

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/6/4 2007/08/0252

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.06.2008

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

AIVG 1977 §1 Abs1 lit a;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §4;  
ASVG §49 Abs6;  
ASVG §539;  
ASVG §539a;  
AVG §38;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde des F in S, vertreten durch Dr. Reinhard Bruzek und Dr. Heinz Ager, Rechtsanwälte in 5061 Elsbethen, Gemeindegasse 12, gegen den Bescheid des Bundesministers für Soziales und Konsumentenschutz vom 4. Oktober 2007, Zl. BMSK-323869/0006-II/A/3/2007, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Salzburger Gebietskrankenkasse in 5024 Salzburg, Faberstraße 19-23; 2. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1; 3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert Stifter-Straße 65-67; 4. G in S; 5. F in S; 6. M in P; 7. J in S; 8. M in S; 9. E in W; 10. S in E; 11. A in S; 12. W in A; 13. L in S;

14.

Z in W; 15. Mag. P in Wien; 16. S, Abgabestelle unbekannt;

17.

A in L), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenersatzbegehren der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse wird abgewiesen.

## **Begründung**

Am 11. Jänner 2005 gab der Dreizehntmitbeteiligte vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse im Wesentlichen zu Protokoll, er sei als Ausfahrer von Matratzen beim Beschwerdeführer beschäftigt gewesen. Bei Arbeitsantritt sei ihm gesagt worden, dass er in einem freien Dienstverhältnis beschäftigt sei und keinem Kollektivvertrag unterliege. Die Arbeitszeit sei von Montag bis Freitag täglich zwischen 15 und 20 Stunden gewesen. Für den Routenplan habe er täglich noch ein bis zwei Stunden benötigt, die ihm aber nicht bezahlt worden seien. Der vereinbarte Stundenlohn habe brutto EUR 8,-- betragen, womit auch die Reisekosten abgegolten gewesen seien. Die Auslieferungstermine bzw. die genauen Lieferzeiten (z.B. zwischen 8.00 und 10.00 Uhr) habe er täglich von dem Unternehmen W-Matratzen vorgeschrieben bekommen. Selbständig habe er keine Termine mit den Kunden vereinbaren können. Das Firmenauto sei über das Wochenende bei ihm gestanden, weil er am Sonntag Abend bereits wieder laden gefahren sei. Die Privatnutzung habe er nie in Anspruch genommen. Nach erfolgter Auslieferung der Ware habe er auch das Inkasso gemacht und das Geld täglich bei der Bank einbezahlt. Getankt habe er immer mit dem Inkassogeld; den Beleg habe er dem Beschwerdeführer gebracht. Eine Möglichkeit, den Arbeitsablauf selbst zu regeln bzw. den Beschäftigungsort sowie die Arbeitszeit selbst zu bestimmen, habe nicht bestanden. Das Einsatzgebiet sei in Österreich gelegen, ferner auch in Deutschland und Südtirol. Bei Touren über zwei Tage habe er im Auto übernachtet, weil vom Beschwerdeführer keine Nächtigung bezahlt worden sei.

Eine im Wesentlichen gleichlautende Niederschrift über eine Einvernahme des Siebentmitbeteiligten vom 28. Dezember 2004 befindet sich im Akt. In dieser Niederschrift ist weiters festgehalten, dass der Siebentmitbeteiligte kleine Schäden am Auto habe selbst bezahlen müssen bzw. sei ihm immer gedroht worden, dass der Stundenlohn auf EUR 7,-- herabgesetzt werde. Sein Einsatzgebiet sei fast nur in Deutschland gelegen gewesen.

Im Akt befinden sich die Kopien mehrerer "freier Dienstverträge", in denen u.a. im Wesentlichen gleichlautend Folgendes festgehalten ist: Die Höhe des vereinbarten Entgeltes ergebe sich "nach Leistung". Der Dienstnehmer unterliege, soweit dies nicht durch die Natur des Auftrages vorgegeben sei, bei der Erfüllung des Vertrages bzw. bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit hinsichtlich Zeiteinteilung und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes keinen Weisungen des Dienstgebers. Der Dienstnehmer sei an keinen Dienstort gebunden. Er sei berechtigt, sich geeigneter Vertreter oder Gehilfen zu bedienen. Aus administrativen Gründen habe der Dienstnehmer dem Dienstgeber die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters mitzuteilen. Der Dienstnehmer unterliege keinem wie immer gearteten Konkurrenzverbot.

Mit Bescheid vom 31. Mai 2005 sprach die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aus, dass die viert- bis siebzehntmitbeteiligten Parteien in näher angeführten Zeiträumen auf Grund der für den Beschwerdeführer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten entgeltlichen Tätigkeit der Pflichtversicherung (Vollversicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung) gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen seien.

Der Beschwerdeführer erhob gegen diesen Bescheid Einspruch.

Am 2. Juni 2006 gab der Dreizehntmitbeteiligte niederschriftlich ergänzend zur Niederschrift vom 11. Jänner 2005 im Wesentlichen zu Protokoll, es sei ihm nicht freigestanden, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen. Der Beschwerdeführer habe ihm gedroht, dass er den Geschäftsentgang zu bezahlen habe, wenn er einen Auftrag ablehne oder nicht durchführe. Theoretisch hätte er einen Auftrag auch einem Dritten weitergeben können, jedoch wäre er gegenüber dem Beschwerdeführer haftbar gewesen. Tatsächlich habe er aber nie einen Auftrag weitergegeben. Urlaub habe er mindestens 14 Tage vorher mit dem Beschwerdeführer absprechen müssen. Der Beschwerdeführer habe immer gefragt, wann er auf Urlaub gehe, damit er sich rechtzeitig um eine Aushilfe umschauchen könne. Im Falle eines Krankenstandes oder eines unvorhergesehenen Ereignisses hätte sich der Beschwerdeführer selbst um eine geeignete Vertretung umgesehen. Im Krankenstand sei der Dreizehntmitbeteiligte jedoch nie gewesen. Die tägliche

Routenzusammenstellung habe zu seinen Pflichten gehört, und bei anderen Belangen habe er immer mit dem Beschwerdeführer Rücksprache halten müssen. Von Weisungsfreiheit könne nicht gesprochen werden. Er sei durch den Dienstgeber auch öfters kontrolliert worden, wo er sich gerade befinde und ob er alle seine Aufträge erledigen könne. Wenn er einen Auftrag nicht ordnungsgemäß erledigt hätte, wäre das sofort über das Unternehmen W aufgefallen. Ein wirtschaftliches Risiko habe er nicht zu tragen gehabt, er habe aber immer den Druck gehabt, wenn er nicht arbeiten könne, würde ihn das Unternehmen sofort unter irgendeinem Vorwand entlassen. Er habe sich täglich mit den Kunden mittels Handys absprechen müssen, wofür er vom Beschwerdeführer ein Telefonkostenpauschale von EUR 20,- erhalten habe. Disziplinar sei er nur gegenüber dem Beschwerdeführer verantwortlich gewesen, wenn Beschwerden von Kunden bzw. von W gekommen wären.

