

# TE Bwvg Erkenntnis 2022/1/10 W228 2215224-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.01.2022

## Entscheidungsdatum

10.01.2022

## Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §4 Abs4

ASVG §410

ASVG §5 Abs1 Z2

ASVG §7 Z3 lita

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W228 2215224-1/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Manfred PRENNER und Mag. Dinah DJALINOUS-GLATZ als Beisitzer über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch die XXXX GMBH, gegen den Bescheid der vormaligen Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 15.01.2019, Zl. XXXX , zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

Entscheidungsgründe:

#### I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 15.01.2019, XXXX, hat die vormalige Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK), festgestellt, dass Frau Mag. XXXX, VSNR XXXX, aufgrund ihrer Beschäftigung beim XXXX (im Folgenden Beschwerdeführerin) in der Zeit vom 01.09.2016 bis 30.09.2016 der Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 und § 5 Abs. 1 Z 2 iVm § 7 Z 3 lit. a ASVG und vom 01.10.2016 bis 31.07.2018 der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AVVG unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass Frau Mag. XXXX im verfahrensrelevanten Zeitraum für die Beschwerdeführerin als Psychotherapeutin in Ausbildung unter Supervision tätig gewesen sei. Am 25.08.2016 sei zwischen der Beschwerdeführerin und Frau Mag. XXXX ein als Werkvertrag bezeichneter Vertrag abgeschlossen worden. Mit Abschluss dieses Vertrages habe Mag. XXXX die psychotherapeutische Behandlung von Patienten der Beschwerdeführerin inklusive Berichtswesen übernommen. Mag. XXXX sei zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet und könne sich nicht jederzeit vertreten lassen. Sie führe die Therapie in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin durch und erstelle danach die Dokumentation. Die Übermittlung der Berichte an Gerichte/Organisationen erfolge über den Computer der Beschwerdeführerin. Die wesentlichen Betriebsmittel würden von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt werden. Wann die Therapieeinheiten stattfinden, könne Mag. XXXX selbst bestimmen. Eine Bindung an Arbeitszeiten sei daher nicht gegeben. Bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens unterliege Mag. XXXX ebenfalls keinerlei Weisungen und keiner Kontrolle. Sie betreue neben den Klienten der Beschwerdeführerin „Privatpatienten“ in ihren eigenen Praxisräumlichkeiten. Nach dem Gesamtbild der Tätigkeit sei von einer persönlichen Abhängigkeit der Mag. XXXX nicht auszugehen. Zusammenfassend sei von einem freien Dienstverhältnis der Mag. XXXX bei der Beschwerdeführerin auszugehen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 13.02.2019 fristgerecht Beschwerde. Darin wurde zunächst ausgeführt, dass gemäß § 16 Psychotherapiegesetz eine Dokumentationspflicht für jede psychotherapeutische Maßnahme bestehe, welche von jedem Therapeuten zu erstellen sei. Diese Dokumentation könne nur mit den eigenen Arbeitsmitteln der Mag. XXXX geführt worden sein, zumal diese einer strengen Geheimhaltungspflicht unterliegen würde und somit nicht von der Beschwerdeführerin eingesehen werden dürfte. Wenn die belangte Behörde ausführe, dass Mag. XXXX verpflichtet sei, die Tätigkeiten in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin auszuüben, dann gehe diese Verpflichtung nicht von der Beschwerdeführerin aus, sondern von gesetzlichen Vorschriften. Die Bedeutung des Arbeitsortes trete daher im gegenständlichen Fall in den Hintergrund. Im gegenständlichen Fall sei strittig, ob trotz Schaffung einer eigenständigen betrieblichen Struktur von Mag. XXXX, welche jedoch laut Meinung der belangten Behörde nicht für die Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin genutzt werde, eine wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vorliegen könne. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass eine Gesamtbetrachtung aller eingesetzten Betriebsmittel vorzunehmen sei und sei diese Betrachtung losgelöst vom konkreten Auftrag zu sehen.

Die Beschwerdesache wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 27.02.2019 zur Entscheidung vorgelegt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 25.06.2021 der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin das Beschwerdevorlageschreiben der belangten Behörde übermittelt.

Am 31.08.2021 übermittelte die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin eine Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 08.10.2021 der ÖGK die Stellungnahme der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin vom 31.08.2021 übermittelt.

Am 21.10.2021 langte eine Stellungnahme der ÖGK beim Bundesverwaltungsgericht ein.

In der gegenständlichen Rechtssache wurde am 07.12.2021 vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie Frau Mag. XXXX als weitere Verfahrenspartei teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

## 1. Feststellungen:

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um einen Verein zur Rehabilitation und Integration suchtkranker Menschen.

