

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.10.2018

Geschäftszahl

Ra 2015/08/0130

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bachler sowie die Hofräte Dr. Strohmayer und Mag. Berger als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Sinai, über die Revision der Salzburger Gebietskrankenkasse (als belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht), vertreten durch die Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Wilhelm-Spazier-Straße 2a, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Juli 2015, L511 2005852-1/6E, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. R GmbH in S, vertreten durch Dr. Andreas Hochwimmer und Dr. Remy Horcicka, Rechtsanwälte in 5020 Salzburg, Neutorstraße 21; 2. Pensionsversicherungsanstalt in 1020 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1; 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert Stifter-Straße 65-67), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Begründung

1.1. Unstrittig ist, dass der serbische Staatsangehörige Z S - ein Bekannter der J T, einer Dienstnehmerin (Reinigungskraft) der Erstmitbeteiligten - am 8. November 2011 bei einer Kontrolle durch das Finanzamt S (Finanzpolizei) beim Lenken eines J T (die auch Beifahrerin war) gehörenden und auf diese zugelassenen Lieferfahrzeugs, dessen Ladung (alte Küchengeräte und sonstiger Müll der Erstmitbeteiligten) zu einem Recyclinghof gebracht werden sollte, betreten wurde, ohne zur Sozialversicherung gemeldet zu sein.

1.2. Die Finanzpolizei nahm im Zuge der Kontrolle am 8. November 2011 Niederschriften mit J T und Z S auf.

Die mit J T aufgenommene Niederschrift lautet auszugsweise:

"Ich bin seit 30 Jahren in Österreich, ich bin hier in die Schule gegangen. Herr (Z S) ist seit ca. 8 Jahren ein guter Freund von mir. Ich arbeite bei der Fa. Miele. Wir haben von der Firma Miele alte Küchengeräte abgeholt und die schmeissen wir dann weg. Herr (Z S) und ich wollen auch noch eine Küche liefern, zu einem Kunden nach (O). Wir liefern und Herr (Z S) hilft dem Arbeiter meines Chefs beim Ein- und Ausladen, er bekommt Trinkgeld von meinem Chef, wieviel weiß ich nicht. Ich putze bei Miele und Herr (Z S) hat mir beim Fensterputzen geholfen, weil ich da nicht raufkomme. Wenn alte Geräte da sind, dann ruft mich der Chef an und (Z S) kommt und entsorgt diese Geräte sowie auch Styropor und Kartons. Herr (Z S) hilft 1-2 mal in der Woche, weil die Arbeiter nicht immer Zeit haben. Er wird vom Chef bezahlt und nicht von mir. Der Chef ruft uns an, wenn z.B. der Keller zum Säubern ist und (Z S) und ich räumen dann auf. Das Laub das wir entsorgen, habe ich zusammengekehrt und alles reingeräumt, dass er nach (M) fährt, dazu habe ich ihn angerufen."

Die mit Z S aufgenommene Niederschrift lautet auszugsweise:

"Ich bekomme seit 2 Jahren einen Pensionsvorschuss wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (...) Ich bin seit 20 Jahren in Österreich. Ich habe die deutsche Sprache in der Arbeit gelernt (...) Ich bin der Fahrer des Auto (...) Dieses Auto gehört Frau (J T). Sie ist eine Freundin. Die ganze Ladung die wir geladen haben - 2 Kühlschränke, 1 Sack Laub, 1 Waschmaschine usw. sind alles Abfall, wir fahren nach (S). Ein Kollege mit Namen (A) (...) hat dieses Auto voll geladen (...) Ich bin nur der Fahrer, ich tue gar nichts, (A) macht alles auch abladen. Wenn abgeladen ist, dann mache ich andere Küche liefern mit (A), ich habe nur gewusst, dass ich zur Firma kommen soll um 15.00 h. Wenn mir vorgeworfen wird, dass Frau (J T) ausgesagt hat, dass ich helfe beim Chef von Frau (J T) gegen Trinkgeld, dann sage ich habe schon 1x geholfen, ich berichtige ein paar mal geholfen,

Fensterputzen, Styropor und Küchengeräte entsorgen. Ich bekomme für 1x helfen 10 oder 20 EUR von Frau (J T), das hat ihr Chef ihr für mich gegeben. Heute arbeite ich gratis, ich habe nur ein paar mal gemacht."

