

TE Bvwg Erkenntnis 2018/8/14 W126 2117954-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.08.2018

Entscheidungsdatum

14.08.2018

Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

Spruch

W126 2117954-1/26E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Sabine FILZWIESER-HAT als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch Celar Senoner Weber-Wilfert Rechtsanwälte GmbH, 1070 Wien, Mariahilferstraße 88a, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 08.09.2015, Zl. VA/ED-V-0170/2013, nach Beschwerdevorentscheidung vom 04.11.2015, Zl. VA/ED-V-0170/2013, nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 26.04.2017 und 08.11.2017 zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTScheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 08.09.2015 stellte die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK) fest, dass XXXX (im Folgenden: Mitbeteiligter) aufgrund der Tätigkeit als Außendienstmitarbeiter für die XXXX GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) in der Zeit vom 03.09.2008 bis 31.01.2012 als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 1 iVm Abs 2 ASVG der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs 1 AIVG unterliegt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, der Unternehmensgegenstand der Beschwerdeführerin sei die Akquisition von Fototerminvereinbarungen mit Kindergärten und Schulen. Der Mitbeteiligte sei von 03.09.2008 bis

31.01.2012 für die Beschwerdeführerin im Außendienst aufgrund eines Handelsvertretervertrages tätig gewesen. Das Callcenter der Beschwerdeführerin habe für den Mitbeteiligten Montag bis Freitag täglich 5 bis 6 Präsentationstermine mit Kindergarten- und Schulleitungen vereinbart und dadurch seine Route vorgegeben. Er sei in ständigem Kontakt mit dem Callcenter gewesen, um die Route und die Termine zu aktualisieren. Während der nicht durch Termine verplanten Zeit, sei er verpflichtet gewesen, Kunden durch das Callcenter zu akquirieren. Daneben habe er auch andere administrative Aufgaben für die Beschwerdeführerin erledigt. Sie habe außerdem Umsatzvorgaben erteilt und abgesehen von finanziellen Anreizen auch Druck ausgeübt, damit möglichst viele Fotos verkauft werden. Dem Mitbeteiligten seien Vorgaben erteilt worden, wie die Verkaufs- und Sammelmappen zusammenzustellen seien. Außerdem seien Visitenkarten bereitgestellt worden und die Kosten für Nächtigungen in Hotels übernommen worden. Er habe also keinerlei unternehmerisches Risiko getragen und sich auch nicht bei seiner Tätigkeit vertreten lassen können. Der Entgeltanspruch sei über der jeweils geltenden monatlichen Geringfügigkeitsgrenze gelegen. Er sei zur umfassenden Berichtslegung und Einpflege der Kundentaten verpflichtet gewesen. Die Beschwerdeführerin habe sich außerdem vorbehalten, genaue Anweisungen hinsichtlich der Akquisition zu erteilen. Aufgrund dieses festgestellten Sachverhalts ging die belangte Behörde davon aus, dass der Mitbeteiligte Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs 2 erster Satz ASVG sei. Es habe trotz Vorliegens eines Handelsvertretervertrages nämlich sowohl persönliche als auch wirtschaftliche Abhängigkeit bestanden.

2. Gegen diesen Bescheid er hob die Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde und führte aus, dass die Wiener Gebietskrankenkasse im Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2012 eine Sozialversicherungsprüfung gemäß § 41 a ASVG durchgeführt habe und die Beschäftigung des Mitbeteiligten als selbstständiger Unternehmer in keiner Weise beanstandet worden sei. Der Mitbeteiligte sei entgegen den getroffenen Feststellungen nur fallweise für die Beschwerdeführerin tätig gewesen und habe auch andere Auftraggeber gehabt. Er verfüge über einen Gewerbeschein und habe im monatlichen Durchschnitt lediglich EUR 1000,- bis 2000,- unregelmäßig aufs Jahr verteilt bezogen, sodass eine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beschwerdeführerin auszuschließen sei. Der Mitbeteiligte sei nicht zur Erbringung einer konkreten Tätigkeit verpflichtet gewesen und habe sich allfällige Einsätze für die Beschwerdeführerin völlig frei einteilen können. Es habe keine vorgegebenen Arbeitszeiten gegeben. Er sei nur mit Kundenakquisition, nicht aber mit administrativen Arbeiten befasst gewesen. Er habe weder Reisekostenabrechnungen refundiert erhalten, noch Verkaufsmappen selbstständig zusammengestellt. Er habe aber die von der Beschwerdeführerin vorgegeben Verkaufsmappen nützen können. Es habe kein Konkurrenzverbot bestanden, er habe sich jedenfalls vertreten lassen können und das unternehmerische Risiko getragen. Dafür habe er seinen Arbeitsalltag völlig frei gestalten können. Er habe einen Handelsvertretervertrag unterschrieben, über ein angemeldetes Gewerbe verfügt und Firmenrechnungen für sein Unternehmen gelegt. Es sei auch unrichtig, dass für den Mitbeteiligten Arbeitspflicht bestanden habe. Zwar habe es Mitarbeiterbesprechungstermine gegeben, aber das Nichterscheinen sei in keiner Weise sanktioniert worden. Tatsächlich habe er diese Termine nur zu einem geringen Teil wahrgenommen. Die selbstständigen Handelsvertreter hätten zwar die Möglichkeit gehabt ihre Korrespondenz über die Firmen-E-Mail-Adresse zu führen, seien dazu aber nicht verpflichtet gewesen. Diesbezüglich sei eine Eingliederung in den Betrieb also ausgeschlossen. Der Mitbeteiligte sei auf Erfolgsbasis entlohnt worden und habe die für seine Tätigkeit erforderliche Büroinfrastruktur selbst an seinem Wohnort zur Verfügung stellen müssen. Er sei zu keiner Zeit in den Büroräumlichkeiten der Beschwerdeführerin tätig gewesen. Es habe keine Arbeitspflicht bestanden und unangemeldetes Fernbleiben sei sanktionslos geblieben. Der Mitbeteiligte sei auch über längere Zeiträume - teilweise einen gesamten Monat - durchgehend nicht erreichbar gewesen. Er habe also die Möglichkeit gehabt seine Arbeitsleistung frei einzuteilen und sei nicht verpflichtet gewesen, eine Mindestanzahl an Abschlüssen zu akquirieren. Die Feststellungen der Behörde, wonach der Mitbeteiligte täglich fünf bis sechs Termine wahrzunehmen gehabt habe, Verkaufsunterlagen zusammenstellen habe müssen und keinerlei unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt habe, seien nicht zutreffend. Die Annahme eines Dienstverhältnisses, welches der Vollversicherungspflicht unterliegen würde, entbehre somit jeder Grundlage. Der Mitbeteiligte sei als selbstständiger Unternehmer tätig und habe die von ihm ohne zeitliche Vorgabe erbrachten Leistungen ordnungsgemäß verrechnet. Das gegenständliche Vertragsverhältnis sei auch von der Wiener Gebietskrankenkasse einer detaillierten Prüfung unterzogen und in keiner Weise beanstandet worden. Des Weiteren sei das von der belangten Behörde durchgeführte Verfahren mangelhaft, da bei der Betriebsprüfung durch die Wiener Gebietskrankenkasse das gegenständliche Vertragsverhältnis nicht

beanstandet worden sei und ein zweites Beweisverfahren nicht durchgeführt worden sei. Der Beschwerdeführerin sei insbesondere keine Möglichkeit zur Stellung von Beweisanträgen oder seiner sonstigen Stellungnahme eingeräumt worden.

3. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 04.11.2015 wies die NÖGKK die Beschwerde als unbegründet ab. In ihrer Begründung wiederholte sie die bereits im Erstbescheid getroffenen Ausführungen und ergänzte, dass die Ausführungen der Beschwerde ins Leere gehen würden. Darin würde von der unrichtigen Prämisse einer selbstständigen Erwerbstätigkeit des Mitbeteiligten für die Beschwerdeführerin ausgegangen. Außerdem könne aufgrund der von der Wiener Gebietskrankenkasse durchgeführten Sozialversicherungsprüfung gemäß § 41a ASVG nicht von der rechtmäßigen Ausgestaltung des gegenständlichen Rechtsverhältnisses ausgegangen werden, da sich die Wiener Gebietskrankenkasse für die Beurteilung des gegenständlichen Rechtsverhältnisses für örtlich unzuständig erklärt habe. Die darauf aufbauenden weiteren Ausführungen würden daher ins Leere gehen. Für die NÖGKK hätten sich sohin aus der Beschwerde keine ausreichenden Anhaltspunkte zu einer vom Bescheid vom 08.09.2015 abweichenden Sachverhaltsfeststellung ergeben.

