

Erstes Hauptstück

# Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

## I. Zum Ersten Teil des ASVG – Allgemeine Bestimmungen

### A. Zum Abschnitt I: Geltungsbereich

#### Beschäftigung im Inland (§ 3)

Vgl XXXIV/66.941

**68.351.** Nach Art 11 Abs 1 VO (EG) 883/2004 sind auf eine Person, für die die Verordnung gilt, stets nur die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats anwendbar, wobei dies – vorbehaltlich der vorgesehenen Ausnahmen – grundsätzlich jener Staat ist, in dem die Person eine *Beschäftigung* oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt (vgl Art 11 Abs 3 lit a VO [EG] 883/2004; Beschäftigungsstaatprinzip). Es kommt dabei auf den Ort an, wo die betreffende Person die mit der Tätigkeit verbundenen Handlungen tatsächlich konkret ausführt; indes ist unerheblich, in welchem Staat sich der *Wohnsitz* des Arbeitnehmers bzw des Selbständigen oder der Sitz des Arbeitgebers befindet. VwGH 26. 4. 2022, Ra 2021/08/0006.

**68.352.** Das Verwaltungsgericht ließ – soweit es an die Regelung des § 3 Abs 3 Satz 3 ASVG anknüpfte, wonach auch Personen, die gem § 16 AÜG bei einem inländischen Betrieb beschäftigt werden, als im *Inland* beschäftigt gelten – außer Acht, dass die genannten Vorschriften bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durch die zwingenden Koordinierungsbestimmungen des EU-Rechts verdrängt werden, was auch im § 16a AÜG klar zum Ausdruck kommt. Geht es daher um grenzüberschreitende *Beschäftigungen* zwischen Mitgliedstaaten der EU, so gelten in erster Linie die Bestimmungen der VO (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die festlegen, welchem der beteiligten Staaten bei einer grenzüberschreitenden Überlassung von Arbeitskräften das Versicherungsrecht zukommt. VwGH 29. 1. 2020, Ra 2016/08/0040.

**68.353.** Im Hinblick auf das Vorbringen zu § 3 Abs 3 ASVG ist festzuhalten, dass der Anwendungsbereich dieser Bestim-

mung insofern eingeschränkt ist, als diese Bestimmung nur subsidiär gilt, nämlich dann, wenn sie weder durch Bestimmungen der VO (EG) 883/2004 noch durch zwischenstaatliche Abkommen verdrängt wird. Bei grenzüberschreitenden Beschäftigungen zwischen den Mitgliedstaaten der EU gelten allerdings aufgrund des Anwendungsvorrangs die Bestimmungen der VO (EG) 883/2004, die ihrerseits festlegen, welchen der beteiligten Staaten das Versicherungsrecht zukommt. BVwG 5. 5. 2020, L501 2202701-1.

## B. Zum Abschnitt II: Umfang der Versicherung

### 1. Pflichtversicherung (§§ 4 bis 12)

#### a) Dienstnehmer

Vgl XXXIV/66.942–66.963

**68.354.** Wird jemand bei der Erbringung von einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten (hier: Aufstellen von Gipskartonplatten) arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein *Dienstverhältnis* hindeuten, ist die Behörde bzw das Verwaltungsgericht berechtigt, bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – vom Vorliegen eines *Beschäftigungsverhältnisses* in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen auszugehen. Fehlt es aber an einem Betrieb des Beschäftigers, in den der Beschäftigte integriert gewesen ist, reicht das bloße Vorliegen einfacher manueller Arbeiten im Allgemeinen nicht aus, um (schon deshalb) vom Vorliegen eines *Beschäftigungsverhältnisses* in persönlicher Abhängigkeit ausgehen zu können. Dabei ist der bloße Umstand, dass ein Auftraggeber bzw Beschäftiger Eigentümer eines Hauses ist, an dem Arbeiten durchgeführt wurden, noch nicht ausreichend, um vom Vorliegen eines Betriebes auszugehen. VwGH 22. 10. 2020, Ra 2019/08/0090 (ARD 6758/14/2021).

**68.355.** Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des *Dienstnehmers* erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – das Vorliegen eines *Beschäftigungsverhältnisses* in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden. Spricht also die Vermutung für ein *Dienstverhältnis*, dann muss die dies bestreitende Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen er-

statten, aus dem man anderes ableiten könnte. VwGH 9. 12. 2020, Ra 2020/08/0158.

