

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

28.10.2015

Geschäftszahl

W198 2017885-1

Spruch

W198 2017885-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Karl SATTLER als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Köb, Brucknerstraße 2/5, 1040 Wien, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 01.12.2014, zu Zeichen: VA-VR XXXX, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) idgF abgewiesen.

Es wird festgestellt, dass Frau XXXX, VSNR XXXX, aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX, ehemals XXXX Wien, XXXX von 16.02.2007 bis 31.08.2007 der Vollversicherungspflicht (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG (Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977) unterliegt.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 01.12.2014, zu Zeichen: VA-VR XXXX, stellte die Wiener Gebietskrankenkasse (im Folgenden belangte Behörde genannt) fest, dass Frau Ines Wild, VSNR XXXX, (im Folgenden Frau W. abgekürzt), auf Grund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX (im Folgenden Beschwerdeführer genannt), ehemals 1100 Wien, XXXX von 16.02.2007 bis 31.08.2007 der Vollversicherungspflicht (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG (Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977) unterliege.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Begründung und die rechtlichen Erwägungen in diesem Bescheid verwiesen.

2. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 30.12.2014, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Köb, Brucknerstraße 2/5, 1040 Wien, fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Begründend werde im Wesentlichen vorgebracht:

a) Zum Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 16.02.2007 hätte der Beschwerdeführer mit Frau W. einen freien Dienstvertrag abgeschlossen. Dieser Vertrag sei befristet auf 3 Monate abgeschlossen worden und hätte laut Text des schriftlichen Vertrages folgende von Frau W. für den Beschwerdeführer zu erbringende Tätigkeiten zum Inhalt gehabt:

> Systemsengineer: Systemsadministration, Requirementsengineering, Planung, Umsetzung, Dokumentation und Support.

> Erreichung der in den Zielvereinbarungen definierten Vorgaben.

> Reporting der erbrachten Tätigkeit.

Als Dienstort sei vereinbart worden: Nach Bedarf, bei Kunden, im Büro des Beschwerdeführers,XXXX Wien oder im Homeoffice.

Punkt 5 dieses Vertrages hätte vorgesehen, dass die Auftragnehmerin hinsichtlich Zeiteinteilung und Gestaltung des Tätigkeitsablaufs keiner Weisung des Auftraggebers unterliege. Keine Weisungsfreiheit wurde jedoch für solche Weisungen vereinbart, die durch die Natur des Auftrages vorgegeben und dazu in Bezug stehen, sowie für Sicherheitsaspekte des Kunden des Auftraggebers. Für solche Weisungen sei vereinbart worden, dass sie unbedingt zu befolgen seien.

Als Entgelt sei, auf Basis einer 40 Stundenwoche ein Entgelt von EUR 2.500,00 vereinbart worden. Sonderzahlungen seien keine vereinbart worden. Hinsichtlich der Auszahlung des Honorars sei eine monatliche Auszahlung, abzüglich einzubehaltender Sozialversicherungsbeiträge und/oder allfälliger Umsatzsteuer, nach Vorlage einer entsprechenden Honorarnote bargeldlos im Nachhinein vereinbart worden.

Unter Punkt 8 des genannten Vertrages sei eine Verschwiegenheitspflicht und ein Konkurrenzverbot vereinbart worden. Frau W. hätte sich dadurch verpflichtet, ihr zur Kenntnis gelangende Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Auftraggebers gegenüber jedermann geheim zu halten. Dies auch über das Ende des Vertragsverhältnisses hinaus. Weiters sei vereinbart worden, dass die Auftragnehmerin dem Auftraggeber mitzuteilen hätte, wenn sie eine Bindung an einen anderen Auftraggeber beabsichtige. Ebenso meldepflichtig wären für die Auftragnehmerin Angebote von Kunden oder Kundeskunden des Auftraggebers an diesen gewesen. Ein Wechsel zu Kunden oder Kundeskunden des Auftraggebers sei für die Zeit von einem Jahr nach Beendigung des Vertrages vertraglich ausgeschlossen gewesen.

Im genannten Vertrag sei auch vereinbart gewesen, dass der Vertrag von beiden Vertragsparteien ohne Angabe von Gründen mit sofortiger Wirkung jederzeit aufgelöst werden könne, wobei die Bekanntgabe der Vertragsauflösung schriftlich zu erfolgen habe. Die Auftragnehmerin hätte weiters erklärt, dass sie persönlich für die Versteuerung der Honorarnoten Sorge tragen werde. Weiters sei festgehalten worden, dass die Auftragnehmerin ausdrücklich zur Kenntnis nehme, dass ihr aus diesem Vertrag keinerlei arbeitsrechtliche Ansprüche wie Urlaubsanspruch, Abfertigungsanspruch, etc. zustehen. Es wurde ebenso vertraglich festgehalten, dass mit diesem Vertrag kein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG begründet werde.

Am 15.05.2007 sei der oben genannte freie Dienstvertrag einverständlich mit Frau W. verlängert worden. Dabei sei vereinbart worden, dass dieser neuerliche Dienstvertrag enden soll, wenn das Unternehmen des Beschwerdeführers in eine neue Gesellschaftsform übergeleitet wird.

Gegenstand dieses neuerlichen Dienstvertrages sei eine Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit aufgrund des bisherigen freien Dienstvertrages gewesen. Es sei jedoch die Form eines Dienstvertrages gewählt worden.

Ab 01.09.2007 sei Frau W. dann von der damals neu gegründeten P. XXXX GmbH als Dienstnehmerin im Sinne des § 4 Abs. 2. ASVG angestellt worden. Dieser Dienstvertrag sei jedoch nicht mehr verfahrensgegenständlich.

b) Zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit:

Die belangte Behörde gehe in ihrer rechtlichen Beurteilung davon aus, dass beim Beschäftigungsverhältnis zwischen Frau W. und dem Beschwerdeführer in der Zeit vom 16.02.2007 bis 31.08.2007 die Merkmale persönlicher Abhängigkeit von Frau W. vom Beschwerdeführer gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und daher Frau W. gemäß § 4 Abs 2 ASVG als Dienstnehmerin anzusehen sei. Dabei gehe die belangte Behörde von einer Weisungsgebundenheit von Frau W. aus und komme zur Auffassung, dass diese auch gelebt worden sei. Die belangte Behörde treffe dabei jedoch keinerlei Unterscheidung, ob es sich bei den Weisungen um rein sachbezogene Weisungen und Kontrollen oder um persönliche Weisungen handeln würde. Sachbezogene Weisungen und Kontrollen schließen die persönliche Abhängigkeit nicht aus (VwGH 17.01.2004, 2001/08/0158). Sachbezogene Weisungen sprechen auch im Sozialversicherungsrecht per se nicht gegen das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Gerade im Fall der Erbringung von IT-Dienstleistungen, wie sie Frau W. gegenüber dem Beschwerdeführer erbracht hätte, fordere die Natur dieser Leistungen die Tätigkeit in den Räumlichkeiten des Auftraggebers bzw. wie im vorliegenden Fall, in den Räumlichkeiten von dessen Kunden.