4. Mit Schriftsatz vom 18.11.2015 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht vorzulegen und wiederholte im Wesentlichen die bereits in der Beschwerde vorgebrachten Ausführungen.

5. Die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsakten wurde dem Bundesverwaltungsgericht einlangend am 02.12.2015 zur Entscheidung von der belangten Behörde samt einer Stellungnahme vom 27.11.2015 vorgelegt. In ihrer Stellungnahme verwies die belangte Behörde auf die Ausführungen im bekämpften Bescheid und in der Beschwerdevorentscheidung.

6. Am 05.09.2016 wurden dem Bundesverwaltungsgericht der Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse, mit dem das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses des XXXX zur Beschwerdeführerin festgestellt wurde, der Erhebungsbericht der Wiener Gebietskrankenkasse sowie die vom Mitbeteiligten bei der Wiener Gebietskrankenkasse vorgelegten Unterlagen übermittelt.

7. Am 26.04.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, bei der der Mitbeteiligte und weitere Zeugen einvernommen wurden.

Der Mitbeteiligte gab an, dass er als Außendienstmitarbeiter für die Beschwerdeführerin Schul- und Kindergartenfotografie vertrieben habe. Er habe 4-5 Termine täglich wahrgenommen, die das Callcenter für ihn vereinbart habe, und habe dort fixfertige Produkte präsentiert, die er nur begrenzt abändern habe können. Die Termine seien über das Intranet einzusehen gewesen. Er habe dem Callcenter nicht vorher gesagt, wann er arbeiten könne, sondern das sei vorgegeben worden. Er habe nicht sagen können, an welchen Tagen er gerne Termine hätte, sondern die Geschäftsführung habe Vorgaben mitgeteilt, die umgesetzt worden seien. Das Callcenter habe Termine vereinbaren müssen. Er sei mit dem Auto unterwegs gewesen, sei aber in ständigem Kontakt mit dem Callcenter gewesen. Da er die Nummern der Einrichtungen nicht gehabt habe, hätten die Damen von Callcenter angerufen, um einen Termin abzusagen oder zu verschieben. Es sei vorgekommen, dass Termine in Einrichtungen länger gedauert hätten und sich dadurch andere Termine verspätet hätten oder überhaupt abgesagt hätten werden müssen. Sowohl die Route als auch die Einrichtungen seien vorgegeben gewesen und zwar so, dass es wirtschaftlich Sinn gemacht habe. Eine Vertretung habe er nicht schicken können. Diese hätten nämlich erst eingeschult werden müssen, da es viele Dienstanweisungen gegeben habe. Man habe die ganze Woche (Montag bis Freitag) arbeiten sollen. Das sei so vereinbart gewesen. Der erste Termin in der Früh sei in der Regel um 8:00 Uhr gewesen und der letzte Termin um 14:00 oder 15:00 Uhr. Er habe einen gewissen Mindestumsatz im Monat erbringen müssen. Das seien 3.000-4.000 Serien pro Monat gewesen. Eine Serie entspreche einem Kind. Daher sei es auch nicht möglich gewesen an bestimmten Tagen nicht zu arbeiten. Er habe keine Termine selbst akquiriert, da das gar nicht möglich gewesen sei. Er habe dafür Verrechnungsschecks gebraucht, die er von der Geschäftsführung erhalten habe. Wenn er krank gewesen sei, habe er den Verkaufsleiter angerufen und das Callcenter habe die Termine verschoben. Eine Vertretung durch einen anderen Mitarbeiter habe nicht stattgefunden, da dies aufgrund der Dichte der Termine nicht möglich gewesen sei. Da es ein Saisongeschäft sei, habe man sich in den Ferien einen Monat Urlaub nehmen müssen - meistens Juli - und im August habe er Telefonverkauf gemacht z.B. in Deutschland oder in der Schweiz. Die Terminpläne habe er eingehalten, soweit es möglich gewesen sei. Dass er einfach zwei Tage nicht arbeite, sei nicht möglich gewesen. So

etwas sei nur vorgekommen, wenn Fenstertage, Schulferien oder schulautonome Tage gewesen seien. Wenn er keine Termine gehabt habe, habe er die Einrichtungen aus der Stammkundenliste aufgesucht. Diese Stammkundenliste habe man abarbeiten müssen. Das Callcenter habe da keine Folgetermine ausmachen können, sondern der Außendienstmitarbeiter habe sich selbst darum kümmern müssen. Er habe keine anderen Auftraggeber als die Beschwerdeführerin gehabt. Er habe auch administrative Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin ausgeübt. Es hätten außerdem Besprechungen in unterschiedlichen Abständen stattgefunden - je nachdem, wann neue Produkte auf den Markt gekommen seien -, bei denen Anwesenheitspflicht bestanden habe. Wenn es nämlich neue Fotoprodukte gegeben habe, hätten diese auch eingesetzt werden müssen. Er sei per E-Mail eingeladen worden. Es habe eine bestimmte Agenda gegeben, die abgearbeitet habe werden müssen, und danach sei man gemeinsam essen gegangen. Wenn man krank gewesen sei, sei das Material nachgereicht worden. Es habe keine angedrohten Sanktionen gegeben, aber es sei notwendig gewesen, dass man die Produkte habe, um dieser Tätigkeit nachgehen zu können. Die Aufträge habe er einpflegen und elektronisch übermitteln müssen und zwar möglichst noch am selben Tag. Dazu habe es Auftragsformulare gegeben. Aufgrund des eingepflegten Auftrages habe er dann sein Geld bekommen. Nach den Terminen habe er im Intranet eintragen müssen, was er angeboten habe, mit wem man gesprochen habe und ähnliches. Es habe eine Datenbank gegeben, für die er einen Zugriffscode erhalten habe. Die Einrichtungen habe man anklicken können und sie seien immer rot markiert gewesen. Wenn eine Einrichtung länger rot war, sei man kontaktiert worden. Es sei nachgefragt worden, was man mit der Einrichtung weiter mache. Die Einrichtungen hätten also immer auf dem letzten Stand sein müssen. Das einzige eigene Betriebsmittel, dass er verwendet habe, sei sein Laptop gewesen, wobei die Beschwerdeführerin sämtliche Kosten (z.B. Internet, Druckerpatronen) übernommen habe. Er habe keine eigene Homepage gehabt. Das Firmenauto sei ihm von der Beschwerdeführerin am Beginn seiner Tätigkeit übergeben worden und am Ende habe er es zurückgeben müssen. Da er es aber erst ein 2-4 Wochen später zurückgegeben habe, habe er ein Strafverfahren "am Hals gehabt". Er habe monatlich ungefähr 3.000 bis 3.500 im Schnitt verdient. Davon habe er auch Steuer gezahlt, aber da kenne er sich nicht aus, denn das habe die Steuerberatungskanzlei der Beschwerdeführerin kostenlos für ihn gemacht. Ein Teil des Gehalts sei irgendwie fix gewesen. Es seien Provisionen pro Serie bezahlt worden. In den Ferien habe es ein fixes Überbrückungsgeld gegeben und eine Startpauschale habe er auch bekommen. Er habe Akontozahlungen erhalten, die mit Provisionen gegenverrechnet worden seien. Seitens der Beschwerdeführerin sei schon darauf geachtet worden, dass man seinen finanziellen Verpflichtungen nachkomme. Er sei wirtschaftlich komplett abhängig gewesen. Sein Ansprechpartner für seine Arbeit sei XXXX (im Folgenden: RD) und der Verkaufsleiter XXXX (im Folgenden: S.S.) gewesen. Mit S.S. habe er am Ende des Tages darüber geplaudert, wie die Termine gelaufen seien, und versucht zu optimieren. Er habe auch die täglichen Umsatzzahlen durchgeben müssen. Reklamationen und administrative Arbeiten habe er mit RD besprochen. RD sei Büroleiter gewesen.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin brachte vor, dass der Mitbeteiligte nie an Freitagen gearbeitet habe. Dazu erklärte der Mitbeteiligte, dass dies lediglich vorgekommen sei, wenn das Umsatzvolumen gepasst habe und er auch sonst keine Termine gehabt habe. Das habe die Geschäftsführung vorgegeben. Er wäre gar nicht so lange im Unternehmen gewesen, wenn er nicht den Umsatz erbracht hätte, da er der Firma sonst nichts gebracht hätte. Wenn er den Umsatz noch nicht erreicht gehabt habe und das Umsatzvolumen noch nicht gepasst habe, habe er die Kundenliste bearbeitet. Der Vertreter der Beschwerdeführerin entgegnete, dass es keine solche Vorgabe gegeben habe und die 3.000 bis 4.000 Serien einem Aufwand von ein bis zwei Vormittagen entsprechen würden. Dem widersprach der Mitbeteiligte und meinte, dass man an einem Tag nicht 4.000 Serien machen könne. Man könne vielleicht 1.200 bis 1.500 Serien pro Woche machen. Außerdem sei es vorgekommen, dass man Termine zusammengelegt habe, wenn z.B. am Donnerstag oder Freitag drei Termine in Graz gewesen seien und in der nächsten Woche wieder. Der Vertreter der Beschwerdeführerin ergänzte, dass das Callcenter auf Wunsch des Mitbeteiligten aus tätig geworden sei und nicht umgekehrt. Weiters brachte er vor, dass keine Berichtspflicht bestanden habe und der Handelsvertretervertrag in dieser Form nicht gelebt worden sei. Dieser sei von einem deutschen Anwalt übermittelt worden. Auch habe der Mitbeteiligte im Sommer in der Schweiz nicht für die Beschwerdeführerin, sondern für eine andere Firma gearbeitet. Über Befragung durch die Richterin zur Mindestumsatzvorgabe erklärte der Vertreter der Beschwerdeführerin, dass es den Außendienstmitarbeitern überlassen gewesen sei, ob sie mehr oder weniger Termine machen würden. Wenn jemand zu wenige Termine verrichtet hätte, hätte man weitere Außendienstmitarbeiter einstellen müssen. Auf die Frage, ob die Beschwerdeführerin damit spekuliert habe, dass die Außendienstmitarbeiter viele Aufträge übernehmen, meinte er, dass er das nicht so unterschreibe, aber es natürlich ein wirtschaftlicher Nutzen sein solle. Das konkrete

