

TE Bvwg Erkenntnis 2020/1/20 L510 2005531-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.01.2020

Entscheidungsdatum

20.01.2020

Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art. 133 Abs4

Spruch

L510 2005531-1/30E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. INDERLIETH als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX (vormals XXXX), vertreten durch Moore Salzburg GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse) vom 12.03.2012, GZ: XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG i.d.g.F. als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

1. Die Salzburger Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, im Folgenden auch kurz bezeichnet als "GKK") hat mit im Spruch angeführten Bescheid vom 12.03.2012 festgestellt, dass

-

XXXX , im Zeitraum von 01.02.2008 - 31.07.2008

-

XXXX , im Zeitraum von 31.04.2008 - 31.05.2008

-

XXXX, XXXX, im Zeitraum von 25.03.2008

-

30.06.2008

-

XXXX, im Zeitraum von 01.01.2008 - 30.06.2008

auf Grund der für den Betrieb der beschwerdeführenden Partei (kurz auch "bP"), XXXX, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten, entgeltlichen Tätigkeit der Pflicht(Voll-)versicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung gem § 4 Abs 1 und 2 ASVG iVm § 1 Abs 1 lit a AIVG unterlegen seien.

Verwiesen wurde auf die Rechtsnormen der §§ 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2, 10 Abs. 1, 11, 33, 35 Abs. 1, 41a, 43, 44, 49, 410 und 539a ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG.

Zum Sachverhalt führte die GKK im Wesentlichen aus, dass die bP im Bereich Paketdienst tätig sei. Sie beschäftige Ausfahrer in unterschiedlichen Beschäftigungsverhältnissen. Ein Unterschied in der Tätigkeit sei nicht erkennbar. Von der bP würden Paketausfahrer, Fahrer im Fernverkehr und Angestellte beschäftigt werden.

Die Tätigkeit der bP bestehe aus der Behandlung/Beförderung von Gütern, in der Weise, dass in dem vereinbarten Gebiet XXXX Auslieferung und Abholung inklusive aller Nebenarbeiten an bestimmten Fahrtagen stattfinden würden. Güter seien den jeweiligen Kunden zuzustellen bzw. bei den Kunden abzuholen. Entsprechende Touren seien genau vorgegeben. Die Zustellung und Abholung der Güter sei ausnahmslos mithilfe der DIAD Geräte vorzunehmen. Bereits das Be- und Entladen der zur Verfügung gestellten Fahrzeuge erfolge durch den Mitarbeiter selber.

Dass es sich gegenständlich um eine abhängige Tätigkeit handle sei bereits insofern evident, als mit den (schein-)selbständig Tätigen sogenannte "Dienstleistungsverträge" abgeschlossen würden. Bereits die vertraglichen Vorgaben würden ganz klar die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung aufweisen. Die Verträge würden teils dieselben Inhalte wie die Dienstverträge der tatsächlich bei der Gebietskrankenkasse angemeldeten Dienstnehmer aufweisen. Aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber der Dienstgeberin seien die "Selbständigen" ebenfalls als abhängige Dienstnehmer zu qualifizieren.

Im Vertrag sei eine genaue Tour bereits vereinbart, welche der Dienstnehmer einzuhalten habe. Eine allfällige Vertretung/Ersatzfahrer und allfällige Erfüllungsgehilfen müssten von der Dienstgeberin genehmigt werden. Das Be- und Entladen der dem Mitarbeiter zur Verfügung gestellten Fahrzeuge erfolge durch eben diesen selben. Den Dienstnehmern werde unentgeltlich Dienstkleidung überlassen. Die Verpflichtung selbige zu tragen, finde sich ebenfalls im Vertrag. Vertraglich vereinbart werde auch ein Wettbewerbsverbot, welches besage, dass der Dienstnehmer sich verpflichte, während der Tätigkeit für die Dienstgeberin keine ähnliche Dienstleistung für andere Empfänger oder Versender, die Kunden der "Auftraggeberin" seien, auszuführen. Der Vertrag werde unbefristet abgeschlossen; dies unter Vereinbarung einer entsprechenden Kündigungsfrist. Die Mitarbeiter würden über keine eigene betriebliche Infrastruktur verfügen.

Die Mitarbeiter hätten für die ihnen teilweise zur Verfügung gestellten Fahrzeuge keine Miete bezahlt; es seien zwar Mietverträge mit der Dienstgeberin abgeschlossen worden; allerdings sei tatsächlich keine Miete bezahlt worden. Die Mietverträge seien nur zum Schein abgeschlossen worden; dies zum einen zur Untermauerung der angeblichen Selbständigkeit der Dienstnehmer, zum anderen um vermeintlich rechtskonform mit den Fahrzeugen, welche über ein deutsches Kennzeichen verfügten, in Österreich fahren zu dürfen bzw. um die Regelungen der Kabotage zu umgehen. Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass als Kabotage das Erbringen von Transportdienstleistungen innerhalb eines Landes durch ein ausländisches Verkehrsunternehmen (oder das Recht, dies zu tun) bezeichnet wird. Die XXXX führe Fahrten im Auftrag der XXXX durch. Im Zuge der GPLA-Prüfung sei festgestellt worden, dass eine erhebliche Anzahl von Zustellfahrzeugen (hzG 3,5 to) in Deutschland zugelassen seien. Diese Fahrzeuge würden über einen längeren Zeitraum in Österreich verbleiben.

