



# BVwG

Bundesverwaltungsgericht  
Republik Österreich

Postadresse:  
Erdbergstraße 192 – 196  
1030 Wien  
Tel: +43 1 601 49 – 0  
Fax: +43 1 711 23-889 15 41  
E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at  
www.bvwg.gv.at

## E N T S C H E I D U N G S D A T U M

2 3 . 1 1 . 2 0 2 0

## G E S C H Ä F T S Z A H L

W 2 2 8 2 2 0 4 6 6 5 - 1 / 6 E

## I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GMBH, vertreten durch die XXXX GmbH, gegen den Bescheid der vormaligen Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 05.02.2018, XXXX , zu Recht erkannt:

**A)**

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG stattgegeben und es wird festgestellt, dass Frau DI XXXX (nunmehr: XXXX ) in der Zeit vom 04.01.2011 bis 31.12.2014 aufgrund ihrer Tätigkeit für die XXXX GMBH der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungspflicht als freie Dienstnehmerin nach § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 8 iVm Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt.

Für diese Zeiträume unterliegt sie daher nicht der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG.

**B)**

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

## **Entscheidungsgründe:**

### **I. Verfahrensgang:**

Mit Bescheid vom 05.02.2018, XXXX , hat die vormalige Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK), festgestellt, dass Frau DI XXXX , VSNR XXXX , aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX GmbH (im Folgenden Beschwerdeführerin) in der Zeit vom 04.01.2011 bis 31.12.2014 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit a AIVG unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass Frau DI XXXX ab 14.03.2011 als freie Dienstnehmerin gemäß § 4 Abs. 4 ASVG bei der Beschwerdeführerin zur Sozialversicherung gemeldet worden sei. Aufgrund der Beschäftigungsausprägung sei im Rahmen einer GPLA das freie Dienstverhältnis in ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG umgewandelt worden. Das Organisations- und Besprechungszentrum für die häufig an Projektstandorten ausgeübte Vermessungstätigkeit sei das Ziviltechnikbüro der Beschwerdeführerin gewesen. Zudem bestehe projektbezogen eine enge Bindung an Arbeitszeiten. Die Arbeitszeit richte sich im Wesentlichen nach den von der Beschwerdeführerin vereinbarten Vermessungszeiten. An die von der Beschwerdeführerin vereinbarten Vermessungstermine habe sich Frau DI XXXX halten müssen. Frau DI XXXX sei an die Projektabläufe der Beschwerdeführerin gebunden gewesen. Die Überprüfung der Messergebnisse und der Planzeichnungen sei ausschließlich vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin vorgenommen worden. Es sei daher für den im Spruch angeführten Zeitraum für Frau DI XXXX die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG festzustellen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 13.03.2018 fristgerecht Beschwerde. Darin wurde ausgeführt, dass Frau DI XXXX auf Basis eines freien Dienstvertrages vom 14.03.2011 für die Beschwerdeführerin im Bereich „Planerstellung“ tätig sei. Frau DI XXXX nehme die Zeiteinteilung selbst vor und sei ihr die Art und Weise, wie sie ihre Leistung erbringt, selbst überlassen. Eine bestimmte wöchentliche Stundenzahl sei nicht vereinbart worden. Ihr täglicher Arbeitsbeginn und ihre tägliche Arbeitszeit seien zwar jeweils sehr ähnlich; dies jedoch, weil ihr dies so angenehm