Ausmaß sei vom Mitarbeiter vorgegeben worden und es habe keine Pflicht zum Tätigwerden bestanden. In der Zeit, in der der Mitbeteiligte tätig gewesen sei, habe es außerdem kein "Callcenter" gegeben, sondern Mitarbeiter, die Termine vereinbart hätten.

Der Vertreter der belangten Behörde brachte vor, dass es nachvollziehbar sei, dass der Mitbeteiligte nicht genau wisse, ob er ein Fixum erhalten habe, sondern einfach jeden Monat auf sein Konto gesehen habe, ob der Zahlungsfluss zwischen ihm und der Beschwerdeführerin einigermaßen stimme. Zur Weisungsgebundenheit erklärte er, es sei im heutigen Wirtschaftsleben üblich, dass Dienstgeber nicht Face-to-Face Weisungen erteilen würden. Eine Firmenhierarchie in Verbindung mit Datenbanken, unternehmerischen Zielen und wirtschaftlichen Drucksituationen der Dienstnehmer seien jedenfalls dazu geeignet, eine stille Autorität über die Dienstnehmer auszuüben.

Die Zeugin XXXX (im Folgenden: KS) gab an seit Oktober 2008 für die Beschwerdeführerin zu arbeiten. Sie habe als Terminkoordinatorin für die Außendienstmitarbeiter angefangen und sei dann nach zwei Monaten in den Service gewechselt. In den zwei Monaten sei sie hauptsächlich für den Mitbeteiligten tätig gewesen. Es habe ungefähr 5 Außendienstmitarbeiter und 5 Terminkoordinatorinnen gegeben. Sie habe mit dem Mitbeteiligten telefoniert und er habe gesagt, wann es für ihn passe. Sie hätten eine Liste der Einrichtungen gehabt, wo sie angerufen hätten, um dort Termine zu bekommen. Diese habe sie dann eingetragen und der Mitbeteiligte habe sie dann sehen können. Der Mitbeteiligte habe durchschnittlich an vier Tagen pro Woche Termine gehabt. Es sei vorgekommen, dass der Mitbeteiligte keine Zeit gehabt habe, aber sie könne nicht sagen, wie oft das gewesen sei. Den Freitag habe sie immer freigelassen, da er da nicht habe fahren wollen. Nach den Terminen habe er eintragen müssen, ob der Auftrag akquiriert worden sei oder nicht. Dafür habe er eine Terminmaske gehabt. Sonstige Tätigkeiten habe er nicht verrichtet. Sie wisse nicht, ob die Außendienstmitarbeiter Besprechungen gehabt hätten, aber es könne sein. Sie wisse auch nicht, ob es einen Mindestumsatz gegeben habe. Sie selbst habe 5 Termine pro Tag machen müssen, aber diese habe sie auch auf mehrere Tage und Außendienstmitarbeiter verteilen können. Sie habe sich immer mit dem Mitbeteiligten abgesprochen und geschaut, dass die Tage voll würden. Es sei auch vorgekommen, dass er Termine abgesagt habe, dann habe er den Termin verschoben oder sie hätten ihn direkt mit der Einrichtung verschoben. Sie hätten geschaut, dass die Termine innerhalb einer Region seien. Das Unternehmensziel sei es gewesen, bei jeder Schule in ganz Österreich vertreten zu sein. Sie sei von einer Kollegin eingeschult worden. Eine Vorgabe, wie sie die Termine vereinbaren solle, habe sie nicht bekommen. Die Initiative für die Terminvereinbarung sei vom Mitbeteiligten ausgegangen, da es natürlich in seinem Interesse war, Geld zu verdienen. Er habe auch Termine am selben Tag abgesagt, wenn etwas Privates dazwischengekommen sei. Eine Telefonistin sei immer hauptsächlich für einen Außendienstmitarbeiter tätig gewesen. Wenn sie die Vorgabe von 25 Terminen pro Woche nicht erreicht habe, habe es Konsequenzen gegeben. Sie sei deswegen als Telefonistin gekündigt worden, aber S.S. habe sie schnell in die Kundenbetreuung zurückgeholt. Die Meetings der Außendienstmitarbeiter seien kurze Besprechungen gewesen, aber sie wisse nicht, was besprochen worden sei. In der Firma habe es eine Hierarchie gegeben. Es habe den Geschäftsführer gegeben, RD habe sich ums Büro gekümmert und S.S. sei Ansprechperson für die Außendienstmitarbeiter gewesen.

RD gab an, dass er seit 2006 für die Beschwerdeführerin arbeite und seit März 2007 Büroleiter sei. Aktuell sei er außerdem Prokurist und Außendienstmitarbeiter. Seine Termine habe er über eine Terminisiererin bekommen. Manchmal sei er auch "kalt" in eine Einrichtung gegangen, wenn es keine oder nur 1-2 Termine an einem Tag gegeben habe. Auf die Frage, ob ihm die Termine vorgegeben worden seien, erklärte er, dass man angerufen habe und gesagt habe, dass man in der nächsten Woche zum Beispiel gar keine Termine wolle, weil man mit der Familie einen Ausflug mache oder gesagt habe, dass man nur an bestimmten Tagen Termine übernehme. Ihm sei nie fad gewesen, da er Büroleiter sei. Je mehr er gearbeitet habe, umso mehr habe er verdient. Der Mitbeteiligte habe unterschiedlich viel gearbeitet. Das könne man auf einem Kalender recht gut nachverfolgen. Es habe freie Zeiteinteilung gegeben. Es sei auch vorgekommen, dass der Mitbeteiligte Termine gehabt habe und nicht gefahren sei. Über Nachfrage der Richterin, wie sich denn die freie Zeiteinteilung für die Beschwerdeführerin rentieren habe können, meinte RD, dass sie damals 6 bis 7 Mitarbeiter gehabt hätten und das dann gepasst habe für die damaligen Verhältnisse. Heute würde es nicht mehr reichen. Nach dem Termin habe man der Firma den Auftrag irgendwie mitteilen müssen, damit man seine Provision bekomme. Es habe aber sein können, dass das nicht am gleichen Tag erfolgt sei, sondern ein bis zwei Tage später. Außendienstmitarbeiter-Meetings habe es unregelmäßig gegeben. Es seien Arbeitsmeetings für die Präsentation von Unterlagen oder Motivationsmeetings gewesen, bei denen der Chef zum Essen eingeladen habe. Die Frage, ob man an

