

# TE Bwvg Erkenntnis 2016/3/2 W164 2014678-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.03.2016

## Entscheidungsdatum

02.03.2016

## Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §4 Abs4

ASVG §410

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997

22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 410 heute
2. ASVG § 410 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2013
3. ASVG § 410 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2004
4. ASVG § 410 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
5. ASVG § 410 gültig von 01.01.1973 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 31/1973

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

## **Spruch**

W164 2014678-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Rotraut LEITNER als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX, Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Gernot Steier, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 13.10.2014, Zl. VA-VR 9993347/14-Sig, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung vom 9.11.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Rotraut LEITNER als Einzelrichterin über die Beschwerde der römisch 40, Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Gernot Steier, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 13.10.2014, Zl. VA-VR 9993347/14-Sig, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung vom 9.11.2015 zu Recht erkannt:

A)

Der angefochtene Bescheid gemäß § 28 Abs 1, Abs 2 und Abs 5 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) idGF aufgehoben. Der angefochtene Bescheid gemäß Paragraph 28, Absatz eins,, Absatz 2 und Absatz 5, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) idGF aufgehoben.

B)

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

## **Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 13.10.2014, Zl. VA-VR 9993347/14-Sig, verpflichtete die Wiener Gebietskrankenkasse die XXXX KG, XXXX Wien (im Folgenden Beschwerdeführerin, =BF), vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Gernot Steier für den in der Anlage zu diesem Bescheid genannten Dienstnehmer, XXXX XXXX, für die ebendort bezeichneten Zeiten Beiträge, Sonderbeiträge, Umlagen zur Sozialversicherung sowie Beiträge nach dem betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigen Vorsorgegesetz in Gesamthöhe von € 19.467,29 zu entrichten. Zur Begründung stützte sich die belangte Behörde auf eine bei der BF, durchgeführte Beitragsprüfung über die Jahre 2008 bis 2012, bei der festgestellt worden

sei, dass Herr XXXX Dienstnehmer der BF sei. Die Prüforgane hatten dabei Niederschriften mit Herrn XXXX und dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter der BF aufgenommen. Mit Bescheid vom 13.10.2014, Zl. VA-VR 9993347/14-Sig, verpflichtete die Wiener Gebietskrankenkasse die römisch 40 KG, römisch 40 Wien (im Folgenden Beschwerdeführerin, =BF), vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Gernot Steier für den in der Anlage zu diesem Bescheid genannten Dienstnehmer, römisch 40 römisch 40, für die ebendort bezeichneten Zeiten Beiträge, Sonderbeiträge, Umlagen zur Sozialversicherung sowie Beiträge nach dem betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigen Vorsorgegesetz in Gesamthöhe von € 19.467,29 zu entrichten. Zur Begründung stützte sich die belangte Behörde auf eine bei der BF, durchgeführte Beitragsprüfung über die Jahre 2008 bis 2012, bei der festgestellt worden sei, dass Herr römisch 40 Dienstnehmer der BF sei. Die Prüforgane hatten dabei Niederschriften mit Herrn römisch 40 und dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter der BF aufgenommen.

Herr XXXX (im Folgenden Mitbeteiligter, =MB) hatte angegeben, dass er den persönlich haftenden Gesellschafter der BF seit fünf bis sechs Jahren kenne und etwa seit 2010 für die BF arbeite. Seine Arbeit sei Fliesen legen, Abdichten, Verfugen und Silikonieren. Es handle sich um Routinearbeiten. Es sei kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF erhalte Aufträge vom Generalunternehmen XXXX GmbH (im Folgenden A-GmbH) und gebe sie an den MB weiter. Man sehe sich täglich auf diversen Baustellen oder beim Materiallager der Firma XXXX und bespreche, welche Tätigkeiten auszuführen seien. Für die Ausführung der Arbeiten habe der MB etwa eine Woche Zeit. Bei umfangreicheren Arbeiten schicke der persönlich haftende Gesellschafter der BF einen weiteren Mitarbeiter der BF, mit dem der MB dann zusammenarbeite oder der persönlich haftende Gesellschafter der BF helfe ihm selber. Meist arbeite der MB jedoch allein. Sein Arbeitstag beginne meist um 07:00 und ende um 16:00 oder 17:00 Uhr, manchmal arbeite er auch samstags. Für den Zugang zu den Baustellen erhalte er einen Zentralschlüssel. Pro Stunde verrechne er 15,-- bis 20,-- €. Der Zeitaufwand werde vorher geschätzt und ein gerundeter Pauschalpreis verrechnet. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF verrechne mit seinem Generalunternehmer einen Quadratmeter-Preis. Der MB verwende eigenes Werkzeug; Das Material stelle die A- GmbH zur Verfügung. Mitarbeiter der BF, würden es zu den Baustellen liefern. Herr römisch 40 (im Folgenden Mitbeteiligter, =MB) hatte angegeben, dass er den persönlich haftenden Gesellschafter der BF seit fünf bis sechs Jahren kenne und etwa seit 2010 für die BF arbeite. Seine Arbeit sei Fliesen legen, Abdichten, Verfugen und Silikonieren. Es handle sich um Routinearbeiten. Es sei kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF erhalte Aufträge vom Generalunternehmen römisch 40 GmbH (im Folgenden A-GmbH) und gebe sie an den MB weiter. Man sehe sich täglich auf diversen Baustellen oder beim Materiallager der Firma römisch 40 und bespreche, welche Tätigkeiten auszuführen seien. Für die Ausführung der Arbeiten habe der MB etwa eine Woche Zeit. Bei umfangreicheren Arbeiten schicke der persönlich haftende Gesellschafter der BF einen weiteren Mitarbeiter der BF, mit dem der MB dann zusammenarbeite oder der persönlich haftende Gesellschafter der BF helfe ihm selber. Meist arbeite der MB jedoch allein. Sein Arbeitstag beginne meist um 07:00 und ende um 16:00 oder 17:00 Uhr, manchmal arbeite er auch samstags. Für den Zugang zu den Baustellen erhalte er einen Zentralschlüssel. Pro Stunde verrechne er 15,-- bis 20,-- €. Der Zeitaufwand werde vorher geschätzt und ein gerundeter Pauschalpreis verrechnet. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF verrechne mit seinem Generalunternehmer einen Quadratmeter-Preis. Der MB verwende eigenes Werkzeug; Das Material stelle die A- GmbH zur Verfügung. Mitarbeiter der BF, würden es zu den Baustellen liefern.

Der MB erhalte regelmäßig von der BF Aufträge. Er habe bisher jeden Auftrag angenommen, führe die Arbeiten selbst aus und habe sich noch nie vertreten lassen. Mitarbeiter beschäftige er keine. Ein paarmal habe er auch für eine andere Firma gearbeitet. Mehrere Aufträge gleichzeitig nehme er nicht an.

