

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/12/2 2013/08/0191

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.12.2013

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

### Norm

ASVG §4 Abs2;

ASVG §4 Abs4;

ASVG §49;

ASVG §539a;

### 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 S GmbH in G, vertreten durch Dr. Annemarie Stipanitz-Schreiner und Dr. Helmut Klement, Rechtsanwälte in 8010 Graz, Zimmerplatzgasse 13, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 19. Juli 2013, Zl. BMASK-520179/0002- II/A/3/2013, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG (mitbeteiligte Parteien: 1. HK in G, 2. Steiermärkische Gebietskrankenkasse in 8010 Graz, Josef-Pongratz-Platz 1,

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.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, dass der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei vom 1. November 2005 bis zum 30. September 2009 der Vollversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AVG unterliegt.

Der Erstmitbeteiligte habe im genannten Zeitraum für die beschwerdeführende Partei eine Beratungstätigkeit ausgeführt, der folgende auszugsweise wiedergegebene Vereinbarung vom 22. Juni 2005 zu Grunde liege:

"Präambel

0.1. Die S. (beschwerdeführende Partei) bzw. mit der

S. verbundene Unternehmen, ... betreiben Krankenanstalten und Pflegeheime. Herr K. (Erstmitbeteiligter) ist seinerseits selbständiger Unternehmensberater.

0.2. Die vorliegende Vereinbarung regelt die Rahmenbedingungen jener Leistungen, die Herr K. für die S. bzw. die der Holding angeschlossenen Gesellschaften durchführen wird.

0.3. Die Tätigkeit, die Herr K. für S. erbringen wird, erbringt dieser als selbständiger Unternehmer. Ein Dienstverhältnis, in welcher Ausgestaltung auch immer, wird hierdurch nicht begründet.

#### Artikel I - Leistungsinhalt

1.1 Die Leistungen umfassen insbesondere nachstehende Schwerpunkte:

- Analyse des Pflegebedarfs, Pflegeeinrichtung und

Konkurrenzsituation in Österreich

- Verhandlungen mit den Landesregierungen über Pflegebedarf, gesetzliche Bestimmungen, Bau- und Einrichtungsvorschriften für Krankenanstalten, Pflegeheime und Reha-Einrichtungen
- Beratung im Bereich Logistik und Zentralen Einkauf
- Prüfung von Beteiligungen
- Strategische Ausrichtung der Gruppe für die nächsten

10 Jahre

- Zusammenarbeit mit den Gemeinden, im Bereich Pflege, Standortsuche, Erstellung von Budget, Verhandlung mit Bauträgern, Aufbereitung aller Unterlagen

- Personalberatung
- Entwicklung Standort Österreich zusammen mit den

Gemeinden

- Beratung und Unterstützung der Mitarbeiter

- Analyse Standorte im Ausland (Ungarn/Slowenien/Tk)
- Entwicklung neuer Geschäftsfelder wie z.B. Reha für Suchtkranke, Schmerz- und Rheuma-Patienten

- Beratung bei Entscheidungen über die Verwendung von Bestandsimmobilien.

1.2. S. ist berechtigt, jederzeit auf Leistungsteile, die in Punkt 1 beschrieben sind, zu verzichten.

1.3. Umgekehrt ist S. berechtigt, von Herrn K. auch die Erbringung von Leistungen, die in Punkt 1.1. nicht angeführt

sind, aber mit dem Betrieb von Krankenanstalten und Pflegeheimen im Zusammenhang stehen zu begehen. Stellt S. ein derartiges Begehen, ist K. berechtigt, innerhalb angemessener, längstens 10 Werktagen umfassenden Frist, zu erklären, dass er sich zu der Erbringung solcher Leistungen nicht in der Lage sieht.

1.4. Herr K. wird die ihm obliegenden Leistungen tunlichst selbst, also durch seine Person erbringen. Er ist jedoch berechtigt, sich in der Erbringung der Leistung dritter Personen (Erfüllungsgehilfen) zu bedienen. Solche Personen müssen die erforderlichen Voraussetzungen zur Erbringung der Leistungen erfüllen und ... . Vor der Aufnahme der Tätigkeit durch solche Personen hat Herr K. dies ... nachzuweisen. S. ist berechtigt, den Einsatz solcher Personen abzulehnen. Eine Begründung der Ablehnung solcher Personen bedarf es nicht ...

