



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Posch und die Hofrätin Dr. Julcher als Richterinnen sowie die Hofräte Mag. Stickler, Mag. Cede und Mag. Tolar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Kittinger, LL.M., über die Revision der D GmbH, vertreten durch die Klein, Wuntschek & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. August 2025, G312 2297092-1/7E und G312 2297092-2/5E, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und ALVG (belangte Behörde vor dem Bundesverwaltungsgericht: Österreichische Gesundheitskasse; mitbeteiligte Parteien: 1. Pensionsversicherungsanstalt, 2. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 3. Dr. G R, 4. Dr. E S, 5. Dr. G J, vertreten durch Berchtold & Kollerics, Rechtsanwälte in Graz; weitere Partei: Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Österreichische Gesundheitskasse hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Bescheid vom 24. Mai 2024 sprach die Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK) aus, dass der Dritt- und der Fünftmitbeteiligte jeweils im Zeitraum 1. März 2018 bis 31. Dezember 2022 sowie der Viertmitbeteiligte im Zeitraum 1. März 2018 bis 31. Dezember 2021 aufgrund ihrer Tätigkeit für die revisionswerbende Partei gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a ALVG der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen seien (Spruchpunkt I.), dass der Viertmitbeteiligte im Zeitraum 1. Jänner 2022 bis 31. Dezember 2022 aufgrund seiner Tätigkeit für die revisionswerbende Partei (im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 lit. e ALVG: nur) der Vollversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und



Abs. 2 ASVG unterlegen sei (Spruchpunkt II.) sowie dass die revisionswerbende Partei wegen der festgestellten Meldedifferenzen verpflichtet sei, näher bezifferte Beiträge samt Verzugszinsen nachzuentrichten (Spruchpunkt III.).

- 2 Die revisionswerbende Partei und der Fünftmitbeteiligte erhoben gegen diesen Bescheid Beschwerde.
- 3 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Bundesverwaltungsgericht - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - die Beschwerden gegen Spruchpunkt I. als unbegründet ab und stellte fest, dass die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten für die im Bescheid angeführten Zeiträume aufgrund ihrer Tätigkeit als Fachärzte für Anästhesiologie für die revisionswerbende Partei der Voll-(Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a ALVG unterlegen seien (Spruchpunkt A.I.). Die Beschwerden gegen Spruchpunkt III. wurden als unbegründet abgewiesen und es wurde festgestellt, dass die revisionswerbende Partei verpflichtet sei, die näher bezifferten allgemeinen Beiträge, Nebenumlagen, Zuschläge sowie Verzugszinsen nachzuentrichten (Spruchpunkt A.II.).
- 4 Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, dass die revisionswerbende Partei ein Ambulatorium für Reproduktionsmedizin betreibe und seit 23. Dezember 1999 im Firmenbuch eingetragen sei. MS, ein Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe sowie Experte der klinischen Embryologie, sei seit 23. Dezember 1999 selbständig vertretungsbefugter handelsrechtlicher Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei.
- 5 Zwischen der revisionswerbenden Partei und den Dritt- bis Fünftmitbeteiligten seien schriftliche Vereinbarungen mit folgendem Inhalt abgeschlossen worden:
„Vereinbarung zwischen D. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer, Dr. MS, und Dr. X [jeweils der Dritt- bis Fünftmitbeteiligte], FA für Anästhesie.
1. Die Vereinbarung wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist jeweils zum Halbjahr unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist möglich.“





2. Die D. GmbH verpflichtet sich, sämtliche anfallende Narkosen durch die namhaft gemachten Konsiliarärzte durchführen zu lassen. (siehe Anhang)

3. Die Konsiliarärzte verpflichten sich, an den 5 Wochentagen eine anästhesiologische Vormittags-Versorgung zu ermöglichen bzw. an 4 Tagen zu sichern. Tage, an denen keine Anästhesie möglich ist, werden spätestens 14 Tage vorher bekannt gegeben.

4. Honorierung

Pro Narkose wird ein Honorar von 180 Euro bezahlt. Die Konsiliarärzte stellen eine Honorarnote jeweils am Monatsende. Die Ausbezahlung erfolgt von den Beiträgen, die die Patienten bereits bezahlt haben. Für jeden Arbeitstag ist ein Arbeitsbericht vom FA zu unterfertigen.

Die D. GmbH stellt das gesamte technische Equipment und sämtliche notwendige Medikamente zur Verfügung.

