

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

19.08.2016

**Geschäftszahl**

W167 2123545-1

**Spruch**

W167 2123545-1/10E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX als Masseverwalter der XXXX, seinerseits vertreten durch XXXX, Wirtschaftstreuhänder und Steuerberater in XXXX, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Artikel 133 Absatz 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

## I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse (in der Folge als WGKK bezeichnet) vom XXXX, wurde festgestellt, dass Frau XXXX (in der Folge als Mitbeteiligte bezeichnet) aufgrund ihrer Beschäftigung als Botendienstfahrerin bei der Dienstgeberin XXXX (in der Folge als GmbH bezeichnet) in der Zeit vom 15.05.2009 bis 30.08.2014 der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Absatz 1 Ziffer 1 in Verbindung mit Absatz 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Absatz 1 litera a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) unterlag.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass trotz Vorliegens eines Gewerbescheins der Mitbeteiligten bezüglich der konkreten Tätigkeit keine Selbständigkeit festgestellt werden habe können. Die Mitbeteiligte habe keine Möglichkeit gehabt, in irgendeiner Weise auf die Art und die Ausführung ihrer Tätigkeit Einfluss zu nehmen. Dass eine restriktive Konkurrenzklausel vertraglich verankert gewesen sei, sei ein deutliches Indiz gegen eine Selbständigkeit. Nach Ansicht der WGKK habe es auch kein Vertretungsrecht gegeben. Bei den nahezu täglich durchgeführten Botenfahrten könne auch keine Rede davon sein, dass ein im Vorhinein bestimmtes Werk hergestellt worden sei, weshalb es sich auch um keinen Werkvertrag handle.

2. Nach Zustellung des Bescheides wurde am XXXX über die GmbH Konkurs eröffnet und der Masseverwalter bestellt.

3. Mit Schreiben vom XXXX erhob der Steuerberater der GmbH aufgrund einer Ermächtigung durch den Masseverwalter Beschwerde gegen den Bescheid der WGKK und begründete diese im Wesentlichen damit, dass

die Mitbeteiligte mit der GmbH für die betreffenden Jahre einen Leistungsvertrag abgeschlossen habe, indem sie sich verpflichtet habe, auf selbständiger Basis und auf eigenes Risiko Transportleistungen durchzuführen. Die Mitbeteiligte habe sich in keiner persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit befunden. Es sei im täglichen Geschäftsleben die Regel, dass Unternehmer zur Erfüllung eines Auftrages, Zeit und Ort mit den von ihnen Beauftragten festlegen würden. Die Mitbeteiligte habe außerdem jederzeit die Möglichkeit gehabt, die ihr erteilten Aufträge konsequenzlos abzulehnen. Die Mitbeteiligte habe - durch die angemieteten Fahrzeuge - über eigene Betriebsmittel sowie weiters über einen Gewerbeschein verfügt.

4. Am XXXX legte die WGKK den gegenständlichen Verfahrensakt dem Bundesverwaltungsgericht vor.

5. Am XXXX führte das Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durch, an der der Steuerberater der GmbH sowie die Mitbeteiligte und die WGKK teilnahmen. Das Beschwerdeverfahren und das Beschwerdeverfahren betreffend einen weiteren Botenfahrer XXXX wurden zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Der Mitbeteiligte zu diesem zweiten Verfahren nahm ebenfalls an der Verhandlung teil. Der Steuerberater brachte am Beginn der Verhandlung vor, dass die GmbH insolvent sei und legte eine Vollmacht des Masseverwalters vor. In der Verhandlung wurden die jeweils Mitbeteiligten befragt. Der Steuerberater hatte Gelegenheit Stellungnahmen abzugeben, Fragen zu stellen und wurde zu allfälligen (scheinbaren) Widersprüchen befragt.

## II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

### 1. Feststellungen:

Frau XXXX (die Mitbeteiligte), Versicherungsnummer XXXX , wurde in der Zeit von 15.05.2009 bis 30.08.2014 für die XXXX (die GmbH) als Botendienstfahrerin tätig.