**68.356.** In Fällen, in denen eine größere Anzahl an Personen auf der Grundlage übereinstimmender Verträge nach einem übereinstimmenden Geschäftsmodell für einen Dienstgeber tätig wird, sind die Behörde bzw nunmehr das Verwaltungsgericht nicht verhalten, ohne Anhaltspunkte für einen maßgeblichen Unterschied der Tätigkeiten, nach solchen Unterschieden zu forschen. VwGH 9. 12. 2020, Ra 2019/08/0019.

**68.357.** Die Entscheidung über das Vorliegen einer abhängigen *Beschäftigung* iSd § 4 Abs 2 ASVG ist das Ergebnis einer im Einzelfall vorzunehmenden Gesamtabwägung der maßgeblich für bzw gegen das Vorliegen eines abhängigen *Beschäftigungsverhältnisses* sprechenden Umstände und Merkmale. Wurde diese auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage und in vertretbarer Weise im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze vorgenommen, so ist eine solche einzelfallbezogene Beurteilung im Allgemeinen nicht revisibel. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung läge nur dann vor, wenn das Verwaltungsgericht diese Gesamtabwägung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unververtretbaren Weise vorgenommen hätte. VwGH 19. 2. 2021, Ra 2021/08/0031.

**68.358.** Auch eine lediglich zur Probe verrichtete Tätigkeit unterliegt im Allgemeinen der Pflichtversicherung nach dem ASVG. VwGH 25. 2. 2021, Ra 2019/08/0133.

**68.359.** Wurde ein Arbeiter dabei betreten, wie er für eine andere Person einen Transport mit dessen Pritschenwagen durchführt, und gibt er dabei an, diesem bei „Brunnenbauarbeiten ausgeholfen“ zu haben, kann aus den Feststellungen des Verwaltungsgerichts aber nicht abgeleitet werden, dass dieser dritte Person, für die die Arbeiten durchgeführt wurden, einen Betrieb etabliert hätte, in den der Arbeiter eingebunden gewesen wäre, ist der Hinweis darauf, dass es sich bei der Tätigkeit des Arbeiters um eine leichte manuelle Arbeit gehandelt habe, nicht ausreichend, um iS der Rechtsprechung die Vermutung zu begründen, dass er für die dritte Person in persönlicher Abhängigkeit im Rahmen eines *Beschäftigungsverhältnisses* nach § 4 Abs 2 ASVG tätig geworden wäre. VwGH 23. 8. 2021, Ra 2020/08/0040.

**68.360.** Das AMS (bzw das VwG) hat, wenn die Versicherungspflicht als *Dienstnehmer* iSd § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG für einen bestimmten Zeitraum feststeht, diese Hauptfragenentscheidung der bei Beurteilung der Frage der Arbeitslosigkeit erforderlichen Lösung der Vorfragen, ob gem § 12 Abs 3 lit a AIVG 1977 ein *Dienstverhältnis* (iS eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses gem § 4 Abs 2

ASVG) vorlag bzw ob gem § 12 Abs 6 lit a AIVG 1977 Anspruch auf ein die Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigendes *Entgelt* bestanden hat, zugrunde zu legen und daher das Vorliegen von Arbeitslosigkeit für den gleichen Zeitraum schon deshalb zu verneinen. Eine Bindung an einen rechtskräftigen Bescheid des Sozialversicherungsträgers besteht demzufolge auch dann, wenn damit für einen bestimmten Zeitraum nur die Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung gem § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 und § 5 Abs 1 Z 2 iVm § 7 Z 3 lit a ASVG festgestellt wird. Auch in einem solchen Fall ist diese Entscheidung – als Vorfragenentscheidung gem § 38 AVG – bei der Beurteilung der Frage, ob für denselben Zeitraum gem § 12 Abs 6 lit a AIVG 1977 Arbeitslosigkeit aufgrund des Anspruchs auf ein die Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigendes *Entgelt* bestanden hat, zugrunde zu legen. Erght ein derartiger – Bindungswirkung entfaltender – Bescheid des Sozialversicherungsträgers erst nach Abschluss des Verfahrens, in dem das AMS (bzw das VwG) die Frage des Vorliegens der Arbeitslosigkeit – unter Beantwortung der Vorfrage des Bestehens eines vollversicherungspflichtigen *Beschäftigungsverhältnisses* – selbst beurteilt hat, kann dieser Umstand im Wege eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens. VwGH 17. 11. 2021, Ra 2020/08/0184 (ARD 6785/14/2022).

