

TE Bvwg Erkenntnis 2021/8/11 I413 2221763-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.08.2021

Entscheidungsdatum

11.08.2021

Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art133 Abs4

Spruch

I413 2221763-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. Martin ATTLMAYR, LL.M. als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch die ABG Wirtschaftsprüfungs- & Steuerberatungs GmbH gegen den Bescheid der XXXX Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse Landesstelle XXXX) vom 16.05.2019, ZI XXXX , wegen Feststellung der Pflichtversicherung von XXXX , VSNR XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30.06.2020 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 16.05.2019,XXXX , stellte die XXXX Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse Landesstelle XXXX , im Folgenden als belangte Behörde bezeichnet) fest, dass XXXX , VSNR XXXX , auf Grund seiner Tätigkeit als Testkäufer für den Dienstgeber XXXX GmbH am 11.02.2015, 26.02.2015, 09.04.2015,

12.04.2015, 13.04.2015, 05.05.2015, 07.05.2015, 11.05.2015, 02.06.2015, 03.06.2015, 08.06.2015, 08.07.2015, 09.07.2015, 20.07.2015, 24.07.2015, 03.08.2015, 05.08.2015, 07.10.2015, 08.10.2015, 19.10.2015, 26.11.2015, 27.11.2015 und 14.12.2015 als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit Abs 2 ASVG in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert) und gemäß § 1 Abs 1 lit a AlVG arbeitslosenversichert war.

Gegen diesen der Beschwerdeführerin am 20.05.2019 und XXXX (mP2) am 17.05.2019 zugestellten Bescheid richtet sich die fristgerecht von der durch die einschreitende Steuerberatungsgesellschaft vertretene Beschwerdeführerin erhobene Beschwerde vom 04.06.2019 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und mit den Anträgen, der Beschwerde statzugeben, die zu Unrecht vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge zu stornieren und die vorgeschriebenen Beiträge bis zur Erledigung des Ansuchens zu stunden.

Mit Schriftsatz vom 26.07.2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vor und erstattete zum Beschwerdevorbringen eine Stellungnahme.

Am 30.06.2020 führte das Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durch, in deren Zuge der Rechtsvertreter für die Beschwerdeführerin sowie XXXX (mP1) und XXXX (mP2) einvernommen wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in XXXX . Ihr Geschäftszweck ist unter anderem die Organisation und Durchführung von Mystery Shopping (Testkäufen), wofür sie sich einzelner Personen als Mystery Shopper bzw. Testkäufer bedient.

Als Mystery Shopper bzw Testkäufer war die mP2 für die Beschwerdeführerin am 11.02.2015, 26.02.2015, 09.04.2015, 12.04.2015, 13.04.2015, 05.05.2015, 07.05.2015, 11.05.2015, 02.06.2015, 03.06.2015, 08.06.2015, 08.07.2015, 09.07.2015, 20.07.2015, 24.07.2015, 03.08.2015, 05.08.2015, 07.10.2015, 08.10.2015, 19.10.2015, 26.11.2015, 27.11.2015 und 14.12.2015 tätig, wobei er an diesen Tagen durchschnittlich ein Entgelt pro Arbeitstag von über EUR 31,17 bezog. Daneben erhielt der bei der mP1 als Angestellter sozialversicherungsrechtlich gemeldete mP2 für den Zeitraum 01.03.2015 bis 30.11.2015 Bezüge in Höhe von insgesamt EUR 3.580,00.

Zum Zweck der Durchführung solcher Testkäufe erstellt die Beschwerdeführerin im Einvernehmen mit dem jeweiligen Kunden Fragebögen, welche auf das Online-Portal der Beschwerdeführerin gestellt werden. Um als Testkäuferin für die Beschwerdeführerin tätig werden zu können, musste sich die mP2 über dieses Portal registrieren, wobei personenbezogene Daten (wie Name, Adresse, Geburtsdatum, E-Mail-Adresse etc.) anzugeben waren. Nach Überprüfung der Registrierung erfolgte seitens der Beschwerdeführerin eine Freigabe und bestand ab diesem Zeitpunkt für die mP2 die Möglichkeit, nach Eingabe seiner Zugangsdaten die im Portal gelisteten Aufträge je nach eigener zeitlicher und örtlicher Verfügbarkeit auszuwählen. Teilweise bekam die mp2 in Ermangelung ausreichender Testkäufer explizit auch E-Mails mit der Bitte um Unterstützung und Durchführung von Aufträgen, wobei auch ein privates E-Mail-Postfach seitens der Beschwerdeführerin zur Verfügung stand.

Im Zuge der Registrierung wurde zwischen der Beschwerdeführerin und der mP2 ein unbefristeter Vertrag abgeschlossen, welcher die wechselseitigen Leistungen, die Arbeitsweise, die Entlohnung, das Wesen der Beziehungen, die Geheimhaltung der Information, die Anforderungen und Garantien der Parteien, die Nichteinhaltung des Vertrages, die Dauer und Kündigung des Vertrages udlg regelt. Diese Vorgaben waren seitens der Beschwerdeführerin vorgegeben und nicht abänderbar.

Die jeweilige Vergütung war im Vornherein fixiert und nicht individuell verhandelbar. Eine Verpflichtung zur Annahme von Aufträgen bestand nicht. Zum Zustandekommen eines Testeinkaufauftrags war nach vorgenommener Auswahl der mP2 noch die Freigabe durch die Beschwerdeführerin erforderlich. Der auszufüllenden Fragebogen war nach der Freigabe durch die Beschwerdeführerin über deren Portal nach Eingabe der Zugangsdaten ausschließlich für die mP2 verfügbar. Grundsätzlich war der Testeinkauf persönlich zu erbringen. Eine Vertretung der mP2 erfolgte ausschließlich nach Absprache mit der Beschwerdeführerin durch seine Ehefrau, der mP1, welche ebenfalls bei der Beschwerdeführerin als Testkäuferin registriert war.

Die mP2 testete im Zuge seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin fast ausschließlich XXXX Tankstellen und lediglich in geringem Ausmaß XXXX Stores. Zeit bzw. Zeitrahmen und Ort der Aufträge war dabei bereits in den gelisteten

Aufträgen vorgegeben. Hinsichtlich der Testungen der XXXX Tankstellen lag ein umfassendes, 28-seitiges Handbuch mit Abläufen und Aufgaben (Sicherheitshinweise, Voraussetzungen für die korrekte Durchführung eines XXXX Auftrags, allgemeine Auftragshinweise, zu beobachtende Bereiche etc.) vor, welches vorab durchzulesen war. Im Anschluss daran musste seinerseits ein Zertifizierungstest positiv absolviert werden, anderenfalls war ein Tätigwerden als Mystery Shopper hinsichtlich XXXX Tankstellen nicht möglich. Daneben existierte ein weiteres, 6-seitiges Handbuch mit Auftragsanweisungen, welches in Hinblick auf XXXX Tankstellen die wichtigsten Informationen in Zusammenhang mit der Durchführung dortiger Testungen zusammenfasste. Auch hinsichtlich der Testungen von XXXX Stores lag es ein 6-seitiges Trainingshandbuch mit detaillierten Anweisungen zum Ablauf des Testkaufes (Ankunft im Geschäft, Reaktion auf Fragen des Verkäufers/ der Verkäuferin, Produktempfehlungen, Gerätedemonstration und Testlauf, Produktwissen des Verkäufers, Produktvorräufigkeit, Fotoanforderungen, Geschäft geschlossen etc.) vor.