Im Akt befindet sich die Kopie eines nach der Aktenlage rechtskräftig gewordenen Urteiles des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 13. Juni 2006. Mit diesem Urteil wurde das Klagebegehren des Dreizehntmitbeteiligten, der Beschwerdeführer sei schuldig, der klagenden Partei den Betrag von EUR 10.923,47 brutto samt 9,47 % Zinsen seit 1. März 2004 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen, abgewiesen. Aus der Urteilsbegründung ergibt sich, der Beschwerdeführer habe für die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden EUR 8,- brutto bezahlt, nicht jedoch Überstundenzuschläge für die angeordneten und notwendigen Überstunden. Der Kläger habe Ansprüche für Überstunden, aliquote Sonderzahlungen und eine Urlaubersatzleistung geltend gemacht. Das Gericht kam zu dem Schluss, es sei ein freier Dienstvertrag und kein Arbeitsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit vorgelegen. Der Kläger sei keiner persönlichen Arbeitspflicht unterlegen, denn er hätte die Aufträge selbständig an einen Dritten übergeben können. Weiters sei er keinem Konkurrenzverbot unterlegen. Er habe darüber hinaus frei wählen können, einen Tag oder eine Woche frei zu nehmen oder sogar einzelne Aufträge abzulehnen. Dass er (offenbar aus finanziellen Gründen) von dieser Möglichkeit nur wenig bis gar keinen Gebrauch gemacht habe, schränke die freie Gestaltungsmöglichkeit der Auftragsübernahmen nicht ein. Der Kläger habe sich die Arbeiten insofern einteilen können, als er sich die Routen im Rahmen der vorgegebenen Lieferorte und Lieferzeiten habe aussuchen können. Er sei zwar an die Terminvereinbarungen seitens des Unternehmens W gebunden gewesen, also habe er hinsichtlich der Arbeitszeit einen gewissen Rahmen einhalten müssen, doch sei dieser Umstand mehr in der auszuführenden Tätigkeit (Lieferungen zu vereinbarten Zeiten) an sich begründet gewesen als in einer unmittelbaren Weisung seitens des Arbeitgebers. Die im unterschiedlichen Ausmaß durchgeführten Anrufe hätten nicht der Kontrolle des Klägers, sondern der Nachfrage des Befindens oder der Informationsweitergabe gedient.

Mit Bescheid vom 9. November 2006 wies die Landeshauptfrau von Salzburg den Einspruch des Beschwerdeführers ab.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung.

Im Berufungsverfahren wurden sechs Fahrer niederschriftlich einvernommen:

Mag. P. gab am 6. Juli 2007 u.a. zu Protokoll, er habe die Fahraufträge von W erhalten. Die "Tourtage" seien von W vorgegeben gewesen. Es habe z.B. die Angabe gegeben, dass der Kunde nur bis 9.00 Uhr oder erst ab 16.00 Uhr zu erreichen sei. In der Praxis habe er jedoch selbst telefonisch mit dem Kunden Kontakt aufnehmen können, um die Anlieferung allenfalls zeitlich zu verschieben. Auch habe er im vorhinein die Tage in Form von Wünschen gegenüber W vorbringen können. Eigenständig habe er mit Kunden des Beschwerdeführers keine Termine ausgemacht. Abgesehen von den Aufzeichnungen über die Stunden habe er keine Tätigkeitsberichte zu führen gehabt. Die Stundenabrechnung sei durch den Beschwerdeführer nicht kontrolliert worden. Die Fahrtrouten habe P. eigenständig planen können. Beanstandungen hinsichtlich der Routen habe es keine gegeben. Anweisungen seitens des Beschwerdeführers bezüglich Art und Weise der Zustellung habe er nicht erhalten. An einem typischen Arbeitstag sei er am Abend in das Unternehmen W gekommen und habe die Aufträge und die Ladung abgeholt. Dann habe er die Tour zusammengestellt. Er sei zwischen 3.00 Uhr und 6.00 Uhr losgefahren. Allenfalls am Abend zwischen 18.00 bis 19.00 Uhr habe er nicht zustellbare Ware zurückgebracht. Dann habe er die Abrechnung gemacht und die Einzahlung ins Büro oder in die Bank gebracht. Ein Telefonpauschale habe er in der Höhe von ca. EUR 40,- erhalten, er habe sein Privathandy verwendet. Urlaub habe es keinen gegeben, da er gearbeitet hätte, wie er Lust gehabt habe. Es sei völlig frei einzuteilen gewesen. Er habe sehr oft nicht gearbeitet. Die Arbeit sei de facto in zeitlichen Blöcken von ca. ein paar Tagen bis ein paar Wochen geschehen. Die Abwesenheit habe er nicht begründen müssen; natürlich habe er mitgeteilt, wenn er nicht fahren werde. Eine Meldepflicht im Zusammenhang mit Krankheit habe nicht bestanden. Er habe natürlich angerufen. W hätte sich um einen alternativen Transport kümmern können. Ebenso hätte aber auch er

völlig frei einen Vertreter bestimmen können. Aufträge des Beschwerdeführers habe es keine gegeben, sondern ausschließlich von W. Gegenüber W habe er Aufträge abgelehnt. Es habe keine Beschränkung auf bestimmte Gründe gegeben. Es könne sein, dass er eine Fahrt krankheitsbedingt sogar eine Stunde vorher abgelehnt habe. Üblicherweise seien es ein paar Tage vorher gewesen. Das sei auch möglich gewesen, wenn er keine Lust gehabt habe. Ablehnungen habe er nicht begründen müssen und habe dies auch nicht gemacht. Konsequenzen habe es keine gegeben. Er habe Aufträge sogar dann ablehnen können, wenn er das Auto schon beladen und für die Tour vorbereitet gehabt habe. Ein "externer Vertretungsfall" sei nie passiert. Er gehe davon aus, dass W einen anderen Fahrer organisiert hätte. Die Ware wäre an W zurückgegangen oder er hätte einen Ersatzfahrer gestellt, der dann vermutlich mit "seinem" Auto gefahren wäre. Eine Meldung und Absprache der Vertretung mit dem Beschwerdeführer hätte nicht erfolgen müssen. Über die Bezahlung im Vertretungsfall könne er nichts sagen, weil es nie dazu gekommen sei. Vom Vertretungsrecht habe er nie Gebrauch gemacht. Dass er überhaupt fahre, habe er ca. eine Woche bis etwas länger zuvor bekannt gegeben. Alles sei sehr flexibel gewesen. Die Festlegung auf die bestimmten folgenden Tage habe er zumindest eine Woche zuvor bekannt gegeben.

