

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

19.08.2016

Geschäftszahl

W167 2123902-1

Spruch

W167 2123902-1/9E

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 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 Herr XXXX (in der Folge als Mitbeteiligter bezeichnet) aufgrund seiner Beschäftigung als Botenfahrer bei der Dienstgeberin XXXX (in der Folge als GmbH bezeichnet) in der Zeit vom 01.01.2009 bis 31.12.2013 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 des Mitbeteiligten bezüglich der konkreten Tätigkeit keine Selbständigkeit festgestellt werden habe können. Der Mitbeteiligte habe keine Möglichkeit gehabt, in irgendeiner Weise auf die Art und die Ausführung ihrer Tätigkeit Einfluss zu nehmen. Nach Ansicht der WGKK habe es - aufgrund des Zugangs zum Geschäftsbereich von XXXX - 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

der Mitbeteiligte mit der GmbH für die betreffenden Jahre einen Leistungsvertrag abgeschlossen habe, indem er sich verpflichtet habe, auf selbständiger Basis und auf eigenes Risiko Transportleistungen durchzuführen. Der 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. Der Mitbeteiligte habe außerdem jederzeit die Möglichkeit gehabt, die ihm erteilten Aufträge konsequenzlos abzulehnen. Der 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 der Mitbeteiligte und die WGKK teilnahmen. Das Beschwerdeverfahren und ein Beschwerdeverfahren betreffend eine weitere Botenfahrerin (XXXX) wurden zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Die Mitbeteiligte zu diesem zweiten Verfahren nahm ebenfalls an der Verhandlung teil. Der Steuerberater brachte am Beginn der Verhandlung vor, dass die G insolvent sei und legte eine Vollmacht des Masseverwalters vor. In der Verhandlung wurden die jeweils Mitbeteiligten befragt. Der Steuerberater hatte jedoch Gelegenheit Stellungnahmen abzugeben, Fragen zu stellen und wurde zu allfälligen (scheinbaren) Widersprüchen befragt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Herr XXXX (der Mitbeteiligte), Versicherungsnummer XXXX , war in der im angefochtenen Bescheid angeführten Zeit von 01.01.2009 bis 31.12.2013 für die XXXX (die GmbH) als Botenfahrer tätig. Zwischen der GmbH und dem Mitbeteiligten wurde ein als "Vertrag / Werkvertrag" bezeichneter Vertrag abgeschlossen.

Die Tätigkeit des Mitbeteiligten bestand zu Beginn des Vertragsverhältnisses aus Tages- und Nachtbotenfahrten und gegen Ende der Tätigkeit des Mitbeteiligten ausschließlich aus Botenfahrten in der Nacht, in denen der Mitbeteiligte ein Rechenzentrum anfuhr und anschließend Post für diverse XXXX auslieferte. Die Lieferungen mussten täglich bis 06:00 Uhr am Zielort einlangen. Die Toureneinteilung erfolgte eine Woche im voraus durch eine Mitarbeiterin der GmbH. Die Tätigkeit erstreckte sich auf das gesamte österreichische Bundesgebiet. Teilweise wurde der Mitbeteiligte von der GmbH auch als Tourenleiter eingesetzt. In dieser Funktion hatte er den Ablauf zu kontrollieren und kurzfristige Änderungen weiterzugeben. Insbesondere war es Aufgabe des Tourenleiters darauf zu schauen, ob alle eingeteilten Fahrer da waren, bei Nicht-Funktionieren der Autos Ersatz zu organisieren, im Falle von Zustellfehlern deren Korrektur zu veranlassen und Probleme weiter zu melden. Falls Fahrer von ihrem Benehmen her "aus der Rolle" fielen, wurden diese seitens der GmbH oder des Tourenleiters gemaßregelt.

Der Mitbeteiligte arbeitete wöchentlich zwischen 40 und 50 Stunden für die GmbH.

Der Mitbeteiligte hatte keine Arbeitskleidung zu tragen.

Als Fahrzeug verwendete der Mitbeteiligte verschiedene Kleintransporter der Marke Mercedes, welche er von der GmbH, der BA-KU TRANS Transport XXXX mietete. Sämtliche genannten GmbH haben / hatten denselben Geschäftsführer. Die Fahrzeuge mussten vom Mitbeteiligten vor den jeweiligen Botenfahrten am Betriebsort der GmbH abgeholt und danach wieder am Betriebsort der GmbH abgestellt werden. Teilweise befand sich auf den Fahrzeugen das Logo der XXXX . Das Entgelt für die Verwendung der Fahrzeuge wurde mit dem Entgelt für die Tätigkeit des Mitbeteiligten gegengerechnet.