Die Durchführung der "Nachttour XXXX " wurde mit Vertrag der Mitbeteiligten und der GmbH vom 15.05.2009 vereinbart. Als Entgelt wurden € 115,00 pro Tag exklusive Mehrwertsteuer vereinbart. Im Vertrag wurde geregelt, dass sich die Mitbeteiligte durch andere Personen vertreten lassen kann, sofern diese vertrauenswürdig und der GmbH als mögliche Vertreter bekannt sind. Laut Vertrag war die Mitbeteiligte verpflichtet, für die Zurverfügungstellung eines Fahrzeuges selbst zu sorgen. Hinsichtlich der Tour wurde vereinbart, dass die Mitbeteiligte die Tour "exakt nach der tourplanmäßigen vorgeschriebenen Reihenfolge und den vorgegeben Zeiten zu fahren" ist.

Im Vertrag findet sich eine Konkurrenzklausele, die besagt, dass es der Mitbeteiligten während der Laufzeit und bis sechs Monate nach Beendigung des Vertrages untersagt ist, auf eigene Rechnung für einen Auftraggeber der XXXX tätig zu sein. Bei Verletzung dieser Klausel wurde die Zahlung einer Konventionalstrafe in Höhe von € 2.000,00 und die sofortige Auflösung des Vertrages vereinbart.

Ergänzend zu diesem Vertrag verpflichtete sich die Mitbeteiligte mit Erklärung vom 15.05.2009 unter anderem dazu, Daten aus Datenanwendungen, die ihr ausschließlich auf Grund ihrer berufsmäßigen Beschäftigung anvertraut wurden oder zugänglich geworden sind, geheim zu halten, soweit kein rechtlich zulässiger Grund für eine Übermittlung besteht (Datengeheimnis) sowie zum XXXX

Die Zusatzvereinbarung zum Vertrag, betitelt mit "Aufbewahrung und Handhabung der Schlüssel/Schlüsselversicherung", beinhaltete die Übernahme der für die Durchführung der Tätigkeit erforderlichen Schlüssel und Codekarten für die einzelnen Zweigstellen (Zugang zu diversen Eingängen, Foyers, Übergabeböden, etc.) sowie damit verbundene Verpflichtungen wie insbesondere über den Abschluss einer Schlüsselversicherung.

Die Tätigkeit der Mitbeteiligten umfasste sowohl Nacht- als auch Tagestouren. Hinsichtlich der Tagestouren gab es keine schriftliche Vereinbarung.

Die Nachttouren bestanden aus der Lieferung von XXXX , Kopierpapier, Werbemittel, Bildschirme und Computer zu verschiedenen XXXX und XXXX . Das Transportgut holte die Mitbeteiligte zuvor bei namentlich genannten XXXX und einer Druckerei ab. Es gab für die Nachttouren einen Tourenleiter, mit dem die Mitbeteiligte bei Zwischenfällen Rücksprache halten musste und der der Mitbeteiligten sachliche Anweisungen gab.

Die Tagestouren waren nicht fix eingeteilt und wurden teilweise in Wien, Niederösterreich und der Steiermark ausgeführt. Untertags erfolgten die Anweisungen direkt durch den Geschäftsführer der GmbH. Es gab es keinen Tourenleiter, im Falle eines Unfalls war eine namentlich genannte Mitarbeiterin im Büro zu verständigen.

Die Arbeitszeiten der Mitbeteiligten waren montags bis sonntags von 21:30 Uhr bis 04:30 Uhr und montags, mittwochs und freitags von 08:00 Uhr bis 12:00 Uhr.

Die Mitbeteiligte hatte keine Arbeitskleidung zu tragen.

Als Fahrzeug verwendete die Mitbeteiligte bei Nachttouren ein von ihr geleastes Auto bzw. das Auto ihres Sohnes und bei Tagestouren gemietete Autos. Die Mitbeteiligte schloss für die Tagestouren mit der GmbH sowie mit der XXXX und der XXXX (Geschäftsführer ist im verfahrensgegenständlichen Zeitraum jeweils der Geschäftsführer der GmbH) Sammelmietverträge über Kraftfahrzeuge ab. Mietzahlungen für die Autonutzung erfolgten durch die Mitbeteiligte nicht.

