



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

1 6 . 0 2 . 2 0 2 3

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 2 0 9 2 2 5 6 4 2 2 - 1 / 7 E ;

W 2 0 9 2 2 5 7 8 9 5 - 1 / 6 E

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

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GmbH, BKNR XXXX , und des Ing. XXXX , SVNR XXXX , beide vertreten durch MOORE STEPHENS Kroiss & Partner Wirtschaftsprüfung GmbH, Plankengasse 4, 1010 Wien, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Niederösterreich, vom 26.04.2022, GZ: XXXX , betreffend Einbeziehung des Ing. XXXX , SVNR XXXX , in die Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) und in die Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) hinsichtlich seiner für die XXXX GmbH im Zeitraum von 01.10.2018 bis 31.12.2019 ausgeübten Tätigkeit nach am 18.01.2023 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass Ing. XXXX , SVNR XXXX , hinsichtlich seiner im Zeitraum von 01.10.2018 bis 30.11.2019 für die XXXX GmbH ausgeübten Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 4 ASVG der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a bzw. Abs. 8 AIVG der Arbeitslosenversicherung und hinsichtlich seiner für die XXXX GmbH im Zeitraum von 01.12.2019 bis 31.12.2019 ausgeübten Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 4 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterliegt.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit beschwerdegegenständlichem Bescheid vom 26.04.2022 sprach die belangte Behörde (im Folgenden ÖGK) aus, dass Herr Ing. XXXX, SVNR XXXX, (Erstbeschwerdeführer) aufgrund seiner Tätigkeit als Konsulent für die XXXX GmbH (Zweitbeschwerdeführerin) von 01.10.2018 bis 31.12.2019 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege.

Begründend führte die ÖGK zusammengefasst aus, in Folge einer bei der XXXX GmbH (Zweitbeschwerdeführerin) für den Prüfzeitraum von 01.01.2017 bis 31.12.2019 vorgenommenen Gemeinsamen Prüfung Lohnabgaben und Beiträge (GPLB) und nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens sei festgestellt worden, dass der Erstbeschwerdeführer in der Zeit von 01.10.2018 bis 31.12.2019 als Konsulent für die Zweitbeschwerdeführerin tätig gewesen sei. Davor sei der Erstbeschwerdeführer bereits über 20 Jahre als Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin beschäftigt gewesen. Mit Ende Juli 2018 habe der Erstbeschwerdeführer seine Pension angetreten. Dem vorgelegten Konsulentenvertrag lasse sich nicht entnehmen, dass das Vertragsverhältnis zwischen Erstbeschwerdeführer und Zweitbeschwerdeführerin mit der Herstellung eines bestimmten Werkes enden habe sollen, weshalb davon auszugehen sei, dass sich der Erstbeschwerdeführer gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet habe. Das Tätigwerden des Erstbeschwerdeführers sei als zeitlich unbegrenztes Tun zu bewerten und nicht als ein Werkvertrag im Sinne der Judikatur. Auch eine fallweise Beschäftigung scheidet aufgrund der Häufigkeit der Beschäftigungszeit aus. Im konkreten Fall sei der Erstbeschwerdeführer nicht tageweise tätig gewesen und es sei die Beschäftigung nicht für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart worden. Das Beschäftigungsverhältnis sei auf unbestimmte Zeit vereinbart worden. In Gesamtschau aller Beurteilungskriterien sei auszusprechen, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Vertragsverhältnis um einen echten Dienstvertrag gehandelt habe. Der Erstbeschwerdeführer sei trotz gewisser Merkmale persönlicher Selbständigkeit in einem solchen Maße persönlich abhängig und weisungsunterworfen in das Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin eingebunden

gewesen, dass von einem Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG und von keinem freien Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen sei.

2. Gegen diesen Bescheid erhoben der Erstbeschwerdeführer und die Zweitbeschwerdeführerin durch ihre steuerliche Vertretung mit Schreiben vom 02.06.2022 binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde.

Im Wesentlichen wurde vorgebracht, dass seitens der belangten Behörde falsche Beitragssätze angewendet bzw. Begünstigungen für Dienstnehmer, die das 65. Lebensjahr bereits vollendet haben, sowie die täglichen Höchstbeitragsgrundlagen bei fallweiser Beschäftigung nicht berücksichtigt worden seien. Außer Streit werde gestellt, dass der Erstbeschwerdeführer als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG im Sinne einer fallweise beschäftigten Person anzusehen sei. Das Beschäftigungsverhältnis des Erstbeschwerdeführers stelle eine fallweise Beschäftigung im Sinne von § 33 Abs. 4 ASVG bzw. dessen Vorgängerbestimmung dar. Die beiden Beschwerdeführer beehrten, dass die auf das Beschäftigungsverhältnis mit dem Erstbeschwerdeführer für das Jahr 2018 entfallenden Sozialversicherungsbeiträge (Dienstnehmer- und Dienstgeberanteil) mit EUR 983,42 und für das Jahr 2019 mit EUR 2.612,67 festzusetzen seien.

3. Mit Schreiben vom 28.06.2022 legte die ÖGK die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor und brachte ergänzend vor, dass sich aus dem Prüfbericht die Anwendung des richtigen Beitragssatzes unter Berücksichtigung des entfallenen Unfallversicherungsbeitrages, Arbeitslosenversicherungsbeitrages sowie des Zuschlages zum Insolvenzentgeltsicherungsgesetzes ergebe. Die Beanstandungen könnten seitens der ÖGK nicht nachvollzogen werden und es sei die Höhe der Beitragsnachverrechnung nicht Gegenstand des Bescheides gewesen. Weiters sei im Bescheid vom 26.04.2022 dargelegt worden, warum bei der vorliegenden Beschäftigung keine fallweise Beschäftigung in Frage kommen könne. Unter fallweise beschäftigten Personen würden Personen verstanden werden, die in unregelmäßiger Folge tageweise bei demselben Dienstgeber beschäftigt würden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart sei. Es habe sich um regelmäßige Einsatztage gehandelt, auch wenn dies nicht ausdrücklich vertraglich festgelegt worden sei. Die Dauer der Unterbrechung habe die Dauer der Einsatztage nicht überstiegen und es sei eine periodisch wiederkehrende Leistungspflicht gelebt worden. Tatsächlich sei eine wiederkehrende Beschäftigung an bestimmten Tagen erfolgt und damit eine wiederkehrende Leistung. Wie auch in VwSlg 7859/A. dargelegt, könne ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis nur dann angenommen werden, wenn eine im Voraus bestimmte oder tatsächlich feststellbare, periodisch wiederkehrende Leistungspflicht (täglich,