sei, nicht hingegen, weil dies von der Beschwerdeführerin so vorgegeben worden sei. Frau DI XXXX arbeite sowohl in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin als auch an ihrem Wohnort. In letztem Fall verwende sie ihre eigenen Betriebsmittel wie Handy, Computer, Drucker. Die Aufträge erhalte Frau DI XXXX direkt von der Beschwerdeführerin. Zwischen den Kunden der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX erfolge keine direkte auftragsbezogene Kommunikation. Die Termine für allfällige Vermessungsarbeiten würden von Frau DI XXXX selbst vereinbart werden. Sie könne sich jederzeit von Dritten vertreten lassen. Aufgrund der eigenverantwortlichen Ausübung der Tätigkeit, der freien Zeiteinteilung und mangels Anweisungen betreffend den Arbeitsort würden die Merkmale eines freien Dienstverhältnisses überwiegen. Die wahren Verhältnisse der Beschäftigung von Frau DI XXXX würden nicht vom abgeschlossenen freien Dienstvertrag abweichen und sei daher der abgeschlossene freie Dienstvertrag maßgebend, da er den tatsächlichen Gegebenheiten entspreche.

Die Beschwerdesache wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 30.08.2018 zur Entscheidung vorgelegt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 22.01.2020 Frau DI XXXX die Beschwerde vom 13.03.2018 zur Kenntnis gebracht. Des Weiteren wurde sie aufgefordert, diverse Fragen zur ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin zu beantworten.

Am 18.02.2020 langte eine mit 14.02.2020 datierte Stellungnahme von Frau DI XXXX beim Bundesverwaltungsgericht ein, in welcher sie die ihr im Schreiben vom 22.01.2020 gestellten Fragen beantwortete.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 06.07.2020 der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin das Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.01.2020 sowie die Stellungnahme von Frau DI XXXX vom 14.02.2020 übermittelt.

Am 17.07.2020 langte beim Bundesverwaltungsgericht eine mit 15.07.2020 datierte Stellungnahme der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin ein.

## **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

### **1. Feststellungen:**

Am 14.03.2011 wurde zwischen der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX ein als „Freier Dienstvertrag“ bezeichneter schriftlicher Vertrag abgeschlossen. Laut diesem Vertrag war

Frau DI XXXX ab 14.03.2011 für die Beschwerdeführerin im Bereich „projektweise Planerstellung“ tätig.

Frau DI XXXX wurde aufgrund dieses Vertrages im verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Rahmen von Projekten, die von den Kunden der Beschwerdeführerin beauftragt wurden, tätig. Nach Übernahme eines Kundenauftrages durch die Beschwerdeführerin trat die Beschwerdeführerin an Frau DI XXXX heran und klärte mit ihr ab, ob sie das Projekt übernehmen kann bzw. will. Es bestand keine Verpflichtung, einen solchen Auftrag zu übernehmen. Frau DI XXXX hatte die Möglichkeit, Aufträge sanktionsfrei abzulehnen.

Wenn Frau DI XXXX einen Auftrag annahm, erstellte sie Planentwürfe für Bauvorhaben von Kunden der Beschwerdeführerin bzw. nach Entscheidung des Kunden für einen bestimmten Entwurf erstellte sie die für die Einreichung bzw. Umsetzung eines Bauprojekts notwendigen Einreich- und Ausführungspläne sowie Renderings zur Visualisierung des jeweiligen Projekts.

Frau DI XXXX erhielt zu Beginn des jeweiligen Projekts ein Briefing über die zu erstellenden Entwürfe/Pläne seitens der Beschwerdeführerin bzw. des Kunden der Beschwerdeführerin. Gleichzeitig wurde ein Fertigstellungstermin vereinbart. In der Folge zeichnete sie die Entwürfe/Pläne.

Im Architekturbüro der Beschwerdeführerin stand Frau DI XXXX ein Arbeitsplatz mit entsprechender Infrastruktur zur Verfügung; sie hatte jederzeit die Möglichkeit, jedoch nie die Verpflichtung, diesen Arbeitsplatz zu nutzen. Frau DI XXXX konnte ihren Arbeitsort selbst bestimmen. Sie erbrachte ihre Tätigkeiten teilweise im Architekturbüro der Beschwerdeführerin; teilweise arbeitete sie von ihrem Wohnort aus, wo sie ihre Tätigkeit unter Verwendung ihres eigenen Mobiltelefons, Druckers und Computers ausübte. Es ist festzustellen, dass Frau DI XXXX den überwiegenden Teil ihrer Tätigkeit (zu Beginn des verfahrensrelevanten Zeitraumes ca. 75 % der Zeit, später noch mehr) im Büro der Beschwerdeführerin erbracht hat, weil sie sich dort effizienter fühlte als zuhause.

