

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

23.05.2019

**Geschäftszahl**

W209 2004439-1

**Spruch**

W209 2004439-1/7E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GmbH (vormals: XXXX GmbH), XXXX , XXXX , gegen den Bescheid des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung vom 07.10.2013, GZ: GS5-A-1620/259-2013, betreffend Einbeziehung des XXXX in die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) sowie in die Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a iVm Abs. 8 Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

## I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 26.02.2013, GZ: VA/ED-V-0320/2011, bezog die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse den XXXX , VSNR XXXX , (im Folgenden: der Erstmitbeteiligte) aufgrund seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin in der Zeit von 08.06.2010 bis 10.05.2011 als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG in die Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung mit ein. Begründend führte die Kasse aus, dass der Erstmitbeteiligte im oben angeführten Zeitraum für die Beschwerdeführerin durchgehend tätig geworden sei. Seine Tätigkeit habe Gespräche mit Lieferanten und Baumeistern, die Teilnahme an Bauverhandlungen und die Präsentation von Häusern sowie Musterhausbesichtigungen umfasst. Für die Tätigkeit seien vier schriftliche Vereinbarungen geschlossen worden, welche am 17.08.2011 von der Beschwerdeführerin aufgekündigt worden seien. In den Vereinbarungen sei unter anderem festgehalten worden, dass der Erstmitbeteiligte die Interessen der Beschwerdeführerin zu wahren und sein Verhalten so zu gestalten habe, dass keine berufliche und wirtschaftliche Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin eintrete. Außerdem sei es dem Erstmitbeteiligten untersagt gewesen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie jedwede Information, die er über Art, Betriebsumfang und praktische Tätigkeit der Beschwerdeführerin erhalten habe, an Dritte weiterzugeben. Diese Verpflichtung habe unbegrenzt bestanden und auch betriebliche Kenntnisse umfasst, die der Erstmitbeteiligte zufällig erworben habe. Der Erstmitbeteiligte habe sich im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin nicht vertreten lassen können. Eine derartige Vereinbarung sei weder schriftlich noch mündlich getroffen worden. Allfällige Verhinderungen hätte er melden müssen. Auch Hilfskräfte hätten nicht beliebig hinzugezogen werden können. Es habe somit keine generelle Vertretungsbefugnis bestanden. Eine generelle Vertretungsbefugnis hätte nach dem sich bietenden Beschäftigungsbild auch nicht praktiziert werden können. Es

habe Blockzeiten gegeben, in denen der Erstmitbeteiligte Termine wahrzunehmen gehabt habe. Sämtliche für die Ausübung der Tätigkeit wesentlichen Betriebsmittel, wie Visitenkarten, Folder, Bau-/Ausstattungsbeschreibungen, Schlüssel für die Musterhäuser etc. seien dem Erstmitbeteiligten durch die Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden und es sei eine Entschädigung in Form von Provisionszahlungen vorgesehen gewesen, wobei ein Betrag in Höhe von € 3.600,- ein halbes Jahr lang monatlich zur Auszahlung gelangt und anschließend mit Provisionen gegenverrechnet worden sei. Rechtlich folge daraus, dass der Erstmitbeteiligte grundsätzlich zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei. Er sei an die Vorgaben betreffend die Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsabfolge und die damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Maßnahmen gebunden gewesen, weswegen eine Weisungsgebundenheit des Erstmitbeteiligten vorliege. Sämtliche Betriebsmittel seien dem Erstmitbeteiligten zur Verfügung gestellt worden. Damit läge auch ein Verhältnis wirtschaftlicher Abhängigkeit vor. Die Entgeltlichkeit der Tätigkeit stehe außer Streit. Dass der Erstmitbeteiligte seine Entschädigung der Beschwerdeführerin in Rechnung gestellt habe, stehe dem Vorliegen eines Dienstverhältnisses nicht entgegen. Bei den in den abgeschlossenen Vereinbarungen festgelegten "Vertragsgegenständen" handle es sich lediglich um gattungsmäßig umschriebene Leistungen und keinesfalls um ein Werk im Sinne einer in sich geschlossenen Einheit. Im gegenständlichen Fall sei ein dauerndes Bemühen geschuldet gewesen, weswegen kein Werkvertrag vorliege. Zur Beweiswürdigung gab die Kasse an, dass den Angaben des Erstmitbeteiligten eine höhere Glaubwürdigkeit beigemessen worden sei, da die Angaben der Beschwerdeführerin nicht in sich stimmig gewesen seien.

2. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin durch ihren damaligen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 27.03.2013 fristgerecht Einspruch, der im Wesentlichen damit begründet wurde, dass sich die Angaben der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren mit den vorliegenden Vereinbarungen, welche nur als Werkvertrag zu qualifizieren seien, übereinstimmen würden. Der Ansicht der Kasse, dass die Angaben nicht stimmig gewesen sein, könne somit nicht gefolgt werden. Der Erstmitbeteiligte sei von ihr mit der Betreuung der in den Werkverträgen bezeichneten Projekten beauftragt worden. Er sei völlig frei in der Einteilung seiner Arbeitszeit gewesen. Es habe auch keine fixe zeitliche Anwesenheitsverpflichtung gegeben. Termine seien von der Beschwerdeführerin nicht vorgegeben gewesen. Es habe auch keine Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung gegeben. Wenngleich dies nicht ausdrücklich im Werkvertrag erwähnt worden sei, sei es für die Beschwerdeführerin unbeachtlich gewesen, ob der Erstmitbeteiligte oder ein von ihm beauftragter Vertreter ein Haus verkaufe. Die Behauptung der Kasse, es habe Blockzeiten gegeben, in denen der Erstbeteiligte tätig werden habe müssen, sei als reine Schutzbehauptung zu werten und werde durch die Aussagen des von der Kasse befragten XXXX widerlegt. Letzterer sei durch seine Stellung bei der Firma XXXX in die Finanzierung beim Ankauf von Häusern eingebunden gewesen. Es sei daher vorstellbar, dass er sich bezüglich Terminfindung mit dem Erstmitbeteiligten in Verbindung gesetzt habe. Daraus könne aber keine wirtschaftliche oder organisatorische Abhängigkeit von der Beschwerdeführerin abgeleitet werden. Der PKW und das Handy des Erstmitbeteiligten seien in seinem Eigentum gestanden. Sonstige Betriebsmittel seien nicht zur Verfügung gestellt worden. Es habe auch keine Berichtspflicht gegeben. Die vertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflicht zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen habe sich lediglich auf die von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Unterlagen der XXXX Liegenschaftsverwaltung GmbH bezogen. Diese Verpflichtung hätte nicht ausgeschlossen, dass sich der Erstmitbeteiligte eines Vertreters bediente. Ob sich der Erstmitbeteiligte in konkreten Fällen vertreten habe lassen oder nicht, sei der Beschwerdeführerin nicht bekannt. Eine diesbezügliche Meldung wäre auch nicht erforderlich gewesen. Dem Erstmitbeteiligten sei es auch freigestanden, Hilfskräfte beizuziehen. Der rechtlichen Beurteilung der Kasse, dass persönliche Arbeitspflicht bestanden habe und die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber jenen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit überwiegen würden, könne daher nicht gefolgt werden. Geschuldet gewesen sei eine konkrete Leistung, nämlich der Verkauf der im jeweiligen Werkvertrag angeführten Wohnhausanlagen. Das Vertragsverhältnis habe mit der Fertigstellung des Projekts geendet. Es sei somit kein dauerndes Bemühen geschuldet gewesen, sondern die Tätigkeit habe mit dem erfolgreichen Verkauf geendet.

3. Im Zuge der Vorlage des Einspruchs an den Landeshauptmann von Niederösterreich beantragte die Kasse den angefochtenen Bescheid vollinhaltlich zu bestätigen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Beweiswürdigung sei einseitig gewesen, sei nicht berechtigt. Hierzu werde auf den Bescheid verwiesen. Die im Einspruch erwähnte

XXXX Liegenschaftsverwertung GmbH sei lediglich bei einem Teil der Tätigkeiten des Erstmitbeteiligten involviert gewesen. Den vorliegenden Vereinbarungen zu entnehmen, dass sich die Verpflichtung zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht auf die Unterlagen der XXXX Liegenschaftsverwertung GmbH beschränkt habe. Auch dass Zahlungen nicht ausschließlich beim Verkauf eines Hauses geleistet worden sind, sei aus den vorgelegten schriftlichen Vereinbarungen ersichtlich. Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten habe neben dem Verkauf von Häusern auch diverse Beratungstätigkeiten, Ausschreibungen und die Vermittlung von Werkverträgen mit Subunternehmern sowie das Controlling umfasst. Diese Tätigkeiten könnten bereits ihrer Natur nach nicht Gegenstand eines Werkvertrages sein, fehle es doch an einem gewährleistungsaufglichen Erfolg, bei dessen Erreichen ein solches Zielschuldverhältnis ohne Zutun beendet worden wäre. Bei derartigen Tätigkeiten handle es sich auch nicht um eine geschlossene Einheit, welche für das Vorliegen eines

Werkvertrages charakteristisch sei. Daraus gehe eindeutig hervor, dass der Erstmitbeteiligte zumindest überwiegend in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit und damit als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG der Beschwerdeführerin agiert habe.

4. Mit Schreiben vom 17.07.2013 nahm die Beschwerdeführerin zur Einspruchsvorlage der Kasse Stellung und brachte dabei vor, dass die Aussagen des Erstmitbeteiligten mit sämtlichen schriftlichen Unterlagen im Widerspruch stünden und die Kasse negiere, dass keine Berichtspflicht bestanden habe. Schließlich weise auch der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte eine nicht protokollierte Einzelfirma betrieben habe, auf eine selbstständige Tätigkeit hin.

