jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/11/18 W156 2237467-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.11.2021

**Entscheidungsdatum**

18.11.2021

**Norm**

AlVG §1 Abs1 lita
ASVG §4 Abs1 Z1
ASVG §4 Abs2
ASVG §5 Abs1 Z2
ASVG §7 Z3 lita
B-VG Art133 Abs4

**Spruch**

W156 2237467-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra KREBITZ als Einzelrichterin im Beschwerdeverfahren des XXXX , vertreten durch RA Dr. Christian KUHN Rechtsanwälte GmbH, in 1010 Wien, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Niederösterreich, vom 22.10.2020, GZ; XXXX , nach Durchführung mündlicher Verhandlungen am 16.07.2021 sowie am 12.10.2021 zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

**Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

1. Am 22.10.2020 erließ die Österreichische Gesundheitskasse (vormals NÖGKK - in weiterer Folge: belangte Behörde) einen Bescheid mit dem festgestellt wurde, dass Frau Mag. XXXX (in weiterer Folge: mbP) aufgrund ihrer Tätigkeit als Führerin bzw. Kunstvermittlerin für das XXXX (in weiterer Folge: Beschwerdeführer, kurz: BF) im Zeitraum von 01.09.2021 bis 30.11.2012, 01.03.2013 bis 30.11.2013, 01.04.2014 bis 31.07.2014, 01.09.2014 bis 30.11.2014, 01.03.2015 bis 31.07.2015, 01.09.2015 bis 30.11.2015, 01.05.2016 bis 30.06.2016, 01.10.2016 bis 30.11.2016, 01.03.2017 bis

31.03.2017, 01.05.2017 bis 30.06.2017, 01.09.2017 bis 30.11.2017, 01.03.2018 bis 31.07.2018, 01.03.2019 bis 30.06.2019, 01.08.2019 bis 31.01.2020 sowie 01.07.2020 bis 31.08.2020 der Voll- (Kranken- Unfall, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung als Dienstnehmerin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG sowie im Zeitraum 01.12.2012 bis 28.02.2013, 01.12.2013 bis 31.03.2014, 01.08.2014 bis 31.08.2014, 01.12.2014 bis 28.02.2015, 01.08.2015 bis 31.08.2015, 01.12.2015 bis 30.04.2016, 01.07.2016 bis 30.09.2016, 01.12.2016 bis 28.02.2017, 01.04.2017 bis 30.04.2017, 01.07.2017 bis 31.08.2017, 01.12.2017 bis 28.02.2018, 01.08.2018 bis 30.09.2018, 01.01.2019 bis 28.02.2019, 01.07.2019 bis 31.07.2019, 01.02.2020 bis 30.03.2020 sowie von 01.06.2020 bis 30.06.2020 der Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG unter Bedachtnahme auf § 5 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG unterliege.

Angesichts einer Gesamtbetrachtung der festgestellten Umstände stehe fest, dass die mbP in den genannten Zeiträumen zur Erbringung von Dienstleistungen für den BF verpflichtet gewesen wäre, aus dieser Tätigkeit ein Entgelt bezogen, die Dienstleistungen persönlich erbracht, über keine betriebliche Struktur verfügt hätte sowie Kontrollmöglichkeiten des BF unterlegen wäre, sodass ein Tätigwerden in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit– sohin ein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG - vorliege

2. Gegen diesen Bescheid hat die Rechtsvertretung des BF mit Schreiben vom 24.11.2020 fristgerecht Beschwerde eingebracht und führte dazu zusammengefasst aus, dass keine persönliche Leistungspflicht der mbP bestanden hätte. Die mbP hätte frei entscheiden können, welche Führungen sie abhalten wolle und sich entsprechend vertreten zu lassen. Gegenständlich hätten keine Weisungen in Bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten der mbP vorgelegen. Die mbP hätte zudem ein leistungsbezogenes Entgelt erhalten, welches ein wesentliches Kriterium wäre, dass im vorliegenden Fall ein Zielschuldverhältnis vorliege. Die Ausbildung der mbP, ihre Unterlagen und ihre Stimme wären zudem gerade die entscheidenden Betriebsmittel, die für die Ausgestaltung der Führungen erforderlich gewesen wären.