Die Feststellungen würden auf dem im Rahmen der GPLA festgestellten Sachverhalt sowie auf die Feststellungen des GPLA-Prüfers vor Ort beruhen. Einsicht genommen worden sei in sämtliche Unterlagen, wie Lohnkonten, Betriebssummenblätter, Jahresabschlüsse, Sachkonten der Buchhaltung, Zahlungsbelege, Lohnzettel,

Dienstleistungsverträge, Dispatchaufzeichnungen, Tagesberichte. Überdies seien Niederschriften angefertigt worden.

2. Mit Schriftsatz der Vertretung der bP vom 23.04.2012 wurde innerhalb offener Frist Beschwerde gegen den verfahrensgegenständlichen Bescheid erhoben. Im Wesentlichen wurde dargelegt, dass die bP nahezu sämtliche LKW-Fahrer in einem geregelten Dienstverhältnis beschäftige. Lediglich zur Abdeckung von Spitzen bediene sich die bP Subunternehmern, welche selbst regelmäßig mehr als eine Person beschäftigen würden und mehrere LKW-s unterhalten würden. Mit den verfahrensgegenständlichen Personen sei ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen worden. Diese hätten Tourenfahrten übernommen, der Ablauf der Touren sei von ihnen selbst organisiert worden.

3. Am 04.09.2019 wurde beim BVwG eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Parteien wurden ordnungsgemäß geladen. Die Partei

XXXX (folgend auch kurz "Herr T.") ist zur Verhandlung erschienen. Die Parteien XXXX und XXXX sind unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen.

Gehört wurden der Geschäftsführer der bP, Herr XXXX , Herr XXXX , der Behördenvertreter der GKK und die Rechtsvertretung der bP.

Das gegenständliche Verfahren wurde gem. § 39 Abs. 2 AVG mit den Verfahren bezüglich der Beschwerden gegen die Bescheide der Salzburger GKK vom 03.11.2011, GZ.: XXXX und GZ.: XXXX wegen Versicherungspflicht und Nachverrechnung betreffend die XXXX als beschwerdeführende Partei zur gemeinsamen Verhandlung verbunden, da der Sachverhalt zum Teil übergreifend ist.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die XXXX ist im Bereich Paketdienst tätig. Der Geschäftszweig ist mit intern. Speditions- und Güterbeförderungsgewerbe titulierte. Sie beschäftigt Ausfahrer in unterschiedlichen Beschäftigungsverhältnissen. Sie ist im Firmenbuch unter FN XXXX eingetragen. Handelsrechtlicher Geschäftsführer ist Herr XXXX , welcher die Gesellschaft seit 18.01.2017 selbständig vertritt.

1.2. Zwischen der bP und den verfahrensgegenständlichen Auslieferern wurden Dienstleistungsverträge in Bezug auf deren Tätigkeit für die bP abgeschlossen.

Im Dienstleistungsvertrag von Herrn T. waren die zu fahrenden Touren an den entsprechenden Tagen genau vorgegeben. Die Touren wurden pauschal abgegolten. Es wurde untersagt, für Auftraggeber der bP direkt tätig zu werden. Die Verträge wurden auf unbestimmte Zeit geschlossen, es wurde eine Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart.

In Bezug auf Herrn XXXX enthält der Vertrag die Zielsetzung einer dauerhaften Zusammenarbeit. Gegenstand des Vertrages war die Behandlung/Beförderung von Gütern in der Weise, dass im vereinbarten Gebiet XXXX in Form der Auslieferung und Abholung inklusive aller erforderlichen Nebenarbeiten wie Be- und Entladen, Scannen, Abrechnung etc., an den Fahrtagen Montag bis Freitag der gesamten Tour, die diesem Auslieferungsgebiet zugeteilt ist, mittels Einsatzes auftraggebereigener Fahrzeuge, Güter den Kunden zuzustellen bzw. Güter der Kunden abzuholen sind. Die Art und Weise der Zustellung und Abholung von Gütern ist ausnahmslos mithilfe des DIAD Gerätes vorzunehmen. Der Auftraggeber verpflichtet sich, den Auftragnehmer nach Maßgabe des Transportaufkommens laufend mit der Güterbeförderung zwischen dem Center XXXX und Kunden zu beauftragen. Der Auftraggeber stellt ausreichend Transportkapazitäten bereit. Das Be- und Entladen erfolgt durch den Auftragnehmer. Erfüllungsgehilfen müssen von der Firma genehmigt werden. Im Interesse eines einheitlichen Erscheinungsbildes hat der Auftragnehmer XXXX Kleidung zu tragen. Die Kleidung wird unentgeltlich überlassen, sie ist bei Beendigung des Vertrages zu retournieren. Planung und Ablauf der Touren obliegen dem Auftragnehmer, Vorgaben des Auftraggebers sollen berücksichtigt werden. Bei Ausfall des Fahrers wird der Auftragnehmer die nicht beförderten Güter durch einen vom Auftragnehmer genehmigten Ersatzfahrer zustellen bzw. abholen lassen. Sollte der Auftragnehmer nicht in der Lage sein, für entsprechenden Ersatz zu sorgen, hat er dies dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, welcher dann berechtigt ist, die nicht beförderten Güter durch Dritte zur Auslieferung zu bringen bzw. vom Kunden abzuholen. Der Auftragnehmer trägt dadurch entstehende Kosten. Die Vergütung wurde monatlich pauschal mit netto € 1.600, -- vereinbart. Der Vertrag enthält Haftungsvereinbarungen. Es wurde ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit mit einer Kündigungsfrist von 1 Monat vereinbart.