Betriebliche Ordnungsvorschriften, wie die vom Beschwerdeführer geforderten Arbeitsfortschrittsberichte und Arbeitszeitberichte, um den definierten Honorarsatz tatsächlich entsprechend der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit aliquot angepasst abrechnen zu können, stellten keine persönlichen Weisungen dar. Dies wäre nicht einmal der Fall, wenn es sich um betriebliche Ordnungsvorschriften, also Weisungen des Auftraggebers bzw. dessen Kunden, Arbeits-, Dienst- oder Betriebsordnungen handeln würde, die sich auf den Aufenthalt im Betrieb und den Gebrauch der Betriebsmittel beziehen, wenn derartige Weisungen auch für alle übrigen Personen, die sich im Betrieb des Auftraggebers aufhalten, gelten. Die Einhaltung derartiger betrieblicher Ordnungsvorschriften sei eine notwendige Begleiterscheinung, die sich aus dem Umstand erklärt, dass die Tätigkeit aufgrund ihrer Natur eine Einbindung in den fremden Betrieb erfordert. Eine Aussage über eine persönliche Abhängigkeit kann aus diesem Umstand für sich alleine nicht gezogen werden. Dass Frau W. an persönliche Weisungen, im Unterschied zu sachlichen Weisungen des Beschwerdeführers gebunden gewesen sei, sei weder vereinbart gewesen noch sei dies im Verhältnis zwischen ihm und dem Beschwerdeführer gelebt. Wenn sich die Arbeitszeit von Frau W. aus den Anforderungen des jeweiligen Kunden ergeben hätte, so sei dies daran gelegen, dass sich derartige Bindungen an Arbeitszeiten und Arbeitsort aus gegebenen Sachzwängen ergeben hätten. In einem solchen Fall seien derartige Bindungen an Arbeitszeit und Arbeitsort für die Feststellung einer persönlichen Abhängigkeit nicht unterscheidungskräftig. In einem solchen Fall hätte das Kriterium der Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit außer Betracht zu bleiben (VwGH 07.05.2008, 2007/08/0341).

Gerade bei IT-Dienstleistungen sei aufgrund der Natur der Tätigkeit eine Einbringung in den Betrieb des Auftraggebers erforderlich und daher aus den gegebenen Sachzwängen für den Tatbestand der persönlichen Abhängigkeit nicht aussagekräftig. Dies gelte auch für das Kriterium des Fehlens wesentlicher eigener Betriebsmittel. Die Ausübung einer Tätigkeit unter Verwendung von fremden Betriebsmitteln werde ganz allgemein als Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit angesehen. Im vorliegenden Fall sei zwischen dem Beschwerdeführer und Frau W. ursprünglich auch vereinbart worden, dass diese einen eigenen Laptop als Betriebsmittel zum Einsatz bringt. Erst nachträglich hat Frau W. um Überlassung eines Laptops durch den Beschwerdeführer gebeten, was dieser ihr auch gewährt hätte. Darüber hinaus hätte Frau W. offenbar auch Betriebsmittel der Kunden des Beschwerdeführers benutzt. Die Rechtsprechung des VwGH gehe bei der Beurteilung dessen, was er unter Betriebsmittel versteht, von Sachmitteln, wie eben einem Laptop aus. Hier sei jedoch auf die herrschende Lehre verwiesen, die den Begriff der Betriebsmittel nicht so eng auslegt wie der VwGH, der in seiner Judikatur jedoch im Wesentlichen vom Einsatz von für die Ausübung einer Botentätigkeit (VwGH 2013/08/0030 vom 11.12.2013 3) oder im Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung der Tätigkeit eines Masseurs (VwGH 11.06.2014, 2012/08/0245) ausgehe. Dabei gehe der VwGH offenbar davon aus, dass Sachmittel gleichzusetzen sind mit körperlichen Gegenständen. Diese Beschränkung von Betriebsmitteln im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG auf Sachmittel geht somit auf ein obiter dictum im Erkenntnis VwGH 2007/08/0223 vom 23.01.2008 zurück und hat sich in der Rechtsprechung des VwGH offenbar fortgepflanzt.

Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus den Gesetzesmaterialien zu § 4 Abs. 4 ASVG lasse sich ein Betriebsmittelbegriff beschränkt ausschließlich auf körperliche Gegenstände ableiten. Auch die herrschende Lehre lege den Begriff der Betriebsmittel nicht derartig eng aus. Nach Schrank/Grabner (Schrank/Grabner Werkverträge und freie Dienstverträge Seite 40 ff.) seien im Zweifel auch im Sozialversicherungsrecht als Betriebsmittel alle Wirtschaftsgüter anzusehen, die steuerlich als Wirtschaftsgüter anerkannt werden. Nach der Rechtsprechung zum EStG gehören zu Wirtschaftsgütern auch immaterielle Werte (Doralt im Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn EStG § 4 TZ 36 MWN). Das Wirtschaftsgut im Sinne des EStG setzt nicht voraus, dass es bilanzierungsfähig ist (Doralt im Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn EStG § 4 TZ 37 MWN).

Gemäß § 539 a ASVG sei für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Diese

wirtschaftliche Betrachtungsweise des § 539 a ASVG stütze das Argument, dass es sich bei Betriebsmitteln auch um Know-How handeln könne. Bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten im Bereich der IT Branche treten neben oder sogar an die Stelle von körperlichen Gegenständen als Betriebsmittel (Produktionsmaschine Computer, etc.) regelmäßig immaterielle Betriebsmittel. Dazu gehörten auch über längere Zeit erworbene Spezialkenntnisse und Erfahrungen des Betroffenen. Dieser Kenntnis- und Erfahrungswert erfordere in der Regel nicht unbeträchtliche Investitionen des Betroffenen in die eigene Aus- und Weiterbildung und somit die Übernahme eines unternehmerischen Investitionsrisikos.

Nach der gemäß § 539a ASVG gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird das Investitionsrisiko für den Erwerb von derartigen Spezialkenntnissen und Erfahrungen des Investitionsrisiko Ihr den Erwerb von materiellen Wirtschaftsgütern wie den Kauf eines Notebooks regelmäßig summenmäßig beträchtlich übersteigen. Speziell erworbenes Know-How kann auch nicht einfach nur als notwendiger Teil der eigenen Arbeitskraft gesehen werden. Bei hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten obliege es nämlich der unternehmerischen Entscheidung des Einzelnen, welche Spezialkenntnisse er erwerben möchte um seine Leistungen am Markt anzubieten. Wirtschaftlich betrachtet sei daher das konkret erworbene Know-How gerade der entscheidende Zusatz zur eigenen Arbeitskraft, da es für den unternehmerischen Erfolg oder Misserfolg des Anbieters von hochqualifizierten wissensbasierten Tätigkeiten am Markt entscheide.

Es sei daher keinesfalls so, dass man so wie die belangte Behörde zwingend von einer Beschäftigung in wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen hätte.

