

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

15.07.2013

Geschäftszahl

2013/08/0124

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde der D GmbH in Wien, vertreten durch Gabler Gibel & Ortner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Dr. Karl Lueger-Platz 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 29. Mai 2013, Zl. BMASK-427608/0001-II/A/3/2011, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. P S z.Hd. des Sachwalters Dr. Christian Burghardt, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Am Hof 13, 2. Wiener Gebietskrankenkasse in 1100 Wien, Wienerbergstraße 15-19, 3. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifterstraße 65- 67), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Aus der Beschwerde und dem mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheid ergibt sich, dass die belangte Behörde mit diesem feststellte, dass der Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. September 2005 bis zum 28. August 2008 auf Grund seiner Tätigkeit als Fitnesstrainer für die beschwerdeführende Partei der Pflichtversicherung in der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung nach § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliege; in der Zeit vom 23. Juni bis zum 31. August 2005 sei der Erstmitbeteiligte von der Vollversicherungspflicht ausgenommen und unterliege der Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z. 3 ASVG; in der eben genannten Zeit unterliege der Erstmitbeteiligte auf Grund der Verpflichtung von Dienstleistungen nach § 4 Abs. 4 ASVG nicht der Teilversicherung in der Unfallversicherung.

Die beschwerdeführende Partei betreibe in Wien mehrere Fitnesscenter, die jeweils von einem zur Sozialversicherung gemeldeten (angestellten) Clubleiter geleitet würden. Die Trainer würden als (geringfügig beschäftigte) freie Dienstnehmer gemeldet, es sei denn, sie besäßen einen Gewerbeschein.

Der Erstmitbeteiligte sei vom 23. Juni 2005 bis zum 26. August 2008 bei der beschwerdeführenden Partei als Fitnesstrainer beschäftigt gewesen. In der Zeit vom 23. Juni bis zum 31. August 2005 sei die Beschäftigung als geringfügig einzustufen. In dieser Zeit sei der Erstmitbeteiligte von der beschwerdeführenden Partei als geringfügig beschäftigter freier Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet worden. Ab dem 1. September 2005 habe das Beschäftigungsausmaß des Erstmitbeteiligten 30 bis 40 Stunden pro Woche bei einem Stundenentgelt von anfangs EUR 10,-- und ab 2006 EUR 11,-- betragen, womit die Geringfügigkeitsgrenze überschritten worden sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 26. August 2008 durch Dienstgeberkündigung aufgelöst worden.

Der Erstmitbeteiligte habe vom 1. September 2005 bis zum 26. November 2008 einen Gewerbeschein für

"Erstellung und Umsetzung von Sport- und Fitnesskonzepten für aktive Sportler und gesundheitsbewusste Personen unter Ausschluss jeder den Ärzten oder sonstigen reglementierten Gesundheitsberufen, insbesondere den Diätdiensten oder Physiotherapeuten, den Lebens- und Sozialberatern oder den gewerblichen Masseuren vorbehaltenen Tätigkeiten"

inne gehabt.

Im Oktober 2005 sei zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem Erstmitbeteiligten folgende Vereinbarung geschlossen worden:

"1. Der Auftragnehmer wird vom Auftraggeber ab September 2005 zu folgenden Leistungen herangezogen: Abhaltung von Betreuungsstunden als Sportberater und Sport/Aerobic/Fitnesstrainer im Fitness- bzw. Gymnastikbereich. Für diese Tätigkeit wird bis auf weiteres ein Nettostundensatz von EUR 10,00 festgesetzt.

2. Der Tätigkeitsbereich und die Betreuungszeiten werden vom Auftragnehmer in Absprache mit der zuständigen ... Clubleitung

übernommen; er/sie kann sich ohne Angabe von Gründen von geeigneten Personen, die die Berechtigung für Kundenbetreuung ... haben, jederzeit vertreten lassen. Der Auftragnehmer ist hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitszeit frei und nicht weisungsgebunden. Die für die Kundenbetreuung notwendigen Betriebsmittel sind vom Auftraggeber bereitzustellen.

