



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:
Werner-von-Siemens-Straße 7
6020 Innsbruck
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 . 0 1 . 2 0 2 3

G E S C H Ä F T S Z A H L

I 4 1 2 2 2 4 9 4 0 8 - 1 / 1 1 E

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

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Gabriele ACHLEITNER als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX gegen den Bescheid der Österreichische Gesundheitskasse Landesstelle Tirol (ÖGK-T) vom 15.11.2021, Zl. XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als festgestellt wird, dass XXXX aufgrund ihrer Tätigkeit als Bergwanderführerin für die Zeiträume 11.07.2019 bis 18.07.2019, 29.08.2019 bis 05.09.2019 sowie 06.09.2019 bis 13.09.2019 gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 4 ASVG der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungspflicht als freie Dienstnehmerin unterlag sowie gemäß § 1 Abs. 8 AIVG der Arbeitslosenversicherung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Am 26.06.2019 reichte XXXX , geb. XXXX (in der Folge: Beschwerdeführerin) eine Versicherungserklärung für Freiberufler bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ein. In der Folge wurde ein Verfahren zur Klärung der Versicherungszuordnung eingeleitet und erfolgte am 10.02.2020 die Einvernahme der Beschwerdeführerin durch die Österreichische Gesundheitskasse, Landesstelle Tirol (in der Folge: belangte Behörde).

2. Mit Bescheid vom 15.11.2021 stellte die belangte Behörde fest, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Tätigkeit als Bergwanderführerin in den Zeiträumen 11.07.2019 bis 18.07.2019 29.08.2019 – 05.09.2019 sowie 06.09.2019 – 13.09.2019 als Dienstnehmerin für die XXXX , XXXX , XXXX (in der Folge: mitbeteiligte Partei) der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie Arbeitslosenversicherung unterliegt. Als Rechtsgrundlagen wurden die §§ 410 Abs. 1 Z. 2, §412d, 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG angeführt.

3. Gegen diesen Bescheid hat die Beschwerdeführerin rechtzeitig und zulässig Beschwerde erhoben und zusammengefasst vorgebracht, die Guides würden von der XXXX ausgewählt, der eine Art „Vermittlerfunktion“ zukomme. Diese hätten alle ihrer eigenen Betriebsmittel (Bergschuhe, Rucksack, etc.). Die Abrechnungssätze seien von der XXXX mit den Guides ausgemacht, die mitbeteiligte Partei überweise dann den Betrag an die Guides.

Wie sich aus den Aussagen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligte Partei ergebe, übernehme der Guide den Auftrag/das Werk, die TeilnehmerInnen von Punkt A zu Punkt B zu führen. Es sei weder ein Stundensatz noch ein teilnehmerabhängiges Honorar, sondern ein fixes Werkvertragshonorar von € 1.620,00 vereinbart worden. Mit der Erbringung der Leistung bis zu einem genau konkretisierten Termin sei das Werk erfüllt.

Das Werk sei auch „gewährleistungstauglich“, da der Guide einerseits für die Sicherheit der Leute aufzukommen habe und bei falschen Entscheidungen auch eine Haftung zu übernehmen habe. Andererseits sei bei nicht erfolgreicher Durchführung kein Werkentgelt an den Guide zu bezahlen.

Die Beschwerdeführerin habe sich von einer qualifizierten Person ihrer Wahl vertreten lassen können. Jedoch sei es in der Praxis nicht vorgekommen. Auch sei aus den Stellungnahmen der mitbeteiligten Partei zu entnehmen, dass bei einer Auftragsweitergabe „im Sub“ keine Zustimmung des Auftraggebers notwendig gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin hätte jederzeit fremde Guides damit beauftragen können, für sie einzuspringen. Die mitbeteiligte Partei hätte dies nicht einmal bemerkt, da die Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht kontrolliert worden sei und auch keine Feedbackbögen von den TeilnehmerInnen ausgefüllt worden seien.

Auch habe es keine Vertraulichkeitserklärung/Verschwiegenheitsverpflichtung gegeben, die von Seiten der Beschwerdeführerin zu unterschreiben gewesen wäre, und die deshalb eine Vertretung möglicherweise unmöglich gemacht hätte. Es liege daher nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine uneingeschränkte Vertretungsmöglichkeit vor.

Wie von der Beschwerdeführerin in der Niederschrift ausdrücklich mehrmals dargestellt, habe sie eine Tour jederzeit absagen können. Da „eine Tour“ eine abgrenzbare Einheit darstelle, liege daher ein sanktionsloses Ablehnungsrecht vor.

Die Maßstäbe für das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses bei einer dislozierten Beschäftigung würden aus folgenden Gründen fehlen:

a) der Tätigkeitsort ergebe sich aus der Route (die aber frei wählbar sei und zwar in Abhängigkeit von den Witterungsverhältnissen) und spreche daher weder für noch gegen ein echtes Dienstverhältnis. Die Vorgabe der Route obliege der Beschwerdeführerin selber (sie könne sie auch persönlich abändern) bzw. sei die die Vorgabe von Abgangs- und Zielort der Organisation und den Kunden geschuldet. Es würde kein Kunde eine Tour buchen, wenn er nicht wüsste, wo die Tour beginne und wo sie wieder ende.

b) Auch die Arbeitszeit sei nicht vorgegeben gewesen, sondern sei mit den Teilnehmern im Einvernehmen vereinbart worden

c) die „stille Autorität“ komme im vorliegenden Fall aus zwei Gründen nicht zur Anwendung:

I) Es habe keinerlei Weisungsmöglichkeiten an die Beschwerdeführerin gegeben und

II) es habe keinerlei Kontrolle (weder Feedback-Bögen, Stundenaufzeichnungen, Tätigkeitsberichte noch persönliche Kontrolle durch den Auftraggeber) gegeben.