wöchentlich, monatlich) bestehe. Tatsächlich habe im vorliegenden Fall anhand der Arbeitszeitaufzeichnungen eine periodisch wiederkehrende Leistungspflicht festgestellt werden können. Dafür spreche auch die explizit im Vertrag angeführte Vereinbarung eines auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Beschäftigungsverhältnisses. Im abgeschlossenen Konsultenvertrag habe sich der Erstbeschwerdeführer zur Beratung und Unterstützung der Geschäftsführung der Zweitbeschwerdeführerin bei der Entwicklung und Betreuung von Geschäftsbeziehungen und Produkten sowie beim Vertrieb der Dienstleistungen und Produkte des Unternehmens verpflichtet. Eine nähere Konkretisierung des Ausmaßes der Tätigkeit und der Lage der Arbeitszeit sei nicht erfolgt. Dem Vorbringen der Beschwerdeführer, es handle sich bei diesem Vertrag lediglich um einen Rahmenvertrag und es seien die einzelnen Einsatztage gesondert vereinbart worden, sei entgegenzuhalten, dass der Erstbeschwerdeführer dauerhaft und überschneidend unterschiedlichste Projekte betreut habe, so wie er dies bereits in einem aufrechten Dienstverhältnis getan habe. Eine ähnlich einem Werkvertrag konkretisierte Zuweisung einzelner Projekte sei in diesem Vertragsverhältnis überhaupt nicht vorgesehen gewesen. Es handle sich um Projekte, die der Erstbeschwerdeführer bereits als Dienstnehmer der Zweitbeschwerdeführerin betreut und als Konsulent beendet habe.

4. Am 18.01.2023 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher der Erstbeschwerdeführer, die steuerliche Vertretung der beiden Beschwerdeführer und zwei Vertreter:innen der belangten Behörde teilnahmen. Im Rahmen der Verhandlung wurde Dkfm R. als Zeuge einvernommen.

In der mündlichen Verhandlung wurden seitens der Rechtsvertretung der Beschwerdeführer Schreiben betreffend Beitragsvorschreibung durch die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen (SVS), ein Schreiben der SVS vom 22.01.2022, ein Schreiben des Erstbeschwerdeführers vom 28.02.2022 mit dem Betreff „Antrag auf Verfahren zur Klärung der Versicherungszuordnung“, ein Schreiben der SVS vom 29.03.2022 und die Bewilligung der Fahrnisexekution hinsichtlich des seitens der SVS geforderten Betrages (datiert mit 03.11.2022) sowie eine Bestätigung über die Einzahlung des Betrages vom 11.11.2022, vorgelegt. Mit jenem Schreiben vom 28.02.2022 hatte der Erstbeschwerdeführer gegenüber der SVS vorgebracht, durch die Vorschreibung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die SVS komme es zu einer doppelten Belastung mit Sozialversicherungsbeiträgen, weshalb er den Antrag stelle, gemäß § 194 GSVG iVm § 194b GSVG iVm § 412a ASVG ein Verfahren zur Klärung der Versicherungszuordnung einzuleiten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

1.1. Die Zweitbeschwerdeführerin, eine GmbH, betreibt und betrieb im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein auf die Entwicklung, Produktion und Lieferung von Technologie, Ausrüstung und Anlagen für landwirtschaftliche Produkte spezialisiertes Unternehmen. Der Erstbeschwerdeführer war von 1995 bis zu seinem Pensionsantritt Ende Juli 2018 Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin.

1.2. Von 01.10.2018 bis 31.12.2019 war der Erstbeschwerdeführer auf Grundlage eines am 05.10.2018 mit der Zweitbeschwerdeführerin auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen, von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zu jedem Monatsletzten kündbaren, schriftlichen Konsulentenvertrages als Konsulent für die Zweitbeschwerdeführerin tätig. Der Erstbeschwerdeführer hatte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum für diese Tätigkeit keine Gewerbeberechtigung. Er war für seine Tätigkeit als Konsulent für die Zweitbeschwerdeführerin weder vor noch währenddessen zur Pflichtversicherung gemeldet.

1.3. Ziel des Konsulentenvertrages vom 05.10.2018 war es unter anderem, das Branchen-Know-how sowie das Netz an Geschäftskontakten des Erstbeschwerdeführers weiterhin für die Zweitbeschwerdeführerin zu nutzen.

1.4. Als Aufgaben des Erstbeschwerdeführers wurden vertraglich die Beratung und Unterstützung der Geschäftsführung des Unternehmens der Zweitbeschwerdeführerin bei der Entwicklung und Betreuung von Geschäftsbeziehungen und Produkten sowie beim Vertrieb der Dienstleistungen und Produkte des Unternehmens festgelegt, wovon insbesondere die Akquisition von Neukunden, die Betreuung bestehender Kunden, die Teilnahme an Konferenzen und Messen, allenfalls erforderliche Geschäftsreisen und ganz allgemein Marketing-Aktivitäten sowie Aufgaben im Bereich Forschung und Entwicklung (Research & Development – R & D) umfasst waren. Nicht seitens des Erstbeschwerdeführers sollten dem Vertrag zufolge Aufgaben des Tagesgeschäfts und Managementaufgaben wahrgenommen werden. Ihm wurde auch keine Vertretungs- und Zeichnungsbefugnis eingeräumt, weshalb er nicht berechtigt sein sollte, rechtsverbindliche Erklärungen für die Zweitbeschwerdeführerin abzugeben.

Der Erstbeschwerdeführer war mit der Behandlung von Problemen in der Auftragsabwicklung (u.a. Mängel, Zeitverzögerungen) und der Abnahme von Projekten durch eine Einigung über

Nacharbeiten und die Beseitigung von Gewährleistungsmängeln mit dem jeweiligen Auftraggeber betraut. Bei Bedarf wurde der Erstbeschwerdeführer seitens des Geschäftsführers der Zweitbeschwerdeführerin zu Projekten beigezogen und damit befasst, die durch den Geschäftsführer definierten Aufgaben zu übernehmen. Der Erstbeschwerdeführer wickelte zu einem großen Teil Projekte im Ausland ab, welche ihm seitens des Geschäftsführers der Zweitbeschwerdeführerin zugewiesen wurden. Es handelte sich dabei sowohl um Projekte, mit denen der Erstbeschwerdeführer bereits während seiner Zeit als Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin betraut war, als auch um neue Projekte. Der Erstbeschwerdeführer unterstützte die Projektleitung der Zweitbeschwerdeführerin und entwickelte Konzepte für einzelne Projekte. Er arbeitete mit Mitarbeitern der Zweitbeschwerdeführerin anlassbezogen zusammen, informierte sich bei diesen über den aktuellen Stand von Projekten und wurde von diesen bzw. von Projektleitern bei Dienstreisen, auch im Ausland, sowie bei Besprechungen begleitet.