5. Alle Konsiliarärzte nehmen am Qualitätsmanagement System nach ISO9001:2000 teil.

6. Die Anästhesisten verpflichten sich auf ihre Kosten Haftpflicht zu versichern und ihre Nebentätigkeit der SVA zu melden (selbständige Erwerbstätigkeit).

7. Die Fahrtkosten zum und vom Institut tragen die FA für Anästhesie.

(...)

Das Team Stand September 13:

ES

GR

GJ [die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten]“

6 Die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten seien allesamt Fachärzte für Anästhesiologie und in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen hauptberuflich in einer näher bezeichneten Krankenanstalt als Dienstnehmer beschäftigt gewesen. Sie hätten in den jeweiligen verfahrensgegenständlichen Zeiträumen - neben ihrem Dienstverhältnis zur Krankenanstalt - für die revisionswerbende Partei Tätigkeiten im Bereich der anästhesiologischen Versorgung durchgeführt.

7 Im Prüfzeitraum sei der Viertmitbeteiligte für die Erstellung des monatlichen Dienstplanes in der Krankenanstalt zuständig gewesen, wodurch ihm die freien zeitlichen Kapazitäten der anderen Anästhesieärzte bekannt gewesen seien. Aus diesem Grund habe er die Koordination für die Narkosetermine bei der revisionswerbenden Partei übernommen. Hierzu habe der Viertmitbeteiligte für



sich und für die anderen Anästhesieärzte abhängig vom Dienstplan der Krankenanstalt Terminvorschläge für mögliche freie Narkosetermine bei der revisionswerbenden Partei erstellt und diese - üblicherweise Mitte des Vormonats - an das Sekretariat der revisionswerbenden Partei sowie an die anderen zwei Anästhesisten übermittelt. Diese Terminvorschläge seien durch den Viertmitbeteiligten derart konzipiert worden, dass jeder der betroffenen Anästhesisten etwa vier Mal im Monat für eine anästhetische Leistung zur Verfügung gestanden sei. Bei Bedarf sei der einzelne Anästhesist durch die revisionswerbende Partei kontaktiert worden und habe im Einzelfall dem vorgeschlagenen Termin entweder zugestimmt oder diesen abgelehnt. Etwa zwei Tage vor dem eigentlichen Eingriffstermin habe sich der jeweilige Anästhesist bei der revisionswerbenden Partei erkundigt, wie viele Narkosetermine an dem betroffenen Tag durchzuführen wären. Die Anästhesisten hätten anschließend erneut (üblicherweise einen Tag vor dem Narkosetermin) bei der revisionswerbenden Partei angerufen, um sich den bevorstehenden Termin nochmals bestätigen zu lassen. Dies habe der Abschätzung für den jeweiligen Anästhesisten gedient, ob überhaupt ein Termin bzw. gegebenenfalls wie viele Termine für ihn vorliegen würden. Die Anästhesisten hätten zu keinem Zeitpunkt einen Termin direkt mit einer Patientin der revisionswerbenden Partei ausgemacht. Die Terminvergabe sei ausschließlich zwischen dem Patientenmanagement der revisionswerbenden Partei und der einzelnen Patientin erfolgt.

- 8 Im Verhinderungsfall (zB Krankheit) habe der einzelne Anästhesist die revisionswerbende Partei oder einen der anderen beiden Anästhesisten kontaktiert, ob diese für ihn einspringen könnten, wobei die revisionswerbende Partei letztendlich Verantwortung dafür getragen habe, dass eine Vertretung für den vorgesehenen Narkosetermin eingeteilt worden sei. Es sei zwar teilweise vorgekommen, dass andere (als die im Vertrag angeführten) Anästhesisten zur Vertretung herangezogen worden seien. In diesem Fall sei die revisionswerbende Partei jedoch im Vorhinein informiert worden. Es habe sich bei den vertretenden Personen ausschließlich um Anästhesisten gehandelt, die der revisionswerbenden Partei aus ehemaligen Vertragsbeziehungen bekannt gewesen seien.