Nach einer absolvierten Testung war von der mP2 zeitnah der detaillierte, seitens der Beschwerdeführerin vorgegebene Fragebogen auszufüllen, dies unter Anhang von Lichtbildern, gegebenenfalls auch eines Beleges. Die Übermittlung des ausgefüllten Fragebogens erfolgte über das Portal der Beschwerdeführerin, welche im Anschluss daran eine Auswertung desselben vornahm. Diesbezüglich erhielt die mP2 auch eine Beurteilung anhand mehrerer Bewertungskriterien wie beispielsweise Fotoqualität, Lesbarkeit des Kassabons, Ausführlichkeit, etc.

Für seine Tätigkeit nutzte die mP2 sein Auto, sein Mobiltelefon, Internetzugang sowie seinen Computer, wobei die mP2 sämtlich Genanntes auch privat verwendet hat.

Die Auszahlung erfolgte schließlich automatisiert nach Leistungserbringung im darauffolgenden Monat in Form eines Pauschalbetrages pro erbrachten Auftrag zuzüglich etwaiger im Zuge des Auftrages vereinbarter Spesen. Für den Fall, dass eine Testung nicht vorgenommen werden konnte (beispielsweise ob eines Umbaus) erfolgte eine Auszahlung in Höhe der Hälfte des Pauschalbetrages lt. Auftrag. Im Falle des Nichteinhaltens an die Vorgaben der Beschwerdeführerin erfolgt keine Auszahlung.

2. Beweiswürdigung:

Beweise wurden genommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in den Bescheid vom 16.05.2019 und in die Beschwerde sowie in die im Verwaltungsverfahren vorgelegten Urkunden. Ferner wurden Beweise aufgenommen durch Einvernahme des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, XXXX (mP1) und XXXX (mP2) im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 30.06.2020.

Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin ergeben sich aus der glaubhaften Aussage des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin im Zuge der mündlichen Verhandlung (Protokoll vom 30.06.2020, S 3) sowie aus der Einsicht in die Homepage der Beschwerdeführerin <https://XXXX .group>. Die Feststellung, wonach sich die Beschwerdeführerin einzelner Personen als Mystery Shopper bzw. Testkäufer bediente, war dem unstrittigen Akteninhalt zu entnehmen.

Dass die mP2 zu den festgestellten Daten als Testkäufer für die Beschwerdeführerin fungierte, ergibt sich zweifelsfrei aus dem Prüfbericht der belangten Behörde vom 16.11.2018 samt darin verzeichneter Beitragsgrundlagen – welche für sämtliche festgestellten Tage über dem Betrag von durchschnittlich EUR 31,17 lagen, ferner aus den im Verwaltungsakt einliegenden Lohnbescheinigungen vom 01.04.2015, 01.05.2015, 01.06.2015, 01.07.2015, 01.08.2015, 01.09.2015 und 01.11.2015. Weder die Daten an sich noch das im Zuge der GPLA-Prüfung festgestellte Überschreiten des Betrages von täglich durchschnittlich EUR 31,17 wurden bestritten. Vielmehr bestätigte die mP2, dass ihm die im Spruch des angefochtenen Bescheides angegebenen Daten plausibel erscheinen (Protokoll vom 30.06.2020, S 14). Die mP2 führte vor dem erkennenden Richter auch explizit aus, bei der mP1, seiner Ehefrau, angestellt gewesen zu sein (Protokoll vom 30.06.2020, S 14). Die Höhe seiner Bezüge aus seiner Angestelltentätigkeit bei der mP1 für den Zeitraum 01.03.2015 bis 30.11.2015 war dem Sozialversicherungsdatenauszug zur Person der mP2 zu entnehmen.

Der Umstand, wonach die Beschwerdeführerin zur Durchführung von Testkäufen im Einvernehmen mit ihren Kunden Fragebögen erstellt, welche auf ein Online-Portal der Beschwerdeführerin gestellt werden, ergibt sich aus den Aussagen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin im Zuge der mündlichen Verhandlung (Protokoll vom 30.06.2020, S 3), im Übrigen auch aus einer Stellungnahme derselben vom 26.07.2017. Die Feststellungen zur Registrierung über das Portal samt dem weiteren Prozedere bis hin zur Freigabe durch die Beschwerdeführerin basieren auf einer Zusammenschau der Darlegungen der mP1 in ihrer niederschriftlichen Einvernahme vor der belangten Behörde (Protokoll vom 27.02.2019, S 2 f) und den übereinstimmenden Angaben der mP1 und mP2 in der mündlichen Verhandlung (Protokoll vom 30.06.2020, S 7, S 10 und S 14), welche auch mit den Schilderungen des

Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin in Einklang stehen (Protokoll vom 30.06.2020, S 4). Betreffend den Umstand, wonach die mP2 explizit um Unterstützung und Durchführung von Aufträgen gebeten wurde, kann auf seine Ausführungen vor dem erkennenden Richter verwiesen werden (Protokoll vom 30.06.2020, S 14 und S 16), was im Übrigen in Übereinstimmung dazu auch die mp1 bereits vor der belangten Behörde zu Protokoll gegeben hat (Protokoll vom 27.02.2019, S 3). Der Umstand, wonach ein privates E-Mail-Postfach seitens der Beschwerdeführerin zur Verfügung stand, ergibt sich bereits aus dem im Verwaltungsakt einliegenden Vertrag (Vertragspunkt „Bestimmungen“ lit h).

Aufgrund der Schilderungen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin war die Feststellung zum Abschluss eines unbefristeten Vertrages zwischen der Beschwerdeführerin und den Mystery Shoppern durch den Registrierungsvorgang (Protokoll vom 30.06.2020, S 3 f) zu treffen. Dieser liegt zudem auch vollständig dem Verwaltungsakt bei. Der unabänderliche Charakter dieses Vertrages ergibt sich einerseits ob des Umstandes, dass die mp1 im Zuge der mündlichen Verhandlung sich daran erinnern vermochte, eine Art Vertrag bzw. allgemeine Geschäftsbedingungen akzeptiert zu haben (Protokoll vom 30.06.2020, S 10), andererseits legte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auf Nachfrage explizit dar, dass der im Akt einliegende Vertrag als Standard mit AGB-Charakter verwendet wurde (Protokoll vom 30.06.2020, S 4). Im Übrigen wird in der Präambel des Vertrages auch selbst festgehalten: „Der „Testkäufer“ darf diese Seite [gemeint: das Portal] nur gemäß diesem Vertrag verwenden. Indem „Testkäufer“ einen Zugang zu dieser Seite hat und sie verwendet, nimmt er diesen Vertrag ohne Begrenzung und Einwendungen an. Wenn „Testkäufer“ Bestimmungen und Bedingungen dieses Vertrages nicht zustimmt, darf er/sie diese Seite nicht verwenden.“ In Zusammenhang mit der Unbefristetheit des Vertrages bleibt auf dessen Vertragspunkt 8. „Dauer und Kündigung des Vertrages“, lit. a) hinzuweisen.

