jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/11/3 W228 2106866-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 03.11.2021

Entscheidungsdatum

03.11.2021

Norm

AlVG §1 Abs1 lita
AlVG §1 Abs8
ASVG §4 Abs1
ASVG §4 Abs2
ASVG §4 Abs4
B-VG Art133 Abs4

Spruch

W228 2106866-1/70E

W228 2119894-1/14E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Einzelrichter über die Beschwerden des XXXX , vertreten durch den Rechtsanwalt Dr. XXXX , XXXX , 1080 Wien, gegen die beiden Bescheide der vormaligen Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), vom 01.04.2015 und vom 29.12.2015, XXXX , zu Recht erkannt:

A)

Den Beschwerden wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG teilweise stattgegeben und es wird festgestellt, dass XXXX in der Zeit vom 01.10.1999 bis 10.01.2013 aufgrund seiner Tätigkeit für die XXXX AG bzw. für deren Rechtsnachfolgerin XXXX AG der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungspflicht als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG sowie in der Zeit von 01.01.2008 bis 10.01.2013 der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 8 iVm Abs. 1 lit. a AlVG unterliegt.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 01.04.2015, XXXX , hat die vormalige Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), festgestellt, dass Herr XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer), VSNR XXXX , aufgrund seiner Beschäftigung bei der XXXX AG in der Zeit von 07.07.2006 bis 01.04.2015 nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht und § 1 Abs. 1 lit a AlVG unterliegt.

Gleichzeitig wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Beschäftigung bei der XXXX AG in der Zeit in der Zeit von 07.07.2006 bis 01.04.2015 nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG aufgrund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen aufgrund eines freien Dienstvertrages gemäß § 4 Abs. 4 ASVG und nicht der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG iVm § 1 Abs. 8 AlVG unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 07.07.2006 bis 10.01.2013 als IT-Spezialist Dienstleistungen für die XXXX AG erbracht habe. Im Zeitraum 07.07.2006 bis 01.04.2015 hätten keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschwerdeführer und der XXXX AG, aufgrund derer die XXXX AG einen unmittelbaren Rechtsanspruch auf die Dienstleistungen des Beschwerdeführers gehabt habe, bestanden. Der Beschwerdeführer habe hingegen selbst vorgebracht, dass er im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Verträge mit der XXXX Ltd sowie mit diversen anderen Firmen abgeschlossen habe. Seitens der ÖGK habe nicht festgestellt werden können, dass die Verträge mit diesen Firmen nur zum Schein abgeschlossen worden wären. Es habe auch nicht festgestellt werden können, dass diese Verträge den Zweck gehabt hätten, einen Vertrag mit der XXXX AG zu verschleiern oder, dass diese Firmen Zahlstellen im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG wären, auf welche die XXXX AG anstelle des Entgelts verwiesen hätte. Der Beschwerdeführer habe seine Dienstleistungen daher unmittelbar für die XXXX Ltd sowie die anderen Firmen und nicht für die XXXX AG erbracht. Diese Unternehmen hätten an den Dienstleistungen des Beschwerdeführers verdient, da diese Firmen auch für die Leistungen des Beschwerdeführers von der XXXX AG bezahlt worden seien. Da der XXXX AG somit im verfahrensgegenständlichen Zeitraum eine Dienstgebereigenschaft gemäß § 35 Abs. 1 ASVG nicht zukomme, habe auch keine Pflichtversicherung aufgrund eines Dienstvertrages oder eines freien Dienstvertrages festgestellt werden können.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers vom 22.04.2015 fristgerecht Beschwerde erhoben. Darin wurde ausgeführt, dass unabhängig von vertraglichen Gestaltungen sämtliche Merkmale eines echten Dienstverhältnisses gegeben gewesen seien. Die Beschwerdeführer habe diesbezüglich eine Steuerexpertise eines Steuerexperten von der Staatsanwaltschaft Wien zum Akt XXXX vorgelegt und erkläre er die darin abgegebenen Erklärungen zu seinem eigenen Vorbringen. Der Steuerexperte komme darin zu dem Ergebnis, dass ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der XXXX vorlag. Zwischen dem Beschwerdeführer, der XXXX und den zwischengeschalteten „Umgehungsunternehmen“ sei nie ein Arbeitskräfte-Überlassungsvertrag geschlossen worden. Sämtliche Arbeitgeberpflichten seien ausschließlich von der XXXX übernommen worden; sämtliche Rechte und Pflichten seien direkt vom Beschwerdeführer mit der XXXX ausgehandelt worden. Die von der belangten Behörde vertretene Rechtansicht sei daher unrichtig.

Mit Bescheid vom 29.12.2015, XXXX , hat die ÖGK festgestellt, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Beschäftigung bei der XXXX AG in der Zeit von 01.10.1999 bis 08.07.2010 nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht und § 1 Abs. 1 lit a AlVG unterliegt.

Gleichzeitig wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Beschäftigung bei der XXXX AG in der Zeit in der Zeit von 01.10.1999 bis 08.07.2010 nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG aufgrund der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen aufgrund eines freien Dienstvertrages gemäß § 4 Abs. 4 ASVG und nicht der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG iVm § 1 Abs. 8 AlVG unterliegt.

Die Begründung dieses Bescheides deckt sich im Wesentlichen mit der Begründung des Bescheides der ÖGK vom 01.04.2015.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 01.01.2016 fristgerecht Beschwerde erhoben. Die Argumente in der Beschwerde decken sich im Wesentlichen mit jenen in der Beschwerde vom 22.04.2015.

Die gegenständlichen Beschwerden samt Verwaltungsakten wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 06.05.2015 sowie am 20.01.2016 vorgelegt.