(...)

4. Da die Betreuung der ... Gäste in den Räumlichkeiten der

(beschwerdeführenden Partei) erfolgt, sind die gemeinsamen Kunden bei ihrer Sportausübung durch die Betriebshaftpflicht der (beschwerdeführenden Partei) geschützt. (...)

5. Der Auftragnehmer ist Inhaber eines für die vereinbarte Tätigkeit zutreffenden Gewerbescheines und für sämtliche Steuern, Abgaben und Versicherungen, die im Rahmen seiner Tätigkeit anfallen, voll verantwortlich. Der Auftragnehmer bestätigt, dass er aufgrund der aufrechten Gewerbeberechtigung der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterliegt. Eine Änderung hinsichtlich Bestehen der Versicherung (z.B. Ruhendmeldung oder Rücklegung der Gewerbeberechtigung bzw. des Gewerbescheines) ist dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen. Eine aus einer verspäteten, im Verschulden des Auftragnehmers liegende Meldung bzw. Mitteilung oder aufgrund einer aus unrichtigen Angaben resultierenden Abgabenzahlung hat der Auftragnehmer zu tragen bzw. dem Auftraggeber zu ersetzen. Für die Berücksichtigung der Umsatzsteuer ist der (beschwerdeführenden Partei) eine Berechtigungsbestätigung des Finanzamts vorzulegen.

6. (...) Der Auftragnehmer verpflichtet sich, der (beschwerdeführenden Partei) eine Stilllegung bzw. Auflösung seines Gewerbescheins sofort zu melden. Mit dieser Meldung wird diese Vereinbarung umgehend beendet. Die Vereinbarung kann von beiden Seiten jederzeit aufgelöst werden."

Tatsächlich habe die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten darin bestanden, Ansprechpartner der Kunden zu sein, diese zu betreuen und für die Fitnessprogramme einzuschulen, welche in vor Ort aufliegenden Ordnern beschrieben gewesen seien. Auf Kundenwünsche habe der Erstmitbeteiligte ohne Rücksprachepflicht eingehen können. Die Einteilung der Fitnesstrainer sei durch den Clubleiter in Zusammenarbeit mit dem Fitnesstrainer erfolgt. Der Erstmitbeteiligte habe die Möglichkeit gehabt, diesbezügliche Wünsche zu äußern und einzelne Dienste nach Rücksprache mit der Clubleitung zu tauschen. Sobald sich der Erstmitbeteiligte jedoch für einen Dienst eingetragen habe oder dafür eingeteilt worden sei, sei er an die festgesetzte Dienstzeit gebunden gewesen. Es habe die Möglichkeit bestanden, eine Hotline der beschwerdeführenden Partei anzurufen, um eine Vertretung anzufordern. Eine Vertretung durch betriebsfremde Personen habe nie stattgefunden. Ein etwaiger Urlaub habe mit den Betriebserfordernissen abgestimmt werden müssen. Die notwendigen Betriebsmittel seien von der beschwerdeführenden Partei bereitgestellt worden. Der Erstmitbeteiligte habe seine Tätigkeit ausschließlich in deren Räumlichkeiten ausgeübt. Er sei bis 31. Juli 2008 von der beschwerdeführenden Partei nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden. Die Anmeldung sei erst am 1. August 2008 infolge seiner neuen Position als Fitnessleiter erfolgt. Der Erstmitbeteiligte sei verpflichtet gewesen, während seiner Arbeitszeit ein T-Shirt mit der Aufschrift "Trainer" und dem Logo der beschwerdeführenden Partei sowie ein Namensschild zu tragen. Eine Kontrolle der Tätigkeit sei durch einen ständig anwesenden Vertreter der Clubleitung erfolgt. Von der beschwerdeführenden Partei seien außerdem verbindliche Richtlinien in Bezug auf das Verhalten der Trainer und den Umgang mit den Kunden erlassen worden. Der Erstmitbeteiligte habe im gesamten verfahrensgegenständlichen Zeitraum neben seiner Tätigkeit bei der beschwerdeführenden Partei keine weitere Tätigkeit als Fitnesstrainer ausgeübt. Im Jahr 2006 habe er gemeinsam mit einem Freund eine Homepage erstellt, um Ernährungs- und Bewegungsberatung anzubieten. Dies habe aber keinen finanziellen Erfolg gebracht und sei wieder eingestellt worden. Vom 1. September 2005 bis zum 31. Juli 2008 sei der Erstmitbeteiligte gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG pflichtversichert gewesen.

