jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2021/8/3 L501 2213785-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 03.08.2021

Entscheidungsdatum

03.08.2021

Norm

AlVG §1 Abs1 lita
ASVG §4 Abs1 Z1
ASVG §4 Abs2
B-VG Art133 Abs4

Spruch

L501 2213785-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Irene ALTENDORFER als Einzelrichterin über die Beschwerde von Herrn XXXX als Masseverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der XXXX , FN XXXX , gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse (nunmehr: Österreichische Gesundheitskasse) vom 23.10.2018, GZ: XXXX , betreffend Feststellung der Versicherungspflicht, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26.04.2021 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 23.10.2018, GZ: XXXX , sprach die Salzburger Gebietskrankenkasse

(nunmehr: Österreichische Gesundheitskasse; im Folgenden kurz: "SGKK" bzw. "ÖGK") aus, dass XXXX (Mitbeteiligter; im Folgenden kurz: "MB"), VSNR: XXXX , auf Grund der für die XXXX (im Folgenden kurz: "B. GmbH") von 1.6.2016 bis 6.10.2017 in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten, entgeltlichen Tätigkeit der Pflicht(Voll)-versicherung in der Kranken-, Unfall, Pensions- und Arbeitslosenversicherung gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ASVG iVm § 1 Abs. 1 lit. a AlVG unterlegen ist.

Zur Begründung führte die belangte Behörde nach Darstellung des bisherigen Verfahrensganges im Wesentlichen aus, dass die B. GmbH ein Softwareunternehmen sei, welches sich im Bereich industrielle Produktion und Automatisierung sowie Industrie 4.0 spezialisiert habe. Geschäftsführer sei seit 14.6.201 (gemeint: 14.6.2016) XXXX (im Folgenden kurz: "Herr E."), welcher neben XXXX (im Folgenden kurz: "Herr S.") ebenso wie dieser mit 50% an der Gesellschaft beteiligt sei. Der MB sei im Zeitraum von 1.6.2016 bis 6.10.2017 ausschließlich für die B. GmbH tätig gewesen. Er habe in den Räumlichkeiten der B. GmbH über ein eigenes Büro mit Schreibtisch, Sessel, PC und Telefon verfügt und darüber hinaus über die gesamte Infrastruktur des Unternehmens verfügen können. Für die Arbeit zu Hause sei ihm ein Notebook zur Verfügung gestellt worden. Im Rahmen des Kundenkontakts habe er stets die E-Mail-Adresse sowie die eigens für ihn angefertigten Visitenkarten und ebenso die Produktmappen und Präsentationsunterlagen der B. GmbH verwendet. Sein offizieller Berufstitel habe "CSO (Chief sales officer)" gelautet. Der Dienstnehmer sei im Zeitraum von 1.6.2016 bis 6.2.2017 regelmäßig vom Sitz des Unternehmens aus tätig geworden, wobei die Arbeitszeiten regelmäßig zwischen 7:30 und 17:30 Uhr gelegen seien. Nach dem genannten Zeitraum habe der Dienstnehmer von seiner Wohnung aus bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses mit 6.10.2017 gearbeitet. Die Aufgaben des MB hätten die Recherche von potenziellen Interessenten für Produkte und Dienstleistungen der Dienstgeberin, die Bekanntgabe der Interessenten sowie elektronische Erfassung und Pflege von Informationen in das CRM-Software-System der Dienstgeberin, Vor-Ort-Vorführungen, Präsentationen, Verhandlungen bei potenziellen Interessenten für die Produkte und Dienstleistungen der Dienstgeberin, Erstellung von Angeboten sowie Abschluss von Kaufverträgen für die Produkte und Dienstleistungen im Namen der Dienstgeberin umfasst. Die Einschulung sei durch die beiden Geschäftsführer, primär durch den Geschäftsführer Herrn E. erfolgt, dem gegenüber der Dienstnehmer auch weisungsgebunden gewesen sei. Der MB hätte sich darüber hinaus – entgegen der in der als "Werkvertrag" bezeichneten Vereinbarung festgehaltenen Vorkehrungen – nicht von einem Dritten vertreten lassen können und sei zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen. Als Entgelt für seine Tätigkeit seien – wie auch im vorliegenden Werkvertrag ersichtlich – EUR 6.000,00 zzgl. MwSt. vereinbart worden, ebenso wie spezifische erfolgsabhängige Provisionsregelungen getroffen worden seien. Der MB habe darüber hinaus Kilometergeld sowie den Kostenersatz für sein Privathandy erhalten und für seine Tätigkeiten regelmäßig Rechnungen gelegt. Der Dienstnehmer habe seit 29.8.2016 und damit auch im verfahrensgegenständlichen Zeitraum über eine Gewerbeberechtigung mit dem Berechtigungswortlaut "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik" verfügt. Die Berechtigung sei seit 16.8.2018 ruhend gemeldet.

In rechtlicher Hinsicht folgerte die belangte Behörde, dass im gegenständlichen Fall nicht von der Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes als individualisierte und konkretisierte Leistung auszugehen sei. Die Leistungen seien im Vorhinein nicht konkretisiert worden und der Dienstnehmer den betrieblichen Bedürfnissen nach tätig geworden. Es sei keine genau beschriebene Leistung zu einem bestimmten Termin, sondern eine laufende Erledigung der umschriebenen Aufgaben vereinbart worden. Die laufend zu erbringenden Leistungen und die kontinuierliche Leistungserbringung sowie die pauschal abgerechneten Leistungen lassen vielmehr auf ein Dauerschuldverhältnis schließen. Auch liege kein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit des Dienstnehmers vor, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden könnten. Daher sei bei einer Gesamtbetrachtung der Tätigkeit des Dienstnehmers für die B. GmbH davon auszugehen, dass ein Dauerschuldverhältnis vorgelegen sei, insbesondere da das Interesse der Dienstgeberin nicht auf das Endprodukt, sondern auf die laufende Tätigkeit gerichtet gewesen sei. Das Vertragsverhältnis zwischen dem MB und der B. GmbH sei aufgrund des wahren wirtschaftlichen Gehalts und entgegen der Bezeichnung als "Werkvertrag" als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren. Den Regelungen laut "Werkvertrag" folgend sei ein Vertretungsrecht zwar vereinbart worden, jedoch sei dies weder in der Praxis gelebt worden, noch habe der Dienstnehmer jemals von einem solchen Gebrauch gemacht. Art und Ausprägung der Tätigkeit ließen auch den Schluss zu, dass ein generelles Vertretungsrecht mit den Anforderungen an die Leistungserbringung durch den MB nicht vereinbar gewesen wäre. Die Vertragsparteien hätten bei Vertragsabschluss damit auch nicht gerechnet, dass von einem solchen Gebrauch gemacht werden würde. Dies zeige insbesondere auch die enge

Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung sowie die durch diese erfolgte Einschulung, der Außenauftritt als Mitarbeiter der B. GmbH ebenso wie die Einbindung in die betriebliche Organisation. Ein sanktionsloses Ablehnungsrecht sei nicht vereinbart worden, zumal auch die laufende Tätigkeit und Leistungserbringung Vertragsgegenstand sei und auch bei der Entlohnung selbst keine Unterscheidung zwischen möglicherweise erfüllten und nicht erfüllten Aufträgen gemacht werde. In einer Gesamtbetrachtung sei daher jedenfalls vom Vorliegen der persönlichen Arbeitspflicht des MB auszugehen. Das Vertragsverhältnis habe sich in der Praxis dergestalt gestaltet, dass der MB in einem wesentlichen Zeitraum nicht nur an den Arbeitsort gebunden gewesen sei, sondern sich auch die Arbeitszeit an den betrieblichen Erfordernissen orientiert habe. Bereits die erforderliche Einschulung, die enge Zusammenarbeit und direkte Unterstellung unter den Geschäftsführer sowie der Außenauftritt als Mitarbeiter der B. GmbH zeige die Eingliederung in die betriebliche Organisation. Der MB sei an die Betriebsvorgaben gebunden gewesen und habe auch in Hinblick auf die Arbeitsorganisation und Arbeitsabläufe eine (laufende) Unterweisung durch die Dienstgeberin erhalten. Der Dienstnehmer sei organisatorisch in den Betrieb der B. GmbH eingegliedert gewesen und hätten die Merkmale einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit überwogen. Es sei keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliege, auch wenn der MB über einen aufrechten Gewerbeschein verfügt habe, der ihn dazu berechtigt habe, selbständig Leistungen zu erbringen. Bei einer Gesamtbetrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts des Vertragsverhältnisses liege daher ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG vor.