5. Mit beschwerdegegenständlichem Bescheid vom 07.10.2013 wurde der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe abgeändert, dass der Erstmitbeteiligte aufgrund seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin im beschwerdegegenständlichen Zeitraum als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a iVm Abs. 8 AIVG der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung unterliege. Begründend wurde ausgeführt, dass Ausgangspunkt der Prüfung, ob im gegenständlichen Fall ein Dienstverhältnis vorliege oder nicht, die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung sei, weil sie die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung relevant sein könnten, sichtbar werden lasse. Die vertragliche Vereinbarung habe die Vermutung der Richtigkeit für sich. Ein Werkvertrag sei ein Zielschuldverhältnis. Der Werkunternehmer schulde einen Erfolg - im Gegensatz zum Dienstnehmer, der bloßes Bemühen schulde. Beim Werkvertrag komme es daher auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen müsse, welches bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert worden sei. Die Verpflichtung bestehe darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung ende das Vertragsverhältnis. Mangle es an der Bestimmtheit der Leistung, so liege kein Werkvertrag vor. Unter Berücksichtigung der angeführten Erwägungen und Abgrenzungen und unter Beachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts könne gegenständlich nicht vom tatsächlichen Vorliegen eines bzw. mehrerer Werkverträge ausgegangen werden. Nach dem Tätigkeitsbereich des Erstmitbeteiligten wie die "Durchführung der Werkverträge samt Ausschreibungen mit den Subunternehmungen unter Anleitung der Bauleitung Ing. XXXX", "Controlling Abrechnungen der Werkverträge Subunternehmungen", "Unternehmensberatung" oder "Beratung im Bereich Controlling" könne nicht von einem Vorliegen von Werkverträgen ausgegangen werden, da der Erfolg bzw. die zu erbringende Leistung nicht so individualisiert und konkretisiert worden sei, dass eine Überprüfung der mängelfreien Erbringung des Erfolgs möglich sei. Insofern mangle es an der Bestimmtheit der Leistung und es sei nicht ersichtlich, worin das Ziel des Werkvertrages, somit das Werk selber bestehen sollte. Die vereinbarten Tätigkeiten würden vielmehr Dienstleistungen und nicht einem konkreten Werk entsprechen. Die in den Vereinbarungen genannte "Akquisition von potentiellen Kaufkunden, die Führung von Verkaufsgesprächen mit Kaufkunden sowie die Vermittlung verbindlicher Kaufangebote" könne zwar einen gewährleistungstauglichen, überprüfbaren Erfolg darstellen, doch entspreche diese Aufgabe aufgrund des Mangels eines Termins, bis zu welchem die Leistung zu erbringen sei, einem geschuldeten Bemühen, wie dies für Dienstnehmer üblich sei, und nicht einem geschuldeten Erfolg. Auch die übrigen Merkmale eines Werkvertrages lägen nicht vor wie die Arbeit mit eigenen Mitteln und mit eigenen Gehilfen, die Haftung für Sorgfalt und die Gewährleistung für Mängel und auch nicht das Risiko im Falle des Misslingens. Jegliches Risiko sei bei der Einspruchswerberin gelegen. Tatsächlich sei somit kein Werk geschuldet worden, sondern nur ein fortgesetztes Tun. Auch das vertraglich vereinbarte Pauschalhonorar spreche gegen das Vorliegen von Werkverträgen. Gegenständlich habe auch eine persönliche Arbeitspflicht bestanden. Ein generelles Vertretungsrecht sei nicht vereinbart worden. Nach der Judikatur sei Voraussetzung für die Annahme einer generellen Vertretungsbefugnis - sofern es nach den Umständen der Arbeitserbringung nicht von vornherein zu vermuten sei - einerseits, dass dem Beschäftigten ein solches Recht im Vorhinein vertraglich ausdrücklich eingeräumt worden wäre und andererseits, dass beide Parteien ernsthaft davon ausgehen konnten, dass nach den erkennbaren Umständen des Beschäftigten die Möglichkeit einer Gebrauchnahme von diesem Recht auch ernsthaft in Betracht gezogen werden konnte. Mangels Vorliegens einer derartigen ausdrücklichen Vereinbarung und aufgrund des Umstandes, dass eine Vertretung tatsächlich nie stattgefunden habe, müsse daher aufgrund der Judikatur von der persönlichen Arbeitspflicht des Erstmitbeteiligten ausgegangen werden. Entgegen der Ansicht der belangten Kasse habe der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit jedoch nach freier zeitlicher Einteilung verrichten können. Dass die Tätigkeit überwiegend im Musterhaus in XXXX verrichtet worden sei, sei nicht unterscheidungskräftig. Auch hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens sei der Erstmitbeteiligte weisungsunabhängig gewesen und es sei auch keine besondere Kontrollunterworfenheit des Erstmitbeteiligten in Ausübung seiner Tätigkeit vorgelegen. Das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ASVG, wie es von der Kasse festgestellt worden sei, sei daher zu verneinen. Der Erstmitbeteiligte habe seine Tätigkeit jedoch nicht auf dem Markt angeboten. Schließlich habe bereits der Versuch, seine Tätigkeit am Markt anzubieten, dazu geführt, dass das Beschäftigungsverhältnis seitens der Beschwerdeführerin aufgelöst worden sei. Gegenständlich sei daher von einem freien Dienstvertrag nach § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen, zumal alle Bestimmungselemente des freien Dienstnehmers, nämlich die im Wesentlichen persönliche Erbringung von Dienstleistungen, die