Auf Grund einer Erkrankung sei für den Erstmitbeteiligten am 14. Oktober 2008 ein einstweiliger Sachwalter bestellt worden. Ein gegen die beschwerdeführende Partei angestrengtes Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien sei mit einem am 12. Mai 2011 rechtswirksam gewordenen Vergleich abgeschlossen worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, das in der Vereinbarung vom Oktober 2005 fixierte Vertretungsrecht sei in der Praxis nicht gelebt worden. Um eine Vertretung zu erhalten, habe eine Hotline der beschwerdeführenden Partei kontaktiert werden müssen, welche eine Vertretung bereitgestellt habe. Punkt 2. der Vereinbarung vom Oktober 2005 habe ausschließlich dem Versuch der Umgehung der Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG gedient, welche nach § 539a ASVG eine Versicherungspflicht nicht beseitigen könne. Außerdem bedürfe es in einem Fitnesscenter besonders geschulten Personals, das wohl am ehesten aus den eigenen Reihen zu holen ist, weshalb eine generelle Vertretungsbefugnis den objektiven

Anforderungen der Unternehmensorganisation eines Fitnesscenterbetreibers widersprechen würde. Der Erstmitbeteiligte habe eine 30 bis 40 Stunden-Woche gehabt und sei den Weisungen und Ordnungsvorschriften der beschwerdeführenden Partei unterlegen. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit würden deutlich überwiegen. Der Erstmitbeteiligte sei entgegen der Vereinbarung vom Oktober 2005 weder hinsichtlich der Arbeitszeit noch in Bezug auf den Arbeitsablauf (das Trainingsprogramm sei vor Ort in Ordnung vorgegeben gewesen) frei gewesen. Die Weisungen, die in Form von Aussendungen an die Clubs ausgegeben worden seien, hätten arbeitsbezogenes Verhalten (Verhaltensregeln etc.) oder die persönliche Gestaltung der Dienstleistung (Pausenvorschriften und dgl.) zum Inhalt gehabt. Die Einhaltung sei kontrolliert worden und bei Zuwiderhandeln hätten Sanktionen gedroht. Alle Kriterien eines Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 2 ASVG seien erfüllt. Eine Bindung an den gerichtlichen Vergleich als Ergebnis des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei bestehe nicht.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen hat:

1. 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 von der Vollversicherung ausgeschlossen ist noch nach § 7 eine Teilversicherung begründet. Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, 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 gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm 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. das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2001, Zl. 96/08/0028).