**68.361.** War ein Kranfahrer in die auf den jeweiligen Baustellen vorhandene Betriebsorganisation mit Weisungs- und Kontrollrechten eingegliedert, an im Wesentlichen fix vorgegebene Arbeitszeiten gebunden, fehlten ihm eigene Gestaltungsmöglichkeiten, traf ihn eine persönliche *Arbeitspflicht*, wurde er nach geleisteten Stunden bezahlt und war er überdies über einen langen Zeitraum für den Dienstgeber beschäftigt, ist von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG und somit von einem echten *Dienstverhältnis* auszugehen. Die dagegen ins Treffen geführten Umstände wie das Vorhandensein eines eigenen Steuerberaters, eines Firmenstempels, einer Visitenkarte und einer *Gewerbeberechtigung* ändern nichts an der Vertretbarkeit der vorgenommenen Gesamtabwägung. VwGH 25. 2. 2022, Ra 2022/08/0019 (ARD 6796/15/2022).

**68.362.** Das BVwG hat festgestellt, dass der Beschäftigte verbindlich bestimmten Messen zugeteilt wurde, seine dortige Anwesenheit verpflichtend war, womit ihm ein „generelles Vertretungsrecht“ nicht zustand, er bei seiner Tätigkeit umfangreiche „Betriebsregeln“ – die ua Vorgaben zu seinem Verhalten auf der Messe enthielten – einhalten musste und die Einhaltung dieser Regeln kontrolliert wurde. Die auf Grundlage dieser Feststellungen getroffene Beurteilung, dass bei der Tätigkeit des Beschäftigten für die GmbH die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2

ASVG überwogen hätten, erweist sich jedenfalls als vertretbar. VwGH 4. 3. 2022, Ra 2020/08/0142 (ARD 6796/14/2022).

**68.363.** Die Begründung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung erfordert in einem ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (VfGH, VwGH) zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts – wobei die bloße Zitierung von Beweisergebnissen (etwa von Zeugenaussagen) nicht hinreichend ist –, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche es im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewegen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Erkenntnisses geführt haben. Die drei logisch aufeinander aufbauenden und formal zu trennenden Elemente einer ordnungsgemäß begründeten verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehen sohin erstens in einer im Indikativ gehaltenen Tatsachenfeststellung, zweitens in der Beweiswürdigung und drittens in der rechtlichen Beurteilung. VwGH 25. 3. 2022, Ra 2020/08/0163 (ARD 6804/15/2022).

**68.364.** Bei der Einstellung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens handelt es sich um keine rechtskräftige Entscheidung einer Vorfrage für ein allfälliges Verwaltungsverfahren (hier: über die Versicherungspflicht). Es ist der Verwaltungsbehörde (und folglich auch dem VwG) nach einer solchen – keine Bindungswirkung entfaltenden – Einstellung des Strafverfahrens nicht verwehrt, über den der Einstellung zugrunde liegenden Sachverhalt ein selbstständiges Ermittlungsverfahren und eigene Beweiswürdigungserwägungen vorzunehmen. VwGH 16. 5. 2022, Ra 2022/08/0052.

**68.365.** Das Bestehen der Pflichtversicherung ist im Beitragsverfahren eine Vorfrage. Wurde die Pflichtversicherung rechtskräftig festgestellt, so ist das BVwG daran gebunden. Es muss daher im Verfahren über die Beitragspflicht zum Bestehen und zur Dauer der Pflichtversicherung keine eigenen Ermittlungen durchführen. Das enthebt aber nicht von der Verpflichtung, den Umfang der Beitragspflicht nachvollziehbar zu begründen. Es ist zwar in Fällen, in denen die rechnerische Richtigkeit der Beiträge im Beschwerdeverfahren nicht in Frage gestellt wurde, nicht ausgeschlossen, auf die dem bekämpften Bescheid zugrundeliegenden Berechnungen zu verweisen. Ein Minimalerfordernis für die Begründung eines verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses, mit dem eine Beitragspflicht auferlegt wird, ist aber die nachvollziehbare Angabe des Zeitraums, auf den sich diese Pflicht bezieht.