Frau DI XXXX verwendete für ihre Tätigkeit die Software AutoCad, welche sie sowohl im Büro der Beschwerdeführerin als auch auf ihrem Arbeitsplatz an ihrem Wohnort verfügbar hatte und benutzt hat. Auf ihrem Arbeitsplatz an ihrem Wohnort benutzte sie die Studentenversion der Software AutoCad, welche ihr von der TU Wien zur Verfügung gestellt wurde. Sie hat sich sohin um die Beschaffung dieser Software selbst gekümmert und wurde die Software für ihren Heimarbeitsplatz nicht von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt.

Hinsichtlich der Arbeitszeit von Frau DI XXXX gab es keinerlei Vorgaben seitens der Beschwerdeführerin; Frau DI XXXX konnte ihre Arbeitszeit selbst bestimmen. Mit dem Kunden wurde lediglich der Fertigstellungstermin für das jeweilige Projekt vereinbart. Es wurde keine bestimmte Stundenzahl pro Woche vereinbart. Die Arbeitszeit von Frau DI XXXX variierte dennoch nicht stark, jedoch nicht, weil dies von der Beschwerdeführerin so vorgegeben wurde, sondern weil Frau DI XXXX gleichbleibende Arbeitszeiten im Sinne einer gewissen Routine angenehm waren.

Frau DI XXXX war an keinerlei Weisungen hinsichtlich des Arbeitsablaufs, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes gebunden. Es war ihr selbst überlassen, wo, wann und in welcher Art und Weise sie ihre Tätigkeit erbringt. Sie war in ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin keinen persönlichen Weisungen, welche ihre Gestaltungsfreiheit bei Erbringung der Tätigkeit ausgeschaltet hätten, unterworfen. Sie unterlag keiner Kontrolle durch die Beschwerdeführerin.

Die Vergütung der von Frau DI XXXX erbrachten Tätigkeiten erfolgte auf Basis der geleisteten Stunden. Sie erhielt ein Bruttohonorar in Höhe von € 13,62 pro Stunde. Betreffend die verrechenbaren Stunden wurden von Frau DI XXXX Aufzeichnungen in einem Online-System der Beschwerdeführerin geführt, um einerseits die Abrechnung zwischen der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX zu ermöglichen und andererseits dienten diese Daten als Basis für die Abrechnung mit dem Kunden der Beschwerdeführerin.

Frau DI XXXX stand es frei, auch für andere Architekturbüros tätig zu werden; es bestand kein Konkurrenzverbot.

Frau DI XXXX hatte das vertragliche eingeräumte Recht, sich von Dritten vertreten zu lassen, hatte jedoch über die beabsichtigte Vertretung die Beschwerdeführerin rechtzeitig zu informieren. Frau DI XXXX hat sich im verfahrensrelevanten Zeitraum jedoch nicht vertreten lassen.

## **2. Beweiswürdigung:**

Der am 14.03.2011 abgeschlossene „Freie Dienstvertrag“ liegt im Akt ein.

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit von Frau DI XXXX ergeben sich aus den übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX in Zusammenschau mit dem am 14.03.2011 abgeschlossenen freien Dienstvertrag.

Die Angabe von Frau DI XXXX , wonach sie den überwiegenden Teil ihrer Tätigkeit im Büro der Beschwerdeführerin erbracht hat, weil sie sich dort effizienter fühlte als zuhause, erscheint durchaus lebensnah und daher glaubhaft. Eine Bindung an den Arbeitsort lässt sich daraus jedoch nicht ableiten, zumal sich Frau DI XXXX freiwillig dazu entschied, den Großteil ihrer Arbeitszeit im Büro der Beschwerdeführerin zu verbringen und sie nicht von der Beschwerdeführerin diesbezüglich angewiesen wurde.