Während des Vertragsverhältnisses ist es wegen einer Verletzung der Mitbeteiligten einmal zu einer Vertretung der Mitbeteiligten gekommen. Die Vertretung wurde vom Geschäftsführer der GmbH organisiert. Es handelte sich dabei um einen bei der GmbH angestellten Fahrer.

Die Mitbeteiligte lehnte während der Dauer des Vertragsverhältnisse keine der aufgetragenen Touren ab und hat sich - mit Ausnahme während der Zeit Ihrer Verletzung - nie vertreten lassen.

Die Mitbeteiligte legte monatlich Rechnungen für die Nachtfahrten und einmal für eine Tagfahrt.

Die Mitbeteiligte verfügte im verfahrensrelevanten Zeitraum über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe "Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen deren höchste zulässige Nutzlast 600 kg nicht übersteigt". Die Mitbeteiligte hat auf den von ihr gelegten Rechnungen eine UID-Nr. angeführt und hatte einen Steuerberater. Sie war bei der SVA versichert.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich auch dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes sowie dem Gerichtsakt, insbesondere aus der Niederschrift der Befragung der Mitbeteiligten durch die WGKK vom 27.01.2015, der Niederschrift der Befragung des Geschäftsführers der GmbH durch die WGKK am 13.04.2015, den vorgelegten von der Mitbeteiligten abgeschlossenen Verträgen und den von der Mitbeteiligten ausgestellten Rechnungen sowie der am XXXX durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Ausgestaltung des Vertrages betreffend die Nachttouren, der Erklärung und der Zusatzvereinbarung ergaben sich aus dem im Verwaltungsakt vorliegenden Text dieser Schriftstücke.

Die Dauer und der Inhalt der Tätigkeit ergeben sich aus den übereinstimmenden Vorbringen der Mitbeteiligten und dem Geschäftsführer der GmbH sowie dem zwischen diesen abgeschlossenen Vertrag und wurden auch nicht bestritten.

Zum konkreten Ablauf der Nachttouren machte die Mitbeteiligte in der Verhandlung detaillierte und nachvollziehbare Angaben. Den grundsätzlichen Ablauf und das Vorhandensein eines Tourenleiters, wurde auch von einem weiteren Botenfahrer bestätigt (die beiden Verfahren waren zur gemeinsamen Verhandlung verbunden). Der Steuerberater hat in der Verhandlung bestätigt, dass es sachliche Anweisungen aber keine persönlichen gegeben hat.

Zur Thematik der Tagestouren machte die Mitbeteiligte in der Verhandlung ebenfalls glaubhafte Angaben. Dass die Mitbeteiligte auch tagsüber für die GmbH tätig war wurde nicht bestritten. Den Ausführungen der Mitbeteiligten, wonach im Falle eines Unfalls eine namentlich genannte Mitarbeiterin im Büro der GmbH zu verständigen gewesen sei, ist der Steuerberater nicht entgegen getreten.

Die Mitbeteiligten hat die angegebenen Arbeitszeiten (montags bis sonntags von 21:30 Uhr bis 04:30 Uhr und montags, mittwochs, freitags von 08:00 Uhr bis 12:00 Uhr) während der verfahrensgegenständlichen Zeit glaubhaft dargelegt. Das Argument des Geschäftsführers und des Steuerberaters, dass Samstag und Sonntag keine XXXX seien, war aufgrund der bloß pauschalen Bestreitung nicht überzeugend. Die Mitbeteiligte hat in der Verhandlung E-Mails mit den Tourenaufstellungen vorgelegt, aus denen ersichtlich ist, dass sie beispielsweise am 30.04.2012 und am Feiertag 01.05.2012 zu Touren eingeteilt war. Zudem hat sie glaubhaft

berichtet, dass die Botenfahrten auch am Wochenende stattfanden. Aus den von ihr vorgelegten Tourenaufstellungen ist zwar beispielsweise ersichtlich, am Samstag 31.03.2012 keine Tour vorgesehen war (wohl aber am Sonntag, 01.04.2012), da allerdings wie oben ausgeführt auch vor Feiertagen Lieferungen fällig gewesen sind, kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch an Samstagen Touren stattgefunden haben. Die Touren am Wochenende sind auch im Hinblick darauf plausibel, dass die beförderte Ware am Montag am Bestimmungsort sein sollte und es wohl auch auf den Tag der Bereitstellung der Ware ankam. Darüber hinaus wurden Verfahren wurden keine Unterlagen (z.B. Tourenpläne des verfahrensgegenständlichen Zeitraums) vorgelegt, aus denen ersichtlich ist, dass am Wochenende keine Touren stattfanden.