Das Honorar war unterschiedlich hoch und hing von den durchgeführten Botenfahrten ab. Der Mitbeteiligte stellte monatlich Rechnungen an die GmbH. Die vorgelegten Rechnungen von 31.01.2009 bis 31.12.2013 wiesen Beträge zwischen 2.085,13 € und 3.547,02 € aus.

Die zwischen dem Mitbeteiligten und der GmbH als "Zusatzvereinbarung zu Vertrag/Werkvertrag" bezeichnete abgeschlossene Vereinbarung mit dem Titel "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.

Im Fall von Krankheit oder sonstiger Verhinderung des Mitbeteiligten wurde die Tour von anderen Fahrern der GmbH durchgeführt. Die Vertretung wurde vom der GmbH organisiert.

Der Mitbeteiligte lehnte während der Dauer des Vertragsverhältnisse aufgetragenen Touren mehrmals ab. Sanktionen gab es keine.

Der Mitbeteiligte verfügte im verfahrensrelevanten Zeitraum über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe "Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchste zulässige Gesamtgewichte insgesamt 3.500 kg nicht übersteigen".

Der Mitbeteiligte beschäftigte im verfahrensrelevanten Zeitraum keine Dienstnehmer und war im verfahrensrelevanten Zeitraum bei keinem anderen Unternehmer beschäftigt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich auch dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes sowie dem Gerichtsakt, insbesondere aus der Niederschrift der Befragung des Mitbeteiligten durch die WGKK vom 20.01.2015, , den vorgelegten vom Mitbeteiligten abgeschlossenen Verträgen (Aufbewahrung und Handhabung der Schlüssel/Schlüsselversicherung und Sammelmietverträge für Kraftfahrzeuge), dem Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis und den vom Mitbeteiligten ausgestellten Honorarnoten sowie der am 02.06.2016 durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Dauer und der Inhalt der Tätigkeit ergeben sich aus dem glaubhaften Vorbringen des Mitbeteiligten. Weder der festgestellte Zeitraum noch der oben festgestellte Inhalt der Tätigkeit wurden bestritten. Nachvollziehbar schilderte der Mitbeteiligte vor der WGKK und vor dem Bundesverwaltungsgericht den Ablauf der Touren und die Aufgaben eines Tourenleiters. Diese Angaben decken sich auch mit den Angaben der anderen Botenfahrerin.

Unstrittig ist, dass ein schriftlicher Vertrag existierte und dass es sich dabei um einen Standardtext gehandelt hat. Dieser Vertrag konnte vom Mitbeteiligten nicht vorgelegt werden, da er sich nicht mehr in seinem Besitz befindet.

Das Ausmaß der wöchentlichen Tätigkeit (40 bis 50 Stunden) wurde nicht bestritten.

Sowohl der Mitbeteiligte im Beschwerdeverfahren als auch die Botenfahrerin haben übereinstimmend glaubwürdig ausgesagt, dass es keine Arbeitskleidung gab.

Der Mitbeteiligte gab an, die Fahrzeuge von der GmbH bzw. Unternehmen im Einflussbereich des Geschäftsführers der GmbH gemietet zu haben und dass die Miete mit seinem Honorar gegenverrechnet wurde. Diese Vermietung der Fahrzeuge an den Mitbeteiligten wurde bereits im Verwaltungsverfahren und in der Beschwerde bestätigt.

Die Angaben des Mitbeteiligten, dass im Falle der Verhinderung die Vertretung von der GmbH organisiert wurde und es sich bei der Vertretung um einen anderen für die GmbH tätigen Botenfahrer handelt, sind insbesondere vor dem Hintergrund des Tätigkeitsablaufs, der Zeitgebundenheit der zu erledigenden Aufträge, der Infrastruktur (Tourenleiter!) und der Sensibilität der Aufträge (XXXX) nachvollziehbar. Dem wurde auch seitens der GmbH entgegen getreten.

Der Mitbeteiligte hat glaubhaft gemacht, dass er Aufträge sanktionslos abgelehnt hat und damit für seine Person das Vorbringen der GmbH bestätigt, dass dies nicht nur möglich war, sondern auch gelebt wurde.

Der Mitbeteiligte hat angegeben, dass er keine Dienstnehmer angestellt hatte und auch im verfahrensgegenständlichen Zeitraum bei keinem anderen Unternehmen tätig war. Im Verfahren sind keine gegenteiligen Hinweise hervorgekommen.

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 Absatz 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 Absatz 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. Der Mitbeteiligte unterlag aufgrund seiner Tätigkeit für die GmbH der Versicherungspflicht gemäß ASVG und AIVG

Im Beschwerdefall ist strittig, ob der Mitbeteiligte aufgrund seiner Tätigkeit als Botenfahrer 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 dem 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 des Mitbeteiligten vor, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können.