3. Am 04.12.2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem BVwG zur Entscheidung vor.

4. Am 16.07.2021 sowie am 12.10.2021 fanden mündliche Verhandlungen vor dem Bundesverwaltungsgericht in Anwesenheit eines Vertreters des BF, des Rechtsvertreters des BF, einer Vertreterin der belangten Behörde sowie XXXX als Zeuge (in weiterer Folge: Z). Die mbP teilte am 15.06.2021 schriftlich mit, an der mündlichen Verhandlung nicht teilzunehmen. Mit Parteiengehör vom 03.08.2021 teilte das Bundesverwaltungsgericht der mbP mit, dass eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung erforderlich sei. Die mbP erschein auch nicht zur zweiten Verhandlung und ermittelte keine Stellungnahme.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

1.1. Der BF bietet unter anderem Führungen im Gebäude und Gelände des Stiftes XXXX an. Die mbP ist ausgebildete Kunsthistorikerin und war im Zeitraum vom 19.04.2006 bis 30.09.2012 immer wieder für den BF tätig und als geringfügig Beschäftigte Angestellte zur Sozialversicherung gemeldet.

1.2. Die mbP war anschließend in den im Spruch des fallgegenständlichen angefochtenen Bescheides angeführten Zeiträumen auf Basis einer schriftlich als „Rahmen-Werkvertrag“ bezeichneten Vereinbarung vom 01.10.2012 unbefristet als Führerin bzw. Kunstvermittlerin beim BF tätig. Gegenstand des Werkvertrages ist die Abhaltung von Führungen im Gebäude und Gelände des BF aufgrund einer Beauftragung durch diesen.

Dieser lautet auszugsweise:

(3) Der Auftraggeber vereinbart mit der Auftragnehmerin in den monatlich stattfindenden Jour fixes die Termine für die Führungen im Stiftsatelier für den darauf folgenden Monat. Die Auftragnehmerin hat ohne unnötige Verzögerung mitzuteilen, ob sie den Auftrag betreffend diese Führung annimmt oder nicht. Eine Vereinbarung über die Beauftragung der Führungen kommt erst mit Mitteilung und Annahme zustande. Beauftragung und Annahme geschehen mündlich, telefonisch oder per E-Mail.

(4) Der Auftraggeber teilt der Auftragnehmerin in der Regel spätestens am Tag vor der jeweiligen Führung mit, dass eine Gruppe zu führen ist; die Auftragnehmerin hat ohne unnötige Verzögerung mitzuteilen, ob sie den Auftrag betreffend diese Führung annimmt oder nicht. Eine Vereinbarung über die Beauftragung mit der Führung dieser Gruppe kommt erst mit Mitteilung und Annahme zustande. Beauftragung und Annahme geschehen mündlich,

telefonisch oder per E-Mail.

(.....)

(6) Der Auftraggeber ist berechtigt, den Auftrag auf eine andere Gruppe anstelle einer zunächst geplanten Gruppe zu übertragen, soweit dies nicht mit anderen Aufträgen kollidiert oder von der zeitlichen Lagerung her um mehr als zwei Stunden abweicht.

(....)

(8) Das Honorar für eine Führung beträgt € 19,-, für eine fremdsprachige Führung und für Kunstvermittlungen € 24,-, für eine Zusatz-Führung € 9,50 bzw. für eine fremdsprachige Zusatzführung € 12,00. In der Regel dauern Führungen (auch fremdsprachige) und Kunstvermittlungen ca. eine Stunde, Zusatzführungen eine halbe Stunde. Bei Abweichung der zeitlichen Dauer ändert sich die Höhe des Honorars nicht. Zu den vereinbarten Honoraren tritt Umsatzsteuer hinzu, sofern die Auftragnehmerin eine Rechnung ausstellt, die Umsatzsteuer ausweist und den Auftraggeber zum Vorsteuerabzug berechtigt (...)

(.....)

(10) Die Auftragnehmerin leistet für die Qualität der Führung und insbesondere die Richtigkeit der Ausführungen im Zuge der Führung Gewähr. Sie hat für ihre laufende Weiterbildung zu sorgen.

(11) Die Auftragnehmerin ist berechtigt, sich durch Personen vertreten zu lassen, die einen gleichlautenden Rahmen-Werkvertrag mit dem Auftraggeber abgeschlossen haben.

(12) Weder die Auftragnehmerin noch der Auftraggeber sind verpflichtet, Aufträge zu erteilen oder anzunehmen.

(13) Der vorliegende Rahmenwerkvertrag beginnt mit 1.10.2012 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Sie kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende aufgekündigt werden.

(...)

(15) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform in einheitlicher Ausfertigung.