Im unbefristeten Vertrag wird explizit darauf hingewiesen, dass der Belohnungsbetrag in der Aufgabe auf der Seite bestimmt ist (Vertragspunkt 3. „Belohnung des „Testkäufer“, lit b) und führte auch die mP2 auf Nachfrage dezidiert aus, dass bereits bei der Ausschreibung das konkrete Honorar angeführt war (Protokoll vom 30.06.2020, S 15). Der Umstand, wonach eine Verpflichtung zur Annahme von Aufträgen nicht bestand, ergibt sich bereits daraus, dass die mP2 vermeinte, man habe die Testkäufe frei wählen dürfen (Protokoll vom 30.06.2020, S 14). Darüber hinaus schilderte auch die mp1 im Zuge ihrer niederschriftlichen Einvernahme vor der belangten Behörde (Protokoll vom 27.02.2019, S 3) und der mündlichen Verhandlung (Protokoll vom 30.06.2020, S 8) gleichlautend, dass keine Verpflichtung zur Annahme von Aufträgen bestanden hat. Daneben legt auch Vertragspunkt 1 „Eingangsformel, lit. b) fest, dass der „Testkäufer“ frei ist, die Dienstleistungen der Gesellschaft zu wählen. Sowohl der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin als auch die mp1 gaben übereinstimmend an, dass die Fragebögen nach einer Freigabe durch die Beschwerdeführerin ausschließlich für die jeweiligen Testkäufer verfügbar waren (Protokoll vom 30.06.2020, S 4 und S 10), was aufgrund des automatisierten Prozesses über das Portal auch auf die mP2 übertragbar ist. Aus dem Vertrag selbst ergibt sich der Umstand, dass eine Vertretung ausschließlich nach Abstimmung mit der Beschwerdeführerin stattfinden kann, wobei die entsprechende Bestimmung wörtlich lautet (Vertragspunkt 2. „Arbeitsweise“, lit. b): „Sofern „Testkäufer“ aus irgendwelchem Grund irgendwelche ausgewählte Aufgaben nicht anfangen oder beenden kann, soll er darüber sofort der Gesellschaft informiert. „Testkäufer“ darf nicht die Aufgabe seinem Vertreter übergeben, wenn das vorgängig in deutliche Vereinbarung nicht abgestimmt ist.“ Die mP2 führte in Übereinstimmung dazu aus, sich ausschließlich von seiner Ehefrau, der mp1, aufgrund eines Arrangements mit der Beschwerdeführerin vertreten haben zu lassen und dass nach Übernahme eines Prüfauftrages dieser nicht ohne nachfragen an jemanden anderen übergeben werden konnte (Protokoll vom 30.06.2020, S 16) bzw., dass sich eine andere Person erst hätte bei der Beschwerdeführerin registrieren müssen (Protokoll vom 30.06.2020, S 17). In Übereinstimmung dazu gab auch die mp1 sowohl vor der belangten Behörde als auch vor dem erkennenden Richter zu Protokoll, dass eine Vertretung vorab bekanntzugeben war und sie sich ausschließlich von ihrem Mann, der mP2, vertreten lassen konnte (Protokoll vom 27.02.2019, S 3; Protokoll vom 30.06.2020, S 11). Somit ergibt sich in der Folge, dass ein Testeinkauf grundsätzlich persönlich zu erbringen ist. Die Angaben des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, welcher vermeinte, dass eine interne Weitergabe des Fragebogens an Dritte möglich wäre und es gleichgültig sei, wer den Fragebogen ausfülle (Protokoll vom 30.06.2020, S 6), stehen dabei gänzlich im Widerspruch zu den Vertragsbestimmungen der Beschwerdeführerin. Dafür spricht insbesondere auch, dass nach dem Vertrag der Beschwerdeführerin „Der „Testkäufer“ nicht berechtigt ist, seinen Benutzername und sein Passwort irgendwelchem Dritten zu offenbaren und Dritten zu erlauben, unter ihrem Benutzerkonto zu arbeiten“ (Vertragspunkt 5. „Geheimhaltung der Information“, lit. d), was eine Vertretung in Hinblick auf das Erfordernis der Eingabe der Zugangsdaten verunmöglicht. Des Weiteren ist

vertraglich ein Verbot, vertrauliche Informationen im Sinne von Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnissen weiterzugeben (Vertragspunkt 5. „Geheimhaltung der Information“, lit. b), geregelt. Im Übrigen beinhaltet der Vertrag im Falle des Nichteinhaltens der vertraulichen Information in der Folge auch eine gegenseitige Schadensersatzpflicht (Vertragspunkt 7. „Nichterfüllung des Vertrages“, lit. d). Es steht somit ohne jeglichen Zweifel fest, dass eine Vertretung durch einen Dritten – insbesondere auch in Hinblick auf das Erfordernis der Ablegung eines Zertifizierungstests zur Testung von XXXX Tankstellen – nicht ohne weiteres möglich war bzw. ausschließlich ob einer entsprechenden Vereinbarung mit der Beschwerdeführerin zwischen der mP1 und mP2, was diese übereinstimmend schilderten (Protokoll vom 30.06.2020, S 11 und S 16). Der Umstand, wonach auch die mP1 bei der Beschwerdeführerin registriert war, ergibt sich bereits ob der Darlegungen der mP1 vor der belangten Behörde (Protokoll vom 27.02.2019 S 2), was sie in der mündlichen Verhandlung neuerlich bestätigte (Protokoll vom 30.06.2020, S 7).