Weder die belangte Behörde, noch das Finanzamt für den 4., 5. Und

10. Bezirk in seiner Erhebung durch Fragebogen und Befragung im Februar 2010 seien darauf eingegangen, ob trotz der lange vergangen Zeit seil dem verfahrensgegenständlichen freien Dienstvertrag und dem darauf folgenden Angestelltenverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG mit der P. XXXXGmbH Unterschiede in der Wahrnehmung von Frau W. vorlägen.

Die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass Frau W. in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beim Beschwerdeführer beschäftigt gewesen sei und sie daher im Zeitraum vom 16.02.2007 bis 15.05.2007 als Dienstnehmerin im Sinne des § 4 Abs. ASVG anzusehen sei, sei daher nicht richtig. Frau W. sei vielmehr als freie Dienstnehmerin außerhalb jeglicher persönlicher Abhängigkeit, die über die betrieblichen Erfordernisse hinausgegangen ist, beschäftigt und sei das Beschäftigungsverhältnis in der verfahrensgegenständlichen Zeit vom 16.02.2007 bis 15.05.2007 daher als freier Dienstvertrag gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren und nicht, wie von der belangten Behörde als Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen.

Es werde beantragt eine mündliche Verhandlung durchzuführen, in der Sache selbst zu erkennen und den angefochtenen Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse, GZ VA-VR XXXX dahingehend abändern, dass der Bescheid aufgehoben und das Verfahren eingestellt werde, oder der angefochtene Bescheid aufgehoben und die Sache zur Verfahrensergänzung an die belangte Behörde zurückverwiesen werde.

3. Mit Schriftsatz vom 13.01.2015 (elektronisch eingelangt am 26.01.2015) legte die belangte Behörde die Beschwerde sowie den bei ihr anhängigen gegenständlichen Verfahrensakt "zur do Verwendung", somit dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

4. Am 24.09.2015 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Amtshilfe gemäß Artikel 20 Abs. 3 B-VG - hinsichtlich sämtlicher ho. anhängiger Beschwerdeverfahren (W198 2017849-1/., W198 2017885-1/., W198 2101510-1/., W198 2102269-1/., W198 2102270-1/., W198 2106421-1/.) - die zuständige Finanzbehörde (Abgabenbehörde) um dringende Bekanntgabe des Verfahrensstandes bezüglich der erfolgten Lohnsteuerprüfung beim Beschwerdeführer für den Zeitraum von 01.01.2006 bis 31.12.2008. Es wurde um Übermittlung allfälliger Haftungsbescheide samt dazugehörigen Berichten sowie um Bekanntgabe einer allenfalls eingetretenen Rechtskraft ersucht.

5. Am 09.10.2015 erfolgte eine Urkundenvorlage seitens der zuständigen Finanzbehörde (siehe OZ 3 des Gerichtsaktes).

Vorgelegt wurden der Bericht gemäß § 150 BAO über das Ergebnis der Außenprüfung des Finanzamtes Wien 4/5/10 beim Beschwerdeführer. Gegenstand dieser Prüfung war unter anderem die Lohnsteuer für den Zeitraum 01.01.2006 bis 31.12.2008. Weiters wurde der Haftungsbescheid für das Jahr 2007 bezüglich Lohnsteuerpflicht, Festsetzung des Dienstgeberbeitrages (DB) für das Jahr 2007, Festsetzung des Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag (DZ) sowie die Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 08.09.2011, FA-Nr.04, Steuernummer XXXX vorgelegt. In dieser Berufungsvorentscheidung wurde der Berufung des

Beschwerdeführers, vertreten durch Firma Profitax Steuerberatungs GmbH, Biberstraße 22, 1010 Wien, gegen Haftungs- und Abgabenbescheide hinsichtlich Lohnsteuer, DB und DZ sowie der diesbezüglichen Säumniszuschläge teilweise stattgegeben.

Der Haftungsbescheid hinsichtlich Lohnsteuer sowie der Bescheid über die Festsetzung eines Säumniszuschlages 2007 wurde aufgehoben, die Bescheide über die Festsetzung DB und DZ 2007 blieben unverändert.

In der Begründung dieses Bescheides (Berufungsvorentscheidung) führt die Finanzbehörde aus, dass die in Bescheid genannten Personen, insbesondere auch Frau W., für den Beschwerdeführer im Jahr 2007 tätig gewesen seien. Die Personen seien als freie Dienstnehmer abgerechnet worden. Im Zuge der Lohnabgabenprüfung seien diese Personen hinsichtlich ihrer Arbeit befragt und schlussendlich festgestellt worden, dass die Merkmale der Nichtselbstständigkeit überwiegen und daher Lohnabgaben nachzuverrechnen seien.

Nach der Beurteilung sämtlicher Umstände (tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit), sei der wahre wirtschaftliche Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern so zu werten, dass diese Personen (Anmerkung: daher auch Frau W.) als Dienstnehmer beim geprüften Unternehmen (Anmerkung: beim Beschwerdeführer) anzusehen seien und somit Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit beziehen würden.

Eine Haftung gemäß § 82 EStG 1988 gegenüber dem Arbeitgeber (Lohnsteuer) sei nur dann geltend zu machen, wenn hinsichtlich dieser Einkünfte noch keine Einkommensteuer seitens des Arbeitnehmers entrichtet worden sei. Da im gegenständlichen Fall bei den zur Diskussion stehenden Personen bereits eine Veranlagung zur Einkommensteuer für 2007 erfolgt sei, werde der Haftungsbescheid hinsichtlich Lohnsteuer und der damit verbundene Säumniszuschlag aufgehoben.

Die Abgabenbehörde teilt abschließend mit, dass "die Rechtskraft bereits eingetreten sei".

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, aus der Beschwerde, den Stellungnahmen und Schriftsätzen der Parteien sowie den angeschlossenen Verträgen (tituliert "freier Dienstnehmervertrag", tituliert "Dienstvertrag") zwischen dem Beschwerdeführer und der mitbeteiligten Partei, Frau W.

Das Bundesverwaltungsgericht legt im Wesentlichen den von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde, da dieser schlüssig und nachvollziehbar ist, zumal diesem ein ausführliches Ermittlungsverfahren, in dem der Beschwerdeführer ausreichend Gelegenheit hatte sein Vorbringen zu erstatten (niederschriftlichen Einvernahmen des Beschwerdeführers, vertreten durch seine damalige Steuerberatung im Rahmen der Niederschrift über die Schlussbesprechung gemäß § 149 Abs. 1 BAO am 31.03.2011, Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung des Beschwerdeführers vom 24.11.2014 nach erfolgter Akteneinsicht und Anfertigung von Kopien von Aktenschriftstücken am 18.11.2014) und auch die Mitbeteiligte, Frau W., zum maßgeblichen Sachverhalt ausführlichst von der Finanzbehörde am 09.02.2010 einvernommen wurde (Beantwortung des Fragebogens) und ausführliche schriftliche Stellungnahmen am 09.10.2014, 21.10.2014 (Vorlage "Dienstverträge") und 23.10.2014 gegenüber der belangten Behörde abgegeben hat. In diesen Stellungnahmen beschreibt Frau W. sehr ausführlich und detailliert ihre damalige Rechtsbeziehung zum Beschwerdeführer (unter dem Firmennamen P. XXXX).