1.3. Eine Vertretung durch externe Personen wurde in der Realität nicht gelebt und war aufgrund der Besonderheiten auch nicht zu erwarten. Eine solche Vertretung hat im verfahrensgegenständlichen Zeitraum auch nicht stattgefunden. Ebenso fand eine Vertretung lediglich in der Form statt, dass im Falle der Verhinderung der mbP sie sich durch Personen vertreten ließ, die ebenfalls für den BF tätig waren.

1.4. Die Tätigkeit der mbP konnte nur vor Ort in den Räumlichkeiten des BF erledigen werden.

1.5. Die Arbeitszeiten der mbP waren an die Öffnungszeiten des BF gebunden. Führungen für Individual- und Gruppenbesuche wurden zu fixen Zeiten, welche auf der Homepage des BF angegeben sind, angeboten und durchgeführt. Die mbP gab dazu einen Monat im Voraus telefonisch oder per Mail ihre möglichen freien Termine an eine Kollegin der Kulturabteilung bekannt und wurde zwischen ihr und dem BF einer der auf der Homepage angegebenen Führungstermin festgelegt. Bei kurzfristig vereinbarten Führungen wurde durch den BF eruiert, welche Kunstvermittler Zeit für eine Führung hätte.

1.6. Die mbP absolvierte mit dem zuständigen Leiter des Museums eine Probeführung. Ihre Tätigkeit bestand darin, Führungen im Gebäude und Gelände des BF abzuhalten. Von der Route einer Führung, den dabei zu passierenden Kunstobjekte sowie der Dauer einer Führung konnte die mbP nur in Ausnahmefälle, z.B bei Schülergruppen oder teilnehmenden Personen mit Handicap abweichen.

1.7. Die Besucher des Museums meldeten sich beim BF für eine jeweilige Führung an. Sie bezahlten und erhielten vom BF die Eintrittskarten.

1.8. Die mbP führte Aufzeichnungen, wie viele und welche Führungen sie für den BF erledigte und legte dazu monatlich Honorarnoten an den BF.

1.9. Bei Führungen trug die mbP ein Namensschild, welches ihr vom BF zur Verfügung gestellt wurde. Bei Führungen im Outdoorbereich des BF wurde ihr von diesem eine Jacke zur Verfügung gestellt. Der mbP stand ebenso die

Bibliothek des BF zur Weiterbildung zur Verfügung. Der mbP wurde beim Betreten der Kassenhalle die Schlüssel bzw. der elektronische Chip zu den Ausstellungsräumlichkeiten ausgehändigt, welchen sie ihn nach der Führung wieder zurückgab. Durch die Benutzung des elektronischen Chips konnten die Anwesenheit festgestellt werden.

1.10. Die Tätigkeit der mbP wurde durch den BF überwacht und kontrolliert.

2. Beweiswürdigung

2.1. Der Zeitraum des Tätigwerdens der mbP für den BF ab dem 19.04.2006 bis zum 30.09.2012 sowie ihre Meldung als geringfügig beschäftigte Angestellte zur Sozialversicherung ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und ist unbestritten.

2.2. Der Inhalt der schriftlichen Vereinbarung mit dem Titel „Rahmen-Werkvertrag" vom 01.10.2012 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 des BF richtet sich nämlich ausschließlich gegen die von der belangten Behörde vorgenommene Klassifizierung der mbP als Dienstnehmerin.

2.3. Dass die mbP sich nicht ohne weiteres generell durch externe Personen im verfahrensgegenständlichen Zeitraum vertreten lassen konnte, ergibt sich einerseits aus Punkt 11 des Rahmen-Werkvertrages, in welchem festgehalten wird, dass sich die mbP lediglich durch Personen vertreten lassen könne, welche ebenso einen gleichlautenden Rahmen-Werkvertrag mit dem BF abgeschlossen haben. Die mbP gab im Rahmen der Niederschrift vom 17.02.2020 zwar an, sich hätte sich auch von einer anderen qualifizierten Person vertreten lassen können, doch erschien dies im Hinblick auf die Art und insbesondere den Ort der Tätigkeit nicht plausibel. Ebenso stellten sich die Ausführungen des Z in der mündlichen Verhandlung, wonach es der mbP möglich gewesen wäre, jemanden anderen im Falle ihrer Verhinderung zu schicken, wenn diese Person das Wissen hätte und Führung durchführen könne, nicht glaubhaft, zumal er davor noch bestätigt hatte, dass die Vertretungsvereinbarung des Werkvertrages auch in der Realität so ausgelebt wurde. Die mbP gab schließlich glaubhaft an, dass es im verfahrensgegenständlichen Zeitraum zu einer solchen Vertretung nicht gekommen sei. 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 das erkennende Gericht zum Schluss, dass ein derartiges Vertretungsrecht fallbezogen zu verneinen ist.