- 9 Die Anästhesisten hätten zu Beginn ihrer Tätigkeit im Betrieb der revisionswerbenden Partei lediglich eine kleine Einschulung hinsichtlich des konkreten Arbeitsablaufs erhalten. Eine weiterreichende fachliche Einschulung sei nicht erforderlich gewesen und habe auch nicht stattgefunden. Die Anästhesisten seien nicht dazu verpflichtet gewesen, regelmäßig im Betrieb der revisionswerbenden Partei zu erscheinen und es habe auch keine (zwingenden) Schulungen für die konkrete Ausführung ihrer Tätigkeit gegeben. Im Übrigen hätten sie sich - wie alle in diesem Bereich Tätigen - an die jeweiligen organisatorischen, medizinischen, hygienischen und berufsbedingten Vorgaben (zB Desinfizieren der Hände, Tragen des Mund-Nasenschutzes etc.) zu halten gehabt und hätten den jeweiligen Narkosetermin als Teil des OP-Teams der revisionswerbenden Partei durchgeführt. Die Anästhesisten seien ansonsten hinsichtlich der konkreten Durchführung ihrer Tätigkeit keinen Weisungen bzw. Überprüfungen durch die revisionswerbende Partei unterlegen und diese habe überhaupt keinen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung ihrer Tätigkeiten gehabt. Des weiteren seien die Anästhesisten - wie alle in diesem Bereich Tätigen - im Rahmen des jeweiligen Termins verpflichtet gewesen, einen Narkosebericht anzufertigen bzw. diesen mit der Patientin auszufüllen.
- 10 Bei Wahrnehmung eines Narkosetermins hätten die Anästhesisten im Umkleidebereich ihre private Kleidung abgelegt und anschließend die Bereichskleidung (inklusive Mundschutz, Haarnetz und Schuhe) angezogen. Anschließend hätten sie den Narkosearbeitsplatz betreten, in welchem die Patientinnen ein Basismonitoring bestehend aus EKG, Blutdruckmessung und Sauerstoffsättigung erhalten hätten. Dieses sei im Vorfeld durch einen Dienstnehmer der revisionswerbenden Partei vorbereitet worden. Die Anästhesisten hätten im Anschluss mit der Patientin eine Anästhesieaufklärung durchgeführt und gegebenenfalls die Freigabe für den Eingriff erstellt. Nach Beendigung der Narkoseleistung habe zwischen dem Anästhesisten und der Patientin ein weiteres Gespräch stattgefunden, wobei sie ein im Betrieb der revisionswerbenden Partei aufliegendes Anästhesieformular zusammen mit der Patientin ausgefüllt hätten. Anschließend habe der jeweilige Anästhesist einen Narkosebericht erstellt, welchen er in Papierform im Eingriffsraum hinterlegt habe. Er habe sodann die Patientin in deren Zimmer begleitet, wobei er sich



nach etwa 15 Minuten noch einmal nach deren Zustand erkundigt habe. Im Anschluss habe sich der Anästhesist gegebenenfalls zu seinem nächsten Patiententermin begeben.

- 11 Die Anästhesisten hätten ihre verfahrensgegenständliche Tätigkeit ausschließlich im Betrieb der revisionswerbenden Partei ausgeführt, wo auch das weitere für den Eingriff notwendige OP-Team von der revisionswerbenden Partei aufgestellt worden sei. Für den Zutritt zum Gebäude der revisionswerbenden Partei über den Nebeneingang sowie zu den sonstigen Räumen sei die Eingabe eines Nummerncodes notwendig gewesen, der den Anästhesisten durch die revisionswerbende Partei bzw. durch einen ihrer Mitarbeiter bekannt gegeben worden sei und den sie nicht an externe Personen weitergeben hätten dürfen. Die revisionswerbende Partei habe den Dritt- bis Fünftmitbeteiligten sämtliche für ihre Tätigkeit notwendigen Betriebsmittel in Form der erforderlichen Maschinen und Medikamente zur Verfügung gestellt. Auch das sonstige Equipment, wie beispielsweise Notfallmedikamente oder Defibrillator, sei den Anästhesieärzten von der revisionswerbenden Partei zur Verfügung gestellt worden. Nach Durchführung der Narkosetätigkeit sei die benutzte OP-Kleidung durch den jeweiligen Anästhesisten in eine von der revisionswerbenden Partei bereitgestellte Box geworfen worden. Sowohl für die OP-Kleidung als auch für das bereitgestellte Equipment hätten die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten keinen Kostenbeitrag an die revisionswerbende Partei entrichten müssen.
- 12 Die Anästhesisten hätten keine eigenen Verträge mit den Patientinnen abgeschlossen und hätten diese nicht eigenverantwortlich selbst zu betreuen bzw. zu behandeln gehabt. Sie seien auch nicht von Patientinnen für ihre Tätigkeit bezahlt worden. Die Bezahlung sei ausschließlich von der revisionswerbenden Partei, und zwar pro Narkosetermin bzw. pro Patientin, erfolgt. Hierzu hätten die Anästhesisten keine direkte Rechnung an die revisionswerbende Partei gelegt. Von der revisionswerbenden Partei sei eine Aufstellung geführt worden, wie viele Narkosetermine der einzelne Anästhesist im betroffenen Monat durchgeführt habe. Das Entgelt sei anschließend von der revisionswerbenden Partei an den einzelnen Anästhesisten überwiesen worden,