Am 16.07.2015 übermittelte der Beschwerdeführer eine Beweismitteleinbringung und Beschwerdeergänzung an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 28.08.2015 langte eine weitere Stellungnahme des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 21.09.2015 übermittelte der Beschwerdeführer eine Beweismitteleinbringung und Sachverhaltsdarstellung an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 07.12.2015 langte eine Stellungnahme des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 10.12.2015 und am 28.12.2015 langten weitere Stellungnahmen des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 14.01.2016 übermittelte der Beschwerdeführer eine Sachverhaltsdarstellung an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 26.01.2016 übermittelte der Beschwerdeführer eine Beschwerdeergänzung an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 31.03.2016 langte eine Sachverhaltsdarstellung und Beweismitteleinbringung des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 25.04.2016 der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers, der belangten Behörde sowie der Rechtsvertretung der XXXX sämtliche beim Bundesverwaltungsgericht eingelangten Schreiben des Beschwerdeführers übermittelt.

Am 14.06.2016 übermittelte die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers eine Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 15.06.2016 langte eine Stellungnahme der Rechtsvertretung der XXXX beim Bundesverwaltungsgericht ein

Am 19.07.2016 wurde in der gegenständlichen Rechtssache vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung durchgeführt, an der der Beschwerdeführer im Beisein seiner Rechtsvertretung, ein Vertreter der belangten Behörde sowie Mag. XXXX und die Rechtsvertretung der XXXX als mitbeteiligte Parteien teilnahmen.

Am 19.07.2016 langten diverse Unterlagen betreffend das vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien geführte Verfahren zu Zl. XXXX beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 21.07.2016 übermittelte der Beschwerdeführer diverse Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 26.07.2016, W228 2106866-1/36Z, das Beschwerdeverfahren gemäß § 17 VwGVG iVm § 38 und § 49 Abs. 6 ASVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Vorliegen einer direkten Entgeltpflicht zwischen der XXXX und dem Beschwerdeführer im arbeitsgerichtlichen Verfahren mit der Zl. XXXX ausgesetzt.

Am 28.07.2016 langte eine Mitteilung der Rechtsvertretung der XXXX beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 17.08.2016 und am 22.08.2016 langte jeweils eine Stellungnahme des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 19.10.2020 an die Rechtsvertretung der XXXX Ausführungen zur Sach- und Rechtslage getätigt.

Am 17.12.2020 langte eine Stellungnahme der Rechtsvertretung der XXXX beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 19.01.2021 langte eine Stellungnahme und Urkundevorlage des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 20.01.2021 übermittelte das Bundesfinanzgericht das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 18.07.2018, Zl. XXXX , an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 10.02.2021 übermittelte das Bundesfinanzgericht die Zeugenniederschriften sowie die Niederschriften der drei Verhandlungstage an das Bundesverwaltungsgericht.

Am 22.02.2021 langte der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.01.2021, XXXX , mit welchem die Revision gegen das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 18.07.2018, Zl. XXXX , zurückgewiesen wurde, beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 23.02.2021 der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers Parteiengehör gewährt.

Am 23.03.2021 langte eine Stellungnahme der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 30.03.2021 der belangten Behörde Parteiengehör gewährt und die amtswegig erfolgten Schriftwechsel übermittelt.

Am 19.04.2021 langte eine Stellungnahme der belangten Behörde beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 04.08.2021 der Rechtsvertretung der XXXX die ergangenen Parteiengehöre und Stellungnahmen zur Kenntnis gebracht.

Am 09.08.2021 wurde in der gegenständlichen Rechtssache vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung durchgeführt, an der der Beschwerdeführer im Beisein seiner Rechtsvertretung sowie die Rechtsvertretung der XXXX als mitbeteiligte Partei persönlich teilnahmen. Im Zuge der Verhandlung wurde XXXX als Zeugin einvernommen.

Am 08.10.2021 wurde in der gegenständlichen Rechtssache vor dem Bundesverwaltungsgericht eine weitere öffentliche, mündliche Verhandlung durchgeführt, an der der Beschwerdeführer im Beisein seiner Rechtsvertretung sowie die Rechtsvertretung der XXXX als mitbeteiligte Partei persönlich teilnahmen. Im Zuge der Verhandlung wurden XXXX und XXXX als Zeugen einvernommen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer war ab 01.10.1999 als IT-Spezialist (Programmierer) im Bereich „Prepaid Support" im Zusammenhang mit Wertkartentelefonie für die XXXX AG, bzw. für deren Rechtsvorgängerin XXXX AG, tätig. Er war – gemeinsam mit einer zweiten Person, nämlich Herrn XXXX , welcher das gleiche Tätigkeitsfeld abdeckte wie der Beschwerdeführer - für die Betreuung des Prepaid-Rechnungslegungssystems zuständig. Hierbei handelte es sich um die technische Umsetzung insbesondere der damit verbundenen EDV-getragenen Abrechnung der Wertkartentelefonie und wurden vom Beschwerdeführer die entsprechenden Programmierleistungen erbracht. Überdies bestand seine Aufgabe darin, ein entsprechendes Abrechnungssystem aufzubauen, laufend weiterzuentwickeln und anzupassen sowie das System zu warten.

Der Aufgabenbereich des Beschwerdeführers im Bereich Prepaid-Support umfasste konkret folgende Leistungen: Dienstleistung und Consulting im Bereich Prepaid-Support, Betreuung und Weiterentwicklung Consulting des Prepaid-Systems, Betreuung des Localadaptors für PPRTU, Betreuung der TID im Prepaidbereich.

Der Beschwerdeführer verfügte von 28.08.2000 bis 29.10.2009 über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik.

Der Beschwerdeführer hat seine Leistungen für die XXXX nahezu durchgehend über diverse Drittunternehmen erbracht und verrechnet. Lediglich im Zeitraum 01.10.2003 bis 31.12.2004 erfolgte die Rechnungslegung durch den Beschwerdeführer selbst und wurde er in diesem Zeitraum auch persönlich von der XXXX beauftragt. Über die vom Beschwerdeführer für die XXXX zu erbringenden Leistungen wurden zumindest jährlich entsprechende Verträge zwischen der XXXX und den jeweiligen Vertragspartnern auf Basis einer Angebotslegung durch die Vertragspartner an die XXXX abgeschlossen.