In Hinblick auf die Testungen von XXXX Tankstellen und XXXX Stores samt Quantifizierung bleibt auf die im Akt einliegenden Lohnbescheinigungen zu verweisen, wobei in der jeweiligen angeführten Fragebogenzuordnung - abgesehen zweier XXXX Store-Testungen - ausschließlich XXXX Tankstellen ausgewiesen sind. Die mP2 führte explizit hinsichtlich Zeit bzw. Zeitrahmen aus, dass ein Zeitrahmen vorgegeben war, teilweise auch mit bestimmter Tageszeit (Protokoll vom 30.06.2020, S 16). Daneben geht auch aus den Darlegungen der mP1 – auch in Anbetracht des Umstandes, dass aufgrund dessen die Entscheidungsfindung des Testkäufers zur Annahme eines Auftrags erfolgt – die Feststellung zu vorgegebenen Zeiten bzw. Zeiträumen und Auftragsorten hervor, wobei die mP1 explizit auf „erlaubte Zeiten“ Bezug nahm und schließlich auf weitere Nachfrage dezidiert zu Protokoll gab, natürlich örtlich gebunden gewesen zu sein und einen gewissen zeitlichen Rahmen einhalten habe müssen (Protokoll vom 30.06.2020, S 8 und 12). Bestätigt werden die Angaben der mP2 und mP1 durch die dem Verwaltungsakt beiliegenden Handbücher: Das „Trainingsbuch für Testkunden – Notebook-Auftrag“ betreffend XXXX Stores enthält den Hinweis, dass ein Besuch des Geschäfts am angegebenen Datum zu erfolgen hat, bei Zuweisung einer bestimmten Uhrzeit zu exakt derselben bzw. ansonsten mindestens eine Stunde vor Ladenschluss (S 1 des Handbuchs). Auch im 28-seitigen „XXXX Mystery Shopping Handbuch“ wird ausdrücklich angeführt, dass das angegebene Auftrags-Datum einzuhalten und das Durchführungsdatum des Auftrags zu beachten ist (S 1 des Handbuchs), selbiges gilt für das 6-seitige „XXXX Mystery Shopping Handbuch“ (S 1 des Handbuchs). In Hinblick auf die Abläufe, Vorgaben und Anweisungen bleibt ebenfalls auf die im Akt befindlichen Handbücher zu verweisen. Das Erfordernis eines Zertifizierungstests bei Mystery Shopping Aufträgen bei XXXX Tankstellen ergibt sich bereits aus dem 28-seitigen „XXXX Mystery Shopping Handbuch“ selbst, zumal auf Seite 1 desselben ausgeführt ist: „Bitte lesen Sie sich dieses Handbuch gut durch. Anschließend können Sie mit der Virtuellen Tour und dem Zertifizierungstest fortfahren.“ Zudem wies auch die mP1 sowohl vor der belangten Behörde (Protokoll vom 27.02.2019, S 2) als auch vor dem erkennenden Richter (Protokoll vom 30.06.2020, S 8) auf das Erfordernis der Zertifizierung hin. Aus den im Verwaltungsakt einliegenden Fragebogen geht sowohl der Anhang von Lichtbildern, als auch gegebenenfalls – betreffend die Testung von XXXX Tankstellen – eines Beleges hervor. Die mP2 gab dezidiert zu Protokoll, dass der Fragebogen innerhalb einer bestimmten Zeit abgegeben werden musste, da man ansonsten kein Entgelt bekommen hätte (Protokoll vom 30.06.2020, S 18). Auch die mP1 führte - bereits in der niederschriftlichen Einvernahme - aus, dass Fragebögen zeitnahe auszufüllen waren (Protokoll 27.02.2019, S 3), wobei auch der Vertrag der Beschwerdeführerin festgelegt: „„Testkäufer“ soll alle Bewertungen, Fragebogen vollständig, genau, ehrlich und objektiv gemäß der Aufgabe erfüllt und ausfüllt, wonach sie der Gesellschaft während der Dauer, bezeichnete in der Aufgabe, vorlegen“. Im 28-seitigen „XXXX Mystery Shopping Handbuch“ ist sogar dezidiert angeführt, dass bei einer Übermittlung des Ergebnisses von länger als acht Stunden das Risiko bestehe, dass der Auftrag ungültig und deshalb auch nicht vergütet werden könne, weshalb eine Zeitnahme Übermittlung sehr wichtig sei (S 27 des Handbuchs). Auch im 6-seitigen „XXXX Mystery Shopping Handbuch“ ist der Hinweis zum Ausfüllen des Fragebogens binnen acht Stunden sowie die mögliche Folge einer Ablehnung des Fragebogens und Nichtbezahlung enthalten (S 2 des Handbuchs). In Zusammenhang mit dem Hochladen von Fragebogen und Fotos bleibt auf die Darlegungen der mP2 vor dem erkennenden Richter zu verweisen (Protokoll vom 30.06.2020, S 15), wobei auch die mP1 die Übermittlung der ausgefüllten Fragebögen samt Befüllung über das Portal der Beschwerdeführerin umfangreich und nachvollziehbar schilderte (Protokoll vom 30.06.2020, S 9). Obgleich der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vermeinte, die Fragebögen würden nach Befüllung per E-Mail übermittelt werden (Protokoll vom 30.06.2020, S 3), so war ob der Darlegungen der mP2 und den detaillierten Schilderungen der mP1 im Zuge der mündlichen Verhandlung diesen Glauben zu schenken. In Hinblick auf die Auswertung des Fragebogens anhand von Bewertungskriterien nach Übermittlung durch die Beschwerdeführerin bleibt auf die gleichbleibenden Ausführungen

der mP1 zu verweisen (Protokoll vom 27.02.2019, S 4; Protokoll vom 30.06.2020, S 9) und führte auch die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 26.07.2017 aus, dass die ausgefüllten Fragebögen von ihren Mitarbeitern kontrolliert werden. Dessen ungeachtet kann auch aus den Ausführungen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Nichtauszahlen im Falle des Nichteinhaltens der Vorgaben (Protokoll vom 30.06.2020, S 5) der Rückschluss auf ein entsprechendes Überprüfungsverfahren der übermittelten Fragebögen geschlossen werden.

Die Feststellungen zu den benötigten Betriebsmitteln basieren auf den diesbezüglichen Darlegungen der mP2 im Zuge der mündlichen Verhandlung (Protokoll vom 30.06.2020, S 15 und S 18), wobei sich auch bereits ob der Abwicklung über das Portal der Beschwerdeführerin das Erfordernis eines Internetzuganges ergibt. Auf Nachfrage gab die mP2 zudem an, die Betriebsmittel auch privat verwendet zu haben (Protokoll vom 30.06.2020, S 18).