I.2. Mit Schriftsatz vom 17.11.2018 erhob die B. GmbH, organschaftlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Herrn E., fristgerecht Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 23.10.2018. Darin wurde zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass die B. GmbH am 1.6.2016 mit dem MB einen Werkvertrag abgeschlossen habe und es sehr wohl die Intention des MB gewesen, die Tätigkeit selbständig als Unternehmer ausüben zu wollen. Der MB habe für diese Tätigkeit ein Gewerbe angemeldet und sei nach GSVG versichert gewesen. Eine "Nicht selbständige Tätigkeit" sei weder zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch zum Zeitpunkt des aufrechten Vertragsverhältnisses gewollt gewesen. Der MB sei über viele Jahre hinweg selbständig unternehmerisch tätig gewesen und hätte sehr wohl wissen müssen, welchen Vertrag er mit der B. GmbH abgeschlossen habe. Zudem habe er damit ausreichend Erfahrung im Bereich Marketing und Callcenter gehabt. Wesentliche Betriebsmittel wie etwa Telefon, Laptop, Büroräumlichkeiten und Fahrzeug seien vom Auftragnehmer, dem MB, selbst gestellt worden. Es sei keine Konkurrenzklausel vereinbart worden. Der MB hätte ebenso keine fix vorgegebenen Kunden anzurufen gehabt. Schulungen habe es ausschließlich im Zusammenhang mit dem Produkt gegeben. Diese seien erforderlich gewesen, um den Kunden das Produkt bzw. die Produkte als Dienstleister vermitteln zu können. Der MB habe über kein eigenes Büro in den Räumlichkeiten der B. GmbH verfügt; lediglich für vereinbarte Termine sei ihm ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt worden. Es habe ebenso keine Weisungsgebundenheit, weder gegenüber den Geschäftsführern, noch sonstigen Mitarbeitern der B. GmbH, gegeben. Wenn der MB Stundenaufzeichnungen geführt habe, dann habe er dies aus freien Stücken gemacht; es habe zu keiner Zeit eine Fremdbestimmung der Arbeit durch die B. GmbH in Bezug auf die vereinbarte Tätigkeit gegeben. Der MB habe seine Tätigkeit mit eigenen Betriebsmittel ausgeübt. Er sei zeitlich ungebunden gewesen. Dass Ergebnisse und Reportings seitens der B. GmbH eingefordert worden seien, sei legitim, üblich und zulässig. Der MB habe sich vertreten lassen und die vereinbarten Leistungen an andere Personen vergeben können. Der MB habe Rechnungen mit allen steuerlichen Rechnungsmerkmalen gestellt; er müsse steuerlich registriert sein und Umsatzsteuer abgeführt haben. Die Tätigkeit sei auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt worden. Eine Pauschale sei in der Geschäftswelt üblich; zudem seien bei sämtlichen Rechnungen verschiedene Rechnungsbeträge in Rechnung gestellt worden. Die Pauschale sei somit eine Orientierung und Entgegengekommen gewesen, abgerechnet worden sei nach tatsächlichem Aufwand. Ein Laptop sei seitens Herrn E. an den MB verkauft und übergeben worden. Abgerechnet worden sei mit Rechnung vom 28.3.2016, bezahlt worden sei der Laptop jedoch nie. Die B. GmbH sei erst mit Antrag auf Neueintragung vom 9.6.2016 beim Firmenbuch eingereicht und am 14.6.2016 eingetragen worden; eine Zurverfügungstellung durch die B. GmbH entspreche nicht den Tatsachen. Nach einer Internetrecherche trete der MB unverändert als selbständiger Unternehmer am Markt werbend auf, exakt für jene Tätigkeit, die er mit der B. GmbH vertraglich als selbständiger Unternehmer abgeschlossen habe. Bis vor wenigen Tagen habe er auch noch ein Gewerbe für den Betrieb eines Callcenters gehabt. Die Angaben des MB gegenüber der SGKK seien auffällig konstruiert, immer mit dem Ziel, ein Dienstverhältnis im Nachhinein konstruieren zu wollen. Fakt sei, dass es seit 1.6.2016 einen Werkvertrag gegeben habe, der mit 6.2.2017 mangels erbrachter Leistungen gekündigt worden sei. Die Überprüfung der Aussagen der MB sei mangelhaft, unzureichend und einseitig zu Lasten der B. GmbH

gewesen; selbst die Dokumentationen der SGKK seien mangelhaft. Der Ausnahmetatbestand gemäß § 4 Abs. 4 Z 2 lit. a ASVG sei völlig außer Acht gelassen worden. Hätte die belangte Behörde sich mit dem Wesen des freien Dienstvertrages mit Gewerbeberechtigung auseinandergesetzt, so hätte sie zu dem Schluss kommen müssen, dass es sich um einen unternehmerischen freien Dienstleistungsvertrag mit Gewerbeberechtigung handle und folglich keine Versicherungspflicht nach ASVG gegeben sein könne. Es habe zu keiner Zeit wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit des MB bestanden.

Mit der Beschwerde wurden ein Firmenbuchauszug der XXXX (vormals XXXX) vom 18.11.2018, ein Gesellschafterbeschluss der XXXX vom 26.2.2008 über die Abberufung des MB als Geschäftsführer, ein Ausdruck des Wikipedia-Artikels "Callcenter" vom 15.11.2018, ein Ausdruck eines Branchenverzeichnisses vom 15.11.2018 betreffend das Unternehmen XXXX XXXX sowie eine Rechnung vom 28.3.2016 vorgelegt.

I.3. Mit Beschluss des Landesgerichtes Salzburg vom XXXX im Insolvenzverfahren zu XXXX wurde der Konkurs über das Vermögen der B. GmbH eröffnet und die nunmehrige bP zum Masseverwalter bestellt.

I.4. Am 29.1.2019 wurde der Akt dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt. Im Vorlagebericht vom selben Tag erstattete die belangte Behörde unter anderem eine Stellungnahme zu den Beschwerdegründen. Darin stellte sie unter Bezugnahme auf das Beschwerdevorbringen insbesondere den bisherigen Verfahrensgang und das abgeführte Ermittlungsverfahren dar. Zur rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses führte die belangte Behörde im Wesentlichen wie im angefochtenen Bescheid aus.

I.5. Über Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.2.2021 gab die bP dem Gericht mit Schreiben vom 4.3.2021 bekannt, dass sie die Forderung des MB, ebenso wie die damit verbundenen Lohnnebenkosten, im Insolvenzverfahren bestritten habe.

I.6. Am 14.4.2021 erstattete Herr S. eine schriftliche Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht. Der Stellungnahme wurden ein E-Mail vom 10.10.2017, ein Besprechungsprotokoll vom 15.11.2017, eine Stellungnahme im gerichtlichen Strafverfahren vom 30.9.2019, eine Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft XXXX vom 13.3.2020 über die Einstellung des Verfahrens sowie eine "Chronologie" vorgelegt.

I.7. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 26.4.2021 im Beisein der Vertreterin der bP, des MB, einer Vertreterin der belangten Behörde sowie einer Vertreterin der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Im Zuge der Verhandlung wurden der MB als Partei sowie Herr E. und Herr S. als Zeugen einvernommen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Feststellungen:

II.1.1. Die B. GmbH mit Sitz in XXXX , FN XXXX , wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 17.5.2016 gegründet und am 14.6.2016 in das Firmenbuch eingetragen. Herr E. und Herr S. waren im verfahrensgegenständlichen Zeitraum als Gesellschafter mit einer Stammeinlage von jeweils EUR 17.500,00 an der Gesellschaft beteiligt; darüber hinaus fungierten beide als selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführer der Gesellschaft. Als Geschäftszweig der Gesellschaft wurde Softwareentwicklung sowie Verkauf und Vertrieb von Software angegeben. Mit Beschluss des Landesgerichtes XXXX vom XXXX im Insolvenzverfahren zu XXXX wurde der Konkurs über das Vermögen der B. GmbH eröffnet und die bP zum Masseverwalter bestellt. Die Gesellschaft ist infolge Eröffnung des Konkurses aufgelöst.

Das Geschäftsmodell der B. GmbH war die Entwicklung und der Vertrieb von Industriesoftware, insbesondere für den Bereich der "Industrie 4.0". Die Gesellschaft verfügte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum über ein eigens entwickeltes Softwareprodukt namens " XXXX ", welches sich im Prototypenstadium befand, sowie über weitere Produkte, die bereits in verschiedenen Industrieunternehmen zum Einsatz kamen.