Aufgrund der oben angeführten Darstellung bestehe für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin weder ein echtes noch ein freies Dienstverhältnis gemäß ASVG sondern es handle sich um eine Werkvertragsleistung. Es liege nach Ansicht der Beschwerdeführerin auch kein freies Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG vor, da die Beschwerdeführerin wesentliche eigene Betriebsmittel beistelle.

4. Am 10.11.2022 fand vor dem BVwG, Außenstelle Innsbruck, eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Im Rahmen dieser Verhandlung wurde der Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei sowie die Beschwerdeführerin einvernommen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1 Die mitbeteiligte Partei ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in K. (Deutschland). Diese bietet als Reiseveranstalterin unter anderem die geführte Wanderung: „XXXX“ an.

Die achttätige Tour führt von XXXX via XXXX nach XXXX und wurde von der XXXX GmbH (im Folgenden als „XXXX“ bezeichnet) erstellt. Die Gruppen sind dabei vier Tage in XXXX (u.a.) mit XXXX Bergführern unterwegs.

1.2. Es besteht eine Kooperationsvereinbarung der mitbeteiligten Partei mit der XXXX, welche beinhaltet, dass letztere die Bergwanderführer/Guides für diese Wanderung an die mitbeteiligte Partei, welche als Reiseveranstalterin fungiert, vermittelt. Die XXXX teilt der mitbeteiligten Partei im September die Termine für die geführten Touren für das nächste Jahr mit. Die XXXX übermittelt der mitbeteiligten Partei die Namen der Bergführer ohne weitere Informationen kurz vor Saisonstart im Juni. Die vertragliche Vereinbarung der mitbeteiligten Partei mit der XXXX sieht zudem vor, dass diese vorschlägt, wie viel die Guides bekommen sollen. Wenn kurzfristig ein Guide ausfällt, musste die XXXX sich um einen Ersatz kümmern. Diese ist der mitbeteiligten Partei gegenüber dafür verantwortlich, dass ein Guide zur Verfügung steht.

1.3. Die übrige Organisation der Wanderreise, wie etwa die Veröffentlichung der einzelnen Termine auf der Homepage, die Abwicklung der Buchungen und die Reservierung der Unterkünfte, die Organisation des Gepäcktransfers sowie das Rahmenprogramm etc. erfolgt durch die mitbeteiligte Partei. Diese versendet ca. drei Wochen vor Tourstart ein

Informationsheft an die Teilnehmer mit Telefonnummer und email-Adresse sowie einem Bild des jeweiligen Guides, damit sich der Teilnehmer bei wanderspezifischen Fragestellungen an diesen richten kann.

Die Beschwerdeführerin hatte keinen Einfluss auf das Reiseangebot bzw. die Preisgestaltung.

1.4. Die mitbeteiligte Partei bietet die konkrete Tour (Alpenüberquerung) zur Vermarktung auf ihrer Homepage an, wo die Route und der Ablauf detailliert beschrieben ist. Bei der Tourenbeschreibung auf der Internetseite wird die Dauer der Tour, die ungefähre Gesamtstrecke, der Höhenunterschied sowie eine Schwierigkeitsbewertung angegeben. Zudem wird der Streckenverlauf grafisch und mit Zoomfunktion dargestellt. Bei der Tourenbeschreibung findet sich eine Kurzbeschreibung der Tour sowie der auf den jeweiligen Tag abgestellte Reiseverlauf. Bei der Tourenbeschreibung des ersten Tages wird der Treffpunkt mit dem Bergwanderführer sowie die Uhrzeit angegeben. Darüber hinaus wird (wie auch bei den Folgetagen) die Tagesetappe mit Kilometeranzahl sowie Höhenunterschied angegeben. Bei den Tagesetappen findet sich auch eine detaillierte Wegbeschreibung. Die Tourenbeschreibung auf der Internetseite der mitbeteiligten Partei weist auch eine detaillierte Aufstellung der inkludierten Leistungen auf. So sind die Übernachtungen, Halbpension, alle Kurtaxen und Tourismusabgaben sowie der Gepäcktransfer zwischen den Hotels inkludiert. Der Gepäcktransfer zwischen den Hotels wird durch die mitbeteiligte Partei veranlasst. Darüber hinaus beinhaltet der Preis auch einzeln Transfers auf der Route sowie den Rücktransport von XXXX an den XXXX . Zudem sind Bus/Taxi/Seilbahntentgelte und Schifffahrt am XXXX im Preis inbegriffen.

Seitens der mitbeteiligte Partei wird am Ende der Tourenbeschreibung darauf hingewiesen, dass die Route bei der geführten Tour vom angegebenen Reiseverlauf abweichen kann.

1.5. Auf der Homepage der mitbeteiligten Partei sind in der Regel nur die Bergwanderführer ersichtlich, die deren Eigentouren (u.a. weitere Alpenüberquerungen) führen, nicht jene der Partnertouren, wie der Vorliegenden.

1.6. Die Einnahmen aus den verkauften Reisen kommen der mitbeteiligte Partei zu und werden die Kosten der Bergwanderführer von der mitbeteiligten Partei bezahlt.

1.7. Die Beschwerdeführerin war jedenfalls in den im Spruch angegebenen Zeiträumen für die mitbeteiligte Partei als Bergwanderführerin tätig und hat die oben beschriebene Tour geführt.