Stimmt der Zeitraum – ohne, dass dies erläutert wird – nicht mit demjenigen überein, für den die Pflichtversicherung festgestellt wurde und auf dem die Berechnungen des Versicherungsträgers beruhen, so liegt darin ein wesentlicher Begründungsmangel, weil die Richtigkeit der Beitragsvorschreibung sich insoweit einer Überprüfung entzieht. VwGH 30. 8. 2022, Ra 2021/08/0119.

**68.366.** Bei der *Beschäftigung* als Schauspielerinnen in einem Film wird eine darstellerische Leistung mit der Produktionsfirma vereinbart, die als Dienstleistung zu sehen ist. Diese Dienstleistung hat auch einen künstlerischen Aspekt. Dieser drückt sich sowohl in der Leistung der einzelnen Darstellerinnen als auch im gesamten Werk (Film) aus. Bei Beschäftigten in hochqualifizierten und spezialisierten Berufen ist es nach allgemeiner Lebenserfahrung üblich, dass die *Dienstnehmerinnen* sich in Vorgesprächen (wie hier mit der Regie) vor Beginn der Arbeit auf die Tätigkeit vorbereiten. Die Tatsache, dass es sich um eine künstlerische Tätigkeit handelt, schließt eine Pflichtversicherung als *Dienstnehmer* nach dem ASVG nicht aus. Es wird auf die vielfältige Judikatur zur Dienstnehmereigenschaft von *Künstlerinnen* verwiesen. BVwG 30. 3. 2022, W164 2241883-2.

**68.367.** Im Rahmen der „schnellen Eingreiftruppe“ wurde der Beschwerdeführer auch kurzfristig zu Arbeitseinsätzen eingeteilt. Er erbrachte seine Leistung stets persönlich, ließ sich nicht vertreten, etablierte keine eigenen unternehmerischen Strukturen, beschäftigte keine eigenen *Dienstnehmer* und es kam ihm keine eigene relevante Entscheidungsbefugnis zu. Der Umstand, dass kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde und es dem Beschwerdeführer grundsätzlich möglich gewesen wäre, für andere Auftraggeber tätig zu sein, steht der Beurteilung als abhängige unselbständige *Beschäftigung* iSd § 4 Abs 2 ASVG nicht entgegen. BVwG 12. 10. 2020, L521 2224231-1.

**68.368.** Kann eine Einbindung in den Betrieb nicht festgestellt werden, so ist für die Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit zu prüfen, ob sonstige personenbezogene Kontrollbefugnisse bestehen, die eine *persönliche Abhängigkeit* bewirken. Diese gehen wie erwähnt über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und zielen auf eine Steuerung des persönlichen arbeitsbezogenen Verhaltens des Erwerbstitigen. Als Kontrollmechanismen kommen in erster Linie personenbezogene Berichterstattungspflichten in Frage. Die Berichte müssen einer über die sachliche Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinausgehenden persönlichen Kontrolle des Erwerbstitigen dienen. BVwG 23. 11. 2020, W228 2204438-1.

**68.369.** Es liegt daher eine leistungsbezogene, aber nicht erfolgsbezogene Abgeltung vor. Die Gewährung eines leistungsbezogenen *Entgeltes* steht einem *Dienstverhältnis* nicht zwingend entgegen. BVwG 1. 2. 2021, W156 2228133-1.

**68.370.** Bei einer *Verkaufstätigkeit* handelt es sich um kein Endprodukt, sondern um eine immer wieder zu erbringende Dienstleistung. Auch bei der gegenteiligen Tätigkeit, sprich dem Einkaufen von Pflanzen, handelt es sich um eine immer wieder zu erbringende Dienstleistung. Die Tätigkeit der Kundenberatung sollte laufend stattfinden und handelt es sich hierbei jedenfalls um eine Dienstleistung. BVwG 11. 5. 2021, L521 2230558-1.