2.4. Dass es nicht möglich war, dass die mbP ihre Tätigkeit außerhalb der Räumlichkeiten des BF zu erledigen, ergibt sich aus den gleichlautenden Angaben der Verfahrensparteien und ist unbestritten.

2.5. Die Feststellungen, wonach es für Gruppen- und Individualbesucher fix vorgegebene Zeiten gab und die mbP hierfür einen Monat im Voraus ihre freie Zeit dem BF mitteilte, ergab sich aus den gleichlautenden Angaben der mbP in der Niederschrift sowie aus der Homepage des BF (Wintersaison täglich, 10:15/11:30/15:45 Uhr Sommersaison täglich, 10/11:30/16:30 Uhr)

2.6. Die Feststellungen, dass die mbP mit dem Museumsleiter eine Probeführung absolviert hatte und weder über die Dauer noch über die Route der Führung generell bestimmen konnte, ergab sich ebenso aus den Angaben der mbP in der Niederschrift vom 17.02.2020. Dazu gab die mbP an, dass lediglich bei Personen mit Handicaps der vom BF festgelegte Ablauf nicht immer möglich sei, wodurch es ihr freistehe, den Ablauf an die Teilnehmer anzupassen. Das gleiche gelte ebenso für Schüler. Insofern konnte den Ausführungen im Beschwerdeschriftsatz, wonach die Führungen durch die mbP völlig frei gestaltetet werden könnten, nicht gefolgt werden.

2.7. Dass, die Besucher sich für eine Führung angemeldet und die Eintrittskarten ebenso bei diesem bezahlt haben, ergibt sich aus den Angaben der mbP und den Angaben des BF und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung vom 16.07.2021.

2.8. Die Feststellungen zur Entlohnung der mbP stehen aufgrund der Aktenlage und der schriftlichen Vereinbarung des Werkvertrages (Punkt 8) als unstrittig fest.

2.9. Dass die mbP im verfahrensgegenständlichen Zeit bei ihren Führungen vom BF ein Namensschild sowie im Outdoorbereich eine Jacke zur Verfügung stand, ergibt sich aus den Angaben der mbP und wurde in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten. Ebenso wurden den Angaben der mbP hinsichtlich ihrer Weiterbildungsmöglichkeiten in der Bibliothek des BF und die Aushändigung der Schlüssel bzw. elektronischen Chips nicht entgegengetreten.

2.10. Dass die Tätigkeit der mbP durch den BF im verfahrensgegenständlichen Zeitraum kontrolliert wurde ergibt sich

aus den glaubhaften Angaben der mbP in der Niederschrift, wonach es Besuchern auf der Homepage des BF möglich wäre, die Qualität der Führung auf einer Skala 1 – 6 zu bewerten. Diese Angaben konnte durch Einsicht in die Homepage des BF belegt werden (B XXXX t).

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu A) Abweisung der Beschwerde

Rechtliche Grundlagen:

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.

§ 5 Abs1 Z2 und Abs. 2 ASVG lauten:

Ausnahmen von der Vollversicherung
(1) Von der Vollversicherung nach § 4 sind – unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung – ausgenommen:

2. Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

(2) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn daraus im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 425,70 € (Anm. 1) gebührt. An die Stelle dieses Betrages tritt ab Beginn jedes Beitragsjahres (§ 242 Abs. 10) der unter Bedachtnahme auf § 108 Abs. 6 mit der jeweiligen Aufwertungszahl (§ 108a Abs. 1) vervielfachte Betrag.

§ 7 Z3 lita ASVG lautet:

Nur in den nachstehend angeführten Versicherungen sind von den im § 4 genannten Personen auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (teilversichert):

3. in der Unfallversicherung hinsichtlich der nachstehend bezeichneten Tätigkeiten (Beschäftigungsverhältnisse):

a) die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten;

§ 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.

Gemäß § 1 lit.a AlVG sind für den Fall der Arbeitslosigkeit Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, versichert (arbeitslosenversichert).

Auf den Beschwerdefall bezogen:

3.1.1. 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.