den Arbeitsmeetings teilnehmen habe müssen, beantwortete er mit "Jein". Es sei natürlich im eigenen Interesse gelegen, aber wenn man nicht gekommen sei, sei man nicht gekommen. Es sei nie ein Problem gewesen. Die Arbeitsmeetings hätten ein bis zweimal pro Jahr stattgefunden. Zu Berichts- und Informationspflichten meinte RD, dass man ab und an miteinander telefoniert habe, um sich auf den neuesten Stand zu bringen. Man habe einfach telefoniert. Der Geschäftsführer habe nie jemanden angerufen. Sie hätten mit den Außendienstmitarbeitern telefoniert. Eine konkrete Umsatzvorgabe habe es nicht gegeben, sondern lediglich Wünsche. Diese hätten jedoch alle Außendienstmitarbeiter und nicht einzelne betroffen. Sonstige administrative Arbeiten habe der Mitbeteiligte nicht ausgeübt. Die Terminvereinbarung sei grundsätzlich nach dem Wunsch des Mitbeteiligten erfolgt. Er habe auch Termine nicht wahrgenommen, ohne sie abzusagen. Allgemein habe es Außendienstmitarbeiter gegeben, die ihren Auftrag geschrieben hätten und die anderen Termine hätten sie dann nicht mehr interessiert. Über Nachfrage der Richterin erklärte er, dass genug Termine zustande gekommen seien, um den Aufbau der Firma zu ermöglichen, dies auch aus eigenem Interesse, da man ja seine Familie ernähren müsse. In dem Zeitraum, in dem der Mitbeteiligte für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei, habe es kein Callcenter, sondern angestellte Terminisiererinnen gegeben, die Termine mit den Einrichtungen vereinbart hätten. Sie hätten die Vorgabe gehabt eine gewisse Anzahl von Terminen zu machen. Diese Zahl sei aber unterschiedlich gewesen, ca. 5-10 Termine pro Woche, wobei 10 Termine zu viel gewesen seien und sie sich bei ca. 5-6 eingependelt hätten. Die Terminvereinbarung sei so abgelaufen, dass der Außendienstmitarbeiter gesagt habe, dass er eine bestimmte Anzahl von Terminen in einem bestimmten Zeitrahmen in einer bestimmten Gegend z.B. in einem Bezirk haben wolle. Sie seien für jeden Termin dankbar gewesen, da sie so mehr Möglichkeiten gehabt hätten, Geld zu verdienen. Seit 2012 sei er an der Beschwerdeführerin mit 20% beteiligt. Heute habe er daher eine andere Stellung als der Mitbeteiligte, aber damals nicht. Die Außendienstmitarbeiter hätten keinen Ausweis, aber Visitenkarten gehabt. Es habe Verrechnungsschecks gegeben, die man nicht verwenden habe müssen, aber sie seien eine einfachere Form gewesen um einen Auftrag zu erhalten. S.S. sei inoffizieller Verkaufsleiter gewesen, weil er viele Mitarbeiter ins Unternehmen geholt habe, aber er habe keinen entsprechenden Vertrag gehabt. Er sei sehr hilfsbereit gewesen und habe Tipps gegeben, was das Verkaufen anbelange.

XXXX, der Sohn des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin, gab an, dass er momentan Prokurist sei und den Vertrieb in Deutschland gemacht habe. In Österreich sei er ab und zu gewesen und habe auch verkauft, dies auch in dem Zeitraum, in dem der Mitbeteiligte für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei. Es seien Termine für die Mitarbeiter gemacht worden, die sie hätten anfahren könne, um dort Produkte anzubieten. Nach seinen Infos hätten die Mitarbeiter ihre Wünsche gesagt. Umsatzvorgaben habe es nicht gegeben. Den Mitbeteiligten kenne er, da er ihn ab und zu im Büro gesehen habe. Aber er habe nicht viel Kontakt gehabt. Sie hätten auch in Deutschland eine Firma. Dort hätten sie aber keine Handelsvertreter, sondern nur angestellte Callcenter-Mitarbeiter. Ob es Besprechungen der Außendienstmitarbeiter gegeben habe, wisse er nicht. Das Unternehmensziel sei es Kindergärten und Schulen zu fotografieren bzw. sie davon zu überzeugen, Fotos zu machen. Es gebe klarerweise Gewinnvorgaben, da es sich irgendwann rentieren müsse. Sie würden von der jahrelangen Erfahrung ausgehen, dass sie pro Kind soundso viel Erlös hätten, und damit würden sie die Kosten ausrechnen. Auf die Frage des Beschwerdeführervertreters, ob der Mitarbeiter selbst entschieden habe, wie viele Termine er annehme und ausführe, meinte er, dass Termine vorgegeben worden seien, die anzufahren gewesen seien. In Bezug auf den Mitbeteiligten habe es auch Terminabsagen gegeben, soviel er wisse. Ob es deswegen Konsequenzen gegeben habe, könne er nicht sagen. Die Außendienstmitarbeiter hätten nicht erreichbar sein müssen. Zur Frage der Berichtspflicht könne er nur sagen, dass den Mitarbeitern ein System zur Verfügung gestellt worden sei, in dem sie den Termin bzw. den Auftrag eingetragen hätten, um den Termin an die Firma zu übermitteln und dafür Geld zu erhalten. Zur Firmenstruktur der Beschwerdeführerin legte er dar, dass es nur seinen Vater gegeben habe und es das gewesen sei. Dann sei RD Prokurist geworden, aber er wisse nicht genau, wann das gewesen sei. Er könne nicht sagen, was er sich von einem Außendienstmitarbeiter erwarte. Er sei mit den Ergebnissen in Österreich generell zufrieden. In Österreich habe es keinen direkten Verkaufsleiter gegeben, aber S.S. sei Ansprechpartner gewesen. S.S. sei aber nicht mehr bei der Firma. Er sei ein sehr guter und erfahrener Verkäufer gewesen. Die Leute hätten sich an ihn gewandt, damit er ihnen sage, was sie gut machen könnten. Er habe aber keine Weisungsbefugnis gehabt. Der Mitbeteiligte sei nicht weisungsgebunden gewesen.

Weiters waren die Zeugin XXXX (im Folgenden: NH) und der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin XXXX geladen, die beide der Verhandlung fernblieben. Die Beweisanträge auf deren Einvernahmen wurden seitens des Rechtsvertreters aufrechterhalten.

8. Am 08.11.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der auch der Mitbeteiligte und RD teilnahmen. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin erschien trotz Ladung und Beweisantrag auf Einvernahme erneut nicht zur Verhandlung. Seitens des Rechtsvertreters wurde auf dessen Einvernahme verzichtet.

In der Verhandlung wurde die Zeugin NH einvernommen und gab an, dass sie von September 2010 bis Jänner 2017 als Buchhalterin bei der Beschwerdeführerin beschäftigt gewesen sei. Sie habe also nur die Abrechnungen kontrolliert und habe sonst nicht beruflich mit dem Mitbeteiligten zu tun gehabt. Sie habe in seine Aufträge hineinschauen müssen und habe die Provisionen kontrolliert. Die Außendienstmitarbeiter hätten ihre Termine selbst ausgemacht oder es sei ihnen eine Telefonistin dafür zur Verfügung gestellt worden. Da die Einrichtungen nur am Vormittag Zeit hätten, sei es mehr oder weniger vorgegeben gewesen, wann die Termine stattfinden. Die Außendienstmitarbeiter hätten sich aussuchen können, wann die Termine stattfinden. Es seien durchschnittlich 2-3 Termine pro Tag gewesen, aber so genau wisse sie es nicht. Sie habe keinen Zugriff auf den Kalender gehabt. Sie habe nur über die Aufträge einen Überblick gehabt. Sie habe nur dann Kontakt zu den Außendienstmitarbeitern gehabt, wenn diese ins Büro gekommen seien z. B. um Unterlagen zu holen. Über Nachfrage, ob es eine Umsatzvorgabe gegeben habe, meinte sie, dass es im Interesse des Außendienstmitarbeiters gewesen sei, viel zu verdienen. Jeder habe ja seine Fixkosten und es hänge von der Jahreszeit ab, wie viele Aufträge man machen könne. Freitag habe der Mitbeteiligte generell nicht gearbeitet. In den Ferien habe man keine Termine machen können. Da seien die Außendienstmitarbeiter zu Hause gewesen. In den Sommermonaten seien Akontozahlungen zur Überbrückung geleistet worden, danach seien sie aber wieder abgezogen worden. Die Bezahlung sei nur von den akquirierten Aufträgen abhängig gewesen. Weisungen, dass die Außendienstmitarbeiter bestimmte Termine wahrzunehmen hatten, habe es nicht gegeben. Das wisse sie aus Gesprächen mit Telefonistinnen. Diese hätten auch immer wieder erzählt, dass sie Termine vereinbart hätten, die von den Außendienstmitarbeitern wieder abgesagt worden seien, weil sie nicht wegen ein oder zwei Terminen hinausfahren hätten wollen. Die Außendienstmitarbeiter hätten Meetings gehabt, bei denen es um neue Produkte gegangen sei. Sie hätten nicht dabei sein müssen, aber es sei in ihrem Interesse gewesen teilzunehmen, damit sie wüssten, was los sei. Sie seien ja davon abhängig gewesen Aufträge zu bekommen. Sanktionen habe es keine gegeben. Wenn Außendienstmitarbeiter anlässlich der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin in Hotels genächtigt hätten, hätten sie Kostenübernahmebestätigungen geschrieben, dass sie die Kosten übernehmen würden. Berichte hätten stattgefunden, da die Mitarbeiter die Aufträge in das System eingegeben hätten. Es habe aber keine Listen gegeben, wann wer wo genau gewesen sei. Viele Außendienstmitarbeiter hätten Privatwagen gehabt und daher über Kilometergeld abgerechnet. Bei den Firmenwagen habe die Beschwerdeführerin die Kosten getragen. Wie die Vereinbarungen genau gewesen seien, wisse sie nicht. Zur Firmenstruktur gab sie an, dass es den Geschäftsführer gegeben habe und einen Büroleiter, nämlich RD, da der Chef kaum in Österreich gewesen sei. S.S. sei Außendienstmitarbeiter und auch Ansprechperson gewesen, da er einen guten Draht zum Chef gehabt habe. Wenn jemand Fragen gehabt habe oder es um Provisionen gegangen sei, sei man zu S.S. gegangen. Er habe aber zu den Außendienstmitarbeitern nicht gesagt, dass sie etwas so oder so machen müssten, da sie ja ihr eigener Herr seien. Ob er für diese Tätigkeit eine zusätzliche Provision erhalten habe, wisse sie nicht. Von verpflichtenden Auslandseinsätzen wisse sie auch nichts.