Folgende Unternehmen scheinen als Vertragspartner bzw. alternative Rechnungsleger auf:

Von 01.10.1999 bis 30.06.2003: XXXX GmbH;

01.07.2003 bis 30.09.2003: XXXX GmbH;

01.10.2003 bis 31.12.2004: Consultinggemeinschaft XXXX und XXXX ;

01.01.2005 bis 30.06.2009: XXXX Ltd (registrierter Sitz des Unternehmens war in Irland; der Beschwerdeführer war geschäftsführender Gesellschafter);

01.07.2009 bis 31.12.2009: XXXX GmbH;

01.01.2010 bis 31.12.2010: XXXX GmbH (in dieser Zeit schien die XXXX GmbH als alternativer Rechnungsausteller auf);

01.01.2011 bis 31.12.2011: XXXX GmbH (in dieser Zeit schien die XXXX GmbH als alternativer Rechnungsausteller auf);

01.01.2012 bis 2013: XXXX GmbH (in dieser Zeit schien die XXXX BaugmbH GmbH als alternativer Rechnungsausteller auf).

Diese aufgelisteten Unternehmen wurden – abgesehen von der XXXX GmbH - vom Beschwerdeführer selbst der XXXX als mögliche Vertragspartner vorgeschlagen. Die Verträge mit der XXXX wurden vom Beschwerdeführer bzw. Herrn XXXX verhandelt. Die verrechenbaren Beträge wurden in der Folge von den vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Firmen bekanntgegeben, welche dann an die XXXX fakturierten.

Der Beschwerdeführer hat sich – abgesehen von der XXXX GmbH, wo er zweimal vor Ort gewesen ist - nie in den Räumlichkeiten dieser oben aufgelisteten Unternehmen aufgehalten. In den Räumlichkeiten der XXXX Ltd in Irland hat sich der Beschwerdeführer ein- bis zweimal im Jahr aufgehalten; in den Jahren 2008/2009 war er nicht mehr dort.

Die oben dargestellten (Bau)firmen (XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX und XXXX), über die der Beschwerdeführer abrechnete, dienten ausschließlich der Rechnungslegung. Bei den angeführten Abrechnungsfirmen XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX und XXXX handelte es sich um substanzlose, kurzlebige Einmann-GesmbHs.

Der Beschwerdeführer hat seine Arbeitsleistungen – mit Ausnahme der Nachdienste – am Standort der XXXX erbracht. Er hatte dort einen eigenen Arbeitsplatz, welcher mit einem PC und einem Festnetztelefon ausgestattet war. Er verfügte über eine Zutrittskarte und einen Zimmerschlüssel und hat seine Leistungen stets von dort aus erbracht.

Für den Beschwerdeführer wurde von der XXXX eine Firmen-Emailadresse eingerichtet und er erhielt einen Systemuser im internen EDV-System. Ihm wurde ein gesicherter, mobiler Internetzugang zur Verfügung gestellt, sodass er seine Tätigkeit von überall ausführen konnte. Festzustellen ist, dass XXXX sehr wohl manchmal auch von zuhause aus gearbeitet hat.

Der Beschwerdeführer arbeitete im Schichtbetrieb in einem 3-Schicht-Modell. Bei den ersten beiden Schichten handelte es sich um Schichten untertags, bei der dritten Schicht handelte es sich um einen Bereitschaftsdienst in der Nacht. Der Beschwerdeführer stand der XXXX in Bezug auf den Bereitschaftsdienst im Wege einer Rufbereitschaft zur Verfügung und hat im Rahmen dieser Bereitschaftsdienste Nachtdienste geleistet; hinsichtlich dieser Nachtdienste hat er sich wöchentlich mit Herrn XXXX abgewechselt.

Der Beschwerdeführer wurde von der XXXX zu Dienstreisen entsandt. Für Dienstreisen wurde dem Beschwerdeführer ein KFZ von der XXXX zur Verfügung gestellt. Auch die, bei den Dienstreisen anfallenden, Reise- und Nächtigungskosten wurden dem Beschwerdeführer von der XXXX bezahlt. Dem Beschwerdeführer stand die Möglichkeit offen, Dienstreisen abzulehnen.

Der Beschwerdeführer hat seine Leistungen für die XXXX größtenteils persönlich erbracht. In Ausnahmefällen erfolgte eine Vertretung des Beschwerdeführers durch XXXX ; zwischen den beiden gab es wechselseitige Vertretungen. Der Beschwerdeführer konnte sich jedoch nicht durch beliebige dritte Personen vertreten lassen. Diese wechselseitigen Vertretungen zwischen dem Beschwerdeführer und Herrn XXXX erfolgten hauptsächlich im Jahr 2010. In den anderen beschwerdegegenständlichen Jahren gab es auch wechselseitige Vertretungen, aber in geringerem Ausmaß. Fallweise erfolgte eine Vertretung des Beschwerdeführers durch interne Mitarbeiter der XXXX .

Die vom Beschwerdeführer für die XXXX erbrachten Leistungen wurden im SAP-System der XXXX erfasst und wurden von XXXX , Vorgesetzter des Beschwerdeführers, kontrolliert und freigegeben.

Der Beschwerdeführer konnte sich Urlaube nicht frei einteilen, sondern mussten Urlaube mit XXXX abgesprochen werden.

Der Beschwerdeführer hat regelmäßig an Meetings und Jour-fixe-Terminen bei der XXXX teilgenommen und musste für diese Meetings hin und wieder in den Räumlichkeiten der XXXX anwesend sein.

Der Beschwerdeführer hat von XXXX lediglich inhaltliche Weisungen erhalten. Er war in seiner Tätigkeit für die XXXX keinen persönlichen Weisungen unterworfen.

Der Beschwerdeführer unterlag bei der Erbringung seiner Leistungen für die XXXX dem Internen Kontrollsystem (IKS) der XXXX .

Der Beschwerdeführer hat für seine Leistungen für die XXXX bis zum Jahr 2011 ein Entgelt im Rahmen von Monatspauschalen erhalten. Ab dem Jahr 2012, sohin seit jenem Zeitpunkt, ab dem die XXXX GmbH als Vertragspartner aufschien, wurde dem Beschwerdeführer keine Pauschale, sondern ein Stundenlohn bezahlt. Der Beschwerdeführer hat als Entgelt sehr hohe Summen erhalten. Sein monatliches Entgelt belief sich zu Spitzenzeiten auf ca. € 20.000 monatlich. Festzustellen ist, dass die Zahlungshöhe de facto zwischen dem Beschwerdeführer und der XXXX ausgehandelt wurde.