Zunächst kommt es nicht auf die Bezeichnung eines Vertrages als Werkvertrag an (VwGH 20.9.2006, Zl.2003/08/0274). Ein Werkvertrag liegt vielmehr dann vor, wenn eine Verpflichtung zur Herstellung einer im Vertrag individualisierten und konkretisierten Leistung besteht. Die Verpflichtung aus dem Werkvertrag besteht darin, diese genau umrissene Leistung in der Regel bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen. Ein Werkvertrag muss sohin auf einen bestimmten, abgrenzbaren Erfolg abstellen und einen Maßstab erkennen lassen, nach welchem die Ordnungsgemäßheit der Erbringung des Werkes beurteilt werden kann (vgl. VwGH 20.12.2001, Zl. 98/08/0062, VwGH

24.1.2006, Zl. 2004/08/0101, und VwGH 25.4.2007, Zl.2005/08/0082). Beim Werkvertrag kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet 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 auch das Vertragsverhältnis (vgl. dazu VwGH 2001/08/0131).

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 zudem auch 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.

3.1.2. Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG:

Im weiteren Schritt ist zu prüfen, ob eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegeben ist.

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 der Beschäftigung (z.B. auf Grund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist.

Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzliche) persönliche Arbeitspflicht.

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 (zuletzt VwGH 2012/08/0240).

Zunächst ist zu ermitteln, ob und in welcher Form die Parteien einschlägige Vereinbarungen getroffen haben und auf welche Weise der Dienstgeber/Auftraggeber die Erbringung der Arbeitsleistung organisiert hat. Aufgrund dieser Feststellungen hat die Behörde zu beurteilen, ob die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit von der getroffenen Vereinbarung abgewichen ist bzw. ob die Vereinbarung den wirtschaftlichen Gegebenheiten des Dienstgebers/Auftraggebers entspricht. Ist eine Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen, muss untersucht werden, ob ein Scheingeschäft vorliegt (vgl. §§ 539, 539a ASVG). Wenn keine anderslautende Vereinbarung festgestellt werden kann (bzw. wenn nicht das Vorliegen einer Scheinvereinbarung festgestellt werden kann), darf die Behörde aus dem tatsächlichen Ablauf der Beschäftigung allein auf das Vorliegen einer schlüssigen Vereinbarung schließen und diesen ohne weitere Ermittlungen zur Beurteilung heranziehen. (VwGH 99/08/0008 vom 17.12.2002).

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das

Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden ( VwGH 2012/08/0081 vom 24.04.2014).

Die Art des Entgeltes und der Entgeltleistung ist nur ausnahmsweise nämlich nur dann als unterscheidungskräftiges Merkmal dafür heranzuziehen, ob der Beschäftigte seine Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit verrichtet, wenn die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit eines Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit zulässt (vgl. VwGH 2001/08/0027, 26.05.2004). Die Gewährung eines nach Zeiträumen bemessenen Entgelts (Zeitlohn)spricht dann für das Bestehen einer Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG (vgl. VwGH 2013/08/0093 vom 25.6.2013).

Arbeitszeit und Arbeitsort

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

Hat die Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den vorgegebenen Terminen, sodass schlussendlich die Bedürfnisse des Arbeitgebers für die Arbeitserbringung maßgeblich sind, liegt persönliche Abhängigkeit vor. Dass durch diese Beschäftigung nur ein geringer Teil der dem Beschäftigten an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch genommen wird, schließt seine persönliche Abhängigkeit während dieser und durch diese Beschäftigung nicht von vornherein aus. 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 mbP konnte ihre Arbeitszeit nur im abgesteckten Rahmenzeitraum des BF frei wählen. Dies ergab sich aus den vom BF festgelegten Zeiten und Dauer von Gruppen- und Individualführungen, welche auf der Homepage des BF ersichtlich sind. Zudem musste aus den Ausführungen des Z in der mündlichen Verhandlung, wonach bei kurzfristig gebuchten Führungsterminen durchgerufen werde, welcher Kunstvermittler Zeit hätte, bereits der Schluss gezogen werden, dass eine kontinuierliche Leistungsbereitschaft von der mbP erwartet wurde. Ungeachtet dessen konnte aus dem Umstand, dass die Führungen lediglich während der Öffnungszeiten des BF und zudem auch innerhalb der auf seiner Homepage erscheinenden Terminen (Wintersaison täglich, 10:15/11:30/15:45 Uhr

Sommersaison täglich, 10/11:30/16:30 Uhr), im Ergebnis von einer Bindung an die Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit ausgegangen werden, das in Verbindung mit den weiteren Beschäftigungselementen einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen ist.