Über Nachfrage gab die Mitbeteiligte an, dass es keine Arbeitskleidung gab. Dies wurde auch vom zweiten Botenfahrer bestätigt.

In der mündlichen Verhandlung machte die Mitbeteiligte umfassende und nachvollziehbare Angaben zur Autonutzung. Die Nutzung eines Privatautos für die Nachtfahrten steht unbestritten fest. Die Nutzung eines Autos aus dem Fuhrpark einer anderen GmbH im Unternehmensverband für die Tagesfahrten wurde von der Mitbeteiligten behauptet. Vor dem Hintergrund der vorliegenden Mietverträge scheint dies sehr plausibel. Die Mitbeteiligte hat auch glaubhaft vorgebracht, für die Nutzung des Autos zwar nichts bezahlt zu haben, aber für diese Tagesfahrten auch kein Geld bekommen zu haben.

Die Mitbeteiligte wurde in der Verhandlung dazu befragt, ob sie sich habe vertreten lassen. Sie gab an, dass sie nach einem Unfall arbeitsunfähig gewesen sei und dies dem Geschäftsführer der GmbH gemeldet habe. Dieser habe daraufhin Ersatz organisiert. Der Geschäftsführer der GmbH hat an der Verhandlung nicht teilgenommen und konnte daher dazu nicht befragt werden. Vor dem Hintergrund, dass Vertretungen vom Unternehmen durch Heranziehung nicht eingeteilter Personen aus dem Botenfahrer/innen-Pool organisiert wurden (Aussage des zweiten Botenfahrers), scheint diese Angabe der Mitbeteiligten glaubhaft.

Die Mitbeteiligte hat in der Verhandlung angegeben, dass sie nie eine Tour für die sie eingeteilt war abgelehnt hat und auch nie einen Vertreter geschickt hat. Dem Akt sind keine entgegenstehenden Angaben der GmbH zu entnehmen.

Die Feststellungen zur Rechnungslegung stützen sich auf die Angaben der Mitbeteiligten, welche die Abrechnung der einmaligen Tagfahrt (Rechnung vom 30.11.2009) damit erklärte, dass sie damit den Fehler einer Kollegin bei der Nachttour verbessert habe. Der Gewerbeschein der Mitbeteiligten, die UID-Nummer und die Versicherung bei der SVA sind durch Unterlagen im Verwaltungs- und Gerichtsakt belegt. In der Verhandlung hat sie im Zusammenhang mit der Autonutzung angegeben, einen Steuerberater zu haben.

Für die rechtliche Beurteilung war es nicht erforderlich die konkreten Tage, an denen die Mitbeteiligte für die GmbH tätig war, festzustellen. Ebenfalls war nicht Gegenstand des Verfahrens die Frage, ob bzw. wann die GmbH die von der Mitbeteiligten gestellten Rechnungen beglichen hat.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Allgemeines

Gemäß § 6 BVwGG in Verbindung mit § 414 Absatz 2 ASVG liegt im Beschwerdefall EinzelrichterInnenzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Ziffer 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht mit Erkenntnis in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht.

### 3.2. Zu Spruchpunkt A) Abweisung der Beschwerde

#### 3.2.1. Maßgebliche gesetzliche Bestimmungen

Gemäß § 4 Absatz 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Absatz 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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.

Gemäß § 4 Absatz 4 Ziffer 1 ASVG stehen Personen, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe, den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes gleich, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

- a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder
- b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder
- c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder
- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

Gemäß § 4 Absatz 6 ASVG schließt eine Pflichtversicherung gemäß Absatz 1 für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Absatz 4 aus.