II.1.2. Am 1.6.2016 schloss Herr E. namens der – im Stadium der Vorgesellschaft befindlichen – B. GmbH (bezeichnet als "Auftraggeber") mit dem MB (bezeichnet als "Auftragnehmer") einen als "Werkvertrag" titulierten Vertrag ab. Darin verpflichtete sich der MB in Punkt 1. zu folgenden Tätigkeiten ("nachstehendes Werk herzustellen"): "– Recherche von potentiellen Interessenten für die Produkte/Dienstleistungen des Auftraggebers. – Bekanntgabe der Interessenten, sowie elektronische Erfassung und Pflege der Informationen in das CRM-Softwaresystem des Auftraggebers. – Vor Ort Vorführungen, Präsentationen, Verhandlungen bei potentiellen Interessenten für die Produkte/Dienstleistungen des Auftraggebers. – Erstellung von Angeboten im Namen des Auftraggebers. – Abschluss von Kaufverträgen für die

Produkte/Dienstleistungen im Namen des Auftraggebers." In Punkt 2. des Vertrags wurde vereinbart, dass der Auftragnehmer "bei der Herstellung der vereinbarten Werke weisungsfrei, zeitlich ungebunden und an keinen bestimmten Arbeitsort gebunden" sei. In Punkt 3. des Vertrags wurde vereinbart, dass der Auftragnehmer sich verpflichte, "für die Herstellung des vereinbarten Werkes eigene Betriebsmittel (PKW, Telefon, EDV, etc.) zu verwenden". Die Kosten dieser Betriebsmittel habe der Auftragnehmer selbst zu tragen. Weiters wurde unter anderem vereinbart, dass der Auftragnehmer berechtigt sei, unter näher dargelegten Voraussetzungen eine Aufwandsentschädigung von EUR 0,42 je gefahrenem Kilometer in Rechnung zu stellen. In Punkt 4. des Vertrags wurde vereinbart, dass sich der Auftragnehmer "bei Herstellung der vereinbarten Werke jederzeit durch qualifizierte dritte Personen vertreten lassen" könne. Im Vertretungsfalle habe der Auftragnehmer die Entlohnung dieser qualifizierten dritten Personen zu übernehmen. In Punkt 5. des Vertrags wurde u.a. vereinbart, dass der Auftragnehmer für seine Werke folgende Honorare erhalte: "Recherche von potentiellen Interessenten, elektronische Datenpflege, Angebotslegung, Aufwandspauschale mtl.: € 6.000,--". Weiters wurden Provisionsregelungen für abgeschlossene bzw. vermittelte Kaufverträge und Wartungsverträge festgelegt. In Punkt 8. des Vertrags wurde vereinbart: "Dieser Werkvertrag beginnt am 1. Juni 2016, wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Monatsletzten aufgekündigt werden."

II.1.3. Die Tätigkeit des MB bestand hauptsächlich darin, nach potenziellen Kunden für die B. GmbH zu recherchieren und diese in der Folge zur Akquisition zu kontaktieren. Dazu recherchierte der MB im Internet nach in Frage kommenden Kunden; diese wählte er nach Zielgruppen, z.B. Maschinenbau- oder Fertigungsunternehmen, zunächst aus der Region Oberösterreich und XXXX sowie Steiermark bis Graz, in weiterer Folge auch Wien, aus. Er recherchierte die IT bzw. Produktionsleiter der potenziellen Kunden und fragte dort nach den im jeweiligen Unternehmen verwendeten Softwareprodukten bzw. einem vorhandenen Interesse an "Industrie 4.0" nach. Dem MB wurde zum Teil auch von der Geschäftsführung vorgegeben, bei bestimmten Unternehmen anzurufen. In den seltensten Fällen kam es bereits im Rahmen des Ersttelefonats zu einer Terminvereinbarung, in der Regel waren mehrere Kontakte erforderlich. Potenziellen Kunden wurden Informationsunterlagen per E-Mail zur Verfügung gestellt; dabei handelte es sich um von einer Werbeagentur erstellte Unterlagen zu "Industrie 4.0" (Werbeprospekt) und Produktdatenblätter über verschiedene Softwareprodukte. Bei Interesse vereinbarte der MB mit dem potenziellen Kunden einen Wiederanruf zu einem späteren Zeitpunkt. Im Erfolgsfall vereinbarte der MB schließlich einen Termin mit dem potenziellen Kunden, wobei Herr E. – der gemeinsam mit dem MB an beinahe allen Kundenterminen teilnahm (an einigen Kundenterminen nahm Herr S. teil) – dem MB schon im Vorfeld bekannt gab, wann er Zeit hat. Kundentermine fanden überwiegend bei den potenziellen Kunden statt. Bei diesen Terminen hielt der MB eine grundlegende "Industrie 4.0"-Präsentation, Herr E. selbst präsentierte anschließend den fachlichen Teil und stellte die Software der B. GmbH vor. Den Kunden wurde eine Präsentationsmappe übergeben.

Herr E. ersuchte den MB, ein Vertriebskonzept zu entwerfen. Der MB arbeitete ein Telefonskript aus, welches einen "roten Faden" enthielt, der die Vorgangsweise im Rahmen der Kaltakquise beschrieb (z.B. Begrüßung, Vorstellung des Unternehmens...). Es fanden häufig Besprechungen zwischen dem MB und Herrn E. in deren Büros statt. Der MB nahm auch an Vertriebsmeetings teil, über deren Termin er von Herrn E. informiert wurde. Im Rahmen dieser Besprechungen wurde die Erstellung von Marketingunterlagen bzw. der Marketingauftritt der B. GmbH besprochen. Auch die Telefondefinitionen des MB waren in diesen Besprechungen ein Thema. In Fragen des Vertriebs wandte sich Herr E. immer wieder an den MB. Der MB nahm überdies teilweise an wöchentlichen Meetings teil, in denen die Mitarbeiter der B. GmbH – um einen gemeinsamen Wissensstand zu schaffen – über ihre Projekte bzw. Probleme in diesem Zusammenhang berichteten. Diese Meetings wurden in den Outlook-Kalender der Gruppe eingetragen oder ihm persönlich bekanntgegeben. Ein Mitarbeitergespräch wurde mit dem MB nicht geführt.

Über den aktuellen Stand der Softwareentwicklung wurde der MB überwiegend durch Herrn E. informiert. Der MB gestaltete auf Grundlage der jeweiligen Software-Features Produktdatenblätter in Form von Word-Dokumenten (Text, Layout). Diese wurden von Herrn E. durchgesehen und gegebenenfalls in fachlicher Hinsicht ergänzt. Die Produktdatenblätter wurden vom MB im Rahmen der Kundenakquise eingesetzt und potenziellen Kunden per E-Mail übermittelt. Auch der Werbeprospekt betreffend "Industrie 4.0" wurde vom MB in Zusammenarbeit mit einer Werbeagentur designt; im Zuge der Erstellung des Prospekts fanden mehrere Besprechungen statt, an denen der MB, Herr E. und Herr S. teilnahmen. Der MB wurde auch in die Gestaltung der Homepage der B. GmbH (Marketing, Produktauftritt) eingebunden. Auch in diesem Zusammenhang nahm der MB an internen Meetings mit Herrn E. und

Herrn S. teil; mehrere Male wurde den Meetings auch eine Werbeagentur beigezogen. Der MB erstellte gemeinsam mit Herrn E. auch das Logo für die Homepage der B. GmbH; technisch wurde die Homepage schließlich vom Sohn von Herrn S. umgesetzt.

Der MB wurde von Herrn E. hinsichtlich der Software sowie im Bereich "Industrie 4.0" geschult. Weiters informierte sich der MB selbständig im Internet zu diesem Thema.

Der MB hatte Zutritt zu den Büroräumlichkeiten der B. GmbH und kannte den Code für die Alarmanlage. Ihm wurde in diesen Räumlichkeiten ein Büro zur Verfügung gestellt. Die zuvor im Zuge einer Bürogemeinschaft angeschaffte – damals von Herrn E. bestellte – Büroeinrichtung (inkl. Festnetztelefon, Drucker, Schreibmaterial) wurde dem MB zur Verfügung gestellt und erhielt der MB zu Beginn seiner Tätigkeit von Herrn E. auch einen Laptop gestellt, welcher bis Februar 2017 in Verwendung stand; später wurde ihm ein anderer Laptop ausgehändigt. Der MB war im Firmennetzwerk der B. GmbH angemeldet, verfügte über ein Firmen-E-Mail-Postfach und hatte Zugriff auf den Gruppen-Outlook-Kalender. Er verfügte über einen Telefon-Festnetzanschluss der B. GmbH und nutzte im Verkehr mit Kunden eine Firmen-E-Mail-Adresse. Der MB verwendete Visitenkarten der B. GmbH, auf denen er als "CSO" ("Chief Sales Officer") ausgewiesen war. Auf den Visitenkarten waren unter anderem die Festnetznummer sowie die Firmen-E-Mail-Adresse des MB angeführt. Der MB verrichtete seine Tätigkeit bis Februar 2017 in den Büroräumlichkeiten der B. GmbH; dort hielt er sich täglich von ca. 7:45 Uhr bis mindestens 17:00 Uhr, teilweise darüber hinaus, auf. Der MB verfügte über keine eigenen Büroräumlichkeiten oder sonstige betriebliche Infrastruktur und beschäftigte keine Mitarbeiter. Herrn E. gegenüber teilte der MB auch mit, dass er kein Geld für ein Büro habe. Mit einer Vertretung durch eine andere Person musste von Seiten der B. GmbH nicht ernsthaft gerechnet werden und fand eine solche auch niemals statt. Der MB lehnte auch keine Tätigkeit für die B. GmbH ab.