1.5. Es war vertraglich geregelt, dass die Zweitbeschwerdeführerin die vom Erstbeschwerdeführer benötigten Dienstleistungen gesondert und schriftlich beauftragt und dass der Erstbeschwerdeführer diese Einzelaufträge durch schriftliche Erklärung annimmt, wobei dieser gemäß Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 berechtigt sein sollte, deren Annahme ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

Tatsächlich bestand diese Möglichkeit, Einzelaufträge abzulehnen für den Erstbeschwerdeführer nicht und er hat auch nie einen solchen Auftrag abgelehnt.

1.6. Gemäß Konsulentenvertrag war der Erstbeschwerdeführer verpflichtet, die Beratungs- und Unterstützungsleistungen persönlich durchzuführen. Eine Vertretung durch Dritte war nicht zulässig. Der Erstbeschwerdeführer ließ sich tatsächlich auch nie vertreten.

1.7. Dem Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 zufolge sollte der Erstbeschwerdeführer bei seiner Tätigkeit örtlich sowie zeitlich nicht eingeschränkt und sowohl bei der Gestaltung seiner Dienstleistungen als auch betreffend Arbeitszeiten völlig frei sein. Interessen des Unternehmens waren seitens des Erstbeschwerdeführers angemessen zu berücksichtigen und im Bedarfsfall hatte er sich an die vom Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin für den Einzelfall definierten Vorgaben zu halten.

Die Ziele für die einzelnen durchzuführenden Projekte wurden seitens der Zweitbeschwerdeführerin festgelegt, in der Umsetzung war der Erstbeschwerdeführer frei.

Entsprechend der diesbezüglichen Vereinbarung im Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 hatte der Erstbeschwerdeführer kein eigenes Büro bzw. keinen fix zugewiesenen Arbeitsplatz bei der Zweitbeschwerdeführerin. Im Bedarfsfall konnte er seine Tätigkeit in Konferenzräumen verrichten oder es stand ihm ein freier Arbeitsplatz samt EDV-Ausstattung zur Verfügung, der üblicherweise etwa von externen Dienstleistern (z.B. Wirtschaftsprüfer) genutzt wurde bzw. genutzt werden konnte. Außer bei Besprechungen, bei denen die Anwesenheit des Erstbeschwerdeführers erforderlich war und bei denen er auch anwesend war, war der Erstbeschwerdeführer nicht verpflichtet, vor Ort zu sein und konnte anhand der jeweiligen projektbezogenen Erfordernisse selbst entscheiden, ob er in den Räumlichkeiten der Zweitbeschwerdeführerin arbeitet bzw. ob er deren Infrastruktur nutzt oder nicht.

Der Erstbeschwerdeführer war vertraglich nicht angehalten, mit einem entsprechenden System bzw. Programm der Zweitbeschwerdeführerin Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen und/oder Urlaubsanträge zu stellen. Zeitaufzeichnungen führte der Erstbeschwerdeführer ausschließlich dazu, um diese seinen Honorarnoten zugrunde legen zu können, somit zu Zwecken der Abrechnung seiner Leistungen.

Im Konsulentenvertrag wurde kein zeitliches Ausmaß, keine Mindeststundenanzahl und auch kein Stundenkontingent für das Tätigwerden des Erstbeschwerdeführers festgelegt. Er war im Jahr 2018 im Oktober an acht Tagen, im November an sieben Tagen und im Dezember an drei Tagen, insgesamt im Ausmaß von 110 Stunden, sowie im Jahr 2019 im Jänner an sechs Tagen, im Februar an sieben Tagen, im März an drei Tagen, im April an drei Tagen, im Mai an vier Tagen, im Juni an neun Tagen, im Juli an zwei Tagen, im August an drei Tagen, im September an zwei Tagen, im Oktober an vier Tagen, im November an drei Tagen und im Dezember an einem Tag, insgesamt im Ausmaß von 254 Stunden, für die Zweitbeschwerdeführerin als Konsulent tätig.

Für Dienstreisen verwendete der Erstbeschwerdeführer – gegen Verrechnung von Kilometergeld – seinen privaten PKW. Er nutzte eine Firmentelefonnummer mit seinem privaten Telefon sowie eine den Firmenwortlaut der Zweitbeschwerdeführerin aufweisende E-Mail-Adresse. Wenn der Erstbeschwerdeführer von zuhause aus arbeitete, verwendete er seinen privaten Laptop. Dem Erstbeschwerdeführer wurde seitens der Zweitbeschwerdeführerin entgegen der vertraglichen Vereinbarung keine Visitenkarte zur Verfügung gestellt.

1.8. Vertraglich vorgesehen war eine Verpflichtung des Erstbeschwerdeführers, die Geschäftsführung der Zweitbeschwerdeführerin regelmäßig und über Aufforderung jederzeit über den

Status seiner Tätigkeit zu informieren. Zwischen dem Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin und dem Erstbeschwerdeführer fand ein intensiver Meinungsaustausch, etwa im Rahmen von Vor- und Nachbesprechungen zu Projekten, statt. Berichte wurden seitens des Erstbeschwerdeführers gegenüber dem Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin schriftlich und mündlich erstattet. Der Erstbeschwerdeführer war zudem vertraglich zur Geheimhaltung verpflichtet.

1.9. Vertraglich geregelt war weiters, dass der Erstbeschwerdeführer die Konsulententätigkeit auch für andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe ausüben kann, jedoch nicht für deren direkte Mitbewerber. Der Erstbeschwerdeführer war im beschwerdegegenständlichen Zeitraum als Konsulent ausschließlich für die Zweitbeschwerdeführerin tätig.

1.10. Im Konsulentenvertrag wurde vereinbart, dass der Erstbeschwerdeführer ein Pauschalhonorar in Höhe von EUR 110,00 pro Stunde und für ganztätiges Tätigwerden in Höhe von EUR 850,00 erhält, sowie dass die dem Erstbeschwerdeführer im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit entstandenen Kosten, Spesen, Auslagen und Aufwendungen (inkl. Reise- und Hotelkosten) seitens der Zweitbeschwerdeführerin bezahlt werden.