Die XXXX teilte die vom Beschwerdeführer erbrachte Leistung, bei welcher es sich stets um eine reine operative Supporttätigkeit handelte, buchhalterisch in Capex- und Opex-Bestandteile auf.

Der Beschwerdeführer war im Intranet der XXXX als „SOM Mitarbeiter Prepaid Billing“ angeführt.

Der Beschwerdeführer hat in der Firmenmannschaft der XXXX Fußball gespielt. In dieser Mannschaft haben fallweise immer wieder auch externe Gäste mitgespielt.

Es ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer (genauso wie Herr XXXX) als Top-Spezialist in seinem Aufgabenbereich anzusehen ist.

Die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die XXXX begann am 01.10.1999 und endete am 10.01.2013. An diesem Tag wurde seitens der XXXX die Zutrittskarte des Beschwerdeführers, somit sein Zutritt zu den Räumlichkeiten der XXXX , sowie sein Account gesperrt. Die Zutrittssperre wurde gesetzt, weil die Finanzbehörde im Rahmen eines gegen den Beschwerdeführer geführten Finanzverfahrens eine Hausdurchsuchung auf seinem Arbeitsplatz bei der XXXX durchgeführt hat. Nach dem 10.01.2013 hat der Beschwerdeführer keine weitere Leistung an die XXXX erbracht und es erfolgte keine Entgeltzahlung der XXXX an den Beschwerdeführer.

2. Beweiswürdigung:

Zunächst ist festzuhalten, dass aus dem Firmenbuchauszug zu FN XXXX (XXXX Aktiengesellschaft) bei Eintragungsnummer 30 mit dem Hauptversammlungsbeschluss und Verschmelzungsvertrag vom 30.06.2010 hervorgeht, dass „diese Gesellschaft [...] als übernehmende Gesellschaft mit der XXXX (FN XXXX) als übertragender Gesellschaft verschmolzen wurde. Somit ist von einer Gesamtrechtsnachfolge auszugehen.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer von 28.08.2000 bis 29.10.2009 über eine Gewerbeberechtigung verfügte, ist unstrittig.

Das Tätigkeitsfeld des Beschwerdeführers ist ebenso unstrittig.

Die jeweiligen Angebote, Bestellungen und Verträge zwischen der XXXX und den jeweiligen Vertragspartnern liegen im Akt ein.

Die Feststellung, wonach sich der Beschwerdeführer nie in den Räumlichkeiten dieser oben aufgelisteten Unternehmen aufgehalten hat, ergibt sich aus seinen Aussagen in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 19.07.2016, wo er angab, dass er sich nie in den Räumlichkeiten der XXXX GmbH, der XXXX GmbH, der XXXX XXXX GmbH, der XXXX GmbH, der XXXX GmbH und der XXXX BaugmbH GmbH aufgehalten habe. Er gab weiters an, dass er sich lediglich zweimal in den Räumlichkeiten der XXXX GmbH aufgehalten habe. Befragt, ob er regelmäßig in Irland gewesen sei, gab er an: „Gab es ein großes Problem finanzielle Natur, bin ich einmal im halben Jahr nach Irland fahren. Ich musste einmal pro Jahr beim Directors-Meeting sein. Die letzten Jahre, 2008/2009 war ich nicht mehr dort.“

Die Feststellung, wonach der Beschwerdeführer seine Leistungen an einem Arbeitsplatz am Standort der XXXX erbracht hat, ergibt sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers, aus der Aussage des XXXX vom 08.11.2013 im Zuge des Finanzstrafverfahrens, wo jener angab: „Wir waren die letzten 13 Jahre im selben Büro“ sowie aus der

Aussage von XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 09.08.2021, wo sie angegeben hat, dass sie den Beschwerdeführer von Montag bis Freitag täglich in den Räumlichkeiten der XXXX gesehen habe. Auch XXXX , Angestellter bei der XXXX im Bereich Billing, gab in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 08.10.2021 an, dass der Beschwerdeführer fast keine Remote-Arbeit gemacht habe. Es blieb im Wesentlichen unstrittig, dass der Beschwerdeführer seine Leistungen – abgesehen von den Nachtdiensten - größtenteils am Standort der XXXX erbracht hat und er auch über eine Zutrittskarte und einen Zimmerschlüssel verfügte.

Die Feststellung, dass Herr XXXX manchmal von zuhause aus gearbeitet hat, ergibt sich aus seiner Aussage in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 08.10.2021.

Die Feststellungen, wonach der Beschwerdeführer über eine Firmen-Emailadresse sowie einen gesicherten, mobilen EDV-Zugang verfügte, ergibt sich aus dem übereinstimmenden Vorbringen des Beschwerdeführers und der XXXX . Mag. XXXX , Mitarbeiter bei der XXXX seit 2005 und Leiter der Steuerabteilung seit 2009, gab im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht als Zeuge an, dass eine Firmen-Emailadresse auch für externe Mitarbeiter üblich und nötig sei; es gebe sogar interne Emailadressen für Wirtschaftsprüfer oder Prüfer der Finanz, da sie im System angelegt werden müssten und ohne eine solche Anlegung im System nicht einmal drucken könnten. In der Stellungnahme der XXXX vom 07.11.2013 wurde ausgeführt, dass eine solche Firmen-Emailadresse sowie ein gesicherter, mobiler EDV-Zugang aus Sicherheitsgründen notwendig sei, damit keine sensiblen Daten das EDV-System verlassen.