Der Vertrag mit Herrn XXXX ist im Wesentlichen gleichlautend mit dem Vertrag von Herrn XXXX . Die Vergütung wurde monatlich pauschal mit netto € 2.150, -- vereinbart.

Der Vertrag mit Herrn XXXX ist im Wesentlichen gleichlautend mit dem Vertrag von Herrn XXXX . Die Vergütung wurde monatlich pauschal mit netto € 2.500, -- vereinbart.

1.3. Die Tätigkeit des Herrn T. für die bP bestand darin, wie im Vertrag vereinbart, die Expresssendungen von XXXX zur Zweigstelle nach XXXX zu bringen. Dazu musste er um 06:00 Uhr in der Früh am Flughafen in XXXX sein. Dort lud er die Pakete in den Mercedes Sprinter ein und fuhr damit nach XXXX . Etwa um 08:00 Uhr traf er in XXXX ein, wo die Pakete wieder ausgeladen wurden. Dabei haben andere Fahrer der bP mitgeholfen. Eigens vorgesehene Personen für die Be- und Entladevorgänge gab es nicht, dies wurde von den Fahrern erledigt. Die meisten davon waren Angestellte der bP. Alle Sprinter hatten ihre eigenen Touren, es gab ca. 20 Touren, welche abgefahren wurden. Teilweise fuhr Herr T. auch Touren mit dem Klein-LKW der bP. Wenn die Sprinter aus der Garage gefahren waren, stellte er den LKW in die Garage und belud diesen. Dann absolvierte er die vereinbarten Touren. Zuerst XXXX oder XXXX zum Ausladen der Pakete und dann fuhr er zu XXXX um dort die Expresspakete einzuladen. Danach fuhr er wieder in das Center der bP zurück, wo er den LKW auslud. Zumeist erhielt er dabei Unterstützung vom damaligen Centerleiter Herrn XXXX , ein Angestellter der bP. Im Schnitt war es dann etwa 16:00 Uhr. Danach wartete er bis alle Sprinter wieder von der Tour zurück waren. Die Pakete welche nicht zugestellt werden konnte wurden dann von ihm gescannt. Diese blieben entweder im Haus oder wurden wieder in Fahrzeuge aufgeteilt. Danach fuhr er mit dem Sprinter wieder nach XXXX zum Flughafen, wo er bei XXXX ausgeladen hat. Dieser Ablauf war jeden Tag von Montag bis Freitag gleich, so wie vertraglich vereinbart. Am Flughafen war um 19:00 Uhr Deadline, Herr T. war zwischen 19:00 Uhr und 20:00 Uhr mit der Arbeit fertig.

Anordnungen erhielt Herr T. durch Herrn XXXX oder Frau XXXX . Es konnte sein, dass diese ihm sagten wann er spätestens da zu sein hatte oder dass er noch extra etwas zu liefern habe, weil z. B. ein Kollege nicht mehr alles in sein Fahrzeug laden konnte. Es kam vor, dass er solche Ladungen dann mitzunehmen und auszuliefern hatte. Dies bezog sich jedoch nur auf die LKW-Tour, die Sprinter-Tour war eine fixe Tour.

Wenn beispielsweise jemand das Paket angeblich nicht bekommen hat, wurde Herr T. seitens der bP angerufen und hatte dazu Stellung zu beziehen.

Die Bezahlung erfolgte pauschal. Die Fahrzeuge gehörten der bP. Für den Sprinter hatte er einen Mietvertrag und bezahlte Miete. Er hatte einen Tankschlüssel für die hofeigene Tankstelle der bP und konnte dort vergünstigt tanken.

Die Miete und die Tankkosten wurden seitens der bP automatisch von der durch Herrn T. an die bP gestellten Rechnung in Abzug gebracht. Eine eigene Rechnung für diese Abzüge erhielt er nicht. Für die Unterstützung von Angestellten der bP bei den Be- und Entladevorgängen hatte Herr T. nichts zu bezahlen.

Für seine Tätigkeit hatte Herr T. das DIAD Gerät zu verwenden, auf welches in der Früh die Pakete gescannt wurden und die Kunden mittels Unterschrift dann den Empfang bestätigen konnten. Herr T. erhielt eine Einschulung in dieses Gerät. Die Kosten für dieses Gerät wurden durch die bP getragen.

Hinsichtlich der Art der Tätigkeit gab es keine Unterschiede zwischen den auf Dienstleistungsvertrag tätigen Fahrern und angestellten Fahrern.

Herr T. hat sich bei seiner Tätigkeit nicht vertreten lassen und keine Hilfskräfte eingesetzt. Im Falle eines Ausfalles seiner Person hätte sich die bP um Ersatz kümmern müssen.