Der unbeschränkte haftende Gesellschafter der BF gab an, sein Unternehmen betreibe das Gewerbe der Platten- und Fliesenleger. Dazu zähle Fliesen legen und die erforderlichen Nebenarbeiten wie das Verfugen, das Silikonieren und das Ausgleichen von unebenen Wänden. Der MB sei mit ihm bekannt und sei selbständiger Fliesenleger. Man habe mündliche Werkverträge abgeschlossen. Zur Abdeckung von Spitzen werde der MB als Subunternehmer mit Fliesenverlegungsarbeiten beauftragt, welche mit den Dienstnehmern der BF nicht bewältigt werden können. Man teile ihm die Baustelle mit, vereinbare einen Treffpunkt, lege die Arbeitsbereiche fest (Bad, WC, Küche). Man vereinbare einen Fertigstellungstermin - meist eine Woche nach Auftragserteilung - je nach Vorgabe des Generalunternehmens. Der MB erhalte für die Dauer des Auftrags einen Schlüssel und erledige die vereinbarten Arbeiten meist allein, meist in leer stehenden Wohnungen der Kunden. Genaue Anwesenheitszeiten seien nicht vereinbart. Im Fall von Fragen oder wenn er etwas benötigte, rufe der MB den persönlich haftenden Gesellschafter der BF an. Letzterer schaue auch

regelmäßig auf der Baustelle vorbei. Beschwerden habe es noch nie gegeben. Der MB habe immer gut gearbeitet. Das Material werde bereits im Vorhinein z.B. von der Generalunternehmerin A- GmbH geliefert (Fliesen, Silikon, Kleber, Ausgleichsmaterial, Schienen, Isoliermaterial). Werkzeug verwende der MB eigenes. Zu Beginn der Arbeiten werde ein Pauschalpreis vereinbart, der sich je nach Größe der Platten nach einem Quadratmeterpreis richte und auf ganze 100 €

gerundet werde. Die BF, habe mehrere Auftraggeber, u.a. XXXX , A-GmbH, XXXX , XXXX GmbH, XXXX GmbH. Ein Konkurrenzverbot sei nicht vereinbart worden. gerundet werde. Die BF, habe mehrere Auftraggeber, u.a. römisch 40 , A-GmbH, römisch 40 , römisch 40 GmbH, römisch 40 GmbH. Ein Konkurrenzverbot sei nicht vereinbart worden.

Die WGKK schloss aus diesen Wahrnehmungen gestützt auf VfGH 1.3.2001, G109/00, VwGH 19.9.2007 2007/13/0071, 21.2.1984 08/14/0102, 21.12.1993 90/14/0103, 5.10.1994 92/15/0230 und 24.3.1992 91/08/0117, dass der MB während der in der Anlage zum angefochtenen Bescheid genannten Zeiträume Dienstnehmer der BF war und schrieb entsprechende Sozialversicherungsbeiträge vor.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende fristgerecht eingebrachte Beschwerde, in der folgendes vorgebracht wurde: Der MB sei selbständiger Unternehmer und daher befugt, sich vertreten zu lassen, auch wenn er dies, da kein Anlass bestand, nicht tat. Der MB habe vor Beginn der Arbeiten den notwendigen Zeitaufwand geschätzt und pro Stunde € 15-bis €20,- berechnet. Anschließend habe er einen Pauschalpreis errechnet. Der MB habe eine bestimmte Leistung zu erbringen gehabt, unabhängig davon, wie lange er dafür benötigt. Er habe keine Arbeitszeiten einhalten müssen. Sein Einkommen sei ausschließlich davon abgehangen, wie schnell und geschickt er seinen Auftrag erledigt. Es sei nicht vereinbart worden, dass der MB die Leistungen persönlich erbringen muss. Das Ausmaß seiner Arbeitszeit habe sich allein aus seiner Geschicklichkeit bzw. seinem Arbeitstempo ergeben. Eine rasche Erledigung der Arbeiten hätte ihm die Möglichkeit eröffnet, neue Aufträge zu übernehmen. Darin komme ein Unternehmerrisiko des MB zum Ausdruck: dieser habe als Leistungserbringer die Möglichkeit, im Rahmen seiner Tätigkeiten Aufträge anzunehmen oder abzulehnen und solcherart den Umfang seines Tätigwerdens selbst zu bestimmen. "Der Beschwerdeführer" (gemeint war offenbar der MB) habe den zeitlichen Umfang seiner Arbeitsleistungen maßgeblich beeinflussen und die zeitliche Lagerung dieser Leistungen selbst festlegen können. Es könne nicht von einer Eingliederung "in die Betriebe der Auftraggeber" die Rede sein. Der Umfang seiner Leistungen sei durch objektive Gegebenheiten (zu verfließende Räume) festgelegt gewesen. Wann die Arbeit begonnen werden musste, habe der MB mit seinem Auftraggeber kurzfristig selbst festgelegt. Es sei keine Weisungsgebundenheit im Sinne persönlicher Abhängigkeit gegeben gewesen. Mit dem MB sei vertraglich vereinbart worden, bestimmte Baustellen bis zu einem bestimmten Termin abzuarbeiten. Der MB habe einen Erfolg geschuldet. Überstunden wären ihm nicht zusätzlich abgegolten worden. Die von der belangten Behörde herangezogenen höchstgerichtlichen Entscheidungen seien nicht einschlägig. Die Beschwerdeführerin beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Anlässlich der am 09.11.2015 beim Bundesverwaltungsgericht abgehaltenen mündlichen Verhandlung machte der MB die folgenden Angaben:

Er sei angelernter Fliesenleger. Er habe keine Lehre gemacht aber 20 Jahre Erfahrung mit diesen Arbeiten. In Kroatien habe der MB eine Gewerbeberechtigung für Schlosser. Er habe dort aber nie ein Unternehmen geführt. In Österreich habe der MB keine Gewerbeberechtigung. Er habe lange in einer Firma unselbstständig gearbeitet. Diese Firma sei dann in Konkurs gegangen. Danach habe der MB längere Zeit keine Arbeit gefunden und habe sich daraufhin selbstständig gemacht. Der MB sei etwa 3-4 Jahre lang selbstständig tätig gewesen. In dieser Zeit habe er keine Homepage gehabt, auch kein Büro. Betriebsmittel wie Werkzeug, Auto und Telefon habe er steuerrechtlich geltend gemacht. Aktuell arbeite der MB wieder unselbstständig in einer Firma; er sei dort als Dienstnehmer angemeldet.

Als der MB im Jahr 2010 den persönlich haftenden Gesellschafter der BF kennenlernte, habe er bei der A- GmbH als "Sub" gearbeitet. In der Folge habe er für die BF gearbeitet, da er von dieser mehr Aufträge erhielt. Eine Zeit lang habe er gleichzeitig für die BF und für die A- GmbH direkt als "Sub" gearbeitet, auch für andere Firmen. Am meisten habe er jedoch für die BF gearbeitet. Die Baustellen, die er von dieser übernahm, hätten meist vier Tage gedauert. Er habe immer zwei Tage Spielraum gehabt. Es sei nicht wesentlich gewesen, ob die Baustelle tatsächlich vier Tage oder fünf Tage dauere. Meist habe es sich um Badezimmer und WCs gehandelt.