wobei die Bezahlung von den Beiträgen, die die Patientinnen bereits bezahlt hätten, erfolgt sei. Die revisionswerbende Partei habe für die Anästhesisten die Sammlung der durchgeführten Narkosetermine übernommen und das Entgelt einmal im Monat an sie überwiesen. Die Anästhesisten hätten ihre Einkünfte im Rahmen der Einkommensteuer selbständig veranlagt.

- 13 In der rechtlichen Beurteilung führte das Bundesverwaltungsgericht zur Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstvertrag aus, dass es sich bei der Durchführung von Narkosen um einen Teil der vielfältigen Tätigkeiten der Anästhesisten und nicht um ein Werk handle. Die von den Anästhesisten zu erbringenden Leistungen seien auch nicht schon im zugrundeliegenden Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert worden. Außerdem sei kein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit der Anästhesisten ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden könnten. Vielmehr deute die kontinuierliche gattungsmäßige Leistungserbringung sowie die laufende Zuweisung des Equipments der revisionswerbenden Partei durch diese (Medikamente, medizinische Maschinen etc.) auf ein Dauerschuldverhältnis hin. Festzuhalten sei, dass die Vertragsverhältnisse auf unbestimmte Zeit geschlossen worden seien und demnach nicht mit Herstellung eines bestimmten Werks enden sollten. Auch vor diesem Hintergrund vermöge die Behauptung, es habe sich allenfalls um Werkvertragsverhältnisse gehandelt, nicht zu überzeugen. Es habe sich auch nicht gezeigt, dass es Intention der Verfahrensparteien gewesen sei, die Vereinbarung mit der Ausführung einer einzelnen Narkose wieder zu beenden bzw. weitere auf einzelne Narkoseleistungen gerichtete Verträge abzuschließen. Es handle sich daher im Ergebnis nicht um einen für die Durchführung einzelner Narkosen abgeschlossenen Vertrag, sondern die Anästhesieärzte seien mit der Durchführung sämtlicher im Betrieb der revisionswerbenden Partei anfallenden Narkosen auf unbestimmte Zeit beauftragt worden. Daher sei bei einer Gesamtbetrachtung der Tätigkeit der Anästhesisten für die revisionswerbende Partei davon auszugehen, dass ein Dauerschuldverhältnis vorgelegen sei.



- 14 In einem nächsten Schritt sei zu prüfen, ob die Anästhesisten ihre Leistung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zur revisionswerbenden Partei gemäß § 4 Abs. 2 ASVG erbracht hätten, womit sie als deren Dienstnehmer anzusehen wären.
- 15 Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG sei die persönliche Arbeitspflicht. Wie in den Feststellungen ausgeführt, sei ein Vertretungsrecht für gewöhnlich nicht über den Kreis der im Bescheid angeführten Anästhesisten hinaus ausgeübt worden. Aus der im großen Interesse der revisionswerbenden Partei liegenden Narkosetätigkeit im medizinischen Bereich und der Verantwortung für die medizinische Betreuung der Narkosepatienten könne eine Befugnis der Anästhesisten, sich jederzeit und nach Gutdünken bei der Erfüllung der von ihnen übernommenen Aufgaben durch irgendeine geeignete Person vertreten zu lassen, nicht abgeleitet werden. Letztendlich sei die persönliche Anwesenheit der Anästhesisten für die revisionswerbende Partei von wesentlicher Bedeutung, um ihrem Hauptanliegen - nämlich der Durchführung des Eingriffs mit Narkose - gerecht zu werden. Die im Bescheid angeführten Anästhesisten hätten in der Realität nicht über eine Befugnis verfügt, die Leistungserbringung nach Art eines Selbstständigen jederzeit und nach Gutdünken (generell) an Dritte zu delegieren.
- 16 Der Viertmitbeteiligte habe zwar in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass er sich auch durch andere als die im Vertrag angeführten Anästhesisten habe vertreten lassen, jedoch auch gleichzeitig angegeben, dass er dies der revisionswerbenden Partei im Vorhinein mitgeteilt habe. Echte generelle Vertretungsrechte würden nur dann vorliegen, wenn die Vertretung ohne weitere Verständigung des Vertragspartners erfolge (Hinweis auf VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). Von einer generellen Vertretungsberechtigung könne im gegenständlichen Fall auch deshalb nicht ausgegangen werden, da eine solche nur dann vorliege, wenn die vertretende Person für den Auftraggeber völlig unerheblich sei. Faktisch sei jedoch davon auszugehen, dass die revisionswerbende Partei mit der persönlichen Leistungserbringung der betroffenen Anästhesisten, mit denen sie schließlich in