Aus den von Frau DI XXXX mit der Stellungnahme vom 14.02.2020 vorgelegten - von ihrer privaten Emailadresse geschriebenen - Emails ist erkennbar, dass Frau DI XXXX zu unterschiedlichen Zeiten an ihrem Arbeitsplatz an ihrem Wohnort gearbeitet hat. Insbesondere belegt ein Email von Frau DI XXXX an die Beschwerdeführerin vom 27.04.2012, in welchem ausgeführt wurde *„da ich jetzt auf einer Feier bin, kann ich die Pläne erst ein bisschen später korrigieren“* die freie Zeiteinteilung von Frau DI XXXX .

Die Benutzung der Software AutoCad durch Frau DI XXXX ergibt sich aus den Ausführungen von Frau DI XXXX in der Stellungnahme vom 14.02.2020.

Die Feststellung, wonach sich Frau DI XXXX im verfahrensrelevanten Zeitraum nicht vertreten ließ, ergibt sich daraus, dass von Frau DI XXXX eine allfällige Vertretung nicht vorgebracht wurde. Zudem führte sie in ihrem Schreiben vom 21.02.2013 aus: *„Wenn ich krank bin, ist mein Projekt dann unterbrochen bis ich wieder fit bin.“* Aus dieser Aussage kann geschlossen werden, dass keine Vertretung der Frau DI XXXX stattfand.

### **3. Rechtliche Beurteilung:**

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

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

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

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

Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. In der vorliegenden Angelegenheit wurde kein derartiger Antrag gestellt.

Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter.

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

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

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

#### **Zu A) Stattgabe der Beschwerde:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Ein solches Werk ist gegenständlich nicht ersichtlich. Gegenstand der Tätigkeit von Frau DI XXXX war die projektweise Planerstellung für Projekte der Beschwerdeführerin. Zu ihren Aufgaben gehörte die Erstellung von Planentwürfen für Bauvorhaben von Kunden der Beschwerdeführerin sowie die Erstellung von Einreich- und Ausführungsplänen sowie Renderings zur Visualisierung des jeweiligen Projekts. Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Aus einem solchen Erwerbstätigen wird auch dann kein selbständiger Erbringer von Werkleistungen, wenn die genannten Dienstleistungen gedanklich in einzelne zeitlich bzw. mengenmäßig bestimmte Abschnitte zerlegt und diese Abschnitte sodann zu "Werken" mit einer "gewährleistungstauglichen Leistungsverpflichtung" erklärt werden (VwGH 24.04.2014, 2013/08/0258, mwN; zu "atomisierten Werkverträgen" vgl. Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 ff).

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

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

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen

Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152, mwN).

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

Von einer die persönliche Leistungspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis ist unter den gegebenen Umständen nicht auszugehen, zumal sich Frau DI XXXX im verfahrensrelevanten Zeitraum nicht vertreten ließ. Im Ergebnis bestand sohin im Wesentlichen eine persönliche Arbeitspflicht der Frau DI XXXX .

Ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - 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 (vgl. VwGH (verstärkter Senat) 10.12.1986, 83/08/0200, VwSlg. 12.325/A).

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten

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

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

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

im Übrigen darauf beschränkt, die Zusammenarbeit mit dem selbstbestimmten Partner aufrecht zu erhalten oder sie zu beenden (sachliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse).

Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist grundsätzlich 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. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (VwGH 25.6.2013, 2013/08/0093).

Im gegenständlichen Fall wurde zwischen Frau DI XXXX und der Beschwerdeführerin am 14.03.2011 ein als „Freier Dienstvertrag“ bezeichneter schriftlicher Vertrag abgeschlossen. Es ist kein Hinweis dafür hervorgekommen, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abgewichen sind.