Dass die mbP hinsichtlich der Wahl ihres Arbeitsortes an die Bedürfnisse des BF gebunden war, stand unbestritten fest, zumal auch die Führungen auf dem Gelände des BF durchgeführt wurden. Im gegenständlichen Fall ist die Bindung an den Arbeitsort jedoch kein unterscheidungskräftiges Merkmal, da diese sich aus der Natur der Sache ergibt (vgl VwGH 2006/08/0206).

Es liegt daher jedenfalls eine Bindung an Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit vor, die in Verbindung mit den weiteren Beschäftigungselementen einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen ist.

Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit:

Bei Beurteilung der Weisungsgebundenheit kommt es in erster Linie nicht auf fachliche Weisungen, sondern auf die Gebundenheit in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten an. Dies deshalb, weil Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden können, da sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser eigener fachlicher Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation entsprechend erweitert. Das Fehlen von Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren spricht daher für sich genommen nicht gegen eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit. Im Übrigen ist es aber gerade bei leitenden Angestellten häufig der Fall, dass eine Überwachung im Sinne des Weisungs- und Kontrollrechtes des Dienstgebers von diesem nicht stets nach außen erkennbar ausgeübt wird. In diesem Fall muss aber für den Arbeitgeber zumindest die Möglichkeit der Ausübung des Weisungs- und Kontrollrechtes bestanden haben (vgl. VwGH 2013/08/0160 vom 19.02.2014).

Sachbezogene Weisungen und Kontrollen schließen die persönliche Unabhängigkeit dessen, der einen Arbeitserfolg (ein Werk oder eine Leistungsgesamtheit) zu verrichten hat, nicht aus (VwGH 2001/08/0158 vom 17.11.2004).

Eine Koordinierung mit den Erfordernissen des Vertragspartners bedeutet noch keine Weisungsgebundenheit (VwGH 2004/08/0066 vom 21.12.2005).

Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch eine "stille Autorität" substituiert werden (vgl. VwGH 15. Mai 2013, Zl. 2013/08/0051.

Weiters spielt die Qualifikation des Beschäftigten bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich - unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen (die in der Realität des Arbeitsverhältnisses nicht immer erwartet werden können) - mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert. Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (unter Umständen auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen. Derartige Dispositionsmöglichkeiten stärken - insbesondere bei Fehlen der Einbindung in eine Betriebsorganisation - die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und sprechen für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses. Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit kann sich auch aus faktischen Vorkehrungen des Arbeitgebers herleiten, die diesem ein Weisungs- und Kontrollrecht für den Bedarfsfall sichern (VwGH 04.06.2008, 2004/08/0190).

Dazu ist zunächst auszuführen, dass infolge des Umstandes, dass die mbP in der Bibliothek des BF zur Weiterbildung sowie ein Namensschild zur Verfügung stand, für die Einbindung der mbP in die Betriebsorganisation des BF sprechen.

In seinem Erkenntnis vom 21.08.2017, Ra 2016/08/0119, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 15. Mai 2013, 2013/08/0051, und vom 25. Juni 2013, 2013/08/0093).

Wie beweiswürdigend ausgeführt, hatte im vorliegenden Fall die mbP bestimmte Vorgaben bei der Durchführung der Führung einzuhalten. Dabei war – auch laut Homepage des BF – die Route einer Führung samt den dabei zu passierenden Kunstobjekten genau festgehalten. Die mbP gab zudem an, dass bestimmte Eckdaten von Kunstobjekten von allen Führern gleich vermittelt wurden.

Auf der Homepage des BF bestand für Besucher zudem die Möglichkeit, die Qualität von Führungen auf einer Skala von 1 bis 6 u bewerten. Die mbP führte dazu weiters, dass es zudem Folder gegeben hätte, in denen die Besucher eine Führung beurteilten könnten. Der bloße Umstand, dass diese Auswertungen nicht mit der mbP besprochen worden wären, sprach nicht dagegen, dass es im Falle einer schlechten Bewertung nicht zu einer arbeitsbezogenen Weisung gekommen wäre.

Zudem konnte über die Verwendung des Chips bzw. Schlüssels, die sich die mbP vor der Führung abholte und auch im Anschluss wieder abgab, nachvollzogen werden ob und wann sie anwesend war und auch in welcher Abfolge die Führung vorgenommen wurde.

Die mbP unterlag damit jedenfalls der "stillen Autorität" und damit der Kontrolle des BF.

Persönliche Arbeitspflicht:

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des§ 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor.