Über Vorhalt des Mails vom 12.05.2011, laut dem Anwesenheitspflicht beim Meeting bestehe, meinte RD, dass er das schreiben habe können, da es von Außendienstmitarbeiter zu Außendienstmitarbeiter gewesen sei. Er sei kein Verkaufsleiter oder Büroleiter gewesen. Er sei nämlich erst ab September 2013 Büroleiter gewesen und davor genauso selbstständig wie die anderen.

Die Zeugin NH gab weiters an, dass bei Fragen RD Ansprechpartner gewesen sei, sonst sei es einfach gelaufen. Alles sei über den Geschäftsführer gelaufen. Wenn z.B. ein Telefon anzumelden gewesen, habe er RD eine Vollmacht ausgestellt. Es habe außerdem eine Telefonistin gegeben, die schon länger bei der Firma gewesen sei und die man habe fragen können. Wenn es Probleme gegeben habe, hätte sie das selbst mit der betreffenden Person gelöst und die Außendienstmitarbeiter hätten ja S.S. anrufen können. Betreffend die Kontrolle ihrer eigenen Arbeitszeit meinte sie, dass es keine Stechkarten gegeben habe, aber der Chef ja sehen könne, wie lange sie erreichbar sei, Mails schicke und im System eingeloggt sei. In Wien laufe die Firma hauptsächlich selbstständig. Er habe sich darauf verlassen, dass sie selbstständig arbeiten würden.

RD ergänzte, dass das Überbrückungsgeld im Sommer an eine Leistung gebunden gewesen sei. Die

Außendienstmitarbeiter hätten freiwillig in den Sommermonaten nach Deutschland oder in die Schweiz gehen können und dort akquirieren. Über Nachfragen der Richterin betreffend das arbeits- und sozialgerichtliche Verfahren betreffend den Außendienstmitarbeiter Ulrich Buchinger erklärte er, dass ein Vergleich geschlossen worden sei, um das Ganze abzukürzen.

NH erklärte über Nachfragen, dass der Chef schon kontrolliert habe, ob sich das mit den Außendienstmitarbeitern lohne. Wenn einer krank gewesen sei, habe er die Sekretärin angerufen. Es sei aber kein anderer eingesprungen, da jeder sein Gebiet gehabt habe und dafür zuständig gewesen sei. Zur Stammkundendatei meinte sie, dass es eine Datei gegeben habe, in der man sehen habe könne, wo es Schulen gebe. Es sei eher eine Hilfestellung gewesen und er habe selbst entscheiden können, ob er die Einrichtungen besuche. Terminlisten habe sie nie gesehen. Die Schulen hätten eine Aufwandsentschädigung erhalten, die die Außendienstmitarbeiter mit den Schulen ausgemacht hätten.

Über Nachfragen sagte der Mitbeteiligte aus, dass er keine Ermäßigungen aushandeln habe können, sondern NH Sponsoring bzw. Aufwandspauschalen gemeint habe. Man habe wählen können, wie viel Sponsoring man den Einrichtungen gebe, aber auch dafür habe es fixe Sätze gegeben. RD bestätigte dies und ergänzte, dass der Mitbeteiligte aus einer Vielzahl von Prospekten auswählen habe können, aber nicht von den Preisen in den einzelnen Prospekten habe abweichen können. Weiters führte er aus, inwieweit das System mittlerweile umgestellt worden sei. Nunmehr würde Telefonmarketing stattfinden. Sie hätten angestellte Mitarbeiter, die die Einrichtungen anrufen und direkt Fototermine ausmachen würden. Sie hätten nämlich gesehen, dass es nicht funktioniere und deswegen umgestellt.

Die Zeugin XXXX (im Folgenden: BM) gab an, dass sie vor sechs Jahren ein Jahr bei der Beschwerdeführerin tätig gewesen sei. Es habe dann ein strafgerichtliches Verfahren und eine Verurteilung gegeben, da sie Geld entwendet habe. Ihre Aufgabe sei es gewesen, in den Einrichtungen anzurufen und Termine auszumachen. Sie habe bei den Schulen nachgefragt, wann es bei ihnen möglich sei und dann habe sie geschaut, wie sich das damit vereinbaren lasse, wann die Fotografen Zeit hätten. Sie sei für den Mitbeteiligten zuständig gewesen. Auf einem Kalender sei ersichtlich gewesen, wann er Zeit habe. Sie habe sich schon mit ihm abgesprochen, aber so genau wisste sie es nicht mehr. S.S. sei auch Außendienstmitarbeiter gewesen und RD sei ihre Ansprechperson gewesen. Ob die Außendienstmitarbeiter Umsatzvorgaben gehabt hätten, wisse sie nicht. Wenn der Mitbeteiligte krank gewesen sei, hätten sie die Termine verschoben oder jemand anderen gegeben. Die Außendienstmitarbeiter hätten telefonisch erreichbar sein müssen untertags, wenn sie unterwegs gewesen seien. Sie seien jedenfalls immer erreichbar gewesen. Die Termine seien schon dicht hintereinander gewesen und es habe selten einen Tag ohne Termin gegeben. Sie hätten ihnen aber nicht gesagt, dass sie so viele Termine machen müssten, aber sie selbst hätten die Vorgabe gehabt 3 bis 4 Termine täglich pro Außendienstmitarbeiter auszumachen. Sie sei neben dem Mitbeteiligten noch für einen anderen Außendienstmitarbeiter zuständig gewesen. Die Außendienstmitarbeiter hätten Auftragsbestätigungen geschickt, aber sie wisse nicht, was passiert sei, wenn keine geschickt worden sei. Die Telefonistinnen hätten nur die Information gegeben, dass er dort gewesen sei und ob sie es nehmen oder nicht nehmen. Mehr wisse sie nicht mehr. Sie wisse auch nicht, wer Verkaufsleiter gewesen sei, aber RD sei Büroleiter gewesen.