Im vorliegenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einbindung von Frau DI XXXX in den Betrieb der Beschwerdeführerin. Insbesondere ergibt sich eine solche nicht aus der bloßen Möglichkeit, Betriebsmittel der Dienstgeberin zu verwenden, im vorliegenden Fall die Büroräumlichkeiten der Beschwerdeführerin, zu nutzen. Wie festgestellt, konnte Frau DI XXXX ihren Arbeitsort und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen. Daran vermag auch der Umstand, dass betreffend die verrechenbaren Stunden von Frau DI XXXX Aufzeichnungen in einem Online-System der Beschwerdeführerin geführt wurden, nichts zu ändern, zumal diese Aufzeichnungen nicht der Einhaltung von Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit dienen, sondern deshalb geführt wurden, um einerseits die Abrechnung zwischen der Beschwerdeführerin und Frau DI XXXX zu ermöglichen und andererseits dienen diese Daten als Basis für die Abrechnung mit dem Kunden der Beschwerdeführerin. Frau DI XXXX war sohin in Bezug auf Arbeitszeit und -ort keinen Weisungen der Beschwerdeführerin unterworfen. Wie festgestellt, war Frau DI XXXX in ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin zudem keinen persönlichen Weisungen, welche ihre Gestaltungsfreiheit bei Erbringung der Tätigkeit ausgeschaltet hätten, unterworfen.

Festzuhalten ist zudem, dass Frau DI XXXX an ihrem Arbeitsplatz an ihrem Wohnort über die Software AutoCad verfügt hat, welche sie sich selbst beschafft hat und spricht dieser Umstand ebenfalls gegen eine Einbindung in den Betrieb der Beschwerdeführerin. Dass es

sich dabei um die Studentenversion gehandelt hat, vermag keine andere Beurteilung herbeizuführen, zumal es für die Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts irrelevant ist, ob Frau DI XXXX die verwendete Software entgeltlich erworben hat oder ob ihr diese von der TU Wien zur Verfügung gestellt wurde.

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

Frau DI XXXX war nicht in den Betrieb der Beschwerdeführerin organisatorisch eingebunden, war keinen persönlichen Weisungen unterworfen und es bestand keine die persönliche Bestimmungsfreiheit von Frau DI XXXX einschränkende Kontrollmöglichkeit durch die Beschwerdeführerin. All diese Umstände sprechen gegen das Vorliegen eines abhängigen Dienstverhältnisses.

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

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

Wie festgestellt, hat Frau DI XXXX die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin im Wesentlichen persönlich erbracht und dafür ein Entgelt bezogen.

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

Im gegenständlichen Fall hat Frau DI XXXX als eigene Betriebsmittel Mobiltelefon, Drucker und Computers sowie die Software AutoCad verwendet. Hierzu ist einerseits auszuführen, dass es sich bei Mobiltelefon, Drucker und Computers um solche Betriebsmittel handelt, welche üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet werden und wurde andererseits eine überwiegende betriebliche Verwendung von Mobiltelefon, Drucker und Computer im Verfahren nicht dargelegt (vgl. dazu VwGH 25.04.2018, Ra 2018/08/044). Auch die Software AutoCad wurde nicht durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet. Im Ergebnis ist im konkreten Fall somit vom Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel auszugehen ist.

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

Zusammengefasst lag daher bei Frau DI XXXX im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor. Sie unterliegt somit in der Zeit vom 04.01.2011 bis 31.12.2014 der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG.

Seit in Kraft treten von § 1 Abs. 8 AIVG, idF BGBl. I Nr. 104/2007, mit 01.01.2008 sind freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG Dienstnehmern gemäß § 4 Abs. 2 gleichgestellt und unterliegen somit auch freie Dienstverhältnisse der Arbeitslosenversicherung. Für die Zeit vom 04.01.2011 bis 31.12.2014 war daher auch die Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG festzustellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Zu B) Unzulässigkeit der Revision:**

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

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

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

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.