Grundsätzlich trugen die Fahrer die XXXX von XXXX . Auch Herr T. hätte diese XXXX tragen sollen, jedoch war es bei ihm technisch nicht möglich, da ihm diese von der Größe her nicht gepasst hat. Die Fahrer konnten diese XXXX selber waschen oder bei der bP zum Waschen abgeben.

Für Auftraggeber der bP durfte Herr T. nicht tätig werden.

Herr T. übte sonst keine Tätigkeit aus, weil er durch die Tätigkeit für die bP ausgelastet war.

Herr T. war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (01.01.2008 - 30.06.2008) auf Dienstleistungsvertrag für die bP tätig. Von 01.01.2008 bis 11.01.2011 war Herr T. dann bei der XXXX angestellt. Diese Firma gehört zur XXXX . Die Tätigkeit blieb genau dieselbe.

Der Grund für die Anstellung war, da Herr T. den Sprinter anfangs mieten konnte. Dann wurde ihm nahegelegt, dass er diesen auf Raten kaufen solle. Da ihm dies finanziell zu unattraktiv war, ließ er sich anstellen.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorliegenden Verwaltungsverfahrensaktes der GKK und der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem BVwG.

Inhalt des gegenständlichen Verfahrens ist die Beurteilung der Tätigkeit der oben angeführten vier Auslieferer, welche zu den oben dargelegten Zeiten für die bP Auslieferungen durchführten.

Sämtliche verfahrensgegenständlichen Auslieferer wurden zur Verhandlung geladen, wobei nur Herr XXXX zur Verhandlung erschien und die übrigen 3 Parteien unentschuldigt fernblieben. Herr XXXX machte im Verfahren sehr konkrete Angaben über die verfahrensgegenständliche Tätigkeit. Diese Angaben wurden dem Grunde nach durch die rechtlich vertretene bP im Beisein des Geschäftsführers nicht bestritten. Es wurde auch nicht dargelegt, dass sich die Tätigkeiten der Auslieferer in wesentlichen Punkten unterschieden hätten, weshalb das BVwG davon ausgehen konnte, dass die Darlegungen des Herrn T. auch als repräsentativ für die übrigen 3 Auslieferer angesehen werden konnten. Insgesamt konnte somit ausreichend verlässlich festgestellt werden, dass die Tätigkeiten der verfahrensgegenständlichen Auslieferer der bP in den maßgeblichen Zeiträumen (zwischen 01.01.2008 und 31.07.2008) im Wesentlichen ident waren.

Weiter ist festzuhalten, dass die unentschuldigt der Verhandlung fern gebliebenen Auslieferer ursprünglich auch keine Beschwerde gegen den Bescheid der GKK einbrachten und nunmehr wiederum kein Interesse daran zeigten, etwaiges im Verfahren beizutragen, was ebenfalls dafürspricht, von einem ausreichend feststehenden Sachverhalt ausgehen zu können.

2.1. Die Feststellungen zu 1.1. ergeben sich aus dem aktuellen Firmenbuchauszug und der Angaben der Parteien im Verfahren. Diese Feststellungen wurden nicht bestritten.

2.2. Die Feststellungen zu 1.2. ergeben sich aus den im Verfahren vorgelegten Verträgen.

2.3. Die Feststellungen zu 1.3. ergeben sich aus den Angaben des Herrn T. im Zuge der mündlichen Verhandlung. Diese wurden im Verfahren nicht bestritten. Zum Teil vervollständigte der Geschäftsführer Herr S. die oben dargelegten Feststellungen.

Bezüglich der Darlegungen des Herrn T. dahingehend, dass er sich nicht vertreten ließ und auch keine eigenen Hilfskräfte einsetzte, ist auf seine Darlegungen in der Verhandlung einzugehen, wonach er manchmal einem Freund, welcher einen eigenen Sprinter hatte und manchmal auch seiner Ex-Lebensgefährtin, welche dann einen Sprinter der bP benutzte, eine Tour über die bP zukommen ließ, wenn ein weiteres Fahrzeug seitens der bP benötigt wurde. Die Touren wurden zwar über ihn abgerechnet, jedoch wurden diese im Vorfeld mit der Firma vereinbart. Dies erfolgte über das Büro in Berlin. Seine eigenen Touren fuhr Herr T. immer selber.

Aus den Darlegungen des Herrn T. ergibt sich somit, dass in solchen Fällen somit Dritte über Herrn T. entweder für die bP oder für die Firma in Berlin tätig wurden, was jedoch dahingestellt bleiben kann, da sich Herr T. selbst nicht vertreten ließ und keine Hilfskräfte einsetzte.

