

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/1/31 92/08/0213

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.01.1995

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
32/02 Steuern vom Einkommen und Ertrag;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

ABGB §1151;  
ABGB §879;  
AIVG 1977 §1 Abs1 lit a;  
AIVG 1977 §1 Abs1;  
ASVG §11 Abs1;  
ASVG §4 Abs1;  
ASVG §4 Abs2;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
EStG 1972 §47 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde der M-GesmbH & Co KG in W, vertreten durch Dr. G, Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 28. August 1992, Zl. 121.487/1-7/92, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. K, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt, 2. Wiener Gebietskrankenkasse, Wien X, Wienerbergstraße 15-19, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Wien IX, Roßauer Lände 3, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Wien XX, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 565,-- und dem Erstmitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

1. Mit Bescheid vom 10. Dezember 1990 stellte die zweitmitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, daß der Erstmitbeteiligte (im folgenden: K.) in der Zeit vom 1. Juli 1988 bis 20. Oktober 1989 in keinem die Voll-(Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden sei, und wies den diesbezüglichen Antrag des K. vom 4. Dezember 1989 ab.

2. Den von K. dagegen erhobenen Einspruch wies der Landeshauptmann von Wien mit Bescheid vom 11. Februar 1991 gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unbegründet ab und bestätigte den bekämpften Bescheid.

3.1. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung des K. gegen den Einspruchsbescheid gemäß § 66 Abs. 4 AVG Folge und stellte in Abänderung dieses Bescheides fest, daß K. während seiner Tätigkeit als Kolporteur von 1. Juli 1988 bis 20. Oktober 1989 bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei.

3.2. In der Bescheidbegründung wird nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens ausgeführt, daß aufgrund der durchgeführten Ermittlungen folgendes festgestellt werde:

"(K.) war vom 1.7.88 bis 20.10.89 als Kolporteur für die (Beschwerdeführerin) tätig.

(K.) hatte seine Tätigkeit als "Tageskolporteur" auf dem bei der (Beschwerdeführerin) mit der Nr. 336 registrierten Standplatz in Wien 3, Rennweg, Schnellbahn-Bahnhof, zu versehen. (K.) hatte hiebei mindestens folgende Verkaufszeiten einzuhalten: Montag - Freitag von 5 Uhr 10 bis 12 und am Samstag von 5 Uhr bis 12 Uhr.

Im Rahmen seiner Tätigkeit als Abendkolporteur hatte (K.) in bestimmten Lokalen des bei der (Beschwerdeführerin) mit der Nr.333 registrierten Gebietes im 1. Wiener Gemeindebezirk Zeitungen und Zeitschriften der (Beschwerdeführerin) anzubieten und hatte hiebei mindestens folgende von (ihr) vorgegebene Verkaufszeiten einzuhalten: Montag - Samstag von 17 bis 23 Uhr und Sonntag von 19 bis 23 Uhr.

Die genannten Verkaufszeiten waren "Mindestverkaufszeiten". (K.) war verpflichtet, während dieser Zeiten auf dem genannten Standplatz bzw. in dem genannten Gebiet seine Tätigkeit zu verrichten.

(K.) hatte etwa eine Viertelstunde vor Verkaufsbeginn seine Zeitungen für die Tageskolportage beim Bahnhof Landstraße bzw. ab Oktober 88 beim Bahnhof Rennweg und für die Abendkolportage beim Schwedenplatz abzuholen. Bis 13 Uhr hatte (K.) jeweils die nicht verkauften Exemplare der Tageskolportage desselben Tages und der Abendkolportage des Vorabends beim Bahnhof Landstraße zurückzugeben.

Der Zeitpunkt der Abholung bestimmte sich nach dem Zeitpunkt der Fertigstellung der zu verkaufenden Zeitungen. Die o. a. Mindestverkaufszeiten waren jene Zeiten, während derer die (Beschwerdeführerin) die besten Verkaufschancen erwartete.