Ersucht, seine Aussage aus dem Verfahren erster Instanz darüber, dass er den persönlich haftenden Gesellschafter der BF jeden Tag gesehen hätte, im Materiallager oder bei der Firma XXXX , zu präzisieren, gab der MB an, er sei er zur

Firma XXXX gefahren, wenn er zu wenig Material hatte. Dort hätten auch Leute von der BF Material abgeholt, so habe er den persönlich haftenden Gesellschafter der BF bei der Firma XXXX gesehen. Dies sei nicht jeden Tag gewesen. Man habe sich aber auf einen Kaffee getroffen und während der Baustelle sei der persönlich haftende Gesellschafter der BF regelmäßig vorbeigekommen. Wenn der persönlich haftende Gesellschafter der BF den MB anrief, sei dieser am nächsten Tag zur Baustelle gekommen. Dort habe man besprochen was gemacht werden soll. Die Vorbereitung am Untergrund sei schon gemacht gewesen. Die Arbeiten des MB seien gewesen: Fliesen legen, Abdichten, Verfugen und Silikonieren. Über Verhaltensregeln wie Rauchen und Alkohol am Arbeitsplatz sei nicht gesprochen worden. Dass man auf der Baustelle nicht trinkt sei ohnehin klar. Befragt dazu, was er mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF besprach, gab der MB an, meist sei es darum gegangen, womit das Badezimmer isoliert werden muss, dass verflies und dass silikoniert werden muss. Über die Arbeitszeit sei nie gesprochen worden. Der MB sei nicht jeden Tag von 07:00 bis 16:00 Uhr auf der Baustelle gewesen. Dies habe der Prüfer seinerzeit anlässlich seiner Befragung in erster Instanz so hören wollen. Manchmal sei der MB erst zu Mittag zur Baustelle gekommen. Mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF habe er vereinbart, dass der Termin eingehalten werden müsse. Das seien immer ein paar Tage gewesen. Bezüglich des Entgelts habe man einen Pauschalpreis vereinbart. Das sei besser gewesen als eine Entlohnung nach Stunden, weil man z.B. schneller arbeiten konnte. Der MB habe sich ausgerechnet, wie viele Stunden und Tage es dauern würde, so habe er den Pauschalpreis berechnet. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF sei meist einverstanden gewesen. Es sei vorgekommen, dass die Vorbereitungsarbeiten in den Badezimmern teilweise noch nicht gemacht waren. Dann habe der MB auf der Seite des Raumes gearbeitet, die schon vorbereitet war und auf der anderen Seite habe jemand anderer die Vorbereitungsarbeiten gemacht. Später habe der MB dann diese Wand erledigt. Wenn es z.B. kleine Unebenheiten gab, habe der MB diese selber ausgebessert. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF habe etwa alle zwei Tage bei der Baustelle vorbeigeschaut, um zu erfahren, wie weit die Baustelle sei. Wenn der MB mit einer Baustelle fertig war, habe er mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF besprochen, wann es wieder eine Baustelle geben würde. Ersucht, seine Aussage aus dem Verfahren erster Instanz darüber, dass er den persönlich haftenden Gesellschafter der BF jeden Tag gesehen hätte, im Materiallager oder bei der Firma römisch 40, zu präzisieren, gab der MB an, er sei er zur Firma römisch 40 gefahren, wenn er zu wenig Material hatte. Dort hätten auch Leute von der BF Material abgeholt, so habe er den persönlich haftenden Gesellschafter der BF bei der Firma römisch 40 gesehen. Dies sei nicht jeden Tag gewesen. Man habe sich aber auf einen Kaffee getroffen und während der Baustelle sei der persönlich haftende Gesellschafter der BF regelmäßig vorbeigekommen. Wenn der persönlich haftende Gesellschafter der BF den MB anrief, sei dieser am nächsten Tag zur Baustelle gekommen. Dort habe man besprochen was gemacht werden soll. Die Vorbereitung am Untergrund sei schon gemacht gewesen. Die Arbeiten des MB seien gewesen: Fliesen legen, Abdichten, Verfugen und Silikonieren. Über Verhaltensregeln wie Rauchen und Alkohol am Arbeitsplatz sei nicht gesprochen worden. Dass man auf der Baustelle nicht trinkt sei ohnehin klar. Befragt dazu, was er mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF besprach, gab der MB an, meist sei es darum gegangen, womit das Badezimmer isoliert werden muss, dass verflies und dass silikoniert werden muss. Über die Arbeitszeit sei nie gesprochen worden. Der MB sei nicht jeden Tag von 07:00 bis 16:00 Uhr auf der Baustelle gewesen. Dies habe der Prüfer seinerzeit anlässlich seiner Befragung in erster Instanz so hören wollen. Manchmal sei der MB erst zu Mittag zur Baustelle gekommen. Mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF habe er vereinbart, dass der Termin eingehalten werden müsse. Das seien immer ein paar Tage gewesen. Bezüglich des Entgelts habe man einen Pauschalpreis vereinbart. Das sei besser gewesen als eine Entlohnung nach Stunden, weil man z.B. schneller arbeiten konnte. Der MB habe sich ausgerechnet, wie viele Stunden und Tage es dauern würde, so habe er den Pauschalpreis berechnet. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF sei meist einverstanden gewesen. Es sei vorgekommen, dass die Vorbereitungsarbeiten in den Badezimmern teilweise noch nicht gemacht waren. Dann habe der MB auf der Seite des Raumes gearbeitet, die schon vorbereitet war und auf der anderen Seite habe jemand anderer die Vorbereitungsarbeiten gemacht. Später habe der MB dann diese Wand erledigt. Wenn es z.B. kleine Unebenheiten gab, habe der MB diese selber ausgebessert. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF habe etwa alle zwei Tage bei der Baustelle vorbeigeschaut, um zu erfahren, wie weit die Baustelle sei. Wenn der MB mit einer Baustelle fertig war, habe er mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF besprochen, wann es wieder eine Baustelle geben würde.

Eine Baustelle habe zwischen drei und sieben Tagen gedauert, je nachdem wie groß sie war. Wenn viel Arbeit war, habe der MB zwei Wochen im Monat gearbeitet. Meist habe er aber etwa zehn Tage im Monat gearbeitet. Der MB habe die Arbeit immer selber gemacht. Hätte er eine Arbeit nicht fertig machen können oder wäre er krank geworden, so hätte

er jemanden fragen müssen. Das sei aber nicht vorgekommen. Befragt ob er dieses Thema mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF besprochen hätte gab der MB an, es sei seine Aufgabe zu schauen, dass die Baustelle fertig wird. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF habe zu ihm gesagt die Baustelle muss in ein paar Tagen fertig sein, "schaffst du das" und der MB habe gesagt "ja".

Der persönlich haftende Gesellschafter der BF gab anlässlich der mündlichen Verhandlung folgendes zu Protokoll: Er habe in der Zeit von 2010 bis 2013 zwischen sechs und zehn Dienstnehmer gehabt, je nach Auftragslage. Er habe immer wieder Dienstnehmer aufgenommen und gekündigt. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF habe von Bekannten, die er bei der A-GmbH hatte, erfahren, dass der MB ein guter Fliesenleger sei. Er habe nicht den Eindruck gehabt, dass der MB bei ihm als Dienstnehmer arbeiten wollte. Der MB sei als Selbstständiger "dahergekommen". Dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF persönlich wäre es lieber gewesen, den MB als Dienstnehmer aufzunehmen, dann hätte er in ständig einsetzen können, denn der MB sei ein guter Fliesenleger und die seien schwer zu bekommen. Er habe mit dem MB darüber aber nicht gesprochen. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF habe schriftliche Aufträge erhalten mit Termin und mit Angaben darüber, welches Material zu verwenden sei. Manchmal habe er zwei Baustellen gleichzeitig gehabt und habe nicht alle mit seinen Dienstnehmern erledigen können. Dann habe er den MB herangezogen. Der MB sei immer nur auf einer Baustelle zur selben Zeit eingesetzt gewesen.