Hinsichtlich der Arbeitszeit ist festzuhalten, dass Herr XXXX in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 05.06.2018 angab, dass sich der Beschwerdeführer und Herr XXXX die Einteilung der Nachtdienste selbst einteilen konnten. Weiters gab er an, dass für das Customer Service in der Zeit von 08:00 Uhr bis 18:00 Uhr immer einer der beiden Herren (Beschwerdeführer bzw. Herr XXXX) gebraucht worden sei; welcher von beiden da war, sei egal gewesen. XXXX gab in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 05.06.2018 übereinstimmend dazu an, dass „es eben von Seiten des Customer Service die Wunschvorstellung [gab], dass wir da sind, wenn die auch da sind und das ist eben nicht um 3 in der Früh."

Die Feststellung hinsichtlich der Dienstreisen ergibt sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers in Zusammenschau mit einer Reservierungsbestätigung vom 28.08.2007 sowie aus einer von der XXXX für den Beschwerdeführer durchgeführten Flugbuchung nach XXXX vom 28.08.2007. Auch XXXX bestätigte in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 05.06.2018, dass der Beschwerdeführer einige Male auf Dienstreise gewesen sei und ihm die diesbezüglichen Kosten seitens der XXXX abgegolten worden seien. Der Beschwerdeführer gab in der Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht am 29.03.2018 selbst an, dass er Dienstreisen ablehnen habe können. Dies deckt sich auch mit der Aussage des XXXX in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht, wo jener aussagte: „Es gab keine Weisung, dass der Herr XXXX das machen soll. Er ist glaube ich gefragt worden."

Zur Feststellung, wonach der Beschwerdeführer seine Leistungen für die XXXX größtenteils persönlich erbracht hat, ist beweiswürdigend zunächst auszuführen, dass die diversen Angebote der in den Feststellungen genannten Unternehmen an die XXXX bzw. die Bestellungen der XXXX an die Unternehmen auf eine persönliche Leistungserbringung des Beschwerdeführers hinweisen. So ist beispielsweise in dem Angebot der XXXX GmbH an die XXXX vom 01.07.2009 ausgeführt: „Die Arbeiten werden ausschließlich von unserem Mitarbeiter Hrn. XXXX durchgeführt." In der Bestellung der XXXX an die XXXX Ltd. vom 18.02.2008 ist ausgeführt: „Die Arbeiten werden ausschließlich von Ihrem Mitarbeiter Hrn. XXXX durchgeführt." Im Angebot der XXXX GmbH an die XXXX vom 24.10.2012 ist ausgeführt: „ XXXX bietet Ihnen gerne für die oben genannten Tätigkeiten Herrn XXXX , den Sie bereits kennen, zur Betriebsunterstützung an." In den Bestellungen der XXXX an die XXXX GmbH vom 28.06.2012 und 19.11.2012 ist ausgeführt: „Die Arbeiten werden vorwiegend von Ihrem Mitarbeiter XXXX durchgeführt." Die XXXX führte in der Stellungnahme vom 15.06.2016 selbst aus, dass die persönliche Leistungserbringung durch den Beschwerdeführer erwünscht war.

Zur Feststellung, wonach in Ausnahmefällen eine Vertretung des Beschwerdeführers durch XXXX erfolgte, ergibt sich aus der Zeugeneinvernahme des Herrn XXXX vom 08.11.2013 sowie aus der Einvernahme des Beschwerdeführers vom 10.01.2013. Dass wechselseitige Vertretungen zwischen dem Beschwerdeführer und Herrn XXXX vorgekommen sind, ergibt sich auch aus den Aussagen des Beschwerdeführers im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht. Aus der Aussage des Herrn XXXX in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht sowie vor dem Bundesverwaltungsgericht ergibt sich weiters, dass er und der Beschwerdeführer sich bezüglich Urlauben

abgesprochen haben, sodass einer von beiden immer da war. Auch diese Aussage lässt auf eine wechselseitige Vertretung des Beschwerdeführers und des Herrn XXXX schließen. Hinsichtlich der Feststellung, wonach fallweise eine Vertretung des Beschwerdeführers durch interne Mitarbeiter der XXXX erfolgte, ist beweiswürdigend auf die Aussage von Mag. XXXX , Mitarbeiterin bei der XXXX im Team Prepaid-Billing, im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht zu verweisen, wo sie als Zeugin angab, dass eine Vertretung ausschließlich innerhalb des Teams möglich gewesen sei. Auch XXXX gab in der Verhandlung am 08.10.2021 an, dass im Abwesenheitsfalls des Beschwerdeführers Vertretungen durch Angestellte der XXXX abgedeckt worden seien; dass sohin das restliche Team die Vertretung übernommen habe.

Dass sich der Beschwerdeführer nicht durch beliebige dritte Personen vertreten lassen konnte, ergibt sich zudem daraus, dass er aufgrund seines Expertenstatus seine Leistungen persönlich zu erbringen hatte und nicht jedermann diese Tätigkeit ausführen hätte können. So gab XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 08.10.2021 auf die Frage, ob bei den Tätigkeiten des Beschwerdeführers von einem Tag auf den anderen ein beliebiger IT-Experte die Vertretung des Beschwerdeführers übernehmen hätte können, an, dass „ein Hineinspazieren und ein sofortiges Loslegen definitiv utopisch" sei, sondern vielmehr ein mehrmonatiges Einarbeiten notwendig wäre.

Die Feststellung, wonach die vom Beschwerdeführer für die XXXX erbrachten Leistungen im SAP-System der XXXX erfasst und von XXXX kontrolliert und freigegeben wurden, ergibt sich einerseits aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers und wurde dies auch von der XXXX in der Stellungnahme vom 14.06.2016 so vorgebracht. Darüber hinaus findet sich auch in den Angeboten der XXXX Ltd an die XXXX der Absatz: „Der Auftragnehmer ist verpflichtet Aufzeichnungen über seine geleisteten Stunden zu führen. Diese Zeitaufzeichnungen sind monatlich im Nachhinein dem zuständigen Projektmanager des Auftraggebers zu übergeben." Auch Frau XXXX gab in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 09.08.2021 an, dass die XXXX am Ende des Monats einen Leistungsnachweis vom Beschwerdeführer erhalten habe. XXXX gab in der Verhandlung am 08.10.2021 ebenfalls an, dass auch der Beschwerdeführer das SAP-System benutzt habe. Aufgrund dieser eben angeführten übereinstimmenden Angaben kann dem Vorbringen des Herrn XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 08.10.2021, wonach es nicht immer notwendig gewesen sei, die Leistungen im SAP zu erfassen und man es auch nur als Excel-Liste abgegeben habe können, nicht gefolgt werden.

