



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bachler, den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätin Dr. Julcher sowie die Hofräte Mag. Berger und Mag. Stickler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Klima, LL.M., über die Revision der Tiroler Gebietskrankenkasse in 6020 Innsbruck (nunmehr: Österreichische Gesundheitskasse), vertreten durch die Altenweisl Wallnöfer Watschinger Zimmermann Rechtsanwälte GmbH in 6020 Innsbruck, Fallmerayerstraße 8, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Dezember 2017, I401 2012328-1/12E, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Partei: J K, vertreten durch Mag. Philipp Stossier, Rechtsanwalt in 4600 Wels, Dragonerstraße 54; weitere Partei: Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Antrag der revisionswerbenden Partei auf Zuerkennung von Aufwandsersatz wird abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 Mit Bescheid vom 26. Juni 2014 stellte die revisionswerbende Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK) fest, dass der Mitbeteiligte am 26. Juli 2003 aufgrund eines mit der K AG abgeschlossenen Sponsorvertrages weder als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG noch als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG der Pflichtversicherung in der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung und auch nicht der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei.
- 2 Begründend führte die TGKK aus, aufgrund eines anhängigen Verfahrens in Leistungssachen sei über das Bestehen einer Pflichtversicherung des Mitbeteiligten am 26. Juli 2003 abzusprechen. Der Mitbeteiligte, der an Motocross-Rennen mit Motorrädern der K AG teilgenommen habe, habe unter anderem mit der K AG einen Sponsorvertrag abgeschlossen. Es ergebe sich





jedoch weder das Vorliegen einer Beschäftigung nach § 4 Abs. 2 ASVG noch eines freien Dienstvertrages nach § 4 Abs. 4 ASVG.

- 3 Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte eine Beschwerde, in der er vorbrachte, er habe gemeinsam mit der K AG festgelegt, welche Rennen er bestreiten werde. Nach Abschluss dieser Vereinbarung sei aber seine persönliche Teilnahme an den Rennen verpflichtend gewesen, woraus sich auch eine Bindung hinsichtlich Arbeitsort und Arbeitszeit ergeben habe. Er habe entsprechend der Vereinbarung auch an einem Festival, wobei es sich um eine „Promotionveranstaltung“ der K AG gehandelt habe, teilgenommen. Er sei insofern Weisungen unterlegen, als er verpflichtet gewesen sei, die Rennen mit den Motorrädern der K AG zu bestreiten, gute Ergebnisse zu erzielen und dadurch die Marke der K AG zu bewerben. Seine Arbeitsweise bzw. die erzielten Ergebnisse seien von der K AG kontrolliert worden. Bei einzelnen Rennen habe auch eine Betreuung vor Ort stattgefunden. Er sei in wirtschaftlicher und persönlicher Anhängigkeit gegen Entgelt tätig und daher Dienstnehmer im Sinne des § 4 ASVG gewesen. Selbst wenn das zu verneinen sei, liege jedenfalls eine Tätigkeit als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG vor.
- 4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde des Mitbeteiligten nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge und sprach aus, dass der Mitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung bei der K AG am 26. Juli 2003 gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG in Verbindung mit § 471a bis § 471e ASVG der Pflichtversicherung in der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG der Arbeitslosenversicherung unterlegen sei.
- 5 Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, der Mitbeteiligte habe mit der K AG, einer Herstellerin von Motorrädern, einen mündlichen Vertrag „über die Teilnahme“ an 14 Motocross-Rennen in der Saison 2003 abgeschlossen. Vereinbart gewesen sei die Teilnahme des Revisionswerbers an den Motocross-Rennen der Staatsmeisterschaft und des Alpencups sowie einem Rennen bei einer „Benefizveranstaltung“ am 26. Juli 2003 und bei einem von der K AG organisierten „Festival“. Weitere Rennen habe der Mitbeteiligte



selbst auswählen können. Bei dem bei der „Benefizveranstaltung“ am 26. Juli 2003 durchgeführten Rennen sei der Mitbeteiligte verunfallt und habe sich eine Verletzung des Rückenmarks zugezogen, die zu einer Lähmung vom fünften Halswirbel abwärts geführt habe.