1.8. Die mitbeteiligte Partei hat keine schriftlichen oder mündlichen Verträge mit den von der XXXX vermittelten Guides/Bergwanderführern; die Vereinbarung über die konkrete

Beschäftigung ergab sich konkludent aus den wechselseitigen Vereinbarungen mit der XXXX sowie der Übernahme einer konkreten Tour durch die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin und die XXXX hatten ebenfalls keine Vereinbarung, wonach diese der XXXX ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

1.9. Es gab keine verpflichtende oder vorgegebene Einschulung für die Beschwerdeführerin, weder von Seiten der mitbeteiligten Partei noch von Seiten der XXXX . Bei einem informellen Treffen mit einem anderen Bergwanderführer und einem Mitarbeiter der XXXX erhielt die Beschwerdeführerin vor ihrer ersten Tourübernahme hilfreiche (Insider-)Informationen über die angebotene Wanderung.

1.10. Der Treffpunkt sowie die Startzeit der Tour und die jeweilige Teilnehmerliste wurde der Beschwerdeführerin seitens der mitbeteiligten Partei ca. vierzehn Tage vor Tourstart übermittelt. Für die weiteren Tage der Tour konnte die Beschwerdeführerin den Beginn der jeweiligen Tagesetappe mit den Teilnehmern selbst vereinbaren.

Die Beschwerdeführerin erhielt jeweils vor Tourstart von der mitbeteiligten Partei die für die Teilnehmer benötigten Unterlagen (z.B. Kofferanhänger, Voucher für die Übernachtungen sowie gegebenenfalls Bargeld für die inkludierten Leistungen) und die am Ende der Tour zu verteilenden Urkunden, wobei von der mitbeteiligte Partei nicht kontrolliert wurde, ob diese tatsächlich an die Gäste verteilt wurden.

1.11. Die Beschwerdeführerin hat die Befugnis zur autorisierten und geprüften Bergwanderführerin inne und ist selbständig haftpflichtversichert.

1.12. Als Bergwanderführerin ist die Beschwerdeführerin während der Tour für die von ihr geführte Gruppe verantwortlich und ist daher verpflichtet, die konkrete Situation eigenverantwortlich zu beurteilen und zu entscheiden. Bei widrigen Witterungsbedingungen, schlechter gesundheitlicher oder leistungsmäßiger Verfassung von Teilnehmern ist die mitbeteiligte Partei verpflichtet, eigenständige Entscheidungen ohne Rücksprache bei der mitbeteiligten Partei oder der XXXX zu treffen.

Die Beschwerdeführerin war jedenfalls an die Etappenziele gebunden; Abweichungen von der beschriebenen Tour waren hauptsächlich auf Grund der konditionellen Möglichkeiten der Teilnehmer, den Wetterbedingungen sowie im Einvernehmen mit den Teilnehmern der Reise begrenzt möglich.

Die Beschwerdeführerin hatte bei der Durchführung ihrer Tätigkeit über die vorgegebene Route hinaus keine speziellen Vorgaben der mitbeteiligten Partei zu erfüllen.

1.13. Die BF verwendete zur Ausübung der Tätigkeit für die mitbeteiligte Partei ihre eigenen Schuhe, den eigenen Rucksack, Kleidung sowie Erste Hilfe Material und machte diese steuerlich geltend. Von Seiten der mitbeteiligten Partei wurde ihr keine Ausrüstung zur Verfügung gestellt. Nicht festgestellt werden konnte, dass für die Tour eine spezielle Ausrüstung notwendig war.

1.14. Die Beschwerdeführerin konnte ihr angebotene Touren ablehnen bzw. übernahm nur Touren, für die sie sich selbst eingetragen hat. Die Einteilung der jeweiligen Touren erfolgte über einen Mitarbeiter der XXXX .

Ein Vertretungsrecht wurde nicht vereinbart. Die Beschwerdeführerin hat sich auch tatsächlich nicht vertreten lassen. Die Beschwerdeführerin hat ihre Tätigkeit im verfahrensgegenständlichen Zeitraum stets persönlich ausgeübt.

Wenn die Beschwerdeführerin die Übernahme einer Tour zugesagt hatte, wurde erwartet, dass sie den Termin auch einhält. Wenn diese eine angenommene Tour kurzfristig doch nicht übernehmen hätte können, war die XXXX der mitbeteiligten Partei gegenüber verpflichtet, einen Ersatz zu finden.

1.15. Die Beschwerdeführerin erhielt für die jeweilige Tour jeweils ein (gleichbleibendes) fixes Entgelt in Höhe von € 1.620; die mitbeteiligte Partei übernahm auch die Kosten für die Übernachtungen der Beschwerdeführerin, sowie deren Beförderungskosten. Die Anzahl der Teilnehmer oder wetterbedingte Einschränkungen hatten keinen Einfluss auf ihre Bezahlung.

1.16. Die Beschwerdeführerin unterlag keinem Konkurrenzverbot oder einer Verschwiegenheitspflicht.

1.17. Die Beschwerdeführerin unterlag bei ihrer Tätigkeit keiner Kontrolle durch die mitbeteiligte Partei oder die XXXX . Sie hat keinen Tätigkeitsbericht über die jeweilige Tour verfasst und war dazu auch nicht verpflichtet. Die mitbeteiligte Partei hat von sich aus kein Feedback über die Tätigkeit der Beschwerdeführerin bei den Teilnehmern der Reise eingeholt. Es wurde auch nicht überprüft, ob die Urkunden über den Abschluss der Tour von der Beschwerdeführerin verteilt wurden.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Der unter Punkt I. dargestellte Verfahrensgang ergibt sich unbestritten aus dem Gerichtsakt und dem Verwaltungsakt der belangten Behörde, samt dem sich darin

befindlichen, angefochtenen Bescheid und der Beschwerde sowie den Ausführungen der Parteien im Rahmen der mündlichen Verhandlung.