Der Fünftmitbeteiligte gab am 3. Juli 2007 niederschriftlich im Wesentlichen an, er habe bezüglich der Fahraufträge einen Tag vorher eine Kundenliste bekommen. Es sei ihm nicht mehr erinnerlich, von wem, entweder von dem Unternehmen C, für das er Büromaterial transportiert habe, oder vom Beschwerdeführer. Er habe das Gefühl gehabt, mehr für C als für den Beschwerdeführer zu fahren. Er sei zweimal pro Woche gefahren. Vorgaben habe er keine gehabt. Die Route habe er möglichst effizient selbst gestaltet. Eigenständig habe er mit Kunden des Beschwerdeführers keine Termine ausgemacht. Inkasso bei den Kunden habe er keines gemacht. Tätigkeitsberichte habe er nicht zu führen gehabt. Er habe ein Handy, habe dieses aber nie verwendet und daher auch kein Telefonpauschale erhalten. Direkte Anweisungen für die tägliche Arbeit seitens des Beschwerdeführers habe er keine bekommen. Bei Dienstantritt sei ihm gesagt worden, dass er für C Büromaterial zu fahren habe. Den Rest würde er von C erfahren. Er habe an einem typischen Arbeitstag etwa um 7.00 Uhr zu laden begonnen, um seine Tour in die Altstadt möglichst schnell beenden zu können. Wenn das Auto leer gewesen sei, habe er bei C abermals geladen. Dies sei je nach Auftragsliste noch zwei- bis dreimal geschehen. Wann er die neue Auftragsliste für den nächsten Arbeitstag erhalten habe, sei ihm nicht mehr erinnerlich. Auswärts habe er nie genächtigt. Der Kastenwagen habe vom Beschwerdeführer gestammt. Die Benzinkosten seien ihm ersetzt worden. Gefehlt habe er nie, Urlaub habe er keinen beansprucht. Auch krank sei er nie gewesen. Aufträge habe er nicht abgelehnt. Er sei davon ausgegangen, dass er insbesondere im Krankheitsfall oder bei anderen unvorhergesehenen Ereignissen Aufträge ablehnen und sich hätte vertreten lassen können. Ihm sei aber weder vom Beschwerdeführer noch von C eine Überprüfung dahingehend avisiert worden, ob er oder beispielsweise sein Bruder im Auto sitze. Um eine Vertretung hätte er sich aus reiner Eigenverantwortung gekümmert. Eine Weitergabe erhaltener Aufträge sei nicht erfolgt. Vom Vertretungsrecht habe er nie Gebrauch gemacht. Ob er eine Vertretung hätte melden müssen, sei ihm nicht klar gewesen. Er hätte das aber natürlich getan. Die Tätigkeit sei in den Ferien erfolgt. Die Frage nach Urlaub sei somit obsolet gewesen. Er habe seine Zeit frei einteilen können und sei froh gewesen, flexibel arbeiten zu können. Einmal sei ihm die Auftragsliste gefaxt worden, er meine, dass dies von C erfolgt sei. Die Auftragsliste sei sonst vermutlich mit dem Autoschlüssel beim Beschwerdeführer hinterlegt gewesen oder er habe diese von C abgeholt.

Der Zehntmitbeteiligte gab am 3. Juli 2007 im Wesentlichen zu Protokoll, er habe eine Liste der zu beliefernden Kunden vom Beschwerdeführer erhalten. In der Folge habe er seine Fahrtroute selbst zusammenstellen können. In der Früh habe er die Ware abzuholen gehabt, und zwar beim Unternehmen C. Allfällige zeitliche Vorgaben seien ihm vom Beschwerdeführer gemacht worden. Eigenständig habe er mit Kunden des Beschwerdeführers keine Termine ausgemacht. Inkasso habe er nicht gemacht. Eine Anlieferungsliste habe er gehabt. Die Fahrtroute sei von ihm geplant worden. Ob er weitere Aufzeichnungen geführt habe, könne er nicht mehr sagen. Der Kastenwagen sei im Eigentum des Beschwerdeführers gestanden. Telefonpauschale habe er keines erhalten. Es habe auch keine telefonischen Kontakte mit den zu beliefernden Firmen gegeben. Ebenso hätten während der Touren keine telefonischen Kontakte mit dem Beschwerdeführer stattgefunden. An einem typischen Arbeitstag habe er am Vortag die Liste erhalten und sich die Tour des nächsten Tages zusammengestellt. Teilweise habe er das Auto bereits am Vorabend geholt, ansonsten beim Beschwerdeführer um ca. 7.30 Uhr. Dann habe er bis ca. 8.30 Uhr bei C geladen. Die Zustellung in der Innenstadt sei durch das Innenstadtfahrverbot bis 10.30 Uhr begrenzt gewesen. Weitere Zustellungen im Stadtgebiet seien bis ca. 15.00 Uhr und 17.00 Uhr durchgeführt worden. Dann habe er das Auto zum Beschwerdeführer zurück gebracht. Er sei jeweils nur im Sommer und im Herbst und nur ein bis zwei Tage pro Woche tätig gewesen. Urlaub habe

es keinen gegeben. Krank sei er nie gewesen und er sei auch sonst nie "ausgefallen". Wäre dies passiert, hätte er es natürlich gemeldet. Es sei ihm nicht bekannt, wer dann die Tour übernommen hätte. Aufträge habe er keine abgelehnt. Über allfällige Vertretungsmodalitäten sei ihm nichts bekannt, er glaube aber, dass er seinerseits selbst einen Vertreter hätte namhaft machen dürfen. Ob sich der Beschwerdeführer oder er um eine Vertretung gekümmert hätte, könne er nicht sagen. Eine Weitergabe von Aufträgen sei nie erfolgt. Vom Vertretungsrecht habe er nie Gebrauch gemacht. Die Zeiteinteilung sei auch hinsichtlich der Uhrzeit (Abholung des Autos etc.) völlig frei gewesen. Dass er Dienstag bzw. Donnerstag ausgeliefert habe, sei vermutlich mit dem Auslieferungsbedarf von C zusammen gehangen.