Kann der zur Leistung verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung auf einen Dritten seiner Wahl überbinden, dann fehlt es an der persönlichen Arbeitspflicht. Gleiches gilt für die Befugnis, sich ohne weitere Verständigung des Vertragspartners zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistung einer Hilfskraft zu bedienen. (VwGH 2001/08/0131 vom 17.11.2004).

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).

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).

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).

Es bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung der persönlichen Arbeitspflicht, wenn diese nach den Umständen der Beschäftigung zu vermuten ist und weder eine generelle Vertretungsbefugnis vereinbart noch nach dem tatsächlichen Beschäftigungsbild praktiziert wurde (VwGH 2004/08/0066 vom 21.12.2005).

Im vorliegenden Fall wurde bereits vertraglich vereinbart, dass sich die mbP lediglich von Personen vertreten lassen konnte, welche einen gleichlautenden Rahmen-Werkvertrag mit dem BF abgeschlossen haben. Dies wurde laut Angaben der mbP und des Z in der mündlichen Verhandlung ebenso in der Realität derart ausgelebt. 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 war nur mit entsprechendem Schlüssel bzw. elektronischen Chips möglich, wobei die mbP selbst keine Möglichkeit hatte, diesen externen Personen beliebig zu überlassen. Es war davon auszugehen, dass die mbP ebenso dem Portier bekannt gewesen wäre, weshalb es einer externen Person nicht ohne Weiteres möglich gewesen wäre, eine Führung ohne die Erlaubnis des BF durchzuführen. Schließlich erschien es auch im Hinblick auf die Art und insbesondere den Ort der Tätigkeit als nicht praktikabel, dass im vorliegenden Fall eine generelle Vertretungsbefugnis vorliege: Die Führungen hatten – wie beweiswürdigend – eine gewisse Richtschnur aufzuweisen. So war sowohl die Route als auch die zu passierenden Kunstobjekte durch den BF festgelegt. Wie beweiswürdigend ausgeführt, hatte im vorliegenden Fall die mbP bestimmte Vorgaben bei der Durchführung der Führung einzuhalten. Dabei war – auch laut Homepage des BF – die Route einer Führung samt den dabei zu passierenden Kunstobjekten genau festgehalten. Die mbP gab

zudem an, dass bestimmte Eckdaten von Kunstobjekten von allen Führern gleichsam vermittelt wurden. Aufgrund der fallbezogenen Umstände war nicht ernstlich zu erwarten, dass die jederzeitige Vertretungsmöglichkeit tatsächlich in der Realität gelebt werden kann. Tatsächlich ist von der mbP auch in keinem Fall eine externe Vertretungsmöglichkeit in Anspruch genommen worden. Die mbP hat somit von einer derartigen Befugnis, die Leistungserbringung jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren, niemals Gebrauch gemacht. Ein generelles Vertretungsrecht im genannten Sinn ist somit nicht gelebt worden.

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht. Die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen, ihm angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt die persönliche Arbeitspflicht in keiner Weise, mag diese Befugnis auch als "sanktionsloses Ablehnungsrecht" (in einem weiteren Sinn) bezeichnet werden. Zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 4. Juli 2007, 2006/08/0193, und jenes vom 14. Februar 2013, 2012/08/0268). Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis des Beschäftigten, auch bereits zugesagte Arbeitseinsätze jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu können, stünde im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG). Anders wäre ein Sachverhalt aber z. B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisiert, dass für deren Durchführung jederzeit mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stehen (präsenter "Arbeitskräftepool"), und es ihm - nicht zuletzt wegen der Einfachheit der Arbeiten - gleichgültig ist, von welcher - gleichwertigen - Arbeitskraft aus dem potentiell zur Verfügung stehenden Kreis er die Arbeiten verrichten lässt. Steht dem Dienstgeber die Möglichkeit offen, im Falle der (jederzeit möglichen) Absage der von ihm in Aussicht genommenen Person aus dem "Pool" sofort die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen und stehen genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, dann könnte der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich in Übereinstimmung mit dem Vereinbarten davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu dürfen (vgl. die Erkenntnisse des VwGH vom 17. Dezember 2002, 99/08/0008, vom 13. August 2003, 99/08/0174, vom 21. April 2004, 2000/08/0113, vom 20. April 2005, 2004/08/0109, vom 4. Juli 2007, 2006/08/0193 sowie VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233).