Die im Akt einliegenden Lohnbescheinigungen zur mP2, welche auf eine automatisierte Ausstellung schließen lassen, dokumentieren eine Abrechnung im Nachhinein stets im darauffolgenden Monat sowie die Auszahlung von pauschalen Beträgen pro Auftrag. In Übereinstimmung dazu ist auch im einliegenden Vertrag unter Vertragspunkt 3. „Belohnung des Testkäufers“ in lit. a) festgehalten, dass es sich um eine bestimmte fixierte Summe handelt. Sowohl die mP2 als auch die mP1 gaben übereinstimmend zu Protokoll, dass entsprechend dem jeweiligen Auftrag auch etwaige Spesen ersetzt wurden (Protokoll vom 30.06.2020, S 15 und S 10) sowie des Weiteren, dass in dem Fall, dass eine Testung nicht vorgenommen werden konnte (beispielsweise ob eines Umbaus) eine Auszahlung in Höhe der Hälfte des Pauschalbetrages erfolge (Protokoll vom 30.06.2020, S 15 & S 13). Diese Ausführungen werden auch insofern dadurch bestätigt, dass das „Trainingshandbuch für Testkunden – Notebook-Auftrag“ dezidiert Anweisungen hinsichtlich dem Szenario „Geschäft geschlossen“ beinhaltet (S 4 des Handbuchs). Daneben führte bereits die mP2 explizit aus, dass die Lohnbescheinigungen voll automatisiert gelaufen wären (Protokoll vom 30.06.2020, S 18), was auch die mP1 bestätigte (Protokoll vom 30.06.2020, S 9, 10 und S 12). Des Weiteren führte die mP2 aus, dass er und die mP1 auf Rechnung arbeiten hätten wollen, was allerdings seitens der Beschwerdeführerin „nicht gegangen“ wäre (Protokoll vom 30.06.2020, S 14), wobei auch die mP1 entsprechendes bereits zuvor zu Protokoll gegeben hat (Protokoll vom 30.06.2020, S 9) und was ebenfalls für einen automatisierten Vorgang spricht. In Hinblick auf die Feststellung, wonach bei einem Nichteinhalt der Vorgaben auch keine Auszahlung erfolgt, kann einerseits auf den Vertrag der Beschwerdeführerin verwiesen werden, welcher festlegt: „Wenn irgendwelche Forderungen, Anweisungen, Aufgabenstellungen, die mit der Aufgabe seitens des „Testkäufers“ verbunden sind, oder aus anderen Grund, nicht erfüllt werden, vorbehaltet sich die Gesellschaft das Recht die Entscheidung über die Zahlung oder Rückzahlung der Kompensation zu treffen“ (Vertragspunkt 7 „Nichterfüllung des Vertrages“, lit. c), andererseits vermeinte auch der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin als Folge bei Nichteinhalt an die Vorgaben, dass eine Auszahlung des Fragebogens nicht erfolgen würde (Protokoll vom 30.06.2020, S 5), was im Übrigen bereits in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26.07.2017 mitgeteilt wurde.

3. Rechtliche Beurteilung:

Strittig ist, ob die mP2 aufgrund seiner bei der Beschwerdeführerin ausgeübten Tätigkeit als Testkäufer bzw Mystery Shopper in den festgestellten Zeiträumen der Vollversicherungs- und Arbeitslosenversicherungspflicht nach dem ASVG und AlVG unterlag oder nicht.

3.1. Rechtslage

Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung aufgrund des ASVG versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

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

§ 539a ASVG regelt die Grundsätze der Sachverhaltsermittlung. Danach ist gemäß Abs 1 leg.cit. für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Durch den

Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (Abs 2 leg.cit.). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Abs 3 leg.cit.). Nach Abs 4 leg.cit. sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen 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. Die Grundsätze, nach denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise (Z 1), Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit (Z 2) sowie die Zurechnung (Z 3) 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 (Abs 5 leg.cit.).

Die §§ 471 a ff ASVG, außer Kraft getreten mit Ablauf des 31.12.2016 gemäß 689 Abs 2 ASVG idF des Meldepflichtänderungsgesetzes, BGBl I Nr 79/2015, lauteten:

„§ 471a (1) Fallweise beschäftigte Personen sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes versichert (vollversichert), sofern nicht die Bestimmungen über die Versicherung der unständig beschäftigten Arbeiter in der Land- und Forstwirtschaft (Abschnitt I) anzuwenden sind.

(2) Die Versicherung der fallweise beschäftigten Personen wird, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt wird, in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach den sonstigen Vorschriften über diese Versicherungen durchgeführt.

§ 471b Unter fallweise beschäftigten Personen sind Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist.

§ 471c Die Pflichtversicherung tritt nur dann ein, wenn das dem Dienstnehmer/der Dienstnehmerin im betreffenden Kalendermonat gebührende Entgelt den nach § 5 Abs 2 geltenden Betrag übersteigt.

§ 471d Durch die Satzung des Trägers der Krankenversicherung kann aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung bestimmt werden, dass die Frist für die vollständige Anmeldung nach § 33 Abs 1a Z 2 und für die Abmeldung fallweise beschäftigter Personen hinsichtlich der innerhalb des Kalendermonates liegenden Beschäftigungstage spätestens mit dem Ersten des nächstfolgenden Kalendermonates beginnt.

§ 471e Bei fallweise beschäftigten Personen darf die allgemeine Beitragsgrundlage, die innerhalb eines Kalendermonates im Durchschnitt auf jeden Beschäftigungstag dieses Beitragszeitraumes entfällt, die Höchstbeitragsgrundlage nicht überschreiten.“

§ 5 ASVG idF der Kundmachung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und der Bundesministerin für Gesundheit über die Aufwertung und Anpassung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz, dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz und dem Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz für das Kalenderjahr 2015, BGBl II Nr 288/2014, gültig für das Kalender- bzw Beitragsjahr 2015 lautete in seinen relevanten Auszügen:

„§ 5 (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);

§ 5 (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 31,17 €, insgesamt jedoch von höchstens 405,98 € gebührt oder

2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 405,98 € gebührt.“

Gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG idFBGBI I Nr 4/2013, gültig bis 31.12.2015, waren die im § 5 Abs 1 Z 2 leg.cit. von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten in der Unfallversicherung teilversichert.

3.2. Anwendung der Rechtslage auf den gegenständlichen Beschwerdefall

3.2.1. Zur Frage des Vorliegens eines Werkvertrages

Zunächst ist auf das Vorbringen, wonach ein Werkvertrag vorgelegen sei, einzugehen:

Mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits hat sich der Verwaltungsgerichtshof in VwSlg 10.140 A/1980, grundlegend beschäftigt. Demnach kommt es 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). Im zuletzt genannten Fall handle es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also um eine in sich geschlossene Einheit. Im Falle des Dienstvertrages komme es 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) an. 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.

Vorauszuschicken ist, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der mP2 ein unbefristeter Vertrag abgeschlossen wurde, der die wechselseitigen Leistungen, die Arbeitsweise, die Entlohnung, das Wesen der Beziehungen, die Geheimhaltung der Information, die Anforderungen und Garantien der Parteien, die Nichterfüllung des Vertrages, die Dauer und Kündigung des Vertrages usgl regelt.

Die mP2 war für die Beschwerdeführerin als Testkäufer tätig. Seine Aufgabe war es, nach detaillierten Vorgaben Testkäufe durchzuführen und die Ergebnisse dieser Testkäufe der Beschwerdeführerin in einem von dieser genau vorgegebenen Fragebogen samt Bewertung zusammenzufassen.