Welche Zeitungen und Zeitschriften (K.) anzubieten hatte sowie die Anzahl der gelieferten Exemplare bestimmte grundsätzlich die (Beschwerdeführerin) aufgrund von Erfahrungswerten, die sich bezüglich des Verkaufs (ihrer) Produkte auf dem gegenständlichen Verkaufplatz bzw. Verkaufsgebiet ergeben hatten. Konnte (K.) entsprechende Gründe nennen (wie starker Regen, eine Baustelle, die Urlaubssaison), so wurde die o.a. Vorgaben durch die (Beschwerdeführerin) geändert.

(K.) hatte beim Verkauf der Mehrzahl der Zeitungen und Zeitschriften einen sogenannten Mindestverkauf einzuhalten:

(K.) konnte nach Ablauf der Verkaufszeiten nur eine bestimmte Anzahl der an ihn gelieferten Zeitungen und Zeitschriften wieder an die (Beschwerdeführerin) zurückgeben und rückverrechnen. Die darüber hinausgehenden Exemplare wurden als verkauft fingiert; ihr Preis wurde (K.) zu seinem Nachteil verrechnet.

Die Höhe dieses Mindestverkaufs wurde für jede Zeitung und nach Wochentagen gesondert durch die (Beschwerdeführerin) bestimmt. Um eine Änderung dieser Vorgabe zu erreichen, mußte (K.) entsprechende Gründe nennen.

Die (Beschwerdeführerin) stellte Kolporteuren, welche ihre Verkaufserwartungen nicht erfüllten und keinen ihr einsichtigen Grund nennen konnten, bisweilen einen zweiten Kolporteur zur Seite, um so die Verkaufsmöglichkeiten des betreffenden Gebietes zu überprüfen. Ebenso behielt sich die (Beschwerdeführerin) vor, den Mindestverkauf anzuheben, wenn ein Kolporteur infolge seines unerwünschten Verkaufsverhaltens ("Nichterfüllung des aktiven Verkaufs") die Verkaufserwartungen nicht erfüllte. Dies galt insbesondere, wenn ein Kolporteur auf einem Verkaufsplatz eingesetzt wurde, über dessen Verkaufschancen die (Beschwerdeführerin) noch keinen Erfahrungswert hatte, sowie für Anfänger, für die die (Beschwerdeführerin) zu Beginn des Kolportageverhältnisses den Mindestverkauf herabsetzte, aber ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verkaufserfolge wieder anhub, wenn der Grund des mangelnden Erfolges im Verkaufsverhalten des Kolporteurs lag.

(K.) war verpflichtet, im Rahmen der Abendkolportage die Lokale seines Gebietes mindestens zwei mal pro Abend zu besuchen. Tatsächlich hat (K.) etwa stündlich eine Runde durch die zu besuchenden Lokale absolviert.

(K.) hatte die ihm von der (Beschwerdeführerin) gelieferten Zeitungen und Zeitschriften "aktiv" anzubieten: Er hatte sie stets so zu präsentieren, daß die Schlagzeilen sichtbar waren.

Ab 2.5.89 war es (K.) untersagt, bestimmte Zeitungen und Zeitschriften, welche von Konkurrenzunternehmen der (Beschwerdeführerin) vertrieben wurden, namentlich alle Tageszeitungen außer "Krone" und "Kurier" sowie die Zeitschriften "Bazar", "Wiener" und "Die ganze Woche" zum Verkauf anzubieten.

Die (Beschwerdeführerin) stellte (K.) eine Ausrüstung, bestehend aus Jacke, Kappe, Tasche und Präsentierhilfe, zur Verfügung. (K.) hatte diese Ausrüstung - jedenfalls die Jacke - während seiner Tätigkeit zu tragen bzw. zu benutzen.

(K.) erhielt für den Verkauf der an ihn gelieferten Zeitungen und Zeitschriften eine Provision, die einen bestimmten Prozentsatz des Verkaufspreises ausmachte, nämlich 15,66 %. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Tageskolporteur erhielt (K.) darüber hinaus ein Fixum (sog. Werbekostenpauschale), welches einen bestimmten Betrag pro Tag ausmachte.

