19.10.2015, 2013/08/0185).

Die demnach maßgebliche eigene unternehmerische Infrastruktur ist im Fall der mbP zu bejahen. Sie nahm die Infrastruktur der BF nicht wesentlich in Anspruch, sondern verfügte - laut Verzeichnis des Anlagevermögens - über wesentliche Anlagegüter (EDV- und Fernsehgeräte, Handy). Wenn auch es sich auch bei einem Laptop, Fernsehgerät und einem Handy um Gegenstände allgemeinen Gebrauchs handelt, wurden sie durch die Aufnahme in das Anlagevermögen aber eindeutig einem unternehmerischen Zweck gewidmet und sind der Art nach von vornherein in erster Linie dazu bestimmt, der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen.

Weiter stellt das Gesetz nicht auf die Anzahl der Auftraggeber ab. Vielmehr ist die Versicherungspflicht eines freien Dienstnehmers nach § 4 Abs. 4 ASVG schon dann zu verneinen, wenn er über wesentliche eigene Betriebsmittel

verfügt, zumal damit - jedenfalls in einer typisierten Betrachtungsweise - die Möglichkeit verbunden ist, auf dem Markt aufzutreten, was sich fall fallbezogen aus den vorgelegten Anlageverzeichnissen ergab.

In Übereinstimmung mit der Judikatur des VwGH 2012/08/0163 ist die mbP in der Gesamtbetrachtung somit nicht als freier Dienstnehmer anzusehen, da sie über eine maßgebliche eigene unternehmerische Infrastruktur und damit über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügte und daher die Möglichkeit hat, auf dem Markt aufzutreten, um weitere oder neue Aufträge zu lukrieren.

Es war daher der Beschwerde stattzugeben und der angefochtene Bescheid zu beheben.

4. 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.

Schlagworte

Arbeitszeit Betriebsmittel Dienstgebereigenschaft Dienstnehmereigenschaft Pflichtversicherung unternehmerische Tätigkeit Vertretung Weisungsfreiheit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W156.2236055.1.00

Im RIS seit

08.11.2021

Zuletzt aktualisiert am

08.11.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at