einer Vertragsbeziehung gestanden sei, gerechnet habe und es somit nicht unerheblich für sie gewesen sei, welche Person die Vertretung der Anästhesisten schließlich übernommen habe und einen derartig einschneidenden medizinischen Eingriff wie die Verabreichung einer Narkose bei ihren Patientinnen durchgeführt habe. Aufgrund des überschaubaren Kreises der fachlich geeigneten Personen sei daher nicht ernstlich zu erwarten, dass durch die Anästhesisten eine jederzeitige und generelle Vertretungsmöglichkeit in der Realität habe gelebt werden können. Zudem habe eine Zutrittsbeschränkung für externe Personen bestanden, da die Anästhesisten einen Nummerncode benötigt hätten, um die Betriebseinrichtung der revisionswerbenden Partei betreten zu können. Auch dieser Umstand schließe ein generelles Vertretungsrecht im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aus.

- 17 Auch ein gelebtes sanktionsloses Ablehnungsrecht erscheine nicht mit den Anforderungen der revisionswerbenden Partei vereinbar, zumal eine funktionierende Terminplanung und Diensteinteilung obsolet erscheine, wenn die revisionswerbende Partei nicht mit dem Erscheinen des einzelnen Anästhesisten rechnen könne und es dem Anästhesisten völlig freistünde, Termine jederzeit nach Gutdünken sanktionslos abzusagen. Auch im Lichte der Praktikabilität erscheine ein solches Vorgehen fraglich, zumal die Patienten grundsätzlich eine Narkose erwarten würden und auch davon auszugehen gewesen sei, dass es im Interesse der revisionswerbenden Partei gelegen sei, diese Eingriffe unter Narkose anzubieten. Im Ergebnis erscheine im Lichte der hohen Bedeutung der Anästhesisten für den Betrieb der revisionswerbenden Partei ein sanktionsloses Ablehnungsrecht - selbst wenn es vereinbart worden wäre - mit den Anforderungen der Betriebsorganisation nicht vereinbar. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten nur im notwendigen Bedarfsfall (zB im Fall einer Erkrankung) einen zugesagten Dienst abgesagt hätten. Die bloße Befugnis der Anästhesisten, die angebotenen Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, stelle nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein derartiges sanktionsloses Ablehnungsrecht dar und berühre damit die persönliche Arbeitspflicht in keiner Weise. Im Lichte der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei somit die



persönliche Arbeitspflicht mangels eines generellen Vertretungsrechts sowie eines sanktionslosen Ablehnungsrechts (im engeren Sinn) zu bejahen.