- 6 Entsprechend der mit der K AG getroffenen Vereinbarung sei es dem Mitbeteiligten nicht erlaubt gewesen, mit Motorrädern anderer Hersteller an Rennen teilzunehmen bzw. mit anderen Herstellern von Motorrädern weitere Sponsorverträge abzuschließen. Die Teilnahme des Mitbeteiligten an den Motocross-Rennen habe für die K AG dazu gedient, ihre Produkte zu bewerben. Für die K AG sei dabei die Bekanntheit des Mitbeteiligten bzw. der im Motorsport bekannte Name der Familie des Mitbeteiligten von Bedeutung gewesen. Der Mitbeteiligte sei insoweit auch verpflichtet gewesen, für „Promotionveranstaltungen“ der K AG „zur Verfügung zu stehen“, als er sich im Zuge des von der K AG organisierten „Festivals“ öffentlich auch gegenüber den Kunden des Unternehmens präsentiert habe.
- 7 Auf Zeit und Ort der vorgegebenen Rennen habe der Mitbeteiligte keinen Einfluss gehabt. Bei den Rennen sei der Mitbeteiligte im eigenen Namen und nicht im Namen der K AG aufgetreten.
- 8 Die K AG habe dem Mitbeteiligten für die Rennen Motorräder mit Hubräumen von 125 ccm, 200 ccm und 450 ccm sowie für das Rennen am E ein bestimmtes Model („Enduro“) mit 450 ccm Hubraum samt der zur Wartung bzw. Instandsetzung notwendigen Ersatzteile sowie einen Helm und die Reifen zur Verfügung gestellt. Ein Motorrad sei dem Mitbeteiligten dauerhaft überlassen worden; die anderen Motorräder seien Eigentum der K AG geblieben. Auch einen Teil der erforderlichen Schutzkleidung habe die K AG dem Mitbeteiligten - ohne Verpflichtung zur Rückstellung - überlassen. Bei den Rennen der „kleinen Klasse“ sei nur die Verwendung der Motorräder mit 125 ccm Hubraum möglich gewesen. Bei den anderen Rennen habe der Mitbeteiligte aufgrund der Beschaffenheit der Strecke selbst entschieden, ob er ein Motorrad mit 200 ccm oder mit 450 ccm Hubraum verwende. Hinsichtlich des Rennens am E sei vom Mitbeteiligten das ihm dafür eigens übergebene Motorrad zu verwenden gewesen.



- 9 Der Mitbeteiligte sei zumeist durch seinen Vater betreut worden. Hinsichtlich der zu den Staatsmeisterschaften gehörenden Rennen habe er sich jedoch auch mit dem „Österreich-Chef“ der K AG besprochen, der über die Strecken gut Bescheid gewusst habe. Die erforderlichen Serviceleistungen an den Motorrädern habe der Mitbeteiligte selbst - teilweise mit Unterstützung seines Vaters und durch Freunde - durchgeführt. Bei dem „Festival“ der K AG und dem Rennen am E habe ihm die K AG Mitarbeiter für diese Aufgaben zur Seite gestellt.
- 10 Sein Training samt Ort und Zeit habe der Mitbeteiligte selbst bestimmt. „Zum Teil“ habe jedoch auch die K AG Einfluss genommen. So habe der Mitbeteiligte an einem Trainingslager in den USA teilgenommen, dessen Ablauf durch einen von der K AG gestellten Trainer vorgegeben gewesen sei.
- 11 Der Mitbeteiligte sei einem „Verhaltenskodex“ unterlegen, der ihn verpflichtet habe, an Rennwochenenden keinen Alkohol zu trinken und die Marke der K AG positiv zu präsentieren. Eine Kontrolle seiner Tätigkeit durch die K AG sei insoweit erfolgt, als durch diese seine sportlichen Erfolge und die darauf bezogene Berichterstattung in den Medien beobachtet worden und darauf Wert gelegt worden sei, dass er sich bei den Rennen als Fahrer der Marke der K AG präsentiere, wozu auch gehört habe, dass der Mitbeteiligte mit seiner Rennbekleidung in der Öffentlichkeit eindeutig als Werbeträger der Motorräder dieser Marke wahrnehmbar gewesen sei. Eine „unentschuldigte Nichtteilnahme“ an den Rennen oder ein gegen den „Verhaltenskodex“ verstoßendes ungebührliches Verhalten seien unter der Sanktion der Vertragsauflösung bzw. der „zumindest teilweisen Nichtauszahlung“ des Entgeltes bzw. der Nichtverlängerung des Vertrages in der folgenden Rennsaison gestanden.
- 12 Der Mitbeteiligte habe von der K AG ein Entgelt erhalten. Dieses Entgelt habe „ca. € 500,-- pro Rennen“ der Staatsmeisterschaft betragen und sei über der „Geringfügigkeitsgrenze“ für das Jahr 2003 (monatlich € 309,38 bzw. täglich € 23,76) gelegen. Auch habe die K AG für einzelne - wenn auch nicht für alle - Rennen das „Nenngeld“ bzw. „Startgeld“ getragen. Bei



Rennsiegen habe der Mitbeteiligte Siegprämien der Rennveranstalter, nicht aber der K AG erhalten.

