

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/7 W173 2003888-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.11.2018

## Entscheidungsdatum

07.11.2018

## Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W173 2003888-1/8E

W173 2004541-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Margit MÖSLINGER-GEHMAYR als Einzelrichterin über die Beschwerden von Frau XXXX (vormals XXXX ), vertreten durch RA Dr. Gerhard PAIL, Evangelische Kirchengasse 2, 7400 Oberwart, gegen die Bescheide der Burgenländischen Gebietskrankenkasse, Siegfried Marcus-Straße 5, 7000 Eisenstadt, 1. vom 24.6.2013, ZI II-Mag.Eis-Sch-13, betreffend Feststellung der Versicherungspflicht (Spruchpunkt I.) und Beitragsvorschreibung (Spruchpunkt II.) gemäß ASVG und 2. vom 25.6.2013, ZI II-Mag.Eis-Sch-13, betreffend Vorschreibung von Beitragszuschlägen gemäß ASVG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 zu Recht erkannt:

A)

1. Die Beschwerde gegen den Bescheid vom 24.6.2013 wird als unbegründet abgewiesen.
2. Die Beschwerde gegen den Bescheid vom 25.6.2013 wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision zu den Spruchpunkten A) 1. und A) 2. ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Nach einer abgabenrechtlichen Prüfung durch Organe der Finanzpolizei am 26.5.2011 von Herrn XXXX (in der Folge MP) erfolgte nach Aufnahme einer Niederschrift eine Mitteilung an die Burgenländische Gebietskrankenkasse (in der

Folge belangte Behörde). In dieser Niederschrift gab der MP unter anderem an, für das mit Tiefkühlprodukte handelnde Unternehmen von XXXX (nunmehr XXXX, in der Folge BF), auf selbstständiger Basis seit 1.4.2011 auf Probe Vertretertätigkeiten mit dem eigenen PKW durchzuführen und dafür eine Provision von Euro 800,00 zu erhalten. Er besitze keinen Gewerbeschein, werde diesen aber nachholen. Er beziehe zugleich seit dem 1.4.2011 Arbeitslosengeld und habe noch keine Meldung bei der SVA durchgeführt. Heute habe er für die BF Zustelltätigkeit mit dem Kleinlastkraftwagen der BF, den er morgens um 7:00 Uhr übernommen habe, durchgeführt, wofür er Euro 50,- erhalten. Er habe bisher nur zwei Auslieferungen vorgenommen.

2. Die belangte Behörde forderte die BF sowie den MP unter Vorgabe eines Fragenkatalogs zur Stellungnahme auf. Die BF gab mit Schreiben vom 20.6.2012 bekannt, dass der MP auf Basis des angeschlossenen Werkvertrags vom 1.12.2010 bis 17.10.2011 als selbstständiger Handelsvertreter für das Unternehmen der BF tätig gewesen sei. Der MP habe auf Provisionsbasis gearbeitet und keine tägliche Entlohnung erhalten. Für seine Zustellungen sei eine Pauschale von Euro 50,- pro Tag vereinbart worden. Als selbstständiger Handelsvertreter sei der MP an keine Arbeitszeit gebunden gewesen und keiner Weisung und Kontrolle unterlegen. Das Firmenfahrzeug habe der MP an seinem Wohnort oder bei der Firma abstellen können. Die Provisionsansprüche des MP seien nach Rechnungslegung von der BF bezahlt worden. Es wurde auf die Einvernahme beim UVS am 20.6.2012 verwiesen. Der MP sah von einer Stellungnahme ab. Der Werkvertrag vom 1.12.2010 lautet wie folgt:

".....

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, nachstehende Leistung zu erbringen:

- a) Handelsvertretung auf Provisionsbasis
- b) Aushilfsweise Warenzustellung

Der Auftragnehmer verpflichtet sich für die Erbringung der vereinbarten Leistung eigene Betriebsmittel (insbesondere das eigene KFZ) sowie notwendige eigene Hilfskräfte (Personal) zu verwenden. Die Kosten dieser Betriebsmittel und Hilfskräfte hat der Auftragnehmer selbst zu tragen. Im Falle der aushilfsweisen Warenzustellung kann der Auftragnehmer bei Bedarf auf geeignete KFZ des Auftraggebers zugreifen.

Der Auftragnehmer kann sich bei der Erbringung der vereinbarten Leistung jederzeit durch qualifiziertes Personal vertreten lassen, er bleibt jedoch alleiniger Vertragspartner des Auftraggebers. Falls er sich bezüglich der Vertretung eigener Dienstnehmer bedient, hat der Auftragnehmer dafür zu sorgen, dass die tätigen Personen die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen für die Erbringung der Arbeitsleistung erfüllen (Anmeldung zur Gebietskrankenkasse, Beschäftigungsbewilligung bei ausländischen Arbeitnehmern).

Der Auftragnehmer ist grundsätzlich in der Gestaltung seiner Arbeitsabläufe und seiner Zeiteinteilung frei. Die zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbarten Zustellungstermine im Falle der aushilfsweisen Warenzustellung müssen jedoch eingehalten werden. Im Falle der schuldhaften Nichteinhaltung der Zustellungstermine durch den Auftragnehmer, ist dieser dem Auftraggeber zum Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die vereinbarte Leistung ordnungsgemäß zu verrichten. Die Erfüllung wird durch den Auftraggeber kontrolliert.

Nach Erbringung der Leistungen ist der Auftragnehmer verpflichtet, eine ordnungsgemäße Rechnung auszustellen. Die Verrechnung der Verkaufsleistung erfolgt gemäß dem Provisionssystem des Auftraggebers. Warenzustellungen werden getrennt verrechnet. Die Bezahlung der ordnungsgemäß gelegten Rechnung erfolgt innerhalb von 14 Tagen.

....."