2.3. In Bezug auf Herrn XXXX wurde im Verfahren eine mit diesem aufgenommene Niederschrift vorgelegt. Im Wesentlichen ergibt sich daraus, dass ein Pauschalbetrag von € 2.150, -- im Monat Brutto vereinbart war. Die Tätigkeit bestand in Paketabholung und Zustellung. Die Arbeitszeit wurde mit 06:30 Uhr bis ca. 17:00 Uhr angegeben, im Winter länger, aufgrund der höheren Paketanzahlen. Herr XXXX fuhr die Tour XXXX. Er fuhr nur diese Tour, von Montag bis Freitag. Zur Tätigkeit gehörte auch das Be- und Entladen von LKW's. Herr XXXX hat vorgegeben, wohin er im Zuge dieser Tour zu fahren hatte. Er verwendete das DIAD Gerät. Auf die Frage, ob es Konsequenzen gab, falls er nicht be- oder entladen hat, führte Herr XXXX an, dass er helfen musste. Durch Herrn XXXX wurde entsprechend Druck gemacht. Ob es wirklich Konsequenzen gegeben hätte könne er nicht sagen, da er diese Arbeit gebraucht und dies nicht ausprobiert habe. Er stellte monatlich eine Rechnung. Die Fahrzeuge wurden über das Wochenende im Lager XXXX abgestellt. Es wurde jeden Monat ein neuer Mietvertrag gemacht, es sei jedoch diesbezüglich keine extra Bezahlung bzw. Miete erfolgt. Der Mietvertrag wurde mit Herrn XXXX gemacht. Er hatte keine weiteren Auftraggeber mehr. Er durfte sich nicht vertreten lassen. Die Anordnungen kamen von Herrn XXXX, er konnte keine Tour ablehnen. Die Arbeitszeit war vorgegeben. Ihm wurde beim Be- und Entladen von Angestellten der bP geholfen. Es gab keinen

Unterschied in der Tätigkeit zwischen Selbständigen und angestellten Fahrern.

Es wurde ein Mietvertrag vom April 2010 über die Höhe von € 1200, -- vorgelegt. Beigelegt wurden diverse monatlich Abrechnungen.

Insgesamt sprechen somit auch die Angaben in der Niederschrift dafür, dass die Tätigkeit des Herrn XXXX nicht wesentlich von jener des Herrn T. abwich, obwohl in diesem Fall doch einiges darauf hindeutet, dass der Mietvertrag nur zum Schein abgeschlossen wurde, kam es doch laut Angaben des Herrn XXXX tatsächlich nie zu effektiven Zahlungen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt gem. § 414 Abs. 2 ASVG iVm § 410 Abs. 1 ASVG Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, 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, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. 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.

Zu A)

1. § 4 ASVG

(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:

1.

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.

[....]

§ 5 ASVG

(1) Von der Vollversicherung nach § 4 sind - unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung - ausgenommen:

1. [...]

2. Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

[...]

(2) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens 28,89 € (Wert 2012), insgesamt jedoch von höchstens 376,26 € (Wert 2012) gebührt oder

2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 376,26 € (Wert 2012) gebührt.

§ 10 ASVG

(1) Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer, der Personen hinsichtlich einer geringfügigen Beschäftigung nach § 5 Abs. 2, der in § 4 Abs. 4 bezeichneten Personen, ferner der gemäß § 4 Abs. 1 Z 9, 10 und 13 Pflichtversicherten, der gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen, der in einem Lehr- oder Ausbildungsverhältnis stehenden Personen, der Personen, denen eine Leistung der beruflichen Ausbildung gewährt wird, sowie der Heimarbeiter und der diesen gleichgestellten Personen beginnt unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw. des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Für das Ausscheiden aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, ohne daß dem Ausgeschiedenen ein Ruhegenuß und seinen Hinterbliebenen ein Versorgungsgenuß aus dem Dienstverhältnis zusteht, gilt hinsichtlich des Beginnes der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz die Bestimmung des § 11 Abs. 5 entsprechend.

[....]

§ 11 ASVG

(1) Die Pflichtversicherung der im § 10 Abs. 1 bezeichneten Personen erlischt, soweit in den Abs. 2 bis 6 nichts anderes bestimmt wird, mit dem Ende des Beschäftigungs-, Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Fällt jedoch der Zeitpunkt, an dem der Anspruch auf Entgelt endet, nicht mit dem Zeitpunkt des Endes des Beschäftigungsverhältnisses zusammen, so erlischt die Pflichtversicherung mit dem Ende des Entgeltanspruches.

[....]

§ 33 ASVG

(1) Die Dienstgeber haben jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

(1a) Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

[...]

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben-Anmeldung) und

2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

(2) Abs. 1 gilt für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, daß die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

§ 35 ASVG

(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 Mittelspersonen 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.

[...]

§ 42 ASVG

(1) Auf Anfrage des Versicherungsträgers haben

1. die Dienstgeber,
2. Personen, die Geld- bzw. Sachbezüge gemäß § 49 Abs. 1 und 2 leisten oder geleistet haben, unabhängig davon, ob der Empfänger als Dienstnehmer tätig war oder nicht,
3. sonstige meldepflichtige Personen und Stellen (§ 36),
4. im Fall einer Bevollmächtigung nach § 35 Abs. 3 oder § 36 Abs. 2 auch die Bevollmächtigten, längstens binnen 14 Tagen wahrheitsgemäß Auskunft über alle für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände zu erteilen. Weiters haben sie den gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger während der Betriebszeit Einsicht in alle Geschäftsbücher und Belege sowie sonstigen Aufzeichnungen zu gewähren, die für das Versicherungsverhältnis von Bedeutung sind. Die Versicherungsträger sind überdies ermächtigt, den Dienstgebern alle Informationen über die bei ihnen beschäftigten oder beschäftigt gewesenen Dienstnehmer zu erteilen, soweit die Dienstgeber diese Informationen für die Erfüllung der Verpflichtungen benötigen, die ihnen in sozialversicherungs- und arbeitsrechtlicher Hinsicht aus dem Beschäftigungsverhältnis der bei ihnen beschäftigten oder beschäftigt gewesenen Dienstnehmer erwachsen.