Mit 2.12.2015 legte der BF ergänzend folgende Urkunden vor:

Einnahmen- und Ausgabenrechnung 2012 des MB samt Abgabenerklärungen und Steuerberechnung;

Einnahmen- und Ausgabenberechnung 2011 des MB samt Abgabenerklärung, AfA-Aufstellung und Steuerberechnung;

Einnahmen- und Ausgabenrechnung 2012 des MB samt Steuererklärung, Steuerberechnung und AfA-Aufstellung.

Fünf vom MB an den BF gelegte Rechnungen aus den Jahren 2010 und 2011 samt den korrespondierenden Rechnungen des BF an seinen Auftraggeber.

Die vorgelegten Rechnungen des MB und die korrespondierenden Rechnungen der BF lauteten (soweit hier wesentlich) wie folgt:

1) Rechnung MB an BF: "Betreff: (Name des Kunden und Adresse) Leistungszeitraum September 2010, Fliesenverlegung ohne Material, Abdichtung, Verfugung, Silikon, Pauschale lt. Vereinbarung Netto € 1500,--"

Rechnung BF an Generalunternehmen: "Betreff (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum September 2010, Feuchtigkeitsisolierung als alternative Abdichtung. Für erbrachte Fliesenlegerarbeiten samt Material (ohne Fliesen) verrechnen wir den Pauschalpreis (750+70) €

2300,-- minus 10% Provision von € 230,--; Nettobetrag € 2070,--."

2) Rechnung MB an BF: "Betreff: (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum Oktober 2010, Fliesenverlegung ohne Material, Verfugung, Silikon, Pauschale lt. Vereinbarung Netto € 700,--"

Rechnung BF an Generalunternehmen: "Betreff (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum Oktober 2010, Feuchtigkeitsisolierung als alternative Abdichtung. Für erbrachte Fliesenlegerarbeiten samt Material (ohne Fliesen) verrechnen wir den Pauschalpreis € 1200-- minus 10% Provision von € 120,--; Nettobetrag € 1080,--."

3) Rechnung MB an BF: "Betreff: (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum Mai 2011, Fliesenverlegung ohne Material, Abdichtung, Verfugung, Silikon, Pauschale lt. Vereinbarung Netto € 1200,--"

Rechnung BF an Generalunternehmen: "Betreff (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum Mai 2011, Feuchtigkeitsisolierung als alternative Abdichtung. Für erbrachte Fliesenlegerarbeiten samt Material (ohne Fliesen) verrechnen wir den Pauschalpreis € 1500-- minus 10% Provision von € 150,--; Verputzarbeiten €

300,--Nettobetrag € 1650,--."

4) Rechnung MB an BF: "Betreff: (Adresse des Kunden), Leistungszeitraum Januar 2011, Fliesenverlegung ohne Material, Abdichtung, Verfugung, Silikon, Pauschale lt. Vereinbarung Netto €

1200,--"

Rechnung BF an Generalunternehmen: "Betreff (Adresse des Kunden), Leistungszeitraum Dezember 2010, Feuchtigkeitsisolierung als alternative Abdichtung. Für erbrachte Fliesenlegerarbeiten samt Material (ohne Fliesen) verrechnen wir den Pauschalpreis € 1400-- minus 10% Provision von € 140,--; Nettobetrag € 1260,--."

5) Rechnung MB an BF: "Betreff: (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum August 2011, Fliesenverlegung ohne Material, Verfugung, Silikon, Pauschale lt. Vereinbarung Netto € 2.200,--"

Rechnung BF an Generalunternehmen: "Betreff: (Name des Kunden und Adresse), Leistungszeitraum Juli 2011, Feuchtigkeitsisolierung als alternative Abdichtung. Für erbrachte Fliesenlegerarbeiten samt Material (ohne Fliesen) verrechnen wir den Pauschalpreis € 3100,---- minus 10% Provision von € 310,--; Nettobetrag € 2.790,--."

Die WGKK erhielt diese nachträglich vorgelegten Beweismittel im Rahmen eines schriftlichen Parteiengehörs nachweislich zur Kenntnis. Sie hat von der Möglichkeit einer Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin, eine KG, betreibt das Gewerbe der Platten- und Fliesenleger. In der verfahrensgegenständlichen Zeit, 2010 bis 2012, beschäftigte sie je nach Auftragslage zwischen sechs und zehn Dienstnehmer.

Der MB ist angelernter Fliesenleger. In Kroatien hatte er den Beruf Schlosser erlernt, hatte dort aber kein Unternehmen geführt. Der MB war in Österreich viele Jahre unselbständig als Fliesenleger beschäftigt. Als seine Arbeitgeberin im Jahr 2010 insolvent wurde, verlor er seinen Arbeitsplatz. In der Folge arbeitete er von Zeit zu Zeit bei für die A- GmbH in einem (von ihm so benannten) "Subauftragsverhältnis".

Der persönlich haftende Gesellschafter der BF war mit Mitarbeitern der A- GmbH (einer Auftraggeberin der BF) bekannt. Diese stellten ihm eines Tages den MB als guten Fliesenleger vor. So kam er mit diesem ins Gespräch. Der MB war auf der Suche nach Arbeit und bevorzugte von sich aus eine Arbeit als Selbständiger, dies in der Hoffnung, so besser zu verdienen.

Der persönlich haftende Gesellschafter der BF sagte zu, den MB von Zeit zu Zeit anzurufen, wenn er seine Aufträge nicht mit dem eigenen Personal erledigen konnte. In der Folge rief er den MB wiederholt an, und fragte diesen, ob er eine Baustelle erledigen könne. Nach Zusage besichtigte man gemeinsam die Baustelle. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF zeigte dem MB, welche Arbeiten wo zu machen seien und übergab ihm einen Schlüssel. Die Arbeiten bestanden im Fliesen verlegen, Abdichten, Verfugen und Silikonieren. Als Abgabetermin wurde ein Datum gewählt, das zwei Tage vor jenem Termin lag, zu dem sich die BF selbst gegenüber dem Generalunternehmen zur Übergabe verpflichtet hatte. Der MB hatte im Allgemeinen zwischen vier und sieben Tagen Zeit.

Der MB vereinbarte pro Baustelle einen Pauschalpreis, den er anhand des erwarteten Zeitaufwandes errechnet hatte. Der persönlich haftende Gesellschafter stimmte zu, wenn er sich für ihn unter Berücksichtigung jenes Preises, den er selbst mit dem Generalunternehmen vereinbart hatte, rechnete. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF war daran interessiert, Aufträge, die ihm von Generalunternehmern angeboten wurden, keinesfalls abzulehnen, um zu verhindern, dass seine Auftraggeber sich ein anderes Unternehmen suchen würden.

In den folgenden zwei Jahren arbeitete der MB während der Monate April (1 Baustelle), Mai(1 Baustelle), Juni(1 Baustelle), Juli (2 Baustellen), August (1 Baustelle) September (2 Baustellen) und Oktober 2010 (5 Baustellen), im Jänner 2011 (2 Baustellen), im April (1 Baustelle), Mai (2 Baustellen) und Juni 2011(2 Baustellen), im September, Oktober und November 2011 (insgesamt 15 Baustellen) im Jänner, Februar und März 2012 (insgesamt 4 Baustellen), im Juni, Juli, August und September 2012 (insgesamt 7 Baustellen). Eine Baustelle dauerte je nach Umfang zwischen vier und sieben Tagen. Die genauen Arbeitstage wurden nicht schriftlich festgehalten. Der MB wurde immer nur auf einer Baustelle zur gleichen Zeit eingesetzt.