3. Mit Bescheid vom 24.6.2013, Zl II -Mag.Eis-Sch-13, bezog die belangte Behörde unter Spruchpunkt I. den MP rückwirkend für den Zeitraum vom 1.12.2010 bis 17.10.2011 als Dienstnehmer der BF in die Pflichtversicherung nach ASVG und nach AIVG ein. Unter Spruchpunkt II. wurde die BF zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträge und Beiträge nach dem BMSVG in der Höhe von Euro 7.116,34 binnen 14 Tagen ab Bescheidzustellung verpflichtet. Die angeschlossene Berechnungstabelle wurde zum Bescheidinhalt erklärt. Nach Wiedergabe der maßgeblichen Bestimmungen und der diesbezüglichen Judikatur ging die belangte Behörde in der Begründung davon aus, dass der MP bei der BF beschäftigt gewesen sei. Eine Sozialversicherungsmeldung für den MP sei nicht erfolgt. Der MP sei in

den Organisationsablauf des Betriebes eingebunden und der Weisungsbefugnis der BF unterworfen gewesen. Der MP habe eine Tätigkeit im Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt ausgeübt, sodass er als Dienstnehmer im Sinne des ASVG zu qualifizieren sei. Die Berechnung der Beiträge basiere auf dem Kollektivvertrag Handelangestellte, allgemeiner Groß - und Kleinhandel. Die belangte Behörde gehe von der Richtigkeit der Erstaussage aus, die der Wahrheit am nächsten komme.

4. Mit Bescheid vom 25.6.2013, ZI II -Mag.Eis-Sch-13, wurde die BF unter Spruchpunkt I. zur Entrichtung eines Beitragszuschlages in der Höhe von Euro 1.300,-- und unter Spruchpunkt II. zur Entrichtung eines Beitragszuschlages in der Höhe von Euro 45,85 binnen 15 Tagen nach Zustellung des Bescheides verpflichtet. Die belangte Behörde stützte sich auf die finanzpolizeiliche Kontrolle am 26.5.2011. Im Rahmen dessen sei festgestellt worden, dass der MP als Dienstnehmer der BF seit 1.12.2010 ohne Anmeldung zur Pflichtversicherung gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 1 ASVG für die BF tätig gewesen sei. Nach Wiedergabe der maßgeblichen Bestimmungen bezog sich die belangte Behörde auf die gesonderte Bearbeitung in der Höhe von Euro 500,-- für jede nicht vor Arbeitsantritt angemeldete Person. Der Teilbetrag für den Prüfeinsatz belaute sich auf Euro 800,--. Im vorliegenden Fall sei nur eine Person (MP) betreten worden, woraus sich ein Beitragszuschlag in der Höhe von Euro 1.300,-- ergebe. Der bis zur Feststellung entfallende Sozialversicherungsbeitrag belaute sich auf insgesamt Euro 7.116,34. Es könnte daher ein Beitragszuschlag in der Höhe von Euro 14.232,68 vorgeschrieben werden. Der Verwaltungsaufwand der belangten Behörde belaute sich auf Euro 38,58. Hinzu kämen die Kosten für den Versand des Bescheides in der Höhe von Euro 7,27. Daraus resultierte ein Mehraufwand in der Höhe von Euro 45,85.

5. Mit Schriftsatz vom 9.7.2013 erhab die BF Beschwerde gegen den Bescheid vom 24.6.2013 zur Feststellung der Pflichtversicherung wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die Ausführungen der belangten Behörde würden keine Deckung in den Beweisergebnissen finden. Die BF sei niemals lohnauszahlenden Stelle für den MP gewesen, zumal Werklohn im Sinne des ABGB und keinen Lohn im Sinne des ASVG ausbezahlt worden sei. Nicht nachvollziehbar sei, aus welchen Gründen der MP in den Organisations- und Betriebsablauf der BF eingebunden gewesen sein soll. Auch die Weisungsbefugnis der BF gegenüber dem MP sei nicht nachvollziehbar. Aufgrund des mangelhaft festgestellten Sachverhaltes könne keine Pflichtversicherung nach dem ASVG abgeleitet und festgestellt werden. Beantragt werde, die Abänderung des angefochtenen Bescheides dahingehend, dass dieser ersatzlos aufgehoben werde, in eventu die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Zurückverweisung an die belangte Behörde. Darüber hinaus wurde die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragt

6. Mit Schriftsatz vom 9.7.2013 erhab die BF Beschwerde gegen den Bescheid vom 25.6.2013 zur Vorschreibung von Beitragszuschlägen wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Nicht nachvollziehbar sei die Begründung zur Vorschreibung des Beitragszuschlags in der Höhe von insgesamt Euro 1.345,85 im Hinblick auf die Verwirklichung des Sachverhaltes. Die belangte Behörde habe sich in der Begründung lediglich auf die abgabenbehördliche Kontrolle am 26.5.2011 bezogen. Daraus ergebe sich weder, bei welcher Arbeitsverrichtung der MP betreten worden sei, noch für welches Unternehmen der MP tätig gewesen sein sollte. Es sei vielmehr von einer Scheinbegründung auszugehen, die zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides führe. Es bestehe zwischen dem MP und der BF ein Werkvertrag. Dem angefochtenen Bescheid sei nicht zu entnehmen, ob der MP beim Antreffen überhaupt Arbeiten verrichtet habe, die im Rahmen des Werkvertrages für die MP zu bringen gewesen wären. Es könne daher auf keiner gesetzlichen Basis der Schluss gezogen werden, der MP hätte von der BF für die Errichtung dieser Arbeiten angemeldet werden müssen. Es werde daher die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides wegen Nichtigkeit beantragt, in eventu die Abänderung dahingehend, dass die Vorschreibung des Beitragszuschlages ersatzlos aufgehoben werde, andernfalls den angefochtenen Bescheid nach Aufhebung neuerlich zur Entscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen. Darüber hinaus wurde die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung begehrte.

7. Mit den Bescheiden vom 18.11.2013 des Landeshauptmannes von Burgenland wurden die gegenständlichen Beschwerdeverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung gemäß § 412 Abs. 6 ASVG ausgesetzt.