Berücksichtigung fand auch das dem vorgelegten Verwaltungsakt angeschlossenen Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien zu 25Cga 128/08b vom 26.07.2010.

Die von Frau W. mit dem Beschwerdeführer abgeschlossenen Verträge vom 16.02.2007 bzw. 15.05.2007 sind dem übermittelten Verwaltungsakt angeschlossenen. Zur Sachverhaltsfeststellung wurde insbesondere auch der Prüfbericht des Finanzamtes Wien 4/5/10 herangezogen, wonach eine Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben für den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2008 zur Klärung der Versicherungspflicht diverser Dienstnehmer, Lohnsteuerpflicht und Kommunalsteuerpflicht stattgefunden hat sowie sämtliche von der Finanzbehörde (Abgabenbehörde) vorgelegten Unterlagen/ Urkunden (siehe Punkt I., 5.)

Zusammengefasst steht folgender Sachverhalt fest:

Im Zuge einer gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben (GPLA-Prüfung) für den Zeitraum 2006-2008 wurde das Unternehmen des Beschwerdeführers überprüft. Es wurde im Zuge dieser Überprüfung festgestellt, dass eine erhebliche Anzahl von Personen als freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zur Sozialversicherung gemeldet waren, obwohl bei diesen Beschäftigungsverhältnissen die Merkmale von echten Dienstverhältnissen überwogen. Zu diesen Personen gehörte unter anderem auch Frau W.

Frau W. war beim Beschwerdeführer einmal auf der Basis eines als "Freier Dienstnehmervertrag" bezeichneten Vertragsverhältnisses, welches zunächst auf die Dauer von drei Monaten befristet gewesen war, und ein anderes Mal auf der Basis eines Dienstvertrages in der Zeit von 16.02.2007 bis 31.08.2007 als sogenannter "Systems Engineer" gegen Entgelt beschäftigt.

Der Abschluss des freien Dienstnehmervertrages zwischen Frau W. und dem Beschwerdeführer erfolgte am 16.02.2007.

Laut Punkt 3. des titulierte "Freier Dienstnehmervertrag" war Frau W. mit folgender "Tätigkeit" betraut:

- > Systems Engineer/Developer: Database Administration/Development, Requirements Engineering, Planung, Umsetzung, Dokumentation und Support.
- > Erreichung der in den Zielvereinbarungen definierten Vorgaben.
- > Reporting der erbrachten Tätigkeit (schriftlich, detailliert und rechtzeitig).

Als Dienort (Punkt 4.) wurde festgelegt, dass dieser nach Bedarf entweder "beim Kunden" oder im Büro des Beschwerdeführers ist. Der Dienort wurde vom Beschwerdeführer koordiniert.

Unter Vertragspunkt 5. (Weisungsfreiheit) wurde festgelegt, dass der "Auftragnehmer, soweit dies nicht durch die Natur des Auftrages vorgegeben ist, bei der Erfüllung des Vertrages bzw. bei der Durchführung der übernommenen Tätigkeiten hinsichtlich Zeiteinteilung und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes keinen Weisungen unterliegen würde. Jedoch seien Weisungen unbedingt zu befolgen, wenn sie in Bezug zu einer der zu erfüllenden Aufträge von P. XXXX (Anmerkung: P. XXXX steht unstrittig für XXXX = Beschwerdeführer) steht bzw. bei Sicherheitsaspekten des Kunden notwendig sind."

Unter Vertragspunkt 6. (Betriebsmittel und Geschäftsunterlagen) wurde ua. festgehalten, dass "die zur Ausübung der vereinbarten Tätigkeit benötigten Betriebsmittel dem Auftragnehmer im Wesentlichen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden."

Als Entgelt wurde im Vertragspunkt 7. (Entgelt) für 40 Stunden pro Woche ein monatlicher Entgeltrahmen in der Höhe von EUR 2.500.-, von denen noch Sozialversicherungsbeiträge abgezogen wurden, vereinbart.

Die Auszahlung des Entgelts erfolgte monatlich nach Vorlage eines entsprechenden Arbeitsberichtes bargeldlos im Nachhinein.

Unter Vertragspunkt 8. (Verschwiegenheitspflicht und Konkurrenzverbot) wurden eine Verschwiegenheitspflicht und ein striktes Konkurrenzverbot vereinbart. Demnach war Frau W. auch wenn sie der Überzeugung gewesen wäre, dass eine Bindung an einen anderen Auftraggeber keinesfalls eine Konkurrenzierung zum Auftraggeber darstellt, zur Mitteilung verpflichtet gewesen, sofern sie eine Bindung an einen anderen Auftraggeber beabsichtigt hätte. Weiters war Frau W. verpflichtet, Angebote vom Kunden oder Kundeskunden umgehend dem Beschwerdeführer zu melden. Ein Wechsel zu Kunden oder Kundeskunden innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertrages war "ausgeschlossen".

Gemäß Vertragspunkt 9. (Protokollierung) war Frau W. zur umfassenden täglichen Protokollierung ihrer Tätigkeit und Arbeitszeit im "P. XXXX" verpflichtet. Sollte dieser nicht verfügbar sein, war der Arbeitsbericht in schriftlicher Form spätestens am nächsten Tag beim Beschwerdeführer zu übergeben und zur Kenntnis zu bringen.

Unter Vertragspunkt 10. (Vertretungsbefugnis) wurde vereinbart, dass Frau W. ihre Dienstleistungen persönlich zu erbringen hatte. Ausfälle (Krankheit, Unfälle, Urlaub etc.) waren im Vorhinein, aber ehestens bei bekannt werden der Zeitspanne, in der Frau W. nicht verfügbar war, beim "Management" des Beschwerdeführers

telefonisch zur Kenntnis zu bringen. Krankenstände wurden dem Beschwerdeführer bekannt gegeben. Eine Vertretung hat tatsächlich nicht stattgefunden.

In Vertragspunkt 12. (sonstiges) wurde festgehalten, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen auf das vorliegende Arbeitsverhältnis keine Anwendung finden und die beiden Vertragsparteien übereinstimmen, dass mit diesem Vertrag kein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs 2 ASVG begründet wird.

Ab 15.05.2007 bis 31.08.2007 war Frau W. - laut Beschwerdevorbringen und daher unstrittig - auf der Basis eines titulierte Dienstvertrages (nur diese Tatsache - Bezeichnung - ist unstrittig) beim Beschwerdeführer beschäftigt.

Frau W. war sowohl im Zeitraum von 16.02.2007 bis 15.05.2007 als auch im Zeitraum von 16.05.2007 bis 31.08.2007 mit jeweils gleich bleibenden -unstrittig - Tätigkeiten für den Beschwerdeführer tätig. Die Tätigkeiten waren sowohl vertraglich gleichlautend formuliert als auch in der tatsächlichen Durchführung und den tatsächlich gelebten Rahmenbedingungen gleichbleibend.

Frau W. war im gesamten beschwerdegegenständlichen Zeitraum an die Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten gebunden, welche ihr von den Kunden ihres Arbeitgebers vorgegeben bzw. mit diesen abgestimmt worden sind.