Der MB arbeitete meist allein. Eigene Mitarbeiter hatte er nicht. Über die Möglichkeit einer Beiziehung von Hilfskräften oder die Möglichkeit einer beliebigen Vertretung wurde nicht gesprochen. Verfließt wurden meist Nassräume in leerstehenden Privatwohnungen. Der persönlich haftenden Gesellschafter der BF und der MB hielten während der Arbeiten Kontakt. Der persönlich haftende Gesellschafter schaute auch ungefähr alle zwei Tage bei der Baustelle

vorbei. Im Fall von Problemen (etwa, wenn der Plan nicht mit den tatsächlichen Ausmaßen der zu verfliesenden Wand übereinstimmte) traf der unbeschränkt haftende Gesellschafter der BF nach Rücksprache mit dem Generalunternehmen die Entscheidung, wie vorzugehen sei.

Der MB legte Honorarnoten, nannte darin die erledigten Baustellen, die Leistung "Fliesenverlegung ohne Material, Abdichtung, Verfugung, Silikon" und verrechnete einen Netto- Gesamtbetrag. Die BF verrechnete an das Generalunternehmen die gleiche Leistung plus Material und allfälligen zusätzlich erbrachten Verputzleistungen.

Ein Konkurrenzverbot war nicht vereinbart. Der MB hatte mehrere Auftraggeber, arbeitete aber überwiegend für die BF. Sein Werkzeug, seinen PKW, seinen LKW weiters Telefon und Internet nahm er im Rahmen seiner steuerlichen Veranlagung in sein Betriebsvermögen auf.

## 2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den Akt der belangten Behörde, insbesondere die darin enthaltenen vom GPLA-Team 02 der österreichischen Finanzverwaltung aufgenommenen Niederschriften vom 26.6.2013 und 5.7.2013, weiters durch Einsicht in die vom Vertreter der BF vorgelegten Honorarnoten und durch Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vom 9.11.2015 an der alle beteiligten Parteien teilnahmen. Beweis wurde weiters aufgenommen durch Einsicht in die von der BF vorgelegten Einnahmen- und Ausgabenrechnung 2010-2012 des MB samt Steuererklärungen, Steuerberechnungen und AfA-Aufstellungen weiters in die vorgelegten Rechnungen, welche der MB an die BF legte samt den samt den korrespondierenden Rechnungen der BF an ihren Auftraggeber. Sämtliche wesentliche Beweismittel wurden allen Parteien zur Kenntnis gebracht.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

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

Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz, BGBl. I Nr. 10/2013 (BVwGG), entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 6, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2013, (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 und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. Gegenständlich wurde kein Antrag auf eine Senatsentscheidung gestellt; es liegt Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 414, Absatz 2, ASVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach Paragraph 410, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 6 bis 9 und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. Gegenständlich wurde kein Antrag auf eine Senatsentscheidung gestellt; es liegt Einzelrichterzuständigkeit vor.

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 Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, BGBl. 51/1991 (AVG), mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung BGBl. Nr. 194/1961 (BAO), des Agrarverfahrensgesetzes BGBl. Nr. 173/1950 (AgrVG), und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984, BGBl. Nr. 29/1984 (DVG), und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, Bundesgesetzblatt 51 aus 1991, (AVG), mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961, (BAO), des Agrarverfahrensgesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950, (AgrVG), und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984, (DVG), und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis 2012/08/0240 vom 11.6.2014 Schwarzdeckerarbeiten und Vorbereitungsarbeiten für Schwarzdecker als Dienstleistungen qualifiziert. Vereinbart waren in diesem Fall "Regiearbeiten auf laufenden Baustellen", "Reparaturarbeiten in Regie" und "Regiestundenvorarbeiter". Die Beschäftigten hatten sich zu Arbeitsbeginn beim Dienstgeber anzumelden und zu Arbeitsende abzumelden. Sie führten Stundenaufzeichnungen und waren in die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation eingebunden. Die Beschäftigten hatten keine hochqualifizierten Tätigkeiten ausgeübt. Der VwGH hat ihre Beschäftigung als Dienstverhältnisse im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG beurteilt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis 2012/08/0240 vom 11.6.2014 Schwarzdeckerarbeiten und Vorbereitungsarbeiten für Schwarzdecker als Dienstleistungen qualifiziert. Vereinbart waren in diesem Fall "Regiearbeiten auf laufenden Baustellen", "Reparaturarbeiten in Regie" und "Regiestundenvorarbeiter". Die Beschäftigten hatten sich zu Arbeitsbeginn beim Dienstgeber anzumelden und zu Arbeitsende abzumelden. Sie führten Stundenaufzeichnungen und waren in die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation eingebunden. Die Beschäftigten hatten keine hochqualifizierten Tätigkeiten ausgeübt. Der VwGH hat ihre Beschäftigung als Dienstverhältnisse im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG beurteilt.

In seinem Erkenntnis 2008/09/0207 hat der Verwaltungsgerichtshof bezogen auf das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das tägliche und ganztägige Verrichten von verschiedenen Tätigkeiten, darunter Baumstämme entrinden, Hilfstätigkeiten beim Vorbereiten und Aufstellen von Blockhäusern, Arbeiten als Bautischler, Verlegen von Fliesen nach Weisung und unter Aufsicht der Vorarbeiter des Bauherrn als typische Bauhilfsarbeiten beurteilt, die nach allgemeiner Lebenserfahrung auf ein Dienstverhältnis hindeuten.

In seinem Erkenntnis 2009/09/0298 hat der Verwaltungsgerichtshof bezogen auf das Ausländerbeschäftigungsgesetz, also unter Heranziehung arbeitsrechtlicher Kriterien, die Tätigkeit eines Pflasterers, der regelmäßig für ein Unternehmen mit dessen Material und mit eigenem (einfachen) Werkzeug tätig wurde, selbst keine Dienstnehmer beschäftigte, und über keine unternehmerische Struktur verfügte, zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet war, meist allein arbeitete und alle zwei bis drei Tage vom Polier oder Bauherrn kontrolliert wurde, als "jedenfalls nach dem AuslBG bewilligungspflichtig" und damit zumindest als Beschäftigung einer arbeitnehmerähnlichen Person beurteilt. Der VwGH stützte sich dabei auf arbeitsrechtlich relevante Kriterien betreffend die wirtschaftliche Abhängigkeit, wie den Umstand, dass der Pflasterer regelmäßig für nur ein Unternehmen tätig wurde, über keine eigene unternehmerische Struktur und über keine eigenen Mitarbeiter verfügte und persönlich tätig werden sollte.

Das (jeweils behauptete) Vorliegen von Werkverträgen hat der Verwaltungsgerichtshof in allen genannten Fällen verneint.

Im hier vorliegenden Fall behauptet die BF, dem MB einen Subauftrag vergeben, also mit ihm einen Werkvertrag geschlossen zu haben.