Gemäß § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend (Absatz 1). Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (Absatz 2). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Absatz 3). Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend (Absatz 4). Die Grundsätze, nach denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind (Absatz 5).

Gemäß § 1 Absatz 1 litera a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) sind Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert).

#### 3.2.2. Die Mitbeteiligte unterlag aufgrund Ihrer Tätigkeit für die GmbH der Versicherungspflicht gemäß ASVG und AIVG

Im Beschwerdefall ist strittig, ob die Mitbeteiligte aufgrund Ihrer Tätigkeit als Botendienstfahrerin für die GmbH der Versicherungspflicht gemäß § 4 Absatz 4 ASVG und § 1 Absatz 1 lit. a AIVG unterlag.

### 3.2.2.1. Im Beschwerdefall liegt kein Werkvertrag vor

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH; zuletzt VwGH 20.03.2014, 2012/08/0024 mit weiteren Nachweisen) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Der Werkvertrag begründet grundsätzlich 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. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (zuletzt VwGH 21.09.2015, Ra 2015/08/0045; 14.02.2013, 2011/08/0391) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt.

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Im Beschwerdefall liegt kein Werkvertrag vor. Die GmbH hat mit der Mitbeteiligten einen schriftlichen Vertrag über die laufende Erbringung von Botendiensten abgeschlossen. Diese Tätigkeit kann nicht als Verpflichtung zur Herstellung eines bestimmten Erfolges bzw. Werkes angesehen werden.

Wie bereits im angefochtenen Bescheid der WGKK ausgeführt wurde, kann keine Rede davon sein, dass ein im Vorhinein bestimmtes Werk hergestellt wurde. Ein in sich abgeschlossenes Werk wurde auch nicht geschuldet. Es wurde keine Leistung zu einem bestimmten Termin, sondern eine laufende Erledigung der umschriebenen Botenfahrten vereinbart. Die kontinuierliche Leistungserbringung sowie die nach Arbeitstagen abgerechneten Leistungen lassen vielmehr auf ein Dauerschuldverhältnis schließen.

Auch liegt kein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit der Mitbeteiligten vor, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Die Mitbeteiligte erklärte in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, dass wenn ein Bote eine Lieferung zum Beispiel nicht rechtzeitig durchführen konnte oder etwas vergessen hatte, ein anderer Bote den Auftrag korrekt auszuführen hatte.

im Beschwerdefall liegt vielmehr eine Vereinbarung über Dienstleistungen vor. Daher ist bei einer Gesamtbetrachtung der Tätigkeit der Mitbeteiligten für die GmbH - entgegen der vertraglichen Bestimmungen, dass der abgeschlossene Vertrag keine Elemente eines Dienstvertrages enthalte - aufgrund des wahren wirtschaftlichen Gehalts davon auszugehen, dass ein Dauerschuldverhältnis vorliegt.

### 3.2.2.2. Vorliegen eines Dienstverhältnisses

#### a) Persönliche Abhängigkeit

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Absatz 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (zB aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist (VwGH 31.07.2014, 2013/08/0247 mit Verweis auf das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A).

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Absatz 2 ASVG durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. VwGH vom 24.01.2006, 2004/08/0101, mit weiteren Nachweisen).

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z. B. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein (vergleiche unter vielen VwGH 27.04.2011, 2009/08/0123).

Verfahrensgegenständlich maßgeblich ist, ob die Mitbeteiligte örtlich und zeitlich und hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens weisungsgebunden, kontrollunterworfen und in die Arbeitsorganisation der GmbH eingebunden war.

#### Arbeitszeit und Arbeitsort

Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Ob dem Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in seiner Sphäre liegen, eingeräumt wurde, ist hiebei irrelevant (VwGH 31.01.2007, 2005/08/0176; VwGH 25.05.1997, 83/08/0128; VwGH 16.09.1997, 93/08/0171).

Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden 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 (VwGH 24.04.2014, 2013/08/0258; VwGH 11.12.2013, 2011/08/0322; VwGH 21.12.2011, 2010/08/0129, mwN).