Beziehung von Entgelt aus dieser Tätigkeit und die fehlende Verfügungsmacht über wesentliche Betriebsmittel vorlägen.

6. Mit der dagegen erhobenen - als Beschwerde zu wertenden -Berufung wurde der Bescheid des Landeshauptmannes seitens der rechtlichen Vertretung der Beschwerdeführerin seinem gesamten Inhalt nach angefochten. Begründend wurde ausgeführt, dass keine Weisungsgebundenheit, keine Bindung an einen bestimmten Arbeitsort oder eine bestimmte Arbeitszeit und keine Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten sowie keine Kontrollunterworfenheit und keine disziplinarische Verantwortung bestanden hätten. Es seien dem Erstmitbeteiligten von der Beschwerdeführerin auch keine Betriebsmittel zur Verfügung gestellt worden. Der PKW und das Handy hätten im Eigentum des Erstmitbeteiligten gestanden. Die übrigen Betriebsmittel seien ihm von der Liegenschaftsverwaltung zur Verfügung gestellt worden. Der Erstmitbeteiligte habe eine konkrete Leistung geschuldet, nämlich den Verkauf der im jeweiligen Werkvertrag angeführten Wohnhausanlagen. Das Vertragsverhältnis habe mit der Fertigstellung des Projekts geendet. Es sei somit kein dauerndes Bemühen geschuldet gewesen, sondern es habe von vornherein ein fixer Endtermin bestanden. Es liege sowohl die Bestimmtheit der Leistung als auch eine terminliche Beschränkung vor. Geschuldet gewesen sei somit nicht ein fortgesetztes Tun, sondern ein Werk. Die geleisteten Akontozahlungen seien auf Wunsch des Erstmitbeteiligten erfolgt, jedoch in der Folge dem jeweiligen Erfolg zugerechnet worden. Auch dies spreche für das Vorliegen eines Werkvertrages. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Bescheid habe auch keine persönliche Arbeitspflicht bestanden. Der Erstmitbeteiligte sei frei in seiner Entscheidung gewesen, Hilfskräfte beizuziehen oder sich vertreten zu lassen. Dies sei auch tatsächlich in einigen Fällen geschehen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung sei davon auszugehen, dass im gegenständlichen Fall alle wesentlichen Kriterien eines Werkvertrages erfüllt seien und der Erstmitbeteiligte daher weder als Dienstnehmer noch als freier Dienstnehmer der Voll- und Arbeitslosenversicherung unterliege.

7. Am 30.10.2013 einlangend legte der Landeshauptmann die Berufung samt den Bezug habenden Verwaltungsakten dem Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur Entscheidung vor. Dieses übermittelte die Berufung dem Erstmitbeteiligten zur Stellungnahme, welcher mit Schreiben vom 18.11.2013 Unterlagen vorlegte, die belegen würden, dass er nicht nur Häuser verkauft, sondern auch andere Tätigkeiten ausgeführt habe und ihm Termine vorgegeben worden seien bzw. erwartet worden sei, zu bestimmten Blockzeiten zur Verfügung zu stehen.

8. Am 13.03.2014 einlangend legte das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor, wo die gegenständliche Rechtssache aufgrund einer Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses mit Wirkung vom 03.09.2018 der Gerichtsabteilung W209 neu zugewiesen wurde.

9. Am 21.05.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein Vertreter der belangten Behörde teilnahm. Der Erstmitbeteiligte sowie ein Vertreter der Beschwerdeführerin erschienen trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zur Verhandlung. Im Rahmen der Verhandlung wurde der ehemalige Geschäftsführer und nunmehrige Prokurist der Beschwerdeführerin als Zeuge einvernommen.

## II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

### 1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Erstmitbeteiligte wurde im Zeitraum von 08.06.2010 bis 10.05.2011 auf der Grundlage von vier Vereinbarungen für die Beschwerdeführerin tätig.