Zu Beginn seiner Tätigkeit ersuchte der MB Herrn E. um einen Zugang zu einem CRM-Programm (Customer Relationship Program). Das CRM-Programm wurde von Herrn E. ausgewählt und hatte dieser auch Zugriff auf den Account; das Programm war über ein Webportal erreichbar. In dem Programm erfasste der MB seine getätigten Anrufe sowie die Gesprächsinhalte sämtlicher Telefonate mit potenziellen Kunden.

Der MB legte der B. GmbH monatlich Rechnung. Die Tätigkeiten des MB wurden darin in "Projekte" zusammengefasst verrechnet (z.B. "Projekt Vertrieb XXXX Produkte – Adressen- und Unternehmensrecherche, CRM-Eingaben + Protokolle, Telefonate, Terminvereinbarungen". Ebenso wurden Spesen und Reisekosten verrechnet. In Rechnung gestellt wurde in der Regel ein über der im Werkvertrag vereinbarten Pauschale liegender Bruttobetrag; netto ergab sich für die meisten Monate ein Betrag um EUR 6.000,00. Zur Auszahlung von Provisionen ist es nicht gekommen.

II.1.4. Mit an den MB gerichtetem Schreiben vom 6.2.2017 erklärte Herr E., "die Zusammenarbeit mit Übergabe dieses Dokumentes mit sofortiger Wirkung zu beenden" und forderte den MB auf, "die gesamten Unterlagen, Dokumente, Hard- und Software sowie den Schlüssel sofort zu übergeben"; ein Aufenthalt in den Räumlichkeiten der B. GmbH sei dem MB "nur mit ausdrücklicher Zustimmung gestattet". An der Verrichtung der Tätigkeit für die B. GmbH durch den MB änderte sich kaum etwas, von nun an verrichtete dieser seine Tätigkeit jedoch – mit dem von Herrn E. an ihn ausgehändigten Laptop – von zu Hause aus. Meetings und Besprechungen fanden nach wie vor in den Räumlichkeiten der B. GmbH statt; für diese fand sich der MB weiterhin dort ein. Mit einer als "Prolongierung Werkvertrag" überschriebenen Vereinbarung vom 24.4.2017 zwischen dem MB und Herrn E. als Geschäftsführer der B. GmbH wurde der "am 6. Februar 2017 aufgelöste Werkvertrag prologiert".

Das Vertragsverhältnis zwischen dem MB und der B. GmbH wurde mit 6.10.2017 beendet.

II.1.5. Der MB war im Zeitraum von 29.8.2016 bis 22.10.2018 Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik". Ein Konkurrenzverbot wurde zwischen dem MB und der B. GmbH nicht vereinbart. Der MB entfaltete neben seiner Tätigkeit für die B. GmbH keine (Konkurrenz-)Tätigkeit.

II.2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde, den Gerichtsakt sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 26.4.2021.

Die Feststellungen zur B. GmbH ergeben sich im Wesentlichen aus einer vom erkennenden Gericht durchgeführten Abfrage im Firmenbuch; die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft und die Bestellung der bP zum Masseverwalter sind in der Ediktsdatei dokumentiert.

Zum Geschäftsmodell der B. GmbH ist insbesondere auf die Angaben des Geschäftsführers Herrn E. in der mündlichen Verhandlung zu verweisen (vgl. VH-Protokoll S. 19 f, 26).

Die Feststellungen zum am 1.6.2016 zwischen dem MB und der damals noch im Stadium der Vorgesellschaft befindlichen – durch den Geschäftsführer Herrn E. vertretenen – B. GmbH abgeschlossenen Vertrag ergeben sich unmittelbar aus der im Verwaltungsakt erliegenden Vertragskopie. Soweit der Geschäftsführer Herr S. in der mündlichen Verhandlung angab, dass Herr E. zu ihm immer nur gesagt habe, der Vertrag sei mündlich mit dem MB vereinbart worden und ein schriftlicher Werkvertrag überhaupt erst im Herbst 2017 "aufgetaucht", ist darauf zu verweisen, dass Herr S. einerseits nicht in den Vertragsabschluss eingebunden war (vgl. "Alles wa[s] mit [dem MB] ausgemacht wurde war zwischen ihm und E. Das war mir immer ein Dorn im Auge."; VH-Protokoll S. 41), andererseits der schriftliche Vertragsabschluss weder von Herrn E. noch vom MB selbst in Abrede gestellt wurde. Im Gegenteil bezogen sich sowohl der MB (vgl. die Niederschrift vor der belangten Behörde S. 2 sowie Beilage ./D) als auch Herr E. (vgl. Beschwerde S. 2) im Verfahren auf den genannten – vom 1.6.2016 datierenden – Vertrag, sodass zum vereinbarten Vertragsinhalt den aus dem vorliegenden Dokument ersichtlichen Vertragsbestimmungen entsprechende Feststellungen zu treffen waren.

Zur Tätigkeit des MB für die B. GmbH ist zunächst auf dessen detaillierte Darstellung der Vorgangsweise im Zuge der Kundenakquise zu verweisen (vgl. VH-Protokoll S. 7 f), die grundsätzlich im Einklang mit den Angaben der Geschäftsführer Herrn E. (vgl. VH-Protokoll S. 14) und Herrn S. (vgl. VH-Protokoll S. 32 f) steht. Der MB gab an, dass an den Kundenterminen "zu 95%" Herr E. teilgenommen habe (vgl. VH-Protokoll S. 8). Den diesen Umstand relativierenden Ausführungen des Herrn E., er sei bloß bei "einigen Terminen" anwesend gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 14), kann auch angesichts der Angaben des Herrn S., wonach der MB und Herr E. seines Wissens "immer zu zweit" gefahren seien – laut Herrn E., weil der MB "nicht genug Ahnung gehabt" habe – (vgl. VH-Protokoll S. 36), nicht beigetreten werden. Im Gegenteil gab Herr S. an, dass der MB und Herr E. "viele, viele Stunden in der Woche" unterwegs gewesen seien (vgl. VH-Protokoll S. 34).

Ein ähnliches Bild entstand beim erkennenden Gericht über die divergierenden Angaben zur zeitlichen Planung von Kundenterminen: Der MB gab in der mündlichen Verhandlung an, dass er die Termine mit Kunden vereinbart habe; Herr E. habe ihm im Vorfeld gesagt habe, wann er ungefähr Zeit habe (vgl. VH-Protokoll S. 8). Dieser – durchaus naheliegenden – Vorgangsweise konnte Herr E. nicht glaubhaft entgegentreten, was folgender Dialog verdeutlicht: "RI: Wenn Sie an einer Präsentation bei einem potenziellen Kunden teilnahmen, wie erfolg[t]e hier die Terminabstimmung? – Z1: [Der MB] rief mich an, oder schrieb mir ein entsprechendes Email, oder er kontaktierte mich persönlich. – RI: Woher wusste [der MB] bei der Vereinbarung des Termins mit dem potenziellen Kunden wann Sie Zeit haben? – Z1: Ich nehme an, er war so schlau, den Termin mit der Firma auszumachen, nachdem er den Termin mit mir ausgemacht hatte, oder er versuchte einen Termin mit der Firma auf gut Glück, ob auch ich zu diesem Termin frei sei." (VH-Protokoll S. 18). Im Hinblick auf diese Aussagen war jedenfalls davon auszugehen, dass sich die Kundentermine nach den Bedürfnissen von Herrn E. richteten, zumal es wenig lebensnah erscheint, dass der MB zuerst Termine mit potenziellen Kunden vereinbart und diese erst im Anschluss ("auf gut Glück") dem ebenso daran teilnehmenden Geschäftsführer Herrn E. mitgeteilt – und damit seinerseits gleichsam vorgegeben – hätte.