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Bei der Arbeitszeitgestaltung war die Mitbeteiligte im Laufe ihrer Tätigkeit für die GmbH zeitlich nicht flexibel. Der Geschäftsführer der GmbH gab in seiner niederschriftlichen Befragung durch die WGKK am 13.04.2015 an, dass die tägliche Arbeitszeit der Mitbeteiligten zwischen circa 21:00 bis 24:00 begonnen habe, da in dieser Zeit die jeweiligen Lieferungen abgeholt werden mussten, die Lieferungen mussten anschließend bis spätestens 06:00 abgeliefert werden.

Freie Zeiteinteilung liegt dann nicht vor, wenn sich sowohl Arbeitsumfang als auch die Arbeitszeit nach den Bedürfnissen des Dienstgebers richten. Da die Lieferungen zu bestimmten Zeiten innerhalb einer Nacht erfolgend mussten, steht sowohl eine gewisse Gebundenheit an Arbeitszeiten fest und ist der unternehmerische Gestaltungsspielraum der Mitbeteiligten eingeschränkt.

Der Arbeitsort war ebenfalls klar vom Ort her vorgegeben, die Mitbeteiligte verpflichtete sich vertraglich zur Erfüllung ihrer Aufgaben stets auf der gleichen Route (XXXX).

Allerdings handelt es sich dabei um keine unterscheidungskräftigen Merkmale.

Allerdings kommt die Bindung an Anweisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten bei der Tätigkeit im Berichtswesen zum Ausdruck. Die Mitbeteiligte hatte dem Tourenleiter über Geschehnisse bei der Lieferung zu

berichten und musste - falls bei Kollegen etwas dazwischenkam - erreichbar sein, um gegebenenfalls für diese einzuspringen. (vergleiche dazu VwGH 10.11.1998, 96/08/0255 - Chauffeur/Botenfahrer).

#### Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit des Dienstnehmers dar (beispielsweise VwGH 12.09.2012, 2009/08/0141).

Nach der Rechtsprechung kommt die Erteilung von Weisungen betreffend die eigentliche Arbeitsleistung im Wesentlichen in zwei (voneinander nicht immer scharf zu trennenden) Spielarten in Betracht, nämlich in Bezug auf das Arbeitsverfahren einerseits und das arbeitsbezogene Verhalten andererseits (VwGH 25.04.2007, 2005/08/0137). Die Weisungen über das arbeitsbezogene Verhalten betreffen in erster Linie die Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsfolge und die damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Maßnahmen.

Von besonderer Aussagekraft ist, 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 (VwGH 15.05.2013, 2013/08/0051; VwGH 25.06.2013, 2013/08/0093, jeweils mwN).

Die (notwendige) Freiheit von Weisungen fachlicher Art, wie sie für die Ausübung einer Tätigkeit, die in weitgehender Eigenverantwortung verrichtet werden muss, kennzeichnend ist, schließt daher das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus (vergleiche VwGH 07.07.1992, 88/08/0180 - Wirtschaftstreuhand).

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Die Mitbeteiligte erhielt Weisungen vom Geschäftsführer bzw. Mitarbeitern der GmbH für die Tagesfahrten und vom Tourenleiter für die Nachtfahrten. Diese kontrollierten die Arbeitsleistung der Mitbeteiligten, da bei Nachtfahrten der Tourenleiter dafür zuständig war, dass die Auslieferungen ordnungsgemäß erfolgten. Die Tätigkeit war letztlich im Kern an den Vorgaben der GmbH orientiert, weshalb die Mitbeteiligte zumindest der "stillen Autorität" der GmbH unterlag. Die Mitbeteiligte hatte während der Nachtfahrten telefonischen Kontakt zum jeweiligen Tourenleiter zu halten, um Vorgehensweisen in diversen Fällen (zum Beispiel wenn ein Unfall passierte oder ein Kollege der Mitbeteiligten einen Fehler gemacht hat) abzuklären.

Das Kriterium der Weisungsgebundenheit in Bezug auf den Arbeitsort ist im konkreten Fall durch die Eigenart von Transportleistungen vorgegeben (siehe dazu VwGH 03.04.2001, 96/08/0023 - Funktransport- und Botendienstunternehmen).