Im Beschwerdefall liegt vielmehr eine Vereinbarung über Dienstleistungen vor. Daher ist bei einer Gesamtbetrachtung der Tätigkeit des Mitbeteiligten für die GmbH 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 der 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 der Mitbeteiligte im Laufe seiner Tätigkeit für die GmbH weder zeitlich noch örtlich flexibel. Die unterschiedlichen Botenfahrten, die der Mitbeteiligte durchzuführen hatte, wurden wöchentlich jeweils eine Woche im Voraus eingeteilt. Der Mitbeteiligte führte die Botenfahrten hauptsächlich in der - jeweils eingeteilten - Nacht durch und zwar auf Strecken, die ebenfalls in der Toureneinteilung zugeteilt wurden. Die zeitliche Vorgabe war jeweils, dass die Lieferungen bis spätestens um 06:00 Uhr erfolgen mussten.

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 erfolgen mussten, steht sowohl eine gewisse Gebundenheit an Arbeitszeiten fest und ist der unternehmerische Gestaltungsspielraum des Mitbeteiligten eingeschränkt gewesen.

Allerdings handelt es sich dabei um keine unterscheidungskräftigen Merkmale, da diese Weisungsbezogenheit in Bezug auf den Arbeitsort durch die Eigenart der Transportleistungen vorgegeben sind.

Allerdings kommt die Bindung an das arbeitsbezogene Verhalten bei der Tätigkeit im Berichtswesen zum Ausdruck. Der Mitbeteiligte hatte dem Tourenleiter über Geschehnisse bei der Lieferung zu berichten und musste - falls bei Kollegen etwas dazwischenkam - 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:

Der Mitbeteiligte führte grundsätzlich Nachttouren durch, wenn jedoch ein Bedarf bestand, wurde er - am Beginn des Vertragsverhältnisses - zu Tagestouren eingeteilt. Die Einteilung erfolgte wöchentlich durch eine Mitarbeiterin der GmbH. Die Tätigkeit war damit letztlich im Kern an den Vorgaben der GmbH orientiert, weshalb der Mitbeteiligte zumindest der "stillen Autorität" der GmbH unterlag. Sowohl bei seiner Tätigkeit als Botenfahrer, als auch bei seiner teilweisen Tätigkeit als Tourenleiter hatte der Mitbeteiligte sich an den Vorgaben der GmbH zu orientieren, um einen reibungslosen Ablauf der Lieferungen zu gewährleisten.

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 der Tätigkeit von einer Weisungs- und Kontrollunterworfenheit des Mitbeteiligten gegenüber der GmbH auszugehen.

Das Gesamtbild der hier zu beurteilenden Beschäftigung lässt nach dem Zusammenspiel der einzelnen Momente keinen Zweifel daran, dass die Bestimmungsfreiheit des Mitbeteiligten durch die Beschäftigung für die GmbH weitgehend ausgeschaltet war. Diesen Eindruck stützt auch die Dauer der Beschäftigung, die im verfahrensrelevanten Zeitraum fünf Jahre betrug und darüber hinaus noch über zwei Jahre dauerte. Der Mitbeteiligte arbeitete zudem zwischen 40-50 Stunden für die GmbH und erbrachte keine weiteren Dienstleistungen für andere Unternehmer. Daher war bei der Gesamtbetrachtung davon auszugehen, dass der 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 Vertretungsbefugnis 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:

Das Vertragsverhältnis zwischen Mitbeteiligtem und GmbH gestaltete sich derart, dass eine allfällige Vertretung möglich war. Die Vorgehensweise bei Vertretungen war jedoch, dass der Mitbeteiligte der GmbH im Vorhinein mitteilen musste, dass er einen Dienst nicht wahrnehmen konnte, woraufhin ein anderer Fahrer - als Vertragspartner der GmbH und nicht des Mitbeteiligten - für den Mitbeteiligten "einsprang". Es ist daher keineswegs von einer Befugnis des Mitbeteiligten, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen, auszugehen.

Im Beschwerdefall hat die GmbH somit im Fall einer Vertretung selbst für Ersatz gesorgt. 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 (unter-)schriftlich geregelt wurde, wie der Mitbeteiligte mit ihm 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).

Aufgrund der gelebten Vertretungsregelung, welche keine generelle Vertretungsbefugnis des Mitbeteiligten darstellt, ist - trotz des Rechts des Mitbeteiligten, teilweise bereits übernommene Dienste sanktionslos abzulehnen - von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Die persönliche Abhängigkeit ist somit gegeben.

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

Der Mitbeteiligte wurde unstrittig für die Tätigkeit von der GmbH bezahlt. Die Bezahlung lag auch über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze. 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 des 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 Gewerbeschein 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 dem Mitbeteiligten und der GmbH ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und somit ein Dienstverhältnis des 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:W167.2123902.1.00