Am 21. Juni 2007 gab der Vierzehntmitbeteiligte im Wesentlichen zu Protokoll, er habe die Einteilung der Fahraufträge selbst gemacht. Von den Aufträgen habe er einen Tag vorher von W erfahren. Nur der Tag sei ihm von W vorgegeben worden, die Zeit- bzw. Tourenplanung habe er selbst vorgenommen. Eigenständig habe er mit Kunden des Beschwerdeführers keine Termine ausgemacht. Am Ende seiner Tätigkeit habe er einen Schaden am Fahrzeug gehabt, der zur Verminderung des Entgeltes geführt habe. Für das Inkasso sei er zuständig gewesen; es sei für W erfolgt. Die Einnahmen habe er auf das Konto von W einbezahlt. Eine Abrechnung mit dem Beschwerdeführer sei nicht erfolgt. Tätigkeitsberichte habe er keine zu führen gehabt. Das Fahrzeug sei im Eigentum des Beschwerdeführers gestanden. Er habe ein Firmenhandy des Beschwerdeführers und ein eigenes Handy für Privatgespräche gehabt. Über das Telefon habe er durch den Beschwerdeführer keine Anweisungen betreffend Art und Weise der Zustellung erhalten. Auch sonst habe er keine Anweisungen bekommen. Über W habe er ab und zu Anweisungen erhalten, dies insbesondere, wenn eine Kundschaft, bei welcher er Waren habe be- oder entladen sollen, den Be- oder Entladeort dringend habe verlassen müssen. Im Jahr 2003 habe er an einem typischen Arbeitstag am Vorabend geladen. Zu Hause habe er sich die Route zusammen gestellt. Je nach Entfernung zur ersten Kundschaft sei er zwischen 2.00 Uhr und 5.00 Uhr losgefahren. Täglich habe er etwa 20 Kunden gehabt. Die Kilometerleistung habe zwischen 500 und 1.000 km betragen. Er sei durchgefahren. Am Abend sei er dann wieder zu W zum Laden gefahren, zwischen 14.00 Uhr und 21.00 Uhr. Das Laden habe etwa eine Stunde gedauert. Den Kastenwagen habe er alleine beladen. Vor oder nach dem Laden habe er noch die Abrechnung erstellt und zu W ins Büro gebracht. Im Jahr 2004 habe er einen ganzen Tag Zeit zum Laden gehabt, d.h. er habe abgesehen vom Laden einen Tag frei gehabt und dann einen Tag fahren müssen. Bei Mehrtagesfahrten hätte er selber entscheiden können, ob er im Hotel nächtige oder im Auto schlafe. Das Entgelt für das Hotel wäre ihm nicht ersetzt worden. Soweit erinnerlich, habe er während der gesamten Tätigkeit ca. zwei Monate nicht gearbeitet. Davon sei er zwei Wochen krank gewesen. Die restliche Zeit habe er dann "frei gemacht". Eine Abwesenheit habe er ca. einen Monat bis eine Woche vorher bekannt geben müssen; einen Urlaubsschein habe es nicht gegeben. Die Absprachen bzw. Vorankündigungen seien rein mündlich erfolgt. Im Falle einer Erkrankung habe er so rasch wie möglich bei W anrufen müssen. Die Aufträge seien entweder verschoben oder von jemand anderem erledigt worden. Im letzteren Fall sei ein Ersatzfahrer zu ihm gekommen. Die Waren seien dann in dessen Auto umgeladen worden. Ein ärztliches Attest habe er nicht vorweisen müssen. Vom Beschwerdeführer habe er keine Aufträge erhalten. Von W habe er Aufträge erhalten und abgelehnt, wenn der Auftrag nicht "in seine Tour gepasst habe". Ansonsten habe es aber keine Einschränkung hinsichtlich der Gründe gegeben. Ablehnungen gegenüber W seien ca. vier- bis fünfmal pro Monat vorgekommen. Grundsätzlich wäre eine Ablehnung möglich gewesen so oft er gewollt hätte. Ablehnungen habe er gegenüber W nicht begründen müssen, er habe aber immer seriöse Gründe genannt. Konsequenzen habe es keine gegeben. Wenn er zugesagt gehabt habe, habe er direkt den Kunden angerufen und notfalls abgesagt. Bei einer Absage habe er sich insoweit vertreten lassen können, als er die Waren später auf einer anderen Tour ausgeliefert habe oder als die Waren von W einem anderen Fahrer mitgegeben worden seien. Ob mit "seinem" Auto auch andere Personen gefahren seien, sei ihm nicht bekannt. Bei Bedarf sei das Auto vom Beschwerdeführer abgeholt worden. Von W seien auch andere Transportunternehmen herangezogen worden. Erhaltene Aufträge habe er nicht weitergegeben. Wie ein externer Vertretungsfall abgewickelt worden wäre, wisse er nicht. Das sei Sache von W gewesen. Die Tatsache, dass er nicht fahre, habe er dem Beschwerdeführer nicht melden müssen. Wenn er nicht gefahren sei, habe er kein Geld bekommen. Er habe ein Fahrtenbuch geführt, in dem die Stunden verzeichnet seien. Das Fahrtenbuch habe er dem Beschwerdeführer nicht übergeben. Zur Entlohnung habe er das Fahrtenbuch hergezeigt und sei entsprechend bezahlt worden. Ein Vertretungsrecht habe bestanden, doch habe er davon keinen Gebrauch gemacht. W habe nicht davon ausgehen können, dass er jeden Tag komme. Das sei in seinem eigenen Ermessen gestanden.

Der Zwölftmitbeteiligte gab am 14. Mai 2007 im Wesentlichen zu Protokoll, er habe die Aufträge von W einen Tag zuvor erhalten, von C am selben Tag. W habe die Termine vorgegeben. Es wurde angegeben, bis wann die Aufträge zu

erledigen seien bzw. wann der Kunde anwesend sei. Den Arbeitstag habe er um 3.00 Uhr beginnen müssen, um die Aufträge pünktlich erfüllen zu können. Er habe sich nach den Kunden von W richten müssen, wäre er später gekommen, hätte er die Kunden möglicherweise nicht mehr erreicht. Im Bedarfsfall (bei Ungereimtheiten oder besonderen Vorkommnissen wie Straßensperren etc.) habe er mit Kunden von W Termine ausgemacht. Bei C sei kein Zeitplan und kein Routenplan vorgegeben gewesen. Bei den Kunden von W habe er kassiert. Die Abrechnung mit dem Beschwerdeführer sei von niemandem kontrolliert worden. Die Auslieferung und das Inkasso seien durch den Kunden bestätigt worden. Stundenaufzeichnungen habe er führen müssen, um abrechnen zu können. Ein Lieferscheinbuch, das vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden sei, sei mit diesen Daten ausgefüllt worden. Die Fahrtrouten habe er nicht eigenständig planen können. Er habe einen Routenplan von W erhalten. Selbstverständlich habe er dabei versucht, die kürzeste Strecke zu wählen. Die Fahrtenplanung habe er nicht in die Stundenaufzeichnungen aufgenommen. Dafür sei von ihm für die Durcharbeitung der Routenplanung ca. eine Stunde am Vortag aufgewendet worden. Er habe selber am Vortag laden müssen. Der Ladevorgang habe ein bis drei Stunden gedauert. Die Zeit der Ladung sei nicht in die Stundenaufzeichnungen aufgenommen worden. Das Kraftfahrzeug sei im Eigentum des Beschwerdeführers gestanden. Ein Telefonpauschale habe er erhalten. Anweisungen seitens des Beschwerdeführers habe er nicht erhalten, diesbezüglich sei W sein Ansprechpartner gewesen. Für wen er fahren müsse, sei ihm natürlich vom Beschwerdeführer aufgetragen worden. An einem typischen Arbeitstag sei er um ca. 3.00 Uhr früh weggefahren und habe um 6.00 Uhr den ersten Kunden angefahren. Geschlafen habe er im Auto auf Parkplätzen. Eine Unterkunft hätte er selber bezahlen müssen. Dem Beschwerdeführer habe er mitteilen müssen, wenn er nicht habe arbeiten können. Der Beschwerdeführer habe sich um Ersatz gekümmert oder sei selbst gefahren. Nicht gearbeitet habe er, wenn W und C geschlossen gehabt hätten, und auf seinen Wunsch gelegentlich wenige Tage. An eine längere Unterbrechung über Wochen könne er sich nicht erinnern. Er habe einige Tage vorher gemeldet, wenn er nicht zur Verfügung gestanden sei. Krank sei er nie gewesen. Mit anderen Unternehmen habe er nicht zusammen gearbeitet, es sei ihm vertraglich zwar nicht untersagt worden, aber er hätte dazu ohnehin keine Zeit gehabt. Er habe keine Aufträge des Beschwerdeführers abgelehnt. Eine Beschränkung auf bestimmte Gründe habe es nicht gegeben. Erhaltene Aufträge habe er nicht an betriebsfremde Personen weitergegeben. Wenn im Vertretungsfall genügend Zeit vorhanden gewesen sei um noch zu disponieren, habe der Beschwerdeführer einen anderen Fahrer mit der Fahrt beauftragt oder sei selbst gefahren. Hinsichtlich der Vertretung habe Meldepflicht bestanden. Ein Vertretungsfall sei nicht vorgekommen. Bei Beanstandungen hinsichtlich kleiner Probleme sei er von W informiert worden. Bei größeren Problemen wäre der Beschwerdeführer informiert worden. Mögliche Konsequenzen wären wahrscheinlich bis zur Aufkündigung des Vertrages gegangen. Ein durchschnittlicher Arbeitstag habe ca. 13 bis 14 Stunden gedauert. Der durchschnittliche Monatslohn habe grob geschätzt EUR 1.300,- betragen.