8. Nach Vorlage der Beschwerdeakte beim Bundesverwaltungsgericht, die unter den Aktenzahlen W173 2003888-1 und W173 2004541-1 protokolliert wurden, wurde eine mündliche Verhandlung am 26.6.2018 durchgeführt, in der die genannten protokollierten Beschwerdeverfahren gemäß § 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden und der MP als Zeuge einvernommen wurde.

Die BF schilderte die Gründung ihres Unternehmens 2010, das von Räumlichkeiten ihres Wohnhauses zum Standort nach XXXX verlagert worden sei, wo Betriebsräumlichkeiten gemeinsam mit dem ebenfalls ein Unternehmen betreibenden Bruder der BF angemietet worden seien. Es seien vornehmlich Trocken- und Tiefkühlprodukte an Großkunden (Gasthäuser, Spitäler, Schulen, Kasernen) angeboten worden. Während von großen Lieferanten Waren oft direkt dem Kunden oder über eine andere Spedition geliefert worden seien, seien kleinere Mengen vom Unternehmen der BF selbst abgeholt und an die Kunden übermittelt worden. Dazu habe ein einziger Tiefkühltransporter als Firmenfahrzeug gedient, zu dem nur die BF selbst und ihr Ehemann Zugang gehabt hätten. Musterwaren seien in den Tiefkühlräumlichkeiten des Unternehmens in XXXX gelagert worden. Nach 2011 sei im Zuge der Unternehmensvergrößerung ein Logo und Firmenkleidung dazugekommen.

Die BF führte weiter aus, dass 2010 auch der Personalstand des Unternehmens vergrößert worden sei. Nach einer Personalsuche beim AMS für den Außendienst hätten sich Herr Putz und der MP beim Unternehmen der BF und dem ihres Bruders beworben. Auf Grund des damaligen Umsatzes sei es für die MP nur möglich gewesen, einen Mitarbeiter für den Außendienst anzustellen. Der MP habe sich als selbständiger Handelsvertreter vorgestellt. Seinen Ausführungen zufolge habe er ohnehin in Gasthäusern und Großküchen Servietten, Wein und Putzmittel vertrieben. Gemäß dem Werkvertrag vom 1.12.2010, den der MP unterschrieben habe, sollten vom MP selbstständig Kunden angeworben und Waren für die BF verkauft werden. Der MP sei in das Unternehmen der BF eingeführt worden und habe eine Produktschulung absolviert. Anhand von Preislisten und Katalogen wurden dem MP die zu präsentieren Waren genau erklärt. Der MP habe von der BF Prospekte über die zur präsentieren Waren erhalten. Je nach Kunden seien dem MP Warenmustern übergeben worden, um diese dem Kunden präsentieren zu können. Zwecks Präsentation von Tiefkühlprodukten habe der MP mit dem Tiefkühltransporter der BF die zu präsentierenden Tiefkühlprodukte zum Kunden transportiert. Erst nachträglich habe die BF in Erfahrung gebracht, dass der MP über kein eigenes KFZ verfügt habe, sondern den PKW seiner Schwester benutzt habe. Habe der MP kein Fahrzeug zur Verfügung gehabt, habe er fallweise die Möglichkeit gehabt, das KFZ der Tochter der BF für seine Tätigkeit zu benutzen. Dabei sei er für den Treibstoff aufgekommen. Der MP habe der BF auch angeboten, über seine Außendiensttätigkeit hinausgehend auch Lieferdienste für Kunden zu übernehmen, wobei er gleichzeitig Kunden anwerben könne. In diesem Fall habe der MP nicht für den Treibstoff aufkommen müssen und habe den Tiefkühltransporter der BF kostenlos benutzen können.

Die BF führte weiter aus, dass es 2010 noch keine österreichweite regionale Aufteilung im Unternehmen gegeben habe. Grundsätzlich sollte ganz Österreich beliefert werden, sodass auch der MP bei der Anwerbung von Kunden geographisch nicht eingeschränkt gewesen sei. Bei der Belieferung von Kunden mit Waren des Unternehmens der BF habe der MP einen Fixbetrag von Euro 50,-- pro Tag erhalten. Der MP habe einmal in der Woche Liefertätigkeiten für die BF durchgeführt, wobei dafür eine von ihm selbst gestaltete Rechnung vorgelegt habe. Der MP habe für seine selbständige Tätigkeit Provisionssätze - abhängig von den verkauften Produkten - erhalten. Habe der MP das jeweilige Produkt unter dem ausgezeichneten Preis verkauft, sei sein Provisionssatz entsprechend reduziert worden. Abrechnungen seien im Computersystem der BF gespeichert worden. Im Zeitraum 1.12.2010 bis 1.1.2011 habe der BF eine Provision in der Höhe von € 134,70 erhalten.

Der zeugenschaftlich einvernommene MP gab an, vor seiner Bewerbung bei der BF im Außendienst auf selbständiger Basis bei verschiedenen Unternehmen tätig und nicht bei der SVA sozialversicherungsrechtlich gemeldet gewesen zu sein. Er habe damals auch einen eigenen Pkw für seine selbständige Tätigkeit besessen, den er seiner Schwester übergeben habe. Trotz Bestätigung seiner Angabe bei der Finanzpolizei, bis 1.4.2011 arbeitslos gemeldet gewesen zu sein, hielt der MP an seiner Aussage fest, selbständiger Handelsvertreter ohne entsprechende sozialversicherungsrechtliche Meldung gewesen zu sein. Auch für die BF sei er als selbständiger Handelsvertreter aufgetreten und habe seine Tätigkeit im November 2010 begonnen. Neben seiner selbständigen Handelsvertretertätigkeit habe er auch Zustelldienste übernommen und Kunden angeworben und besucht. Er sei eingeschult und über die Produkte vollständig informiert worden. Im Hinblick auf die Zustelltätigkeit sei er mit dem Ehemann der BF zweimal mitgefahren. Der MP führte weiter aus, mit dem Namen des Unternehmens der BF (Delikat) gekennzeichnete Verkaufsmappen, Prospekte und Auftragsblock von der BF erhalten zu haben. Mit der BF sei vereinbart worden, Gebiete im Burgenland und Wien zu betreuen. Er habe die von ihm abgeschlossenen Aufträge am Abend in den Büroräumlichkeiten der BF abgegeben. In dringenden Fällen habe er dazu ein Faxgerät der Post bzw. die Aufträge telefonisch durchgegeben. Die Bestellscheine habe er von der BF erhalten.