2.1. Im Hinblick auf eine die persönliche Arbeitspflicht und damit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausschließende generelle Vertretungsbefugnis bringt die Beschwerde vor, sämtliche Fitnesstrainer hätten jederzeit die Möglichkeit gehabt, sich durch geeignete Personen vertreten zu lassen. Es komme nicht darauf an, ob das konkrete Recht, sich durch geeignete Personen vertreten zu lassen, zwangsläufig dazu führen müsse, dass dieses Recht auch tatsächlich im Einzelfall ausgeübt werde. Es genüge, dass sich der Auftragnehmer grundsätzlich auf Grund der getroffenen Vereinbarung durch geeignete Personen vertreten lassen dürfe, was rechtlich dahin zu werten sei, dass er nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet sei. Der Auftragnehmer müsse sich nicht tatsächlich vertreten lassen, um den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung zu durchbrechen. Es gehe rechtlich nicht darum, wie oft vom Vertretungsrecht Gebrauch gemacht werde, sondern es reiche aus, dass der Auftragnehmer grundsätzlich die Berechtigung habe. Konkrete Feststellungen, wie das Vertretungsrecht im Einzelfall ausgeübt worden sei, lägen jedenfalls nicht vor. Bei einem Dienstverhältnis wäre es nicht möglich, dass der Dienstnehmer frei nach eigenem Gutdünken andere freie Mitarbeiter mit seiner Vertretung einseitig ohne Zustimmung des Dienstgebers beauftragen könne.

Im Hinblick auf ein die persönliche Arbeitspflicht und damit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausschließendes sanktionsloses Ablehnungsrecht bringt die Beschwerde vor, der Erstmitbeteiligte habe sich das Ausmaß und die zeitliche Lagerung seiner Tätigkeiten grundsätzlich frei einteilen können. Die freie Zeiteinteilung eines Vertragspartners spreche "deutlich gegen ein Dienstverhältnis iSd § 4 ASVG". Es gebe keine dieser vertraglichen Regelung widersprechende Übung. Dass der Erstmitbeteiligte die von ihm selbst eingetragenen oder zugeteilten Stunden einzuhalten hatte, sei "für die Negierung der freien Zeiteinteilung offenkundig zu wenig, da jeder zeitgebundene Auftragnehmer gewisse Termine und zeitliche Vorgaben einzuhalten hat". Die belangte Behörde übersehe, dass der Erstmitbeteiligte die Möglichkeit gehabt habe, die Zeiten seiner Leistungserbringung selbst einzutragen, was ja gerade das wesentliche Merkmal der freien Zeiteinteilung darstelle. Dass der Vertragspartner nach Auswahl der Termine daran gebunden sei, werde wohl nicht zusätzlich verwundern und sei bei jedem sonstigen Auftragsverhältnis eines Selbständigen geradezu typisch.

2.2. Dem ist nicht zu folgen. 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. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg. 17.185/A).

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. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient.

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 das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, Zl. 2008/08/0152, mwN).

Dem Erstmitbeteiligten wurde nach dem Wortlaut der Vereinbarung vom Oktober 2005 eine generelle Vertretungsbefugnis ausdrücklich eingeräumt. Dies kann aber - 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 gelebt 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. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, Zl. 2010/08/0256, mwN). Nach den Feststellungen hat der Erstmitbeteiligte von einer derartigen Befugnis, die Leistungserbringung nach Art eines Selbständigen jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren, niemals Gebrauch gemacht. Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Dienstenteilung bzw. Dienstplanerstellung, wie sie im Arbeitsleben häufig vorkommen und die auch als "Vertretungsfälle" bezeichnet werden könnten, haben mit den für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterien eines "generellen Vertretungsrechts" nichts zu tun und berühren die in der Phase der Beschäftigung bestehende persönliche Abhängigkeit nicht. Der tatsächliche Gebrauch solcher "Vertretungsbefugnisse" wirkt sich lediglich darauf aus, ob kontinuierliche oder tageweise abhängige Beschäftigungsverhältnisse vorliegen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Februar 2013, Zl. 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. Im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden Partei berührt die Befugnis eines Erwerbstätigen, ihm angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, 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. die hg. Erkenntnisse vom 4. Juli 2007, Zl. 2006/08/0193, und nochmals (das) vom 14. Februar 2013, Zl. 2012/08/0268). Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis des Beschäftigten, zugesagte Arbeitseinsätze jederzeit nach Gutdünken sanktionslos ablehnen zu können, stünde ebenfalls 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 potentiell 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. die hg. Erkenntnisse vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0008, vom 13. August 2003, Zl. 99/08/0174, vom 21. April 2004, Zl. 2000/08/0113, vom 20. April 2005, Zl. 2004/08/0109, sowie das Erkenntnis vom 4. Juli 2007, Zl. 2006/08/0193).