2.2. Die Feststellungen zur juristischen Person und Tätigkeit der mitbeteiligten Partei gründen auf dem Akt der belangten Behörde.

2.3. Die Feststellung zur vertraglichen Vereinbarung der mitbeteiligten Partei mit der XXXX basiert insbesondere auf den diesbezüglichen Angaben des Geschäftsführers der mitbeteiligten Partei in der mündlichen Beschwerdeverhandlung bzw. der im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegten Stellungnahme vom 23.02.2021. Unstrittig und übereinstimmend waren auch die Angaben der Parteien zur Abwicklung der Bezahlung der Guides.

2.4. Die Feststellungen über die in Rede stehende Tour bzw. deren Bewerbung auf der Homepage der mitbeteiligte Partei gründen auf einer Einsichtnahme in die Webseite der mitbeteiligte Partei (XXXX) sowie den übereinstimmenden Angaben der Parteien, insbesondere des Geschäftsführers der mitbeteiligte Partei in der mündlichen Beschwerdeverhandlung. Ebenfalls aus der Website der mitbeteiligten Partei in Zusammenschau mit den Angaben der mitbeteiligten Partei im Verfahren ergeben sich die Feststellungen über die Buchungsabwicklung.

2.5. Der Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei gab in der mündlichen Verhandlung zudem glaubhaft an, dass in der Regel nur die Bergführer, die Eigentouren führen, auf der Homepage der mitbeteiligten Partei aufscheinen. Dass die Beschwerdeführerin dort ebenfalls ersichtlich war, sei seinen Angaben zu Folge ein Versehen gewesen.

2.6. Die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin die Befugnis als Bergwanderführerin gemäß den §§ 16 und 17 des Tiroler Bergsportführergesetztes innehat (und damit an die gesetzlichen Regelungen zur Berufsausübung gebunden ist), gründet sich auf eine Kopie des Ausweises im Verwaltungsakt; diese gab sowohl im Fragebogen zur „Versicherungserklärung für Freiberufler“ nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG als auch in der mündlichen Beschwerdeverhandlung an, über eine Haftpflichtversicherung zu verfügen.

2.7. Dass die mitbeteiligte Partei in den angegebenen Zeiträumen für die mitbeteiligte Partei als Bergwanderführerin tätig war, bestätigte sie nochmals im Rahmen der mündlichen Verhandlung und ist unstrittig.

2.8. Ebenfalls gleichbleibend gaben alle Parteien sowohl vor der belangten Behörde als auch dem BVwG an, dass es keine schriftlichen oder mündlichen Vereinbarungen zwischen der BF

und der mitbeteiligte Partei gegeben habe; die BF schilderte in der mündlichen Verhandlung, dass es lediglich ein Gespräch gegeben habe mit einem Mitarbeiter der XXXX, der diese gefragt habe, ob sie Interesse habe, Touren für die mitbeteiligte Partei zu übernehmen und es daraufhin das in den Feststellungen beschriebene Treffen gegeben habe, um die Strecke zu besprechen und Insiderinformationen zu erhalten. Weitere verpflichtende Einschulungsmaßnahmen wurden von keiner Partei vorgebracht bzw. konnten nicht festgestellt werden.

2.9. Die Beschwerdeführerin gab in der mündlichen Beschwerdeverhandlung an, sie könne von der Tour insofern abweichen, als man zB. gegen Ende der Tour entscheiden könne, eine Etappe mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurückzulegen. Zudem habe sie bei mehreren Streckenvarianten (nach Gutdünken) entscheiden können, welche gewählt wurde. Dass sie jedoch grundsätzlich an den beschriebenen Streckenverlauf und die von der mitbeteiligten Partei verkaufte Tour gebunden war, wird damit nicht bestritten und ergibt sich bereits aus den von der mitbeteiligte Partei organisierten Übernachtungen zumindest ein Start- und Endpunkt der Tour. Zudem werden die Kunden der mitbeteiligten Partei, wenn sie auch auf allfällig notwendige Abweichungen der beschriebenen Tour hingewiesen wurden, an einer grundsätzlichen Erfüllung der von ihnen gebuchten interessiert gewesen sein, woraufhin auch in der Beschwerde hingewiesen wird. Dass die Beschwerdeführerin bei derartigen (notwendigen, geringfügigen oder mit den Teilnehmern abgestimmten) Abweichungen nicht vorher Rücksprache mit Mitarbeitern der mitbeteiligten Partei oder der XXXX halten musste wurde übereinstimmend und glaubhaft angegeben.

Wie zuvor bereits erwähnt war die Tour als solches vorgegeben und war ein gänzlich Abweichen von einer geplanten Route in der Regel lediglich bei einer wetter- oder konditionsbedingten Notwendigkeit bzw. in Absprache mit den Teilnehmern möglich. Berücksichtigt man die Tatsache, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine staatlich geprüfte Bergwanderführerin handelt und deren Anforderungsprofil (insbesondere die Verantwortung der zu betreuenden Person) sich auch aus dem (im gegenständlichen Fall relevanten) Tiroler Bergsportführergesetz (TBSFG) definiert wird, leitet sich daraus die Feststellung ab, dass sie während der Tour für die von ihr geführte Gruppe verantwortlich und daher verpflichtet ist, die konkrete Situation eigenverantwortlich zu beurteilen und zu entscheiden. Die Angaben der Parteien im Verfahren ließen jedoch übereinstimmend nicht darauf schließen, dass die Beschwerdeführerin bei ihrer Tätigkeit an irgendwelche Vorgaben der mitbeteiligten Partei gebunden war.