...

1.7. Herr K. obliegt unter Wahrung obiger Grundsätze die Gestaltung seiner Leistungserbringung selbst. Dies gilt sowohl für den Ort seiner Leistungserbringung als auch die Zeit derselben. Insoweit Herr K. jedoch Kontakte mit Mitarbeitern zu pflegen hat, hat er diese innerhalb der Arbeitszeit dieser Mitarbeiter umzusetzen.

#### Artikel II Vertragsdauer

2.1. Das Vertragsverhältnis beginnt mit Unterfertigung ... und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

2.2. Das Vertragsverhältnis kann durch jeden der Vertragsteile unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Letzten eines Kalendermonates aufgekündigt werden.

2.3. Durch die Bestimmungen des Punktes 2.2. wird die Auflösung des Vertragsverhältnisses ohne Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist ... bei Vorliegen wichtiger Gründe nicht beschränkt. ..."

Art. III der Vereinbarung sehe eine monatliche Abrechnung und Bezahlung der erbrachten Leistungen vor. Pro geleistetem "Manntag" (einer Arbeitsleistung von 8 Stunden) sei ein Betrag von EUR 590,-

vorgesehen. Für die erforderlichen Betriebsmittel, die der Erstmitbeteiligte bei Erbringung seiner Leistung einsetze, habe er laut Punkt 3.3. der Vereinbarung selbst zu sorgen. Reisekosten außerhalb der Steiermark seien ihm nach Punkt 3.4. der Vereinbarung zu ersetzen. Art. IV der Vereinbarung enthalte eine Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB, Art. V beinhalte eine Geheimhaltungsverpflichtung, Art. VI regle den Gerichtsstand und in Art. VII seien Schlussbestimmungen enthalten. Der Erstmitbeteiligte sei auf Grund dieser Vereinbarung für die beschwerdeführende Partei bzw. die dieser angeschlossenen Gesellschaften tätig gewesen. Die beschwerdeführende Partei betreibe Krankenanstalten und Pflegeheime, u.a. die Privatklinik L. Für seine Tätigkeit seien dem Erstmitbeteiligten von der beschwerdeführenden Partei in L. ein Büro zur Verfügung gestellt und ein Schlüssel dafür ausgehändigt worden. Im Büro seien für den Erstmitbeteiligten ein Telefon- und Internetzugang über die Leitung der beschwerdeführenden

Partei eingerichtet worden. Das Büro habe sich der Erstmitbeteiligte mit dem "Qualitätsmanager" der beschwerdeführenden Partei, Georg Sch., geteilt. In der Telefonliste der beschwerdeführenden Partei werde der Erstmitbeteiligte jedenfalls bis August 2008 mit der Nebenstelle 9813 geführt. Seine Mailadresse sei im Telefonverzeichnis ersichtlich. Wenn sein Privatauto in Reparatur gewesen sei, sei ihm von der beschwerdeführenden Partei ein Firmenauto zur Verfügung gestellt worden. Für die Zurverfügungstellung von Büro, Telefon- sowie Internetleitung bzw. Firmenauto habe der Erstmitbeteiligte keine Zahlungen geleistet. In den Honorarnoten des Erstmitbeteiligten würden monatlich zwischen 16,5 und 18,5 "Manntage" verrechnet. In der konkreten Ausgestaltung der vertraglichen Tätigkeit habe der ärztliche Leiter der beschwerdeführenden Partei, N., den Erstmitbeteiligten beauftragt und ihm fachlich vorgegeben, diverse Projekte zu bearbeiten bzw. zu entwickeln. N. habe auch die vom Erstmitbeteiligten erstellten Arbeitsberichte oder geleisteten Projekte genehmigt. Der Erstmitbeteiligte habe grundsätzlich zwischen 09.00 und 17.00 Uhr anwesend bzw. erreichbar sein müssen.