Am 25.08.2016 wurde zwischen der Beschwerdeführerin und Frau Mag. XXXX ein als Werkvertrag bezeichneter Vertrag abgeschlossen, laut welchem Mag. XXXX die psychotherapeutische Behandlung (inklusive Berichtswesen) von Patienten der Beschwerdeführerin übernimmt.

Mag. XXXX war im verfahrensrelevanten Zeitraum (01.09.2016 bis 31.07.2018) als Psychotherapeutin in Ausbildung unter Supervision für die Beschwerdeführerin in deren Ambulanz in XXXX Wien tätig. Bei den dort behandelten Patienten handelte es sich einerseits um solche, die auf Gerichtsanweisung dort waren, sowie andererseits um Patienten, welche durch Projekte der Stadt Wien zur Beschwerdeführerin gekommen sind.

Mag. XXXX hatte im Zuge ihrer Ausbildung zur Psychotherapeutin 600 Therapiestunden zu absolvieren. 55% der erforderlichen Ausbildungsstunden wurden bei der Beschwerdeführerin erbracht.

Im Zuge ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin wählte Mag. XXXX aus einer Liste, die sie von der Beschwerdeführerin bekam, selbständig jene Patienten aus, die sie betreuen wollte. Bei dieser Auswahl war sie völlig frei. Sobald sie diese Auswahl getroffen hatte, wurde der entsprechende Patientenakt für sie freigegeben und sie hatte Zugriff auf den jeweiligen Akt. Mag. XXXX machte in der Folge mit ihrem privaten Handy eigenständig die Termine mit den Patienten aus. Auf dem Computer der Beschwerdeführerin buchte sie einen verfügbaren Therapieraum. In weiterer Folge absolvierte sie die psychotherapeutische Behandlung mit dem jeweiligen Patienten in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin und erstellte danach die Dokumentation. Dabei handelte es sich um eine stichwortartige Dokumentation in einem Akt der Beschwerdeführerin. Neben dieser Dokumentation führte sie eine weitere, genauere Dokumentation über den Therapieverlauf für sich selbst, auf welche die Beschwerdeführerin keinen Zugriff hatte.

Mag. XXXX konnte frei entscheiden, wie viele Patienten sie annahm und wie viele Therapieeinheiten sie machte. Die von ihr für die Beschwerdeführerin absolvierten Stunden wurden von Mag. XXXX handschriftlich in eine Liste eingetragen, auf deren Basis die Legung ihrer Honorarnoten erfolgte.

Mag. XXXX hat die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin ausschließlich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin, für welche sie einen Schlüssel hatte, durchgeführt. Die Patienten der Beschwerdeführerin wurden von Mag. XXXX ausschließlich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin betreut.

Hinsichtlich der Arbeitszeit von Mag. XXXX gab es keine Vorgaben seitens der Beschwerdeführerin. Sie konnte sich ihre Termine mit den Patienten völlig frei einteilen und selbständig ausmachen. Meistens übernahm sie bis zu sechs Therapieeinheiten am Dienstagnachmittag.

Einmal pro Woche fanden bei der Beschwerdeführerin Teamsitzungen mit Kollegen statt, an denen Mag. XXXX regelmäßig teilnahm. Die Teilnahme war nicht verpflichtend und es gab keine Konsequenzen bei Nichtteilnahme.

Mag. XXXX war in ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin keinen persönlichen Weisungen unterworfen. Sie unterlag keinen Kontrollen durch die Beschwerdeführerin.

Mag. XXXX hat sich bei ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin nicht vertreten lassen.

Die Vergütung der, von Mag. XXXX für die Beschwerdeführerin erbrachten, Tätigkeiten erfolgte auf Basis der geleisteten Stunden. Mag. XXXX hat Honorarnoten gelegt. Sie erhielt ein Bruttohonorar in Höhe von € 43,60 pro Therapiestunde. Die Teamsitzungen wurden finanziell zum halben Tarif abgegolten.

Mag. XXXX betreute im verfahrensrelevanten Zeitraum neben den Patienten der Beschwerdeführerin und unabhängig davon Privatpatienten in ihrer eigenen Praxis. In dieser Praxis verwendete sie ein Mobiltelefon, welches sie auch für die Terminvereinbarungen mit den Patienten der Beschwerdeführerin nutzte, sowie einen Laptop. Sie hat diesen Laptop, welchen sie zu 60% betrieblich nutzte, in ihr Betriebsvermögen aufgenommen. Diesen Laptop verwendete Mag. XXXX nicht bei ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin. Überdies hatte sie in ihrer Praxis Schreibwaren und Fachliteratur.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Vertrag vom 25.08.2016 liegt im Akt ein.

Es ist unstrittig, dass Mag. XXXX im verfahrensrelevanten Zeitraum als Psychotherapeutin in Ausbildung unter Supervision tätig war.