1.3. Im Hinblick auf diese Angaben erhob das Finanzamt S einen Strafantrag gegen den Geschäftsführer der Erstmitbeteiligten wegen Verletzung der Meldepflichten nach § 111 Abs. 1 iVm. § 33 Abs. 1 ASVG hinsichtlich des als Dienstnehmer beschäftigten Z S.

Der Geschäftsführer bestritt in seiner Rechtfertigung das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Dienstverhältnisses mit Z S. Dieser habe seine Freundin J T regelmäßig zur Arbeit gebracht und von dort abgeholt, wobei er ihr gelegentlich bei verbliebenen Arbeiten (etwa Fensterputzen und Müllausleeren) geholfen habe. Seine Tätigkeit sei im geringen Ausmaß und unentgeltlich als bloßer Freundschaftsdienst für J T erfolgt. Nichts anderes gehe aus den mit den beiden aufgenommenen Niederschriften hervor, wobei diese ohne Beiziehung eines Dolmetschers aufgenommen worden seien, obwohl die vernommenen Personen der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig seien. Das habe zu erheblichen Widersprüchen bzw. Unrichtigkeiten geführt (so habe J T keine Schule in Österreich besucht, Z S habe vom Geschäftsführer nie Geldzuwendungen erhalten, eine Küchenlieferung sei nicht erfolgt). Es werde daher die Vernehmung des Z S und der J T unter Beiziehung eines Dolmetschers wie auch die Vernehmung der erhebenden Beamten und des Geschäftsführers beantragt.

1.4. Mit Bescheid vom 31. Juli 2012 stellte der Magistrat der Stadt S das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ein. Die Angaben der J T und des Z S seien nicht mit der notwendigen Sicherheit erwiesen, um ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ableiten zu können. J T sei als Reinigungskraft mit der Verrichtung von Arbeiten - unter anderem mit dem Entsorgen alter Küchengeräte - beauftragt worden. Da J T ein Fahrzeug, nicht aber einen Führerschein habe, helfe ihr Z S bei den Arbeiten. Eine direkte Vertragsbeziehung zwischen der Erstmitbeteiligten und Z S liege nicht vor, vielmehr handle es sich um einen Freundschaftsdienst des Z S gegenüber J T.

1.5. Die Revisionswerberin schrieb weiters mit Bescheid vom 28. Dezember 2011 der Erstmitbeteiligten auf Grund der festgestellten Meldepflichtverletzung einen Beitragszuschlag von EUR 1.300,- gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG vor. Die Erstmitbeteiligte erhob dagegen Einspruch, bestritt das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses und erhob im Wesentlichen den Inhalt der Rechtfertigung des Geschäftsführers im Strafverfahren auch zum Einspruchsvorbringen. Mit Bescheid vom 11. Juni 2012 setzte die Landeshauptfrau von S das Einspruchsverfahren bis zur gesonderten rechtskräftigen Klärung der (Vor)Frage des Bestehens einer Versicherungspflicht des Z S bzw. einer Dienstgeborengenschaft der Erstmitbeteiligten aus.

2.1. Im hier gegenständlichen Feststellungsverfahren über diese (soeben genannte) Frage sprach die Revisionswerberin mit Bescheid vom 20. Dezember 2013 aus, dass Z S am 8. November 2011 auf Grund der für die Erstmitbeteiligte in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten entgeltlichen Tätigkeit der Pflichtversicherung (Vollversicherung) in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherung nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei.

Die Revisionswerberin stellte fest, Z S lebe seit 20 Jahren in Österreich und habe die deutsche Sprache erlernt; seit 2004 beziehe er eine Invaliditätspension. J T lebe seit 30 Jahren in Österreich und sei seit Juli 2011 bei der Erstmitbeteiligten als Reinigungskraft beschäftigt. Z S habe bis zur Betretung am 8. November 2011 bei Bedarf bereits mehrfach einfache Hilfstätigkeiten (etwa Mithilfe beim Fensterputzen, Entsorgung von Küchengeräten und Müll) für die Erstmitbeteiligte verrichtet. Es sei nicht feststellbar, seit wann und an welchen Tagen Z S der Erstmitbeteiligten zur Verfügung gestanden sei. Für die Hilfstätigkeiten sei er durch die Erstmitbeteiligte entlohnt worden, die genaue Höhe der Entlohnung könne nicht festgestellt werden. Am 8. November 2011 sei Z S mit dem Fahrzeug der J T, die selbst keinen Führerschein habe und auf dem Beifahrersitz gesessen sei, gefahren. Er habe alte Küchengeräte und Müll für die Erstmitbeteiligte entsorgen sollen. Er habe dabei das Entsorgungsgut gemeinsam mit J T abgeholt, um es nach S zu bringen. Er habe den Arbeitern der Erstmitbeteiligten auch beim Ein- und Ausladen von Waren geholfen.