Die Abrechnung erfolgte wöchentlich.

Im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses unternahmen die Mitarbeiter der (Beschwerdeführerin) regelmäßig Betreuungsfahrten bzw. Betreuungsgänge durch die Verkaufsgebiete. Hierbei wurden (K.) und andere Kolporteur u.a. dahingehend kontrolliert, ob sie während der vereinbarten Verkaufszeiten auf ihrem Standplatz anwesend waren, bzw. die von ihnen zu betreuenden Lokale besuchten, ob sie die an sie gelieferten Zeitungen und Zeitschriften "aktiv" präsentierten und ob sie die zur Verfügung gestellte Ausrüstung trugen und für ein "gepflegtes Äußeres" sorgten. Ab 2.5.1989 wurde ferner kontrolliert, ob sie es unterließen, solche Zeitungen und Zeitschriften anzubieten, deren Vertrieb die (Beschwerdeführerin) nunmehr untersagt hatte.

Beanstandungen wurden zum Teil erörtert, zum anderen Teil führten diese zu Eintragungen in sogenannte Arbeitslisten der (Beschwerdeführerin) und wurden in weiterer Folge bei den wöchentlichen Abrechnungen durch Abzug des für den betroffenen Tag berechneten Werbekostenpauschales berücksichtigt.

(K.) wurde im Rahmen der oben beschriebenen Kontrolle nachweislich aus folgenden Gründen beanstandet und mußte daraufhin folgende Sanktionen über sich ergehen lassen:

In der Woche 03/89 wurde (K.) von seinem Betreuer im Rahmen einer die Tageskolportage betreffenden Kontrollfahrt am Montag nicht auf seinem Standplatz (Nr. 336) angetroffen. In der Folge wurde ihm das für diesen Tag vorgesehene Fixum von S 70,- nicht ausbezahlt.

In der Woche 07/89 wurde (K.) von seinem Betreuer im Rahmen einer die Tageskolportage betreffenden Kontrollfahrt am Montag nicht auf seinem Standplatz (Nr. 336) angetroffen. In der Folge wurde ihm ebenfalls das für diesen Tag vereinbarte Fixum von S 70,- gestrichen.

In der Woche 22/89 wurde (K.) beanstandet, weil er das für die Tageskolportage am Samstag bis 6 Uhr 10 bereitgehaltene Zeitungspaket nicht abholte. Dafür wurde ihm zunächst das für diesen Tag vorgesehene Fixum von S 70,- abgezogen. In der Woche 23/89 wurde (K.) dieser Betrag wieder gutgeschrieben, da er eine entsprechende Entschuldigung (Schnellbahnverspätung) vorbringen konnte.

In der Woche von 16.10.89 bis 22.10.89 (42/89) wurde (K.) im Rahmen der Tageskolportage von seinem Betreuer beanstandet, weil er sich anläßlich einer Kontrolle am Donnerstag um 10 Uhr 43 nicht auf seinem Platz befand. In der Folge wurde ihm das für diesen Tag vorgesehene Fixum von S 90,- gestrichen.

Am 12.10.89 wurde (K.) im Rahmen der Abendkolportage von Herrn H (dem Kolportageleiter der Beschwerdeführerin) kontrolliert und beanstandet, da er die Zeitschrift "Bazar", deren Verkauf mit erwähntem Schreiben der (Beschwerdeführerin) vom 2.5.89 untersagt worden war, verkaufte. In der Folge wurde ihm der Verkauf (ihrer) Produkte im Rahmen der Abendkolportage im oben beschriebenen Gebiet Nr 333 untersagt und wurden ihm für diesen Verkauf keine weiteren Zeitungen und Zeitschriften der (Beschwerdeführerin) ausgehändigt.