Der zeugenschaftlich einvernommene MP führte weiter aus, Kundenlisten der bestehenden Kunden der BF zur Betreuung von der BF erhalten zu haben. Auf Anweisung der BF habe er sich dazu mit den alten Kunden der BF in Kontakt gesetzt und sich über Warenlieferungswünsche informiert. Nachdem er ursprünglich sein eigenes Handy verwendet habe, habe er später ein Handy von der BF erhalten. Er habe auch nach kurzer Zeit einen Toyota zur Verfügung gestellt bekommen, um zu Altkunden der BF und zu den von ihm angeworbene Neukunden zu fahren. Dabei habe er für den Treibstoff selbst aufkommen müssen und kein Kilometergeld erhalten. Zweimal in der Woche habe eine Lagebesprechung mit der BF stattgefunden, wobei Zustelltermine vereinbart und die Kundenbesuchstour festgelegt und Aktionen besprochen worden seien. In dringenden Fällen sei er von BF darüber informiert worden, einen bestimmten Kunden bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beliefern, wofür er den Transporter der BF benutzt habe. Beim Kundenanwerben habe er sich mit seinem Namen und als Vertreter des Unternehmens Delikat vorgestellt und darauf hingewiesen, Produkte des Unternehmens Delikate zu verkaufen. Er habe zu diesem Zweck auch Visitenkarten der BF, die mit dem Unternehmensnamen Delikate versehen gewesen seien, erhalten. Für seine Zustelltätigkeit (Euro 50,-- pro Tag) sei der Betrag im Rahmen von monatlichen Abrechnungen bar ausgezahlt worden. Auch für seine Vertretertätigkeit habe er Provisionsabrechnungen von der BF erhalten. Die Provisionssätze hätten sich auf 10 % des Rechnungslieferwerts belaufen. Bei Rabatten sei dieser Provisionssatz reduziert worden. Im Rahmen der monatlichen Abrechnung habe sich der niedrigste Satz auf Euro 800,-- belaufen. Meistens sei diese darüber gelegen. Ansprechpartner im Unternehmen seien die BF, die Büroangestellten bzw. deren Ehemann gewesen. Er sei auch bei der BF privat eingeladen gewesen. Aufgrund von Ungereimtheiten sei er von der BF gekündigt worden. Er sei während seiner Tätigkeit für das Unternehmen der BF auch für andere Unternehmen in Form eines Verkaufes von Papierservietten tätig gewesen. Neben der Betreuung von Kunden der BF habe er auch Servietten im eigenen Namen verkauft.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die BF begann 2010 mit dem Vertrieb von Trocken- und Tiefkühlprodukten. Sie besaß einen Tiefkühltransporter. Zu ihrem Kundenkreis zählten hauptsächlich Großkunden (Gasthäuser, Spital, Schulen und Kasernen). Es wurden Bestellungen ihrer Kunden per e-mail, Telefax, telefonisch entgegengenommen sowie Lieferscheine, Aufträge und Rechnungen erstellt. Von großen Lieferanten (Meisterfrost) wurden bei ihr bestellte Waren oft direkt oder über andere Speditionen an ihre Kunden geliefert. Kleinere bei ihr eingegangene Mengenbestellungen wurden von ihren Kunden selbst abgeholt oder von ihr an ihre Kunden mit ihrem einzigen Firmenfahrzeug (einem Tiefkühltransporter), zu dem nur sie und ihr Ehemann Zugang hatten, geliefert. Im Zuge der Vergrößerung ihres Unternehmens verlegte die BF ihren Unternehmensstandort von ihrer Wohnadresse nach XXXX, wo sie neben Büroräumlichkeiten auch über Tiefkühlräume verfügte, wo Musterwaren gelagert werden konnten. Ihr Unternehmen (Delikat) wurde nach 2011 im Firmenbuch eingetragen, hinzukamen ein Firmenlogo und Firmenbekleidung. Auch der Personalstand ihres Unternehmens wurde ausgeweitet. 2010 setzte sich das Personal ihres Unternehmens noch aus ihrem Ehemann, einer Bürokrat und einen stundenweise tätigen Auslieferer zusammen. Im Zuge der Vergrößerung ihres Unternehmens wurde von ihr weiteres Personal gesucht. Es bewarben sich im Unternehmen der BF Herr XXXX und der MP. Herr XXXX wurde im Unternehmen der BF angestellt, wobei er für das Unternehmen der BF im Außendienst für Kundenanwerbung und -betreuung zuständig war.

1.2. Der MP konnte vor dem Beginn seiner Tätigkeit für das Unternehmen der BF auf Erfahrungen als Handelsvertreter für verschiedene Unternehmen zurückgreifen, da er Servietten, Putzmittel und Wein an Kunden wie Gasthäuser und Großküchen vertrieb. Der MP verfügte für seine Handelsvertretertätigkeit ursprünglich über ein eigenes Fahrzeug. Er besaß keinen Gewerbeschein für das Handelsvertretergewerbe. Als er in der Folge kein eigenes Fahrzeug mehr besaß, lieh sich das Fahrzeug seiner Schwester aus.