Rechtlich folgte die Revisionswerberin im Wesentlichen, Z S habe bei der Beurteilung des Gesamtbilds der ausgeübten Beschäftigung seine Leistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt erbracht, es liege daher ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG vor.

2.2. Gegen diesen Bescheid erhob die Erstmitbeteiligte Beschwerde mit dem wesentlichen Vorbringen, eine Tätigkeit des Z S in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und damit ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG sei nicht vorgelegen. Z S habe am 8. November 2011 keine Arbeiten für die Erstmitbeteiligte verrichtet, er sei auch nicht in den Betriebsräumen und mit Betriebsmitteln der Erstmitbeteiligten, sondern beim Fahren mit dem Privatfahrzeug der J T außerhalb deren Arbeitszeit betreten worden. Der Umstand allein, dass sich im Fahrzeug Müll der Erstmitbeteiligten befunden habe, lasse nicht auf ein Beschäftigungsverhältnis schließen, es liege vielmehr ein Freundschaftsdienst des Z S gegenüber J T vor. Eine persönliche Arbeitspflicht des Z S sei nicht erwiesen worden, ebenso wenig habe eine Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, eine Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen, eine Überwachung durch den Dienstgeber und eine disziplinarische Verantwortlichkeit bestanden. Im Übrigen habe Z S am Tag der Kontrolle nach eigenen Angaben "gratis" gearbeitet, ein Entgelt sei nicht vereinbart und offenkundig auch nicht gezahlt worden. Die Revisionswerberin habe auch den Beweisanträgen auf Vernehmung der J T und des Z S sowie der erhebenden Beamten nicht entsprochen. Die Niederschriften vom 8. November 2011 seien ohne Dolmetscher aufgenommen worden, obwohl J T und Z S der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig gewesen seien,

was zu erheblichen Unrichtigkeiten geführt habe. Zum Beweis beantragte die Erstmitbeteiligte (neuerlich) die Vernehmung der genannten Personen sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

3.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht - ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung - der Beschwerde statt, indem es aussprach, dass Z S am 8. November 2011 keiner Pflichtversicherung (Vollversicherung) in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG und keiner Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a ALVG unterlegen sei.

3.2. Das Verwaltungsgericht traf die Feststellungen, bei der Kontrolle am 8. November 2011 seien Z S als Lenker des Lieferfahrzeugs und J T als Beifahrerin angetroffen worden, wobei J T auch Eigentümerin des Fahrzeugs sei, aber keinen Führerschein habe. Zwischen der Erstmitbeteiligten und J T bestehe ein Dienstverhältnis, Z S sei im Betretungszeitpunkt nicht als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. Das Fahrzeug sei im Zeitpunkt der Kontrolle mit Müllsäcken, leeren Schachteln und alten Küchengeräten beladen gewesen; es habe sich um zu entsorgende Gegenstände der Erstmitbeteiligten gehandelt, die nach S gebracht werden sollten. Die Beladung sei durch einen Mitarbeiter der Erstmitbeteiligten erfolgt. Z S sei mit J T freundschaftlich verbunden und bringe diese regelmäßig zur Arbeit und hole sie von dort ab.

3.3. Rechtlich folgte das Verwaltungsgericht, zwischen der Erstmitbeteiligten und Z S liege ein Frachtvertrag vor, worunter der mit einem Frachtführer - also jemandem, der die Ausführung einer Beförderung von Gütern übernehme (§ 425 UGB) - geschlossene Vertrag zu verstehen sei. Der Frachtführer schulde einen Erfolg, nämlich die Verbringung des Frachtguts an einen bestimmten Ort, sodass es sich um eine Sonderform des Werkvertrags handle; die Beförderung müsse die vertragliche Hauptleistung und nicht bloß eine Nebenpflicht darstellen. Frachtgut könnten alle körperlichen Gegenstände - so auch Müll - sein. Entgeltlichkeit sei nicht erforderlich, sodass auch eine nicht gewerbliche oder unentgeltliche Beförderung umfasst sei.