2.10. Die Feststellung, dass der Beschwerdeführerin keine Ausrüstungsgegenstände von der mitbeteiligten Partei zur Verfügung gestellt wurden ergibt sich, ebenso wie die Feststellung zu den privaten Ausrüstungsgegenständen aus einer Zusammenschau der Angaben der mitbeteiligten Parteien vor der belangten Behörde und in der mündlichen Verhandlung. Nicht festgestellt werden konnte jedoch nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass diese für die angebotene Tour irgendwelche besonderen Ausrüstungsgegenstände benötigt hätte, die über solche, die auch der privaten Lebensführung dienen, hinausgehen würden.

2.11. Die BF gab an, sie habe von einem Mitarbeiter der XXXX Bescheid bekommen, welche Termine ihr zur Verfügung gestellt wurden. Dass die Beschwerdeführerin die ihr angebotenen Touren ablehnen hätte können sowie dass sie für die Ablehnung einer Tour keine Gründe bekanntgeben hätte müssen, ergibt sich aus den glaubhaften und ebenfalls unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin sowie der weiteren Beteiligten.

Unbestritten wurde kein Vertretungsrecht ausdrücklich vereinbart. Wenn diese von der belangten Behörde getroffene Feststellung auch in der Beschwerde als falsch bezeichnet wird, steht dies im Widerspruch zur unbestrittenen Angabe sämtlicher Beteiligter, es habe keine (wie immer gearteten) vertraglichen Vereinbarungen mit der BF (weder von der mitbeteiligten Partei noch von der XXXX) gegeben. Ebenfalls unstrittig ist auch die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin sich nie hat vertreten lassen.

Das erkennende Gericht geht davon aus, dass bei einer Zusage durch die Beschwerdeführerin auch erwartet wurde, dass diese die Tour (persönlich) führt. Dies folgt nach Ansicht des erkennenden Gerichts bereits daraus, dass die mitbeteiligte Partei an die Reisetilnehmer einige Wochen vor Start der Tour den Namen und Telefonnummer sowie e-mail Adresse und ein Bild des Bergwanderführers übermittelte und dieser den Teilnehmern somit bekannt war und auch für Fragen der Teilnehmer zur gebuchten Reise zur Verfügung stand. Es war somit im unternehmerischen Interesse der mitbeteiligten Partei als Vertragspartnerin der Beschwerdeführerin, dass diese zugesagte Touren auch durchgeführt hat.

Die Beschwerdeführerin gab zwar an, sie hätte im Falle einer Absage ev. versucht, Ersatz zu finden, dies wäre aber primär über die XXXX gelaufen, was von der mitbeteiligten Partei bestätigt wurde, deren Geschäftsführer zur Kooperationsvereinbarung mit der XXXX ausführte, diese wäre im Falle einer Absage verpflichtet gewesen, einen Ersatz stellig zu machen. Konkret brachte die BF im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor, dass ihre Kontaktperson bei der XXXX ihr gesagt habe, sie solle sich melden, wenn sie keine Zeit habe, weil es andere Personen gäbe, die Interesse hätten.

2.12. Die Feststellung über die Abgeltung der Leistungen der Beschwerdeführerin, insbesondere dem fixen Entgelt pro Tour und der Vergütung der sonstigen weiteren Aufwendungen, ergeben sich ebenso aus den Angaben der mitbeteiligten Partei im Rahmen der mündlichen Verhandlung.

2.13. Aus dem diesbezüglich übereinstimmenden und glaubhaften Vorbringen ergibt sich die mangelnde Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes bzw. einer Verschwiegenheitspflicht.

2.14. Glaubhaft erachtet das erkennende Gericht die Angaben der mitbeteiligten Parteien über die nicht vorhandenen Kontrollmechanismen seitens der mitbeteiligte Partei und ergaben sich die diesbezüglichen Feststellungen aus den gleichbleibenden und übereinstimmenden Angaben im Verlauf des Verfahrens.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Anzuwendende Bestimmungen:

Die gegenständlich maßgeblichen Bestimmungen des ASVG und des AIVG in der hier anzuwendenden Fassung lauten wie folgt:

Pflichtversicherung

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;

...

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

(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.

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.

§ 1 Abs. 1 lit. a) AIVG lautet:

ARTIKEL I

Umfang der Versicherung

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

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

3.2 Anwendung auf den vorliegenden Sachverhalt

3.2.1. Prüfung des Dienstgebers

Als Dienstgeber nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis 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.

Zu der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass dies jene

Person sei, die nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten) aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. das Erkenntnis vom 07.09.2011, 2008/08/0165, mwN).