(2) [....]

(3) Reichen die zur Verfügung stehenden Unterlagen für die Beurteilung der für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände nicht aus, so ist der Versicherungsträger berechtigt, diese Umstände aufgrund anderer Ermittlungen oder unter Heranziehung von Daten anderer Versicherungsverhältnisse bei demselben Dienstgeber sowie von Daten gleichartiger oder ähnlicher Betriebe festzustellen. Der Versicherungsträger kann insbesondere die Höhe von Trinkgeldern, wenn solche in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich sind, anhand von Schätzwerten ermitteln.

(4) [....]

§ 539a ASVG

(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.

§ 1 AIVG

(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.

[....]

2. Gegenständlich ergibt sich somit folgendes:

2.1. Seitens der GKK wird argumentiert, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Auslieferern um Dienstnehmer der bP iSd § 4 Abs. 2 ASVG gehandelt habe. Von der bP wird vertreten, dass es sich bei diesen um selbständige Unternehmer gehandelt habe.

2.2. Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung 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.

Dienstnehmer im Sinne des ASVG ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; dazu 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 entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls grundsätzlich auch, wer nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH v. 21.12.2005, ZI.2004/08/0066) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu 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 jedoch 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.

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Der Werkvertrag begründet grundsätzlich 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. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können (vgl. VwGH v. 23.05.2007, ZI. 2005/08/0003;

v. 11.12.2013, ZI. 2011/08/0322, mwN; v. 20.03.2014, ZI. 2012/08/0024).

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sind auch die "wahren Verhältnisse" maßgeblich, 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 (anhand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (Hinweis E 17.11.2004, 2001/08/0131).

Weichen die "wahren Verhältnisse" jedoch vom Vertrag ab, dann ist dies ein Indiz dafür, dass nur ein Scheinvertrag vorliegt. Eine Scheinvereinbarung ist von vornherein als Grundlage für die Beurteilung der Versicherungspflicht nicht geeignet (VwGH v. 13.8.2003, Zl. 99/08/0174). Insoweit kommt es daher auf die tatsächlichen Verhältnisse an (VwGH v. 17.10.2012, Zl. 2009/08/0188;

v. 20.03.2014, Zl. Ro 2014/08/0044).

2.2.1. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei einem Werkvertrag um ein Zielschuldverhältnis. Das heißt, dass nach Erbringung des "Werkes" das Vertragsverhältnis idR endet. Den vorliegenden als Dienstleistungsverträgen bezeichneten Verträgen zufolge waren die zu erbringenden Tätigkeiten Liefertätigkeiten. Es handelte sich um Tätigkeiten, welche laufend zu erbringen waren. Trotz gegenteiliger Behauptung der bP im Verfahren kann somit keine Rede davon sein, dass sich die Vereinbarungen auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als in sich geschlossene Einheit einer individualisierbaren, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung bezogen. Es fehlt an der vertragsmäßigen Konkretisierung des Werkes und ist ein solches als Endprodukt nicht erkennbar. Hier bestand die Vereinbarung vielmehr darin, regelmäßig wiederkehrende Liefertätigkeiten durchzuführen. Es steht damit die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft für eine wiederholte, fortlaufende Tätigkeit für die bP im Vordergrund und nicht die Erbringung eines in sich geschlossenen Werkes.

Von Werkverträgen war somit nicht auszugehen.

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen sind auch die Angaben in der Beschwerde nicht haltbar, dass die bP die verfahrensgegenständlichen Auslieferer lediglich zur Abdeckung von Spitzen beschäftigt hat.

2.3. Zu prüfen war daher, ob die Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit ausgeübt wurden.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder (wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung) nur beschränkt ist.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene grundsätzlich persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (vgl. VwGH v. 20.02.2008, Zl. 2007/08/0053, mwN).

2.4. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist somit die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die Erkenntnisse v. 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, und v. 15.07.2013, Zl. 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. VwGH v. 25.04.2007, VwSlg. 17.185/A).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (VwGH v. 17.11.2004, Zl. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig

Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient.

Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen (VwGH v. 02.12.2013, Zl. 2013/08/0191).

Im Zweifel ist persönliche Arbeitspflicht anzunehmen, wenn eine generelle Vertretungsbefugnis weder behauptet noch festgestellt worden ist. Eine ausdrückliche Untersagung der Vertretung bei der Erbringung von Arbeitsleistungen ist nicht erforderlich (VwGH v. 28.03.2012, Zl. 2012/08/0032).

Ein (ausdrücklich) vereinbartes (generelles) Vertretungsrecht schließt die persönliche Abhängigkeit nur dann aus, wenn 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 deren Einräumung nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht. Ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht steht nämlich im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (VwGH v. 28.03.2012, Zl. 2009/08/0135).

Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (VwGH v. 16.11.2011, Zl. 2008/08/0152 mwN; v. 02.12.2013, Zl. 2013/08/0191).