Die Vergütung der seitens des Erstbeschwerdeführers erbrachten Leistungen und die Abrechnung der aufgrund der Tätigkeit entstandenen Kosten, Spesen, Auslagen und Aufwendungen erfolgte dementsprechend monatlich nach Vorlage von Honorarnoten, welche, bis auf jene vom Dezember 2019 in Höhe von EUR 440,00 (< EUR 446,81: Wert 2019; vgl. § 2 Z 1 BGBl. II Nr. 329/2018), alle einen Betrag über der jeweils geltenden Geringfügigkeitsgrenze auswiesen und die von der Zweitbeschwerdeführerin auf ihre Richtigkeit geprüft wurden.

1.11. Der Konsulentenvertrag wurde Ende 2020 aufgelöst.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zur Geschäftstätigkeit bzw. Spezialisierung der Zweitbeschwerdeführerin sowie zur Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers als Geschäftsführer bis Ende Juli 2018 ergeben sich aus dem Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 und den Angaben des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung bei der ÖGK am 19.11.2021 (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2).

2.2. Die Feststellungen zum Zeitraum der seitens des Erstbeschwerdeführers für die Zweitbeschwerdeführerin durchgeführten Konsulententätigkeit beruhen auf der Verständigung der SVS gemäß § 412b Abs. 1 ASVG (rückwirkende Versicherungspflicht) sowie auf den Angaben

des Erstbeschwerdeführers bei dessen Vernehmung durch die ÖGK. Dass der Erstbeschwerdeführer keine Gewerbeberechtigung für seine Tätigkeit als Konsulent hatte, fußt ebenfalls auf den Angaben des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung bei der ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 18.01.2023 (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 9) und wurde zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt. Dass der Erstbeschwerdeführer für seine Tätigkeit als Konsulent für die Zweitbeschwerdeführerin nicht zur Pflichtversicherung gemeldet war, gründet sich auf den Versicherungsdatenauszug, in dem aufscheint, dass der Erstbeschwerdeführer bis 31.07.2018 bei der Zweitbeschwerdeführerin angestellt war. Seit dem 01.08.2018 ist ein Alterspensionsbezug ersichtlich, jedoch keine Anstellung bei der Zweitbeschwerdeführerin. Weiters wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG thematisiert, dass die Meldung bei der SVS erst im Zuge der GPLB, somit nach dem Ende des verfahrensgegenständlichen Beschäftigungsverhältnisses, erfolgt ist (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 11).

2.3. Die Feststellungen zur Zielsetzung des Konsulentenvertrages vom 05.10.2018 ergeben sich aus dessen Präambel.

2.4. Die Feststellungen zu den für die Zweitbeschwerdeführerin zu erbringenden Aufgaben des Erstbeschwerdeführers, welche diesem aufgrund des Konsulentenvertrages vom 05.10.2018 oblagen, stützen sich auf eine Einsichtnahme in den vorliegenden schriftlichen Vertrag sowie auf dessen Angaben im Rahmen seiner Vernehmung bei der ÖGK am 19.11.2021 (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) und in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 18.01.2023 (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 5-6).

2.5. Die Feststellungen zur vertraglichen Regelung hinsichtlich Beauftragung und Annahme bzw. zur Möglichkeit der Ablehnung von Einzelaufträgen stützen sich auf den Konsulentenvertrag vom 05.10.2018.

Dass es tatsächlich für den Erstbeschwerdeführer nicht möglich war, Einzelaufträge abzulehnen und dass er auch nie einen solchen Auftrag abgelehnt hat, kann zum einen aus einer entsprechenden Aussage des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung bei der ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) und aus glaubhaften Aussagen des Erstbeschwerdeführers sowie des befragten Zeugen in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG geschlossen werden (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 8 und S. 13-14). Ein solches Ablehnungsrecht wäre auch mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen gewesen, zumal es gerade das Know-how des Erstbeschwerdeführers war, welches

ausschlaggebend für die Weiterbeschäftigung nach dem Zeitpunkt seiner Pensionierung (vgl. etwa Präambel des Konsulentenvertrages vom 05.10.2018).

2.6. Die Feststellungen zur Verpflichtung des Erstbeschwerdeführers, die gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin geschuldeten Leistungen persönlich durchzuführen, gründet sich auf die diesbezügliche Regelung im Konsulentenvertrag vom 05.10.2018. Dass der Erstbeschwerdeführer sich auch tatsächlich nie vertreten hat lassen, beruht auf den Angaben des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung bei der ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG sowie der plausiblen Aussage des befragten Zeugen (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 10 und S. 14) und ist somit unbestritten.

2.7. Die Feststellungen zu den vertraglichen Vereinbarungen betreffend Gestaltung der Dienstleistungen bzw. Umsetzung der Projekte, betreffend Arbeitszeit und dazu, dass der Erstbeschwerdeführer Arbeitszeiten und Urlaubsanträge nicht in ein elektronisches Personalverwaltungssystem der Zweitbeschwerdeführerin einzutragen hatte, basieren auf dem Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 und auf den Angaben des Erstbeschwerdeführers und des befragten Zeugen in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 6-7, S. 10, S. 13) sowie auf den Ausführungen des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung durch die ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2).

Dass im Konsulentenvertrag kein zeitliches Ausmaß bzw. Stundenkontingent für das Tätigwerden des Erstbeschwerdeführers festgelegt wurde, ist aus dem Vertrag ersichtlich und auch der in der mündlichen Verhandlung befragte Zeuge bestätigte, dass es keine Abmachung über eine Mindeststundenanzahl gegeben hat (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 13). Die Feststellungen zur Anzahl der Tage, an denen der Erstbeschwerdeführer für die Zweitbeschwerdeführerin tätig geworden ist, können auf die seitens der Beschwerdeführer vorgelegten Aufzeichnungen gestützt werden, welche in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG seitens der Beschwerdeführer als auch von der ÖGK als unstrittig angesehen wurden (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 5).

Die Feststellungen zur Nutzung der Räumlichkeiten und der EDV-Ausstattung der Zweitbeschwerdeführerin seitens des Erstbeschwerdeführers und zur Verwendung seines Privat-PKW bei Dienstreisen fußen auf den Aussagen des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung bei der ÖGK am 19.11.2021 (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) und bei der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 18.01.2023 (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 5-6). Dass der Erstbeschwerdeführer eine Firmentelefonnummer hatte und sein privates Telefon verwendete,

ist ebenso wie die Nutzung einer den Firmenwortlaut der Zweitbeschwerdeführerin aufweisenden E-Mail-Adresse den nachvollziehbaren Angaben des Erstbeschwerdeführers bei dessen Vernehmung durch die ÖGK zu entnehmen (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2), welche mit jenen in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG übereinstimmen (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 9).