Frau W. war im gesamten beschwerdegegenständlichen Zeitraum zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet (gemäß Punkt 10. des freien Dienstnehmervertrages und gemäß Punkt 5. des Dienstvertrages) und konnte sich nicht jederzeit aus Eigenem vertreten lassen. Sie war auch im gesamten beschwerdegegenständlichen Zeitraum nie krank oder im Urlaub.

Es war in Bezug auf Dienstabwesenheiten ausdrücklich vereinbart, dass diese dem Dienstgeber im Vorhinein bekannt zu geben waren. Im Zeitraum der Geltung des titulierte Dienstvertrages war für den Fall einer Erkrankung eine ärztliche Bestätigung vorzulegen.

Vor einem Urlaub war der Dienstnehmer angehalten andere Mitarbeiter des Beschwerdeführers ausreichend zu instruieren (einzuschulen), damit diese die Aufgaben zufriedenstellend durchführen konnten. Aufgrund des Dienstvertrages hatte Frau W. einen vertraglichen Anspruch auf 25 Urlaubstagen pro Jahr.

Als Entgelt für den Zeitraum 16.05.2007 - 31.08.2007, welche jeweils am Monatsende fällig war, wurde für eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden ein Gehalt von EUR 2.600,- brutto zuzüglich der kollektivvertraglichen Sonderzahlungen (Urlaubs- und Weihnachtsgeld), die mit dem Gehalt für Juni und Dezember ausbezahlt wurden, vorgesehen. Mit dem vereinbarten (überkollektivvertraglichen) Jahreszielgehalt waren mit den angeführten Bezügen sämtliche Leistungen von Frau W., wie insbesondere Mehr- und/oder Überstunden oder Reisezeit, bis zum Ausmaß von 10 Stunden pro Monat abgegolten. Zusätzlich wurde noch für die Einhaltung aller im Quartal vereinbarten Ziele eine Prämie in Höhe von 10 % eines Monatsgehalmes vereinbart. Darüber hinausgehende Überstunden wurden mit Zeitausgleich generell ausgeglichen (gemäß Punkt 6. des titulierte Dienstvertrages).

Die zur Ausübung der vereinbarten Tätigkeit erforderlichen Betriebsmittel (zB. Notebook, Schreibtisch) wurden Frau W. während des gesamten Beschäftigungszeitraumes vom Beschwerdeführer bzw. dem jeweiligen Kunden des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt.

Frau W. wurde hinsichtlich ihrer Arbeitsleistung, hinsichtlich der Einhaltung der Arbeitsanweisungen sowie der Arbeitszeit vom Beschwerdeführer kontrolliert.

Frau W. hätte neben ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer auch für andere Firmen tätig werden dürfen, tatsächlich ist das im gesamten Beschäftigungsverhältnis nie vorgekommen.

Frau W. haftete nicht für ihre Tätigkeit und trug sie auch kein Risiko, wenn sie die Arbeiten nicht erledigen hätte können. Sie unterlag bei ihrer Tätigkeit einer Verschwiegenheitspflicht (Geheimhaltungspflicht) und einem Konkurrenzverbot.

Frau W. selbst verfügte über keinerlei betriebliche Strukturen, insbesondere über keine Arbeiter, Angestellten oder Hilfskräfte und über keinen Gewerbeschein.

Die Bestimmungsfreiheit von Frau W. war weitgehend ausgeschaltet, da Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Dienstgeber vorgegeben waren und war sie in Ausübung ihrer Tätigkeit einer Kontrolle

unterlegen, welche sich in Form der verpflichteten Erfassung von Arbeitszeit- und Tätigkeitsaufzeichnungen manifestiert hat. Sie war dadurch in betriebliche Abläufe des Beschwerdeführers unmittelbar eingebunden.

Frau W. war daher dem Beschwerdeführer gegenüber weisungsungebunden.

Abschließend wird festgestellt, dass auch die Finanzbehörde/ Abgabenbehörde die Tätigkeit der Frau W. nicht als freie Dienstnehmerin, vielmehr als nicht selbstständige Tätigkeit (Dienstnehmerin) - aufgrund des Überwiegens der dafür sprechenden Merkmale - qualifiziert hat und daher grundsätzlich das Vorliegen einer Lohnsteuerpflicht des Beschwerdeführers bejaht hat. Lediglich weil im gegenständlichen Fall bei Frau W. bereits eine Veranlagung zur Einkommensteuer für 2007 erfolgt ist, wurde der Haftungsbescheid hinsichtlich Lohnsteuer aufgehoben.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und die Sachverhaltsfeststellungen konnten unmittelbar aufgrund der Aktenlage abgeleitet werden.

Wenn in der Beschwerde vorgebracht wird, dass zwischen den Beschwerdeführer und Herrn E. im gesamten beschwerdegegenständlichen Zeitraum (16.02.2007 bis 31.08.2007) ein "freier Dienstvertrag" vorgelegen ist, so ist dem zu entgegen, dass es für die Beurteilung auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt ankommt. Dadurch dass Frau W. weder über Arbeitszeit Arbeitsort und Arbeitsmittel frei bestimmen konnte, lag auch für diesen Zeitraum eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit vor. Dies lässt sich aus den Aussagen (vor der Finanzbehörde am 09.02.2010 und vor der belangten Behörde am 09.10.2014 und 23.10.2014) der Frau W. eindeutig ableiten. An der Glaubwürdigkeit dieser Aussagen zu zweifeln, gab es keinen Anlass.

Zur Erstaussage vor der Finanzbehörde ist festzuhalten, dass diese Erstaussage die Vermutung für sich hat, dass sie der Wahrheit am nächsten komme (VwGH vom 15.12.1987, 87/14/0016 und 4.9.1986, 86/16/0080, zuletzt VwGH vom 09.09.2004, 2001/15/0086, BVwG vom 20.01.2015, Geschäftszahl: L510 2012989-1,2E).

Dies insbesondere auch, da dem erkennenden Gericht aus den ebenfalls anhängigen vergleichbaren Verfahren auch andere Aussagen von Personen, die für den Beschwerdeführer tätig waren, vorliegen und deren Aussagen in den gegenständlich wesentlichen Punkten zur persönlichen Abhängigkeit mit den Aussagen der Frau W. übereinstimmen. Es wird im gegebenen Zusammenhang auch auf die Aussage des Herrn XXXX, der ebenfalls für den Beschwerdeführer mit im Wesentlichen gleichen Tätigkeiten im gleichen Kalenderjahr wie Frau W. tätig war, vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien zu 27Cga 9/08b verwiesen.

Die Fremdbestimmtheit hinsichtlich Arbeitszeit (Punkt 7.: 40 Stunden pro Woche), Arbeitsort (Punkt 4.) und Arbeitsmittel (Punkt 6.) lässt sich zum ändern auch aus dem titulierte "Freier Dienstnehmervertrag" als auch dem titulierte Dienstvertrag (vgl. Punkte 4., 6., 15.) ableiten. Sie lässt sich auch aus den Aussagen der Frau W. vor der Finanzbehörde am 09.02.2010 ableiten, wo Frau W. angab, dass sie 40 Stunden pro Woche arbeiten musste und sich an die Arbeitszeiten des Kunden im Außendienst zu halten hatte bzw. vom Kunden des Beschwerdeführers vorgegeben waren bzw. mit diesen abzustimmen waren.