Am 13. April 2007 gab der Neuntmitbeteiligte im Wesentlichen zu Protokoll, er sei als Student zwei Tage, Dienstag und Donnerstag, geringfügig beschäftigt gewesen. Die beiden Tage sei er eigentlich immer gefahren. Wenn er keine Zeit gehabt hätte, wäre er nicht gefahren. Er könne nicht angeben wer die Fahrten gemacht hätte, wenn er nicht gekonnt hätte. Kurzfristig habe er nie abgesagt, außer in vorlesungsfreien Zeiten, aber das sei so vereinbart gewesen. Die Tage Dienstag und Donnerstag habe er vorgegeben. Die Arbeitszeit habe er sich selbst einteilen können. Wenn er gewusst habe, dass er Dienstag fahre, habe er sich den Kleintransporter entweder am Montagabend oder am Dienstag in der Früh geholt. Er habe ihn dann am Dienstag in der Früh beladen, jedoch habe es keine Zeitvorgabe gegeben, wann er bei dem Unternehmen sein müsse. Die Route habe er selber wählen können, das Zusammenstellen habe ca. 15 Minuten gedauert. Die Zeit habe er sich frei einteilen können und auch die Auslieferung an die Kunden habe er anhand einer Liste frei wählen können. Telefonischen Kontakt mit Kunden habe er nicht gehabt. Auf der Kundenliste habe es oft Vermerke gegeben, wann der Kunde nicht zu erreichen sei. Die Termine mit den Kunden seien vom Bürohandel vereinbart worden. Eine Arbeitszeitaufstellung habe er nicht geführt. Die Arbeit habe er meistens um 7.00 oder 7.30 Uhr begonnen. Beim Kunden habe er nicht kassiert. Mangels Inkassos habe auch nichts kontrolliert werden können. Tätigkeitsberichte habe er nicht zu führen gehabt. Die Fahrtroute habe er selber planen können. Der Kleintransporter sei im Eigentum des Beschwerdeführers gestanden. Eine Telefonpauschale habe er nicht erhalten. Anweisungen seitens des Beschwerdeführers bezüglich Art und Weise der Zustellung habe es nicht gegeben. An einem typischen Arbeitstag habe er um 7.00 oder 7.30 Uhr begonnen. Er sei zum Bürohandel gefahren, um den Kleintransporter zu beladen. Dann habe er die Liste mit den Kunden bekommen. Die Route habe er selbst geplant. Es seien oft zwei Wagenladungen gewesen; da habe er zwischenzeitig zum Bürohandel zurück und das Kraftfahrzeug neu beladen müssen. Die Endzeit der Arbeit sei unterschiedlich gewesen, meistens um halbzwei oder zwei Uhr. Er sei nur

am Tag gefahren. Urlaub habe er nicht gehabt. Im Februar habe er nicht gearbeitet, das sei mit dem Beschwerdeführer vorher besprochen worden. Ob er an sonstigen Tagen nicht gearbeitet habe, könne er nicht mehr sagen. An einen Krankheitsfall könne er sich nicht erinnern. Aufträge habe er keine abgelehnt. Er habe auch alle Aufträge selbst erledigt und keinen an andere Personen weitergegeben. Einen externen Vertretungsfall habe es nicht gegeben.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers keine Folge gegeben. In der Bescheidbegründung stellte die belangte Behörde folgenden Sachverhalt fest:

"Zwischen der Fa. F und den vom Verfahren umschlossenen Personen wurden jeweils als 'freie Dienstverträge' bezeichnete Vereinbarungen abgeschlossen, in denen u.a. wie folgt vorgesehen war:

Höhe des vereinbarten Entgeltes: nach Leistung; der Dienstnehmer unterliegt, soweit dies nicht durch die Natur des Auftrages vorgegeben ist, bei der Erfüllung des Vertrages bzw. bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit hinsichtlich Zeiteinteilung und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes keinen Weisungen des Dienstgebers; Der Dienstnehmer ist berechtigt, sich geeigneter Vertreter oder Gehilfen zu bedienen; Aus administrativen Gründen hat der Dienstnehmer dem Dienstgeber die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters mitzuteilen; Der Dienstnehmer unterliegt keinem wie immer gearteten Konkurrenzverbot.

Die Beschäftigten waren als Ausfahrer/Zusteller für den (Beschwerdeführer) tätig und dabei jede Woche für Fahrten eingeteilt, wobei sie auch immer wieder am Wochenende tätig waren. Zustellungen wurden aufgrund der Geschäftsbeziehungen (Aufträge, Waren auszuliefern) der Firma F mit der Firma W (Matratzen) bzw. die Firma C (Büromaterial) vorgenommen. Die Zuteilung der Aufträge erfolgte über die Firma W bzw. C, wobei sich die Arbeitstage nach dem Zustellbedarf der Firmen richteten. Einige Ausfahrer, die lediglich Büromaterial der Firma C auslieferten (so etwa (der Zehntmitbeteiligte)) waren beispielsweise nur dienstags und donnerstags tätig.

Die Firmen sortierten die Lieferungen (Auslieferungslisten) und übermittelten diese dem (Beschwerdeführer), welcher sie wiederum an die Beschäftigten weitergab. Die Ware wurde am Vorabend bzw. in der Früh von den Firmen abgeholt und in der Folge innerhalb des vorgegeben Zeitrahmens zugestellt (z.B. bis 9:00 Uhr oder zwischen 13:00 und 17:00 Uhr). Die genaue Fahrtroute wurde von den Beschäftigten erstellt. Als Stundenlohn waren EUR 7,- bzw. 8,- bzw. teilweise eine Tagespauschale für Salzburg vereinbart, wobei die Abrechnung monatlich erfolgte. Die Ausfahrer waren teilweise auch für das Inkasso bei den Kunden zuständig ((der Siebent-, Zwölft- und Dreizehntmitbeteiligte) etc.) und rechneten in der Folge mit den Firmen direkt ab.

Die Beschäftigten hatten persönlich tätig zu werden, eine Vertretung durch betriebsfremde Personen war nicht möglich. Im Verhinderungsfall kümmerte sich (der Beschwerdeführer) um eine Vertretung bzw. erledigte die Fahrt selbst, manchmal wurden die Zustellungen auch zu einem späteren Termin nachgeholt. Eine Ablehnung von Aufträgen aus beliebigen Gründen war nicht möglich, einzelne Aufträge wurden etwa abgelehnt, weil sie nicht in die Fahrtroute passten (großer Umweg). Urlaub musste dem Berufungswerber rechtzeitig (spätestens eine Woche im Vorhinein) bekannt gegeben werden. Den Ausfahrern wurde vom (Beschwerdeführer) ein Kfz mit eingebautem Navigationssystem (ohne Werbeaufdruck) zur Verfügung gestellt, Benzinkosten wurden ersetzt. Die Ausfahrer fuhren teilweise in Österreich, Deutschland und Südtirol (bis zu 1000 km am Tag), teilweise nur im Stadtgebiet Salzburg und Umgebung. Die Ausfahrer waren teilweise 'über Nacht' mit Zustellungen beschäftigt, Nächtigungskosten haben sie keine erhalten, weshalb sie u.a. im Fahrzeug schliefen. Die Beschäftigten erhielten teilweise ein monatliches Telefonpauschale. Über Telefon erhielten sie von den Firmen W bzw. C oder auch (dem Beschwerdeführer) Anweisungen betreffend Art und Weise der Zustellung.

Ein Konkurrenzverbot während der Tätigkeit hat nicht bestanden, die Beschäftigten verfügten über keinen (einschlägigen) Gewerbeschein. Die Abrechnung mit der Fa. F erfolgte einmal monatlich, es waren Auslieferungslisten zu führen, anhand derer auch die Abrechnung erstellt wurde."