An der Dienstgebereigenschaft der Person, die das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft, ändert es ferner nichts, wenn sie den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn an Stelle des Entgelts ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter verweist oder dadurch, dass ein (mit ihrem Wissen und Willen den Betrieb führender) Dritter bei einzelnen betrieblichen Geschäften, so auch bei der Indienstnahme und Beschäftigung einer Person im Betrieb und für den Betrieb, einschließlich Weisungserteilung und tatsächlicher Entgeltszahlung als "Mittelsperson", nach außen hin im eigenen Namen auftritt; dabei kommt es nicht darauf an, dass die Indienstnahme "ohne Wissen" oder gar "gegen den Willen" des Dienstgebers erfolgt ist. Aus der Ausübung von Funktionen, wie der Aufnahme und Entlassung von Arbeitnehmern, der Ausbezahlung der Löhne, der Entgegennahme von Bestellungen und der Durchführung von Kalkulationen, kann für sich allein noch nicht auf die Dienstgebereigenschaft geschlossen werden (vgl. das Erkenntnis vom 02.04.2008, 2007/08/0240 und vom 20.11.2002, Zl. 98/08/0017).

Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, wurden die für die Durchführung der betreffenden Wanderung benötigten Bergführer von einem Dritten, nämlich der XXXX ausgewählt, die auch im Weiteren für diese zur Sicherstellung der Abwicklung zuständig blieb. Die diesbezügliche Vereinbarung ist ihrer Rechtsnatur als Dienstverschaffungsvertrag zu werten (vgl. VwGH 05.12.2019, Ra 2016/08/0109). Es ist auch nicht hervorgekommen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der XXXX ein Dienstverhältnis bestanden hätte, so dass von einem Leiharbeitsverhältnis auszugehen wäre (vgl. VwGH Ro 2014/08/0046).

Diese Organisation aquirierte die Bergführer, so auch die Beschwerdeführerin für ihre Tätigkeit, die sie in der Folge für die mitbeteiligte Partei erbracht und von dieser entgegen genommen wurde. Die mitbeteiligte Partei ist Veranstalter der Reise und für deren Organisation zuständig. Die Kosten werden aus den Gebühren der Teilnehmer, welche der mitbeteiligte Partei zukommen, bestritten und auch das den Bergführern zustehende Entgelt wurde von der mitbeteiligten Partei bezahlt. Die mitbeteiligte Partei ist daher als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen.

3.2.2. Vorliegen von Werkverträgen oder Dienstverträgen

Die beschwerdeführende Partei macht im Wesentlichen geltend, dass es sich bei den genau konkretisierten und individualisierten Leistungen um Werkverträge handeln würde. Das geschuldete Werk sei zudem auch gewährleistungstauglich, da der Guide/Bergwanderführer einerseits für die Sicherheit der Leute aufzukommen habe und bei falschen Entscheidungen auch eine Haftung zu übernehmen habe. Andererseits sei bei nicht erbrachter Durchführung kein Werkentgelt an den Guide zu bezahlen. Die Werkleistung sei vom Erfolg abhängig. Wenn die Werkleistung nicht erbracht werde, stehe kein Werkentgelt zu.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A, grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und hat - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, 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 liegt 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 beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, 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.

Eine vertragsmäßige Konkretisierung des Werkes scheidet schon daran, dass es sich bei der Durchführung einer Wanderung über mehrere Tage nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn handelt. Außerdem ist kein Maßstab ersichtlich, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Tätigkeit der Beschwerdeführerin ist nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren „Werk“ nicht die Rede sein kann. Das Entgelt der Beschwerdeführerin richtete sich auch nicht daran, ob bzw. wie viele TeilnehmerInnen die Wanderung tatsächlich geschafft haben, sondern wurde mit einem Fixpreis abgerechnet.

Die Beschwerdeführerin schuldete vertragsgemäß die Durchführung und Abwicklung der Bergtour. Dies umfasste die Abholung und Ablieferung der Tourteilnehmer am vereinbarten Start- und Endpunkt, die Richtungsvorgabe, im Wesentlichen die Einhaltung der Tagesetappen sowie die Betreuung und Begleitung der Tourteilnehmer auf der Bergtour. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin umfasst aber auch eigenverantwortlich für die Sicherheit der Tourteilnehmer zu sorgen und dabei individuelle Entscheidung über Tourabweichungen, die beispielsweise im konditionellen oder witterungsbedingten Überlegungen gründeten, vorzunehmen. Es handelt sich somit um klassische Dienstleistungen einer Bergführerin. Die Herstellung eines Werkes war hingegen nicht geschuldet. Somit liegt zweifelsfrei ein Dienstvertrag vor.

3.2.3. Persönliche Arbeitspflicht

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor.

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein „generelles Vertretungsrecht“ zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte übertragen kann. 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 einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. 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. etwa VwGH vom 14.07.2017, Ra 2016/08/0132).

Selbst ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht 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 (vgl. VwGH vom 25.02.2013, 2013/08/0093, und vom 19.10.2015, 2013/08/0185).

Wie in den Feststellungen dargelegt, wurde ein Vertretungsrecht mit der Beschwerdeführerin nicht vereinbart. Auch hat sich die BF tatsächlich nicht vertreten lassen. Weiters wurde auch festgestellt, dass bei einer Zusage der Beschwerdeführerin erwartet wurde, dass diese die Wanderung auch durchführt. Damit wurde kein Recht ausbedungen, die Leistungserbringung jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes fehlt die persönliche Arbeitspflicht auch dann, wenn einem Beschäftigten ein „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung stehen werde.

Die Befugnis eines Erwerbstätigen, angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt die persönliche Arbeitspflicht in keiner Weise, mag diese Befugnis auch als „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ (in einem weiteren Sinn) bezeichnet werden. Zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen (vgl. bsp. VwGH vom 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch ein den Dienstnehmern bei Diensterteilungen eingeräumter Entscheidungsspielraum im modernen Erwerbsleben nichts Ungewöhnliches und hat mit den von der Rechtsprechung für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterien eines „generellen Vertretungsrechts“ bzw. „sanktionslosen Ablehnungsrechts“ nichts zu tun. Er wirkt sich nicht auf die bei der

eigentlichen Diensterbringung bestehende persönliche Abhängigkeit aus, sondern allenfalls darauf, ob kontinuierliche oder tageweise Beschäftigungsverhältnisse vorliegen (VwGH vom 19.02.2014, Zl. 2013/08/0160).