Die Zeugin XXXX (im Folgenden: DL) gab an, dass sie ca. 5 Jahre (bis 2013) für die Beschwerdeführerin als Terminisiererin gearbeitet habe und für 30 Stunden pro Woche angestellt gewesen sei. Sie sei hauptsächlich für RD zuständig gewesen, aber auch für S.S. und ganz wenig für den Mitbeteiligten. Sie habe sich bezüglich der Terminvereinbarungen schon mit den Außendienstmitarbeitern zusammengesprochen, da diese teilweise auch selbst Termine ausgemacht hätten und sie diese Termine habe koordinieren müssen. Es seien ungefähr 2-3 Termine pro Tag und ca. 7 Termine pro Woche pro Außendienstmitarbeiter gewesen. Die Tage seien meistens alle voll gewesen, außer in den Schulferien. Nach Absolvierung der Termine hätten die Außendienstmitarbeiter Berichte abgeben müssen, darüber, dass sie Kostenvoranschläge gemacht hätten und ob es für die Einrichtung passe. Zuerst habe sie nur den Termin in die Datenbank eingetragen und dann alles an Informationen, die sie gehabt hätten. Auch die Außendienstmitarbeiter hätten etwas eingetragen und sie hätte mit ihnen Informationen ausgetauscht. Sie habe auch aus Interesse nachgefragt, wie der Termin gewesen sei. Bei manchen Einrichtungen habe es sich nämlich nicht ausgezahlt anzurufen, da diese schon auf ihre Fotografen eingeschossen gewesen seien. Das habe sie dann in die Datenbank eingepflegt. Sie habe auch eingetragen, wenn es eine besonders große Einrichtung war, da sie diese dann für sich gewinnen hätten wollen. Wenn der Außendienstmitarbeiter krank gewesen sei, habe sie bei den Einrichtungen angerufen und die Termine verschoben. Es habe Umsatzvorgaben für die Außendienstmitarbeiter gegeben. Sie hätten Meetings anfangs mit dem Geschäftsführer und dann mit RD gehabt, bei denen er ihnen erklärt habe, wie viel Umsatz

sie machen sollten, was wichtig sei. Diese Meetings hätten einmal pro Monat stattgefunden. Am Ende ihrer Tätigkeit hätten sie nur noch alle 6 Monate stattgefunden. Bei den Meetings mit RD sei sie nie dabei gewesen. Die Außendienstmitarbeiter hätten bei diesen Meetings anwesend sein müssen, damit sie wüssten, wie es in der Firma weitergehe und ob es ein Umsatzplus oder Umsatzminus gebe. Es habe schon ein wichtiger Grund vorliegen müssen, dass jemand nicht gekommen sei, sonst hätte es eine Verwarnung gegeben. Aber es seien immer alle gekommen, sogar aus den Bundesländern. S.S. sei selbst Außendienstmitarbeiter und Chef der Außendienstmitarbeiter gewesen. Das habe sich darin geäußert, wie er mit den Leuten geredet und was er ihnen gesagt habe. Er habe z.B. gesagt, wer für welches Bundesgebiet zuständig sei. S.S. habe auch gesagt, wie es bei den Außendienstmitarbeitern besser laufen könne. Die Anweisungen seien schon ein bisschen freundschaftlich, aber auch bestimmt gewesen. Später sei RD Chef der Außendienstmitarbeiter geworden. S.S. und RD hätten z.B. auch beschlossen, welche Fotoserien mitzunehmen sind. Die Außendienstmitarbeiter hätten telefonisch erreichbar sein müssen, weil es hätte sein können, dass eine Einrichtung anrufe und den Termin absage. Davon hätte man die Außendienstmitarbeiter ja informieren müssen, damit sie nicht umsonst hinfahren. Zur Stammkundenkartei erklärte sie, dass es eine Datenbank gegeben habe, in der alle Einrichtungen erfasst gewesen seien. Diese hätten sie durchtelefonierte. Dass die Außendienstmitarbeiter selbst die Liste durchgegangen seien, um Aufträge zu akquirieren, sei nicht vorgekommen. Auf die Frage, ob der Mitbeteiligte auch an Freitagen gearbeitet habe, erwiderte sie, dass er sicher nicht nie an Freitagen gearbeitet habe, da sie immer an allen Wochentagen Termine eingetragen habe. Sie könne sich nicht erinnern, dass er am Freitag gerne frei gehabt habe.

Am Ende der Verhandlung brachte der Vertreter der Beschwerdeführerin vor, dass er zum Beweis, dass keine klassische Arbeitspflicht bestanden habe, da der Mitbeteiligte eine Großzahl an Terminen, welche von ihm im Kalender angegeben worden seien, nicht besucht habe und dadurch keine Umsätze entstanden seien, den elektronischen Terminkalender vorlegen wolle. Auf Vorhalt der Richterin, warum diese Liste nicht schon längst vorgelegt wurde und nicht erst nach der zweiten Verhandlung in Aussicht gestellt wird, schwieg der Rechtsvertreter.

Der Vertreter der belangten Behörde führte dazu und abschließend an, dass für den Prüfzeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2012 seitens der GKK eine gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben von der Beschwerdeführerin durchgeführt worden sei; im Zuge einer solchen Prüfung habe der Dienstgeber grundsätzlich sämtliche Unterlagen offen zu legen. Darüber hinaus spreche das vorliegende Aktenmaterial und die heutige mündliche Verhandlung klar für das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses. Insbesondere Nächtigungsgelder und Fahrtkostenersatz seien typische Merkmale eines echten Dienstverhältnisses. Außerdem werde auf die Judikatur des VwGH zur stillen Autorität des Dienstgebers verwiesen.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin bestritt die Zahlungen für Hotel und Nächtigungen. Diese seien als Honorarzahlungen und keinesfalls als Aufwandsentschädigungen zu werten. Weiters wurde entgegnet, dass der Mitbeteiligte keinesfalls weisungsgebunden gewesen sei und wenn überhaupt nur Tipps erteilt worden seien. Darüber hinaus sei er nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen.

Der Zeuge XXXX, der ebenfalls als Außendienstmitarbeiter für die Beschwerdeführerin tätig war, meldete sich im Laufe der Verhandlung krank. Der Zeuge S.S. und die Zeugin XXXX sind nicht erschienen.

9. Mit Eingabe vom 22.11.2017 übermittelte die Beschwerdeführerin Listen über die Termine des Mitbeteiligten betreffend das Jahr 2011.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die Beschwerdeführerin war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Geschäftszweig Fotovertrieb tätig. Ihr Unternehmenszweck richtet sich auf die Akquisition von Fototerminen mit Kindergärten und Schulen.

1.2. Der Mitbeteiligte war im Zeitraum vom 03.09.2008 bis 31.01.2012 für die Beschwerdeführerin tätig.

1.3. Zwischen der Beschwerdeführerin und dem Mitbeteiligten wurde ein Vertrag mit dem Titel "Handelsvertretervertrag" abgeschlossen. Laut diesem Vertrag umfasste der Aufgabenbereich des Mitbeteiligten als selbstständiger Handelsvertreter im Außendienst die Vermittlung bzw. den Abschluss von Dienstleistungsvereinbarungen in Kindergärten und Schulen im gesamten Bundesgebiet und die vorherige Kontaktaufnahme mit diesen Einrichtungen. Neben einem Recht, sich unter Einsatz von eigenen Mitarbeitern oder

Hilfspersonen vertreten zu lassen, wurden außerdem eine Konkurrenzklausel betreffend die Nebentätigkeit bei Konkurrenzunternehmen und Akquisition gleicher oder ähnlicher fotografischer Leistungen auf eigene Rechnung, sowie die Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen vereinbart. Des Weiteren findet sich in dem Vertrag eine Verpflichtung des Mitbeteiligten der Beschwerdeführerin täglich bis 17:00 Uhr über seine Tätigkeit Bericht zu erstatten und die akquirierten Fototerminvereinbarungen einzureichen.

1.4. Dem Mitbeteiligten wurde von der Beschwerdeführerin zur Ausübung seiner Tätigkeit ein Kfz sowie ein Mobiltelefon überlassen. Die dafür anfallenden laufenden Kosten wurden von der Beschwerdeführerin getragen. Die Ausgaben für Treibstoff für den Betrieb des Kfz wurden mittels einer Tankkarte abgerechnet. Weiters wurden ihm Visitenkarten zur Verfügung gestellt, die seinen Namen, die Anschrift der Beschwerdeführerin und seine E-Mail-Adresse mit dem Domainnamen der Beschwerdeführerin enthalten. Für die Ausübung seiner Tätigkeit benutzte er außerdem seinen eigenen privaten Laptop. Die Kosten für Internet und Druckerpatronen wurden jedoch über die Spesenabrechnung mit der Beschwerdeführerin abgerechnet. Der Mitbeteiligte verfügte über keine eigene unternehmerische Struktur und hatte auch keine Mitarbeiter.