Glaubhaft erschienen auch die Ausführungen des MB in der mündlichen Verhandlung, er habe Anweisungen erhalten, bei bestimmten Firmen anzurufen (vgl. VH-Protokoll S. 5). So legte der MB in der mündlichen Verhandlung ein von Herrn S. an die Firma XXXX gerichtetes E-Mail vom 11.5.2017 (Beilage ./a zum VH-Protokoll) vor, in dessen CC auch der MB genannt war. Ausgeführt wurde in dem E-Mail wie folgt: "Sehr geehrte Herren, vielen Dank für die Projektabstimmung vom Mittwoch, den 11.5.2017. Wie angesprochen möchten wir Ihnen gerne unsere Philosophie, sowie unsere Produkte und Lösungen zu den Themen Smart Factory, Industrie 4.0 und Digitalisierung der Unternehmen präsentieren. Dazu wird sich [der MB] bei Ihnen für eine Terminabstimmung melden. Mit freundlichen Grüßen [Herr S.]". Auf Vorhalt dieses E-Mails erklärte Herr E. im Wesentlichen, dass der MB einmal ersucht hätte, bei der Firma dabei sein zu können, um einen Einblick zu den Produktionsanlagen zu bekommen und in der Folge weitere Aufträge akquirieren zu können. Der MB sei der Firma XXXX nicht als Mitarbeiter der B. GmbH vorgestellt worden sei, sondern als Berater. Weshalb sich dieser um eine Terminabstimmung bemühen sollte, wisse er nicht, er nehme an, es

sei von ihm versucht worden, dort zu akquirieren. Der Mitarbeiter der Firma XXXX hätte sicherlich keine E-Mail-Adresse von XXXX , weil dieser nicht als Mitarbeiter vorgestellt worden sei und sei ihm daher nur die Möglichkeit geblieben, dies über Herrn S. zu tun (vgl. VH-Protokoll S. 18). Die Angaben von Herrn E. erscheinen schon deshalb als widersprüchlich, weil er zunächst angegeben hatte, dass der MB Termine mit Kunden "selbständig akquiriert und selbständig ausgemacht" hätte, er selbst zu keinem der Termine "etwas beigesteuert oder gesagt" hätte (vgl. VH-Protokoll S. 14), vielmehr gar "keine Ahnung welche Kunden oder welche Interessenten er anrufen will", gehabt hätte (vgl. VH-Protokoll S. 17), Herr E. aber – wenn man seinen nunmehrigen Angaben folgte – sehr wohl über die Akquisitionstätigkeit des MB informiert gewesen sein musste. Herr S. gab auf Vorhalt des E-Mails bloß an, es werde um einen potenziellen Kunden gegangen sein (vgl. VH-Protokoll S. 45). Auf das erkennende Gericht wirkt es kaum erklärlich, dass Herr S. noch im Mai 2017 besagtes E-Mail an den MB richten und diesem offensichtlich noch zu diesem Zeitpunkt die daraus ersichtlichen Anweisungen erteilen sollte, obwohl er in der mündlichen Verhandlung an anderer Stelle angab, dass für ihn das "Thema XXXX " erledigt gewesen sei, nachdem die Zusammenarbeit "im Februar 2017 gelöst" worden sei; für ihn sei der MB "nicht mehr im Unternehmen" gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 44). Auf das erkennende Gericht wirken die plausiblen und schlüssigen Angaben des MB überzeugend, zumal die Geschäftsführer Herr E. und Herr S. keine nachvollziehbare Erklärung für das E-Mail vom 11.5.2017 anzubieten vermochten, sich daraus aber der eindeutige Schluss ziehen lässt, dass der MB in der Ausübung seiner Tätigkeit eben nicht frei war, sondern in Kontakt mit der Geschäftsführung stand und von dieser hinsichtlich der Kundenakquise zumindest zum Teil auch Anweisungen erhielt.

Herr E. gab in der mündlichen Verhandlung selbst an, dass er den MB mehrmals ersucht habe, ein Vertriebskonzept zu entwerfen (vgl. VH-Protokoll S. 13). Die Feststellungen zur Entwicklung eines Telefonskripts bzw. "roten Fadens" beruhen im Wesentlichen auf den Angaben des MB (vgl. VH-Protokoll S. 9). Vor dem Hintergrund, dass er von Herrn E. mehrfach ersucht wurde, ein Vertriebskonzept zu entwerfen, erscheint es auch nicht abwegig – sondern vielmehr lebensnah – dass dieser, wie der MB in der Verhandlung angab, wissen wollte, wie er im Vertrieb agiere und nach außen hin kommuniziere (vgl. VH-Protokoll S. 9). Dem trat Herr E. nicht konkret entgegen, sondern gab auf die Frage des erkennenden Gerichtes, ob er nicht über das Telefonskript bzw. den roten Faden Bescheid wissen wollte, nur eher ausweichend an, dass der MB selbständig gewesen sei und er selbst dazu "nichts beigetragen" habe (vgl. VH-Protokoll S. 14). Der MB berichtete auch über häufige Vertriebsmeetings zwischen ihm und Herrn E., deren Termine sich jeweils nach der Anwesenheit von Herrn E. gerichtet hätten und ihm von diesem bekanntgegeben worden seien (vgl. VH-Protokoll S. 4). Auch Herr S. erklärte, dass der MB "ständig" mit Herrn E. zusammengesessen sei, entweder im Büro von Herrn E. oder im Büro des MB (vgl. VH-Protokoll S. 33 f). Herr E. wiederum räumte zwar ein, dass es Termine gegeben habe, die aber nicht er vorgegeben habe, sondern die vereinbart worden seien. Es habe nicht jeden Tag Vertriebsmeetings gegeben; es habe keine Vertriebsmeetings gegeben, sondern es habe Gespräche gegeben, "wie sich [der MB] den Verkauf vorstellt". Auf Nachfrage gab Herr E. auch an, dass der MB im Zuge dieser Gespräche auch seine Telefondefinitionen "kurz gesagt", diese als "Betriebsgeheimnis" aber nie an die B. GmbH weitergegeben habe (vgl. VH-Protokoll S. 16). Auch in dieser Hinsicht trat deutlich zutage, dass der MB hinsichtlich seiner Vertriebstätigkeit in engem Austausch mit Herrn E. stand und auch die Telefondefinitionen in den Gesprächen zwischen beiden zumindest thematisiert wurden. Wie bereits zu den Kundenterminen ausgeführt, erscheint es auch in diesem Zusammenhang als glaubhaft, dass die Termine der Vertriebsmeetings nicht vom MB selbst vorgegeben wurden, sondern vielmehr durch den Geschäftsführer Herr E. bestimmt waren, zumal es dem erkennenden Gericht als nachvollziehbar erscheint, dass sich diese Termine – wie vom MB auch konkret ins Treffen geführt – nach der Anwesenheit von Herrn E. im Betrieb richteten. Zudem stellte Herr E. vor dem erkennenden Gericht auch nicht in Abrede, dass er sich in Vertriebsthemen immer wieder an den MB wandte, sondern räumte im Gegenteil ein, es könne leicht sein, dass er beim MB nachgefragt habe, weil sich dieser als "Experte" definiert habe (vgl. VH-Protokoll S. 25). Auch Herr S. gab im Übrigen in diesem Sinne an, dass Herr E. ihm versichert habe, dass der MB ein "Vertriebsprofi" sei (vgl. VH-Protokoll S. 33).

Der MB gab in der mündlichen Verhandlung an, darüber hinaus an Meetings teilgenommen zu haben, bei denen neben Herrn E. teilweise auch Softwareentwickler anwesend gewesen seien (vgl. VH-Protokoll S. 6). Dem entgegnete Herr E., dass der MB mit den Mitarbeitern der B. GmbH nichts zu tun gehabt hätte, weil er auch nicht eingebunden hätte sein wollen; er sei Selbständiger gewesen. Auch glaube er nicht, dass, wenn es um spezifische Softwarefragen gegangen sei, Mitarbeiter der B. GmbH anwesend gewesen seien, weil er selbst der für die technischen Fragen Sachverständige gewesen sei (vgl. VH-Protokoll S. 16). Herr S. dagegen bestätigte, dass es wöchentliche Mitarbeitermeetings gegeben habe und der MB zum Teil dabei gewesen sei; wenn Herr E. nicht dabei gewesen sei, sei auch der MB nicht dabei gewesen. Es habe eine Eintragung im Outlook-Kalender gegeben; es könne aber auch sein,

dass sie durchgelaufen seien und gesagt hätten, dass es ein Mitarbeitermeeting gebe (vgl. VH-Protokoll S. 35). Es war daher jedenfalls davon auszugehen, dass der MB zumindest teilweise zusammen mit den Mitarbeitern an den Meetings der B. GmbH teilgenommen hat; die völlig gegensätzlichen Angaben von Herrn E. erscheinen gerade im Lichte der konkreten – die Ausführungen des MB bestätigenden – Aussage von Herrn S. vor dem erkennenden Gericht, als wenig glaubhaft. Ein Mitarbeitergespräch sei mit dem MB nach Angaben von Herrn S. aber nicht geführt worden (vgl. VH-Protokoll S. 40).