Es ist aufgrund der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses von einer Weisungs- und Kontrollunterworfenheit der Mitbeteiligten gegenüber der GmbH auszugehen. Im Beschwerdefall wurde die Mitbeteiligte vom Tourenleiter kurzfristig dazu eingeteilt, für andere Botenfahrer einzuspringen und hatte gegenüber dem Tourenleiter Meldepflichten beispielsweise bei Unfällen.

Das Gesamtbild der hier zu beurteilenden Beschäftigung lässt nach dem Zusammenspiel der einzelnen Momente keinen Zweifel daran, dass die Bestimmungsfreiheit der Mitbeteiligten durch die Beschäftigung für die GmbH weitgehend ausgeschaltet war. Diesen Eindruck stützt auch die Dauer der Beschäftigung, die über fünf Jahre betrug. Daher war bei der Gesamtbetrachtung davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte organisatorisch in den Betrieb der GmbH eingegliedert war und die Merkmale einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit von der GmbH im Sinn des § 4 Absatz 2 ASVG überwogen haben (vergleiche VwGH 03.04.2001, 96/08/0023).

#### Persönliche Arbeitspflicht

Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses gemäß § 4 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 ASVG oder § 4 Absatz 4 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt die persönliche Arbeitspflicht, dann liegt kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach dem ASVG vor (vergleiche Müller, DRdA 2010, 367 ff).

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, 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 einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. (VwGH vom 26.05.2014, 2012/08/0233, GRS wie 2013/08/0093 E 25. Juni 2013 RS 1)

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, 2008/08/0152, mwN). (VwGH vom 26.05.2014, 2012/08/0233, GRS wie 2013/08/0093 E 25. Juni 2013 RS 1; zuletzt VwGH vom 15.10.2015, 2013/08/0175)

Selbst die Vereinbarung eines Vertretungsrechts kann - 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 geübt 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, 2010/08/0256, mwN). (VwGH vom 26.05.2014, 2012/08/0233)

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt 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. 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. das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2007, Zl. 2006/08/0193, und nochmals das vom 14. Februar 2013, Zl. 2012/08/0268). (VwGH vom 26.05.2014, 2012/08/0233; VwGH vom 26.08.2014, 2012/08/0100)

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). (VwGH vom 26.08.2014, 2012/08/0100)

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Wie in den Feststellungen ausgeführt war vertraglich ein Vertretungsrecht vereinbart. Die vertretende Person musste jedoch vertrauenswürdig und der GmbH als mögliche Vertretung bekannt sein.

Während des Vertragsverhältnisses kam es einmal zu einer Vertretung, die von der GmbH organisiert wurde und bei der es sich um einen bei der GmbH ebenfalls tätigen Fahrer handelte.

Im Beschwerdefall hat die GmbH somit in dem einzigen Fall einer Vertretung selbst für Ersatz gesorgt. Aber selbst die wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer mit der GmbH im Vertragsverhältnis stehenden Personen ist nicht als generelle Vertretungsberechtigung zu qualifizieren. Eine Vertretung durch eine Person aus einem "Pool" von Mitarbeitern des Unternehmens kommt einer generellen Vertretungsbefugnis nicht gleich (VwGH 07.05.2008, 2006/08/0276).

Hinzu kommt, dass die Mitbeteiligte durch Unterschrift bestätigen musste, dass sie das Daten- und XXXX einhält sowie dass (unter-)schriftlich geregelt wurde, wie die Mitbeteiligte mit ihr zur Verfügung gestellten Schlüssel und Zugangskarten umgehen musste. Laut VwGH schließt das Vorliegen von Zutrittsbeschränkungen ein generelles Vertretungsrecht aus (VwGH 04.06.2008, 2007/08/0184 mit Verweis auf VwGH vom 13. August 2003, 99/08/0174, vom 20. Dezember 2006, 2004/08/0221, und vom 7. Mai 2008, 2007/08/0341, mwN).

Auch spricht eine vereinbarte Konkurrenzklausele gegen eine umfassende Vertretungsbefugnis (vergleiche VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041).