In der darauffolgenden Woche wurde (K.) von der (Beschwerdeführerin) dahingehend beanstandet, daß er entgegen dem o.a. Verbot weiterhin ihre Produkte erwarb und diese im Rahmen der Abendkolportage im Gebiet Nr. 333 anbot. In der Folge wurde (K.) auch der Verkauf von Produkten (der Beschwerdeführerin) im Rahmen der Tageskolportage untersagt und ihm von (ihr) keine weiteren Zeitungen und Zeitschriften mehr ausgehändigt.

(K.) hatte seinen Standplatz bzw. sein Verkaufsgebiet bereits vor dem Entstehen der (Beschwerdeführerin) (am 1.7.88) als Kolporteur für die Zeitung "Kurier" inne und hatte diesen im Rahmen seines Vertragsverhältnisses zur (Beschwerdeführerin) behalten. Grundsätzlich führte die (Beschwerdeführerin) bezüglich der Festlegung und des Wechsels von Verkaufsplätzen eine Liste von Plätzen bzw. Gebieten mit guten und schlechten Verkaufschancen. Schlechte Verkaufsplätze wurden an Anfänger und Kolporteur mit bisher schlechten Verkaufserfolgen vergeben. Für gute Verkaufsplätze führte die (Beschwerdeführerin) eine sogenannte Warteliste, auf die sich der Kolporteur eintragen konnte. Bei Freiwerden sowie bei Vorweis entsprechender bisheriger Verkaufserfolge konnte ein Kolporteur der Warteliste auf den besseren Platz wechseln. War die (Beschwerdeführerin) mit den Verkaufserfolgen eines Kolporteurs unzufrieden, so legte sie diesem nahe, auf einen schlechteren Platz zu wechseln. Der Kolporteur hatte dann die Wahl, entweder einen schlechteren Platz anzunehmen oder das Vertragsverhältnis zur (Beschwerdeführerin) zu lösen.

(K.) bezog seinen Lebensunterhalt allein aus den Einkünften seiner Tätigkeit für die (Beschwerdeführerin). Eine allfällige Nebenbeschäftigung wäre (ihr) nicht zu melden gewesen. (K.) hatte keine Nebenbeschäftigung.

(K.) hat während des gegenständlichen Zeitraumes seine Tätigkeit nicht unterbrochen und sich nicht vertreten lassen.

Die Kolporteur der (Beschwerdeführerin) hatten (ihr) eine Verhinderung unverzüglich zu melden. Bei kurzdauernden Verhinderungen konnte der Kolporteur auch einen Vertreter nennen. Die (Beschwerdeführerin) behielt sich vor, die Person des Vertreters abzulehnen. Eine Vertretung in der oben beschrieben Weise war bis zu zwei Wochen, in Ausnahmefällen - unter Nennung des besonderen Grundes (etwa Spitalsaufenthalt) - auch länger möglich. Kam ein Kolporteur der o.a. Meldepflicht nicht nach, vergab die (Beschwerdeführerin) seinen Standplatz an einen anderen Kolporteur. Der davon betroffene frühere Kolporteur konnte an diesen Standplatz nicht mehr zurückkehren. Eine beabsichtigte längere Unterbrechung der Tätigkeit hatte der Kolporteur der (Beschwerdeführerin) spätestens zwei Wochen vorher zu melden und hatte das Vertragsverhältnis zur (Beschwerdeführerin) zu unterbrechen. (Sie) besetzte in diesem Fall den freigewordenen Platz mit einem Kolporteur, der ausschließlich zu (ihr) in einem Vertragsverhältnis stand.

Die (Beschwerdeführerin) hatte aufgrund des Erlasses des BMfL vom 9.5.83, ZI 82.590/32-II/14/83, die Zeiträume der durch den Fremden tatsächlich ausgeübten Kolporteurstätigkeit, Beginn und Beendigung sowie allfällige Krankenstände und Urlaube an die zuständige Sicherheitsbehörde zu melden. Tatsächlich erfolgten nur Meldungen über Beginn und Ende der Tätigkeit eines Kolporteurs.