In den Verträgen wurde vereinbart, dass Erfüllungsgehilfen von der bP genehmigt werden müssen. Auch etwaige Ersatzfahrer müssen durch die bP genehmigt werden. Gegenständlich wurde somit ein generelles Vertretungsrecht schon im Vertrag nicht vereinbart. Somit ist schon aus dem Vertrag nicht ableitbar, dass die Auslieferer jederzeit und nach Gutdünken irgendeine geeignete Vertretung zur Erfüllung der von ihnen übernommenen Arbeitspflichten heranziehen konnten, was jedenfalls gegen die Annahme eines generellen Vertretungsrechts spricht. Wie bereits festgestellt, wurde derartige auch nicht tatsächlich gelebt.

Ein generelles Vertretungsrecht im Sinne der Rechtsprechung lag somit nicht vor. Auch legte Herr T. in der Verhandlung dar, dass er seiner Verpflichtung stets nachkam und die bP damit rechnen konnte, dass er seine Tätigkeit auch tatsächlich ausführte, weshalb ein sanktionsloses Ablehnungsrecht nicht in Betracht kam. Gleiches lässt sich aus den Angaben des Herrn XXXX in der Niederschrift ableiten.

2.5. In Bezug auf die Arbeitszeit ist festzustellen, dass diese in der Früh genau vorgegeben war. Das Arbeitsende war daran gebunden, wann die Auslieferer mit den Auslieferungen fertig waren. Auch kam es vor, dass noch zusätzliche Lieferungen übernommen werden mussten.

Die Arbeitszeit hat sich somit im Wesentlichen nach den Bedürfnissen der bP gerichtet und ergab sich aus den Erfordernissen der Betriebsorganisation. Eine persönliche eigenständige Zeiteinteilung kann daher aufgrund der betrieblichen Zeitvorgaben nur in einem engen Rahmen angenommen werden. Es ist daher von einer unübersehbaren Bindung in Bezug auf die Arbeitszeit und nicht von einer freien Zeiteinteilung auszugehen. Überdies waren die Auslieferer aufgrund des Umfangs ihrer Tätigkeit für die bP ausgelastet.

Die Arbeitsorte ergaben sich aus den zugewiesenen Lieferadressen, bzw. der Adresse des Lagers.

Insgesamt waren Arbeitszeit und Arbeitsort somit überwiegend durch die bP vorgegeben.

2.6. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stellt die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über das arbeitsbezogene Verhalten und sich darauf beziehende Weisungs- und Kontrollbefugnisse ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Dienstnähmereigenschaft dar (VwGH 19.1.1999, 96/08/0350).

Das Verhalten des Beschäftigten findet seinen sinnfälligen Ausdruck als arbeitsbezogenes Verhalten in der Art und Weise der zu verrichtenden Tätigkeit, also in der Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsabfolge.

Gegenständlich war die Tätigkeit wie bereits oben dargestellt im Wesentlichen vorgegeben, sodass sich der Gestaltungsspielraum - wenn überhaupt - in einem sehr engen Rahmen gehalten hat.

Die Auslieferer unterlagen zudem insofern den Anweisungen des Lagerleiters, als dieser sagte, wann sie spätestens zurück sein mussten bzw. ob noch extra etwas zu liefern war. Die Auslieferer hatten die Zustellungen durch die Kunden auf den mitzuführenden DIAD-Geräten bestätigen zu lassen, somit war der bP eine Überprüfung der Auslieferer jederzeit möglich.

Darüber hinaus erübrigten sich konkrete Weisungen, weil die Auslieferer von sich aus wussten, wie sie sich im Betrieb der bP zu verhalten hatten. Sie waren in einer Weise in die betriebliche Organisation der bP eingebunden, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden konnten ("stille Autorität" des Arbeitgebers; VwGH v. 04.06.2008, Zl. 2007/08/0252).

2.7. Ein maßgebliches unternehmerisches Risiko war nicht ersichtlich, da die Auslieferer ein Fixum für die gefahrenen Touren bekamen. Die Kundenakquise erfolgte ausschließlich durch die bP. Sie hatten keinen Einfluss auf die preisliche Ausgestaltung der Lieferungen.

Es war auch ein Konkurrenzverbot vereinbart.

2.8. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich im Allgemeinen bereits aus dem Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit. Sie darf nicht mit Lohnabhängigkeit, also mit dem Angewiesen sein des Beschäftigten auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes, gleichgesetzt werden. Sie findet vielmehr ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel (VwGH v. 04.06.2008, Zl. 2007/08/0179).