Die erste als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung wurde am 19.04.2010 geschlossen. Mit dieser Vereinbarung verpflichtete sich der Erstmitbeteiligte im Zusammenhang mit der geplanten Errichtung einer Wohnhausanlage in XXXX folgende Leistungen für die Beschwerdeführerin zu erbringen:

> Durchführung der Werkverträge samt Ausschreibungen mit den Subunternehmungen unter Anleitung der Bauleitung Ing. XXXX

> Controlling Abrechnungen der Werkverträge Subunternehmungen

Als Vergütung wurde ein Pauschalhonorar i.H.v. € 10.000,-- zzgl. 20 % Mehrwertsteuer vereinbart, zahlbar je nach Fertigstellung von Teilen des Projekts.

Das Vertragsverhältnis sollte am 01.05.2010 beginnen mit der Fertigstellung des Gesamtprojekts enden.

Gemäß Punkt 7 der Vereinbarung war es dem Erstmitbeteiligten untersagt, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie jedwede Information, die er über Art, Betriebsumfang und praktische Tätigkeit des Auftraggebers erhalten hat, während oder auch nach Beendigung der vorliegenden Vertragsbeziehungen an Dritte (welcher Art auch immer) weiterzugeben. Die Verschwiegenheitsverpflichtung wurde unbegrenzt vereinbart und sollte auch für betriebliche Kenntnisse über Belange des Auftraggebers, die der Auftragnehmer zufällig - also nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner auf diesem Vertrag beruhenden Tätigkeit - erworben hat.

Am 21.09.2010 wurde zwischen dem Erstmitbeteiligten und der Beschwerdeführerin mit Wirkung vom 13.09.2010 eine weitere als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung geschlossen. Mit dieser Vereinbarung verpflichtete sich der Erstmitbeteiligte im Zusammenhang mit der geplanten Errichtung der oben angeführten Wohnhausanlage folgende weitere Leistungen für die Beschwerdeführerin zu erbringen:

- > Allgemeine Beratungstätigkeit in Bezug auf die Firmen- und Organisationsaufstellung
- > Unternehmensberatung
- > Vermittlung von Werkverträgen Subunternehmungen
- > Beratung im Bereich Controlling

Als Vergütung wurde ein Pauschalhonorar i.H.v. € 50.000,-- zzgl. 20 % Mehrwertsteuer vereinbart, zahlbar je nach Fertigstellung von Teilen des Projekts.

Als Ende des Vertragsverhältnisses war die Fertigstellung des Projekts vorgesehen.

Punkt 7 der Vereinbarung sieht eine inhaltsgleiche Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Auftraggebers wie in der Vereinbarung vom 19.04.2010 vor.

Am 28.09.2010 wurde zwischen dem Erstmitbeteiligten und der Beschwerdeführerin eine "Zusatzvereinbarung zum Werkvertrag" abgeschlossen, der zufolge der Erstmitbeteiligte ein monatliches Honorar von € 3.000,-- zzgl. 20 % Mehrwertsteuer erhalten sollte, welches mit näher bezeichneten, vom Erstmitbeteiligten zu verkaufenden Wohneinheiten in XXXX und XXXX nach erfolgtem Verkauf gegenzurechnen ist.

Diese Vereinbarung wurde mit Wirkung 01.11.2010 abgeschlossen und sollte nach sechs Monaten enden.

Schließlich wurde am 02.12.2010 eine weitere als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung geschlossen, mit welcher der Erstmitbeteiligte im Zusammenhang mit dem Verkauf von nähergenannten Wohneinheiten (Projekt XXXX ) durch die XXXX Liegenschaftsverwertung GmbH, deren Generalvertrieb die Beschwerdeführerin leitete, zur Erbringung folgender Leistungen verpflichtet wurde:

- > Akquisition von potentiellen Kaufkunden
- > Führung von Verkaufsgesprächen mit Kaufkunden
- > Vermittlung verbindlicher Kaufanbote

Als Vergütung wurde ein Pauschalhonorar in der Höhe von € 3.000,-- zzgl. 20 % Mehrwertsteuer pro verkaufter Wohneinheit bzw. die Differenz zwischen diesem Betrag und den mit externen Zubringern bzw. Maklern vereinbarten Sonderprovisionen vereinbart.

Die Vereinbarung wurde mit Wirkung vom 02.12.2010 geschlossen. Das Vertragsverhältnis sollte mit dem Verkauf der letzten Wohneinheit enden.



In Punkt 7 der Vereinbarung wurde eine inhaltsgleiche Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Auftraggebers wie in der Vereinbarung vom 19.04.2010 vereinbart.

Eine Vertretungsregelung war in allen Verträgen nicht enthalten.

Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten umfasste die in den oben angeführten Vereinbarungen umschriebenen Tätigkeitsbereiche, wobei die das Projekt XXXX betreffenden Tätigkeiten nur der Vorbereitung des Projekts dienten, da dieses Projekt nie zustande kam. Im Wesentlichen bestand die Tätigkeit somit vorwiegend darin, Kaufinteressenten für die in den Vereinbarungen genannten Wohneinheiten zu finden, wobei die Kaufinteressenten dem Erstmitbeteiligten seitens der Firmen XXXX, XXXX oder XXXX Liegenschaftsverwaltung namhaft gemacht wurden. Die Verkaufsgespräche fanden in den jeweiligen Musterhäusern auf den Baustellen statt. Die Kundentermine wurden vom Erstmitbeteiligten selbst oder in Absprache mit ihm vereinbart.

Die Bezahlung erfolgte mittels monatliche Akontozahlungen, die später mit Provisionen für verkaufte Wohneinheiten gegenverrechnet werden sollten.

Die Beschwerdeführerin verfügte zu diesem Zeitpunkt über keine eigenen Büroräumlichkeiten. Der Erstmitbeteiligte arbeitete von zu Hause aus und benutzte für die Tätigkeit seinen eigenen PKW, sein eigenes Mobiltelefon und seinen eigenen Laptop. Er konnte seine Tätigkeit mit Ausnahme fallweiser bereits fix vereinbarter Termine nach freier Zeiteinteilung verrichten. Auch hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens war er weisungsunabhängig und keinen Kontrollen unterworfen.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Abschluss der oben angeführten, als Werkvertrag bezeichneten Vereinbarungen sowie deren Inhalt ergeht aus den im Verwaltungsverfahren vorgelegten Vereinbarungen.

Das Tätigwerden des Erstmitbeteiligten für die Beschwerdeführerin im oben angeführten Zeitraum wurde seitens der Beschwerdeführerin in ihrer Berufung vom 21.10.2013 (S, 5) bestätigt und steht somit unstrittig fest. Darüber hinaus wurde das Tätigwerden im beschwerdegegenständlichen Zeitraum von dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht befragten Zeugen XXXX, der im beschwerdegegenständlichem Zeitraum Geschäftsführer der Beschwerdeführerin war und als direkter Ansprechpartner des Erstmitbeteiligten fungierte, bestätigt.

Die Feststellungen zu den vom Erstmitbeteiligten verrichteten Tätigkeiten gründen auf den Angaben des Zeugen XXXX, die sich im Wesentlichen auch mit den in den schriftlichen Vereinbarungen umschriebenen Tätigkeiten decken. Schließlich räumte auch die Beschwerdeführerin in einem Fragebogen der Kasse ein, dass die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten den in den Vereinbarungen genannten Tätigkeitsbereichen entsprach.

Die Leistungen eines Pauschalhonorars sowie die Absicht, dieses später mit Provisionen für verkaufte Wohneinheiten gegenzurechnen, stand bereits auf Grund der Aktenlage als unstrittig fest.

Die Nutzung eigener Betriebsmittel durch den Erstmitbeteiligten sowie der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im beschwerdegegenständlichem Zeitraum über keine Büroräumlichkeiten verfügte, stehen ebenso unstrittig fest wie der Umstand, dass der Erstmitbeteiligte keinen eigenen Kundenstock besaß und ihm der Großteil der Kunden, mit denen er Verkaufsgespräche zu führen hatte, von der Beschwerdeführerin bzw. einem ihrer Auftraggeber zugewiesen wurden.

Die mangelnde persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten sowie die mangelnde Kontrollunterworfenheit ergeht aus den glaubhaften Angaben des XXXX in der mündlichen Verhandlung. Anhaltspunkte, die für eine organisatorische Einbindung in den Betrieb der Beschwerdeführerin sprechen, sind nicht hervorgekommen. Schließlich ging auch der Landeshauptmann von Niederösterreich im beschwerdegegenständlichen Bescheid davon aus, dass die Tätigkeit persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit erbracht wurde.

## Die 3. Rechtliche Beurteilung:

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.

Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG geht die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei sonstigen Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, mit Ausnahme von Organen der Gemeinde, auf die Verwaltungsgerichte über. Im konkreten Fall ist somit die Zuständigkeit des Landeshauptmannes für das Burgenland, bei welchem das gegenständliche Verfahren mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängig war, mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch einen Senat vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind.

Im vorliegenden Fall stellt die Frage der Versicherungspflicht die Hauptfrage dar und liegt somit eine Angelegenheit vor, die auf Antrag eine Senatszuständigkeit unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter begründet. Mangels Stellung eines entsprechenden Antrages hat die Entscheidung jedoch mittels Einzelrichter zu erfolgen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, 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.

Zu A)

Die im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (08.06.2010 bis 10.05.2011) anzuwendenden maßgebenden Rechtsvorschriften lauten:

§ 4 ASVG in der Fassung BGBl. I Nr. 83/2009 und BGBl. I Nr. 62/2010 (Änderungen durch BGBl. I Nr. 62/2010 in eckiger Klammer):

"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. bis 13. ...
14. die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen.

(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.

(3) Aufgehoben.

(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.

(5) Aufgehoben.