Es ist daher nicht ersichtlich, worin das von der mP2 geschuldete Werk bestanden haben soll. Er schuldete vielmehr eine Dienstleistung, indem er sich gegenüber der Beschwerdeführerin verpflichtet hatte, für eine bestimmte Zeit seine Arbeitskraft und sein Bemühen gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Er war aber nicht mit der Errichtung eines konkreten Werkes beauftragt und schuldete keinen Erfolg. Entgegen dem Beschwerdevorbringen stellt das Ausfüllen des Fragebogens keine Erstellung eines Werkes dar, sondern dient einerseits der Dokumentation, dass die mP2 tatsächlich für die Beschwerdeführerin tätig wurde, und andererseits der Dokumentation festgestellter Mängel, was Zweck des Mystery Shoppings ist. Ein Erfolg ist damit nicht verbunden. Der Umstand, dass ohne Ausfüllens des Fragebogens der Entlohnungsanspruch verlustig gehen kann, ist hingegen nicht als Beleg anzusehen, dass ein Erfolg geschuldet wird. Vielmehr dokumentiert der Fragebogen, dass die mP2 für die Beschwerdeführerin Zeit und Bemühen zur Verfügung gestellt hat, was – ungeachtet des Inhalts des Fragebogens – zu einem Entgeltsanspruch der mP2 gegenüber der Beschwerdeführerin führt. Soweit ins Treffen geführt wird, dass die mP2 eigene Betriebsmittel nutzte, wird die Frage aufgeworfen, ob der betreffende Dienstnehmer über eine eigene unternehmerische Struktur verfügt und damit "für den Markt" tätig ist (vgl VwGH 07.08.2015, 2013/08/0159). Für die Abgrenzung zwischen einem freien Dienstvertrag und einem Werkvertrag ist diese Frage jedoch nicht von Bedeutung (vgl VwGH 10.01.2018, Ra 2017/08/0128). Gleiches gilt für die in der Beschwerde aufgeworfene Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit. Ebensowenig ist das Übernehmen eines Auftrages innert einer bestimmten Frist Kennzeichen eines Werkvertrages, da auch (freie) Dienstverträge Terminkomponenten aufweisen können.

Für das Ergebnis, dass kein Werkvertrag vorliegt, spricht auch eine leistungsbezogene (nach Pauschalen pro Testkauf), nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung (vgl VwGH 25.04.2007, 2005/08/0082).

Insgesamt handelt es sich somit bei den von der mP2 mit der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Vereinbarungen um keine Werkverträge, sondern um Dienstverträge.

3.2.2. In der Folge war daher zu prüfen, ob die mP2 die für die Beschwerdeführerin erbrachten Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht hat oder nicht.

3.2.3. Zur fallweisen Beschäftigung

Gegenständlichen Fall ging die belangte Behörde davon aus, dass es sich bei der fallweisen bzw tageweisen Tätigkeit der mP2 für die Beschwerdeführerin im Falle seiner Auftragsannahme um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt gehandelt hat.

Liegt keine (für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche) ausdrückliche oder iSd§ 863 ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, d.h. über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbaren Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw. ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen, vor, oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, sanktionslos einzelne Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen bzw in den jeweiligen Beschäftigungszeiträumen auszugehen (VwGH 25.05.2016, Ro 2014/08/0045 mit Hinweis auf VwGH 17.12.2015, 2013/08/0222; VwGH 04.08.2014, 2013/08/0272 und VwGH 14.02 2013, 2012/08/0268, jeweils mwN). Von der Frage, ob eine Person in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt gemäß § 4 Abs 2 ASVG beschäftigt war und ob insbesondere ein die persönliche Arbeitspflicht und damit die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs 2 ASVG ausschließendes "sanktionsloses Ablehnungsrecht" im Sinn der Rechtsprechung des VwGH bestanden hat, ist die Frage zu trennen, ob durchgehende oder nur tageweise bzw nach einer Unterbrechung wieder aufgenommene Beschäftigungen vorgelegen sind. Beginn und Ende der Pflichtversicherung nach dem ASVG sind nämlich in der Regel von der Ausübung der zugrundeliegenden Beschäftigung abhängig (vgl dazu näher etwa VwGH 25.5.2016, Ro 2014/08/0045, welches wiederum auf §§ 10 Abs 1 und 11 Abs 1 ASVG sowie VwGH 26.05.2014, 2012/08/0207 verweist).

Die belangte Behörde ging folglich unter Berücksichtigung der zuvor zitierten Rechtsprechung zu Recht von einzelnen, unter Punkt II. 1. festgestellten Beschäftigungstagen der mP2 als Testkäufer bzw Mystery Shopper bei der Beschwerdeführerin aus.

3.2.4. Zur persönlichen Arbeitspflicht

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des§ 4 Abs 2 ASVG ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor (VwGH 09.06.2020, Ra 2017/08/0021).

Die von§ 4 Abs 2 ASVG geforderte persönliche Arbeitspflicht ist (unter anderem) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist oder wenn ein Beschäftigter die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann (VwGH 03.04.2019, Ro 2019/08/0003 mit Hinweis auf "sanktionsloses Ablehnungsrecht", vgl. etwa VwGH 24.11.2016, Ra 2016/08/0011, mwN). Ein "generelles Vertretungsrecht" der Beschäftigten läge nur dann vor, wenn diese jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile ihrer Verpflichtung auf Dritte überbinden könnte. Sie müsste - unbeschadet einer allfälligen Pflicht, ihren Vertragspartner zu verständigen - berechtigt sein, irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihr übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. eine Hilfskraft beizuziehen. Die bloße Befugnis, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen vertreten zu lassen (zB im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs; bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht), oder eine wechselseitige Vertretungsbefugnis mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Diensteinteilung bzw Dienstplanerstellung) würde keine generelle Vertretungsbefugnis darstellen (VwGH 09.11.2017, Ra 2017/08/0115). Die bloße Befugnis eines Erwerbstägigen, ihm angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen, stellt hingegen kein die persönliche Arbeitspflicht und damit die persönliche Abhängigkeit ausschließendes "sanktionsloses Ablehnungsrecht " (also wenn die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise abgelehnt werden kann) dar (VwGH 08.03.2019, Ra 2019/08/0028 mit Hinweis auf VwGH 25.6.2013, 2013/08/0093).

Der Umstand, wonach es der mP2 offenstand, die ihm angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschlagen bzw gar nicht erst auszuwählen, vermag vor dem Hintergrund der im vorherigen Absatz zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs einer persönlichen Arbeitspflicht nicht entgegenzustehen. Es gilt nun im Detail zu überprüfen, ob bei der mP2 eine persönliche Arbeitspflicht gegeben war. In diesem Zusammenhang bleibt auf den Vertragspunkt „Geheimhaltung der Information“ zu verweisen, welcher neben dem Verbot, vertrauliche Informationen im Sinne von Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnissen weiterzugeben (lit. b), auch die (zur Übermittlung des Fragebogens notwendige) Weitergabe von Benutzername und Passwort – zumal der Fragebogen nach Freigabe auch ausschließlich dem betreffenden Testkäufer zur Verfügung steht – untersagt (lit. d). Zudem droht im Falle des Nichteinhaltens der vertraulichen Information eine Schadenersatzpflicht (Vertragspunkt „Nichterfüllung des Vertrages“, lit. d). Es gilt auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach bereits die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Auftraggebers ein generelles Vertretungsrecht ausschließt (vgl zuletzt etwa VwGH 15.02.2017, Ra 2014/08/0058 mit Hinweis auf VwGH 07.05.2008, 2007/08/0341, mwN). Der Vollständigkeit halber bleibt jedoch auch ungeachtet der Geheimhaltungsverpflichtung festzuhalten, dass – am Maßstab der zuvor zitierten Judikatur – eine generelle Vertretungsbefugnis der mP2 ohnedies nicht vorlag. Vielmehr geht – wie unter Punkt II. 1. und II. 2. im Detail ausgeführt – bereits aus dem Vertrag hervor, dass eine generelle Vertretungsbefugnis keineswegs eingeräumt wurde, sondern eine solche ausschließlich nach Zustimmung seitens der Beschwerdeführerin erfolgen konnte, wie fallgegenständlich eben zwischen der mP2 und der mP1, der ebenfalls bei der Beschwerdeführerin registrierten Ehefrau. Ein generelles Vertretungsrecht, dh das Recht jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung gegenüber der Beschwerdeführerin auf Dritte überbinden zu können, bestand für die mP2 somit nicht.