- 13 Der Mitbeteiligte habe gegen Entgelt auch als Werbeträger für andere Unternehmen fungiert.
- 14 Soweit das „Nenngeld“ bzw. „Startgeld“ und die für das Rennen erforderliche Bekleidung nicht von der K AG zur Verfügung gestellt worden seien, seien diese Aufwendungen von der K GmbH getragen worden. An der K GmbH sei der Mitbeteiligte als Gesellschafter beteiligt gewesen. Seine Mutter sei Alleingeschäftsführerin dieser Gesellschaft gewesen. Die K GmbH habe auch zunächst die im Zuge der Rennen auflaufenden Kosten des Mitbeteiligten für die An- und Abreise, die Verpflegung und Übernachtung getragen, wobei diese Aufwendungen aber in der Folge von der K AG ersetzt worden seien.
- 15 In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, im Bescheid der TGKK sei nur über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Pflichtversicherung am 26. Juli 2003 abgesprochen worden. Es sei daher nur die Pflichtversicherung an diesem Tag Gegenstand des Verfahrens. Für den Mitbeteiligten habe eine „persönliche Arbeitspflicht“ bestanden. Da kein individualisierbares Werk vom Mitbeteiligten geschuldet gewesen sei, sei kein Werkvertrag vorgelegen. Aufgrund des Rennkalenders habe eine Bindung an Zeit und Ort der Veranstaltungen bestanden. Dieser zeitlichen und örtlichen Bindung komme in Hinblick auf die Eigenart der Beschäftigung für die Beurteilung des Vorliegens der für ein Dienstverhältnis erforderlichen persönlichen Abhängigkeit allerdings keine Unterscheidungskraft zu, sodass zur Prüfung der persönlichen Abhängigkeit auf andere Kriterien, wie insbesondere die Weisungs- und Kontrollunterworfenheit, den Gestaltungsspielraum bei der Tätigkeit und das Bestehen bzw. Fehlen eines „generellen Vertretungsrechtes“ abzustellen sei. Für den Mitbeteiligten habe eine Verpflichtung zur Steigerung seiner Leistungen durch regelmäßiges Training bestanden und ein von der K AG vorgegebener Verhaltenskodex gegolten. In Hinblick auf die Erfahrungen des Mitbeteiligten im Bereich des Motocross-Rennsports und seine Kenntnisse über Trainingsmethoden habe sich die Erteilung „näherer Weisungen“ erübrigt. Die Kontrolle seiner Pflicht zur



Leistungssteigerung sei durch die Ergebnisse kontrollierbar gewesen, sodass sich eine „nähere Kontrolle“ der Tätigkeit des Mitbeteiligten bei Rennen und Training erübrigt habe. Für die K AG habe das Recht bestanden, bei ungenügenden Erfolgen des Mitbeteiligten bzw. bei Missachtung des vorgegebenen Verhaltens den Vertrag aufzulösen oder keinen Vertrag für die folgende Rennsaison abzuschließen. Dass der Mitbeteiligte auch Werbeträger „für andere Unternehmen“ gewesen sei, schließe eine Pflichtversicherung nicht aus. Für das Bestehen einer Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG sei wesentlich, dass der Mitbeteiligte von der K AG neben einem Aufwendersatz ein „Fixum“ - nämlich ein Entgelt von „ca. € 500,- pro Rennen“ der Staatsmeisterschaft - erhalten habe, der Mitbeteiligte nicht für andere Hersteller von Motorrädern habe fahren dürfen, er der - durch die Einsichtnahme in das Starterfeld und die Ergebnislisten der Rennen ausgeübt - „Kontrollbefugnis“ der K AG unterlegen sei sowie er nicht über eine eigene Betriebsstätte verfügt habe und die K AG ihm die Motorräder samt Ersatzteilen zur Verfügung gestellt habe. Über eigene Betriebsmittel habe der Mitbeteiligte nicht verfügt. Insgesamt sei daher von einem Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit auszugehen. Davon zu unterscheiden sei die Frage, ob eine durchgehende oder nur eine tageweise Beschäftigung vorliege. Nach der mit der K AG abgeschlossenen Vereinbarung habe der Mitbeteiligte sich zur Teilnahme an insgesamt 14 im Voraus bestimmten Rennen verpflichtet. Nur an diesen Tagen habe er seiner Tätigkeit als Rennfahrer nachgehen müssen bzw. sei die K AG auch nur verpflichtet gewesen, ihm für diese Tage ein Entgelt zu bezahlen. Es sei daher eine Beschäftigung an diesen Tagen vorgelegen. Daraus folge das Bestehen einer Pflichtversicherung des Mitbeteiligten als Dienstnehmer nach § 4 Abs. 2 ASVG am - aufgrund des Bescheides der TGKK einzig verfahrensgegenständlichen - 26. Juli 2003.