Frage des Vorliegens von Werkverträgen:

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es beim Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit darstellen muss, welche bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung endet das Vertragsverhältnis. Ein Werkvertrag muss auf einen bestimmten abgrenzbaren Erfolg abstellen, und einen Maßstab erkennen lassen, nach dem beurteilt werden kann, ob das Werk ordnungsgemäß erbracht wurde. Wird hingegen ein dauerndes Bemühen geschuldet, das bei der Erreichung des angestrebten "Zieles" kein Ende findet, spricht dies für eine Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen (vgl. VwGH 2001/08/0131 vom 17.11.2004, 2005/08/0082 vom 25.04.2007). Beim Dienstvertrag (und freien Dienstvertrag) kommt es anders als beim Werkvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit an (vgl. VwGH 2000/08/0161 vom 3.7.02, 2001/08/0131 vom 17.11.2004). Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es beim Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit darstellen muss, welche bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung endet das Vertragsverhältnis. Ein Werkvertrag muss auf einen bestimmten abgrenzbaren Erfolg abstellen, und einen Maßstab

erkennen lassen, nach dem beurteilt werden kann, ob das Werk ordnungsgemäß erbracht wurde. Wird hingegen ein dauerndes Bemühen geschuldet, das bei der Erreichung des angestrebten "Zieles" kein Ende findet, spricht dies für eine Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen vergleiche VwGH 2001/08/0131 vom 17.11.2004, 2005/08/0082 vom 25.04.2007). Beim Dienstvertrag (und freien Dienstvertrag) kommt es anders als beim Werkvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit an vergleiche VwGH 2000/08/0161 vom 3.7.02, 2001/08/0131 vom 17.11.2004).

Die beiden Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Ein wiederkehrendes Tätig werden kann allerdings auch im Rahmen einer "Kette" kurzfristiger Werkverträge erfolgen, wobei dann jeder einzelne dieser Verträge die Kriterien eines Werkvertrages erfüllen muss. Wird ein dauerndes Bemühen geschuldet, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" kein Ende findet, so spricht dies gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH 2005/08/0082 vom 25.4.2007). Die beiden Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Ein wiederkehrendes Tätig werden kann allerdings auch im Rahmen einer "Kette" kurzfristiger Werkverträge erfolgen, wobei dann jeder einzelne dieser Verträge die Kriterien eines Werkvertrages erfüllen muss. Wird ein dauerndes Bemühen geschuldet, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" kein Ende findet, so spricht dies gegen einen Werkvertrag vergleiche VwGH 2005/08/0082 vom 25.4.2007).

Der unbeschränkt haftende Gesellschafter der BF hat, nachdem er den MB über Empfehlung von bei der A-GmbH beschäftigten Bekannten kennen gelernt hatte, mit diesem eine Rahmenvereinbarung dahingehend geschlossen, dass er ihn anrufen würde, wenn er Arbeiten zu vergeben habe. In der Folge hat der unbeschränkt haftende Gesellschafter der BF den MB immer angerufen, wenn er seine Aufträge mit dem eigenen Personal nicht bewältigen konnte. Bei Zusage zu einem derartigen Anruf war der MB zum Verfliesen, Abdichten, Verfugen und Silikonieren eines Nassraumes auf einer näher bezeichneten Baustelle (meist einer privaten Wohnung) ohne Material verpflichtet. Die BF hatte von ihrem Generalunternehmen einen im Wesentlichen gleichlautenden Auftrag übernommen, der (anders als die mit dem MB geschlossene Vereinbarung) zusätzlich auch die Beistellung von Material (außer Fliesen) und mitunter Verputzarbeiten beinhaltete. Im letztgenannten Fall sorgte die BF mit ihren Dienstnehmern dafür, dass die Baustelle entsprechend vorbereitet, also Unebenheiten ausgeglichen waren, ehe der MB seine Arbeiten begann.

Nach dem Abschluss einer Baustelle vereinbarte man eine neuerliche Kontaktnahme sobald es wieder Arbeit geben würde. Der MB war während der verfahrensgegenständlichen Zeit nicht ständig aber immer wieder für die BF tätig. Er war überwiegend für die BF tätig, hatte aber auch andere Auftraggeber.

Der MB hat sich somit (immer wieder) zur Erledigung von abgeschlossenen Arbeitseinheiten verpflichtet, die auch einen Maßstab für Gewährleistungsansprüche erkennen lassen, was für das Vorliegen eines Werkvertrages spricht.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der MB regelmäßig und überwiegend für die BF tätig war, was grundsätzlich - allerdings nicht zwingend - für das Bestehen einer auf Dauer angelegten Vertragsbeziehung und damit für eine Verpflichtung zur Verrichtung von Dienstleistungen spricht. Rechtlich ist es auch möglich, dass mehrere Werkverträge aufeinander folgend abgeschlossen werden, ohne dass dadurch ein (freier) Dienstvertrag zustandekommt (vgl. VwGH 2008/08/0034 vom 26.1.2010). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der MB regelmäßig und überwiegend für die BF tätig war, was grundsätzlich - allerdings nicht zwingend - für das Bestehen einer auf Dauer angelegten Vertragsbeziehung und damit für eine Verpflichtung zur Verrichtung von Dienstleistungen spricht. Rechtlich ist es auch möglich, dass mehrere Werkverträge aufeinander folgend abgeschlossen werden, ohne dass dadurch ein (freier) Dienstvertrag zustandekommt vergleiche VwGH 2008/08/0034 vom 26.1.2010).

Im Folgenden sind daher ergänzend weitere Elemente der Beschäftigung in eine Gesamtbeurteilung des verfahrensgegenständlichen Vertragsverhältnisses einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen:

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

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

Gemäß Paragraph 4, Absatz 4, ASVG stehen 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 bürgerlichen 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, sofern sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes oder gemäß § 2 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Sozialversicherung freiberuflich selbständig Erwerbstätiger versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben)Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f des Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes handelt oder sofern diese Personen nicht eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausüben. wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, sofern sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 bzw. Paragraph 3, Absatz 3, des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes oder gemäß Paragraph 2, Absatz eins und 2 des Bundesgesetzes über die Sozialversicherung freiberuflich selbständig Erwerbstätiger versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben)Tätigkeit im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, Ziffer eins, Litera f, des Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes handelt oder sofern diese Personen nicht eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausüben.

Gemäß § 539a Abs 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Gemäß Paragraph 539 a, Absatz eins, ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (§539a Abs 2ASVG). Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (§539a Absatz 2 A, S, römisch fünf G,).

Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (§ 539a Abs 3ASVG). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Paragraph 539 a, Absatz 3 A, S, römisch fünf G,).

Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend (§539a Abs 4ASVG). Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird

durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend (§539a Absatz 4 A, S, römisch fünf G,).

Die Grundsätze, nach denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind (§529a Abs 5 ASVG). Die Grundsätze, nach denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie die Zurechnung nach den Paragraphen 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind (§529a Absatz 5 A, S, römisch fünf G,).

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG in der anzuwendenden Fassung 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

Gemäß Paragraph 4, Absatz 4, ASVG in der anzuwendenden Fassung 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 bürgerlichen 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 oder nach § 3 Abs. 3 GSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 oder nach Paragraph 3, Absatz 3, GSVG oder nach Paragraph 2, Absatz eins 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

b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach Paragraph 19, Absatz eins, Ziffer eins, Litera f, B-KUVG handelt oder

c) dass eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) 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.

d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des Paragraph 2, Absatz eins, des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

Gemäß § 4 Abs. 6 ASVG schließt eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

Gemäß Paragraph 4, Absatz 6, ASVG schließt eine Pflichtversicherung gemäß Absatz eins, für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Absatz 4, aus.