Im vorliegenden Fall kam der Mitbeteiligten auch kein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zu, denn sie konnte die Einhaltung bereits übernommener Dienste nicht jederzeit ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen, vielmehr musste sie sich an vereinbarte Termine halten. Die GmbH ging - wie auch aus den vorgelegten Dienstplänen ersichtlich ist - grundsätzlich davon aus, dass die Mitbeteiligte die Route XXXX täglich durchführt. Damit disponierte sie damit, dass die Mitbeteiligte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für die Botenfahrten vereinbarungsgemäß zur Verfügung stand. Im gesamten Vertragsverhältnis, das über fünf Jahre dauert, ist es zu keiner Ablehnung durch die Mitbeteiligte gekommen. Die Mitbeteiligte gab diesbezüglich in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht an, dass es nie zu einer Ablehnung gekommen sei, sie jedoch - wenn sie die Möglichkeit gehabt hätte - nicht bei der GmbH "geblieben" wäre, weil diese immer sehr spät gezahlt habe. Es ist daher davon auszugehen, dass selbst wenn ein Ablehnungsrecht bestanden hätte, im konkreten Einzelfall aufgrund der unregelmäßigen Zahlungen der GmbH an die Mitbeteiligte diese unter Druck gesetzt wurde, keine Touren abzusagen.

Daher lag eine persönliche Arbeitspflicht der Mitbeteiligten vor, von der auch die WGKK ausgegangen ist.

#### b) wirtschaftliche Abhängigkeit

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH vom 02.12.2013, 2013/08/0191, mwN).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die persönliche Abhängigkeit die wirtschaftliche Abhängigkeit zwangsläufig zur Folge und muss daher nicht gesondert geprüft werden (VwGH 22.12.2009, 2006/08/0317; VwGH 25.04.2007, 2005/08/0137; VwGH 20.12.2006, 2004/08/0221; VwGH 02.07.2008, 2005/08/0023; 21.02.2007, 2003/08/0232; 04.06.2008, 2007/08/0179; 07.05.2008, 2006/08/0276; 15.10.2003, 2000/08/0020).

#### c) Entgelt

Im Vertrag war Entgeltlichkeit vereinbart und die Mitbeteiligte wurde auch unstrittig für die Tätigkeit von der GmbH bezahlt. Somit lag im Beschwerdefall aufgrund der oben festgestellten persönlichen Abhängigkeit auch wirtschaftliche Abhängigkeit vor.

#### d) sonstiges

Hinsichtlich der Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ändert auch das Vorliegen der Gewerbeberechtigung der Mitbeteiligten nichts. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt diesem formalen Umstand keinerlei Bedeutung für die Entscheidung der Frage zu, ob eine Person bei einer konkreten Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig war (VwGH 03.11.2004, 2001/18/0129), auch das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist nicht ausgeschlossen ist, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbebeschein verfügt (zuletzt VwGH 31.07.2014, 2013/08/0247 mit Verweis auf das Erkenntnis des VwGH 14.11.2012, 2010/08/0196; oder VwGH 11.06.2014, 2012/08/0170 mit Verweis auf die Erkenntnisse des VwGH 17.10.2012, 2010/08/0012, und 12.09.2012, 2010/08/0133; sowie weiters VwGH 10.09.2014, Ro 2014/08/0069; 13.11.2012, 2011/08/0153; 17.10.2012, 2010/08/0012 uva.).

#### e) Zusammenfassung

Zusammengefasst liegt daher - wie bereits von der WGKK angenommen - bei einer Gesamtbetrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts des Vertragsverhältnisses zwischen der Mitbeteiligten und der GmbH ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und somit ein Dienstverhältnis der Mitbeteiligten gemäß § 4 Absatz 1 Ziffer 1 in Verbindung mit Absatz 2 ASVG vor, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen war.

Die Überprüfung ob die Voraussetzungen des § 4 Absatz 4 ASVG vorliegen, erübrigt sich, da bereits ein Dienstverhältnis gemäß § 4 Absatz 1 ASVG festgestellt wurde (§ 4 Absatz 6 ASVG).

### 3.3. Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Siehe dazu die Ausführungen unter 3.2. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2016:W167.2123545.1.00