Frau W. war dem Beschwerdeführer gegenüber weisungsungebunden, was sich zum einen aus Punkt 6. des freien Dienstnehmervertrages ableiten lässt, wonach Weisungen unbedingt zu befolgen waren, wenn sie in Bezug zu einem der zu erfüllenden Aufträge vom Beschwerdeführer stehen bzw. bei Sicherheitsaspekten des Kunden notwendig waren. Eine Differenzierung bzw. Einschränkung dahingehend, dass es sich dabei nur um sachbezogene Weisungen handeln durfte, lässt sich aus der Formulierung des Vertragstextes nicht ableiten. Die Weisungsgebundenheit ergibt sich zu den wiederum auch aus den Aussagen der Frau W. vor der Finanzbehörde am 09.02.2010.

Frau W. wurde hinsichtlich ihrer Arbeitsleistung, hinsichtlich der Einhaltung der Arbeitsanweisungen sowie der Arbeitszeit vom Beschwerdeführer kontrolliert, was sich - ebenfalls - aus der Aussage der Frau W. vor der Finanzbehörde am 09.02.2010 ableiten lässt und was sich ebenfalls aus dem titulierte freien Dienstnehmervertrag unter Punkt 9. Protokollierungspflicht ableiten lässt, wonach "der Arbeitnehmer täglich und umfassend seine Tätigkeit und Arbeitszeit zu protokollieren hatte".

Frau W. unterlag bei ihrer Tätigkeit einer Verschwiegenheitspflicht und einem Konkurrenzverbot, was sich aus Punkt 8. des titulierte "freien Dienstnehmervertrages" bzw. den Punkten 8. Und 18. des titulierte Dienstvertrages ergibt.

Eine generelle -im Belieben des Dienstnehmers gelegene-Vertretungsmöglichkeit war ebenfalls nicht gegeben. Dagegen spricht schon der Wortlaut des Punktes 10. (Vertretungsbefugnis) titultierten "freien Dienstnehmervertrages".

Punkt 10. des freien Dienstnehmervertrages lautet:

"10. Vertretungsbefugnis

Es wurde vereinbart, dass der Auftragnehmer die Dienstleistungen persönlich zu erbringen hat. Ausfälle (Krankheit, Unfälle, Urlaub etc.) sind im Vorhinein, aber ehestens bei Bekanntwerden der Zeitspanne wo der Auftragnehmer nicht verfügbar ist, beim Management von P. XXXX telefonisch zur Kenntnis zu bringen."

Gleichlautendes formuliert der Punkt 5. des titultierten freien Dienstvertrages: Es ist vereinbart, dass der Dienstnehmer die Dienstleistungen persönlich zu erbringen hat.

Krankenstände waren dem Beschwerdeführer bekannt zu geben. Sonstige Abwesenheiten waren im Vorhinein bekannt zu geben, was sich aus dem titultierten freien Dienstvertrag ergibt (Punkt 12.). Eine Vertretung hat tatsächlich nicht stattgefunden.

Von einer generellen - im Belieben der Frau W. gelegenen-Vertretungsmöglichkeit war daher nicht auszugehen.

Es wird diesbezüglich (Vertretungsmöglichkeit ja/nein) auf die dem erkennenden Gericht - in den ebenfalls anhängigen vergleichbaren Verfahren - vorliegenden Aussagen anderer Personen, die ebenfalls für den Beschwerdeführer in - im Wesentlichen - gleichen Zeitraum tätig waren, verwiesen. Deren Aussagen stimmen in dem gegenständlichen Punkt (generelle Vertretungsmöglichkeit ja/nein) mit den diesbezüglichen Aussagen der Frau W. vor der vor der Finanzbehörde am 09.02.2010 überein. Die diesbezüglichen Aussagen der Frau W. vor der Finanzbehörde werden daher als durchaus glaubwürdig gewertet. Frau W. unterlag daher einer persönlichen Arbeitspflicht.

Die Entgeltlichkeit der Tätigkeit von Frau W. und der erbrachten Arbeitsleistungen und die Höhe der geleisteten Zahlungen wurden in der Beschwerde nicht in Frage gestellt.

Hinsichtlich der Ermittlung der Beitragsgrundlage wird auf den Bescheid verwiesen.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs. 51 Z 6 B-VG) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet.

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

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

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

3.2. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). 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, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, 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.

3.3. Absehen von der mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Abs. 3 leg. cit. hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden. Gemäß Abs 4 leg. cit. kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen. Gemäß Abs. 5 kann das Verwaltungsgericht von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

Der für diesen Fall maßgebliche Sachverhalt konnte als durch die Aktenlage hinreichend geklärt erachtet werden. In der Beschwerde wurden keine noch zu klärenden Tatsachenfragen in konkreter und substantiierter Weise aufgeworfen und war gegenständlich auch keine komplexe Rechtsfrage zu lösen (VwGH 31.07.2007, Zl. 2005/05/0080). Dem Absehen von der Verhandlung stehen hier auch Art 6 Abs. 1 EMRK und Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht entgegen.

3.4. Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 27 VwGVG legt den Prüfungsumfang fest und beschränkt diesen insoweit, als das Verwaltungsgericht (bei Bescheidbeschwerden) prinzipiell (Ausnahme: Unzuständigkeit der Behörde) an das Beschwerdevorbringen gebunden ist (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 1 zu § 27 VwGVG). Konkret normiert die zitierte Bestimmung: "Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen."

Die zentrale Regelung zur Frage der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bildet § 28 VwGVG. Die vorliegend relevanten Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung lauten wie folgt:

"§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist."

Gegenständlich steht der maßgebliche Sachverhalt im Sinne von § 28 Abs. 2 Z 1 VwGVG fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat folglich in der Sache selbst zu entscheiden.

3.4. Die im vorliegenden Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) und Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AIVG) jeweils idGF lauten:

ASVG:

Vollversicherung

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer; (...)

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder

3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

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

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

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

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

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

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

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

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

Dienstgeber

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs- (Lehr) verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in

Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

(...)

Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

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

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

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

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

(5) Die Grundsätze, nach denen

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

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

AIVG:

Umfang der Versicherung

§ 1. (1) Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind

a) Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, (...)

soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

3.5. Zu A) Abweisung der Beschwerde:

Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 ASVG idGF. 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 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden.

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs 1 in Verbindung mit Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um [...]

Unstrittig ist, dass Frau W. aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung beim Beschwerdeführer in der Zeit von 16.02.2007 bis 31.08.2007 als Systems Engineer beschäftigt. Strittig ist, ob diese Beschäftigung als freier Dienstnehmer oder als Dienstnehmer ausgeübt wurde.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist. Bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht auf die einzelnen Merkmale gesondert abzustellen, sondern eine Gesamtbetrachtung im Sinne mit der Methodik des beweglichen Systems der einzelnen Kriterien vorzunehmen. Die Bestimmungsfreiheit und somit die selbständige Tätigkeit wird dann ausgeschaltet sein, wenn der Beschäftigte durch seine Beschäftigung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse (und die damit eng verbundene grundsätzlich persönliche Arbeitspflicht) gebunden ist.