Im Folgenden ist zunächst untersuchen, ob der MB Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG also in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt war.

Im Folgenden ist zunächst untersuchen, ob der MB Dienstnehmer im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG also in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt war.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis 2012/08/0268 vom 14.2.2013 ausgeführt hat, ist zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, deutlich zu unterscheiden:

Die Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen schließt nicht aus, dass während der wiederkehrenden kurzfristigen tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen jeweils fallweise versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zu Stande kommen könnten, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden fallweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese

Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist (vgl. VwGH 2003/08/0232). Die Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen schließt nicht aus, dass während der wiederkehrenden kurzfristigen tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen jeweils fallweise versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zu Stande kommen könnten, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden fallweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist (vergleiche VwGH 2003/08/0232).

Die zwischen der BF und dem MB getroffene mündliche Vereinbarung hatte im Wesentlichen zur Zusage geführt, dass der MB seitens der BF kontaktiert werden würde, wenn Arbeiten zu vergeben wären. Eine Verpflichtung des MB, seine Arbeitskraft durchgehend zur Verfügung zu halten, war nicht Gegenstand der zwischen der BF und dem MB geschlossenen Vereinbarung. Der MB hat auch tatsächlich nicht ständig und für die BF gearbeitet sondern hat von Zeit zu Zeit Baustellen mit einer Arbeitszeit von je vier bis fünf (manchmal sieben) Arbeitstagen übernommen.

Frage der persönlichen Abhängigkeit ab Zusage zu einem Bauprojekt:

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Beschäftigung (z.B. auf Grund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist. Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Beschäftigung (z.B. auf Grund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist.

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

Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (zuletzt VwGH 2012/08/0240). 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 (Paragraph 49, ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach Paragraph 4, Absatz 2, ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (zuletzt VwGH 2012/08/0240).

Die für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische Unterordnung, die durch Weisungen, Überwachungen, Regelung der Arbeitszeit und Arbeitsfolge und die Bestimmung des Arbeitsverfahrens seitens des Dienstgebers zum Ausdruck kommt, tritt bei einer Beschäftigung abseits einer festen Betriebsstätte nicht so sinnfällig zu Tage. Für die Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, kommt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes anderen Merkmalen Bedeutung zu, etwa der Zuweisung eines bestimmten Tätigkeitsgebietes oder Kundenkreises, der Weisungsgebundenheit (in einer bestimmten Art), dem Konkurrenzverbot, dem Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, der Berichterstattungspflicht sowie der

mangelnden Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel (vgl. VwGH 2001/08/0053 vom 29.06.2005). Die für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische Unterordnung, die durch Weisungen, Überwachungen, Regelung der Arbeitszeit und Arbeitsfolge und die Bestimmung des Arbeitsverfahrens seitens des Dienstgebers zum Ausdruck kommt, tritt bei einer Beschäftigung abseits einer festen Betriebsstätte nicht so sinnfällig zu Tage. Für die Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, kommt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes anderen Merkmalen Bedeutung zu, etwa der Zuweisung eines bestimmten Tätigkeitsgebietes oder Kundenkreises, der Weisungsgebundenheit (in einer bestimmten Art), dem Konkurrenzverbot, dem Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, der Berichterstattungspflicht sowie der mangelnden Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel (vergleiche VwGH 2001/08/0053 vom 29.06.2005).

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (VwGH 2012/08/0081 vom 24.04.2014). Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (VwGH 2012/08/0081 vom 24.04.2014).

Der MB war angelernte Fachkraft und wurde auf einer mit der BF vereinbarten Baustelle eigenverantwortlich tätig, dies meist allein. Rücksprache mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF hielt er etwa dann, wenn die Maße laut Plan nicht mit den realen Ausmaßen der zu verfließenden Wand übereinstimmten. Der MB hat somit nicht bloße Hilfstätigkeiten verrichtet. Er arbeitete nicht unter ständiger Aufsicht. Das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG kann im vorliegenden Fall nicht ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden. Es müssen die einzelnen Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit geprüft werden: Der MB war angelernte Fachkraft und wurde auf einer mit der BF vereinbarten Baustelle eigenverantwortlich tätig, dies meist allein. Rücksprache mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF hielt er etwa dann, wenn die Maße laut Plan nicht mit den realen Ausmaßen der zu verfließenden Wand übereinstimmten. Der MB hat somit nicht bloße Hilfstätigkeiten verrichtet. Er arbeitete nicht unter ständiger Aufsicht. Das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG kann im vorliegenden Fall nicht ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden. Es müssen die einzelnen Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit geprüft werden:

**Persönliche Arbeitspflicht:**

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

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

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

Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten

Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen, ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigte Personen. Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken, d.h. ohne bestimmten Grund, irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen (VwGH 2010/08/0026 vom 25.5.2011).

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

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

Im vorliegenden Fall wurde nicht ausdrücklich ein generelles Vertretungsrecht vereinbart. Die BF stützt sich in ihrer Beschwerde lediglich darauf, dass nicht ausdrücklich persönliche Arbeitspflicht vereinbart worden sei. Dem muss die oben zusammengefasste Judikatur entgegengehalten werden. Die diesbezüglichen Aussagen des MB lassen erkennen, dass er vor Übernahme eines Auftrages gefragt wurde "Schaffst du das" und dass er der (objektiv nachvollziehbaren) Auffassung war, nur im Fall seiner Erkrankung käme der Einsatz einer Vertretung in Betracht (was keiner generellen Vertretungsbefugnis entsprechen würde). Mitarbeiter hatte der MB keine. Wie der persönlich haftende Gesellschafter der BF weiters selbst dargelegt hatte, war dieser seinerseits bestrebt, einen guten Facharbeiter einsetzen zu können. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass beide Vertragspartner schlüssig die persönliche Arbeitsleistung des MB vereinbarten. Der MB hat seine Arbeiten auch tatsächlich stets persönlich ausgeführt. Es ist vom Fehlen einer generellen Vertretungsbefugnis und damit von einer schlüssig vereinbarten persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Wie aus der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hervorgeht, schließt das Fehlen persönlicher Arbeitspflicht zwar persönliche Abhängigkeit zwingend aus, umgekehrt bewirkt aber das Vorliegen persönlicher Arbeitspflicht nicht zwingend das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit. Es sind weitere Beschäftigungselemente einzubeziehen.

Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit:

Bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse maßgebend sondern nur jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten. (vgl. VwGH 97/08/0169 vom 21.11.2001). Bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse maßgebend sondern nur jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten. vergleiche VwGH 97/08/0169 vom 21.11.2001).

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

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

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

Weiters spielt die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit eine Rolle. Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (unter Umständen auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen. Derartige Dispositionsmöglichkeiten stärken - insbesondere bei Fehlen der Einbindung in eine Betriebsorganisation - die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und sprechen für

das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses. Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit kann sich auch aus faktischen Vorkehrungen des Arbeitgebers herleiten, die diesem ein Weisungs- und Kontrollrecht für den Bedarfsfall sichern (VwGH 04.06.2008, 2004/08/0190).