Vorliegend habe Z S für die Erstmitbeteiligte zu entsorgende Gegenstände mit einem nicht der Erstmitbeteiligten gehörenden, durch einen ihrer Mitarbeiter beladenen Lieferwagen nach S transportiert. Dieser Tätigkeit liege daher ein Frachtvertrag zugrunde, zumal Z S für die Erstmitbeteiligte ein Frachtgut an einen bestimmten Ort befördert habe. Die Beförderung sei als Hauptleistung zu erachten, da keine Hinweise auf eine andere Tätigkeit bestünden; auch die Beladung sei nicht durch Z S erfolgt. Ob die Beförderung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte, sei für die Einordnung als Frachtvertrag unerheblich. Es liege daher eine Sonderform des Werkvertrags und damit kein Dienstverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG vor, sodass eine Sozialversicherungspflicht nicht bestehe.

Eine mündliche Verhandlung habe unterbleiben können, zumal sich aus der Aktenlage ergeben habe, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung nicht habe erwarten lassen. Der Sachverhalt sei im Verwaltungsverfahren unstrittig geblieben und weder ergänzungsbedürftig gewesen, noch in entscheidenden Punkten als unrichtig erschienen.

3.4. Das Verwaltungsgericht sprach ferner aus, dass die Revision nicht zulässig sei, weil zur Einordnung von Frachtverträgen als Werkverträge eine einheitliche Rechtsprechung bestehe.

4.1. Gegen dieses Erkenntnis wendet sich die Revision mit dem Antrag, die Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts bzw. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Revisionswerberin macht geltend, das Verwaltungsgericht sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abgewichen. Vorliegend sei nicht entscheidend, ob Frachtverträge Werkverträge darstellten, was zweifellos der Fall sei. Vielmehr gehe es darum, ob die Tätigkeit des Z S im Rahmen eines der Pflichtversicherung unterliegenden Dienstverhältnisses (mit Verpflichtung zur Dienstleistung für eine gewisse Zeit für einen anderen) oder im Rahmen eines Werkvertrags (mit Übernahme der Herstellung eines Werks) erfolgt sei, sowie was der für die Vornahme dieser Abgrenzung maßgebende Sachverhalt sei. Aus dem vom Verwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt sei das Vorliegen eines Werkvertrags jedenfalls nicht abzuleiten, könne die festgestellte Tätigkeit doch auch im Rahmen eines Dienstverhältnisses erfolgt sein. Für die Beurteilung des Vorliegens eines der Pflichtversicherung unterliegenden Dienstverhältnisses mit den nach der Rechtsprechung hierfür erforderlichen Kriterien fehlten die gebotenen Feststellungen. Sofern das Verwaltungsgericht die notwendigen Ermittlungen unterlassen habe, liege auch ein Verfahrensmangel vor.

4.2. Die Erstmitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte die Zurück- bzw. Abweisung der Revision.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat - in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat - erwogen:

Die Revision ist aus den geltend gemachten Gründen zulässig und berechtigt.

6.1. Voranzustellen ist, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen ist, dass der Tätigkeit des Z S ein Frachtgeschäft im Sinn der §§ 425 ff UGB und damit ein die Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem ALVG ausschließender Werkvertrag zugrunde gelegen sei.

6.2. Gemäß § 343 Abs. 1 UGB ist das Vierte Buch (Unternehmensbezogene Geschäfte), in dem auch das Frachtgeschäft geregelt ist, auf Unternehmer im Sinn der §§ 1 bis 3 UGB sowie auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden. Soweit nach § 439a UGB das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag

im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) auch für innerösterreichische Transporte gilt (vgl. OGH 22.4.2014, 7 Ob 46/14m), muss nach der Systematik des UGB der Frachtführer gleichfalls ein Unternehmer im Sinn des UGB sein (vgl. *Schütz in Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB (8. Lfg.) § 439a Rz 10).