Die Feststellung, wonach sich der Beschwerdeführer Urlaube nicht frei einteilen konnte, ergibt sich aus einem Email von XXXX an den Beschwerdeführer vom 03.06.2011, wo wie folgt ausgeführt wurde: „Zur Information, künftig wird die Urlaubsplanung bzw. langfristige Planung genauestens eingehalten." sowie aus einem weiteren Email an den Beschwerdeführer vom 27.08.2007, wo ausgeführt wurde: „Aufgrund der derzeitigen Situation werden wir kommende Urlaube besser koordinieren müssen."

Die Feststellung, wonach der Beschwerdeführer regelmäßig an Meetings und Jour-fixe-Terminen bei der XXXX teilgenommen hat, ergibt sich einerseits aus der Aussage von Mag. XXXX im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht, wo sie angab, dass es wöchentliche Jour-fixe Termine im Beisein des Beschwerdeführers gegeben habe, in denen die Aufgabenverteilung durch die Vorgesetzten vorgenommen wurde. Auch aus den vom Beschwerdeführer zahlreich vorgelegten Emails geht hervor, dass er als IT-Experte an einer Vielzahl an Meetings bei der XXXX teilnahm; dies wurde auch von XXXX in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 05.06.2018 bestätigt. Auch XXXX gab in der Verhandlung am 08.10.2021 an, dass der Beschwerdeführer „tendenziell auf mehr Meetings gegangen" sei als er selbst. Es ist den vorgelegten Emails, aus welchen die Teilnahme des Beschwerdeführers an den Meetings hervorgeht, allerdings nicht zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer bei seiner Tätigkeit für die XXXX einer persönlichen Weisungsgebundenheit unterworfen war. Vielmehr wird lediglich das Vorliegen von sachliche Kontrollen und sachlichen Weisungen durch die zahlreichen vorgelegten Emails bestätigt.

Hinsichtlich der Feststellung, wonach der Beschwerdeführer von XXXX lediglich inhaltliche Weisungen erhalten und er keinen persönlichen Weisungen unterworfen war, ist beweiswürdigend weiters auszuführen, dass der Beschwerdeführer in der niederschriftlichen Einvernahme vor der ÖGK am 04.07.2013 sowie im weiteren Verlauf des Verfahrens gleichlautend angab, dass er von Herrn XXXX Weisungen bezüglich seiner Tätigkeit erhalten habe. Hierbei handelte es sich jedoch um sachliche Weisungen. Herr XXXX , Abteilungsleiter der Billing Operation im verfahrensrelevanten Zeitraum, gab im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht als Zeuge an, dass der Beschwerdeführer sachlichen Weisungen unterworfen gewesen sei, beispielsweise hätten Wartungsarbeiten im System manchmal in der Nacht erfolgen müssen. XXXX gab in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 05.06.2018 an, dass er dem Beschwerdeführer keine persönlichen Weisungen erteilt habe und der Beschwerdeführer

keine Zielvereinbarungen einzuhalten gehabt habe. XXXX , welcher das gleiche Tätigkeitsfeld abdeckte wie der Beschwerdeführer, gab in der Verhandlung vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 05.06.2018 sowie in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 08.10.2021 an, dass er keine persönlichen Weisungen bekommen habe.

Es ist unstrittig, dass der Beschwerdeführer bei Erbringung seiner Tätigkeit dem IKS der XXXX unterlag. Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, dass dieser Umstand für das Vorliegen eines echten Dienstvertrages spreche, so ist dem entgegenzuhalten, dass sowohl freie als auch echte Dienstnehmer dem IKS unterliegen und dies daher für die Qualifikation als echter oder freier Dienstnehmer nicht ausschlaggebend ist.

Die Feststellung, wonach der Beschwerdeführer bis 2011 ein Entgelt im Rahmen von Monatspauschalen und ab dem Jahr 2012 einen Stundenlohn erhalten hat, ergibt sich aus den im Akt befindlichen Angeboten, Bestellungen sowie den von den jeweiligen Vertragspartnern gelegten Rechnungen. Die Feststellung zur Entgelthöhe ergibt sich ebenfalls aus den Angeboten, Bestellungen und Rechnungen sowie aus der Aussage des Herrn XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 08.10.2021, wo jener auf die Frage zur Entgelthöhe angab: „Inkl. UST 20.000 Euro im Monat, je nach Stunden, die wir gemacht haben. Manchmal war es weniger."

Die Feststellung, wonach die XXXX die vom Beschwerdeführer erbrachte Leistung buchhalterisch in Capex- und Opex-Bestandteile aufteilte, ergibt sich aus diversen Emails (beispielsweise Email von XXXX an den Beschwerdeführer vom 22.11.2011).

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer im Intranet der XXXX als „SOM Mitarbeiter Prepaid Billing" angeführt war, ergibt sich aus dem vorliegenden Ausdruck aus dem Intranet. Laut Aussage des Herrn XXXX im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht war der Grund dafür, dass die Mitarbeiter der XXXX im Intranet nachlesen können mussten, wer für welches System verantwortlich war und wen sie bei Fragen anrufen konnten.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer in der Firmenmannschaft der XXXX Fußball gespielt hat, ist unstrittig. Die Feststellung, dass in dieser Mannschaft fallweise auch externe Gäste mitgespielt haben, ergibt sich aus den Angaben des Mag. (FH) XXXX , Mitarbeiter bei der XXXX seit 2004, im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht.

Die Feststellung, dass der Beschwerdeführer als Top-Spezialist anzusehen ist, ergibt sich aus der Aussage des XXXX , Geschäftsführer der XXXX GmbH, am 14.12.2017 im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht, wo er angab, dass es Leute wie den Beschwerdeführer bzw. wie Herrn XXXX in Österreich lediglich vielleicht sechs bis sieben Mal gebe.