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

(7) Aufgehoben."

§ 539a ASVG in der Fassung BGBl. Nr. 201/1996:

"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."

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Die Beschwerde brachte im Wesentlichen vor, der Erstmitbeteiligte habe die ihm obliegenden Tätigkeiten selbständig aufgrund von Werkverträgen erbracht und unterliege daher nicht der Pflichtversicherung nach dem ASVG.

Die belangte Behörde (Landeshauptmann von Niederösterreich) ging hingegen von einem der Vollversicherungspflicht und der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegenden freien Dienstverhältnis iSd § 4 Abs. 4 ASVG aus.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor), oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt (VwGH 17.01.1995, 93/08/0092).

Den Feststellungen zufolge bestand die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten in erster Linie darin, im Rahmen von Verkaufsgesprächen ihm zugewiesene potentielle Käufer für von einem Bauträger errichtete Wohneinheiten zu gewinnen, wobei er aber nicht zum Abschluss der Kaufverträge berechtigt war, sondern nur (verbindliche) Kaufanbote vermittelte. Somit bedurfte es zum einen einer laufenden Konkretisierung der Leistung. Zum anderen lag es nicht in der Sphäre des Erstmitbeteiligten, ob es tatsächlich zum Abschluss eines Kaufvertrages kam, da dies von der Finanzierbarkeit abhing, die vom damaligen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin erst im Anschluss an die Verkaufsgespräche geprüft wurde. Damit wurde nicht der Verkauf von Wohneinheiten geschuldet, sondern die Vermittlung potentieller Käufer (Akquisition neuer Verträge). Geschuldet war somit kein gewährleistungstauglicher Erfolg, sondern ihrer Art nach (gattungsmäßig) umschriebene Tätigkeiten, die lediglich zu einem Arbeiten, Tun, Wirken verpflichteten. Zudem erbrachte der Erstmitbeteiligte für die Beschwerdeführerin auch verschiedene Beratungstätigkeiten im Zusammenhang mit dem Projekt XXXX, die mangels Vorliegens vertraglich individualisierter und konkretisierter Leistungen sowie eines geschuldeten Erfolgs ebenfalls nicht als Werk im oben genannten Sinne zu qualifizieren sind.

Dementsprechend ist nicht von einem Werkvertragsverhältnis auszugehen und folglich im Lichte der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes weiter zu prüfen, ob die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht wurde.

Grundvoraussetzung für die Annahme eines Dienstverhältnisses gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 oder § 4 Abs. 4 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn dieser Bestimmungen schon deshalb nicht vor (R. Müller, DRdA 2010, 371).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient.

Ein (ausdrücklich) vereinbartes (generelles) Vertretungsrecht schließt die persönliche Abhängigkeit nur dann aus, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich geübt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch steht. Ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht steht nämlich im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht im Einklang zu bringen wäre (VwGH 28.03.2012, 2009/08/0135).

Die vorliegenden schriftlichen Vereinbarungen enthielten keine Vertretungsregelung. Hingegen war es dem Erstmitbeteiligten vertraglich untersagt, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie jedwede Information, die er über Art, Betriebsumfang und praktische Tätigkeit des Auftraggebers erhalten hat, während oder auch nach Beendigung der vorliegenden Vertragsbeziehungen an Dritte (welcher Art auch immer) weiterzugeben. Die Verschwiegenheitsverpflichtung wurde unbegrenzt vereinbart und sollte auch für betriebliche Kenntnisse über Belange des Auftraggebers, die der Auftragnehmer zufällig - also nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner auf diesem Vertrag beruhenden Tätigkeit - erworben hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt eine derartige (mit einem generellen Vertretungsrecht im Widerspruch stehende) Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Auftraggebers ein generelles Vertretungsrecht aus (VwGH 07.05.2008, 2007/08/0341, mwN), weswegen gegenständlich das Vorliegen eines generellen Vertretungsrechts zu verneinen und die persönliche Arbeitspflicht zu bejahen ist.

Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist. Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaars - davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (VwGH 26.08.2014, 2012/08/0100, mwN auf VwGH (verst. Senat) 10.12.1986, 83/08/0200, VwSlg 12325 A/1986).

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer - im Regelfall freilich auch vorliegender - Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (VwGH 31.01.2007, 2005/08/0176, mwN).

Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden (VwGH 25.06.2013, 2013/08/0093).

Die in den vorliegenden Vereinbarungen geregelten Pflichten des Erstmitbeteiligten sehen keine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten vor. Somit hat die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag nach den tatsächlichen Verhältnissen der konkret zu beurteilenden Beschäftigung zu erfolgen.