Gemäß § 1 Abs. 1 UGB ist Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt. Nach § 1 Abs. 2 UGB ist ein Unternehmen eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Laut den Materialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005, BGBl. I Nr. 120/2005 (vgl. ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 19), liegt eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit vor, wenn planmäßig unter zweckdienlichem Einsatz materieller und immaterieller Mittel, in der Regel unter Mitwirkung einer arbeitsteilig kooperierenden Personengruppe, auf einem Markt laufend wirtschaftlich werthafte Leistungen gegen Entgelt angeboten und erbracht werden. Es bedarf also einer auf Dauer angelegten Tätigkeit im Sinn einer planmäßigen Absicht auf eine kontinuierliche Ausübung (vgl. *Dehn in Krejci*, RK UGB § 1 Rz 18) im Rahmen einer Betriebs- bzw. Vertriebsorganisation (vgl. OGH RIS-Justiz RS0065241 (T2); 11.12.2007, 4 Ob 215/07g), worunter ein Aktions- und Handlungssystem mit objektiven (Einrichtung, Sachwerte), subjektiven (unternehmerische Idee, Zielsetzung, Art der Unternehmensführung) und organisatorisch-funktionalen Elementen zur fortgesetzten Zielverfolgung unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel zu verstehen ist (vgl. *Dehn aaO* Rz 21 f). Weiters muss es sich um eine selbständige, mithin rechtlich unabhängige, auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübte Tätigkeit sowie eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln, bei der werthaltige Waren oder Leistungen mit Außenwirkung unter Auftreten auf einem Markt gegen zumindest kostendeckendes Entgelt angeboten werden (vgl. OGH 19.3.2013, 4 Ob 232/12i; 24.10.2006, 10 ObS 170/06g; 18.4.2012, 3 Ob 34/12i).

6.3. Vorliegend wurde nicht im Ansatz vorgebracht und ist auch in keiner Weise ersichtlich, dass Z S seine gegenständliche Tätigkeit am 8. November 2011 als Unternehmer im soeben aufgezeigten Sinn ausgeführt hätte. Selbst wenn eine geplante kontinuierliche Tätigkeit angenommen würde, fehlte es jedenfalls an einer notwendigen Betriebs- bzw. Vertriebsorganisation mit Elementen wie etwa Betriebseinrichtung, Sachwerten (hinsichtlich des JT gehörenden Fahrzeugs liegen keine Hinweise auf eine ständige Übertragung des Nutzungsrechts an Z S für Unternehmenszwecke vor), unternehmerische Idee, Unternehmensziel und dergleichen. Gegen die Annahme einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit spricht insbesondere das Fehlen eines außenwirksamen Anbietens der Leistungen auf einem Markt.

Davon ausgehend ist jedoch eine Unternehmereigenschaft des Z S zu verneinen, sodass ein Frachtgeschäft im Sinn der §§ 425 ff UGB nicht in Betracht kommt und allein daraus nicht auf das Bestehen eines Werkvertrags geschlossen werden kann. Die Beurteilung, ob der Tätigkeit des Z S ein Dienst- oder ein Werkvertrag zugrunde gelegen ist, hat vielmehr nach den in der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vertretenen - nachstehend näher erörterten - Grundsätzen zu erfolgen.

7.1. Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Den Dienstnehmern stehen gemäß § 4 Abs. 4 ASVG Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge zu Dienstleistungen (unter anderem) für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebs verpflichten, wenn sie dafür ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen. Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich vom Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG durch das Fehlen einer persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers (vgl. VwGH 27.4.2011, 2009/08/0123).

7.2. Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (etwa aufgrund eines Werkvertrags oder eines freien Dienstvertrags) - nur beschränkt ist (vgl. VwGH (verstärkter Senat) 10.12.1986, VwSlg. 12325 A).

Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie etwa eine längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, die persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. etwa VwGH 29.4.2015, 2013/08/0198).

Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit 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 Gesamtbilds der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung, die in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die

Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa VwGH 21.9.2015, Ra 2015/08/0045).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Die persönliche Arbeitspflicht ist dann nicht gegeben, wenn dem zur Leistung Verpflichteten entweder ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt (er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann), oder wenn ihm ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt (er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann) (vgl. VwGH 26.8.2014, 2012/08/0100).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 31.7.2014, 2013/08/0247).

7.3. Für die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag kommt es entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet oder ob er die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernimmt, wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, wohingegen es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf dessen Bereitschaft zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt (vgl. etwa VwGH 11.12.2013, 2011/08/0322, mwN). Beim freien Dienstvertrag kommt es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die vom Besteller laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit an (vgl. VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089).

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung 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 (vgl. VwGH 11.11.2011, 2011/09/0154). Bei der Abgrenzung kommt dem wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinn des § 539a ASVG besondere Bedeutung zu.

8.1. Im Hinblick auf die soeben dargelegten Grundsätze wird das Verwaltungsgericht im fortgesetzten Verfahren nach Durchführung der notwendigen Beweisaufnahmen die - im angefochtenen Erkenntnis nahezu gänzlich unterlassenen - entscheidungswesentlichen Tatsachenfeststellungen zu treffen haben, um das Vorliegen einer allfälligen Dienstnehmereigenschaft des Z S im Sinn der obigen Rechtsausführungen beurteilen zu können.