Der Beginn der Tätigkeit des Beschwerdeführers mit 01.10.1999 ist unstrittig. Zum festgestellten Ende der Tätigkeit mit 10.01.2013 ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer unstrittig ab dem 10.01.2013 keine Leistungen mehr für die XXXX erbracht hat. Es ist hierzu weiters aus die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung zu verweisen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

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

Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. In der vorliegenden Angelegenheit wurde kein derartiger Antrag gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter.

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A) Teilweise Stattgabe der Beschwerde:

1. Zur Dienstgebereigenschaft der XXXX :

Als Dienstgeber im Sinne gemäß § 35 Abs. 1 ASVG 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.

Zur Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass dies jene Person sei, die nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten) aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen muss ihm zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen. Maßgeblich sind die wirklichen rechtlichen Verhältnisse, nicht der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt (vgl. VwGH vom 07.09.2011, Zl.2008/08/0165).

Im gegenständlichen Fall erfolgte die Auftragsannahme sowie die Rechnungslegung für die vom Beschwerdeführer für die XXXX zu erbringenden Leistungen durch die in den Feststellungen aufgelisteten „dazwischengeschalteten" Unternehmen als formalrechtliche Auftragnehmer der XXXX . Die vom Beschwerdeführer zu erbringenden Leistungen wurden sohin nicht unmittelbar durch ihn selbst, sondern unter Zwischenschaltung diverser in- und ausländischer Körperschaften geschuldet bzw. an die XXXX als Leistungsempfängerin verrechnet.

Als einzelne Elemente lassen sich folgende Handlungen anführen: Die Gründung bzw. Übernahme von unterschiedlichen, durchwegs substanzlosen Körperschaften durch den Beschwerdeführer; in der Folge die jeweilige „Auftragsvergabe" an diese Zwischenkörperschaften durch die XXXX bzw. die Annahme dieser „Aufträge" durch diese; die Abrechnung der vom Beschwerdeführer für die XXXX erbrachten Leistungen über diese Gesellschaften und schließlich die Rückführung der an die von der XXXX an die Zwischenkörperschaften überwiesenen Entgeltzahlungen an den Beschwerdeführer.

Wie festgestellt, hat sich der Beschwerdeführer – abgesehen von der XXXX GmbH, wo er zweimal vor Ort gewesen ist - nie in den Räumlichkeiten dieser oben aufgelisteten Unternehmen aufgehalten. In den Räumlichkeiten der XXXX Ltd in Irland hat sich der Beschwerdeführer ein- bis zweimal im Jahr aufgehalten; in den Jahren 2008/2009 war er nicht mehr dort.

Wie festgestellt, dienten die oben dargestellten (Bau)firmen, über die der Beschwerdeführer abrechnete, ausschließlich der Rechnungslegung. Bei den angeführten Abrechnungsfirmen XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX und XXXX handelte es sich um substanzlose, kurzlebige Einmann-GesmbHs und wurden diese Firmen lediglich für die Abrechnung der Leistungen des Beschwerdeführers an die XXXX zwischengeschalten. In diesem Zusammenhang ist überdies darauf hinzuweisen, dass XXXX im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht am 22.11.2016 aussagte, dass über die Zwischenschaltung der XXXX GmbH im Ergebnis nur Preisdruck ausgeübt worden sei.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Zwischenschaltung dieser Unternehmen bloß zum Schein erfolgte.

Die vertraglichen Konstrukte, die eine Verlagerung weg von der XXXX hin zu den in den Feststellungen aufgelisteten Unternehmen aufzeigen sollen, sind in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als nicht maßgeblich anzusehen.

Auch der Umstand, dass die XXXX die vom Beschwerdeführer erbrachte Leistung, bei welcher es sich stets um eine reine operative Supporttätigkeit handelte, buchhalterisch in Capex- (Capital Expenditure) und Opex- (Operational Expenditure) Bestandteile aufteilte, weist überdies daraufhin, dass im gegenständlichen Fall nicht alles so gelebt wurde, wie es auf dem Papier steht.

Das gegenständliche freie Dienstverhältnis des (zur Qualifikation der Tätigkeit des Beschwerdeführers als freier Dienstvertrag siehe unten unter Punkt A.2.) ist daher der XXXX als Dienstgeberin iSd § 35 ASVG zugeordnet. Ob der Beschwerdeführer sein Entgelt direkt von XXXX ausbezahlt erhielt oder von den oben aufgelisteten Unternehmen ist für die Beurteilung der Dienstgebereigenschaft iSd § 35 Abs. 1 ASVG nicht von Relevanz (vgl. VwGH vom 15.07.2013, Zl. 2011/08/0151).

Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung:

Mit dem AÜG wurde die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung geregelt, in deren Rahmen der Arbeitgeber typischerweise nicht die Absicht hat, den Dienstnehmer im eigenen Betrieb zu beschäftigen, sondern ihn nur deshalb einstellt, um Dritten (den Beschäftigern) kurzfristig mit einer Arbeitskraft auszuhelfen.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist gemäß § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken (Z1) oder die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten (Z2) oder organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen (Z3) oder der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet (Z4).

Im vorliegenden Fall müsste, folgte man der Argumentation einer Arbeitskräfteüberlassung, insoweit eine ganz außergewöhnliche Arbeitskräfteüberlassung vorliegen, als der Beschwerdeführer mehr als 12 Jahre bei der XXXX (Beschäftiger) tätig war. Auch wenn es durchaus in Einzelfällen vorkommen mag, dass im Rahmen eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens einzelne Arbeitnehmer auch für ein oder für zwei Jahre einem Beschäftiger überlassen werden, kann es nicht mehr als wirtschaftlich naheliegende Form der Rekrutierung von Arbeitskräften angesehen werden, für einen derart langen Zeitraum einen Mitarbeiter nicht unmittelbar anzustellen, sondern im Wege der Arbeitskräfteüberlassung in Anspruch zu nehmen. Die ausschließliche Verwendung eines Arbeitnehmers bei einem einzigen Beschäftiger für einen sehr langen Zeitraum ist derart atypisch, dass eine abweichende Behandlung eines solchen Beschäftigungsverhältnisses durchaus in Betracht kommt. Die langjährige Dienstleistung bei einem einzigen Arbeitgeber (Beschäftiger) wird eben im Normalfall durch ein reguläres Dienstverhältnis und nicht im Wege der Arbeitskräfteüberlassung begründet. Auf derart lange Beschäftigungsverhältnisse zielen die Regelungen des AÜG nicht ab (vgl. OGH vom 03.12.2003, 9 ObA 113/03p).

