

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.11.1998

Geschäftszahl

96/08/0255

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Novak, Dr. Sulyok und Dr. Nowakowski als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hackl, über die Beschwerde des G in W, vertreten durch Dr. Michael Schwingl, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Spitalgasse 4/III, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 17. Juli 1996, Zl. 121.120/3-7/96, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Z in W,

2. Arbeitsmarktservice Wien, Landesgeschäftsstelle, Weihburggasse 30, 1011 Wien, 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1201 Wien,

4. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Roßauer Lände 3, 1092 Wien, 5. Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1103 Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Bescheid der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 21. März 1996 wurde der Antrag des Erstmitbeteiligten auf Feststellung eines die Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses aufgrund seiner Tätigkeit als Botenfahrer für den Beschwerdeführer in der Zeit vom 23. Mai 1995 bis 25. Juli 1995 abgelehnt. In der Begründung wurde ausgeführt, der Erstmitbeteiligte habe am 6. Oktober 1995 in der Versicherungsabteilung vorgesprochen und zu Protokoll gegeben, er sei vom 23. Mai 1995 bis 25. Juli 1995 als Chauffeur (Botenfahrer) für die Firma des Beschwerdeführers beschäftigt gewesen. Er habe sich im Büro dieser Firma bei Peter B. vorgestellt und mit diesem einen Nettotagesverdienst von S 700,-- vereinbart. Sein Kollege Maximilian G. könne dies bestätigen. Es sei seine Aufgabe gewesen, zunächst das Firmenauto vom Frachtenbahnhof abzuholen, von dort zum H.-Verlag zu fahren, um die zu transportierende Tageszeitung abzuholen. Er habe diese nach Graz zum St.-Verlag gebracht, wo die Übernahme der Zeitungen bestätigt worden sei. In Graz habe er eine andere Tageszeitung abgeholt und diese in Wien, entweder beim M.-Verlag oder am Frachtenbahnhof Süd abgeliefert. Eine solche Tour habe in der Zeit von 19.00 bis etwa 02.00 Uhr stattgefunden. Am 25. Juli 1995 habe er in der Gegend von Ilz einen schweren Autounfall gehabt und sei seither arbeitsunfähig.

Im Rahmen des daraufhin durchgeführten Ermittlungsverfahrens sei am 25. Oktober 1995 Peter B., der Leiter der Filiale Wien der Firma des Beschwerdeführers, befragt worden. Dieser habe angegeben, die Firma des Beschwerdeführers, betreibe das Kleintransportergewerbe und bediene sich dazu Subunternehmer, welche Gewerbeberechtigungen hätten. Einer dieser Subunternehmer sei Maximilian G. gewesen. Über diesen habe er den Erstmitbeteiligten kennengelernt, welcher für Maximilian G. die Zeitungstour Wien-Graz-Wien erledigt habe. Von einem Dienstverhältnis des Erstmitbeteiligten mit dem Beschwerdeführer in der Zeit vom 23. Mai 1995 bis 25. Juli 1995 könne keine Rede sein. Die Tour Wien-Graz-Wien sei jedenfalls bis 22. Juni 1995 auf Rechnung und Gefahr des Subunternehmers Maximilian G. durchgeführt worden. Mit diesem sei es aber zu Unstimmigkeiten gekommen, worauf sich der Erstmitbeteiligte angeboten habe, die Tour selbst zu den gleichen Bedingungen wie Maximilian G. zu erledigen. Der Erstmitbeteiligte sei daher von vornherein ebenfalls als Subunternehmer tätig gewesen. Man habe den Erstmitbeteiligten aufgefordert, einen Gewerbeschein zu beantragen und habe er dies auch zugesagt. Die Abwicklung sei dergestalt erfolgt, daß der Erstmitbeteiligte im

Büro angerufen habe, um mitzuteilen, wann er einen Auftrag übernehme. Es sei jedoch völlig egal gewesen, ob er den Auftrag selbst erledige, er sei jedenfalls dazu nie verpflichtet worden. Das Fahrzeug sei vom Beschwerdeführer beigestellt worden, auch die Kosten seien von ihm getragen worden. Grundsätzlich werde mit den Subunternehmern entweder ein Tourenpauschale oder eine Bezahlung nach gefahrenen Kilometern vereinbart. Mit dem Erstmitbeteiligten sei ein Tourenpauschale vereinbart worden, konkret S 700,-- pro Tour. Das Fahrzeug stehe ausschließlich für die Tour zur Verfügung. Die Zeitnachweise würden lediglich wegen der Vertragspartner geführt werden und dienten als Kontrolle, ob die Subunternehmer den Auftrag überhaupt ausgeführt haben. Hätte ein Subunternehmer einen Auftrag nicht ausgeführt, wäre ohne weitere Konsequenzen das Vertragsverhältnis gelöst worden.