- 18 Es sei daher weiter zu klären, ob bei der Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwogen hätten und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben gewesen sei. Dafür seien im vorliegenden Fall die Bindung an Ordnungsvorschriften über die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse ausschlaggebend. Wesentlich sei - da die Anästhesisten auf Grund ihres ärztlichen Wissens und Könnens die Art der Behandlung selbst bestimmten und dabei keinen Weisungen unterlegen seien - insbesondere die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus bzw. in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers.
- 19 Auf Grund der Angaben der Verfahrensparteien in der mündlichen Verhandlung zeige sich, dass zwar keine direkten und verpflichtenden Mitarbeitergespräche für die Anästhesisten bestanden hätten, diese jedoch insofern in den Betrieb der revisionswerbenden Partei eingebunden gewesen seien, als sie ihre Narkosetätigkeit als einzelnes Mitglied des OP-Teams zu verrichten gehabt und somit einen integrierten Teil der von der revisionswerbenden Partei geführten Organisation gebildet hätten. Ebenso spreche die Aushändigung bzw. Zurverfügungstellung eines Nummerncodes zum Eintritt in den Betrieb der revisionswerbenden Partei sowie die Zurverfügungstellung sämtlicher Betriebsmittel - wofür sie keine Vergütung zu leisten gehabt hätten - für eine organisatorische Eingliederung in den geschäftlichen Organismus der revisionswerbenden Partei.
- 20 Des Weiteren sei die Art und Weise der Durchführung der Tätigkeit aus organisatorischen und medizinischen Gründen so weit vorgegeben gewesen, dass den betroffenen Anästhesisten praktisch kein relevanter Spielraum für eine eigene „unternehmerische“ Gestaltung zugekommen sei. Bereits die krankenanstaltenrechtlichen Regelungen, die für die Anästhesisten selbstverständlich gegolten hätten, stünden der Auffassung, sie seien nicht an Ordnungsvorschriften der revisionswerbenden Partei über Arbeitszeit und



arbeitsbezogenes Verhalten gebunden gewesen, grundsätzlich entgegen, da die spezifische krankenanstaltenrechtlich vorgegebene Organisation und der ebenfalls gesetzlich determinierte und von der revisionswerbenden Partei als Ambulatorium zu gewährleistende Dienst ein in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbrachtes Dienstverhältnis voraussetzen würden. Eine mangelnde persönliche Abhängigkeit, wie sie Kennzeichen freier Dienstverhältnisse sei, würde den vorgeschriebenen Weisungszusammenhang zwischen ärztlichem Dienst und Anästhesisten unterbrechen, was krankenanstaltenrechtlich unzulässig erscheine.

- 21 Allein auf Grund des behaupteten Fehlens von konkreten Weisungen könne die persönliche Abhängigkeit der Anästhesisten nicht ausgeschlossen werden, zumal sich diese letztendlich den Gegebenheiten des Betriebes der revisionswerbenden Partei anzupassen gehabt hätten und es sich im Ergebnis gezeigt habe, dass sie nicht in der Lage gewesen seien, ihren Arbeitsalltag völlig frei und jederzeit selbst zu regeln oder zu ändern.
- 22 Die Anästhesisten hätten zudem über keine eigene Betriebsstätte bzw. keine eigene betriebliche Organisation verfügt und es zeige sich, dass letztendlich durch die Zurverfügungstellung sämtlicher erforderlicher Betriebsmittel und des medizinischen Equipments die revisionswerbende Partei selbst für einen reibungslosen Ablauf „ausschlaggebend“ gewesen sei. Auch dieser Umstand spreche für ein (echtes) Dienstverhältnis.
- 23 Ebenso sei der mangelnden Verpflichtung der Anästhesisten, ihre Anwesenheitszeiten zu dokumentieren, keine das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses ausschließende Bedeutung beizumessen.
- 24 Die Anästhesisten hätten ihre Leistungen unter weitgehender Ausschaltung ihrer Bestimmungsfreiheit in persönlicher Abhängigkeit erbracht.
- 25 Wiewohl der zu beurteilende Sachverhalt im Hinblick auf das Vorliegen freier Dienstverhältnisse durchaus als Grenzfall anzusehen sei, sei dennoch aufgrund des festgestellten Umstandes, dass die Anästhesisten letztendlich die Vorgaben des Betriebes der revisionswerbenden Partei einzuhalten gehabt hätten und somit nicht in der Lage gewesen seien, ihren Arbeitsalltag völlig frei und



jederzeit selbst zu regeln oder zu ändern, davon auszugehen, dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit überwogen hätten. Die Anästhesisten seien der revisionswerbenden Partei somit nicht als selbstbestimmte Partner gegenüber getreten, auch wenn sie ihre Tätigkeit ohne unmittelbare Beaufsichtigung durch die revisionswerbende Partei ausgeübt hätten.

26 Im Ergebnis sei somit eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit und damit ein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ASVG vorgelegen.

27 Die Beschwerden gegen die Spruchpunkte I. und II. des angefochtenen Bescheides seien daher abzuweisen gewesen.

28 Zu Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, dass die Berechnung der Beiträge nachvollziehbar dargelegt und aufgeschlüsselt worden sei.