Den Feststellungen zufolge war der Erstmitbeteiligte an keine Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten gebunden. In Fällen einer Beschäftigung "im delegierten Aktionsbereich eines Unternehmens" (wie z.B. der eines Vertreters oder eines Außendienstmitarbeiters) tritt jedoch die sonst für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische Unterordnung nicht so auffällig zu Tage. Bei der Beantwortung der Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, wurde von der Rechtsprechung daher ein modifizierter Prüfungsmaßstab entwickelt. Insbesondere kommen in diesem Zusammenhang die Weisungsgebundenheit in anderer Hinsicht als in Bezug auf die Arbeitszeit, den Arbeitsort und das arbeitsbezogene Verhalten, die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Berichterstattungspflicht sowie

die mangelnde Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel als für die Beurteilung der Versicherungspflicht maßgebliche Merkmale in Betracht. Dies erfordert im Einzelfall die Auseinandersetzung mit der Frage, ob tatsächlich diese Kriterien vorliegen, wobei dann bei einem Zusammentreffen von Merkmalen der Abhängigkeit und solchen, die auf eine Unabhängigkeit hinweisen, das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale entscheidend ist. Wesentlich ist aber auch in solchen Fällen, dass aus den Umständen, unter denen die Beschäftigung verrichtet wurde, abgeleitet werden kann, dass der Beschäftigte einem seine Bestimmungsfreiheit ausschaltenden Weisungs- und Kontrollrecht des Arbeitgebers unterlag (R. Müller, DRdA 2010, 370).

Wie den Feststellungen zu nehmen ist, war der Erstmitbeteiligte weder in den betrieblichen Organismus eingegliedert noch musste er sich an betrieblichen oder organisatorischen Erfordernissen orientieren. Auch von einer "stillen Autorität" in Bezug auf sein arbeitsbezogenes Verhalten ist nicht auszugehen, weil die Vermittlungstätigkeit an sich bereits einen gewissen Spielraum für eine eigenständige Gestaltung eröffnete (VwGH 20.04.2005, 2002/08/0222 = ZfV 2006/1703), der - insbesondere bei Fehlen der Einbindung in eine Betriebsorganisation - für die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses spricht (VwGH 25.06.2013, 2013/08/0079 mwN). Anhaltspunkte, die für die Annahme eines persönlich und wirtschaftlich abhängigen Dienstverhältnisses sprechen, wie etwa die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Berichterstattungspflicht sowie die mangelnde Verfügung über eigene Betriebsmittel, liegen nicht vor. Damit ist in Abwägung aller für und gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sprechenden Merkmale im konkreten Fall nicht von einem die Bestimmungsfreiheit ausschaltenden Weisungs- und Kontrollrecht der Beschwerdeführerin auszugehen und es liegt daher eine Beschäftigung in persönlicher Unabhängigkeit aufgrund eines freien Dienstvertrages vor.

Wesentliche Voraussetzung für die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG aufgrund von Tätigkeiten im Rahmen eines freien Dienstvertrages ist, dass der freie Dienstnehmer über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt. Ein Betriebsmittel ist dann für eine Tätigkeit wesentlich, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und die damit einhergehende steuerliche Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist (VwGH 15.05.2013, 2012/08/0163, = infas 2013, 37).

Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen. Der Erstmitbeteiligte benutzte den Feststellungen zufolge zwar seinen eigenen Pkw, ein eigenes Mobiltelefon und seinen eigenen Laptop. Anhaltspunkte, dass diese Betriebsmittel in das Betriebsvermögen aufgenommen wurden, liegen jedoch nicht vor. So gab der Erstmitbeteiligte in einem Fragebogen der belangten Kasse an, Kilometergeld zu verrechnen, was die vorherige Aufnahme des Pkw in das Betriebsvermögen ausschließt. Auch liegen keine Anhaltspunkte für eine betriebliche Widmung der sonst von ihm genutzten Betriebsmittel vor. Wesentlich ist hingegen, dass dem Erstmitbeteiligten die Käufer, die er im Rahmen von Verkaufsgesprächen zu betreuen hatte, von der Beschwerdeführerin bzw. einer ihrer Auftraggeber zugewiesen wurden. Dieser Kundenstock, für dessen Betreuung Provisionen in Aussicht gestellt wurden, und der eine Grundlage für die "Bearbeitung" - also die Akquisition neuer Verträge - bildete, stellte für die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ein wesentliches Betriebsmittel dar. So hatte er mangels eines eigenen Kundenstocks - jedenfalls in einer typischen Betrachtungsweise - nicht die Möglichkeit, auf dem Markt aufzutreten, um weitere oder neue Aufträge zu lukrieren, weswegen nicht vom Vorliegen wesentlicher Betriebsmittel iSd § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen ist.

Der Zeitraum der Tätigkeit wurde ausdrücklich außer Streit gestellt. Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass der Erstmitbeteiligte im beschwerdegegenständlichen Zeitraum der Versicherungspflicht als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG und der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a iVm Abs. 8 AIVG unterliegt.

Damit war die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG abzuweisen.

#### Zu B) Unzulässigkeit der Revision

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

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

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2019:W209.2004439.1.00