In diesem Zusammenhang ist weiters auf die Ausführungen, welche von XXXX , Geschäftsführer der XXXX GmbH, am 14.12.2017 im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht getätigt wurden, zu verweisen. Herr XXXX gab an, dass ihm Herr XXXX Ende 2011 mitgeteilt habe, dass er PrePaid-Billing-System-Spezialisten brauche, er auch schon welche habe, mit denen er bereits gearbeitet habe und er werde Herrn XXXX die Kontaktdaten übermitteln. Herr XXXX habe sich dann mit dem Beschwerdeführer und Herrn XXXX getroffen und ihnen ein Dienstverhältnis angeboten; beide hätten jedoch ein Dienstverhältnis wegen der Entgelthöhe abgelehnt. Herr XXXX gab weiters an, dass gegenständlich keine Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen sei, da der Beschwerdeführer eben nicht angestellt gewesen sei, obwohl eine Anstellung für Herrn XXXX besser gewesen wäre, da die Marge besser gewesen wäre.

Abschließend ist festzuhalten, dass bei einem Arbeitskräfteüberlasser die gattungsmäßige Überlassung von Personal üblich ist (z.B. irgendein Telefonservicemitarbeiter, IT-Helpdesk Mitarbeiter, ...). Gegenständlich liegt hingegen – wie beweiswürdigend zum Thema persönliche Leistungserbringung des Beschwerdeführers ausgeführt – eine Bestellung einer dezidierten Person – nämlich des Beschwerdeführers – vor, welche eben nicht einfach austauschbar ist und bleibt daher kein ausreichender unternehmerischer Spielraum in Richtung einer Arbeitskräfteüberlassung.

Es ist daher in einer Gesamtschau von einem verschleierten Dienstverhältnis des Beschwerdeführers zur XXXX auszugehen.

2. Zur freien Dienstnehmereigenschaft des Beschwerdeführers:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die

betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl. etwa VwGH v. 21.12.2005, Zl.2004/08/0066) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung – in der Regel bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (VwGH 05.06.2002, 2001/08/0107, 0135 sowie 03.07.2002, 2000/08/0161).

Ein solches Werk ist gegenständlich nicht ersichtlich. Gegenstand der Tätigkeit des Beschwerdeführers war die Betreuung des Prepaid-Rechnungslegungssystems der XXXX . Bei dieser Tätigkeit handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Aus einem solchen Erwerbstätigen wird auch dann kein selbständiger Erbringer von Werkleistungen, wenn die genannten Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw. mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt und diese Abschnitte sodann zu "Werken" mit einer "gewährleistungstauglichen Leistungsverpflichtung" erklärt werden (VwGH 24.04.2014, 2013/08/0258, mwN; zu "atomisierten Werkverträgen" vgl. Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 ff).

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

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer von 28.08.2000 bis 29.10.2009 über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik verfügte, ist nicht entscheidend, da daraus nicht ableitbar ist, ob der Beschwerdeführer im konkreten Fall in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig wurde oder nicht (vgl. VwGH vom 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129). Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. VwGH vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0038).

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

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152, mwN).

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

Wie festgestellt, hat der Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall seine Leistungen für die XXXX größtenteils persönlich erbracht. In Ausnahmefällen erfolgte eine Vertretung des Beschwerdeführers durch XXXX ; zwischen den beiden gab es wechselseitige Vertretungen. Fallweise erfolgte eine Vertretung durch interne Mitarbeiter der XXXX innerhalb des Teams. Der Beschwerdeführer konnte sich jedoch nicht jederzeit durch beliebige dritte Personen vertreten lassen.

Ein generelles Vertretungsrecht im Sinne der zitierten Judikatur hat im vorliegenden Fall sohin nicht bestanden. Von einer Berechtigung, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter heranzuziehen, kann somit im hier zu beurteilenden Fall nicht gesprochen werden.

Im Ergebnis ist somit die persönliche Arbeitspflicht des Beschwerdeführers mangels eines generellen Vertretungsrechts zu bejahen. Damit steht aber nur fest, dass ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht schon aus diesem Grund auszuschließen ist. Dies lässt aber noch nicht den Gegenschluss auf ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit zu, weil dafür das Gesamtbild der Beschäftigung maßgebend ist (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256). Es ist somit zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des

Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa VwGH 15.5.2013, 2013/08/0051).

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

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

Im vorliegenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einbindung des Beschwerdeführers in den Betrieb der XXXX . Insbesondere ergibt sich eine solche nicht aus der bloßen Möglichkeit, Betriebsmittel des Dienstgebers zu verwenden, im vorliegenden Fall die Büroräumlichkeiten der XXXX , zu nutzen. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistungen – mit Ausnahme der Nachtdienste – am Standort der XXXX , wo er einen Arbeitsplatz zu Verfügung hatte, erbracht hat, ist keine Bindung an den Arbeitsort ableitbar, zumal dem Beschwerdeführer ein mobiler Internetzugang zur Verfügung gestellt wurde, sodass er seine Tätigkeit von überall ausführen hätte können. Wie festgestellt, hat Herr XXXX die Möglichkeit von zuhause aus zu arbeiten, auch mehrfach in Anspruch genommen und wäre diese Möglichkeit auch dem Beschwerdeführer offen gestanden und ist diese daher nicht nur rein theoretischer Natur.

Zur Arbeitszeit ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer im Schichtbetrieb arbeitete und von der XXXX erwartet wurde, dass von 08:00 Uhr bis 18:00 Uhr entweder der Beschwerdeführer oder Herr XXXX anwesend waren.

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

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