29 Die Beschwerden gegen diesen Spruchpunkt seien daher ebenfalls abzuweisen gewesen.

30 Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG sprach das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

31 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

32 Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Durchführung des Vorverfahrens - in dem die ÖGK eine Revisionsbeantwortung erstattet hat - erwogen:

33 Die revisionswerbende Partei macht unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG geltend, dass das Bundesverwaltungsgericht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen sei, indem es zu Unrecht vom Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit und damit der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG ausgegangen sei.

34 Die Revision erweist sich im Hinblick auf dieses Vorbringen als zulässig und berechtigt.





- 35 Entgegen dem Revisionsvorbringen ist das Bundesverwaltungsgericht zunächst aber richtig davon ausgegangen, dass kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vorlag.
- 36 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag kommt es für die Unterscheidung wesentlich darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet. In diesem Fall liegt ein Dienstvertrag vor. Wird die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernommen, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, liegt ein Werkvertrag vor. Dagegen kommt es beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Dienstnehmers zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, an. Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. etwa VwGH 30.8.2021, Ra 2021/08/0065, mwN).
- 37 Im vorliegenden Fall schuldeten die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten die laufende (auf unbestimmte Zeit vereinbarte) Erbringung von Dienstleistungen und keine schon im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung als in sich geschlossene Einheit. Es lag daher - entgegen der anders lautenden Bezeichnung - kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vor. Daran ändert nichts, dass im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses Leistungen - die einzelnen Narkosebehandlungen - zu erbringen waren, die für sich genommen Gegenstand eines Werkvertrages sein könnten. Entscheidend ist nämlich, dass eine kontinuierliche, als Dauerschuldverhältnis angelegte Leistungsbeziehung vorliegt, auch wenn sie sich in viele kleine Werkverträge zerlegen ließe. Selbst dann, wenn laufend zu erbringende (Dienst)leistungen in (zeitliche) Abschnitte zerlegt und ausdrücklich zu „Werken“ erklärt werden, um diese zum



Gegenstand der Leistungsverpflichtung zu machen, ist eine solche „Atomisierung“ der Leistungsbeziehung bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) für die Beurteilung der Pflichtversicherung nicht maßgebend (vgl. in diesem Sinn zB - zu einer „mobilen Krankenpflegerin“ - VwGH 25.6.2013, 2013/08/0093, unter Hinweis auf *Mosler*, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 [495]).

- 38 In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Anästhesisten ihre Leistungen im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG oder aber eines freien Dienstvertrags erbrachten.
- 39 Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer, 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.
- 40 Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch



seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings 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 von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa VwGH 4.6.2008, 2007/08/0252, mwN).

- 41 Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Die persönliche Arbeitspflicht ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 10.10.2018, Ra 2015/08/0130, mwN) dann nicht gegeben, wenn dem zur Leistung Verpflichteten entweder ein „generelles Vertretungsrecht“ zukommt (er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann), oder wenn ihm ein „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ zukommt (er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann).
- 42 Dem festgestellten Sachverhalt zufolge bestanden keine Anhaltspunkte für eine Ermächtigung zum jederzeitigen Überbinden beliebiger Teile der Verpflichtungen auf - beliebige - Dritte. Auch das Vorliegen eines



sanktionslosen Ablehnungsrechts im Sinn der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war zu verneinen, weil die von der revisionswerbenden Partei beschäftigten Anästhesisten bereits übernommene Dienste nicht jederzeit ablehnen, sondern lediglich die Annahme von Diensten im Vorhinein verweigern konnten. Die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen, ihm angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt die persönliche Arbeitspflicht nicht (vgl. VwGH 2.10.2024, Ra 2023/08/0154, mwN). Die persönliche Arbeitspflicht der Dritt- bis Fünftmitbeteiligten war daher zu bejahen.