Am 6. November 1995 sei der Erstmitbeteiligte neuerlich befragt worden. Er habe nunmehr angegeben, in der Zeit vom 4. Mai 1995 bis 25. Juli 1995 als Botenfahrer gearbeitet zu haben und in der Zeit vom 4. Mai bis 3. Juni 1995 für die Firma Maximilian G. Meistens seien die Touren Wien-Graz-Wien, manchmal auch Wien-Linz-Wien, mit einem Kleintransporter des Beschwerdeführers gefahren worden. Das Fahrzeug habe er am Frachtenbahnhof Süd übernommen und nach Beendigung der Tour dort wieder abgestellt. Die Schlüssel habe er auf einem Vorderreifen deponiert. Er sei nur für die tatsächlich erledigte Tour bezahlt worden, anhand der Übernahmeprotokolle könne man seine Touren kontrollieren. Es sei nie über eine persönliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung gesprochen worden. Schließlich sei ihm die Bezahlung zu wenig gewesen, nach Kontaktaufnahme mit Peter B. habe er die Graz-Tour anstelle des Maximilian G. übernommen. Einen Gewerbeschein zu lösen sei niemals zur Debatte gestanden, man habe aber darüber gesprochen, daß er jemanden einschulen könne, der die Tour ebenfalls fahren dürfe. Mit Peter B. habe er täglich telefoniert, ob er die Tour fahre oder nicht. Weitere Kontrollen habe es nicht gegeben, dies sei eine Sache des gegenseitigen Vertrauens gewesen. Die von ihm unterzeichneten Protokolle sollten Verzögerungen dokumentieren und seien aber auch Basis für die Bezahlung gewesen. Er habe Zugriff zu allen Fahrzeugschlüsseln gehabt, die Wahl des Fahrzeuges sei von der Menge des Transportgutes abhängig gewesen. Als Tourenpauschale sei ein Betrag von S 700,-- netto vereinbart worden, bisher habe er S 8.500,-- erhalten.

Am 15. November 1995 sei Maximilian G. befragt worden. Dieser habe angegeben, er sei als Subunternehmer des Beschwerdeführers tätig gewesen und zwar vom November 1994 bis 23. Mai 1995. Über den Zeitpunkt danach wisse er nichts. Das Fahrzeug für die von ihm durchgeführte Tour Wien-Linz-Wien habe er dem Beschwerdeführer abgekauft. Es sei auch vereinbart worden, daß er sich einen Gewerbeschein löse, er habe das aber nie getan. Vom Beschwerdeführer habe er dann das Angebot bekommen, auch die Tour nach Graz zu fahren. Durch eine Bekannte sei ihm der Erstmitbeteiligte genannt worden. Diesen habe er über den Ablauf der Tour eingeschult. Ihm gegenüber sei der Erstmitbeteiligte immer als Selbständiger aufgetreten, es sei auch nicht über die persönliche Arbeitsverpflichtung geredet worden. Da dieses Fahrzeug dem Beschwerdeführer gehört habe, glaube er, daß es problematisch gewesen wäre, hätte ein Fremder die Tour gefahren. Der Erstmitbeteiligte habe ihm einmal gemeldet, keine Zeit zu haben. Daraufhin habe er Peter B. verständigt, dieser habe sich um einen Ersatz gekümmert. Dem Erstmitbeteiligten seien S 600,-- netto pro gefahrener Tour bezahlt worden.

Im Zuge einer Vorsprache bei der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt am 18. Oktober 1995 habe der Erstmitbeteiligte die schon der Kasse geschilderten Umstände bekanntgegeben.

Der Beschwerdeführer habe über seinen Rechtsanwalt der Allgemeinen Unfallversicherung eine Stellungnahme übermittelt. Diese Stellungnahme sei der Kasse von der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt zur Verfügung gestellt worden. Die Ausführungen in dieser Stellungnahme würden nicht wesentlich von den Aussagen des Peter B. abweichen.

Der Kasse seien Rechnungen und Fahrtenbelege vorgelegt worden. Die Rechnung vom 31. Mai 1995 sei von Maximilian G. gelegt worden. Die dazugehörigen Fahrtenbelege seien u.a. von einer Person "Adi", aber auch mit dem Namen des Erstmitbeteiligten unterfertigt worden. Die Rechnung vom 30. Juni mit den Fahrtenbelegen bis 22. Juni 1995 sei ebenfalls von Maximilian G. gelegt worden. Mehrere Fahrtenbelege wiesen auch hier den Namen "Adi" auf. Eine weitere Rechnung vom 30. Juni 1995 weise als Rechnungsleger den Erstmitbeteiligten auf. Die bis 23. Juli 1995 vorhandenen Fahrtenbelege seien mit "Adi" gezeichnet.

Am 30. November 1995 sei von der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt eine Niederschrift mit dem Erstmitbeteiligten aufgenommen worden. Darin habe er angegeben, daß die Bezeichnung "Adi" auf den Fahrtenbelegen sein Spitzname sei. Weiters habe er dort angegeben, er habe die Fahrtenbelege dem Erheber der Gebietskrankenkasse übergeben.

Im Zuge der weiteren Überprüfungen habe auch ein Dienstnehmer des Beschwerdeführers befragt werden können. Dieser habe ausgesagt, er sei zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen. Seine Tätigkeit sei genau festgelegt worden. Er habe am Morgen bereits eine Aufstellung vorgefunden, welche Arbeiten er zu erledigen habe. Er sei grundsätzlich in Wien gefahren, ganz selten habe er die Zeitungstour erledigt. Es sei eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden mit einem Verdienst von S 21.508,-- vereinbart worden. Diese Tätigkeit sei mittlerweile schon wieder beendet worden.