1.3. Nach Unterzeichnung einer als Werkvertrag bezeichneten Vereinbarung vom 1.12.2010 begann der MP am 1.12.2010 seine Außendiensttätigkeit für das Unternehmen der BF in Form von Kundenbetreuung und -anwerbung, wobei er auch Zustelltätigkeiten für die BF durchführte. Im Hinblick auf seine Außendiensttätigkeit wurde der MP ins Unternehmen der BF eingeführt. Dazu erhielt er eine Produktschulung. Es wurde dem MP anhand von Preislisten der BF und Katalogen der BF die von ihm zu präsentierenden Waren (beispielsweise die Handhabung des Tiefkühlgemüses) genau erklärt. Es wurden ihm Prospekte der BF über die zu präsentierenden Waren ausgehändigt. Um an Kunden der BF Waren liefern zu können, begleitete der MP zweimal den Ehemann der BF beim Ausliefern an

Kunden der BF mit dem Tiefkühltransporter der BF.

1.4. Für das Anwerben von Kunden und die Kundenbetreuung erhielt der MP von der BF neben Produktprospekten Verkaufsmappen, einen Auftragsblock und Bestellscheine. Diese waren mit dem Firmennamen der BF (Delikat) gekennzeichnet. Außerdem erhielt der MP von der BF neben ihren Visitenkarten Listen über ihre Kunden. Diese Altkunden der BF hatte der MP auf Anweisung der BF zu betreuen und musste sich mit diesen in Kontakt setzen und sich über Warenlieferwünsche informieren. Die BF wies dem MP als von ihm zu betreuende Gebiete neben Wien Gebiete im Burgenland zu. Von ihm abgeschlossene Kundenaufträge musste der MP in den Büroräumlichkeiten des Unternehmens der BF am Abend des Abschlusstages abgeben. Nur in dringenden Fällen benutzte der MP dazu ein Faxgerät auf der Post oder gab die Aufträge telefonisch durch. Nach anfänglicher Benutzung seines eigenen Handys erhielt er von der BF auch ein Firmenhandy. Der MP nahm zweimal in der Woche an einer Lagebesprechung bei der BF teil. Dabei wurden Zustelltermine vereinbart, Touren für den Kundenbesuch festgelegt und Produktaktionen besprochen.

1.5. Auf Wunsch von Kunden wurden dem MP von der BF Warenmuster übergeben, um sie beim Kunden präsentieren zu können. Dem MP wurde dazu der Tiefkühltransporter der BF zur Verfügung gestellt, damit der MP das zu präsentierende Tiefkühlprodukt zum Kunden transportieren konnte. Im Rahmen seiner Tätigkeit im Außendienst konnte der MP den Tiefkühltransporter der BF auch beim Anwerben von neuen Kunden in Verbindung mit seiner Zustelltätigkeit an Kunden der BF kostenlos nutzen. Konnte der MP beim Anwerben von neuen Kunden für die BF nicht auf das Fahrzeug seiner Schwester zurückgreifen, wurde dem MP auch das Fahrzeug der Tochter der BF (Toyota) zur Verfügung gestellt, wobei er für den Treibstoff selbst aufkommen musste. In dringenden Fällen informierte die BF den MP über den konkreten Zeitpunkt, bis zu dem ihr Kunde beliefert werden musste. Für diese Lieferung benützte der MP den Kühltransporter der BF. Diesen konnte der MP im Unternehmen der BF oder bei seinem Wohnsitz abstellen.

1.6. Es war für den MP nicht ausgeschlossen, neben der Außendiensttätigkeit für die BF in Form von Kundenanwerbung, -betreuung und -belieferung auch Vertretertätigkeit für ein anderes Unternehmen ausüben. Suchte der MP Kunden der BF auf oder konnte er neue Kunden für die BF gewinnen oder führte er Zustellungen an Kunden der BF durch, war es ihm nicht von der BF untersagt, auch für andere Unternehmen Servietten, Wein oder Putzmittel in Gaststätten oder Großküchen zu vertreiben.

1.7. Der MP erhielt für seine Zustelltätigkeiten an Kunden der BF pro Tag Euro 50,--, die nach monatlicher Abrechnung bar ausgezahlt wurden. Für die darüber hinaus gehende Außendiensttätigkeit des MP erfolgte die monatliche Bezahlung auf Provisionsbasis in Form von 10% des vom MP erzielten Rechnungswerts seiner abgeschlossenen Aufträge für die BF. Bei vom MP abgeschlossenen Aufträgen für die BF unter dem von der BF ausgezeichneten Warenpreis auf Produkte wurde ein reduzierter Prozentsatz herangezogen. Bei den monatlichen Provisionsabrechnungen belief sich der niedrigste Betrag auf Euro 800,--.

1.8. Im Zuge einer finanzpolizeilichen Schwerpunktkontrolle am 26.5.2011 wurde der MP von Finanzpolizei mit dem Kleinlastkraftwagen der BF auf der A2 angetroffen, wobei er am Morgen das Transportfahrzeug der BF übernommen und Zustellung für ihre Kunden durchführte hatte. Der MP war als Dienstnehmer der BF seit 1.12.2010 für die BF tätig, ohne gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 1a ASVG zur Pflichtversicherung angemeldet zu sein. Auf Grund von Unstimmigkeiten beendete der MP seine Tätigkeit für die BF am 17.10.2011.

1.9. Der MP unterlag vom 1.12.2010 bis einschließlich 17.10.2011 für seine Tätigkeit im Unternehmen der BF der Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-)Versicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit.a AlVG.

Die für die BF als Dienstgeberin zu entrichtende Sozialversicherungsbeiträge samt Beiträge nach dem BMSVG betragen Euro 7.116,34.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie dem Gerichtsakt des Bundesverwaltungsgerichts mit der durchgeführten mündlichen Verhandlung am 26.6.2018. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, ihre Standpunkte dazulegen.

Nachvollziehbar schilderte die BF in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 vor dem Bundesverwaltungsgericht ihre Unternehmensgründung und Ausweitung ihrer unternehmerischen Tätigkeit. Übereinstimmend sprachen in

dieser Verhandlung der zeugenschaftlich einvernommene MP und die BF von seiner Ausübung einer Handelsvertretertätigkeit für verschiedene Unternehmen vor Beginn seiner Tätigkeit für die BF. Glaubwürdig schilderte die BF dabei, dass der MP Servietten, Wein und Putzmittel in Gasthäusern und Großküchen vertrieben hatte. In Einklang stehend mit der BF räumt der MP auch ein, für die Ausübung seiner Tätigkeit für die BF kein eigenes Fahrzeug gehabt und deshalb auf das seiner Schwester zurückgegriffen zu haben. Falls dieses nicht zur Verfügung stand, hat der BF den Tiefkühltransporter der BF oder den von der BF zur Verfügung gestellten PKW ihrer Tochter benutzt.