Wie im Sachverhaltsteil dargelegt, hat die Beschwerdeführerin mit der mitbeteiligten Partei die Durchführung einer Wanderung vereinbart und hatte die Beschwerdeführerin bei jedem neuen (konkludent abgeschlossenen) Vertrag die Möglichkeit diesen anzunehmen oder nicht. Bei Zusage einer konkreten Tour war dieser Termin auch einzuhalten.

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, stünde im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG). Anders wäre ein solcher Sachverhalt aber z.B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisiert, dass für deren Durchführung mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stehen ("Arbeitskräftepool"), und es ihm - nicht zuletzt wegen der Einfachheit der Arbeiten - gleichgültig ist, von welcher - gleichwertigen - -Arbeitskraft aus dem potenziell zur Verfügung stehenden Kreis er die Arbeiten verrichten lässt. Steht ihm also die Möglichkeit offen, im Falle der Absage der von ihm in Aussicht genommenen Person, aus dem "Pool" die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen und stehen genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, kann der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu dürfen. Dass dies auch im vorliegenden Fall zutrifft, bzw. mit den unternehmerischen Anforderungen der mitbeteiligten Partei in Einklang zu bringen wäre, ist nicht hervorgekommen. Ein sanktionsloses Ablehnungsrecht im Sinne dieser Rechtsprechung war daher nicht gegeben.

Wie im Sachverhalt dargelegt, traf die Beschwerdeführerin keine periodische Leistungspflicht, sondern war es ihr überlassen, bei einer Anfrage der mitbeteiligten Partei bzw. der XXXX als Vermittlerin für erstere tätig zu werden oder nicht.

Dieses Recht schließt daher der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes folgend das Vorliegen eines durchgehenden sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus. Während der wiederkehrenden kurzfristigen tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen können aber jeweils befristete versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zu Stande kommen, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist.

Es ist daher weiter zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin diese Dienstleistungen in persönlicher (und wirtschaftlicher) Abhängigkeit für mitbeteiligte Partei erbracht hat.

3.2.4 Prüfung der persönlichen Abhängigkeit

Ob diese Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht wurden, mit anderen Worten: ob dabei im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit jene der Unabhängigkeit überwogen haben, hängt nach der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob die betreffenden „Vertragspartner“ in den Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens den Weisungen der beschwerdeführenden Partei unterlagen oder nicht. Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit ist zwischen sachlichen Weisungen, die das Arbeitsverfahren betreffen und die auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen, und persönlichen Weisungen, die das arbeitsbezogene Verhalten bzw. die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben, zu unterscheiden (vgl. etwa VwGH 09.10.2013, 2012/08/0263).

Für die Beurteilung, ob eine Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit ausgeübt wird, ist es von besonderer Aussagekraft, ob der Erwerbstätige in einen Betrieb mit einer vom Dienstgeber determinierten Ablauforganisation in einer Weise eingebunden war, dass dies der Erteilung ausdrücklicher persönlicher Weisungen und der Vornahme entsprechender Kontrollen gleichgehalten werden kann ("stille Autorität" des Dienstgebers). Weiters spielt die für die Tätigkeit erforderliche Qualifikation eine Rolle, weil sich - unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen (die in der Realität des Arbeitsverhältnisses nicht immer erwartet werden können) - mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert. Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (unter Umständen auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen. Derartige Dispositionsmöglichkeiten stärken – insbesondere bei Fehlen der Einbindung in eine Betriebsorganisation – die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und sprechen für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses. (vgl. VwGH 23.08.2021, Ra 2020/08/0040, mwN)

Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines

persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausgehende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert. (VwGH 01.10.2015 Ro 2015/08/0020)

Die von der Rechtsprechung hervorgehobenen personenbezogenen Weisungs- und Kontrollbefugnisse des Dienstgebers gehen über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und betreffen das Verhalten des Erwerbstätigen und die Art und Weise, wie er seine Tätigkeiten verrichtet (zB Pünktlichkeit, Verlässlichkeit, persönliches Erscheinungsbild, Benehmen, Kommunikationskultur, Arbeitseifer, Sorgfalt, Lernbereitschaft, Teamfähigkeit, Lenkbarkeit, Einfüfungsbereitschaft in vorgegebene Strukturen des Arbeitsablaufs usw). Sie sind Mittel des Dienstgebers, unter Beachtung der Fürsorgepflicht auf das persönliche Verhalten des Dienstnehmers Einfluss zu nehmen und dieses im betrieblichen Interesse (laufend) zu steuern. Der daraus erwachsende personenbezogene Anpassungsdruck 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 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). (vgl. VwGH 20.02.2020, Ra 2019/08/0171, mwN)

Da die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit nicht im Betrieb der mitbeteiligten Partei ausübte, sondern vor Ort bei den Reiseteilnehmern, war sie im Sinne der VwGH-Judikatur disloziert tätig. Es kann daher nicht ohne weiteres von einer Einbindung in den Betrieb der mitbeteiligten Partei ausgegangen werden, vielmehr sind die konkreten Umstände und Rahmenbedingungen der Erbringung der Dienstleistungen durch die Beschwerdeführerin zu betrachten.