Der Erstmitbeteiligte habe am 5. März 1996 nochmals bei der Kasse vorgesprochen. Er sei zu den Fahrtenbelegen befragt worden und habe bestätigt, die Person namens "Adi" sei er. Die Rechnungen sehe er das erste Mal. Speziell sei er zum Beleg vom 25. Juli 1995 befragt worden. Dazu habe er angegeben, die Belege

würden jenes Datum aufweisen, an welchem die Tour beendet worden sei, sohin sei dieser Beleg nicht von der Unfalltour. Da er am 25. Juli 1995 abends verunglückt sei, hätte dieser Beleg als Datum den 26. Juli 1995 aufzuweisen gehabt. Schließlich habe der Erstmitbeteiligte angegeben, sich ohne polizeiliche Meldung in Österreich aufzuhalten.

Abschließend sei festzuhalten, daß der Erstmitbeteiligte sich lange Zeit im Rehabilitationszentrum der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt befunden habe und daher diesem Sozialversicherungsträger daraus Kosten erwachsen seien.

Nach Wiedergabe gesetzlicher Bestimmungen und Hinweisen auf die Judikatur heißt es in der Bescheidbegründung weiter, es lägen im vorliegenden Fall divergierende Aussagen vor. Es sei aber bedeutsam, daß sowohl der Filialleiter des Beschwerdeführers Peter B., als auch der Subunternehmer Maximilian G. im wesentlichen übereinstimmende Aussagen getätigt hätten. Von diesen Aussagen wichen die Angaben des Erstmitbeteiligten deutlich ab. Seine Angaben erschienen jedoch als Schutzbehauptungen, einerseits wegen nicht eingehaltener gesetzlicher Bestimmungen, andererseits auch wegen der durch Krankenhausaufenthalte mit Sicherheit angefallenen enormen Zahlungsverpflichtungen. "Dahingehend" sei auch die Aussage des Erstmitbeteiligten zu betrachten, die Belege erstmals zu sehen, obwohl er gegenüber der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt angegeben habe, er habe diese Belege dem Prüfer der Kasse vorgelegt. Auch hinsichtlich der Beschäftigungszeiten seien die Angaben des Erstmitbeteiligten widersprüchlich.

Bei diesem Sachverhalt ergebe sich eindeutig, daß bei der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten als Botenfahrer die Merkmale selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit gegenüber den Merkmalen persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Die für den Eintritt bzw. Bestand der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht erforderlichen Voraussetzungen träfen daher nicht zu.

Der Erstmitbeteiligte erhob Einspruch. Darin führte er aus, er habe weder irgendwelche Belege gehabt noch irgend jemandem übergeben. Hiezu sei auszuführen, daß es zwei Arten von "Belegen" gegeben habe. Einerseits die Fahrtenberichte, die er selbst ausgefüllt habe und dazu die Monatsabrechnungen. Diese habe er zum ersten Mal bei der Kasse gesehen.

Bei den Beschäftigungszeiten sei es zu Widersprüchen gekommen, weil seine persönlichen Notizen ihm abgenommen worden seien.

Beim Arbeitsverhältnis wäre noch zu erwähnen, daß es mit der Probezeit bei Herrn G. beendet worden sei. Ungefähr einen Monat später sei er von Peter B. angerufen und gefragt worden, ob er die Arbeit übernehmen könne. Er habe unter der Bedingung zugesagt, daß sein Tageslohn S 700,- netto sei. "Netto" bedeute für ihn nach Bezahlung aller allfälligen Abgaben inklusive Sozialversicherung.

Der Landeshauptmann von Wien gab mit Bescheid vom 29. Mai 1996 dem Einspruch gemäß § 66 Abs. 4 AVG statt und stellte gemäß § 413, 414 i.V.m. § 355 ASVG fest, daß der Erstmitbeteiligte zum Beschwerdeführer ab 22. Juni 1995 in einem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG stehe. Nach einer kurzen Darstellung des Verfahrensganges und allgemein gehaltenen Rechtsausführungen mit Judikaturhinweisen führt die Einspruchsbehörde begründend aus, daß aufgrund der Angaben des Erstmitbeteiligten, des Maximilian G. und des Peter B. sowie der im Kassenakt aufliegenden Rechnungen und Protokolle von folgendem Sachverhalt auszugehen sei:

Von November 1994 bis 22. Juni 1995 habe Maximilian G. als Subunternehmer des Beschwerdeführers den Auftrag, die Zeitungstour Wien-Linz-Wien, später zusätzlich die Tour Wien-Graz-Wien, zu fahren, übernommen. Die Aufträge seien einerseits mit dem eigenen Fahrzeug, andererseits mit Fahrzeugen, welche kostenlos vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden seien, durchgeführt worden. In der Zeit vom 4. Mai 1995 bis 3. Juni 1995 sei Maximilian G. hauptsächlich die Tour Wien-Linz-Wien gefahren, während nach erfolgter Einschulung die Tour Wien-Graz-Wien vom Erstmitbeteiligten, welcher keinen Gewerbeschein besessen habe, übernommen worden sei. Jeweils ein bis zwei Tage vorher seien zwischen dem Erstmitbeteiligten und Maximilian G. die Tage, an denen der Erstmitbeteiligte fahren sollte, festgelegt worden. Eine Vertretungsmöglichkeit sei von Maximilian G. ausgeschlossen worden. Der Erstmitbeteiligte sei vom 4. Mai 1995 bis 3. Juni 1995 mit Ausnahme des 7., 17. und 26. Mai sowie des 2. Juni 1995 und vom 22. Juni 1995 bis 25. Juli 1995 mit Ausnahme des 27. Juni und des 6. Juli 1995 täglich diese Route gefahren. Die Folgen einer Verspätung seien ausschließlich vom Beschwerdeführer getragen worden. Für jede Tour sei ein Protokoll für den Beschwerdeführer geführt worden. In diesem seien Abfahrts- und Ankunftszeiten sowie die Abgabezeiten bei den einzelnen Zeitungsunternehmern und am Westbahnhof zu notieren gewesen. Der Erstmitbeteiligte habe für jede gefahrene Tour von Maximilian G. eine Pauschale von S 600,- erhalten. Da der Erstmitbeteiligte mit dieser Entlohnung nicht einverstanden gewesen sei, habe er seine Tätigkeit für Maximilian G. beendet. Am 22. Juni 1995 habe der Erstmitbeteiligte die gleiche Tour für die Firma des Beschwerdeführers direkt begonnen zu fahren. Der Beschwerdeführer habe infolge von Unstimmigkeiten Maximilian G. den Auftrag entzogen. Mit dem Beschwerdeführer sei eine Pauschale in der Höhe von S 700,- vereinbart worden. Am 25. Juli 1995 sei der Erstmitbeteiligte auf der Fahrt nach Graz schwer verunglückt.

Aus diesem Sachverhalt ergebe sich aus folgenden Gründen ein Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen einer selbständigen Erwerbstätigkeit: Der

Erstmitbeteiligte sei am Beginn seiner Tätigkeit für Maximilian G. von diesem für die Zeitungstour Wien-Graz-Wien eingeschult worden. Die Tage, an denen er zu fahren gehabt habe, seien im voraus festgelegt worden. Eine Vertretungsmöglichkeit habe es nicht gegeben. Das wirtschaftliche Risiko einer verspäteten Ablieferung habe stets nur der Beschwerdeführer zu vertreten gehabt. Über jede Fahrt habe ein Protokoll geführt werden müssen, in welchem die Fahrtzeiten und die Ablieferungszeiten zu notieren gewesen seien. Die Fahrzeuge seien ausschließlich vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden. Die Tätigkeit habe sich in keiner Weise geändert, nachdem die Tour für den Beschwerdeführer gefahren worden sei. An den beiden Tagen, an denen der Erstmitbeteiligte diese Route nicht habe fahren können, sei der Vertreter vom Beschwerdeführer bestimmt worden. Der Erstmitbeteiligte habe niemals über einen Gewerbeschein oder ein eigenes Fahrzeug, mit dem er seine Tätigkeit als Botenfahrer hätte selbständig ausüben können, verfügt.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG sei durch das Überwiegen der Merkmale einer unselbständigen Beschäftigung eine Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten für den Zeitraum vom 4. Mai 1995 bis 3. Juni 1995 beim Dienstgeber Maximilian G. und ab 22. Juni 1995 beim Beschwerdeführer festzustellen.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung. Er beantragte die Feststellung, daß der Erstmitbeteiligte zu ihm ab 22. Juni 1995 in keinem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis stehe. Zusammenfassend machte er geltend, der Erstmitbeteiligte sei in seiner Entscheidung eine Tour zu fahren oder nicht, frei von jeglicher Beeinflussung durch den Beschwerdeführer gewesen. Der Erstmitbeteiligte habe nur für tatsächlich ordnungsgemäß ausgeübte Tätigkeiten eine Entlohnung, nicht jedoch eine dem Wesen einer Gehaltszahlung entsprechende Bezahlung erhalten. Der Erstmitbeteiligte sei daher weder wirtschaftlich noch persönlich vom Beschwerdeführer abhängig gewesen.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung keine Folge und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Begründung wurde zunächst das Verwaltungsgeschehen dargestellt und die anzuwendenden Gesetzesbestimmungen zitiert. Anschließend wurde der festgestellte Sachverhalt dargestellt wie folgt:

Von November 1994 bis 22. Juni 1995 habe Maximilian G. als Subunternehmer des Beschwerdeführers den Auftrag, die Zeitungstour Wien-Linz-Wien, später zusätzlich die Tour Wien-Graz-Wien, zu fahren, übernommen. Die Aufträge seien teilweise mit seinem eigenen Fahrzeug und zum Teil mit Fahrzeugen, die vom Beschwerdeführer kostenlos zur Verfügung gestellt worden seien, durchgeführt worden. In der Zeit vom 4. Mai bis 3. Juni 1995 sei Maximilian G. hauptsächlich die Tour Wien-Linz-Wien gefahren, während der Erstmitbeteiligte, der keinen Gewerbeschein besessen habe und besitze, nach erfolgter Einschulung durch Maximilian G. für diesen die Tour Wien-Graz-Wien gefahren sei. Maximilian G. habe im voraus mit dem Erstmitbeteiligten telefonisch jeweils für ca. 2 bis 3 Tage die Übernahme der Tour vereinbart. Eine Vertretungsmöglichkeit des Erstmitbeteiligten habe nicht bestanden. Der Erstmitbeteiligte habe diese Tour vom 4. Mai bis 16. Mai, vom 18. bis 25. Mai, vom 29. Mai bis 1. Juni und am 3. Juni 1995 übernommen. Weiters sei er diese Tour vom 22. bis 26. Juni, 29. Juni bis 5. Juli und vom 7. Juli bis 25. Juli direkt für den Beschwerdeführer gefahren. Der Beschwerdeführer habe sich bei der Auftragserfüllung sowohl selbständiger Subunternehmer (Maximilian G.) als auch unselbständiger Dienstnehmer (Robert F., Erstmitbeteiligter) bedient. Nachdem der Erstmitbeteiligte die Tour für den Beschwerdeführer übernommen habe, habe sich seine Tätigkeit nur insofern geändert, als er im Gegensatz zu seiner Beschäftigung bei Maximilian G. nun einen eigenen Wagenschlüssel und eigene Lagerschlüssel erhalten habe. Im Lager des Beschwerdeführers habe sich zu dieser Zeit u.a. ein Schlüsseltisch mit den Schlüsseln der Firmenfahrzeuge befunden. Die Folgen einer etwaigen Verspätung habe der Erstmitbeteiligte nicht zu vertreten gehabt. Die Fahrzeuge seien ihm kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Für Privatfahrten sei das Fahrzeug nicht zur Verfügung gestanden. Für jede Tour sei ein Protokoll geführt worden, in das die Abfahrts- und Ankunftszeiten sowie die Abgabezeiten bei den einzelnen Zeitungsabnehmern bzw. am Westbahnhof einzutragen gewesen seien. Diese Zeiten seien von den Zeitungsabnehmern mit ihrer Unterschrift bestätigt worden. Neben den Uhrzeiten und dem Datum seien darin eventuelle Sondertransporte, die Anzahl der "Presse"-Pakete und Gründe für eine allfällige Verzögerung eingetragen worden. Der Erstmitbeteiligte habe von Maximilian G. für jede durchgeführte Fahrt einen Pauschalbetrag von S 600,- ausbezahlt erhalten. Da er mit dem vereinbarten Betrag nicht mehr einverstanden gewesen sei, habe er nach dem Probemonat seine Tätigkeit für Maximilian G. beendet. Da der Beschwerdeführer infolge von Unstimmigkeiten Maximilian G. den Auftrag entzogen habe, habe der Erstmitbeteiligte ab 23. Juni 1995 die gleiche Tour für den Beschwerdeführer verrichtet. Mit dem Filialleiter sei ein Pauschalbetrag von netto S 700,- pro gefahrener Tour vereinbart worden. Am 25. Juli 1995 sei der Erstmitbeteiligte auf der Fahrt nach Graz schwer verunglückt. Der Erstmitbeteiligte habe nie eine Gewerbeberechtigung und auch nie ein eigenes Fahrzeug besessen.

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, daß die widersprüchlichen Angaben des Erstmitbeteiligten hinsichtlich des Zeitraumes der Arbeitsleistung damit zu erklären seien, daß er zum einen über keine persönlichen Aufzeichnungen mehr verfügt habe und zum anderen die Verwendung von Fahrzeugen des Beschwerdeführers auch während seiner Tätigkeit für Maximilian G. eine nachträgliche Abgrenzung erschwert habe. Aus diesen Gründen seien seine Aussagen aufgrund dieser Differenzen nicht unglaubwürdig. Die Angaben des Erstmitbeteiligten, daß er die vorgelegten Rechnungsbelege nie gesehen habe, seien durchaus glaubwürdig. Die Rechnungsbelege seien zum einen nicht mit seiner Unterschrift versehen und zum anderen handle es sich um reine Buchungsbelege.

Wenn Peter B. angebe, der Beschwerdeführer habe nur Subunternehmer beschäftigt, so sei dem jedenfalls nicht zu folgen. Unbestrittenerweise sei beispielsweise auch der Kraftfahrer Robert F. Dienstnehmer des Beschwerdeführers gewesen, wobei dieser aushilfsweise auch einige Fahrten der gegenständlichen Tour Wien-Graz-Wien übernommen habe. Der Beschwerdeführer beschäftige also sehr wohl Dienstnehmer. Weiters habe Peter B. angegeben, daß der Erstmitbeteiligte das wirtschaftliche Risiko getragen habe. Dem widersprechend habe jener jedoch ausgeführt, daß dem Erstmitbeteiligten das Fahrzeug kostenlos zur Verfügung gestellt worden sei und auch der wirtschaftliche Schaden einer eventuellen Verspätung der Zeitungszustellung ausschließlich vom Beschwerdeführer getragen worden sei. Die Angaben des Peter B. seien auch in anderer Hinsicht unglaublich. Er habe angegeben, den Erstmitbeteiligten als selbständig Erwerbstätigen beauftragt und auch aufgefordert zu haben, einen Gewerbeschein beizubringen. Peter B. habe annehmen müssen, daß aufgrund der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten für Maximilian G. jener tatsächlich gar keinen solchen besessen habe und es ihm auch klar gewesen sein müsse, daß dieser kein eigenes Fahrzeug habe, mit dem er eine selbständige Tätigkeit hätte ausführen können.