16 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision der TGKK. Nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof erstattete der Mitbeteiligte eine Revisionsbeantwortung, in der er die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Revision beantragte.

17 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:



- 18 Die TGKK macht zur Zulässigkeit ihrer außerordentlichen Revision zusammengefasst geltend, die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes, aus dem festgestellten Sachverhalt ergäbe sich eine persönliche Abhängigkeit des Mitbeteiligten von der K AG im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG, weiche von näher dargestellter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab. Auch fehle Rechtsprechung zur rechtlichen Einordnung von Verträgen zwischen Sportlern und Sponsoren in Hinblick auf das Bestehen einer Pflichtversicherung nach dem ASVG.
- 19 Die Revision ist zulässig und berechtigt.
- 20 Der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (Vollversicherung) unterliegen, wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet, gemäß § 4 Abs. 1 ASVG insbesondere die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer (Z 1) und die den Dienstnehmern im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG gleichgestellten Personen (Z 14).
- 21 Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Den Dienstnehmern stehen gemäß § 4 Abs. 4 ASVG - mit näher genannten Ausnahmen - Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge zu Dienstleistungen (unter anderem) für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebs, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), verpflichten, wenn sie dafür ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen.
- 22 In seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, 2397/79, VwSlg 10140 A/1980, hat sich der Verwaltungsgerichtshof grundlegend mit der Abgrenzung des



Dienstvertrages (der Beschäftigung nach § 4 Abs. 2 ASVG) vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und ausgeführt, dass allen drei Vertragstypen die freiwillige Verpflichtung zur Arbeit, die Entgeltlichkeit sowie eine gewisse Dauer gemeinsam ist. Zur Unterscheidung zwischen einem Dienstvertrag und einem Werkvertrag kommt es entscheidend 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. aus der ständigen Rechtsprechung etwa VwGH 25.6.2018, Ra 2017/08/0079, mwN). Für den Werkvertrag ist die Gewährleistungsverpflichtung essenziell, die am Maßstab des Erfolges der Tätigkeit gemessen werden kann (vgl. VwGH 12.10.2016, Ra 2016/08/0095, mwN).

- 23 Im vorliegenden Fall ist nicht hervorgekommen, dass der Mitbeteiligte gegenüber der K AG in diesem Sinn die Verpflichtung zur Erstellung eines konkret umschriebenen und damit gewährleistungstauglichen Werkes eingegangen wäre. Ein Werkvertrag lag daher nicht vor.
- 24 Das Bundesverwaltungsgericht ist im vorliegenden Fall davon ausgegangen, dass zwar keine durchgehende, aber doch eine tageweise Beschäftigung des Mitbeteiligten an den Tagen der von ihm absolvierten Rennen - so auch am 26. Juli 2003 - vorgelegen sei.



- 25 Dazu ist zunächst festzuhalten, dass im Einzelfall die Sportausübung auch eines Einzelsportlers in persönlicher Abhängigkeit von einem Dienstgeber erfolgen und daher ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG begründen könnte (vgl. zu einer in Einbindung in eine betriebliche Organisation erbrachten Tätigkeit eines Vorspringers zuletzt VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003; vgl. zum Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78; vgl. zu Mannschaftssportlern VwGH 11.5.1993, 91/08/0025; 2.7.1991, 89/08/0310). Wie die Revision zutreffend aufzeigt, vermögen die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall die rechtliche Beurteilung des Vorliegens einer in persönlicher Abhängigkeit ausgeübten Tätigkeit des Mitbeteiligten jedoch nicht zu tragen.
- 26 Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass die Beurteilung, ob bei Erfüllung einer 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, - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - davon abhängt, 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 (zum Beispiel auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG) - nur beschränkt ist. Die unterscheidungskräftigen Kriterien sind nur die Bindung 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 zum Beispiel 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 Nebenkriterien 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 maßgebender Bedeutung sein. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik des beweglichen Systems die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen (vgl. etwa VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003, mwN).