Wie bereits in den Feststellungen und in der Beweiswürdigung dargelegt, gibt es Anzeichen dafür, dass zumindest in Bezug auf die Personen XXXX, XXXX und XXXX Mietverträge nur zum Schein abgeschlossen wurden, da es keine Nachweise für tatsächlich Geldflüsse gibt. Vielmehr legte Herr XXXX in der Niederschrift dar, dass es tatsächlich nie zu effektiven Zahlungen diesbezüglich gekommen ist. Wenn man jedoch im Zweifel davon ausgeht, dass die Fahrzeuge tatsächlich gemietet wurden, wie dies bei Herrn T. offenbar der Fall war, so handelt es sich dabei jedenfalls um Merkmale persönlicher Unabhängigkeit. Doch selbst dann ist dessen ungeachtet zu berücksichtigen, dass es sich um Fahrzeuge aus dem einheitlichen Fuhrpark der bP handelte, welche den Auslieferern zur Miete zur Verfügung gestellt wurden. Die Auslieferer hatten nicht selbst für eine Anmietung oder den Ankauf irgendeines tauglichen Fahrzeugen zu sorgen, wie es sonst bei Selbständigen üblich ist, sondern wurden ihnen ganz konkret diese Fahrzeuge aus dem Fuhrpark der bP vermietet. Es handelte sich jeweils um Mercedes Sprinter (Aussage Herr T.: "Alle Sprinter hatten ihre eigenen Touren, es gab ca. 20 Touren".), woraus, anders als bei Selbständigen, ein einheitliches Erscheinungsbild unter den Auslieferern zum Vorschein kommt, ebenso wie beim Tragen der gleichartigen XXXX, was insgesamt wiederum eine Einbindung in den Betrieb der bP darlegt und jedenfalls die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit schmälert. Zudem waren die Auslieferer zum vergünstigten Tanken berechtigt. Die Kosten für das DIAD Gerät wurde durch die bP übernommen. Die Auslieferer bekamen die XXXX seitens der bP gratis zur Verfügung und konnten diese in der Firma waschen lassen, was wiederum gegen eine persönliche Unabhängigkeit spricht.

Ebenso hatten sie die Unterstützung beim Beladen der Fahrzeuge durch Angestellte der bP keine Aufwendungen aufzubringen. Dies spricht ebenfalls gegen die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit und vielmehr für die Einbindung in den Betrieb der bP.

Verstärkt wird dies auch durch die Aussage des Herrn T., wenn er darlegt, dass der Grund für seine Anstellung war, dass er den Sprinter anfangs mieten konnte. Als ihm nahegelegt wurde, dass er diesen auf Raten kaufen solle, ließ er sich innerhalb der XXXX anstellen und übte dieselbe Tätigkeit aus wie vorher. Dies zeigt, dass Fahrer für dieselbe sowohl angestellt wurden, wie auch auf selbständiger Basis beschäftigt wurden.

2.9. Die Auslieferer bekamen für bestimmte Touren einen festgelegten Fixbetrag ausbezahlt. Doch selbst der Umstand, dass eine leistungsbezogene Entlohnung vorliegen würde, spräche nicht gegen eine Dienstnehmereigenschaft. Auch im Rahmen eines abhängigen Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs. 2 ASVG kann es zu einer leistungsbezogenen Entlohnung kommen (VwGH v. 04.06.2008, Zl. 2007/08/0179).

Die Auslieferer stellten die Rechnungen bei der bP und trugen somit die Rechnungslast.

2.10. Resümierend ist festzustellen, dass die Auslieferer nicht leistungsbezogen bezahlt wurde, sondern ein Fixum für bestimmte Touren erhielt. Die Kundenakquise oblag ausschließlich der bP, die bP verpflichtete sich vertraglich, die Auslieferer laufend mit Güterbeförderungen zu beauftragen und hatten die Auslieferer keinen Einfluss auf die preisliche Ausgestaltung der Lieferungen, weshalb kein wesentliches unternehmerisches Risiko zu Tage kam. Die Arbeitszeit und die Arbeitsorte waren im Wesentlichen vorgegeben. Die Auslieferer erhielten Weisungen und waren nicht unwesentlich in die Betriebsorganisation der bP eingebunden. Der Ablauf der Tätigkeit war im Wesentlichen genau vorgegeben. Die Tourenzeile waren seitens der bP vorgegeben. Kundenbeschwerden gingen nicht direkt an die Auslieferer, sondern mussten diese gegenüber der bP dazu Stellung beziehen. Die Auslieferer hatten grundsätzlich eine bestimmte XXXX bei deren Tätigkeit zu tragen, lediglich bei Herrn T. war dies aufgrund seiner Größe nicht möglich. Im Falle der Verhinderung hatte sich die bP um Ersatz zu kümmern. Wenn die Auslieferer frühzeitig zurück waren, hatten sie beim Be- und Entladen von anderen Fahrzeugen mitzuhelfen. Deren Tätigkeit unterschied sich vom Arbeitsablauf her nicht von jener der angestellten Fahrer. Beim Beladen wurden sie durch Angestellte der bP unentgeltlich unterstützt.

Auch die Vereinbarung einer Kündigungsfrist spricht für ein Dienstverhältnis. Ebenso die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes. Auch die Tatsache, dass die Auslieferer mit der Tätigkeit bei der bP voll ausgelastet waren.

Wenn man davon ausgeht, dass die Mietverträge nicht zum Schein abgeschlossen wurden, obwohl dies gegenständlich fraglich blieb, wurden jedenfalls unter Berücksichtigung der oben dargelegten Einschränkungen im konkreten Fall wesentliche Betriebsmittel durch die Auslieferer gestellt und stellten diese auch Rechnungen bei der bP, womit sie auch die Rechnungslast trugen. Dennoch wurden nicht unwesentliche Betriebsmittel auch durch die bP bereitgestellt. Zudem verpflichtete sich die bP vertraglich, ausreichend Transportkapazitäten bereit zu stellen.

Im Ergebnis ergibt sich hier bei einer Gesamtbetrachtung unter Zugrundelegung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes, dass die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den M

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at