Die Feststellung zum Anteil der von Mag. XXXX bei der Beschwerdeführerin erbrachten Ausbildungsstunden ergibt sich aus der glaubhaften Aussage der Mag. XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit von Mag. XXXX ergeben sich aus den Angaben der Mag. XXXX im Verfahren vor der belangten Behörde sowie vor dem Bundesverwaltungsgericht in Zusammenschau mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin. So wurde übereinstimmend angegeben, dass Mag. XXXX sich ihre Patienten selbst aussuchen konnte, sie mit den Patienten selbständig Termine ausgemacht hat, sie bei der Einteilung ihrer Arbeitszeit völlig frei war, keinen persönlichen Weisungen und keiner Kontrolle durch die Beschwerdeführerin unterlag. Ebenso wurde übereinstimmend angegeben, dass Mag. XXXX die Therapieeinheiten ausschließlich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin abhielt.

Die Feststellung zu den Teamsitzungen ergibt sich aus den glaubhaften Angaben der Mag. XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Feststellung, wonach Mag. XXXX sich bei ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin nicht vertreten ließ, ergibt sich ebenfalls aus ihrer glaubhaften Aussage in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Im Werkvertrag vom 25.08.2016 wurde zwar ein generelles Vertretungsrecht vereinbart. Mag. XXXX führte in der Verhandlung jedoch glaubhaft aus, dass ein solcher Vertretungsfall nie eingetreten sei.

Die Honorarnoten liegen im Akt ein. Aus den vorgelegten Honorarnoten geht hervor, dass Mag. XXXX im September 2016 ein Entgelt unter der Geringfügigkeitsgrenze erhalten hat. Die Feststellung, wonach die Teamsitzungen finanziell zum halben Tarif abgegolten wurden, ergibt sich ebenfalls aus der Aussage von Mag. XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Es ist unstrittig, dass Mag. XXXX unabhängig von ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin im verfahrensrelevanten Zeitraum Privatpatienten in ihrer eigenen Praxis betreute. Der Umstand, dass sie den in ihrer Praxis verwendeten Laptop in ihr Betriebsvermögen aufgenommen hat, ergibt sich aus den übermittelten Anlagespiegeln aus den Jahren 2013 und 2014. Die Feststellung, dass Mag. XXXX diesen Laptop nicht bei ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin verwendete, ergibt sich aus ihren eigenen Angaben und wurde auch seitens der Beschwerdeführerin ausgeführt, dass aufgrund strenger Vorschriften des Suchtmittelgesetzes lediglich der PC, der in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin vorhanden ist, genutzt werden könne.

### 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 in der Beschwerde ein Antrag auf Entscheidung durch einen Senat gestellt und liegt daher gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

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) Abweisung der Beschwerde:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Festzuhalten ist, dass es bei der Beurteilung des Sachverhalts vielmehr um die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit als um die vertragliche Vereinbarung geht. Der Umstand allein, dass zwischen der Beschwerdeführerin und Mag. XXXX ein als „Werkvertrag“ bezeichneter Vertrag abgeschlossen wurde, schließt das Vorliegen eines unselbstständigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus, zumal es gemäß § 539a ASVG für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts ankommt.

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

Ein solches Werk ist gegenständlich nicht ersichtlich. Gegenstand der Tätigkeit von Mag. XXXX war die psychotherapeutische Behandlung von Patienten der Beschwerdeführerin. Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Aus einem solchen Erwerbstätigen wird auch dann kein selbständiger Erbringer von Werkleistungen, wenn die genannten Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw. mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt und diese Abschnitte sodann zu "Werken" mit einer "gewährleistungsgauglichen 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).

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

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

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

Wie festgestellt, hat Mag. XXXX im gegenständlichen Fall ihre Leistungen für die Beschwerdeführerin stets persönlich erbracht. Ein Vertretungsfall ist im gesamten verfahrensrelevanten Zeitraum nicht eingetreten.

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 im hier zu beurteilenden Fall nicht gesprochen werden.

Im Ergebnis ist somit die persönliche Arbeitspflicht der Mag. XXXX 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, Einfüfungsbereitschaft in vorgegebene Strukturen des Arbeitsablaufs usw). Sie sind Mittel des Dienstgebers, unter Beachtung der Fürsorgepflicht auf das persönliche Verhalten des Dienstnehmers Einfluss zu nehmen und dieses im betrieblichen Interesse (laufend) zu steuern. Der daraus erwachsende personenbezogene Anpassungsdruck (VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003) schränkt die Bestimmungsfreiheit des Erwerbstätigen maßgeblich ein und begründet seine persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG.