Selbst wenn vom Beschwerdeführer - für den Zeitraum vom 16.02.2007 bis 31.08.2007 - ein freier Dienstvertrag gewünscht und vorgesehen war, ist bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 2 ASVG von einem Dienstvertrag auszugehen.

Zu den Verträgen, titulierte als "Freier Dienstnehmervertrag", titulierte als "Dienstvertrag":

Die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung ist in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben miteinzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können; entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A). Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Vertrag eine eindeutige Antwort darauf, welche Art von Vertrag gewollt war, zulässt oder nicht. Im letzteren Fall kommt der tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung für die Frage der Pflichtversicherung entscheidende Bedeutung zu (VwGH 2001/08/0053 vom 29.06.2005).

Frau W. war beim Beschwerdeführer einmal auf der Basis eines als "Freier Dienstnehmervertrag" bezeichneten Vertragsverhältnisses, welches zunächst auf die Dauer von drei Monaten befristet gewesen war, und ein anderes Mal auf der Basis eines Dienstvertrages in der Zeit vom 16.02.2007 bis 31.08.2007 als sogenannter "Systems Engineer" beschäftigt.

Der Abschluss des freien Dienstnehmervertrages zwischen Frau W. und dem Beschwerdeführer erfolgte am 16.02.2007. Ab 15.05.2007 war Frau W. - laut Beschwerdevorbringen und daher - unstrittig - auf der Basis eines Dienstvertrages (nur die Tatsache der Bezeichnung ist unstrittig) beim Beschwerdeführer beschäftigt.

Frau W. im gesamten Zeitraum von 16.02.2007 bis 31.08.2007 mit jeweils gleich bleibenden Tätigkeiten (ebenfalls unstrittig) betraut, die in beiden Verträgen mit dem Überbegriff "Systems Engineer" beschrieben wurde.

Es war Entgeltlichkeit vereinbart, die Abrechnung erfolgte monatsweise.

Weiters wurden eine Geheimhaltungsverpflichtung, ein Konkurrenzverbot und Einschränkungen hinsichtlich Betriebsmittel und Arbeitsort, und wurde eine Protokollierungspflicht der täglichen Tätigkeit und Arbeitszeit normiert.

Von freier Zeiteinteilung und Arbeitsplatzwahl kann somit schon aufgrund der vorliegenden Verträge (titulierter freier Dienstnehmervertrages und titulierter Dienstvertrag) nicht ausgegangen werden.

Zur Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort:

Die Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit ist bei Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ein Indiz für das Fehlen der Verfügbarkeit über die Arbeitskraft während der Arbeitszeit und für eine Arbeitsverpflichtung. Das Fehlen einer solchen Verfügbarkeit ist ein wichtiges Charakteristikum des Verhältnisses persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, und zwar auch dann, wenn die Tätigkeiten nicht am Betriebsort verrichtet werden (siehe Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes 2001/08/0053 vom 29.06.2005 und 2007/08/0107 vom 02.04.2008 - Werber für eine Blaulichtorganisation).

Da Frau W. hinsichtlich Arbeitszeit schon aufgrund der Verträge zu einer bestimmten wöchentlichen Arbeitszeit verpflichtet war und sich an die Arbeitszeiten des Kunden im Außendienst zu halten hatte bzw. ihr die Arbeitszeit vom Kunden des Beschwerdeführers vorgegeben war bzw. mit diesen abzustimmen war, war sie an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden.

Eine Kontrolle der Arbeitszeiten erfolgte durch die Verpflichtung zur täglichen Protokollierung ihrer Arbeitszeiten.

Eine Bindung an den Arbeitsort ergibt sich aus den vertraglichen Vereinbarungen (jeweils Punkte 4. der Vertragswerke), wo als Dienstort - nach Bedarf - das Büro des Beschwerdeführers oder bei Kunden angeführt ist, was vom Beschwerdeführer koordiniert wurde.

Zur Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit:

Rein sachbezogene Weisungen und Kontrollen erfüllen nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs kein Merkmal persönlicher Abhängigkeit.

Weisungsgebundenheit liegt nur vor, wenn sich Weisungen des Dienstgebers auf das Arbeitsverhalten und/oder auf das Arbeitsverfahren des Beschäftigten beziehen. Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren können in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden, weil sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser eigener fachlicher Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation und Erfahrung ständig erweitert, weshalb das Fehlen von Weisungen, die das Arbeitsverfahren betreffen, in der Regel von geringer Aussagekraft ist, jedoch - bei verbleibenden Unklarheiten hinsichtlich der sonstigen vom Verwaltungsgerichtshof als maßgebend angesehenen Kriterien (nämlich der Weisungsgebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und des arbeitsbezogenen Verhaltens) - hilfsweise (nach Maßgabe der Unterscheidungskraft im Einzelfall) auch heranzuziehen ist (vgl. VwGH 2005/08/0137 vom 25.04.2007). Die Erteilung von (nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftigen) Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens unterbleibt in der Regel dann, wenn und sobald der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu bewegen und zu verhalten hat (Hinweis Verwaltungsgerichtshoferkenntnis vom 25.02.1988, 86/08/0242); in diesen Fällen äußert sich das Weisungsrecht in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers", vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes 99/08/0102 vom 17.12.2002).

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, ebenso 90/08/0152, 17.09.1991).

Auch in einer vollständigen Einbindung des Beschäftigten in das betriebliche Formular- und Berichtswesen manifestiert sich eine gewisse Weisungsbindung in Bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten und eine sich darauf beziehende Kontrollmöglichkeit (vgl. VwGH 2001/08/0053 vom 29.06.2005).

Frau W. war in evidenter Weise weisungsgebunden und einer Kontrolle unterworfen, da sie hinsichtlich der Einhaltung der Arbeitsanweisungen sowie der Arbeitszeit vom Beschwerdeführer kontrolliert wurde und auch vertraglich zur täglichen Protokollierungspflicht in Bezug auf seine Tätigkeit und Arbeitszeit verpflichtet war.

Zur generellen Vertretungsbefugnis:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt nur eine generelle Vertretungsbefugnis die persönliche Abhängigkeit aus. 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 (vgl. Müller, Dienstvertrag oder Werkvertrag, Überblick über die Rechtsprechung des VwGH zu § 4 ASVG). Keine generelle

Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen z.B. im Falle einer Krankheit oder eines Urlaubes oder bei bestimmten Arbeiten vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. VwGH 2000/08/0113 vom 21.04.2004).

Eine generelle Vertretungsbefugnis liegt auch dann nicht vor, wenn der Vertretungsfall und/oder die Person des Vertreters der "echten Zustimmung" des Dienstgebers bedürfen (vgl. VwGH 87/08/0271 vom 19.05.1992).