1.5. Der Ablauf seiner Tätigkeit gestaltete sich in der Weise, dass ihm eine Mitarbeiterin der Beschwerdeführerin zugeteilt wurde, die vorwiegend für ihn zuständig war und aus eigener Initiative nach den Vorgaben der Beschwerdeführerin für ihn Termine bei den Einrichtungen vereinbarte. Diese Termine wurden teilweise auch mit dem Mitbeteiligten abgesprochen. Diese Mitarbeiterinnen wurden Terminisiererinnen genannt und waren Dienstnehmerinnen der Beschwerdeführerin. Sie hatten die Vorgabe eine gewisse Anzahl von Terminen (ungefähr 5 pro Tag) zu vereinbaren. Für den Mitbeteiligten wurden bis zu 6 Termine täglich von Montag bis Freitag im Rahmen der Öffnungszeiten der Einrichtungen, also vorwiegend am Vormittag und frühen Nachmittag, vereinbart. Auf seine Terminlisten hatte er über ein von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestelltes System Zugriff durch Eingabe seiner Log-In-Daten. Sein Einsatzgebiet erstreckte sich auf Wien, Niederösterreich, die Steiermark und das Burgenland. Dem Mitbeteiligten wurde außerdem eine eigene Liste von Stammkunden übergeben, die abzuarbeiten war. Während der Ferien insbesondere in den Monaten Juli und August fanden keine Termine mit den Einrichtungen statt.

1.6. Im Falle einer Erkrankung hatte der Mitbeteiligte die Beschwerdeführerin darüber zu informieren. Die Termine wurden daraufhin durch die Terminisiererinnen verschoben.

Der Mitbeteiligte war grundsätzlich dazu gehalten, die für ihn von den Terminisiererinnen vereinbarten Termine einzuhalten.

Insbesondere im Jahr 2011 wurden immer wieder Termine abgesagt. Die Gründe dafür waren verschiedenartig (z.B. Absage von Seiten der Einrichtung), und mitunter wurden auch Termine durch den Mitbeteiligten abgesagt (z.B. aufgrund von Erkrankung, Autopanne, ausreichendem Umsatz, vorangehender Termine, die länger dauerten, unpraktischer Tourplanung, persönlichen Gründe). In den meisten Fällen von Absagen wurde neue Termine vereinbart und vermerkt bzw. in Aussicht genommen.

Der Mitbeteiligte hat sich nicht durch Dritte vertreten lassen.

1.7. Bei den Terminen, die in den Räumlichkeiten der Schulen und Kindergärten stattfanden, hatte der Mitbeteiligte die Aufgabe, die Produkte der Beschwerdeführerin, die von dieser fix vorgegeben waren, zu präsentieren und die besuchten Einrichtungen als Kunden zu werben. Die Preise der verschiedenen Produkte wurden ebenfalls von der Beschwerdeführerin vorgegeben, sodass der Mitbeteiligte nicht eigenmächtig Preisnachlässe gewähren konnte. Er konnte lediglich bestimmten, wie viel Sponsoring er den Einrichtungen gibt, wobei es auch dafür fixe Sätze gegeben hat. Bei erfolgreich abgeschlossener Akquise verfasste der Mitbeteiligte mit der Einrichtung eine schriftliche Vereinbarung über den Umfang des Auftrages, die er selbst unterzeichnete. Auf diesen Aufträgen sind auch der Name und die Anschrift der Beschwerdeführerin angeführt. Er war darüber hinaus gehalten, möglichst zeitnah nach dem Termin in eine von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellte Datenbank einzutragen, dass die Einrichtung besucht wurde, und auch die wesentlichen Inhalte aufzuzeichnen, die bei dem Termin besprochen wurden. Insbesondere war das Zustandekommen eines Auftrages festzuhalten, was auch der Abrechnung des Entgelts des Mitbeteiligten diente. Darüber hinaus berichtete er über die Termine mittels Telefonaten mit RD, S.S. und den Terminisiererinnen.

1.8. Die Höhe der Entlohnung des Mitbeteiligten richtete sich nach der Anzahl der verkauften Serien. Die im jeweiligen Jahr anzuwendende Geringfügigkeitsgrenze wurde jeden Monat überstiegen. Die Auszahlung des Entgelts erfolgte in

Form von Akontozahlungen oder Abrechnungen für einen bestimmten Zeitraum. Die Höhe der ausbezahlten Beträge war jeweils unterschiedlich. Die einzelnen Zahlungen erfolgten in ungleichmäßigen Abständen, wobei sie jedoch über das gesamte Jahr verteilt und ohne größere Lücken stattfanden. In den Ferienmonaten wurde dem Mitbeteiligten ein Überbrückungsgeld ausbezahlt, das an bestimmte Gegenleistungen gebunden war. Für den Zeitraum August 2009 und August 2010 wurde zwischen dem Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin eine Vereinbarung über die Teilnahme an Schwerpunktwerbungen bzw. an einer Telefonverkaufsaktion getroffen, die in der Schweiz oder in Deutschland stattfanden. Dafür wurde eine gesonderte Entlohnung vereinbart. Die Höhe dieser Entlohnung bestimmte sich nach den durchschnittlichen Leistungen der letzten drei Monate. In der Vereinbarung vom Sommer 2011, die die Auszahlung von insgesamt EUR 4.000,- vorsah, wurde als Gegenleistung lediglich die Beachtung der ohnehin im Handelsvertretervertrag bereits festgehaltenen Konkurrenzklausel angeführt. Die Höhe der ausbezahlten Beträge bestimmte sich nach der Anzahl der im Frühjahr 2011 verkauften Serien.

1.9. In unregelmäßigen Abständen fanden Meetings statt. Die Teilnahme daran war für die Außendienstmitarbeiter verpflichtend. Bei diesen Meetings wurden den Mitarbeitern die neuen Produkte der Beschwerdeführerin vorgestellt und Arbeitsunterlagen übergeben.

1.10. Obwohl durch die Beschwerdeführerin kein zahlenmäßig bestimmter Mindestumsatz ausdrücklich festgesetzt wurde, wurde von den Außendienstmitarbeitern jedenfalls ein gewisses Auftragsvolumen erwartet und zwar in einer solchen Höhe, dass sich die durch den Außendienstmitarbeiter anfallenden laufenden Kosten rentieren. Die regelmäßige Unterschreitung dieses erwarteten Auftragsvolumens hätte die Auflösung des Vertrages zur Folge gehabt.

1.11. Zur Organisationsstruktur des Unternehmens ist festzustellen, dass es einen Vorgesetzten für die Außendienstmitarbeiter gab. Die Funktion des Außendienstchefs wurde zunächst von S.S. ausgeübt und danach von RD, der neben seiner Tätigkeit als Außendienstmitarbeiter bereits seit März 2007 auch die Funktion des Büroleiters innehatte.

1.12. Der Mitbeteiligte war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum für keine Konkurrenzunternehmen der Beschwerdeführerin tätig und finanzierte seinen Lebensunterhalt ausschließlich durch die Einkünfte aus der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin.

1.13. Mit Bescheid vom 31.10.2014, XXXX, stellte die Salzburger Gebietskrankenkasse fest, dass Ulrich Buchinger, der auch für die Beschwerdeführerin als Außendienstmitarbeiter tätig war, aufgrund der in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten, entgeltlichen Tätigkeit der Pflicht(Voll-)versicherung gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ASVG iVm § 1 Abs. 1 lit a AVG unterliegt. Gegen diesen Bescheid erhab die Beschwerdeführerin kein Rechtsmittel.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Akt der belangen Behörde, in die von den Parteien vorgelegten Unterlagen (darunter der Handelsvertretervertrag samt Zusatzvereinbarungen, Kontoauszüge, diverse E-Mails und Abrechnungen), in die von der Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht übermittelten Terminlisten, sowie durch die Angaben des Vertreters der Beschwerdeführerin, des Vertreters der belangen Behörde, des Mitbeteiligten und der Zeugen in den mündlichen Verhandlungen vor dem Bundesverwaltungsgericht am 26.04.2017 und am 08.11.2017.

Betreffend die seitens der Beschwerdeführerin geäußerten Bedenken hinsichtlich der Zeugin BM ist anzumerken, dass sich diese aufgrund ihrer relativ kurzen und lange zurückliegenden Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin ohnehin nur noch rudimentär an die konkreten Abläufe erinnern konnte und sich ihre Angaben in der mündlichen Verhandlung daher schon unter diesem Gesichtspunkt in einer Zusammenschau für die Beweiswürdigung nicht als entscheidungswesentlich darstellten.

2.1. Der Geschäftszweig und der Unternehmenszweck der Beschwerdeführerin stehen aufgrund des Firmenbuchauszuges und den übereinstimmenden Angaben sämtlicher Verfahrensparteien fest.

2.2. Der festgestellte Zeitraum, in dem der Mitbeteiligten für die Beschwerdeführerin tätig war, ergibt sich aus dem angefochtenen Bescheid und wurde nicht bestritten.