Betreffend Visitenkarte ist auszuführen, dass der Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 zwar die Zurverfügungstellung einer solchen für den Erstbeschwerdeführer vorsah. Angesichts der stringenten Angaben des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung durch die ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) als auch in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 9), keine Visitenkarte seitens der Zweitbeschwerdeführerin erhalten zu haben, wurde dieser Umstand – in Abweichung von den im Bescheid 26.04.2022 getroffenen Feststellungen (vgl. Bescheid vom 26.04.2022, S. 4) – entsprechend festgestellt.

2.8. Die Feststellungen zur dem Erstbeschwerdeführer vertraglich auferlegten Berichtspflicht und zur Geheimhaltungspflicht fußen auf dem Konsulentenvertrag vom 05.10.2018.

2.9. Die Feststellungen dazu, dass dem Erstbeschwerdeführer vertraglich die Möglichkeit eingeräumt worden ist, die Konsulententätigkeit auch für andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe auszuüben, jedoch nicht für deren direkte Mitbewerber tätig zu werden, können aus dem Konsulentenvertrag abgeleitet werden. Dass der Erstbeschwerdeführer im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ausschließlich für die Zweitbeschwerdeführerin tätig war, kann aus dem Umstand geschlossen werden, dem zufolge Anderslautendes seitens der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt im Verfahren vorgebracht und dem diesbezüglichen Vorbringen der ÖGK nicht entgegengetreten wurde.

2.10. Die Feststellungen zur Entlohnung und zur Abrechnung entstandener Kosten, Spesen, Auslagen und Aufwendungen ergeben sich aus den diesbezüglichen Regelungen im Konsulentenvertrag vom 05.10.2018, aus den Angaben des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung durch die ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom 19.11.2021, S. 2) und den nachvollziehbaren Angaben des in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG befragten Zeugen (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 12).

2.11. Die Feststellungen zur Auflösung des Konsulentenvertrages mit Ende 2020 stützen sich auf ein im Akt einliegendes Kündigungsschreiben vom 11.12.2022, auf Ausführungen des Erstbeschwerdeführers bei der Vernehmung durch die ÖGK (vgl. ÖGK-Niederschrift vom

19.11.2021, S. 2) sowie dahingehende Angaben des in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG befragten Zeugen (vgl. BVwG VH 18.01.2023, S. 14).

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 414 Abs. 1 ASVG kann gegen Bescheide der Versicherungsträger in Verwaltungs-sachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

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 (§ 410 Abs. 1 Z 2 ASVG) die Hauptfrage dar und liegt somit eine Angelegenheit vor, die auf Antrag eine Senatszuständigkeit unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter begründen würde. Mangels Stellung eines entsprechenden Antrages hat die Entscheidung jedoch mittels Einzelrichters 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)

Vorliegend gelangen folgende maßgebende Rechtsvorschriften zur Anwendung:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung pflichtversichert (vollversi-

chert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet; sie sind nach § 1 Abs. 1 lit. a AVG 1977 arbeitslosenversichert, wenn sie nach gesetzlichen Vorschriften in der Krankenversicherung pflichtversichert sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes (im Sinne des Absatzes 1 Z 1), 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. 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.

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

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 BKUVG 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.

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 ASVG sind Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen) von der Vollversicherung nach § 4 sind – unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung – ausgenommen.

Gemäß § 5 Abs. 2 ASVG in der im verfahrensgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn daraus im Kalendermonat kein höheres Entgelt als EUR 438,05 (Wert 2018; vgl. § 2 Z 1 BGBl. II Nr. 339/2017) bzw. EUR 446,81 (Wert 2019; vgl. § 2 Z 1 BGBl. II Nr. 329/2018) gebührt.

Gemäß § 10 Abs. 1 ASVG beginnt die Pflichtversicherung der Dienstnehmer unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw. des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Nach § 11 Abs. 1 ASVG erlischt die Pflichtversicherung mit dem Ende des Beschäftigungs-, Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Fällt jedoch der Zeitpunkt, an dem der Anspruch auf Entgelt endet, nicht mit dem Zeitpunkt des Endes des Beschäftigungsverhältnisses zusammen, so erlischt die Pflichtversicherung mit dem Ende des Entgeltanspruches.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Unter fallweise beschäftigten Personen sind im Sinne des § 33 Abs. 3 ASVG Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden und deren Beschäftigung kürzer als eine Woche vereinbart ist.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des ASVG 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.

Gemäß § 44 Abs. 1 Z ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) für Pflichtversicherte der im Beitragszeitraum gebührende auf Cent gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2 ASVG. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinne gilt bei den pflichtversicherten Dienstnehmern und Lehrlingen das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1, 3, 4 und 6 ASVG.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Gemäß Abs. 2 können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Nach Absatz 3 ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen wäre.

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Im gegenständlichen Beschwerdefall sprach die belangte Behörde mit Bescheid vom 26.04.2022 aus, dass der Erstbeschwerdeführer aufgrund seiner Tätigkeit als Konsulent für die Zweitbeschwerdeführerin von 01.10.2018 bis 31.12.2019 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht als (echter) Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt. Die beiden Beschwerdeführer begeherten mit Beschwerde vom 02.06.2022, dass die auf das Beschäftigungsverhältnis mit dem Erstbeschwerdeführer für das Jahr 2018 entfallenden Sozialversicherungsbeiträge (Dienstnehmer- und Dienstgeberanteil) mit EUR 983,42 und für das Jahr 2019 mit EUR 2.612,67 festzusetzen seien. Vorgebracht wurde im Wesentlichen, dass seitens der belangten Behörde falsche Beitragssätze angewendet bzw. Begünstigungen für Dienstnehmer, die das 65. Lebens-

jahr bereits vollendet haben, sowie die täglichen Höchstbeitragsgrundlagen bei fallweiser Beschäftigung nicht berücksichtigt worden seien, wobei außer Streit gestellt werde, dass der Erstbeschwerdeführer als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG im Sinne einer fallweise beschäftigten Person anzusehen sei.

Zu klären ist, ob die Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers für die Zweitbeschwerdeführerin im Rahmen eines echten Dienstvertrages gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG erfolgt ist sowie ob das Beschäftigungsverhältnis des Erstbeschwerdeführers eine fallweise Beschäftigung im Sinne des § 33 Abs. 3 ASVG darstellt.