Dass der MB überwiegend von Herrn E. über den aktuellen Stand der Softwareentwicklung informiert worden ist, entspricht einerseits seinen eigenen Angaben (vgl. VH-Protokoll S. 7), andererseits begriff sich, wie bereits ausgeführt, auch Herr E. selbst als Sachverständiger in Fragen der Softwareentwicklung (vgl. VH-Protokoll S. 16). Die Gestaltung von Produktdatenblättern durch den MB auf Grundlage der jeweiligen Software-Features war im Wesentlichen unstrittig (vgl. VH-Protokoll S. 8, 14 f). Der MB führte dazu aus, dass er verschiedene Texte formuliert habe; diese seien von Herrn E. ergänzt und teilweise gestrichen worden, bis am Ende das Blatt von Herrn E. freigegeben worden sei (vgl. VH-Protokoll S. 8). Herr gab dagegen an, dass diese Blätter vom MB als selbständiger Unternehmer entwickelt worden seien. Auf Befragen, ob er eingebunden gewesen sei, gab er an, dass er dies nur im Bereich der fachlichen Definitionen – wie eine Industriesoftware zu funktionieren habe – gewesen sei, nicht aber in den marketingtechnischen, werbetechnischen und verkaufstechnischen Teil (vgl. VH-Protokoll S. 15). Herr S. gab auf die Frage, ob die Produktblätter von Herrn E. freigegeben worden seien, im Wesentlichen an, dass dieser "drüber geschaut" und seine technische Expertise dazugegeben haben werde. Es werde aber "keinen Prozess" gegeben haben; es sei die Aufgabe des MB gewesen, das vernünftig zu erledigen (vgl. VH-Protokoll S. 38). Damit war aber jedenfalls davon auszugehen, dass Herr E. insoweit in die Gestaltung der Produktdatenblätter eingebunden war, als er diese zumindest durchgesehen und gegebenenfalls in fachlicher Hinsicht ergänzt hat. Dass der MB dagegen Produktdatenblätter frei entworfen und – ohne vorangegangene Einbindung von Herrn E. – selbständig im Kundenakquisitionsprozess verwendet hätte, war demnach nicht erkennbar.

Daneben ergibt sich aus den Angaben von Herrn E. vor dem erkennenden Gericht aber auch, dass der MB in Zusammenarbeit mit einer Werbeagentur einen Werbeprospekt designt hat und es auch dabei zu Terminen zwischen der Werbeagentur, dem MB und den Geschäftsführern Herrn E. und Herrn S. gekommen ist (vgl. VH-Protokoll S. 14). Der MB war seinen eigenen Angaben zufolge auch in die Erstellung der Website der B. GmbH eingebunden; dazu habe es unterschiedliche interne Meetings gegeben, an denen die Geschäftsführer und er teilgenommen hätten; eine Werbeagentur sei ein oder zweimal dabei gewesen. Der Beitrag des MB habe in den Bereichen Marketing und Produktdarstellung bestanden, er sei beim Textdesign dabei gewesen. Es sei etwas vorgeschlagen worden, dann habe es das nächste Meeting gegeben. Irgendwann habe Herr S. seinem Sohn wohl gesagt, dass sie das so umsetzen würden (vgl. VH-Protokoll S. 8 f). Herr E. erklärte auf Vorhalt der Aussagen des MB zur Websiteerstellung, dass dies nicht stimme, die Website sei vom Sohn von Herrn S. erstellt worden. Es könne schon sein, dass er dabei gewesen sei, aber er hätte keinen wesentlichen Beitrag gehabt. Der MB sei bei den Besprechungen mit dem Sohn des Herrn S., Herrn S. und ihm selbst dabei gewesen; diese hätten großteils am Abend oder am Wochenende stattgefunden. Er könne sich nicht erinnern, was der MB bei den Besprechungen gemacht habe, es sei nichts Besonderes gewesen, weil die Website nichts Herausragendes gewesen sei. Auf die Frage, wer den MB zu diesen Besprechungen hinzugezogen habe, erklärte Herr E., dass er ihn zu diesen Besprechungen hinzugezogen habe, "aber nur in der Definition, ob er auch Zeit hätte auf freiwilliger Basis" (vgl. VH-Protokoll S. 15). Den Aussagen von Herrn S. ist hingegen durchaus ein maßgeblicher Beitrag des MB zur Erstellung der Website zu entnehmen: "RI: War [der MB] auch bei der Erstellung der Homepage dabei? – Z2: Ja, er hat sogar das Logo designt, dafür haben wir fürstlich bezahlt. Wenn man eine Firma gründet gibt es rundherum viele Arbeiten und da ist man natürlich froh, wenn diese erledigt werden. Anfangs hat [der MB] da sehr mitgeholfen. – RI: Website: Wer hat diese Meetings einberufen? – Z2: Ich weiß es nicht. Die technische Websiteumsetzung habe ich gemacht und er hat Inhalte aufbereitet. Ich weiß nicht mehr genau wer die Besprechung einberufen hat. – RI. Warum war [der MB] bei dieser Websiteumsetzung dabei, er war nur für den Vertrieb zuständig. – Z2: Wie ich eingangs gesagt habe, ist man bei der Gründung einer Firma froh, wenn wer etwas macht. Die Website wäre eine Nebensächlichkeit es kann sein, dass [Herr. E] gesagt hat, lassen wir das [den MB] machen." (vgl. VH-Protokoll S. 35). Neben der Erstellung der Website, gab auch der MB an, sei er auch in die Erstellung des Logos eingebunden gewesen; dieses habe er "zu 100%" erstellt. Er sei gebeten worden, dass er sich ein Logo einfallen lasse. Es habe dann mehrere Vorschläge gegeben und sei schließlich eines ausgewählt worden. Er habe diese Vorschläge mit Herrn E. gemacht; ob Herr S. dabei gewesen sei, könne er nicht mehr sagen. Man habe sich im Büro ausgetauscht. Er

habe das Logo designt; wenn es ihm (gemeint: Herrn E.) nicht gefallen habe, habe er sich etwas Anderes überlegt (vgl. VH-Protokoll S. 9). Auf Vorhalt des erkennenden Gerichtes, dass der MB erzählt habe, dass er das Logo für die Firma erstellt habe, gab Herr E. an, dass er selbst dies gewesen sei. Der MB habe es grafisch aufbereitet, aber das sei von Juli 2015 bis Ende Mai 2016 geschehen; auch die Namensdefinition sei von ihm (Herrn E.) selbst gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 16). Demgegenüber gab jedoch auch Herr S. an, dass das Logo seines Wissens der MB gemacht habe. Er glaube, dass die Logoerstellung mit der Gründung der B. GmbH Hand in Hand gegangen sei (vgl. VH-Protokoll S. 37). Vor dem Hintergrund der Angaben sowohl der Geschäftsführer der B. GmbH als auch des MB selbst zur Erstellung der Homepage bzw. des Firmen-Logos ergibt sich für das erkennende Gericht eindeutig, dass der MB maßgeblich in die (Marketing-)Prozesse der B. GmbH eingebunden war und seine Tätigkeit keineswegs auf den Vertrieb von Software-Produkten im Rahmen der Kundenakquise beschränkt blieb, sondern er vielmehr die verschiedensten im Unternehmen anfallenden Tätigkeiten für die B. GmbH verrichtete und dabei unmittelbar den Geschäftsführern der Gesellschaft zuarbeitete.

Der MB führte bereits in seiner Stellungnahme vom 20.11.2017 aus, dass zu seinen Aufgaben auch Produktschulungen nach den Vorgaben der Geschäftsleitung zählten (vgl. Stellungnahme 20.11.2017 S. 1 f). In der mündlichen Verhandlung gab er dazu befragt an, dass er sich hauptsächlich über das Internet informiert habe; es habe eigentlich keine "Industrie 4.0"-Schulung gegeben. Die Anweisung, sich fortzubilden sei von Anfang an gekommen. Der MB sei mit Herrn E. verschiedene Internetseiten durchgegangen und habe sehr viele Schulungen von diesem bekommen; man könne sagen er sei von ihm im Bereich "4.0" geschult worden. Diese Schulungen hätten in einem der beiden Meeting-Räume oder im Büro von Herrn E. stattgefunden; bei solchen Einführungen sei auch Herr S. anwesend gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 11). Zu Schulungen des MB hinsichtlich der Software bzw. des Bereiches "Industrie 4.0" gab auch Herr E. an, dass er den MB in diesen Bereichen informiert habe (vgl. VH-Protokoll S. 17). Es war daher zur Feststellung zu gelangen, dass der MB von Herrn E. geschult wurde und sich auch selbständig im Internet informiert hat.