Überzeugen konnte auch in diesem Zusammenhang die lebensnahe Schilderung der BF in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018, dass bei der Anwerbung von interessierten Kunden für den Transport des vom MP zu präsentierenden Tiefkühlproduktmusters dem MP der Tiefkühltransporter ihres Unternehmens zur Verfügung gestellt wurde. Sowohl aus den Schilderungen der BF als auch des MP in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 ergibt sich, dass der MP für seine Tätigkeit für die BF im Unternehmen der BF eingeschult wurde.

Unwidersprochen von der BF in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht blieben die nachvollziehbaren Aussagen des zeugenschaftlich einvernommenen MP zu den weiteren von ihr an ihn ausgehändigten Gegenständen. Diese umfassten die mit ihrem Unternehmensnamen (Delikat) gekennzeichneten Verkaufsmappen, Prospekte, Auftragsblöcke, Visitenkarten, Bestellscheine sowie die Produktmuster und in der Folge ein Firmenhandy. Die BF trat auch nicht den schlüssigen Ausführungen des MP zu ihrer Übergabe von Kundenlisten ihres Unternehmens an ihn entgegen, wobei dies mit der Anweisung zur Betreuung ihrer Altkunden verbunden war. Dies gilt auch für die schlüssigen Ausführungen des MP, an den zweimal wöchentlich stattfindenden Lagebesprechungen im Unternehmen der BF mit den Themenkreisen Vereinbarung von Zustellterminen, Festlegung von Kundenbesuchstouren und Aktionen teilgenommen zu haben, sowie seiner Verpflichtung, die von ihm abgeschlossenen Kundenaufträge am Abend im Büro des Unternehmens der BF abgeben zu müssen bzw. zur Vorgabe der BF, diese nur in dringenden Fällen per Telefax auf der Post oder per Telefon an ihr Unternehmen weiterzuleiten bzw. durchzugeben.

Auch im Hinblick auf die genannte Festlegung von Kundenbesuchstouren bei den zweimal wöchentlich stattfindenden Lagebesprechungen im Unternehmen der BF, an denen der MP teilnahm, wird den überzeugenden Aussagen des MP in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 vor dem Bundesverwaltungsgericht gefolgt, mit der BF vereinbart zu haben, Gebiete im Burgenland und Wien zu betreuen. Die BF sprach ohnehin nur im Zusammenhang mit dem Jahr 2010 von einer grundsätzlichen österreichweiten Belieferung durch ihr Unternehmen und von einer fehlenden regionalen österreichweiten Aufteilung in ihrem Unternehmen und folgerte daraus, dass der MP bei der Anwerbung von Kunden geographisch nicht eingeschränkt gewesen sei. Der MP begann im Unternehmen der BF auch erst Ende des Jahres 2010, nämlich am 1.12.2010. Offensichtlich änderte sich die Unternehmensstrategie in dem folgenden Jahr, zumal auch ein weiterer Außendienstmitarbeiter (Herr XXXX) für die Kundenbetreuung und -anwerbung tätig war.

Was die Bezahlung des MP für die Tätigkeit im Unternehmen der BF betrifft wird den schlüssigen Ausführungen des zeugenschaftlich einvernommene MP in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 vor dem Bundesverwaltungsgericht gefolgt, die für die Zustelltätigkeit des MP für die BF mit den Aussagen der BF, nämlich 50,- Euro pro Tag, übereinstimmen. Hinsichtlich der Bezahlung des MP für seine darüber hinaus gehende Außendiensttätigkeit bestätigte auch die BF, dass bei Verkauf der Waren durch den MP unter ihrem Listenpreis ein Abzug vom Provisionssatz erfolgte. Darüber hinaus hat sich die BF auf in ihrem Computersystem gespeicherte Daten und auf eine Provisionshöhe von Euro 134,70 für den Monat Dezember 2010 berufen. Abgesehen davon, dass es die BF unterließ, ihre Aufstellung über die an den MP bezahlten Provisionen dem Bundesverwaltungsgericht auszuhändigen, hat der MP nicht nur in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 sondern auch bei der Einvernahme anlässlich der finanzpolizeilichen Kontrolle am 26.5.2011 eine Provisionshöhe in der Höhe von Euro 800,- für die Außendiensttätigkeit als Vertreter bei der BF genannt.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Die unter den Aktenzahlen W173 2003888-1 und W173 2004541-1 protokollierten Beschwerden der BF vom 9.7.2013 wurden zu einer gemeinsamen Entscheidung verbunden.

#### 3.1. Verfahrensbestimmungen:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs. 51 Z 6 B-VG) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet.

Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG geht die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei sonstigen Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, mit Ausnahme von Organen der Gemeinde, auf die Verwaltungsgerichte über. Die Zuständigkeit in der gegenständlichen Fallkonstellation ist mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

§ 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat. In der vorliegenden Angelegenheit wurde kein derartiger Antrag gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache der nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichterin.

Gemäß § 9 Abs. 2 Z 1 VwGVG ist belangte Behörde in den Fällen des Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG jene Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBI. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBI. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBI. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation liegen die Voraussetzungen für eine meritorische Entscheidung vor (VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 10.09.2014, Ra 2014/08/0005).

### 3.2. Zu Spruchpunkt A) 1. (Dienstnehmereigenschaft und Beiträge)

#### 3.2.1. Rechtsgrundlagen:

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

Versicherungspflicht

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

(...)

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der

Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,

2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

b) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

c) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschafter, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

.....

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

#### Dienstgeber

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs- (Lehr) Verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

(...)

#### Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

AVG

Umfang der Versicherung

§ 1. (1) Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind

- a) Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, (...)

soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

Im vorliegenden Fall ist vorerst zu klären, ob die Beschäftigung des MP bei der BF eine selbstständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung darstellt. Die BF brachte auch in der mündlichen Verhandlung am 17.4.2018 vor, dass eine selbstständige Subunternehmertätigkeit des MP in Form eines schriftlichen Werkvertrages vorliege und dieser daher nicht der Pflichtversicherung nach ASVG unterliege.

3.2.2. Qualifikation des der Tätigkeit des MP zugrundliegenden Vertrages

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn eine Verpflichtung zur Herstellung einer im Vertrag individualisierten und konkretisierten Leistung besteht. Die Verpflichtung aus dem Werkvertrag besteht darin, diese genau umrissene Leistung in der Regel bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen. Ein Werkvertrag muss sohin auf einen bestimmten, abgrenzbaren Erfolg abstehen und einen Maßstab erkennen lassen, nach welchem die Ordnungsgemäßheit der Erbringung des Werkes beurteilt werden kann (vgl. VwGH 20.12.2001, ZI. 98/08/0062, VwGH 24.1.2006, ZI. 2004/08/0101, und VwGH 25.4.2007, ZI. 2005/08/0082).

§ 1151 ABGB stellt die Verpflichtung zur Dienstleistung für einen anderen auf eine gewisse Zeit der Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegenüber. Beim Werkvertrag kommt es daher auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert wurde (vgl. VwGH vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10.140/A = Arb 9876). Die im zuletzt zitierten Erkenntnis dargelegte Rechtsauffassung wurde - wie unten gezeigt wird - in der Lehre und Judikatur geteilt. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis (Koziol/Welser, Grundriss, Band I, 10. Auflage, 410), die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis (vgl. auch Krejci in Rummel, 2. Auflage, § 1151 RZ 93). Der "freie Dienstnehmer" handelt ebenso wie der Werkunternehmer persönlich selbstständig, diese Vertragsverhältnisse lassen sich daher nach dem Gegenstand der Leistung und deren Dauer abgrenzen. Nach Mazal (ecolex 1997, 277) kommt es darauf an, ob die Parteien eine bestimmte letztlich abgeschlossene Tätigkeit (Werkvertrag) vereinbaren oder ob sie eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Verpflichtung zum Tun begründen wollen (freier Dienstvertrag). Wachter (DRdA 1984, 405) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet sind. Auch nach der Judikatur (OGH 9 ObA 225/91) liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn Gegenstand der vereinbarten Leistung ein bestimmtes Projekt ist. Die Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Erbringung einzelner manueller Beiträge zu einem Werk nicht angenommen (Montagearbeiten an einer Lüftungsanlage, Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, 93/08/0092; Arbeiten auf einer Baustelle, Erkenntnis vom 19. Jänner 1999, 96/08/0350; zu einer vergleichbaren Tätigkeit siehe auch OGH 9 ObA 54/97z). Ebenso wurde ein Werkvertrag verneint, wenn die zu erbringende Leistung nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert wurde (Erkenntnis vom 30. Mai 2001, 98/08/0388). Schrank/Grabner (Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Auflage, 26 f) führen unter Berufung auf Tomandl (auf den sich auch der Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis vom 20. Mai 1980 sowie Mazal

und Wachter stützen) aus, die Vertragspflicht beim freien Dienstvertrag auf Seiten des Auftragnehmers müsse Dienstleistungen umfassen, müsse sich also auf bloß der Art nach umschriebene Tätigkeiten (Arbeiten, Tun, Wirken) beziehen, bei welchen "die Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Besteller (bzw. eine Unterwerfung auf Seiten des freien Dienstnehmers) wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, der noch nach Vertragsabschluss, also bei der Vertragserfüllung, einer Konkretisierung durch den Auftraggeber dahin bedarf, welche Einzelleistungen er im Rahmen des Vertrages verrichtet sehen möchte".

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.3.2013, 2012/08/0018) kommt es bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits, entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liege ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor). Dabei handelt es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung und damit um eine in sich geschlossene Einheit, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. VwGH, 16.2.2011, 2008/08/0222, mwN).

In der gegenständlichen Fallkonstellation ist festzuhalten, dass entgegen der von der BF vertretenen Meinung kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vorgelegen ist. Es fehlt an einer vertragsmäßigen Konkretisierung des jeweiligen Werkes. Bei dem vorgelegten Vertrag vom 1.12.2010, der sich sowohl auf eine Handelsvertretertätigkeit auf Provisionsbasis als auch auf eine aushilfsweise Warenzustellung bezieht, und zwischen der BF und dem MP abgeschlossen wurde, handelt es sich bereits der Natur nach um einen typischen Dienstleistungsvertrag, bei dem nicht ein bestimmter Erfolg und die Herstellung eines Werkes gefordert war, sondern Dienstleistungen in Form von Vertreter- und Zustelltätigkeit zu erbringen waren (vgl. dazu VwGH 22.2.2012, 2009/08/0075; 11.4.2018 Ra 2017/08/0124; 4.6.2008, 2007/08/0252; 14.10.2015, 2013/08/0226). Das Vertragsverhältnis endete auch nicht mit der einzelnen Vertreter- bzw. Zustelltätigkeit des MP an Kunden der BF, sondern wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (vgl. VwGH 14.1.2013, 2012/08/0303).

Auch die im genannten Vertrag vorgesehenen Verrechnungsmodalität, die Verpflichtung zur Verwendung eines eigenen KFZ oder eigenes Personal als Hilfskräfte oder als seine Vertretung eigenes qualifiziertes Personal heranzuziehen, wobei der MP diesbezüglich für die Erfüllung der notwendigen rechtlichen Voraussetzungen verantwortlich sei, führen nicht dazu, dass gegenständlich ein Werkvertrag zwischen der BF und dem MP abgeschlossen worden wäre. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist im Hinblick auf die Bestimmung des § 539a Abs.1 und 3 ASVG bei der Beurteilung von Sachverhalten der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Sachverhalte sind so zu beurteilen, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnisse angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wären (vgl. auch VwGH 4.6.2008, 2006/08/0206).