Beweiswürdigend stützte sich die belangte Behörde in der weiteren Bescheidbegründung insbesondere auf die schriftlich vorliegenden "freien Dienstverträge" und auf die oben genannten niederschriftlichen Aussagen. Ergänzend führte sie eine Aussage des Vaters des Beschwerdeführers vor Gericht an, dass der Dreizehntmitbeteiligte jedenfalls Aufträge habe ablehnen können, egal aus welchen Gründen, Krankheit, Freizeit oder aus dem Grund, dass andere Dinge zu erledigen gewesen seien. Er könne sich erinnern, dass der Dreizehntmitbeteiligte einen Auftrag abgelehnt habe, weil er einen Termin in Graz gehabt habe, ein- oder zweimal sei er auch krank gewesen.

Die belangte Behörde kam auf Grund der vorliegenden Aussagen zu dem Schluss, dass eine sanktionslose Ablehnungsbefugnis aus beliebigen Gründen nicht gegeben gewesen sei. Nur der Vierzehnt- und Fünfzehntmitbeteiligte hätten ausgeführt, dass sie gegenüber W grundlos abgesagt hätten. Die belangte Behörde folge aber den mehrheitlichen Aussagen der Beschäftigten, wonach Ablehnungen keineswegs bedingungslos möglich gewesen seien, schließlich habe auch der Vierzehntmitbeteiligte explizit ausgeführt, dass eine Ablehnung gegenüber W dann der Fall gewesen sei, wenn der Auftrag "nicht in seine Tour gepasst" habe. Es habe jedenfalls die Pflicht der Beschäftigten bestanden, ihre Abwesenheit ein bis drei Wochen vorweg bekannt zu geben. Aus den Anforderungen der Unternehmensorganisation des Beschwerdeführers, die von W und C übernommenen Aufträge zu erledigen, ergebe sich jedenfalls eine Verneinung einer generellen Ablehnungsbefugnis. Zudem hätten sich die Kraftfahrzeuge bei den Beschäftigten befunden und habe ein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers bestanden, diese "in Gang zu halten". Auch hinsichtlich der Feststellungen zur Vertretungsbefugnis berief sich die belangte Behörde auf die oben angeführten niederschriftlichen Aussagen. Auf Grund der Inkassofunktion der Beschäftigten und der den Ausfahrern überlassenen Kraftfahrzeuge habe die geschäftliche Beziehung auch ein besonderes Vertrauensverhältnis erfordert, sodass es nicht lebensnah sei, dass sich die Ausfahrer betriebsfremder Personen hätten bedienen können. Die Vertragsbestimmung, wonach sich die Beschäftigten geeigneter Vertreter hätten bedienen können, sei daher als Scheinbestimmung anzusehen. Im Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Salzburg vom 13. Juni 2006 sei nicht rechtskräftig über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Dienstverhältnisses als Hauptfrage abgesprochen worden. Diese Frage sei lediglich als Vorfrage beurteilt worden. Eine Bindung bestehe daher nicht. Die Beschäftigten seien in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig geworden. Sie hätte sich dazu verpflichtet, ihre Arbeitskraft für die Verrichtung von Zustelltätigkeiten regelmäßig zur Verfügung zu stellen und seien grundsätzlich für jede Woche eingeteilt worden. Die Aufträge von W bzw. C seien auf Abruf durch den Beschwerdeführer und seine Zusteller zu erledigen gewesen und hätten sich nach den Bedürfnissen der jeweiligen Kunden gerichtet. Die Zustellaufträge seien unmittelbar zwischen dem Kunden und dem Beschwerdeführer zu Stande gekommen, die Beschäftigten hätten keinen Einfluss auf freie Gestaltung und Liefertermine gehabt (Vorgabe eines Zeitrahmens innerhalb eines Tages). Arbeitszeit und Arbeitsort hätten sich nach den Bedürfnissen des Beschwerdeführers bzw. von dessen Geschäftspartnern gerichtet. Die Beschäftigten seien verpflichtet gewesen, innerhalb bestimmter Zeiten für ihn tätig zu werden. Dabei seien sie laufend tätig (manchmal bis zu 1.000 km Fahrt pro Tag) und mit Handy jederzeit erreichbar gewesen. Eine Kontrolle sei durch die Auslieferungslisten möglich gewesen. Die Zusteller seien zwar auftragsbezogen pro Arbeitsstunde entlohnt worden, es könnten aber auch in Dienstverträgen und Kollektivverträgen leistungsorientierte Komponenten vorgesehen werden. Die wesentlichen Betriebsmittel (Pkw samt Navigationssystem, auszuliefernde Waren, Benzinkostenersatz) seien den Fahrern zur Verfügung gestellt worden. Von einem Unternehmerwagnis könne daher nicht gesprochen werden. Eine Auftragsablehnung habe nur in Einzelfällen etwa aus ökonomischen Gesichtspunkten (zu weit entfernter Zustellort) stattgefunden. Ablehnungen im Krankheitsfall bzw. bei wichtigen persönlichen Terminen könnten allgemein von Dienstnehmern vorgenommen werden und stellten Dienstverhinderungsgründe und keine sanktionslose generelle Ablehnungsbefugnis dar. Eine generelle Vertretungsbefugnis habe nicht bestanden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und Kostenersatz für den Vorlageaufwand begehrt; von der Erstattung einer Gegenschrift hat die belangte Behörde, ebenso wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt, ausdrücklich Abstand genommen.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet und Aufwandsersatz begehrt.

Die übrigen Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 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 besteht.

Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, 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 im Sinne dieses Bundesgesetzes gemäß § 4 Abs. 4 ASVG Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen und sofern nicht auf Grund dieser Tätigkeit bereits eine Pflichtversicherung nach einem anderen, in § 4 Abs. 4 ASVG genannten Gesetz besteht.

Bei Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können; entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das Erkenntnis vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A). Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Vertrag eine eindeutige Antwort darauf, welche Art von Vertrag gewollt war, zulässt oder nicht. Im letzteren Fall kommt der tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung für die Frage der Pflichtversicherung entscheidende Bedeutung zu.

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 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) 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 - nur beschränkt ist. 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. 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 (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, 2007/08/0053).

Im Gegensatz zu den Fällen einer Einbindung in eine Betriebsorganisation im engeren Sinne lässt sich in Fällen einer Beschäftigung "im delegierten Aktionsbereich eines Unternehmens" (vgl. Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis, 31) die nach der dargelegten Rechtsprechung entscheidende Frage nach der Weisungsgebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten nicht immer leicht beantworten; insbesondere ist in diesen Fällen mitunter die Grenzziehung zwischen der Konkretisierung der Hauptleistung bei einer bloß nach Gattungsmerkmalen umschriebenen Leistungspflicht durch den "Leistungsabruf", wie er bei Werkverträgen und (vor allem) freien Dienstverträgen häufig ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A), und der Erteilung

arbeitsrechtlich relevanter Weisungen schwierig, da eine Verpflichtung, welcher der Beschäftigte nachkommt, auch mit Beschäftigungen, die eindeutig in persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt werden, vereinbar ist (vgl. das Erkenntnis vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0349 und jenes vom 17. September 1991, Zl. 90/08/0131). Insbesondere tritt bei einer solchen Tätigkeit (wie z.B. der eines Vertreters oder eines Außendienstmitarbeiters) die ansonsten für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische, oben näher dargestellte Unterordnung nicht so auffällig zu Tage, sodass bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, anderen Merkmalen eine ganz besondere Bedeutung zugemessen werden muss. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die Weisungsgebundenheit in einer bestimmten Art, das Konkurrenzverbot, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Berichterstattungspflicht sowie die mangelnde Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel als für die Beurteilung der Versicherungspflicht maßgeblichen Merkmale zu bezeichnen. Diese Grundsätze gebieten aber im Einzelfall die Auseinandersetzung mit der Frage, ob tatsächlich diese Kriterien vorliegen, wobei dann bei einem Zusammentreffen von Merkmalen der Abhängigkeit und solchen, die auf eine Unabhängigkeit hinweisen, das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale entscheidend ist (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 21. Dezember 1993, Zl. 90/08/0224, unter Hinweis auf jenes vom 20. Oktober 1988, Zl. 85/08/0062, mit Hinweis auf die Vorjudikatur, sowie die Erkenntnisse vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0158, mit besonders ausführlicher Begründung und vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0053).