- 27 Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit ist zwischen sachlichen Weisungen, die das Arbeitsverfahren betreffen und die auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen, und persönlichen Weisungen, die das arbeitsbezogene Verhalten bzw. die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben, zu unterscheiden (vgl. etwa VwGH 9.10.2013, 2012/08/0263).
- 28 Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausreichende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert, während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass der Dienstnehmer 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 (vgl. VwGH 1.10.2015, Ro 2015/08/0020, mwN).

- 29 Für die Prüfung des Vorliegens persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG spielt auch 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 (VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185, 0192, mwN).
- 30 Soweit das Bundesverwaltungsgericht sich darauf stützte, dass der Mitbeteiligte seine Leistung - somit die Teilnahme an Rennen unter Verwendung der Motorräder der K AG -, persönlich erbringen habe müssen und er sich dabei nicht habe vertreten lassen können, so ist daran richtig, dass Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG die persönliche Arbeitspflicht ist. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Ist diese Voraussetzung zu bejahen, lässt dies aber noch nicht den Schluss auf ein Beschäftigungsverhältnis nach § 4 Abs. 2 ASVG zu, sondern ist nach das Gesamtbild der Tätigkeit anhand der genannten Kriterien das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit zu prüfen (vgl. VwGH 5.6.2002, 98/08/0262, mwN).
- 31 Eine Erteilung ausdrücklicher Weisungen an den Mitbeteiligten durch die K AG hat das Bundesverwaltungsgericht nicht festgestellt, sondern ausgeführt, dass sich aufgrund seiner Erfahrungen und Kenntnisse - somit seiner Qualifikation - die Erteilung „näherer Weisungen“ erübrigt habe. Der Bindung des Mitbeteiligten an die vom Veranstalter vorgegebenen Zeiten und Orte der Rennen kommt vorliegend - wie bereits das Bundesverwaltungsgericht erkannt hat - keine Unterscheidungskraft für die Beurteilung der persönlichen



Abhängigkeit zu, da sie sich durch die Natur der Sache ergibt (vgl. idS VwGH 14.3.2013, 2010/08/0229).

- 32 Dass die K AG in Hinblick auf den Werbewert ihres Investments an einem guten Abschneiden des Mitbeteiligten bei den Rennen bzw. einer Steigerung seiner Leistungen interessiert war, die sportlichen Erfolge bzw. die darauf bezogene Berichterstattung in den Medien daher beobachtete und davon auch einen Abschluss eines weiteren Vertrages abhängig machte, spricht nicht für ein Beschäftigungsverhältnis. Eine solche bloß sachliche Kontrolle von Ergebnissen der Tätigkeit steht nämlich nicht im Widerspruch zu persönlicher Unabhängigkeit und lässt nicht darauf schließen, dass das arbeitsbezogene Verhalten Weisungen unterworfen gewesen wäre (vgl. VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185, 0192).
- 33 Die vom Bundesverwaltungsgericht angenommene Einbindung in die betriebliche Organisation setzt das Vorhandensein eines Betriebs voraus. Im Sinn des § 34 Abs. 1 ArbVG ist diejenige Arbeitsstätte als Betrieb anzusehen, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht. Maßgeblich für eine Einbindung in die betriebliche Organisation ist insbesondere, ob von der aus Infrastruktur und beteiligten Personen gebildeten organisatorischen Einheit ein personenbezogener Anpassungsdruck auf den darin eingebundenen Erwerbstätigen ausgeht. Strukturen einer betrieblichen Organisation, in die eine Einbindung erfolgen kann, manifestieren sich zB in einem durch die Erfordernisse der betrieblichen Einrichtung vorgegebenen Ablauf, in einer gemeinsamen aufeinander abgestimmten Tätigkeit mehrerer Mitarbeiter oder in der Anwesenheit von Vorgesetzten an der Arbeitsstätte. Meist wird eine Einbindung in die betrieblichen Strukturen vor Ort von einer (dauerhaften) Zuweisung von einschlägigen Betriebsmitteln an den Erwerbstätigen (zB Schreibtisch, Anschluss und Benutzung einer innerbetrieblichen Informationstechnologie) begleitet (vgl. VwGH 14.11.2018, Ra 2018/08/0172, 0173).