3.2.5. Zur persönlichen Abhängigkeit

Allein im Fehlen einer generellen Vertretungsbefugnis vermag jedoch das Bestehen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG nicht begründet liegen, sondern bedarf es des Vorliegens weiterer Voraussetzungen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlichen Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG gegeben ist, hängt – im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares – 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 (zum Beispiel auf Grund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs 4 ASVG) - nur beschränkt ist. Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zum Beispiel die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterschiedungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterschiedungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgebender Bedeutung sein (VwGH 20.02.2020, Ra 2019/08/0171 mit Hinweis auf VwGH 10.12.1986, VwSlg 12325 A/1986; VwGH 16. 03.2011, 2008/08/0153, mwN).

Die Bindung an die Arbeitszeit oder den Arbeitsort sind dann hinsichtlich des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht unterschiedungskräftig, wenn sie sich gleichsam aus der Natur der Sache ergeben, ein selbständiger Erwerbstätiger also ebensolchen Sachzwängen bei einer bestimmten Tätigkeit unterlage wie ein unselbständiger Beschäftigter. In einem solchen Fall kommt anderen Merkmalen der Abgrenzung besondere Bedeutung zu, wie etwa der Kontrollbefugnis des Dienstgebers oder dem einzelnen gestalterischen Spielraum des Tätigen (VwGH 18.01.2017, Ra 2014/08/0059 mit Hinweis auf VwGH 21.09.1993, 92/08/0186, mwN).

Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit ist zwischen sachlichen Weisungen, die das Arbeitsverfahren betreffen und die auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen, und persönlichen Weisungen, die das arbeitsbezogene Verhalten bzw. die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben, zu unterscheiden. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten (insbesondere wegen des Fehlens persönlicher Weisungen) keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch die genannten, an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien (insbesondere das Vorliegen sachlicher Weisungen) von maßgeblicher Bedeutung sein (VwGH 29.01.2020, Ra 2018/08/0028), wobei eine Eingliederung eines Dienstnehmers in die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation am Ort der Arbeitserbringung das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit indiziert, weil sie in der Regel bedeutet, dass der Dienstnehmer nicht die Möglichkeit hat, den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie es für den freien Dienstvertrag typisch ist (vgl VwGH 20.02.2020, Ra 2019/08/0171). Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren einerseits und das arbeitsbezogene Verhalten andererseits sind dabei nicht immer voneinander scharf zu trennen (VwGH 27.04.2011, 2009/08/0123). Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, dh in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausgehende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen, während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (VwGH 01.10.2015, Ro 2015/08/0020 mit Hinweis auf VwGH 04.06.2008, 2004/08/0190 und 2007/08/0252; VwGH 02.05.2012, 2010/08/0083; VwGH 11.06.2012, 2010/08/0204; VwGH 17.10.2012, 2010/08/0256; VwGH 19.12.2012, 2012/08/0224).

Trotz der Beachtlichkeit der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses in Grenzfällen können auch Personen, die nur tageweise Beschäftigungen ausüben (sofern dadurch nicht ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis während eines größeren Zeitraumes begründet wird), jedenfalls in den tatsächlichen Beschäftigungszeiten in versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen stehen, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden tageweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist (VwGH 21.12.2005, 2004/08/0066 mit Hinweis auf VwGH 23.05.1963, 150/63; VwGH 13.09.1972, 2376/71).

Was den Arbeitsort betrifft gilt festzuhalten, dass dieser in Hinblick auf das Ziel, direkt vor Ort in Tankstellen bzw. XXXX Stores zur Überprüfung und Bewertung derselben Testkäufe durchzuführen, der Natur der Sache geschuldet ist und in der Folge als nicht unterscheidungskräftiges Kriterium anzusehen ist.

Die Arbeitszeit war nach Annahme eines Auftrages entsprechend dem Testszenario vorgegeben, wobei teilweise ein gewisser Zeitraum zur Durchführung zur Verfügung stand, teilweise hatten Testungen jedoch auch an einem ganz bestimmten Tag zu einer bestimmten Uhrzeit zu erfolgen. Im Anschluss daran hatte zeitnahe das Befüllen und Übermitteln des Fragebogens zu erfolgen.

Wie zuvor bereits ausgeführt, ist für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse maßgebend, sondern in erster Linie jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten bzw. die persönliche Gestaltung der Dienstleistung. Fallgegenständlich ist der Ablauf einer Testung gänzlich durch die seitens der mP2 vorab durchzuarbeitenden Handbücher – in welchen alle möglichen Testszenarien, Voraussetzungen für die korrekte Durchführung, allgemeine Auftragshinweise, zu beobachtende Bereiche, Reaktionen auf Fragen etc., im Detail beschrieben sind – determiniert. Jegliche Handlungsabläufe sind somit vorgegeben, was in der Folge dazu führt, dass dem Testkäufer bzw Mystery Shopper eine persönliche Gestaltung der Dienstleistung verunmöglich wird. Im Ergebnis – obgleich die Tätigkeit disloziert erbracht wird – ist dies einer Einbindung in die betriebliche Organisation der Beschwerdeführerin gleichzusetzen und als „stille Autorität“ derselben

anzusehen. Die Überprüfung des ausgefüllten Fragebogens durch die Beschwerdeführerin stellt zudem ob des Umstandes, dass die darin enthaltenen Fragestellungen direkt an die Szenarien des Handbuchs geknüpft sind, ein entsprechendes Mittel zur Kontrolle des arbeitsbezogenen Verhaltens des Testkäufers dar. Im Übrigen macht auch die Beschwerdeführerin die Auszahlung des Pauschalbetrages vom Überprüfungsergebnis des Fragebogens abhängig. In Anbetracht der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit der mP2 vermögen schließlich auch die nur tageweisen Beschäftigungen an sich versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen nicht entgegenstehen.

In einer Zusammenschau der umseitigen Erwägungen ist im gegenständlichen Einzelfall somit eine persönliche Abhängigkeit der mP2 gegeben.