Glaubwürdiger seien in diesem Zusammenhang die Angaben des Erstmitbeteiligten, der am 30. November 1995 vor der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt angegeben habe, daß mit dem Beschwerdeführer (wohl auch mit Wissen des Peter B.) eine nachträgliche Anmeldung zur Sozialversicherung vereinbart worden sei, sobald er einen neuen Reisepaß und dann eine gültige Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung erhalten würde. Die Behörde gehe davon aus, daß die fehlende Aufenthaltsbewilligung und die damit nicht zu erreichende Beschäftigungsbewilligung durch den in Frage kommenden Dienstgeber das Motiv dafür gewesen sei, die Anmeldung zur Sozialversicherung zu verschieben.

Der Beschwerdeführer habe geltend gemacht, daß es dem Erstmitbeteiligten freigestanden sei, eine Tour zu übernehmen oder nicht. Er sei auch tatsächlich an zwei Tagen nicht gefahren.

Dem sei zu entgegnen: Der Erstmitbeteiligte sei gesichert nur an einem Tag (6. Juli) nicht gefahren, das Fahrtenprotokoll vom 3. Juli sei lediglich nicht unterschrieben. Es sei selbstverständlich, daß der Erstmitbeteiligte, der auch samstags und sonntags die Tour gefahren sei, wie jeder andere Dienstnehmer auch, Anspruch auf arbeitsfreie Tage gehabt habe. Die "Arbeitsunterbrechung" für eine zweitägige Arbeitsruhe pro Woche sei keine auf ein freies Ablehnungsrecht hindeutende Tatsache. Im Hinblick auf die - nach der glaubhaften Angabe des Erstmitbeteiligten bestehende - Vereinbarung, ihn nachträglich zur Sozialversicherung anzumelden, sei dieses Vorbringen als Schutzbehauptung zu werten. Für die Behörde sei es auch nicht vorstellbar, daß der Beschwerdeführer keine Einwände gegen die notwendige Überlassung der Lagerschlüssel an fremde Personen gehabt habe, falls der Erstmitbeteiligte tatsächlich als Subunternehmer tätig geworden wäre. Der Besitz der Lagerschlüssel sei ja deswegen notwendig gewesen, weil abhängig von der unterschiedlichen Beladung unter Umständen ein anderes Fahrzeug zu benützen gewesen sei, dessen Schlüssel wiederum im Lager zusammen mit jenen der anderen Firmenfahrzeuge aufbewahrt worden sei. In der Zeit, als der Erstmitbeteiligte für Maximilian G. tätig geworden sei, sei ihm ein solcher Schlüssel nicht anvertraut worden. Damals habe er den Autoschlüssel von einem Fahrer des Beschwerdeführers erhalten und habe den Schlüssel nach Beendigung der Tour auf dem Vorderreifen des abgestellten Fahrzeuges deponieren müssen.

Die Vertretung des Erstmitbeteiligten durch Dritte sei nicht vorgekommen. Die Behörde gehe darüber hinaus auch davon aus, daß die Berechtigung zur Vertretung nicht bestanden habe. Dazu werde auf die Aussage vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 6. November 1995 verwiesen und auf die bestätigende Aussage Maximilian G. vom 15. November 1995. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, der Beschwerdeführer übersehe mit seinem Berufungseinwand, es sei keine leistungsunabhängige Entlohnung vereinbart gewesen, daß die Art der Entlohnung als Unterscheidungsmerkmal, ob dem Entgeltanspruch ein abhängiges oder unabhängiges Dienstverhältnis zugrunde liege, nicht geeignet sei. Auch im Rahmen eines Dienstverhältnisses könne die Lohnhöhe nach der tatsächlich erbrachten Leistung bestimmt werden, ohne daß dadurch die Rechtsfigur des Dienstverhältnisses geändert werde. Zudem sei anzumerken, daß gemäß den Fahrtenprotokollen einerseits die Arbeitszeiten kaum geschwankt haben (fixe Beginnzeiten, bestimmte Zeitvorgaben) und andererseits eine durchschnittliche Arbeitszeit von sieben Stunden als Grundlage für die Bemessung des Entgeltes gedient habe.

Nach Hinweisen auf das Vorliegen einer durchlaufenden oder bloß tageweisen Versicherungspflicht bei tageweiser Beschäftigung führte die belangte Behörde aus, die periodische Wiederkehr der geplanten tageweisen Beschäftigung des Erstmitbeteiligten durch den Beschwerdeführer stelle ein Indiz für eine konkludente Vereinbarung einer durchlaufenden Leistungspflicht dar.