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde zum Erreichbarkeitserfordernis aus, der Erstmitbeteiligte habe am 2. Februar 2011 niederschriftlich angegeben, von ihm sei erwartet worden, dass er mindestens zwischen 09.00 und 17.00 Uhr anwesend (nicht nur erreichbar) gewesen sei. Diese Angabe stünde im Einklang mit der vertraglichen Regelung, wonach dem Anwesenheitsbzw. Koordinationserfordernis mit Mitarbeitern der beschwerdeführenden Partei vor Ort in deren Arbeitszeit Rechnung zu tragen sei.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, es sei nicht die Leistung eines bestimmten, im Vertrag konkretisierten Werkes vereinbart worden, mit dessen Erbringung der Vertrag enden würde. Als Leistungsinhalt seien vielmehr verschiedene Analyse-, Verhandlungs-, Beratungs-, Prüfungs- und Entwicklungsdienste aufgelistet worden. Der Erstmitbeteiligte habe auf der Basis dieser Vereinbarung somit keinen konkreten Erfolg geschuldet, sondern er sei mit der kontinuierlichen Ausführung gattungsmäßig umschriebener Aufgaben betraut gewesen. Es handle sich um keinen Werkvertrag. Die monatliche Abrechnung bzw. Bezahlung nach Manntagen widerspreche auch dem Argument der beschwerdeführenden Partei, der Erstmitbeteiligte hätte für die einzelnen Beratungsaufträge auf Basis dieser "Rahmenvereinbarung" einen Erfolg zu erbringen gehabt. Eine erfolgsabhängige Entlohnung sei im Vertragsverhältnis nicht vorgesehen. Der Erstmitbeteiligte habe keine Möglichkeit gehabt, auf die Höhe des Honorars mit unternehmerischem Gestaltungsspielraum einzuwirken. Das Honorar sei ihm erfolgsunabhängig nach "Manntagen" vorgegeben worden. An der Qualifikation des Vertrages nach der konkret geschuldeten Art der Leistung ändere die vorgesehene "Sachverständigenhaftung" nichts.

Eine tatsächliche Vertretung des Erstmitbeteiligten habe nicht stattgefunden. Nach Punkt 1.4. der Vereinbarung habe der Erstmitbeteiligte die Leistung tunlichst selbst zu erbringen. Zu dem im Punkt 1.4. der Vereinbarung vorgesehenen Einsatz von "Erfüllungsgehilfen" sei auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur generellen Vertretungsbefugnis zu verweisen. Das in der Vereinbarung vorgesehene Recht der beschwerdeführenden Partei, Erfüllungsgehilfen abzulehnen, entspreche eindeutig nicht den Anforderungen an das Bestehen einer (generellen) Vertretungsbefugnis. Es sei von der persönlichen Arbeitsleistungspflicht als Grundvoraussetzung für persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten auszugehen. Auch der Umstand, dass dem Erstmitbeteiligten ein Schlüssel für das Büro ausgehändigt worden sei, spreche gegen eine beliebige Vertretungsmöglichkeit. Den Honorarnoten zufolge seien monatlich mindestens zwischen 16,5 und 18,5 Manntage (dies entspreche mindestens 4 Arbeitstagen zu je 8 Stunden pro Woche) verrechnet bzw. abgegolten worden. Der Erstmitbeteiligte habe somit über seine Arbeitszeit nicht frei entscheiden können. Eine gewisse Flexibilität der Arbeitszeitgestaltung schließe ein Dienstverhältnis nicht aus, wenn die Flexibilität ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen habe, sodass sich die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiere. Im konkreten Fall habe das betriebliche Erfordernis in der notwendigen Koordination und den dabei einzuhaltenden Arbeitszeiten der übrigen Mitarbeiter bestanden.