3.2.6. Zur wirtschaftlichen Abhängigkeit

Für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses nach § 4 Abs 2 ASVG spricht auch die Art der Entlohnung der mP2 durch die Beschwerdeführerin nach Pauschalsätzen pro Auftrag zuzüglich etwaiger im Zuge des Auftrages vereinbarter Spesen, welche unabhängig von der Dauer der Testung ausgezahlt wurden, des Weiteren auch der Umstand, dass selbst im Falle, dass eine Testung nicht vorgenommen werden konnte (beispielsweise wegen eines Umbaus) die Hälfte des ursprünglichen Pauschalbetrags ausgezahlt wurde.

Im Übrigen bleiben für die Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit die außerhalb der Erwerbstätigkeit bestehenden Vermögensverhältnisse des Dienstnehmers außer Betracht. Die wirtschaftliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG darf daher nicht mit Lohnabhängigkeit, also mit dem Angewiesensein des Beschäftigten auf das Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes, gleichgesetzt werden; sie findet vielmehr ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel und ist deshalb bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (VwGH 12.10.2016, Ra 2015/08/0173).

Aus dem festgestellten Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte ableitbar, die die Annahme einer Verfügungsmacht über die als wesentlich zu betrachtenden, von der Beschwerdeführerin zur Besorgung ihrer Aufgaben benötigten und verwendeten Betriebsmittel im eigenen Namen und auf eigene Rechnung rechtfertigen. Fallgegenständlich hat die mP2 in erster Linie seine eigene Arbeitskraft eingebracht. Ohne Nutzung des seitens der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Portals (samt eigener E-Mail-Adresse), über welches er nach Eingabe seiner Zugangsdaten in die verfügbaren Aufträge einsehen bzw. diese auch annehmen konnte und über welches schließlich auch der Fragebogen samt Lichtbilder und gegebenenfalls Belege, abgeschickt wurde, wäre es der mP2 gar nicht möglich gewesen, eine Testung vorzunehmen bzw. ordnungsgemäß zum Abschluss zu bringen. Zudem bleibt auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen, wonach bei nicht nur geringwertigen technischen Geräten, die üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet werden, wie zB einem PC, einem Smartphone, einem PKW, die Behauptung einer überwiegenden betrieblichen Verwendung im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Erwerbstätigen in Hinblick auf einen freien Dienstvertrag nach § 4 Abs 4 ASVG konkret nachgewiesen werden müsste (vgl VwGH 25.04.2018, Ra 2018/08/0044). Gerade dies ist der mP2 jedoch nicht gelungen, zumal diese selbst ausgeführt hat, diese Arbeitsmittel auch privat genutzt zu haben. Der belangten Behörde ist somit im Ergebnis zuzustimmen, dass den seitens der mP2 verwendeten Mitteln im Vergleich zu den seitens der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Betriebsmittel nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt und in der Folge auch die wirtschaftliche Abhängigkeit der mP2 zu bejahen war. Schließlich bleibt noch an dieser Stelle in Hinblick auf die Ausführungen der mP2, wonach in Anbetracht des niedrigen Entgelts die Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin nicht rentabel gewesen seien und bereits aus diesem Grunde keine wirtschaftliche Abhängigkeit vorgelegen habe, festzuhalten, dass seine eigene Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der zuvor zitierten Rechtsprechung und den darauf basierenden Erwägungen keine Entscheidungsrelevanz entfalten vermag, zumal gemäß § 539a Abs 1 ASVG nicht der Wille der Vertragsparteien, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt des Sachverhalts relevant ist.

Ist das Vorliegen von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu bejahen, kommt es auf eine weitere Zuordnung zivilrechtlicher Kategorien (zB das Vorliegen eines Zielschuldverhältnisses oder eines Dauerschuldverhältnisses) nicht mehr an. Daher erübrigt sich eine vertiefende Auseinandersetzung mit der Frage, ob den Erwerbstätigkeiten Werkverträge – wie die Beschwerdeführerin im Zuge ihrer Beschwerde vermeinte – zu Grunde liegen könnten (VwGH 13.12.2017, Ra 2017/08/0130 mit Hinweis auf VwGH 20.9.2006, 2003/08/0274).

Das hier zu beurteilende Vertragsverhältnis zwischen der mP2 und der Beschwerdeführerin ist im Sinne der Grundsätze der Sachverhaltsermittlung gemäß § 539a ASVG (wahrer wirtschaftlicher Gehalt in Beurteilung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise) daher als (echtes) Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 1 und Abs 2 ASVG zu qualifizieren.

Nach Maßgabe der auf den gegenständlichen Fall anzuwendenden damaligen Rechtslage (§§ 471 a ff ASVG, aufgehoben durch BGBl I Nr 79/2015 und gemäß § 689 Abs 2 ASVG idFBGBl I Nr 79/2015 mit Ablauf des 31.12.2016 außer Kraft getreten bzw § 5 Abs 2 Z 1 ASVG idFBGBl II Nr 288/2014, gültig bis 31.12.2015), welche bei einem Beschäftigungsverhältnis, welches für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart war und bei welchem ein Entgelt pro Arbeitstag von durchschnittlich über EUR 31,17, bzw insgesamt über EUR 405,98 gebührte, eine Vollversicherungspflicht vorsah, bedarf der angefochtene Bescheid in Hinblick auf die darüber liegenden Beträge am 11.02.2015, 26.02.2015, 09.04.2015, 12.04.2015, 13.04.2015, 05.05.2015, 07.05.2015, 11.05.2015, 02.06.2015, 03.06.2015, 08.06.2015, 08.07.2015, 09.07.2015, 20.07.2015, 24.07.2015, 03.08.2015, 05.08.2015, 07.10.2015, 08.10.2015, 19.10.2015, 26.11.2015, 27.11.2015 und 14.12.2015 keiner Korrektur. Für diese Tage ergibt sich somit für die mP2 eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt, die der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit Abs 2 ASVG unterliegt. Die Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs 1 AVG knüpft an ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt an.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor und gilt auf die im Erkenntnis zitierte nicht als uneinheitlich zu qualifizierende Judikatur zu verweisen. Der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem anderen Fall zu anderen Ergebnissen gekommen ist, ist kein Grund, die Revision zuzulassen, da die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Einzelfallentscheidungen sind und daher je nach Sachverhalt des Einzelfalles divergieren können und insbesondere Art 133 Abs 4 B-VG auf eine Judikaturdivergenz des Verwaltungsgerichtshofes, nicht des Bundesverwaltungsgerichts abstellt. Einzelfallspezifische Umstände sind nicht reversibel.

Schlagworte

Arbeitszeit Betriebsmittel Dienstnehmereigenschaft Dienstvertrag Entgelt Geheimhaltung persönliche Abhängigkeit Pflichtversicherung stille Autorität Versicherungspflicht wirtschaftliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:I413.2221763.1.00

Im RIS seit

24.08.2021

Zuletzt aktualisiert am

24.08.20

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