Hinsichtlich der Zugangsmöglichkeiten des MB zu den Büroräumlichkeiten der B. GmbH ist zunächst auf die Ausführungen des MB sowie von Herrn E. zu verweisen (vgl. VH-Protokoll S. 10, 24). Der MB selbst gab an, dass er dort ein eigenes Büro gehabt und mit der Infrastruktur (Festnetztelefon, Drucker, Schreibmaterial) der B. GmbH gearbeitet hätte (vgl. VH-Protokoll S. 4). Herr E. bestätigte, dass der MB das Büro nutzen konnte (vgl. VH-Protokoll S. 24). Zur Anschaffung der Büromöbel im Zuge einer Bürogemeinschaft zwischen Herrn E. und dem MB von Juli 2015 bis Ende Mai 2016 wird auf die Angaben von Herrn E. verwiesen, der aber gleichzeitig betonte, die Büromöbel und den Computer dem MB aus seinen privaten Mitteln zur Verfügung gestellt zu haben (vgl. VH-Protokoll S. 17). Anhaltspunkte für eigene Betriebsmittel des MB sind damit nicht hervorgekommen, was auch dadurch bekräftigt wird, dass Herr E. in der mündlichen Verhandlung noch erläuterte, der MB habe angegeben, kein Geld für ein Büro zu haben (vgl. VH-Protokoll S. 24). Ähnlich äußerte sich auch Herr S. zum Zimmer des MB in den Büroräumlichkeiten; der MB habe ein Zimmer gehabt und sei dort gewesen, "er muss sich ja irgendwo aufhalten." (vgl. VH-Protokoll S. 30). Der MB führte in der mündlichen Verhandlung weiters aus, auch der von ihm genutzte Laptop habe der B. GmbH gehört (vgl. VH-Protokoll S. 4). Er habe zwei Notebooks gehabt. Das erste habe er von Anfang an von Herrn E. bekommen; dieses sei bis Februar 2017 in Verwendung gewesen. Das zweite Notebook sei ihm dann von Herrn E. im März oder April ausgehändigt worden (vgl. VH-Protokoll S. 10). Herr E. erklärte zu den Laptops, dass der MB ihn gebeten habe, dass er ihm ein Gerät gebe; er (Herr E.; Anm.) habe dieses Gerät privat gekauft und ihm zur Verfügung gestellt und geschenkt. Das erste Gerät sei ein Gerät gewesen, welches er dem MB im Juli 2015 im Rahmen der Bürogemeinschaft zur Verfügung gestellt gehabt hätte. Die Geräte seien nie im Eigentum oder Besitz der B. GmbH gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 23). Ungeachtet dieser Angaben – die eine Schenkung des (ersten) Laptops implizieren – antwortete Herr E. auf Vorhalt des Auflösungsschreibens vom 6.2.2017, wonach der MB "Hard- und Software" sofort zu übergeben hätte, dass der MB das an ihn zurückzugeben gehabt hätte, "weil es mein Eigentum" gewesen sei (vgl. VH-Protokoll S. 24). Herr S. gab an, dass der erste Laptop einer von zwei Laptoparbeitsplätzen gewesen sei, die ihm Herr E. von der Firma XXXX abgekauft hätte; er hätte diese beiden für die Firma XXXX bestellt, aber nie bezahlt (vgl. VH-Protokoll S. 31). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in keiner Weise erkennbar war, dass die vom MB zur Verrichtung seiner Tätigkeit genutzten Laptops bzw. die sonstige Büroinfrastruktur eigene Betriebsmittel dargestellt hätten oder in dessen Verfügungsmacht gestanden wären.

Der MB verwendete seinen Angaben zufolge auch ein E-Mail-Postfach der B. GmbH (vgl. VH-Protokoll S. 5). Herr S. bestätigte, dass der MB am Firmennetz angemeldet gewesen sei. Sie seien etwa zehn Leute gewesen, es habe im

Kalender (gemeint: Outlook-Kalender; Anm.) eine Gruppe gegeben; der MB sei wahrscheinlich auch in dieser Gruppe gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 36). Zur Verwendung der E-Mail-Adresse und der Visitenkarten der B. GmbH durch den MB erläuterte Herr S., dass es üblich sei, wenn man mit verschiedenen Firmen zusammenarbeite, dass man auch Visitenkarten habe, auf denen man als Angehöriger der anderen Firma aufscheine (vgl. VH-Protokoll S. 39). Herr E. gab dazu an, dass der MB ihn darauf angesprochen habe, ob er von der B. GmbH Visitenkarten erhalten könne mit der Definition "CSO"; die Argumentation sei gewesen, dass er als Selbständiger so besser auftreten könne, wenn er die Zugehörigkeit zur B. GmbH oder die Geschäftsbeziehung heraushebe (vgl. VH-Protokoll S. 23). Die Verwendung von Visitenkarten der B. GmbH durch den MB gegenüber Kunden war damit unstrittig; auch der Umstand, dass der MB im Kundenverkehr eine E-Mail-Adresse der B. GmbH sowie deren Festnetzanschluss (beides war auch auf den Visitenkarten angeführt; vgl. dazu Beilage ./A zur Niederschrift vor der belangten Behörde) verwendet hat, wurde nicht in Zweifel gezogen.

Zu den getroffenen Feststellungen zur Verrichtung der Tätigkeit in den Büroräumlichkeiten der B. GmbH ist zunächst auf die eigenen Angaben des MB vor dem erkennenden Gericht zu verweisen. Dieser gab an, es habe keine freie Zeiteinteilung gegeben; ab Juni 2016 bis Februar 2017 sei er jeden Tag von ca. 7:45 Uhr bis mindestens 17:00 Uhr, teilweise "18, 19, 20, 21 Uhr" im Unternehmen tätig gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 4). Er hätte dort sein Büro gehabt, dort habe er seine Arbeit verrichten müssen (vgl. VH-Protokoll S. 11). Herr E. hielt dem entgegen, dass er das Büro habe nutzen können, aber nie Anwesenheitspflicht gehabt hätte und seine Tätigkeit nicht im Büro durchführen hätte müssen. Gleichwohl räumte Herr E. ein, dass der MB ihm gegenüber angegeben hätte, kein Geld für ein Büro zu haben (vgl. VH-Protokoll S. 24). Auf Vorhalt der geschilderten Arbeitszeiten in den Büroräumlichkeiten der B. GmbH durch den MB erklärte Herr E. lapidar, er könne dies "nicht bestätigen" (vgl. VH-Protokoll S. 26), ohne den Ausführungen des MB konkret entgegenzutreten. Wenn der MB Stundenaufzeichnungen geführt habe – so wurde in der Beschwerde (S. 2) vorgebracht – dann habe der dies "aus welchen Gründen auch immer, aus freien Stücken" gemacht. Herr S. gab vor dem erkennenden Gericht an, von ihm habe der MB auf keinen Fall Weisungen in zeitlicher, örtlicher oder das Arbeitsverhalten betreffender Hinsicht erhalten, nach seinem Wissensstand auch nicht von Herrn E. Es sei dem MB nie gesagt worden, dass er zu gewissen Zeiten anwesend sein müsse oder sich nicht vertreten lassen dürfe; er könne nicht beurteilen, wie lange der MB im Büro gewesen sei (vgl. VH-Protokoll S. 37, 42). Der MB wiederum erklärte auf Befragen, dass er sich nicht vertreten lassen hätte können; es habe niemanden gegeben, der seine Arbeiten übernehmen hätte können, weil niemand seine Vertriebserfahrung und auch nicht den Willen gehabt hätte vgl. VH-Protokoll S. 37). Die Ausführungen des Herrn E. vor dem erkennenden Gericht, der MB hätte sich "von wem auch immer er wollte" vertreten lassen können (vgl. VH-Protokoll S. 20), lassen gerade vor dem Hintergrund, dass der MB als "Vertriebsprofi" bzw. "Experte" (siehe dazu oben) engagiert wurde, jegliche Lebensnähe vermissen. Im Verfahren ist in keiner Weise hervorgekommen, dass die Geschäftsführung der B. GmbH ernsthaft damit gerechnet hätte, dass sich der MB vertreten lassen würde. Einerseits ist dazu festzuhalten, dass der MB – wie er Herrn E. auch mitteilte – nicht einmal über ein eigenes Büro verfügte und Herrn E. sogar darum bat, einen Laptop zu bekommen (vgl. VH-Protokoll S. 23), mithin ganz offenkundig über keinerlei betriebliche Infrastruktur verfügte, sodass er letztlich seine Tätigkeit – abgesehen von seiner Privatwohnung – nur in dem zur Verfügung gestellten Büro in den Räumlichkeiten der B. GmbH verrichten konnte. Dass der MB tatsächlich in Erwägung gezogen hätte, sich "mehrere Telefonistinnen anschaffen" zu wollen, wie Herr E. angab (vgl. VH-Protokoll S. 20), erscheint mangels jeglicher Betriebsinfrastruktur als lebensfremd, zumal wohl auch nicht davon ausgegangen werden konnte, dass auch diesen – völlig beliebig durch den MB ausgewählten – Personen ungehinderter Zugang zu den Räumlichkeiten der B. GmbH (Schlüssel, Alarmanlagen-Code) gewährt worden wäre. Dass Herr E. nicht wisse, ob sich der MB jemals vertreten habe lassen, ob er "andere Personen telefonieren hat lassen" (vgl. VH-Protokoll S. 21), erscheint dem erkennenden Gericht schon aufgrund des – oben näher dargestellten – zweifellos engen Kontakts zwischen dem MB und Herrn E. als kaum vorstellbar, zumal sich die Büros der Geschäftsführer den Angaben des MB zufolge gar unmittelbar neben dem von ihm selbst genutzten Büro befunden hätten (vgl. VH-Protokoll S. 10). Dass von Seiten der B. GmbH ernsthaft mit einer Vertretung des MB gerechnet werden musste, war damit ebenso zu verneinen wie eine tatsächlich stattgefundene Vertretung des MB. Auch vom Vorliegen eines Ablehnungsrechts konnte nicht ausgegangen werden: Zwar antwortete Herr E. auf die Frage des erkennenden Gerichtes, ob der MB einen Auftrag ablehnen konnte, mit "Ja, natürlich!"; angesichts des Umstandes, dass der vereinbarte Aufgabenbereich des MB jedoch nach dem Vertragsinhalt die dauerhafte Erbringung abstrakt

umschriebener Tätigkeiten umfasste (vgl. dazu die obigen Sachverhaltsfeststellungen), ist ein nennenswerter Raum für die "Ablehnung" von "Aufträgen" kaum erkennbar. Dass es jemals zu einer Weigerung des MB, bestimmte Tätigkeiten zu verrichten, gekommen wäre, ist aber ohnehin nicht ersichtlich.