In Anbetracht der Feststellungen in Bezug auf die Erreichbarkeitserfordernisse (über die Telefonanlage der beschwerdeführenden Partei) in deren Büro, zu dem der Erstmitbeteiligte den Schlüssel gehabt habe und das er mit Sch. geteilt habe, sei von einer Integration in den Betrieb der beschwerdeführenden Partei auszugehen. Weiters sei im Hinblick auf die Art der Beratungsleistungen bzw. die entsprechende Qualifikation des Erstmitbeteiligten davon auszugehen, dass dieser von sich aus wusste, wie er sich zu "bewegen" und zu verhalten gehabt habe. Für die Beratungsleistungen seien nur geringe Betriebsmittel erforderlich. Dem Erstmitbeteiligten sei ein Büro samt Internet- und Telefonleitung sowie fallweise ein Firmenauto kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Die Merkmale

persönlicher Abhängigkeit würden gegenüber jenen der persönlichen Unabhängigkeit überwiegen. Der Erstmitbeteiligte sei im verfahrensgegenständlichen Zeitraum gegen Entgelt in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt. Der Erstmitbeteiligte und die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse haben Gegenschriften erstattet, in denen sie die Abweisung der Beschwerde beantragen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

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, in Punkt 1.4. der genannten Vereinbarung sei ausdrücklich normiert, dass der Erstmitbeteiligte berechtigt sei, "sich der Erbringung der Leistung dritter Personen (Erfüllungsgehilfen) zu bedienen". Das in jeder Richtung uneingeschränkte Vertretungsrecht beseitige die persönliche Abhängigkeit. Im Hinblick auf eine die persönliche Arbeitspflicht und damit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausschließendes sanktionsloses Ablehnungsrecht bringt die Beschwerde vor, insbesondere komme dem Umstand, "ob ein Beschäftigter berechtigt ist, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung sanktionslos die Arbeitsleistungen abzulehnen", eine tragende Rolle zu.

2.2. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die hg. Erkenntnisse vom 25. Juni 2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15. Juli 2013, Zl. 2013/08/0124). 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).

Gemäß Punkt 1.4. der Vereinbarung vom 22. Juni 2005 sollte der Erstmitbeteiligte die ihm obliegenden Leistungen tunlichst persönlich erbringen. Er sollte jedoch berechtigt sein, "sich in der Erbringung der Leistung dritter Personen (Erfüllungsgehilfen) zu bedienen", wobei der beschwerdeführenden Partei ein nicht weiter zu begründendes

Ablehnungsrecht des Vertreters zustehen sollte. Die Vereinbarung eines Vertretungsrechts 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. Aufgabe des Erstmitbeteiligten war es, im Betrieb der beschwerdeführenden Partei die beschriebenen qualifizierten "Beratungstätigkeiten" durchzuführen. Es liegt auf der Hand, dass sich die Ausübung eines generellen Vertretungsrechts im oben dargestellten Sinn schon wegen der mit einer Eingliederung einer neuen Arbeitskraft in diesen Arbeitsprozess verbundenen Reibungsverluste nachteilig auf die Kontinuität bzw. Qualität der vom Dienstnehmer zu leistenden "Beratungstätigkeiten" auswirken würde. Besondere Gründe, aus denen diese Beurteilung nicht zutreffen würde, hat die beschwerdeführende Partei nicht vorgebracht. Der beschwerdeführenden Partei kann es somit keineswegs gleichgültig gewesen sein, wer die zu verrichtenden Tätigkeiten vornimmt und in welchen wechselnden Besetzungen dies geschieht. Die Ausübung eines generellen Vertretungsrechts steht somit mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der beschwerdeführenden Partei nicht im Einklang (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 13. August 2003, Zl. 99/08/0174, und vom 11. Juli 2012, Zl. 2010/08/0204). Hinzu kommt, dass schon nach dem Wortlaut der Vereinbarung wegen des nicht zu begründenden Ablehnungsrechts der beschwerdeführenden Partei nicht von einem Vertretungsrecht im dargestellten Sinn ausgegangen werden kann.

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 bloße Befugnis eines Erwerbstägigen, ihm 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. 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 (präsenter "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).