**68.371.** Die Befugnis eines Erwerbstätigen, angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, berührt die persönliche *Arbeitspflicht* in keiner Weise, mag diese Befugnis auch als „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ (in einem weiteren Sinn) bezeichnet werden. Zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner *Leistungen*, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen sanktionslosen Ablehnungsrecht, das die *persönliche Abhängigkeit* ausschließt, ist ein deutlicher Unterschied zu machen. BVwG 2. 8. 2021, I413 2174844-1.

**68.372.** Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG ist stets die persönliche *Arbeitspflicht* – fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges *Beschäftigungsverhältnis* nicht vor. Persönliche *Arbeitspflicht* kann ua dann ausgeschlossen werden, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle *Vertretungsbefugnis* eingeräumt ist (wichtig für die Abgrenzung einer selbständigen von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit) oder wenn eine bereits übernommene Leistung jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos abgelehnt werden kann. BVwG 6. 8. 2021, W156 2234868-1.

**68.373.** Auch das Vorliegen einer *Gewerbeberechtigung* spricht nicht gegen das Vorliegen eines *Dienstverhältnisses*. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass weder die formale Berechtigung zur Ausübung eines Gewerbes aufgrund der Innehabung eines Gewerbescheines, noch der Umstand, dass die tätigen Personen aufgrund der aus dieser Innehabung entstehenden Mitgliedschaft bei der Wirtschaftskammer und der allfälligen Leistung von Beiträgen nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG an die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen das Entstehen der Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 iVm Abs 2 ASVG ausschließen. BVwG 14. 1. 2021, I413 2188099-1.

**68.374.** Die für die *persönliche Abhängigkeit* charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit

kann auch dann gegeben sein, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung, aufgrund der Betriebsübung oder der Art der Tätigkeit den Beginn und die Dauer der Arbeitszeit (dasselbe gilt für den Arbeitsort) weithin selbst bestimmen kann: Hat die Ungebundenheit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit. BVwG 26. 8. 2021, I413 2211890-1.

**68.375.** Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, dh in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausreichende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert, während die Einbindung eines *Dienstnehmers* in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die „stille Autorität“ des Arbeitgebers indiziert sein. BVwG 18. 11. 2021, W209 2237007-1.

**68.376.** Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, zB im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen *Arbeitspflicht* vertreten zu lassen, ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigte Personen. Von einer die persönliche *Arbeitspflicht* ausschließenden generellen *Vertretungsbefugnis* kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken, dh ohne bestimmten Grund, irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen *Arbeitspflicht* heranzuziehen. BVwG 18. 11. 2021, W156 2237467-1.

**68.377.** Ein (ausdrücklich) vereinbartes (generelles) Vertretungsrecht kann aber die *persönliche Abhängigkeit* nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des *Beschäftigungsverhältnisses* tatsächlich geübt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsschluss nach



den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser *Vertretungsbefugnis* tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung dieser *Vertretungsbefugnis* nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht. Ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht steht im Verdacht, ein „*Scheingeschäft*“ zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre. BVwG 14. 1. 2022, I413 2188171-1.

**68.378.** Es kann auch im Rahmen eines abhängigen *Dienstverhältnisses* iSd § 4 Abs 2 ASVG zu einer leistungsbezogenen Entlohnung kommen. Eine derartige Entlohnung bedeutet keineswegs den Ausschluss eines Dienstverhältnisses nach § 4 Abs 2 ASVG, da die *Entgeltlichkeit* nicht selbst Merkmal der persönlichen Abhängigkeit ist, sondern als weitere Voraussetzung für das Eintreten der Pflichtversicherung zu dieser hinzutritt. Die am Umsatz orientierte Entlohnung allein vermag die *persönliche Abhängigkeit* daher nicht in Frage zu stellen. BVwG 9. 2. 2022, W156 2243864-1.

**68.379.** Auch der Umstand, dass notwendige *Betriebsmittel* vom Beschäftigten zur Verfügung gestellt worden sind, kann im Rahmen der nach § 4 Abs 2 ASVG gebotenen Gesamt abwägung nicht ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit bewirken, zumal bei einem *Betriebsmittel*, welches seiner Art nach nicht von vornherein in erster Linie zu einer betrieblichen Verwendung bestimmt ist, dem Umstand allein, dass der Dienstgeber die Verwendung verlangt, keine ausschlaggebende Bedeutung für das Vorliegen der persönlichen Unabhängigkeit zukommen kann. Darauf, dass der Beschäftigte dieses *Betriebsmittel* eigens angeschafft und die Aufwendungen dafür steuerlich geltend gemacht habe, kommt es nicht an. BVwG 18. 2. 2022, I404 2243583-1.