Ein solches sanktionsloses Ablehnungsrecht (ieS) ist den Feststellungen zu Folge hier weder vereinbart noch jemals ausgeübt worden. Überdies könnte es - selbst wenn es vereinbart worden wäre - mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei nicht in Einklang gebracht werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Juni 2013, Zl. 2013/08/0093, mwN).

3.1. Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist. Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei

anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, 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.

3.2. Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. nochmals Zl. 2013/08/0093).

Der zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei im Oktober 2005 getroffenen Vereinbarung lässt sich im Grunde nur entnehmen, dass der Erstmitbeteiligte als "Auftragnehmer" bezeichnet wird, der sich jederzeit vertreten lassen könne und der die Stilllegung bzw. Auflösung seines Gewerbescheines sofort zu melden habe. Dem stehen die von der belangten Behörde detailliert getroffenen Feststellungen über die tatsächliche Ausübung seiner Tätigkeit gegenüber, die zeigen, dass das Vertragsverhältnis über mehrere Jahre ganz anders gelebt wurde als es der in dieser schriftlichen Vereinbarung vorgenommenen Klassifikation des Erstmitbeteiligten als (selbständigen) "Auftragnehmer" entspricht. Der genannte Vertrag kann daher bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) nicht einem Deutungsschema, wonach dieser die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, zu Grunde gelegt werden.

3.3. Somit hat vorliegend die genannte Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung und den 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 ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 15. Mai 2013, Zl. 2013/08/0051, und vom 25. Juni 2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN). Weiters spielt die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit 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. nochmals Zl. 2013/08/0079, mwN).

Im vorliegenden Fall steht unbestritten fest, dass der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit in den Betriebsräumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei mit deren Betriebsmitteln und im Wesentlichen zu den üblichen Betriebszeiten ausgeübt hat. Die Arbeitserbringung hatte sich schon in Anbetracht des intensiven Kundenkontakts an den betrieblichen Bedürfnissen der beschwerdeführenden Partei zu orientieren. Damit liegen die für eine Einbindung in eine betriebliche Organisation des Arbeitgebers charakteristischen Umstände vor.

Der Erstmitbeteiligte hat als Fitnesstrainer eine unterdurchschnittlich qualifizierte Tätigkeit ausgeübt, die insgesamt keine außergewöhnlichen (unternehmerähnlichen) Dispositionsmöglichkeiten erkennen lässt, die es rechtfertigen könnten, den in die betriebliche Organisation seines Arbeitgebers eingebundenen Erstmitbeteiligten dennoch als persönlich unabhängigen freien Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 4 ASVG anzusehen (vgl. zur abhängigen Beschäftigung von Trainerinnen auch das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2007/08/0296). Auf eine ausdrückliche Erteilung persönlicher Weisungen an den Erstmitbeteiligten kommt es unter diesen Umständen ("stille Autorität" des Arbeitgebers bei Einbindung in die betriebliche Organisation) nicht an. Die in der gebotenen Gesamtabwägung weiters zu berücksichtigenden Kriterien (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis Zl. 2013/08/0051), wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, die Bezahlung nach geleisteten Arbeitsstunden, der fehlende Einsatz eigener Betriebsmittel und die ausschließliche Tätigkeit für die

beschwerdeführenden Partei in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen unterstreichen das Bild der Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG, die auch nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Dienstnehmer über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2009, Zl. 2007/08/0041). Demgegenüber kommt dem in der Beschwerde hervorgehobenen Umstand, dass der Erstmitbeteiligte neben seiner Tätigkeit als Fitnesstrainer auch Ernährungs- und Bewegungsberatung "angeboten" habe, keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Da somit bereits der Beschwerdeinhalt erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung gemäß § 35 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 15. Juli 2013