Im arbeitsbezogenen Verhalten sei eine mit Arbeiten großteils in Abwesenheit des Empfängers der Arbeitsleistung beschäftigte Person nicht schon dadurch persönlich unabhängig, daß sich aufgrund ihrer Erfahrungen und/oder der Natur der zu verrichtenden Arbeiten Weisungen über die Reihenfolge und den näheren Inhalt dieser Arbeiten erübrigten. Unter diesen Umständen könne ein Beschäftigungsverhältnis auch dann vorliegen, wenn der Dienstgeber praktisch überhaupt nicht in den Arbeitsablauf eingreife. Auch hier habe sich das Weisungsrecht des Dienstgebers in Form von Kontrollrechten geäußert. Wenn der Dienstgeber ausführe, daß die Fahrtenprotokolle lediglich der Dokumentation von eventuellen Verzögerungen und dem Nachweis gedient hätten, ob und von wem der Auftrag durchgeführt worden sei, so sei dem entgegenzuhalten, daß die Protokolle umfangreicher gestaltet gewesen seien und sich diese tatsächlich sehr gut dafür geeignet hätten, die Tätigkeit des

jeweiligen Fahrers durch Bestätigungen Dritter zu kontrollieren. Nicht zuletzt sei aber zu berücksichtigen, daß nach den glaubwürdigen Angaben des Erstmitbeteiligten der Beschwerdeführer täglich über das Autotelefon Kontakt mit ihm aufgenommen habe, wobei angenommen werden könne, daß bei einer täglichen Kontaktnahme die Kontrollfunktion des Anrufes im Vordergrund stehe, bzw. dieser jedenfalls eine Bedeutung zukomme.

Im vorliegenden Fall sei auch die wirtschaftliche Abhängigkeit zweifelsfrei vorgelegen, weil bezüglich des einzigen wesentlichen Betriebsmittels (des jeweils zu verwendenden Firmenfahrzeuges des Beschwerdeführers) eine im eigenen Namen auszuübende Verfügungsmacht des Erstmitbeteiligten keinesfalls vorgelegen sei. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG sei durch das Überwiegen der Merkmale einer unselbständigen Beschäftigung eine Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten für den Zeitraum ab dem 22. Juni 1995 beim Beschwerdeführer festzustellen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwo-gen:

Der Beschwerdeführer macht geltend, daß der Erstmitbeteiligte in der wesentlichsten Frage seiner Tätigkeit, nämlich ob und wann er seine Tätigkeit ausüben wollte, frei von jeder Bestimmbarkeit oder Autorität des Beschwerdeführers gewesen sei. Der Erstmitbeteiligte habe selbst bestätigt, mit Peter B. täglich telefoniert zu haben, ob er die Tour fahre oder nicht. Es sei daher einerseits unrichtig, wenn die belangte Behörde die Vereinbarung einer periodisch wiederkehrenden Arbeitsleistung annehme; andererseits ergebe sich aus der genannten Freiheit die fehlende persönliche Abhängigkeit. Die belangte Behörde habe in diesen Punkten den Sachverhalt aktenwidrig angenommen bzw. Verfahrensvorschriften außer acht gelassen, bei deren Einhaltung sie zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Der angefochtene Bescheid sei aus den genannten Gründen aber auch inhaltlich rechtswidrig.

Was die behauptete inhaltliche Rechtswidrigkeit betrifft, so ist es zwar richtig, daß dann, wenn dem Erstmitbeteiligten die Fahraufträge täglich angeboten worden sein sollten und er nicht verpflichtet gewesen sein sollte, sie anzunehmen, unter Mitberücksichtigung der unstrittigen Entlohnungsvereinbarung kein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis im maßgeblichen Zeitraum bestanden hätte (vgl. die Erkenntnisse vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0097 und Zl. 88/08/0200, vom 25. September 1990, Zl. 89/08/0119, und vom 25. April 1995, Zl. 93/08/0174; zur Bedeutung der Art der Entlohnung vgl. die Erkenntnisse vom 27. März 1990, Zl. 89/08/0204, vom 30. April 1991, Zl. 90/08/0134, und vom 17. Dezember 1991, Zl. 90/08/0205). Daraus folgte aber - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht ohne weiteres auch die fehlende Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten an den Tagen tatsächlicher Beschäftigung. Denn die Verneinung eines durchgehenden sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses wegen der Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen schließt nicht aus, daß während der jeweils wiederkehrenden kurzfristigen tatsächlichen Inanspruchnahme des Erstmitbeteiligten jeweils tageweise versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zustande gekommen sein könnten, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden tageweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt war (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200, und vom 25. September 1990, Zl. 89/08/0119).

Die belangte Behörde hat für die tatsächlichen Arbeitsleistungen das Überwiegen der Merkmale einer unselbständigen Beschäftigung des Erstmitbeteiligten für den Zeitraum ab dem 22. Juni 1995 angenommen. Dem setzt der Beschwerdeführer zunächst entgegen, eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten wäre nur dann gegeben gewesen, wenn dieser neben seiner Tätigkeit für den Beschwerdeführer keine andere zu entlohnende Tätigkeit hätte ausüben dürfen oder können und daher auf die Entlohnung durch den Bfr angewiesen gewesen wäre. Dies sei aber weder behauptet noch festgestellt worden.

Dieses Vorbringen geht fehl:

Die belangte Behörde hat nämlich die wirtschaftliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten zu Recht bejaht. Denn entgegen dem Beschwerdevorbringen darf die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht mit Lohnabhängigkeit, also mit dem Angewiesensein des Beschäftigten auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes, gleichgesetzt werden. Sie findet vielmehr ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel (vgl. etwa aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Erkenntnis vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0349). Die belangte Behörde hat daher zu Recht aus den unbestrittenen Feststellungen zu dem die Ausübung der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ermöglichenden Betriebsmittel, nämlich die unentgeltliche Zurverfügungstellung des Fahrzeuges und die Tragung des Betriebsaufwandes, abgeleitet, daß dem Erstmitbeteiligten über dieses Betriebsmittel keine im eigenen Namen auszuübende Verfügungsmacht zukam und er somit bei Erbringung seiner Arbeitsleistung vom Beschwerdeführer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG wirtschaftlich abhängig war.