Wesentlich ist schließlich aber auch in solchen Fällen, dass aus den Umständen, unter denen die Beschäftigung verrichtet wurde, abgeleitet werden kann, dass der Beschäftigte einem seine Bestimmungsfreiheit ausschaltenden Weisungs- und Kontrollrecht des Arbeitgebers unterlag. Dabei schadet es nicht, wenn der Arbeitgeber infolge der vom Unternehmenssitz dislozierten (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, Zl. 2004/08/0066) oder überwiegend in seiner Abwesenheit (vgl. dazu z.B. die Erkenntnisse vom 3. Juli 1990, 88/08/0293, vom 16. April 1991, Zl. 90/08/0153 und vom 20. Februar 1992, Zl. 89/08/0238) verrichteten Beschäftigung nicht in der Lage war, konkrete Weisungen zu erteilen, wenn nur aus den von ihm getroffenen vertraglichen faktischen Vorkehrungen abgeleitet werden kann, dass ein an die Stelle der Weisungsmöglichkeit tretendes wirksames Kontrollrecht, wenn auch nur in Form der Kontrollmöglichkeit des Arbeitgebers bestanden hat (vgl. zu diesen Zusammenhängen ausführlich das Erkenntnis vom 21. November 2007, Zl. 2005/08/0051). Diese Fälle sind nicht anders zu beurteilen als jene, in denen sich Weisungen an den Beschäftigten aus anderen Gründen erübrigen, z.B. weil der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu bewegen und zu verhalten hat (vgl. das Erkenntnis vom 17. September 1991, Slg. Nr. 13.473/A, sowie jene vom 12. Mai 1992, Zl. 91/08/0026, vom 8. Februar 1994, Zl. 92/08/0153 und vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0102), oder wenn der Arbeitgeber vorübergehend nicht in der Lage ist, seine Funktion wahrzunehmen (vgl. das Erkenntnis vom 19. Februar 2003, Zl. 99/08/0054) und in denen daher das Weisungsrecht in gleicher Weise im Bestehen von Kontrollrechten (mitunter auch: "Stille Autorität des Arbeitgebers" genannt) zum Ausdruck kommt.

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung Dritten überbinden kann oder von vornherein die Leistungserbringung durch Dritte erfolgen darf, dann liegt keine persönliche Abhängigkeit vor. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis zur Vertretung vorliegt (vgl. z.B. das zitierte hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, mwN). Eine generelle Vertretungsbefugnis hat auch mit einem wechselseitigen Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber beschäftigten Personen nichts zu tun (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. April 2005, Zl. 2002/08/0222, mwN).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich im Allgemeinen bereits aus dem Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit. Sie darf 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. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, mwN).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) bedeutet nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht, dass der in der Begründung des Bescheides niederzulegende Denkvorgang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegt. Die Bestimmung des § 45 Abs. 2 AVG hat nur zur Folge, dass die

Würdigung der Beweise keinen gesetzlichen Regeln unterworfen ist. Wegen der durch § 41 Abs. 1 VwGG eingeschränkten Prüfungsbefugnis darf der Verwaltungsgerichtshof jedoch die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht in dem Sinn einer Kontrolle unterziehen, dass er sie an der Beweiswürdigung misst, die er selbst vorgenommen hätte, wäre er an Stelle der belangten Behörde gewesen. Er darf vielmehr die Beweiswürdigung nur auf ihre Schlüssigkeit, gemessen an Denkgesetzen und an menschlichem Erfahrungsgut, sowie dahin überprüfen, ob die Behörde alle dabei in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat. Hingegen ist der Verwaltungsgerichtshof nicht berechtigt, einer Beweiswürdigung der belangten Behörde, die einer Überprüfung unter den genannten Gesichtspunkten standhält, mit der Begründung entgegenzutreten, dass auch ein anderer Ablauf der Ereignisse bzw. ein anderer Sachverhalt schlüssig begründbar wäre. Die belangte Behörde ist zwar gehalten, in der Begründung ihres Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen (§ 60 AVG), sie ist aber nicht verpflichtet, allen sonst noch denkbaren schlüssig begründbaren Sachverhaltsvarianten im Einzelnen nachzugehen, wenn sie sich nur mit allen Umständen schlüssig und nachvollziehbar auseinander gesetzt hat, die für und wider die von ihr tatsächlich getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sprechen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2004/08/0110, mwN).

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, dass auch hinsichtlich des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens eines abhängigen Dienstverhältnisses eine Bindung an das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Salzburg vom 13. Juni 2006 bestehe.

Dem ist entgegen zu halten, dass die Frage des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und dem Dreizehntmitbeteiligten im genannten gerichtlichen Verfahren nur vorfrageweise im Zusammenhang mit dem als Hauptfrage geltend gemachten Entgeltanspruch zu beurteilen gewesen ist. Diese gerichtliche Entscheidung ist für das Verfahren über die Versicherungspflicht insoweit ohne Bedeutung, als eine Bindung an das Ergebnis dieses Verfahrens zwar bei Beurteilung der Entgeltansprüche des Dreizehntmitbeteiligten besteht, nicht aber bei der Frage, ob ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zum Beschwerdeführer vorgelegen ist. Letzteres war von der belangten Behörde daher in jeder Hinsicht eigenständig (wenn auch gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Beweisergebnisse des gerichtlichen Verfahrens) zu beurteilen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, Zl. 96/08/0351).

Des Weiteren wird in der Beschwerde ausgeführt, eine bestimmte Arbeitszeit sei nicht vorgegeben gewesen und es hätten keine Tätigkeitsberichte geschrieben werden müssen. Auf den Kraftfahrzeugen sei keine Werbeaufschrift für den Beschwerdeführer angebracht gewesen. Die meisten Beschäftigten hätten ihr Kraftfahrzeug nach Belieben nach Hause mitnehmen können. Sie hätten keineswegs am nächsten Arbeitstag wiederum beim Beschwerdeführer erscheinen müssen, sondern sie hätten selbständig von zu Hause aus oder von wo auch immer ihre Tour beginnen können. Für keinen der Beschäftigten sei Lohnsteuer zum Abzug gebracht worden. Vielmehr hätten alle selbst Einkommensteuer bezahlt.

Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass die belangte Behörde auf der Grundlage der freien Beweiswürdigung im Sinne der oben stehenden Ausführungen nachvollziehbar zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist. Insbesondere war eine bestimmte Arbeitszeit schon dadurch vorgegeben, dass die Zeiten der Beladung und der Lieferungen, im Interesse der Kunden der Geschäftspartner des Beschwerdeführers, einzuhalten gewesen waren. Der Umstand, dass keine Tätigkeitsberichte geschrieben worden sind, ändert nichts daran, dass alleine durch die Kontrolle hinsichtlich der Erledigung der Aufträge und der Unterlagen für die Abrechnung entsprechende Kontrollmöglichkeiten des Beschwerdeführers bestanden haben.

Dass auf den Kraftfahrzeugen keine Werbeaufschrift des Beschwerdeführers angebracht gewesen ist, ist im gegenständlichen Zusammenhang ebenso irrelevant wie der Umstand, dass keine Lohnsteuer zum Abzug gebracht worden ist. Ebenso schließt es ein abhängiges Dienstverhältnis in keiner Weise aus, wenn es den Fahrern freigestanden ist, das Kraftfahrzeug nach Belieben nach Hause mitzunehmen und die jeweilige Tour auch von einem anderen Ort als vom Unternehmenssitz zu beginnen.

Der Beschwerdeführer macht des Weiteren geltend, dass ein Vertretungsrecht der Fahrer bestanden habe.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass im Vertrag dessen Wortlaut zufolge ein Vertretungsrecht vereinbart war. Beim

Bestehen einer generellen Vertretungsbefugnis ist es im Allgemeinen nicht entscheidend, ob der Beschäftigte von seiner Berechtigung auch tatsächlich Gebrauch macht solange dies nicht über längere Zeit hinweg unterbleibt, was ein Indiz für eine Scheinvereinbarung wäre. Sogar eine ausdrücklich vereinbarte Vertretungsbefugnis steht aber schon dann im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0221, mwN).

Die belangte Behörde hat ihre Feststellungen zur Vertretungsbefugnis zunächst auf die Angaben des Zwölftmitbeteiligten gestützt, wonach der Beschwerdeführer einen anderen Fahrer mit der Fahrt beauftragt habe oder selbst gefahren sei. Der Neuntmitbeteiligte habe ausgeführt, dass er alle Aufträge selber erledigt habe und dass auch im Vorfeld nie darüber gesprochen worden sei, dass eine Vertretung möglich wäre. Tatsächlich sei es auch nie zu einem derartigen Vertretungsfall gekommen, im Fall einer Verhinderung habe sich der Beschwerdeführer um einen Ersatzfahrer aus dem Kollegenkreis gekümmert bzw. sei selbst gefahren oder es sei die Zustellung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben worden. Die belangte Behörde hat des Weiteren die Inkassofunktion der Beschäftigten und die Überlassung des Kraftfahrzeuges seitens des Beschwerdeführers angeführt und daraus auf die Notwendigkeit eines besonderen Vertrauensverhältnisses geschlossen. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde liegt insofern keineswegs eine bloße Scheinbegründung vor. Dass die Aushilfsfahrer immer nur kurzfristig und mit Unterbrechungen für den Beschwerdeführer tätig gewesen sind, stellt die Darlegungen der belangten Behörde nicht in Abrede. Auch der Hinweis in der Beschwerde, dass es auf Grund der Abrechnung zwischen dem Beschwerdeführer und W bzw. C ausgeschlossen gewesen wäre, dass ein Fahrer Geldbeträge unbemerkt nicht abgeführt hätte, vermag nicht gegen die Schlüssigkeit der Darlegungen der belangten Behörde zu sprechen. Insbesondere mag es zwar sein, dass das Fehlen von Geldbeträgen bemerkt worden wäre, es ist aber davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer gegenüber seinen Vertragspartnern zu einer einwandfreien Leistungserbringung verpflichtet und daran auch interessiert gewesen ist, sodass auch das nachträgliche Bemerken etwaiger Unregelmäßigkeiten nicht ausgereicht hätte. Der belangten Behörde kann daher nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie davon ausgegangen ist, dass eine generelle Vertretungsmöglichkeit im Sinne der oben dargestellten hg. Judikatur nicht gegeben gewesen ist.

In der Beschwerde wird ferner ausgeführt, die belangte Behörde hätte zu dem Schluss kommen müssen, dass die Fahrer ohne Begründung und ohne Konsequenzen hätten Aufträge ablehnen können.

Dazu ist festzuhalten, dass selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein stünde, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0137).

Der belangten Behörde kann es nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie, ausgehend von den Anforderungen der Unternehmensorganisation des Beschwerdeführers, die von W und C übernommenen Aufträge entsprechend zu erledigen, zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine generelle Ablehnungsbefugnis nicht vorgelegen ist. Diese Anforderungen wären bei einer generellen Ablehnungsbefugnis nämlich nicht zu erfüllen gewesen. Der Beschwerdeführer hat auch nicht behauptet, dass in seinem Unternehmen ein genügend großer "Arbeitskräftepool" zur Verfügung gestanden wäre, der es erlaubt hätte, im Fall einer (überraschenden) Absage des in Aussicht genommenen Fahrers jeweils eine andere Arbeitskraft rechtzeitig "abzurufen" (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. April 2005, Zl. 2004/08/0109).

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. das Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2003/08/0274 unter Hinweis auf das die Tätigkeit eines Kraftfahrers betreffende Erkenntnis vom 23. Februar 2005, Zl. 2002/08/0220, sowie die Erkenntnisse vom 27. Juli 2001, Zl. 99/08/0030, vom 20. November 2002, Zl. 2000/08/0021, vom 23. April 2003, Zl. 98/08/0270, vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131, und vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0202).

Ein solcher Fall liegt hier vor. Angesichts des Umfangs der von der belangten Behörde festgestellten jeweiligen Arbeitsaufträge zur Zustellung bestimmter Waren zu bestimmten Zeiten an bestimmte Kunden, die - auch bei von den

Mitbeteiligten in der Regel selbst optimierten Fahrtrouten - nach den Feststellungen Tagesarbeitszeiten von 10 Stunden und mehr erfordert haben, kann angesichts eines solchen Ausmaßes der täglichen Arbeitszeit und der engen Zeitvorgaben von einem Gestaltungsspielraum eines Dienstnehmers in bezug auf seine Arbeitszeit keine Rede mehr sein (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 22. Jänner 1991, Slg.Nr. 13.359/A). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer - wie er gar nicht in Zweifel gezogen hat - keine Spesen, wie z.B. Kosten einer Übernachtung bei mehrtägigen Aufträgen, ersetzt hat, führt hier nicht etwa dazu, dass davon ausgegangen werden könnte, die Viert- bis Siebzehntmitbeteiligten hätten ein typisches Unternehmerwagnis zu tragen gehabt, weil es weder Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Viert- bis Siebzehntmitbeteiligten Gelegenheit gehabt hätten, an der Festlegung des Entgelts in irgendeiner Weise kalkulatorisch mitzuwirken, noch davon ausgegangen werden kann, dass mit dem vom Beschwerdeführer einheitlich angebotenen Entgelt von EUR 8 pro Arbeitsstunde mehr abgegolten wurde, als die bloße Zurverfügungstellung der Arbeitskraft der Mitbeteiligten. Auch wenn man mit dem Beschwerdeführer davon ausgeht, dass die Vorgabe des Arbeitsortes (im Sinne von: der Orte der Leistungserbringung) durch die jeweiligen Auftragslisten sich aus "Sachzwängen" ergeben hat, so kommt dem angesichts der übrigen Umstände der Le

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)