### 3.2.3. Dienstnehmereigenschaft des MP gemäß § 4 Abs. 2 ASVG

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, ist aber nicht primär der Vertrag maßgeblich, auf Grund dessen die Beschäftigung ausgeübt wird, sondern es sind die "wahren Verhältnisse" entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Dabei kann zunächst davon ausgegangen werden, dass der Vertrag seinem Wortlaut entsprechend

durchgeführt wird. Soweit der Inhalt eines Vertrages von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist der Vertrag als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (vgl. VwGH 2001/08/0131).

Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern sind dann die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. VwGH 2007/08/0041, 2000/08/0166).

Auch zur Auslegung des Dienstnehmerbegriffs gemäß § 4 Abs. 2 ASVG besteht eine umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 26.8.2014, 2012/08/0100, mwN), die sich auch ausdrücklich auf Bestimmung des § 539a ASVG bezog, wenn es darum geht, dass der Vertrag mit der Realität in Widerspruch steht. Zur Auslegung des Dienstnehmerbegriffs gemäß § 4 Abs. 2 ASVG besteht ebenfalls eine umfangreiche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Erkenntnis vom 26. August 2014, 2012/08/0100, mwN). So hängt die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlichen Unabhängigkeit überwiegen, davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (zB aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. 12.325 A, 2002/08/0222, 2007/08/0179).

Es müssen nicht alle Kriterien der Dienstnehmereigenschaft vorliegen. Wesentlich ist, ob die Gesamtbetrachtung der Art und Weise der Tätigkeit zum Ergebnis der persönlichen Abhängigkeit gelangt. Für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit sind auch betriebliche Erfordernisse mit zu berücksichtigen.

### 3.2.3.1. Persönliche Arbeitspflicht des MP

Grundvoraussetzung für die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist zunächst die persönliche Arbeitspflicht des MP. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Die Befugnis, die übernommene Arbeitspflicht generell durch Dritte vornehmen zu lassen, schließt die persönliche Abhängigkeit und somit eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG aus. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, zB im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubes oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen. Die persönliche Abhängigkeit wird nur dann ausgeschlossen sein, wenn der betreffenden Person im Vorhinein eine uneingeschränkte Befugnis eingeräumt wurde, sich nach Belieben (und nicht nur bei Krankheit oder Verhinderung) bei der Arbeitsleistung vertreten zu lassen und diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalls zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht (vgl. VwGH 2007/08/0145).

In der gegenständlichen Fallkonstellation wurde zwar im Vertrag vom 1.12.2010 vereinbart, dass sich der MP jederzeit durch qualifiziertes Personal vertreten lassen kann. Abgesehen davon, dass kein einziger Fall einer Vertretung des MP während der gesamten Dauer seiner Tätigkeit für die BF vom 1.12.2010 bis 17.10.2011 bekannt wurde und daher auch nicht eine jederzeitige Vertretungsmöglichkeit tatsächlich gelebt wurde, konnte der MP sich auch nicht jederzeit nach Gutdünken (ohne bestimmten Grund) durch eine beliebige dritte Person für die Tätigkeiten für das Unternehmen der BF vertreten lassen (vgl. VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131; 26.8.2014, 2012/08/0100). Wie der MP beispielsweise in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 angab, nahm er zweimal wöchentlich an den Lagebesprechungen im Unternehmen der BF teil, bei denen Zustelltermine, Kundenbesuchstouren und Aktionen besprochen wurden. Dies wurde von der BF auch in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2018 nicht bestritten. Unter diesen gegebenen Umständen liegt jedenfalls keine im Vorhinein eingeräumte, uneingeschränkte Befugnis für den MP vor, sich nach Belieben bei der Arbeitsleistung für die BF vertreten zu lassen, die die persönliche Arbeitspflicht des MP im Rahmen der Tätigkeit für die BF ausschließen würde.

### 3.2.3.2. Persönliche Abhängigkeit des MP

Im Gegensatz zu den Fällen einer Einbindung in eine Betriebsorganisation im engeren Sinne lässt sich in Fällen einer Beschäftigung "im delegierten Aktionsbereich eines Unternehmens" die Frage nach den faktischen Verhältnissen in Bezug auf die Weisungsgebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenen Verhaltens 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, unter Erteilung arbeitsrechtlich relevanten Weisungen schwierig, da das Bestehen einer Verpflichtung, welcher der Beschäftigte nachkommt, oft auch mit Beschäftigungen vereinbar ist, die eindeutig in persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt werden. Insbesondere tritt bei einer solchen Tätigkeit die sonst für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische Unterordnung nicht so auffällig zu Tage. Bei der Beantwortung der Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, wurde von der Rechtsprechung daher ein modifizierter Prüfungsmaßstab entwickelt.

Insbesondere kommen in diesem Zusammenhang die Weisungsgebundenheit in anderer Hinsicht als in Bezug auf die Arbeitszeit, den Arbeitsort und das arbeitsbezogene Verhalten, die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes, 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 maßgebliche Merkmale in Betracht. Dies erfordert 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. VwGH 22.2.2012, 2009/08/0075; 90/08/0224, 2001/08/0158, 2001/08/0053).

Wesentlich ist 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 entweder vom Unternehmenssitz räumlich dislozierten (vgl. VwGH 2004/08/0066) oder überwiegend in seiner Abwesenheit verrichteten Beschäftigung nicht in der Lage ist, konkrete Weisungen zu erteilen, wenn nur aus den von ihm getroffenen vertraglichen und faktischen Vorkehrungen abgeleitet werden kann, dass an die Stelle der Weisungsmöglichkeit ein wirksames Kontrollrecht tritt, wobei die Kontrollmöglichkeit des Arbeitgebers genügt (vgl. VwGH 2005/08/0051).

Solche Fallkonstellationen ähneln jenen,

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

© 2026 JUSLINE

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

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