Sowohl Herr E. (vgl. VH-Protokoll S. 24) als auch Herr S. (vgl. VH-Protokoll S. 39) verneinten Reportingpflichten des MB. Der MB selbst gab dagegen an, regelmäßige und tägliche Berichterstattung über seine Vertriebstätigkeit durchgeführt zu haben. Er habe überwiegend Herrn E. berichtet, insbesondere über besondere Ereignisse, beispielsweise über einen Interessenten. Herr E. habe ihn, wenn er angerufen habe, beinahe täglich gefragt, ob jemand Interessanter dabei sei. Er habe in ein CRM-Programm berichtet (vgl. VH-Protokoll S. 12). Dass dem MB keine Reportingpflichten auferlegt gewesen wären, wird schon durch den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages entkräftet, wonach sich der MB in dessen Punkt 1. auch zur "Bekanntgabe der Interessenten, sowie elektronische Erfassung und Pflege der Informationen in das CRM-Softwaresystem des Auftraggebers" verpflichtete. Der MB schilderte die Vorschläge verschiedener CRM-Programme an Herrn E. und dessen getroffene Auswahl ausführlich (vgl. VH-Protokoll S. 12), sodass es nicht verfängt, wenn Herr E. in der mündlichen Verhandlung praktisch jegliches Wissen über das CRM-Programm in Abrede stellt (vgl. VH-Protokoll S. 27 f), wo die Verwendung eines ebensolchen Programmes doch sogar ausdrücklich im Vertrag vereinbart war. Im Übrigen ist festzuhalten, dass noch in der Beschwerde (S. 3) explizit ausgeführt wurde: "[...] freilich hatte man Ergebnisse und Reportings vereinbart und erwartet. Das Ergebnisse und Reportings seitens der B. GmbH eingefordert wurden, ist wohl legitim, üblich und zulässig."

Die Feststellungen zur monatlichen Rechnungslegung durch den MB gründen sich auf die für den gesamten verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Verwaltungsakt erliegenden Rechnungskopien. Die Auszahlung von Provisionen ist daraus nicht ersichtlich. Nach Aussage von Herrn S. sei der MB für den Vertrieb zuständig gewesen und habe dies "nicht erfüllt" (vgl. VH-Protokoll S. 46); der Stellungnahme von Herrn S. vom 14.4.2021 (OZ 10, S. 3) ist in diesem Sinne zu entnehmen, dass es zu Provisionszahlungen "natürlich nie gekommen" sei. Dies entspricht auch den Angaben des MB in seiner Einvernahme vor der belangten Behörde (vgl. Niederschrift S. 2).

Das Schreiben vom 6.2.2017, mit welchem Herr E. gegenüber der MB erklärte, die Zusammenarbeit "mit sofortiger Wirkung" zu beenden, diesen zur Übergabe von Unterlagen und Betriebsmitteln aufforderte und einen Aufenthalt in den Räumlichkeiten der B. GmbH "nur mit ausdrücklicher Zustimmung" gestattete, erliegt in Kopie im Verwaltungsakt. Dass sich im Hinblick auf die Tätigkeit des MB dadurch wesentliche Änderungen ergeben hätten, war aber nicht ersichtlich: Der MB übte seine Tätigkeit von nun von zu Hause aus, Meetings fanden den Angaben des MB zufolge weiterhin in den Büroräumlichkeiten der B. GmbH statt (vgl. VH-Protokoll S. 10). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die in Punkt 8. des Vertrags vereinbarte dreimonatige Kündigungsfrist und die mit "Prolongierung Werkvertrag" bezeichnete Vereinbarung vom 24.4.2017, womit der am 1.6.2017 abgeschlossene Vertrag verlängert werden sollte. Faktisch ergab sich dadurch im Zusammenhalt mit der Kündigungsfrist ein lückenloses Vertragsverhältnis. Soweit in der Beschwerde (S. 4) ausgeführt wird, der "Werkvertrag" sei mit 6.2.2017 mangels erbrachter Leistungen gekündigt worden, erweist sich dies angesichts der Kündigungsfrist und anschließenden Verlängerung als unvollständig. Dass es – abgesehen davon, dass der MB von nun an mit dem zur Verfügung gestellten Laptop von zu Hause aus arbeitete (vgl. dazu auch die Stellungnahme des MB vom 20.11.2017) – tatsächlich zu einer wesentlichen Änderung im Vertragsverhältnis gekommen wäre, ist im Verfahren nicht hervorgekommen. Der MB selbst führte die gewählte Vorgangsweise auf Spannungen zwischen den Geschäftsführern zurück (vgl. seine Stellungnahme Beilage ./D zur Niederschrift vor der belangten Behörde). Die letztlich zum 6.10.2017 erfolgte Beendigung des Vertragsverhältnisses geht ebenso aus genannten Stellungnahme hervor und deckt sich mit der letzten – den Zeitraum 2.10.2017 bis 6.10.2017 umfassenden – Rechnung des MB, die noch für den 6.10.2017 die Erbringung diverser Leistungen ("Sonstige Beratungen, Telefonate, Besprechungen, E-Mails, Diverses") ausweist.

Die Feststellungen zur Gewerbeberechtigung des MB gründen sich auf einen vom erkennenden Gericht eingeholten Auszug aus dem GISA. In der Stellungnahme vom 24.4.2018 wurde von Seiten der B. GmbH ausgeführt, dass der MB auch Einkommen aus anderen Quellen bezogen hätte; er hätte mehrere eigene Firmen, aus denen er Einkommen beziehe. So führe er das Unternehmen " XXXX – XXXX , XXXX . In der Beschwerde (S. 4) wurde weiters geltend gemacht, dass der MB als Unternehmer unter der Geschäftsbezeichnung " XXXX " am Markt werbend auftrete. Sogar eine Telefonnummer sei angeführt; dort laufe ein Band, welches es dem Interessenten ermögliche, eine Nachricht zu hinterlassen oder darauf verweise, dass momentan alle Leitungen besetzt seien und man gleich verbunden werde. Für diese Tätigkeit hätte der MB bis vor wenigen Tagen auch noch ein Gewerbe für den Betrieb eines Callcenters gehabt. In

der mündlichen Verhandlung gab der MB zum Portal XXXX befragt an, dass dies etwas aus 2008 oder 2009 gewesen sei; das Portal sei 2012 oder 2013 von ihm verkauft worden. Es sei nicht korrekt, dass er mehrere Unternehmen, wie XXXX , geführt habe und im November 2018 noch immer als Unternehmer " XXXX " werbend auf dem Markt aufgetreten sei. Er hätte zur Zeit der B. GmbH nur die XXXX gehabt, er habe nichts mit dieser Firma gemacht, die Firma sei nicht in Produktion gegangen; das sei nur ein Versuch gewesen (vgl. VH-Protokoll S. 12). Herr S. konnte keine konkreten Angaben zu weiteren Auftraggebern des MB machen, er wisse nur, dass der MB eine zahlungspflichtige Internetplattform gehabt hätte; Herr E. hätte ihm immer wieder gesagt, "was er (gemeint: der MB; Anm.) nicht alles macht." (vgl. VH-Protokoll S. 42). Eine vom erkennenden Gericht durchgeführte Abfrage im GISA ergab, dass der MB im Zeitraum von 20.4.2018 bis 22.10.2018 – sohin weit außerhalb des verfahrensgegenständlichen Zeitraumes – Inhaber der Gewerbeberechtigung "Betrieb eines Callcenters [...]" war; im genannten Zeitraum verfügte er, wie oben festgestellt, lediglich über eine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik". Zwar liegen, wie in der Beschwerde (S. 2) zutreffend ausgeführt, keine Hinweise auf ein zwischen dem MB und der B. GmbH vereinbartes Konkurrenzverbot vor; dass der MB allerdings neben seiner Tätigkeit für die B. GmbH tatsächlich eine (selbständige unternehmerische) (Konkurrenz-)Tätigkeit entfaltet – z.B. ein Callcenter betrieben – hätte, war nicht erkennbar. Derartige ergibt sich auch nicht aus dem im der Beschwerde vorgelegten Firmenbuchauszug der XXXX (vormals XXXX), zumal die Geschäftsführerfunktion des MB in dieser Gesell

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at