Die Höhe der festzusetzenden Beiträge ist mangels spruchmäßiger Absprache darüber im angefochtenen Bescheid nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

Was zunächst die Abgrenzung eines Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs. 2 oder Abs. 4 ASVG von der Tätigkeit eines Selbständigen iSd § 2 Abs. 1 GSVG betrifft, so hat zum einen die ÖGK zutreffend ausgeführt, dass die Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers jedenfalls nicht im Rahmen eines Werkvertrages erfolgt ist (vgl. Bescheid vom 26.04.2022, S. 9-12), zum anderen wurde dies seitens der Beschwerdeführer auch nicht vorgebracht (vgl. auch BVwG VH 18.01.2023, S. 3).

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) 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 – 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 Be-

stellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. VwGH 05.06.2002, 2001/08/0107, 0135, sowie 03.07.2002, 2000/08/0161 und 21.09.2015, Ra 2015/08/0045).

Bei der Konsulenten-Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers handelt es sich nicht um ein Endprodukt im genannten Sinn, sondern um laufend zu erbringende, hochqualifizierte (Dienst)leistungen eines Erwerbstätigen, der – mag er sich für seine Arbeit auch eigener Betriebsmittel (z.B. eigenes KFZ, eigenes Mobiltelefon, Laptop) bedienen – über keine unternehmerische Organisation verfügt und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert. Dies zeigt sich neben der kontinuierlichen Leistungserbringung, die auf ein Dauerschuldverhältnis hindeutet, auch daran, dass die Leistungen des Erstbeschwerdeführers nach den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden abgegolten worden sind (vgl. VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233).

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 (vgl. VwGH 24.04.2014, 2013/08/0258 mit Hinweis auf 25.06.2013, 2013/08/0093 und 03.10.2013, 2013/08/0162; zu "atomisierten Werkverträgen" vgl. Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 ff). Demgemäß ist auch kein Maßstab ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des „Werkes“ beurteilt werden sollten. Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers ist nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren "Werk" nicht die Rede sein kann (vgl. VwGH 21.09.2015, Ra 2015/08/0045, mwN).

Für die Erbringung bestimmter Tätigkeiten wird man einen Werkvertrag grundsätzlich ausschließen können, weil es sich um klassische Dienstleistungen handelt und ein gewährleistungstauglicher Erfolg nicht sinnvoll definiert werden kann. Das ist der VwGH-Rechtsprechung zufolge unter anderem bei Konsulenten (vgl. VwGH 14.01.2013, 2012/08/0303, infas 2013, 15) und bei laufenden Akquisitions- und Vermittlungstätigkeiten (z.B. bei Immobilien: VwGH 23.12.2016, Ra 2016/08/0144) der Fall (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 ASVG, Stand 1.7.2020, rdb.at, Rz 185).

Es liegt somit keine selbständige Tätigkeit im Rahmen eines Werkvertragsverhältnisses vor. Der Erstbeschwerdeführer hat die Dienstleistungen zudem (überwiegend) persönlich erbracht

und war mangels Verfügung über wesentliche eigene Betriebsmittel auch wirtschaftlich abhängig (vgl. § 4 Abs. 4 ASVG), sodass auch das Vorliegen eines unternehmerähnlichen freien Dienstvertrags, der eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 GSVG begründen würde, auszuschließen ist (vgl. VwGH 23.01.2008, 2007/08/0223; 07.08.2015, 2013/08/0159).

So bleibt die Frage zu klären, ob der Erstbeschwerdeführer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wurde (§ 4 Abs. 2 ASVG), oder ob er auf Grund eines freien Dienstvertrages zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet und pflichtversichert war (§ 4 Abs. 4 ASVG).

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

Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt ist; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 21.12.2005, 2004/08/0066; 21.02.2001, 96/08/0028).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. VwGH 25.04.2007, VwSlg. 17.185/A sowie VwGH 09.06.2020, Ra 2017/08/0021 mit Hinweis auf 28.9.2018, Ra 2015/08/0080).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits 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. etwa VwGH 11.06.2014, 2012/08/0157 mit Hinweis auf 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 einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. Die "generelle Vertretungsbefugnis" spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten eine Rolle. 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 14.07.2017, Ra 2016/08/0132 mit Verweis auf 16.11.2011, 2008/08/0152, mwN).

Selbst wenn ein solches Recht (ausdrücklich) vereinbart worden wäre, würde dies – 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 wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalls zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch stünde (vgl. VwGH 17.10.2012, 2010/08/0256 mit Verweis auf 20.10.2010, 2007/08/0145, mwN).

Eine generelle Vertretungsbefugnis bestand im vorliegenden Fall nicht. Den Feststellungen zufolge war der Erstbeschwerdeführer vertraglich verpflichtet, die Beratungs- und Unterstützungsleistungen persönlich durchzuführen. Eine Vertretung durch bzw. eine Weitergabe der Einzelaufträge an Dritte war nicht zulässig (vgl. Konsulentenvertrag vom 05.10.2018, Pkt. 6.2.). Damit wurde kein Recht ausbedungen, die Leistungserbringung jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren. Selbst wenn ein solches Recht (ausdrücklich) vereinbart worden wäre, würde dies – 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 17.10.2012, 2010/08/0256, mwN).

Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Diensterteilung bzw. Dienstplanerstellung, wie sie im Arbeitsleben häufig vorkommen, haben mit dem für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterium eines "generellen Vertretungsrechts" nichts zu tun und berühren die in der Phase der Beschäftigung bestehende persönliche Abhängigkeit nicht. Dasselbe gilt für die "Verpflichtung" des Dienstnehmers, für Ersatz zu sorgen und so den Dienstgeber bei der Organisation eines reibungslosen Betriebsablaufs zu unterstützen. Der "tatsächliche Gebrauch" solcher Vertretungsbefugnisse wirkt sich lediglich darauf aus, ob kontinuierliche oder tageweise abhängige Beschäftigungsverhältnisse vorliegen (vgl. VwGH 14.02.2013, 2012/08/0268).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits 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. VwGH 04. 07.2007, 2006/08/0193 und 14.02.2013, 2012/08/0268).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis des Beschäftigten, bereits zugesagte Arbeitseinsätze jederzeit nach Gutdünken 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 Sachverhalt aber z.B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisiert, dass für deren Durchführung jederzeit mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stehen ("präsenster 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 dem Dienstgeber die Möglichkeit offen, im Falle der (jederzeit möglichen) Absage der von ihm in Aussicht genommenen Person aus dem "Pool" sofort die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen und stehen genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, dann könnte der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich in Übereinstimmung mit dem Vereinbarten davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu dürfen (vgl. VwGH 03.04.2019, Ro 2019/08/0003 mit Hinweis auf 01.10.2015, Ro 2015/08/0020; 26.08.2014, 2012/08/0100).