- 34 Dass der Mitbeteiligte in diesem Sinn an den Tagen der vom Bundesverwaltungsgericht angenommenen Beschäftigung - so insbesondere am 26. Juli 2003 - in die betriebliche Organisation der K AG eingebunden gewesen wäre, ergibt sich nicht. Ausgehend von den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes war eine der K AG zuzurechnende betriebliche Struktur am Ort der Rennen nicht etabliert und musste der Mitbeteiligte seine Tätigkeit als Rennfahrer auch nicht mit Vorgesetzten bzw. Mitarbeitern der K AG abstimmen. Zu seiner Unterstützung zog er vielmehr überwiegend Familienmitglieder und Freunde heran, die der K AG nicht zuzurechnen waren. Auch die Finanzierung eines Trainingslagers durch die K AG und die Teilnahme des Mitbeteiligten an einem von der K AG selbst organisierten „Festival“ lässt noch nicht auf eine Einbindung in die betriebliche Organisation im genannten Sinn an den Renntagen schließen; eine in Abstimmung mit Mitarbeitern der K AG erfolgte Beteiligung bzw. Einbindung des Mitbeteiligten bei sonstigen Werbeaktivitäten oder beim Vertrieb der Produkte der K AG wurde nicht festgestellt und vom Mitbeteiligten auch nicht behauptet.
- 35 Eine allfällige Einbindung des Mitbeteiligten in die Organisation der K AG deuten die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichtes für den Tag seiner Teilnahme an dem von der K AG selbst organisierten „Festival“ („Promotionveranstaltung“) an, ohne dies jedoch näher zu begründen. Da der Abspruch über die Versicherungspflicht stets zeitraumbezogen zu beurteilen und insoweit auch teilbar ist (vgl. VwGH 14.11.2012, 2010/08/0029), war eine allfällige tageweise Pflichtversicherung am Tag dieser Veranstaltung aber ohnehin nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.
- 36 Vor dem dargestellten Hintergrund vermag auch der Umstand, dass der Mitbeteiligte insofern einem „Verhaltenskodex“ unterlag, als er nach den Feststellungen verpflichtet war, die Marke der K AG „positiv zu präsentieren“ und an den Renntagen keinen Alkohol zu trinken, am Gesamtbild des Fehlens einer persönlichen Abhängigkeit nichts zu ändern. Es liegt in der Natur eines zu Werbezwecken von einem Sponsor mit einem Sportler abgeschlossenen Vertrages, dass der Sponsor auch am Image des Gesponserten partizipieren



will. Vereinbarte Nebenpflichten zu einem diesem Zweck förderlichen Auftreten lassen für sich allein noch nicht den Schluss zu, dass das arbeitsbezogene Verhalten entsprechend dem Bild eines Beschäftigungsverhältnisses Weisungen und Kontrollen unterworfen gewesen wäre. Unter Beachtung, dass eine Überprüfung der Tätigkeit des Mitbeteiligten durch die K AG zumeist nur durch die Berichterstattung in den Medien und die Einsicht in Start- und Ergebnislisten möglich war, wäre eine effektive Kontrolle des persönlichen Verhaltens des Mitbeteiligten an den Renntagen ohnehin auch nicht möglich gewesen.

- 37 Gemäß § 4 Abs. 6 ASVG schließt eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 ASVG für dieselbe Tätigkeit eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG aus. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs legt § 4 Abs. 6 ASVG nicht nur die Reihenfolge der Prüfung der Frage der Pflichtversicherung nach § 4 ASVG fest, sondern macht diese Frage auch zum Gegenstand eines einzigen Verfahrens (vgl. etwa VwGH 19.12.2012, 2012/08/0279, mwN). Ausgehend davon, dass sich eine Pflichtversicherung des Mitbeteiligten aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 4 Abs. 2 ASVG aus den dargestellten Gründen nicht ergibt, hätte das Bundesverwaltungsgericht somit eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG prüfen müssen.
- 38 Bereits in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (886 BlgNR 20. GP 101 f) zum Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 1997, BGBl. I Nr. 139/1997, mit dem § 4 Abs. 4 ASVG im Wesentlichen seine heutige Form erhielt, wurde zum Zweck der Pflichtversicherung nach dieser Bestimmung ausgeführt, dass derjenige, der in wirtschaftlicher Abhängigkeit „kontinuierlich Arbeit“ für einen oder wenige Dienstgeber verrichte, ohne dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit vorlägen, einem Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG wesentlich näher als einem selbständig Erwerbstätigen stehe. Es sei im Sinn des § 539a ASVG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend und daher - insbesondere zur Abgrenzung von Zielschuldverhältnissen - die Anwendung des § 4