Dabei wird das Verwaltungsgericht eine - von der Erstmitbeteiligten ausdrücklich beantragte - mündliche Verhandlung zur Erhebung der Beweise durchzuführen haben. Ein ausnahmsweises Absehen von einer Verhandlung nach § 24 Abs. 4 VwGVG kommt nicht in Betracht, liegen doch zu wesentlichen Tatsachenfragen widersprechende Behauptungen vor (was unter anderem damit zusammenhängt, dass die Zuverlässigkeit der von der Finanzpolizei aufgenommenen Niederschriften von der Erstmitbeteiligten in Zweifel gezogen wird). Es gehört aber gerade im Fall derartiger widersprechender Behauptungen zu den grundlegenden Pflichten des Verwaltungsgerichts, dem Unmittelbarkeitsprinzip Rechnung zu tragen und sich als Gericht im Rahmen einer mündlichen Verhandlung einen persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Zeugen und Parteien und deren bereits abgelegter Aussagen zu verschaffen und insbesondere darauf seine Beweiswürdigung zu gründen (vgl. dazu VwGH 2.2.2017, Ra 2016/08/0148).

8.2. Wie die Revisionswerberin hervorhebt, kann zwar bei einfachen manuellen Tätigkeiten (vgl. betreffend einen Kraftfahrer VwGH 23.2.2005, 2002/08/0220), die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, bei dessen Integration in den Betrieb des Beschäftigers mangels gegenläufiger Anhaltspunkte ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089). Vorliegend ist jedoch das Bestehen einer Integration des Z S in den Betrieb der Erstmitbeteiligten im Sinn der erörterten Rechtsprechung strittig und sind auch gegenläufige Anhaltspunkte (etwa auf Grund der Verwendung des Fahrzeugs der J T) gegeben, sodass die aufgezeigte Vermutung hier nicht zum Tragen kommt und folglich an einer eingehenden Prüfung im Sinn der oben dargelegten Grundsätze kein Weg vorbeiführt.

9.1. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Erstmitbeteiligten, wonach die in Rechtskraft erwachsene Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG Bindungswirkung auch für das gegenständliche Verfahren entfalte. Die vorliegend zu beurteilende Frage, ob ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis besteht, stellte im Verwaltungsstrafverfahren (lediglich) eine Vorfrage dar. Die Entscheidung über diese Frage entfaltet schon deshalb keine Bindungswirkung für das hier gegenständliche Verfahren. Erst der rechtskräftigen Entscheidung über diese Frage als Hauptfrage im gegenständlichen Verfahren kann eine

Bindungswirkung innerhalb der Grenzen der Rechtskraft (etwa im Verfahren betreffend den Beitragszuschlag) zukommen (vgl. VwGH 8.8.2018, Ra 2015/08/0177).

9.2. Ebenso nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Erstmitbeteiligten, die Tätigkeit des Z S sei im Hinblick auf seine spezifische Nahebeziehung zu J T als unentgeltlicher Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst zu erachten, der einer Prüfung auf seine sachliche Rechtfertigung standhalte. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt (vgl. etwa VwGH 20.5.2014, 2012/08/0257), können als Gefälligkeitsdienste kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden. Besondere Zweifel sind jedoch dort angebracht, wo die Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb erfolgen soll (vgl. VwGH 20.2.2014, 2013/09/0090). Im Regelfall kann nämlich - ohne das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die hier nicht zu sehen sind - nicht erwartet werden, dass ein Angehöriger oder Freund eines Dienstnehmers bloß auf Grund dieser Eigenschaft für einen daraus Gewinn ziehenden Unternehmer - umso mehr, wenn es sich wie hier um eine Kapitalgesellschaft handelt (vgl. VwGH 17.9.2013, 2011/08/0390) - Gefälligkeitsdienste leistet (vgl. zur Unerheblichkeit gefälligkeitshalber geförderter Interessen Dritter bzw. "indirekter Freundschaftsdienste" etwa VwGH 13.3.2017, Ra 2017/08/0014).

10. Insgesamt hat das Verwaltungsgericht daher das angefochtene Erkenntnis wegen Verkennung der Rechtslage mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit und zudem wegen Unterlassung einer mündlichen Verhandlung samt notwendiger Beweisaufnahme mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

Das angefochtene Erkenntnis war deshalb gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen der vorrangig wahrzunehmenden Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.

Wien, am 10. Oktober 2018

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2015080130.L00