Ein sanktionsloses Ablehnungsrecht (im engeren Sinn) ist den Feststellungen zufolge im konkreten Fall zwar im Konsulentenvertrag vom 05.10.2018 vereinbart, jedoch niemals seitens des Erstbeschwerdeführers in Anspruch genommen worden. Überdies wäre ein solches Ablehnungsrecht mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation der Zweitbeschwerdeführerin nicht in Einklang zu bringen gewesen. Wie festgestellt war es gerade das Ziel des Konsulentenvertrages vom 05.10.2018, das spezifische Branchen-Know-how sowie das Netz an Geschäftskontakten des Erstbeschwerdeführers nach dessen Pensionsantritt weiterhin für die Zweitbeschwerdeführerin nutzen zu können. Diese Zielsetzung wird auch dadurch unterstrichen, dass der Erstbeschwerdeführer gemäß Konsulentenvertrag verpflichtet war, die Beratungs- und Unterstützungsleistungen persönlich durchzuführen, und dass ihm eine Vertretung durch Dritte untersagt war. Es sollte der Erstbeschwerdeführer die Leistungen durchführen und kein anderer. Im Falle einer sanktionslosen Ablehnung von Einzelaufträgen durch den Erstbeschwerdeführer wäre die Zweitbeschwerdeführerin darauf angewiesen gewesen, statt des Erstbeschwerdeführers einen Dritten mit der Durchführung der zu erledigenden Aufgabe zu betrauen. Angesichts der vertraglichen Zielsetzung, das konkrete Wissen des Erstbeschwerdeführers weiter zu nutzen, stehen das vereinbarte sanktionslose Ablehnungsrecht und die untersagte Vertretung durch Dritte in gewisser Weise in einem Spannungsverhältnis zueinander, welches in der Praxis wie festgestellt derart gelöst wurde, dass der Erstbeschwerdeführer keinen Einzelauftrag abgelehnt hat.

Auch wenn sohin im vorliegenden Fall die persönliche Arbeitspflicht des Erstbeschwerdeführers zu bejahen ist, so steht nur fest, dass kein Grund vorliegt, ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit schon aus diesem Grunde auszuschließen. Dies lässt aber noch nicht den Gegenschluss auf ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit zu, weil dafür das Gesamtbild der Beschäftigung maßgebend ist (vgl. VwGH 17.10.2012, 2010/08/0256).

Es ist somit zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlichen Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, oder ob die Tätigkeit aufgrund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs. 4 ASVG ausgeübt wurde.

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 (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, 83/08/0200, VwSlg. Nr. 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. VwGH 01.10.2015, Ro 2105/08/0020).

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 hinausreichende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert, während die Einbindung eines Dienstnehmers in

eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (vgl. VwGH 15.05.2013, 2013/08/0051).

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, im je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. VwGH 15.05.2013, 2013/08/0051, mwN).

Im vorliegenden Fall haben der Erstbeschwerdeführer und die Zweitbeschwerdeführerin schriftlich einen Konsumentenvertrag im Sinne einer Rahmenvereinbarung abgeschlossen, nach dessen wesentlichem Inhalt die zu erbringende Leistung auf der Basis von Einzelaufträgen zu definieren war, die dem Vereinbarten zufolge sanktionslos abgelehnt hätten werden können, was nach dem Gesagten aber tatsächlich nicht zutroffen hat. Eine solche Vereinbarung kann nicht einem Deutungsschema, wonach diese die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, zu Grunde gelegt werden (vgl. etwa VwGH 02.12.2013, 2013/08/0191).

Somit hat vorliegend die genannte Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag nach dem Gesamtbild der konkret nach den tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilenden Beschäftigung und der oben genannten Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems zu erfolgen.

Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden war, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert wurden (vgl. VwGH 15.05.2013, Zl. 2013/08/0051, und 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN).

Den Feststellungen zufolge war der Erstbeschwerdeführer nach seiner Pensionierung als Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin für diese als Konsulent tätig. Er war – unbeschadet allfällig einzuhaltender Besprechungstermine – hinsichtlich der Zeiteinteilung an keine Ar-

beitszeiten gebunden. Auch bei der Gestaltung der von ihm durchzuführenden Dienstleistungen war der Erstbeschwerdeführer frei. Vertraglich war lediglich festgehalten, dass er sich im Bedarfsfall an die seitens des Geschäftsführers der Zweitbeschwerdeführerin für den Einzelfall definierten Vorgaben zu halten habe. Soweit es sich nicht nur um die Konkretisierung eines Einzelauftrages handelte, bestand somit auch hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitsabläufe kein vertragliches Weisungsrecht der Zweitbeschwerdeführerin. Der Erstbeschwerdeführer übte die Tätigkeit zwar auch in den Räumlichkeiten der Zweitbeschwerdeführerin unter Verwendung deren EDV-Systems aus. Dies stellt jedoch im gegenständlichen Fall kein unterscheidungskräftiges Kriterium zur Abgrenzung einer persönlich abhängigen von einer Tätigkeit in selbstständiger Stellung dar, zumal der Erstbeschwerdeführer etwa kein eigenes Büro bei der Zweitbeschwerdeführerin hatte, sondern einen freien, insbesondere externen Dienstleistern zur Verfügung stehenden Arbeitsplatz nutzen konnte und er – abgesehen von Besprechungen – selbst entscheiden konnte, ob er die Infrastruktur der Zweitbeschwerdeführerin nutzt, er zudem viele Dienstreisen zu unternehmen hatte und somit währenddessen keine Räumlichkeiten der Zweitbeschwerdeführerin in Anspruch nahm.

Sofern der Bindung an den Arbeitsort keine Unterscheidungskraft zukommt, treten andere Merkmale in den Vordergrund, wie etwa die Kontrollbefugnis des Dienstgebers oder der Gestaltungsspielraum des Beschäftigten bei der ausgeübten Tätigkeit (vgl. VwGH 04.06.2008, 2006/08/0206 = infas 2009, S 15).