Als personenbezogene Kontrollmechanismen kommen bei dislozierten (außerhalb einer Betriebsorganisation ausgeübten) Tätigkeiten in erster Linie Berichterstattungspflichten bzw.

Berichtspflichten in Frage (VwGH 25.06.2013, 2013/08/0093; 18.08.2015, 2013/08/0121; 01.10.2015, Ro 2015/08/0020).

Zeitlich war durch die mitbeteiligte Partei nur der Beginn und das Ende der Reise vorgegeben. Nicht festgelegt war der konkrete Start an den folgenden Tagen und auch nicht die konkrete Dauer am jeweiligen Reisetag. Auch hier hat die Ungebundenheit ihre Grenzen in den Erfordernissen, dass die von der mitbeteiligten Partei gebuchte Hütte erreicht werden musste, was allerdings für den vorliegenden Fall kein wesentliches Abgrenzungskriterium darstellt. Auch wenn die Beschwerdeführer als selbständige Unternehmerin eine Bergtour anbieten würde, wäre sie an die von ihr vorgenommenen Buchungen in gewisser Hinsicht gebunden, wie in der Beschwerde zutreffend ausgeführt wird.

Die Beschwerdeführerin war örtlich zwar grundsätzlich an das vorgegebene Tagesprogramm der Reise gebunden. Ihr kam dabei insofern ein Spielraum zu, als eine Änderung aufgrund von Wetterbedingungen, Geländeverhältnisse und Niveau der Teilnehmer möglich war und auch die konkrete Route von ihr gewählt werden konnte, sofern mehrere Varianten zur Verfügung standen.

Im vorliegenden Fall gab es im Vorfeld keine Überprüfung seitens der mitbeteiligte Partei, ob die Beschwerdeführerin über die erforderlichen Kenntnisse verfügt hat. Es konnten im Verfahren weder verpflichtende Einschulungsmaßnahmen noch wie immer geartete Kontrollmechanismen festgestellt werden. Weder war die Beschwerdeführerin Berichts- oder Meldepflichten unterworfen, aus denen sich eine Kontrollmöglichkeit ihrer Tätigkeit ergeben hätte, noch ist die mitbeteiligte Partei in einer anderen Art und Weise gegenüber der Beschwerdeführerin kontrollierend aufgetreten.

Die mitbeteiligte Partei (oder die die Bergwanderführer vermittelnde XXXX) hat in keiner Weise aus eigener Veranlassung ein Feedback von den Reiset Teilnehmern eingeholt oder die Kundenzufriedenheit systematisch erhoben. Es bestand zwar die Möglichkeit für die Teilnehmer, die Reise auf der Homepage der mitbeteiligten Partei zu bewerten, diese Kommentare wurden jedoch der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis gebracht, oder von der mitbeteiligten Partei in irgendeiner Form ausgewertet und hatten keinen Einfluss auf die weitere Tätigkeit der Beschwerdeführerin. Die ausgeführte fehlende Kontrollmöglichkeit der mitbeteiligten Partei spricht damit im Zusammenhang mit der dislozierten Beschäftigung der Beschwerdeführerin für deren persönliche Unabhängigkeit.

Es gab auch sonst keine Anweisungen an die Beschwerdeführerin betreffend das arbeitsbezogene Verhalten, weder das äußere Erscheinungsbild noch ihr Verhalten gegenüber den Kunden betreffend. Die Beschwerdeführerin unterlag zudem keinem Konkurrenzverbot.

Insgesamt ist vor dem Hintergrund der fehlenden Weisungsgebundenheit, des nicht vorliegenden Konkurrenzverbots und des Fehlens von Kontrollmechanismen in einer Gesamtbetrachtung von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher Unabhängigkeit gegenüber jener persönlicher Abhängigkeit iSd. § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen.

3.2.5. Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG

Da somit keine persönliche Abhängigkeit der Beschwerdeführerin vorlag, bleibt zu prüfen, ob die Tätigkeit der Beschwerdeführerin für die mitbeteiligte Partei 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.

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für 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 (Z1) oder eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit) (Z2), wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, es sei denn 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 (lit.a) oder dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt (lit.b) oder dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird (lit.c) oder dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes (lit.d), handelt.

Die Beschwerdeführerin hat die Tätigkeit für die mitbeteiligte Partei 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).

Die Beschwerdeführerin nutzte zwar im Wesentlichen ihre eigene Ausrüstung in Form von Kleidung, Schuhe oder Erste-Hilfe Material, die sie auch steuerlich geltend gemacht hat. Diese eher geringwertigen Wirtschaftsgüter, die auch der privaten Lebensführung dienen, treten allerdings im Vergleich zur betrieblichen Infrastruktur der mitbeteiligten Partei, welche den Kundenstock, die Website, die Organisation und Planung der Reise durch ihr Büro abwickelte, in den Hintergrund.

Im Ergebnis ist im konkreten Fall somit vom Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel auszugehen.

Das Vorliegen einer qualifizierten Dienstgebereigenschaft (§ 4 Abs. 4 Z1 ASVG) als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Pflichtversicherung als freie Dienstnehmer ist ebenfalls zu bejahen, zumal die Beschwerdeführerin im Rahmen des Geschäftsbetriebes der mitbeteiligten Partei für diese tätig war.

Zusammengefasst lag daher bei der Beschwerdeführerin im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor.

3.2.6 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. Es war daher spruchgemäß auch die Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit.a AIVG festzustellen.

Zu B) (Un)Zulässigkeit 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.