Es bedarf keiner persönlichen Vereinbarung der persönlichen Arbeitspflicht, wenn diese nach den Umständen der Beschäftigung zu vermuten ist und weder eine generelle Vertretungsbefugnis vereinbart, noch nach dem wirtschaftlichen Beschäftigungsbild praktiziert wurde (vgl. Verwaltungsgerichtshof 2007/08/0038 vom 02.04.2008). Schon das Vorliegen von Zutrittsbeschränkungen, aber auch eine Verpflichtung zur Geheimhaltung firmeninterner Informationen und Unterlagen schließen ein generelles Vertretungsrecht im Sinne der oben dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aus (vgl. VwGH 07. Mai 2008, Zl. 2007/08/0341). 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 21.04.2004, 2000/08/0113). Der Nichtgebrauch einer vertraglich zugesicherten Berechtigung ist ein maßgeblicher Gesichtspunkt für die Frage, ob es sich dabei um eine "Scheinvereinbarung" handelt (vgl. VwGH 2001/08/0026 vom 26.05.2004).

Nachdem eine Vertretung weder tatsächlich stattgefunden (auch keine Krankenstände oder Urlaube) hat, noch eine solche nach den Gegebenheiten im Betrieb uneingeschränkt möglich gewesen wäre (Geheimhaltungspflicht, notwendige Einschulung (Instruierung) im Vertretungsfall), ist nicht von einer generellen Vertretungsbefugnis der Frau W. auszugehen.

Es war auch vertraglich vereinbart, dass Frau W. "die Dienstleistungen persönlich zu erbringen hat". Ausfälle (Krankheit, Unfälle, Urlaub etc.) waren im Vorhinein, aber ehestens bei Bekanntwerden der Zeitspanne wo sie nicht verfügbar war ist, dem Beschwerdeführer telefonisch zur Kenntnis zu bringen.

Zur wirtschaftliche Abhängigkeit:

Die wirtschaftliche Abhängigkeit findet nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel und wird bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen durch die persönliche Abhängigkeit indiziert.

Der Einsatz der eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Wesen des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft und stellt gerade keine Verwendung eigener Betriebsmittel im Sinne der Rechtsprechung dar. Die Tatsache, dass Frau W. keine wesentlich eigenen Betriebsmittel verwendete ergibt sich aus Punkt 6. des titulierten freien Dienstnehmervertrages bzw. Punkt 15. des Dienstvertrages.

Schlussfolgerung:

Ausschlaggebend ist letztlich, wie das Beschäftigungsverhältnis tatsächlich "gelebt" wurde, ob bei der Prüfung der "wahren Verhältnisse" die Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit überwiegen. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch an sich nicht unterscheidungskräftige Kriterien von maßgebender Bedeutung sein (vgl. Erk. des VwGH vom 22.12.2009, Zl. 2006/08/0317).

Somit war, auch wenn das Beschäftigungsverhältnis der Frau W. zum Beschwerdeführer -einige wenige - Elemente einer freien Beschäftigung aufwies, aufgrund der weit gehenden Fremdbestimmtheit hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit, der fehlenden generellen Vertretungsbefugnis sowie des Bestehens einer Weisungs- und Kontrollunterworfenheit, einer Verschwiegenheitspflicht, einem Konkurrenzverbot von einem Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs 1 Z 1 iVm § 4 Abs 2 ASVG und in der Folge gemäß § 1 Abs 1 lit a AIVG auszugehen. Das Bundesverwaltungsgericht kommt nach Abwägung aller vorliegenden Beweisergebnisse zu dem Schluss, dass nach dem Gesamtbild der Tätigkeit von Frau W. die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit eindeutig überwiegen, der Beschwerde war daher nicht zu folgen.

Da Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG festzustellen, ist die Frage der Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG nicht mehr zu prüfen.

Abschließend wird bemerkt, dass auch die Abgabenbehörde von einer nicht selbstständigen Tätigkeit (= kein freier Dienstnehmer) der Frau W. als Dienstnehmerin ausgeht. In dem ebenso in den Verwaltungsakten einliegenden Bericht zur "Lohnsteuerprüfung 2006 bis 2008" bei der beschwerdeführenden Partei wird u.a. die Frage der Lohnsteuerpflicht für die Beschäftigung des Dienstnehmers Frau W. hinsichtlich des beschwerdegegenständlichen Zeitraumes bejaht.

Durch Übernahme dieser Prüfergebnisse hat die Abgabenbehörde im Haftungs- und Abgabenbescheid für das Jahr 2007 vom 01.04. 2011 erkennbar auch über die notwendige Vorfrage, ob Lohnsteuerpflicht im Sinn des § 47 Abs. 1 und 2 EStG bezüglich der davon umfassten Dienstnehmer, darunter auch von Frau W., im gegenständlichen Zeitraum vorlag, entschieden.

Der Haftungsbescheid hinsichtlich Lohnsteuer sowie der Bescheid über die Festsetzung eines Säumniszuschlages 2007 wurde zwar mit Beschwerdevorentscheidung vom 08.09.2011 aufgehoben und eine Haftung gemäß § 82 EStG 1988 gegenüber dem Beschwerdeführer (Lohnsteuer) wurde "nur" deswegen nicht geltend gemacht, weil hinsichtlich dieser Einkünfte die Einkommensteuer seitens des Arbeitnehmers (gegenständlich von Frau W.) entrichtet worden ist.

Wengleich aufgrund der im gegenständlichen Fall nicht rechtskräftig festgestellten Lohnsteuerpflicht des Beschwerdeführers nicht von einer Bindungswirkung gemäß § 4 Abs. 2 letzter Satz ASVG ausgegangen werden darf, ist festzuhalten:

Die Festsetzung des Dienstgeberbeitrages (DB) und eines Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag (DZ) für das Jahr 2007 ist in der genannten Beschwerdevorentscheidung sehr wohl erfolgt und ist diese Entscheidung nach Auskunft der Abgabenbehörde rechtskräftig geworden.

Den Dienstgeberbeitrag gemäß § 41 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 sowie den damit einzuhebenden Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag gemäß § 122 Wirtschaftskammergesetz 1998 haben alle Dienstgeber zu leisten, die im Bundesgebiet Dienstnehmer beschäftigtgen.

Die rechtskräftige Festsetzung des Dienstgeberbeitrages (DB) und eines Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag (DZ) für den Beschwerdeführer im Jahr 2007 setzt somit voraus, dass Dienstnehmer beschäftigt worden sind. Es ist daher davon auszugehen, dass die Abgabenbehörde die Lohnsteuerpflicht als Vorfrage grundsätzlich bejaht hat, auch wenn die Haftung des Dienstgebers (Beschwerdeführers) dafür nicht geltend gemacht wurde, weil der Dienstnehmer (gegenständlich Frau W.) die Lohnsteuer - als Einkommensteuer - bereits entrichtet hat. Von einem grundsätzlichen Bestehen einer Lohnsteuerpflicht darf daher ausgegangen werden.

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.

Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf die im Erkenntnis zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2015:W198.2017885.1.00