2.3. und 2.4. Die Feststellungen betreffend den Inhalt des von der Beschwerdeführerin mit dem Mitbeteiligten abgeschlossenen Vertrages und betreffend die Betriebsmittel basieren auf dem vom Mitbeteiligten vorgelegten Vertragstext samt Zusatzvereinbarungen. Auch die Feststellung, dass die Spesen von der Beschwerdeführerin

übernommen wurden, ergibt sich aus § 6 des abgeschlossenen Handelsvertretervertrages, der Vereinbarung über die Tankkarte sowie aus den vorgelegten Spesenabrechnungen.

2.5. Dass die Terminisiererinnen dafür zuständig waren, Termine für die Außendienstmitarbeiter zu vereinbaren, steht unstrittig fest. Die im Handelsvertretervertrag vorgesehene Regelung, wonach sich der Mitbeteiligte selbst um die Kontaktaufnahme mit den Einrichtungen bemühen müsse, wurde demnach in der Praxis nicht so gehandhabt. Dies wurde von sämtlichen Zeugen und dem Mitbeteiligten übereinstimmend ausgesagt. Die Feststellung, dass die konkrete Lage der Termine teilweise mit den Außendienstmitarbeitern abgesprochen worden ist, beruht auf den übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen KS, DL und BM. Auch der Mitbeteiligte bestätigte in ständigem Kontakt mit den Terminisiererinnen gewesen zu sein und teilweise Termine verschoben zu haben. Auch der Umstand, dass der Mitbeteiligte neben der Absolvierung der von der Terminisiererin vereinbarten Termine auch die Einrichtungen der Stammkundenliste abarbeiten musste und dafür selbst zuständig war, spricht dafür, dass eine zeitliche Akkordierung der unterschiedlichen Aufgaben nötig gewesen ist. Dass die Terminisiererinnen selbst Vorgaben hatten, eine gewisse Anzahl von Terminen zu vereinbaren, wurde sowohl von der Zeugin KS und dem Zeugen RD bestätigt. Hinsichtlich der konkreten Anzahl der zu vereinbarenden Termine waren die Angaben der beiden Zeugen jedoch abweichend. Es war diesbezüglich der Zeugin KS zu folgen, da die vom Zeugen RD genannte Anzahl von 5-10 zu vereinbarenden Terminen pro Woche als nicht ausreichend angesehen wird, um die wöchentliche Arbeitskapazität einer Terminisiererin vollständig auszulasten. KS erklärte, dass sie wegen der Nichterfüllung der Vorgabe von 5 Terminvereinbarungen pro Tag sogar ihren Arbeitsplatz bei der Beschwerdeführerin habe wechseln müssen. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Terminlisten lassen auf einen Richtwert von ungefähr 5 Terminen pro Tag pro Terminisiererin schließen, da darin auch eine relativ hohe Anzahl von Terminen eingetragen ist. Aus diesen Terminlisten geht jedoch nicht hervor, dass - entgegen der Aussagen der Zeuginnen KS und NH - für den Mitbeteiligten am Freitag generell keine Termine ausgemacht wurden. Auch an Freitagen sind nämlich regelmäßig Termine eingetragen, was auch die Zeugin DL bestätigte. Dass die Terminisiererinnen nur auf Wunsch des Mitbeteiligten tätig geworden sind und die Termine nicht (auch) aus eigener Initiative vereinbarten - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - war vor dem Hintergrund, dass sie selbst Vorgaben bezüglich der Anzahl der zu vereinbarenden Termine hatten, nicht plausibel.

Die Feststellungen zum Einsatzgebiet des Mitbeteiligten basieren auf dessen glaubwürdigen Angaben in der mündlichen Verhandlung in Zusammenschau mit den in den Terminlisten vermerkten Ortsangaben.

Dass es Stammkundenlisten für die Außendienstmitarbeiter gegeben hat, geht aus den übereinstimmenden Aussagen sämtlicher Verfahrensparteien und Zeugen hervor. Des Weiteren liegt dem Akt eine als "Stammkundenliste" betitelte Aufstellung bei, die den Namen des Mitbeteiligten im Titel enthält und ihm von RD per E-Mail vom 16.01.2012 übermittelt wurde. Dieser leugnete jedoch bei seiner Einvernahme als Zeuge, dass eine Verpflichtung bestanden habe, die darin angeführten Einrichtungen zu besuchen. Es war diesbezüglich aber den Angaben des Mitbeteiligten zu folgen, da diese durch ein E-Mail des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin vom 30.11.2008 bestätigt werden. In diesem wird nämlich gegenüber den Außendienstmitarbeitern ausdrücklich angeordnet, dass übergebene Stammkundenlisten sofort durchgearbeitet werden sollen.

2.6. Dass der Mitbeteiligte im Falle seiner Erkrankung die Beschwerdeführerin informieren musste, ergibt sich aus seiner diesbezüglichen Aussage, die insbesondere vor dem Hintergrund plausibel erscheint, dass die Terminisiererin die bereits mit den Einrichtungen vereinbarten Termine absagen mussten.

Die Feststellung, dass der Mitbeteiligte grundsätzlich dazu gehalten war, die für ihn vereinbarten Termine einzuhalten, basiert auf den Angaben des Mitbeteiligten und der Aussage des Sohnes des Geschäftsführers, wonach die vorgegebenen Termine anzufahren waren. Auch aufgrund der finanziellen Abhängigkeit des Mitbeteiligten von der Beschwerdeführerin konnte sie damit rechnen, dass zumindest der Großteil der Termine eingehalten wird.

Dass im Jahr 2011 immer wieder auch Termine abgesagt wurden, ergibt sich aus den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Terminlisten; auch der Mitbeteiligte hat ebenso wie die Zeugin KS in den Verhandlungen angeführt, dass und aus welchen Gründen er Termine abgesagt hat, was sich als nachvollziehbar erweist und nicht auf eine generelles sanktionsloses Ablehnungsrecht im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur schließen lässt. Was die Terministen betrifft, so ist in diesen nur in einem kleinen Teil der Fälle der Grund der Absage festgehalten und erschließt sich in den meisten Fällen auch nicht, ob die Absage von Seiten des Mitbeteiligten oder der Einrichtungen oder aus sonstigen

Gründen erfolgt ist. Zum Beispiel wurde vermerkt "termin abgesagt zeitlich nicht ausgegangen wieder melden im herbst", "leiterin termin abgesagt", "termin abgesagt (XXXX zahnarzt)" oder "Abgesagt / Auto panne". In den übrigen überwiegenden Fällen wurde lediglich "Termin abgesagt" vermerkt und vielfach ein neuer Termin angeführt. Infofern erscheinen die nachträglich vorgelegten Terminlisten, welche sich zudem nur auf das Jahr 2011 beziehen, nicht geeignet, die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Mitbeteiligte habe weniger als die Hälfte der Termine wahrgenommen und habe die Möglichkeit gehabt jeden Termin im Vorhinein abzusagen oder zu verschieben, zu belegen. In den dargelegten Absagen in Zusammenschau mit der Organisation der Einsätze des Mitbeteiligten durch die Beschwerdeführerin kann kein Hinweis darauf erblickt werden, dass für den Mitbeteiligten die Möglichkeit bestand, Termine jederzeit sanktionslos abzulehnen und dass er dies auch so praktiziert hat. Derartiges konnte im Laufe des Verfahrens auch nicht von der Beschwerdeführerin dargetan werden.

Dass der Mitbeteiligte, wie er selbst ausgesagt hat, keinen Gebrauch von dem im Vertrag vereinbarten generellen Vertretungsrecht durch Dritte gemacht hat, stellt sich als glaubhaft dar, da er keine eigene unternehmerische Struktur hatte und eine allfällige Vertretung eine genaue Kenntnis der Produkte der Beschwerdeführerin hätte haben müssen. Auch aus den Schilderungen der Zeugen ist eine Vertretung nicht hervorgekommen.

2.7. Dass der Mitbeteiligte Einrichtungen zur Akquirierung von Aufträgen für die Beschwerdeführerin aufgesucht hat und dort die von der Beschwerdeführerin vorgegeben Produkte vorgestellt hat, geht ebenso wie der Umstand, dass auch die Preise der Produkte nicht der Disposition des Mitbeteiligten unterlagen, aus den diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen sämtlicher Verfahrensparteien und Zeugen hervor und steht damit unstrittig fest. Auch die Feststellungen zum Sponsoring, das den Einrichtungen gewährt werden konnte, basieren auf den Angaben des Mitbeteiligten, deren Richtigkeit von RD in der mündlichen Verhandlung bestätigt wurde. Dass in den Vordr

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at