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

Im vorliegenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einbindung von Mag. XXXX in den Betrieb der Beschwerdeführerin. Mag. XXXX erbrachte zwar ihre Tätigkeit ausschließlich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin, sie machte jedoch die Termine mit den Patienten völlig eigenständig aus und konnte frei entscheiden, wie viele Patienten sie annahm und wie viele Therapieeinheiten sie machte und war hinsichtlich der Arbeitszeit völlig frei. Mag. XXXX war in ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin keinen persönlichen Weisungen unterworfen. Die von Mag. XXXX durchzuführende Dokumentation bezog sich nicht auf die Einhaltung von Ordnungsvorschriften über das arbeitsbezogene Verhalten, sondern diente vielmehr der Dokumentation des Therapieverlaufes. Auch die regelmäßige Teilnahme an Teamsitzungen vermag keine Einbindung in den Betrieb zu begründen, da die Teilnahme nicht verpflichtend war und es keine Konsequenzen bei Nichtteilnahme gab.

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

die persönliche Bestimmungsfreiheit von Mag. XXXX einschränkende Kontrollmöglichkeit durch die Beschwerdeführerin.

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

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

Wie festgestellt, hat Mag. XXXX die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin persönlich erbracht und dafür ein Entgelt bezogen.

Ein Betriebsmittel ist dann wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist (vgl. VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185). Es ist eine Gesamtbetrachtung aller eingesetzten Betriebsmittel vorzunehmen, wobei diese darauf hin zu beurteilen sind, ob sie für die vom Erwerbstätigen erbrachte Wirtschaftsleistung wesentlich waren und ob er sich damit eine eigene betriebliche Struktur geschaffen hat (vgl. idS VwGH 15.5.2013, 2012/08/0163; 19.10.2015, 2013/08/0185).

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

Im gegenständlichen Fall hat Mag. XXXX die Therapieeinheiten ausschließlich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin abgehalten. Sie hat den PC, der sich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin befand, verwendet. Für die Terminkoordination hat sie ihr eigenes Mobiltelefon benutzt. Hierzu ist auszuführen, dass es sich bei einem Mobiltelefon um ein solches Betriebsmittel handelt, welches üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet wird und wurde andererseits eine überwiegende betriebliche Verwendung im Verfahren nicht dargelegt (vgl. dazu VwGH 25.04.2018, Ra 2018/08/044). Den Laptop, welchen Mag. XXXX in ihr Betriebsvermögen aufgenommen hat, hat sie nicht bei ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin, sondern ausschließlich in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für ihre eigene Praxis verwendet. Im Ergebnis ist im konkreten Fall somit vom Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel auszugehen.

Dass Mag. XXXX - wie in der Verhandlung angegeben - über einen Breitbandinternetanschluss verfügte, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern, zumal es sich hierbei nicht um ein wesentliches Betriebsmittel für eine Psychotherapeutin handelt, da das Breitbandinternet auch nicht in die Anlage zur Steuererklärung aufgenommen wurde.

Des Weiteren ist festzuhalten, dass Mag. XXXX die Teamsitzungen finanziell zum halben Tarif abgegolten wurden und spricht dieser Umstand ebenfalls für das Vorliegen wirtschaftlicher Abhängigkeit. Überdies wurden 55% der von Mag.

XXXX zu leistenden Ausbildungsstunden bei der Beschwerdeführerin erbracht, was ebenfalls für die wirtschaftliche Abhängigkeit von Mag. XXXX vom Kundenstamm der Beschwerdeführerin spricht. Auch die Sicherheit der Regelmäßigkeit der Klientenbetreuung spricht für die wirtschaftliche Abhängigkeit von Mag. XXXX zur Beschwerdeführerin.

In einer Gesamtschau ist das Vorliegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit daher zu bejahen.

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

Zusammengefasst lag daher bei Mag. XXXX im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor. Sie unterliegt somit in der Zeit 01.10.2016 bis 31.07.2018 der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG.

Seit in Kraft treten von § 1 Abs. 8 AIVG, idFBGBl. I Nr. 104/2007, mit 01.01.2008 sind freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG Dienstnehmern gemäß § 4 Abs. 2 gleichgestellt und unterliegen somit auch freie Dienstverhältnisse der Arbeitslosenversicherung. Für die Zeit vom 01.10.2016 bis 31.07.2018 war daher auch die Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG festzustellen.

Für die Zeit von 01.09.2016 bis 30.09.2016 unterliegt Mag. XXXX der Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 und § 5 Abs. 1 Z 2 iVm § 7 Z 3 lit. a ASVG, zumal ihr Verdienst im September 2016 – unstrittig – unter der Geringfügigkeitsgrenze lag.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

### **Schlagworte**

Ausbildung Betriebsmittel freier Dienstnehmer Geringfügigkeitsgrenze Psychotherapeut Teilversicherung  
Unabhängigkeit Unfallversicherung Weisungsfreiheit wirtschaftliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:BVWG:2022:W228.2215224.1.00

### **Im RIS seit**

03.02.2022

### **Zuletzt aktualisiert am**

03.02.2022

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

© 2025 JUSLINE

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

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