Mit ihrem Vorbringen, die Erbringung der Beratungsleistungen sei ein "klar abgegrenztes, geistiges Werk", das keinen Dienstvertrag begründe, die jeweiligen Beratungsaufträge seien vom Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei vorgegeben gewesen, es sei "ein Erfolg zu erbringen" gewesen, der Erstmitbeteiligte habe "das wirtschaftliche Risiko" getragen und habe die Gewährleistung für eine einwandfreie, sach- und fachgerechte Ausführung jeder einzelnen Leistung zu übernehmen gehabt, vermag die beschwerdeführende Partei schon deshalb kein selbständige Tätigkeit im Rahmen eines zwischen dem Erstmitbeteiligten und ihr bestehenden Werkvertragsverhältnisses darzutun, weil sich das Vorbringen nicht auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als in sich geschlossene Einheit einer individualisierten, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung bezieht, sondern laufend zu erbringende (Dienst)leistungen lediglich in "Werke" zerlegt, um diese zum Gegenstand der Leistungsverpflichtung und in weiterer Folge aus einem Erwerbstätigen einen selbständigen Erbringer von Werkleistungen zu machen, was bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) für die Beurteilung des Vorliegens einer Pflichtversicherung in keiner Weise maßgebend sein kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. 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 jenen 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, VwIG. 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).

Den zwischen dem Erstmitbeteiligten und der beschwerdeführenden Partei getroffenen Vereinbarungen lässt sich - neben den das angebliche Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht betreffenden Passagen - u.a. entnehmen, dass der Erstmitbeteiligte "selbständiger Unternehmensberater" sei, dass ein Dienstverhältnis nicht begründet werde und dass ihm "die Gestaltung seiner Leistungsverpflichtung" selbst obliege, was sowohl Arbeitsort als auch Arbeitszeit betreffe.

Dem stehen die Feststellungen über die tatsächliche Ausübung seiner Tätigkeit gegenüber, die zeigen, dass das Vertragsverhältnis, insbesondere was die Dienstzeiten, den Arbeitsort und die Vertretung betrifft, anders gelebt wurde als es der in dieser schriftlichen Vereinbarung vorgenommenen Klassifikation als "selbständiger Unternehmensberater" 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 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 der zu leistenden Beratungstätigkeiten an den betrieblichen Bedürfnissen der beschwerdeführenden Partei zu orientieren. Damit liegen - im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden Partei - die für eine Einbindung in eine betriebliche Organisation des Arbeitgebers charakteristischen Umstände vor (vgl. nochmals Zl. 2013/08/0124). Der Erstmitbeteiligte hat eine 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. Darauf, dass - wie die beschwerdeführende Partei vorbringt - der Erstmitbeteiligte seine Tätigkeit "an jedem beliebigen" Ort hätte ausführen können, er "tatsächlich über seine Arbeitszeit frei entschieden" habe und die beschwerdeführende Partei die Arbeitszeiten nicht kontrolliert habe, kommt es hier nicht an.

4. Die Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

5. Gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof ungeachtet des - hier vorliegenden - Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und wenn nicht Art. 6 Abs. 1 EMRK dem entgegensteht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung vom 19. Februar 1998, Zl. 8/1997/792/993 (Fall Jacobsson; ÖJZ 1998, 41) unter Hinweis auf seine Vorjudikatur das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung dann als mit der EMRK vereinbar erklärt, wenn besondere Umstände ein Absehen von einer solchen Verhandlung rechtfertigen. Solche besonderen Umstände erblickt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte darin, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers im Fall Jacobsson vor dem Obersten Schwedischen Verwaltungsgericht nicht geeignet war, irgendeine Tatsachen- oder Rechtsfrage aufzuwerfen, die eine mündliche Verhandlung erforderlich machte (vgl. auch die hg. Erkenntnisse vom 10. August 2000, Zl. 2000/07/0083, und vom 14. Mai 2003, Zl. 2000/08/0072). Dieser Umstand liegt aber auch hier vor, weil die Beschwerde keine Rechts- oder Tatsachenfragen von einer solchen Art aufgeworfen hat, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Von der beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte daher abgesehen werden.

6. Angesichts der Erledigung der Beschwerde erübrigts sich eine Entscheidung über den Antrag, ihr die aufschiebende

Wirkung zuzuerkennen.

7. Die Zuerkennung von Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBI. II Nr. 455/2008. Wien, am 2. Dezember 2013

**Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2013:2013080191.X00

**Im RIS seit**

20.12.2013

**Zuletzt aktualisiert am**

03.10.2017

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)