Im vorliegenden Fall konnte die mbP zwar einzelne bereits übernommene Führungstermine jederzeit, ohne Angaben von Gründen und ohne Sanktionen durch den BF absagen. Aus der Tatsache allein, in einzelnen Fällen Arbeiten ablehnen zu können und auch abgelehnt zu haben, lässt sich aber iSd oben angeführten Judikatur ein generelles (und auf Dauer sanktionsloses) Ablehnungsrecht nicht ableiten, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt. In einer Zusammenschau der entscheidungswesentlichen Umstände kann im vorliegenden Fall auch nicht auf eine solche Konstellation geschlossen werden, dass dem BF, welchem im Vorfeld durch die Kunstvermittler bekannt gegeben wird, an welchen Tagen diese die angebotenen Führungen übernehmen, nicht (allgemein) darauf bauen und dementsprechend disponieren würde, dass der betreffende Kunstvermittler (in der Regel) an einem bestimmten Ort (an einem der Führungsorte) zu einer bestimmten Zeit (zu der die Führungen stattfinden) für die Vermittlung vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht. Das Bestehen eines präsenten Arbeitskräfte-Pools mit genügend Arbeitskräften im oben angeführten Sinn lässt sich den Verfahrensergebnissen nicht entnehmen.

In der Gesamtschau ist daher von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Unternehmerisches Risiko:

Die Überwälzung unternehmerischer Risiken auf die arbeitende Person ist nur dann als ein Merkmal selbständiger Erwerbstätigkeit zu in Betracht zu ziehen, wenn mit dem Risiko entsprechende unternehmerische Dispositionsmöglichkeiten einhergehen (vgl. VwGH 92/08/0213 vom 31.1.1995).

Die Beschäftigungsmerkmale ergeben klar, dass der mbP bezogen auf ihre für den BF verrichteten Arbeiten keine unternehmerischen Dispositionsmöglichkeiten zukamen.

Die festgestellten Beschäftigungsmerkmale sprechen daher insgesamt klar für das Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bereits aus der persönlichen Abhängigkeit. Mit ihr ist ein Fehlen der (eigenen) Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel verbunden. (vgl. VwGH Ra 2015/08/0188 vom 12.01.2016)

Im vorliegenden Fall ist als erwiesen anzunehmen, dass der mbP die wesentlichen Betriebsmittel vom BF zur Verfügung gestellt bekam.

Auch gegenläufige Anhaltspunkte, die einer Beurteilung als abhängige Beschäftigung entgegenstehen, liegen nicht vor, zumal die mbP ebenso über keine maßgebliche eigene betriebliche Organisation verfügt hat noch bei der Ausführung der Tätigkeit eigene unternehmerische Entscheidungen treffen konnte oder in der Art eines selbständig am Markt auftretenden Unternehmers seine Tätigkeiten in maßgeblicher Weise auch noch für andere Auftragnehmer erfolgreich angeboten hat (VwGH 25.06.2013, 2012/08/0247). So erfolgten die Kundenakquise und die Auftragsabwicklung gänzlich über den BF. Die Kunden meldeten sich – wie beweiswürdigend ausgeführt – für die jeweiligen Führungen beim BF an und erhielten und bezahlten bei diesem die Tickets. Der mbP war es somit nicht möglich, ohne die betriebliche Struktur des BF ihre Tätigkeit in dessen Räumlichkeiten zu entfalten und ihr Wirken auf dem freien Markt anzubieten.

Ergebnis:

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die mbP nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt für den BF persönlich und wirtschaftlich abhängig zu arbeiten hatte. Sie unterlag aufgrund der festgestellten Arbeiten während der verfahrensgegenständlichen Zeiträume der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 bzw. § 4 Abs. 1 Z 1 uniVmd Abs. 2 unter Bedachtnahme auf § 5 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG. Das Bild der Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit wird bei der gebotenen Gesamtabwägung durch die lange Dauer des Beschäftigungsverhältnisses noch unterstrichen. Die mbP bestätigte schließlich in der Niederschrift, dass im Wesentlichen kein Unterschied der Tätigkeit im geringfügigen Dienstverhältnis vor dem 01.10.2012 zu jener als freiberuflich vereinbarten Tätigkeit am dem 01.10.2021 bestanden hätte.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Zu Spruchpunkt 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 (vgl. VwGH vom 24.04.2014, Zl. Ra 2014/01/0010; VwGH vom 24.03.2014, Zl. Ro 2014/01/0011) 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.

**Schlagworte**

Arbeitszeit Dienstnehmereigenschaft Dienstverhältnis Dienstvertrag persönliche Abhängigkeit Pflichtversicherung stille Autorität wirtschaftliche Abhängigkeit

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W156.2237467.1.00

**Im RIS seit**

13.12.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

13.12.2021

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

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