Abs. 4 ASVG geboten, wenn Personen ohne eigene unternehmerische Struktur „laufend ihre Arbeitskraft“ einem „Auftraggeber“ zur Verfügung stellen.

39 Der freie Dienstvertrag nach § 4 Abs. 4 ASVG unterscheidet sich somit vom Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG im Wesentlichen durch das Fehlen einer persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers (vgl. etwa VwGH 10.10.2018, Ra 2015/08/0130). Nicht anders als bei einem Beschäftigungsverhältnis wird auch bei einem freien Dienstvertrag durch die Verpflichtung zu Dienstleistungen für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit ein Dauerschuldverhältnis begründet. Die Hauptpflicht beim freien Dienstvertrag auf Seiten des Auftragnehmers umfasst Dienstleistungen, sie bezieht sich also auf bloß der Art nach umschriebene Tätigkeiten, bei welchen die Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Besteller (bzw. eine Unterwerfung auf Seiten des freien Dienstnehmers) wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, der bei der Vertragserfüllung einer Konkretisierung durch den Auftraggeber dahin bedarf, welche Einzelleistungen er im Rahmen des Vertrages verrichtet sehen möchte (vgl. VwGH 21.12.2005, 2004/08/0066; 29.6.2005, 2001/08/0053).

40 § 4 Abs. 4 ASVG verlangt - von der Tätigkeit für eine juristische Person des öffentlichen Rechts abgesehen -, dass vom Dienstnehmer im Wesentlichen persönlich, ohne wesentliche eigene Betriebsmittel „Dienstleistungen“ „für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.)“ geleistet werden und „aus dieser Tätigkeit ein Entgelt“ bezogen wird. 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.

41 Dies ist typischerweise der Fall, wenn ein Dienstgeber, somit im Sinn des § 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 im Sinn des § 539a ASVG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu wählen und der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

- 42 Bei einem „Sponsorvertrag“ oder „Werbevertrag“ erbringt ein Unternehmen regelmäßig als Sponsor Leistungen in Form von Geld- oder Sachmitteln - etwa auch Sportgeräten - an einen Sportler oder eine andere Persönlichkeit oder Vereinigungen im sportlichen oder kulturellen bzw. wissenschaftlichen Bereich. Die Gegenleistung des Gesponserten ist in der Regel die Zurverfügungstellung von „Werbung“, mit der die Produkte bzw. die Marke des Sponsors in der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden bzw. das positive Image des Gesponserten auf den Sponsor übertragen wird. Dies kann bei einem Sportler insbesondere dadurch erfolgen, dass nach der getroffenen Vereinbarung der Sportler allgemein bei der Ausübung seines Sportes bzw. bei konkret festgelegten Sportveranstaltungen und anderen öffentlichen Auftritten mit einem Kennzeichen (Logo) bzw. mit Produkten - wie Sportgeräten oder Bekleidung - des Sponsors auftritt und dafür ein Entgelt erhält (vgl. etwa *Hohenbruck*, Sponsoring des Einzelsportlers im Schisport, Zak 2013/120, 70, mwN).
- 43 Für einen Sportler ist der Abschluss eines derartigen Sponsorvertrags regelmäßig eine von mehreren Möglichkeiten, aus seiner auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübten sportlichen Tätigkeit ein Einkommen zu erzielen. Die Ausübung des Sportes stellt sich bei wirtschaftlicher Betrachtung aber - mangels insoweit bestehenden Austauschverhältnisses - nicht als eine Erbringung von Dienstleistungen für den Sponsor als Dienstgeber im Rahmen



dessen Geschäftsbetriebes iSd § 4 Abs. 4 Z 1 ASVG dar. Typischerweise wird daher durch einen solchen „Sponsorvertrag“ oder „Werbevertrag“ keine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG als freier Dienstnehmer begründet. Darauf ob die weiteren Voraussetzungen der Pflichtversicherung nach dieser Bestimmung erfüllt sind, insbesondere auch, ob der Sportler im Sinn dieser Bestimmung über keine wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt (vgl. zu diesem Begriff VwGH 23.1.2008, 2007/08/0223), kommt es nicht mehr an.