Vorliegend beschränkte sich die Kontrolle der Zweitbeschwerdeführerin als Beschäftigterin unter anderem darauf, dass es Vor- und Nachbesprechungen im Hinblick auf die seitens des Erstbeschwerdeführers zu betreuenden Projekte zwischen dem Erstbeschwerdeführer und dem Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin gab. Die bloße (sachliche) Kontrolle von Arbeitsergebnissen steht mit dem Vorliegen eines freien Dienstvertrages nicht in Widerspruch und ist kein Nachweis dafür, dass der Erstbeschwerdeführer in Bezug auf den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten Weisungen der Zweitbeschwerdeführerin unterworfen gewesen ist. Der Erstbeschwerdeführer hatte unter anderem die Aufgabe, Probleme in der Auftragsabwicklung zu behandeln und die Abnahme von Projekten zu erreichen. Er war zwar vertraglich verpflichtet, sich im Bedarfsfall an vom Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin für den Einzelfall definierte Vorgaben zu halten und diesem zu berichten. Grundsätzlich war dem Erstbeschwerdeführer bei der Gestaltung der von ihm zu erbringenden Dienstleistungen aber völlige Freiheit eingeräumt. Hinsichtlich der Maßnahmen, welche zur Umsetzung der vom ihm zu erbringenden Dienstleistungen erforderlich waren, war der Erstbeschwerdeführer an keine Weisungen der Zweitbeschwerdeführerin gebunden. Derartige

"unternehmerische" Dispositionsmöglichkeiten stärken die Sphäre persönlicher Ungebundenheit und sprechen für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses (vgl. VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185).

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. 23.08.2021, Ra 2020/08/0040 mit Hinweis auf 03.04.2019, Ro 2019/08/0003, mwN; vgl. auch VwGH 26.05.2015, 2012/08/0233 betreffend Wirtschaftstreuhand).

Unter den gegebenen Umständen (hochqualifizierte Tätigkeit mit großem Gestaltungsspielraum, keine Arbeitszeitvorschriften, keine Vorgaben betreffend das arbeitsbezogene Verhalten, ausschließliche Kontrolle des Arbeitsergebnisses und keine Unterscheidungskraft des Umstandes, dass die Tätigkeit teilweise in den Räumlichkeiten der Zweitbeschwerdeführerin unter Nutzung der unternehmenseigenen Infrastruktur erbracht wurde) ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht in einer Weise in die betriebliche Organisation Kanzlei eingebunden war, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert worden wären.

Eine Abwägung iSd § 4 Abs. 2 ASVG ergibt, dass bei der Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers als Konsulent für die Zweitbeschwerdeführerin die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Es bleibt somit zu untersuchen, ob die Tätigkeit als solche iSd § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren ist.

§ 4 Abs. 4 ASVG verlangt – von der Tätigkeit für eine juristische Person des öffentlichen Rechts abgesehen –, dass vom Dienstnehmer im Wesentlichen persönlich, „ohne wesentliche eigene Betriebsmittel“ Dienstleistungen für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.)

oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.) geleistet werden und aus dieser Tätigkeit ein Entgelt bezogen wird.

Ein eigenes Betriebsmittel ist grundsätzlich dann für die (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit 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 23.01.2008, 2007/08/0223).

Bei dem Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen eigenen Betriebsmittel“ iSd § 4 Abs. 4 ASVG kommt es nicht darauf an, dass irgendein einzelnes, nicht geringwertiges Betriebsmittel überwiegend betrieblich genutzt wird. Es ist eine Gesamtbetrachtung aller 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. VwGH 15.05.2013, 2012/08/0163; 19.10.2015, 2013/08/0185). Bei nicht nur geringwertigen technischen Geräten, die üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet werden, wie z.B. einem PC, einem Smartphone, einem PKW, müsste die Behauptung einer überwiegenden betrieblichen Verwendung im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Erwerbstätigen konkret nachgewiesen werden (vgl. VwGH 25.04.2018, Ra 2018/08/0044).

Der Erstbeschwerdeführer verwendete für Dienstreisen – gegen Verrechnung von Kilometergeld – seinen privaten PKW. Er nutzte eine Firmentelefonnummer mit seinem privaten Telefon. Wenn der Erstbeschwerdeführer von zuhause aus arbeitete, verwendete er seinen privaten Laptop. Anhaltspunkte, dass er die vom ich (auch privat) genutzten Betriebsmittel steuerlich als Betriebsausgaben geltend gemacht habe, ergeben sich daraus keine. Fertigkeiten (Know-how) bzw. die Arbeitskraft als solche fallen jedenfalls nicht unter den Begriff der „wesentlichen eigenen Betriebsmittel“ iSd § 4 Abs. 4 ASVG (vgl. VwGH 23.01.2008, 2007/08/0223).

Damit steht im Ergebnis fest, dass die Tätigkeit als solche iSd § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren ist, welche die Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung (§ 1 Abs. 1 lit. a bzw. Abs. 8 AIVG) nach sich zieht. Der Umstand, dass das dem Erstbeschwerdeführer im Zeitraum von 01.12.2019 bis 31.12.2019 geleistete monatliche Entgelt in Höhe von EUR 440,00 die Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG in Höhe von EUR 446,81 (vgl. § 2 Z 1 BGBl. II Nr. 329/2018) nicht überschritt, hat zur Folge, dass

in diesem Zeitraum gemäß § 4 Abs. 4 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG lediglich die Teilversicherung in der Unfallversicherung festzustellen war.

Im Falle einer Tätigkeit auf Grund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs. 4 ASVG ergibt sich keine tageweise, sondern eine durchlaufende Pflichtversicherung (vgl. VwGH 01.10.2015, Ro 2015/08/0020; 25.06.2013, 2013/08/0093, mwN). Angesichts des dargelegten Vorliegens eines freien Dienstverhältnisses kann ein näheres Eingehen auf das Vorbringen der Beschwerdeführer zum Vorliegen einer fallweisen Beschäftigung, somit dazu, ob eine der Anzahl der Stunden nach fixierte, wöchentliche (daher periodisch wiederkehrende) Arbeitsverpflichtung (vgl. etwa VwGH 07.09.2005, 2002/08/0215) bei gleichzeitiger unbedingter Zahlungsverpflichtung des abrufberechtigten Dienstgebers vorliegt, welche nicht bloß eine tageweise, sondern eine durchlaufende Versicherungspflicht für den gesamten Zeitraum begründen würde (vgl. VwGH 20.04.1993, 92/08/0237 mit Hinweis auf 23.9.1970, 1834/69, VwSlg 7859 A/1970), unterbleiben.

Damit ist die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abzuweisen, dass der Erstbeschwerdeführer hinsichtlich seiner im Zeitraum von 01.10.2018 bis 30.11.2019 für die Zweitbeschwerdeführerin ausgeübten Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 4 ASVG der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a bzw. Abs. 8 AIVG der Arbeitslosenversicherung und hinsichtlich seiner für die Zweitbeschwerdeführerin im Zeitraum von 01.12.2019 bis 31.12.2019 ausgeübten Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 4 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterliegt.

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.