## b) Den Dienstnehmern Gleichgestellte (freier Dienstvertrag)

Vgl XXXIV/66.964 bis 66.972

**68.380.** § 4 Abs 4 ASVG verlangt, dass vom *Dienstnehmer* im Wesentlichen persönlich, ohne wesentliche eigene *Betriebsmittel* „Dienstleistungen“ „für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner *Gewerbeberechtigung*, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.)“ geleistet werden und „aus dieser Tätigkeit ein *Entgelt*“ bezogen wird. Daraus folgt, dass eine Pflichtversicherung nach dieser Bestimmung in Abgrenzung von anderen Dauerschuldverhältnissen nur dann in Betracht kommt, wenn zwischen der Erbringung von Dienstleistungen für den Dienstgeber – somit

von Arbeitsleistungen, hinsichtlich derer eine Pflichtversicherung in Rede steht – und einer von einem Dienstgeber erbrachten Gegenleistung („*Entgelt*“) ein Austauschverhältnis besteht. Dies ist typischerweise der Fall, wenn ein Dienstgeber, somit iSd § 35 Abs 1 ASVG derjenige, auf dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, einen Auftragnehmer (*Dienstnehmer*) mit der laufenden Verrichtung einzelner im Zuge seiner *betrieblichen Tätigkeit* (Produktion, Erbringung von Dienstleistungen, etc.) anfallenden Arbeiten (Dienste) beauftragt und für die Erfüllung dieser Arbeiten ein *Entgelt* gewährt. Wird dagegen von einem Auftraggeber ein *Entgelt* an einen Auftragnehmer im Gegenzug für die Erbringung einer anderen Leistung als für die Verrichtung von Dienstleistungen (Arbeitsleistungen) in seinem Geschäftsbetrieb (seiner Tätigkeit) erbracht, so kommt ein *freier Dienstvertrag* nicht in Betracht. Dabei ist iSd § 539a ASVG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu wählen und der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. VwGH 29. 1. 2020, Ra 2018/08/0028.

**68.381.** Durch BGBl I 2007/104 wurden mit der neu geschaffenen Bestimmung des § 1 Abs 8 ALVG *freie Dienstnehmer* iSd § 4 Abs 4 ASVG den *Dienstnehmern* iSd § 1 Abs 1 lit a ALVG gleichgestellt. Durch diese Änderung sollten *freie Dienstnehmer*, die schon bisher hinsichtlich der Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und *Pensionsversicherung* den *Dienstnehmern* gleichgestellt waren, auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung den *Dienstnehmern* gleichgestellt werden. Bis zur Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung durch die genannte Novelle waren *freie Dienstnehmer* hinsichtlich des Vorliegens von Arbeitslosigkeit – ebenso wie Werkunternehmer – den selbständig Erwerbstätigen zuzuordnen. Die Einkommensermittlung hatte wie bei den selbständig Erwerbstätigen zu erfolgen. Seit der Novelle BGBl I 2007/104 trifft dies aufgrund der gesetzlich angeordneten Gleichstellung mit den *Dienstnehmern* nicht mehr zu. Gleichstellung im soeben aufgezeigten Sinn bedeutet, dass für *freie Dienstnehmer* sowohl im Hinblick auf das Versicherungsverhältnis als auch auf das Leistungsrecht die gleichen Regeln wie für die abhängig beschäftigten *Dienstnehmer* gelten. VwGH 13. 10. 2020, Ro 2016/08/0005.

**68.382.** Hat ein Unternehmensberater über eine gewisse betriebliche Infrastruktur verfügt, gleichzeitig aber auf *Betriebsmittel* der Gesellschaft zurückgegriffen und einen Teil des Aufwandes, der ihm durch die Verwendung der eigenen *Betriebsmittel* entstanden ist, von der Gesellschaft ersetzt bekommen, hat die Behörde bzw das Verwaltungsgericht für die Beurteilung des Vorliegens wesentlicher *Betriebsmittel* zu