- 43 Allerdings stellte die im vorliegenden Fall vereinbarte, von den Dritt- bis Fünftmitbeteiligten selbst und ohne jegliche Vorgaben des Dienstgebers organisierte Form der Einsatz- und Arbeitszeiteinteilung ein gewichtiges Element persönlicher Unabhängigkeit dar. Die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten hatten nach dem Vertrag nur sicherzustellen, dass die anästhesiologische Versorgung im Institut der revisionswerbenden Partei an zumindest vier Wochentagen gewährleistet war, und konnten nach Belieben entscheiden, an welchen konkreten Tagen und durch wen von ihnen die Leistungen erbracht wurden. Umgekehrt verpflichtete sich die revisionswerbende Partei - in einer für einen Dienstvertrag untypischen und die persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Dienstnehmer stärkenden Weise -, sämtliche anfallenden Narkosen nur durch die im Anhang des Vertrags genannten Konsiliarärzte (die Dritt- bis Fünftmitbeteiligten) durchführen zu lassen.
- 44 Zwar trifft es zu, dass Spitalsärzte im Hinblick auf die einzuhaltenden krankenanstaltenrechtlichen Vorgaben im Allgemeinen in Beschäftigungsverhältnissen nach § 4 Abs. 2 ASVG zum Träger der jeweiligen Krankenanstalten stehen (vgl. VwGH 31.5.1994, 93/08/0162 bis 0165). Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis aber auch ausgesprochen, dass atypische Fälle denkbar seien und aus der Bindung an krankenanstaltenrechtliche Vorgaben allein noch nicht zwingend das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit abgeleitet werden kann. Vielmehr müssen Kriterien wie etwa Bindungen an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das





arbeitsbezogene Verhalten und sich darauf beziehende Weisungs- und Kontrollbefugnisse hinzukommen (vgl. etwa VwGH 7.10.2019, Ra 2019/08/0138).

- 45 Das Bundesverwaltungsgericht hat weder derartige Bindungen und Kontrollbefugnisse noch eine Eingliederung in die Betriebsorganisation der revisionswerbenden Partei in einer Weise festgestellt, dass dadurch ausdrückliche persönliche Weisungen und entsprechende Kontrollen im Sinn einer „stillen Autorität“ des Dienstgebers ersetzt werden könnten (vgl. dazu etwa VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003, mwN). Vielmehr ergibt sich aus den Feststellungen, dass die Anästhesisten zwar so weit in die durch den Betrieb des Ambulatoriums determinierte Ablauforganisation eingebunden waren, wie es ihre Mitwirkung an den Operationen erforderte, dass sie jedoch keinerlei persönlichen Weisungen unterlagen und auch keine Überprüfungen des arbeitsbezogenen Verhaltens durch die revisionswerbende Partei stattfanden. Insgesamt zeigt sich das Gesamtbild einer - von den Vertragspartnern auch gewollten - insgesamt bloß lockeren Einbindung der Anästhesisten in den Betrieb, nach der sie die von vornherein nicht fixierte und nur punktuelle zeitliche Inanspruchnahme aufgrund der übernommenen Verpflichtungen in den Grenzen der sachlichen Erfordernisse eines solchen Betriebs festlegen und in diesen Grenzen auch den Ablauf der übernommenen Tätigkeit selbst bestimmen konnten.
- 46 Im Ergebnis konnte daher auf Basis der Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber jenen der persönlichen Unabhängigkeit ausgegangen werden, sodass das Bundesverwaltungsgericht zu Unrecht die Pflichtversicherung der Dritt- bis Fünftmitbeteiligten nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG (sowie die Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a ALVG) und ausgehend davon auch die in Spruchpunkt III. des Bescheides der ÖGK ausgesprochene Verpflichtung zur Beitragsentrichtung bejaht hat.
- 47 Das angefochtene Erkenntnis war somit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.



- 48 Nur der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass die Beschwerde gegen Spruchpunkt II. des Bescheides der ÖGK unerledigt blieb, weil das Bundesverwaltungsgericht im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses ausdrücklich nur die Beschwerden gegen die Spruchpunkte I. und III. des Bescheides der ÖGK abwies. Auch in der Begründung wird - abgesehen vom Fazit am Ende der rechtlichen Beurteilung, dass die „Beschwerden gegen die Spruchpunkte I. und II. des angefochtenen Bescheides“ abzuweisen seien - auf Spruchpunkt II. des Bescheides der ÖGK und insbesondere die (von der ÖGK verneinte) Frage der Arbeitslosenversicherungspflicht des Viertmitbeteiligten im dort genannten Zeitraum nicht eingegangen. Soweit sich auch die Beschwerde des Fünftmitbeteiligten gegen Spruchpunkt II. des Bescheides der ÖGK richtete, wäre sie im Übrigen mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit zurückzuweisen gewesen.
- 49 Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft die Eingabegebühr, die im Hinblick auf die sachliche Abgabefreiheit nach § 110 ASVG nicht zu entrichten war.

W i e n , am 23. April 2026