Der MB war angelernter Fliesenleger mit langjähriger Berufserfahrung. Er war für die vereinbarten Arbeiten qualifiziert und in der Lage, diese eigenverantwortlich zu erledigen. Dies war dem persönlich haftenden Gesellschafter der BF der BF bekannt. Ausdrückliche Vereinbarungen über das Arbeitsverhalten des MB wurden nicht getroffen. Die Arbeiten wurden nicht im Betrieb der BF und nicht unter ständiger Aufsicht von leitenden Mitarbeitern der BF ausgeführt. Der klassische Fall einer Weisungsbindung im Sinne der stillen Autorität des Dienstgebers war nicht gegeben.

Andererseits kannte der persönlich haftende Gesellschafter der BF den Arbeitsort des BF: Der MB war stets nur mit einer Baustelle betraut. Der persönlich haftende Gesellschafter der BF konnte sich, indem er "auf der Baustelle vorbeischaute" ein Bild über den Fortschritt der Arbeiten machen - aber auch etwa darüber, ob der MB ein den Vorstellungen der BF entsprechendes (ohne dass diese Erwartung dem MB gegenüber ausdrücklich ausgesprochen worden wäre) Arbeitsverhalten an den Tag legte. Im Fall unerwünschter Wahrnehmungen hätte die BF entsprechende Maßnahmen ergreifen können. Tatsächlich hat der unbeschränkt haftende Gesellschafter der BF etwa alle zwei Tage bei der Baustelle vorbeigeschaut, also (unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Dauer der vereinbarten Baustellen) zu Beginn, zur Halbzeit und zum Abschluss, was wiederum mit der hohen Qualifikation des MB in Zusammenhang zu bringen ist, der nicht ständig beaufsichtigt werden musste.

Der MB hat qualifizierte Arbeiten geleistet, was ihm gewisse Dispositionsmöglichkeiten eröffnete. Die festgestellte Form der Kontrollunterworfenheit war schwach ausgeprägt.

Arbeitszeit:

Die Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit ist bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ein Indiz für das Fehlen der Verfügbarkeit über die Arbeitskraft während der Arbeitszeit und durch die Arbeitsverpflichtung. Das Fehlen einer solchen Verfügbarkeit kann auch in anderer Weise als durch Vorgabe starrer Arbeitszeiten zum Ausdruck kommen (etwa - wie bei Vertretertätigkeiten - durch die Verpflichtung einen vorgegebenen Kundestock kontinuierlich zu betreuen (2001/08/0053 vom 29.6.2005). Sind Absprachen bezüglich der Arbeitszeit von der Art der Tätigkeit her notwendig, dann schließen diese die persönliche Unabhängigkeit dessen, der einen Arbeitserfolg (ein Werk oder eine Leistungsgesamtheit) zu verrichten hat, nicht aus. (VwGH 2001/08/0158 vom 17.11.2004).

Der MB schuldete (wie oben näher ausgeführt wurde) einen Arbeitserfolg. Er verpflichtete sich bei Zusage, in den unmittelbar bevorstehenden Tagen (meist vier bis fünf) die vereinbarte Baustelle zu erledigen. Auf die Weise blieb ein Spielraum von meist zwei Tagen nach vereinbartem Abschluss der Arbeiten bis zum Ablauf jener Frist, in der die BF selbst gegenüber ihrem Generalunternehmer zur Fertigstellung verpflichtet war. Die vereinbarten Arbeiten waren somit auf eine vorausbestimmte Anzahl von unmittelbar bevorstehenden Vollbeschäftigungstagen ausgelegt; der zeitliche Spielraum des MB war gering, was isoliert betrachtet auf eine Bindung an eine von der BF vorgegebene Arbeitszeit hindeuten würde. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der BF einen Arbeitserfolg schuldete. Es ist daher unter Berücksichtigung der obigen Judikatur festzustellen, dass die mit dem MB vereinbarten Absprachen bezüglich der Arbeitszeit von der Art der Tätigkeit her notwendig waren.

Konkurrenzverbot: Ein Konkurrenzverbot wurde nicht vereinbart. Der MB hatte neben der BF weitere Auftraggeber.

Bei Gesamtbetrachtung der festgestellten Beschäftigungsmerkmale ergibt sich kein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit. Es bleibt zu prüfen, ob ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG oder eine dem gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) unterliegende selbständige Erwerbstätigkeit gegeben war. Hierbei ist auf die folgende sozialversicherungsrechtliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen: Bei Gesamtbetrachtung der festgestellten Beschäftigungsmerkmale ergibt sich kein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit. Es bleibt zu prüfen, ob ein freies Dienstverhältnis im Sinne des Paragraph 4, Absatz 4, ASVG oder eine dem gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) unterliegende selbständige Erwerbstätigkeit gegeben war. Hierbei ist auf die folgende sozialversicherungsrechtliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen:

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist dann von einem freien Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen, wenn der freie Dienstnehmer innerhalb und unter Verwendung der betrieblichen Struktur des

Auftraggebers tätig ist. Ist dies nicht der Fall, dann zu untersuchen, ob sich der freie Dienstnehmer mit Betriebsmitteln eine eigene betriebliche Infrastruktur geschaffen hat. (vgl. VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008) Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist dann von einem freien Dienstvertrag im Sinne des Paragraph 4, Absatz 4, ASVG auszugehen, wenn der freie Dienstnehmer innerhalb und unter Verwendung der betrieblichen Struktur des Auftraggebers tätig ist. Ist dies nicht der Fall, dann zu untersuchen, ob sich der freie Dienstnehmer mit Betriebsmitteln eine eigene betriebliche Infrastruktur geschaffen hat. vergleiche VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008)

Der MB war nicht im Rahmen der betrieblichen Struktur der BF tätig.

Es ist 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 z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.) ausführen möchte oder ob er eher unternehmerisch tätig sein und das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, (d.h. z.B. - 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) (vgl. VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008). Es ist 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 z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.) ausführen möchte oder ob er eher unternehmerisch tätig sein und das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, (d.h. z.B. - 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) vergleiche VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008).

Der Begriff der "wesentlichen Betriebsmittel" ist nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beim freien Dienstnehmer zu beurteilen: Grundsätzlich wird ein Betriebsmittel dann für seine (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich sein, 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. Dabei ist stets vorausgesetzt, dass es sich um ein Sachmittel handelt, welches für die konkret in Rede stehende Tätigkeit des freien Dienstnehmers wesentlich ist. (vgl. VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008). Der Begriff der "wesentlichen Betriebsmittel" ist nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beim freien Dienstnehmer zu beurteilen: Grundsätzlich wird ein Betriebsmittel dann für seine (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich sein, 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. Dabei ist stets vorausgesetzt, dass es sich um ein Sachmittel handelt, welches für die konkret in Rede stehende Tätigkeit des freien Dienstnehmers wesentlich ist. vergleiche VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008).

Der MB hat die Betriebsmittel Auto, Werkzeug und Telefon sowie Internet er in den Jahren 2010, 2011 und 2012 steuerrechtlich in sein Betriebsvermögen aufgenommen. Es handelt sich nicht um bloß geringwertige Wirtschaftsgüter. Der BF hat über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt. Der MB hatte neben der BF weitere Auftraggeber.

Unter Berücksichtigung der oben wiedergegebenen zum Sozialversicherungsrecht ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der MB selbständig erwerbstätig war. Der MB unterlag aufgrund der festgestellten Arbeiten daher nicht der Versicherungspflicht nach dem ASVG.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 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 Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

Dienstverhältnis, ersatzlose Behebung, selbstständig Erwerbstätiger,  
Versicherungspflicht

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

ECLI:AT:BVWG:2016:W164.2014678.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.04.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

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