- 44 Dennoch könnte unter Beachtung, dass im Sinn des § 539a ASVG nicht (primär) die vertragliche Vereinbarung bzw. die Bezeichnung des Vertrages, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit maßgeblich ist (vgl. VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011 ua, mwN), sich im Einzelfall hinter einem „Sponsorvertrag“ dennoch ein freier Dienstvertrag nach § 4 Abs. 4 ASVG verbergen. Voraussetzung dafür wäre, dass ein Entgelt des Sponsors nicht nur für die Zurverfügungstellung von Werbung durch den Sportler im dargestellten Sinn erbracht wird, sondern Elemente hinzutreten, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinn des § 539a ASVG die Annahme rechtfertigen, dass gegen Entgelt Dienstleistungen für den Sponsor im Rahmen dessen Geschäftsbetriebes erbracht werden. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn dem Gesponserten neben der Erbringung von Werbeleistungen der dargestellten Art - insbesondere dem Auftreten mit einem Logo bzw. mit Produkten des Sponsors - die Erbringung von Aufgaben für den Sponsor im Zuge dessen betrieblicher Tätigkeit (etwa im Zuge des Vertriebes der Produkte bzw. Dienstleistungen des Sponsors) übertragen werden. Eine andere Sichtweise könnte auch dann geboten sein, wenn die Ausübung des Sportes in Einbindung des Sportlers in den Betrieb des potentiellen Dienstgebers - bzw. in eine von diesem für die Sportausübung (etwa unter der Bezeichnung „Rennstall“ oder „Team“) geschaffene eigene betriebliche Struktur - erfolgt, soweit in diesen Fällen nicht ohnehin eine Beschäftigung nach § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt.
- 45 Im vorliegenden Fall hat die K AG als Sponsor an den Mitbeteiligten Sach- und Geldleistungen erbracht. Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich jedoch



nicht, dass die Gegenleistung des Mitbeteiligten über die Zurverfügungstellung von Werbung für die K AG an den vereinbarten Renntagen - so insbesondere am 26. Juli 2003 - durch das Auftreten mit den Produkten (Motorrädern) der K AG und das Tragen einer Rennkleidung, die ihn als deren Werbeträger auswies, hinausgegangen wäre. Eine Einbindung in den Betrieb der K AG bzw. in eine von dieser geschaffene eigene betriebliche Struktur erfolgte nicht. Davon ausgehend stellte der Mitbeteiligte sich zwar für die Werbung der K AG zu Verfügung, erbrachte bei wirtschaftlicher Betrachtung jedoch durch seine Tätigkeit als Rennfahrer keine Dienstleistungen im dargestellten Sinn für die K AG, sodass kein freier Dienstvertrag vorlag. Eine Pflichtversicherung des Mitbeteiligten nach dem ASVG ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt daher nicht.

- 46 Das Bundesverwaltungsgericht wird aber darauf hingewiesen, dass die K AG sowie gemäß § 411 ASVG die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, die Pensionsversicherungsanstalt und die zuständige Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice in seinem Verfahren Parteistellung haben. Dies wird im fortgesetzten Verfahren zu berücksichtigen und diesen Personen daher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sein. Im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes kam ihnen dagegen, da eine Zustellung des angefochtenen Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes an sie unterblieben ist und die Entscheidung ihnen gegenüber daher nicht wirksam geworden ist, eine Rechtsstellung als mitbeteiligte Parteien nicht zu (vgl. VwGH 22.4.2015, 2013/10/0077, mwN).
- 47 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufzuheben.
- 48 Von der Durchführung der in der Revision beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Art. 6 EMRK - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat.



- 49 Gemäß § 47 Abs. 4 VwGG hat die revisionswerbende Partei im Fall einer Amtsrevision nach Art. 133 Abs. 6 Z 2 B-VG keinen Anspruch auf Aufwandersatz. Ein Aufwandersatz gegenüber der revisionswerbenden Partei kommt auch schon deswegen nicht in Betracht, weil sie selbst Rechtsträger im Sinn des § 47 Abs. 5 VwGG ist. Der diesbezügliche Antrag war daher abzuweisen (vgl. VwGH 20.6.2018, Ra 2017/08/0012, mwN).

W i e n , am 29. Jänner 2020