Die belangte Behörde ist darüber hinaus zu Recht auch von einer persönlichen Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten vom Beschwerdeführer als Empfänger der Arbeitsleistung ausgegangen: Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A, und vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0349) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages, eines freien Dienstvertrages oder im Rahmen bloß familienhafter Beziehungen) - nur beschränkt ist. Daß durch die Beschäftigung nur ein geringer Teil der dem Beschäftigten an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch genommen wird, schließt seine persönliche Abhängigkeit während dieser und durch diese Beschäftigung nicht von vornherein aus. 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 und 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 Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten war zwar naturgemäß örtlich gebunden, dies aber im Hinblick darauf, daß die Tour Wien-Graz-Wien der einzige Inhalt seiner Verpflichtung gewesen ist, wenig unterscheidungskräftig. Dies gilt auch für die Arbeitszeit, die von der Dauer dieser Tour vorgegeben gewesen ist. Wesentlich ist jedoch, daß der Erstmitbeteiligte in der örtlichen und zeitlichen Gestaltung dieser Tätigkeit nicht frei gewesen ist. Darüber hinaus kommt die Bindung an das arbeitsbezogene Verhalten bei dieser Tätigkeit im unstrittigen Berichtswesen deutlich zum Ausdruck. Auch die Art der Zurverfügungstellung der Betriebsmittel läßt erkennen, daß der Erstmitbeteiligte auch in die Organisation des Beschwerdeführers eingebunden war. Daraus folgt, daß der Erstmitbeteiligte jedenfalls an den Tagen, an denen er für den Beschwerdeführer tatsächlich tätig wurde, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt war.

Hingegen beruht die Auffassung der belangten Behörde, der Erstmitbeteiligte sei ab 22. Juni 1995 in einem durchgehenden versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zum Beschwerdeführer gestanden, aus nachstehenden Gründen auf einem mangelhaften Verfahren:

Die belangte Behörde bezeichnet das Vorbringen des Beschwerdeführers, es sei dem Erstmitbeteiligten frei gestanden, die ihm täglich angebotene Tour zu übernehmen oder abzulehnen, als Schutzbehauptung und stellt dem die glaubhafte Angabe des Erstmitbeteiligten entgegen, wonach die nachträgliche Anmeldung zur Sozialversicherung vereinbart worden sei.

In diesem Zusammenhang läßt die belangte Behörde aber die Aussage des Erstmitbeteiligten vom 6. November 1995 über die täglichen Telefongespräche, mit der er die diesbezügliche Aussage des Peter B. vom 25. Oktober 1995 bestätigte, vollkommen unberücksichtigt. Ihre Beweiswürdigung (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 1996, Zl. 94/08/0256) ist daher nicht schlüssig.

Zur - ihrer Auffassung nach - glaubhaften Angabe des Erstmitbeteiligten über die vereinbarte nachträgliche Anmeldung zur Sozialversicherung beruft sich die belangte Behörde auf den Inhalt der Niederschrift mit dem Erstmitbeteiligten vom 30. November 1995 bei der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt. Nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten findet sich in dieser Niederschrift eine derartige Aussage tatsächlich. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat diese Angaben in ihren Bescheid nicht aufgenommen und es ist auch sonst im Akt nicht ersichtlich, daß diese vollständige Niederschrift dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht worden wäre. Da die belangte Behörde demnach Ermittlungsergebnisse, die dem Beschwerdeführer nicht bekannt wurden, erstmals in ihren Bescheid aufnahm, hätte sie ihm Parteigehör gewähren müssen.

Ausgehend von der auf ein mangelhaftes Verfahren gestützten Auffassung, es liege ein durchgehendes sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor, hat die belangte Behörde nicht festgestellt, an welchen einzelnen Tagen der Erstmitbeteiligte eine Arbeitsleistung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht hat. Für das fortgesetzte Verfahren sei hierzu bemerkt, daß die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführer sei nur am 6. Juli nicht gefahren und das Fahrtenprotokoll vom 3. Juli sei lediglich nicht unterschrieben, mit dem Akteninhalt im Widerspruch steht, weil die im Akt der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse erliegenden Fotokopien von Fahrtenprotokollen nicht nur am 6. Juli, sondern auch am 27. und 28. Juni 1995 einen anderen als den Beschwerdeführer als Fahrer aufweisen. Weiters wird zu klären sein, ob der Erstmitbeteiligte erstmals am 22. Juni 1995 (so in der ersten Zeile in S 5 des angefochtenen Bescheides) oder am 23. Juni 1995 (siehe 19. Zeile in S 5 des Bescheides) für den Beschwerdeführer tätig wurde.

Aus diesen Gründen war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Der angesprochene Stempelgebührenersatz konnte aufgrund der sachlichen Abgabefreiheit (vgl. § 110 ASVG) nicht zugesprochen werden.

Wien, am 10. November 1998