Solange (K.) für die (Beschwerdeführerin) als Kolporteur tätig war, erhielt er unter Vorlage der Abrechnungen der (Beschwerdeführerin) bei der zuständigen Sicherheitsbehörde eine Aufenthaltsgenehmigung.

Das von (K.) im Rahmen der Abendkolportage zu betreuende Gebiet umfaßte zwei "Runden", zwei Listen bestimmter Lokale. Eine der genannten Runden erledigte (K.), die andere Herr Jit Amar. Jeder der beiden besuchte die ihm zugewiesenen Lokale. Beide Kolporteur standen bezüglich der Tätigkeit als Kolporteur ausschließlich zur (Beschwerdeführerin) in einem Vertragsverhältnis und trafen untereinander bezüglich des Verkaufs der Zeitungen keine Vereinbarungen.

(K.) hatte am Beginn seines Vertragsverhältnisses zur (Beschwerdeführerin) eine Kautionsleistung zu leisten."

3.3. Nach Darlegung der bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen, Zitierung der angewendeten gesetzlichen Bestimmungen und Hinweisen auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den unterscheidungskräftigen Kriterien eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 4 Abs. 2 ASVG und des Obersten

Gerichtshofes zur "wirtschaftlichen Abhängigkeit" führt die belangte Behörde zur rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes (ohne die Unterstreichungen, die zur besseren Übersichtlichkeit angebracht wurden) aus:

"Zur Frage der BINDUNG AN ARBEITSZEIT, ARBEITSORT UND ARBEITSBEZOGENES VERHALTEN ergibt sich im gegenständlichen Fall rechtlich folgendes:

(K.) war an die einmal festgelegte ARBEITSZEIT und an den einmal festgelegten ARBEITSORT gebunden. Er hatte sich seine Zeitungen zu bestimmten Zeiten abzuholen, sich am Standort bzw. in seinem Gebiet zu bestimmten Zeiten aufzuhalten und die Zeitungen wieder zu bestimmten Zeiten zurückzubringen. (K.) konnte im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses somit nicht seine tägliche Arbeitszeit variieren bzw. seinen einmal festgelegten Standplatz/sein Gebiet nicht nach eigenem Gutdünken bestimmen. Ein allfälliger vom Kolporteur gewünschter Wechsel von Standplatz bzw Gebiet bedurfte einer neuen Vereinbarung mit der (Beschwerdeführerin) und hatte in weiterer Folge die oben beschriebene Bindung an den neuen Standplatz zur Folge. Dem in diesem Zusammenhang vorgebrachten Einwand der (Beschwerdeführerin), die Vereinbarung insbesondere des Standplatzes erfolge jeweils einvernehmlich, dies spreche gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, kann (die belangte Behörde) nicht folgen, da auch bei der Begründung eines Dienstverhältnisses Arbeitszeit und Arbeitsort einvernehmlich festgelegt werden müssen, anderenfalls käme dieses nicht zustande. Einzig relevant für die gegenständliche Rechtsfrage ist die Bindung im Verlauf des einmal einvernehmlich festgelegten Dienstverhältnisses. (K.) konnte im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses Beginn und Dauer seiner täglichen Arbeitszeit nicht selbst bestimmen. Er hatte den einmal festgelegten Standort während der vorgegebenen Arbeitszeiten zu betreuen. In diesem Zusammenhang ist nach h.o. Ansicht ferner beachtlich, daß die (Beschwerdeführerin) de facto den nicht entsprechenden bzw. den aus dem Urlaub zurückgekehrten Kolporteur vor die Wahl stellen konnte, mit einem schlechteren Platz Vorlieb zu nehmen, oder das Vertragsverhältnis zu lösen, was für den Kolporteur den Verlust des Lebensunterhaltes und seiner Aufenthaltsberechtigung in Österreich bedeutete. Diese Form des Standplatzwechsels stellt daher inhaltlich die Zuweisung eines neuen Standortes dar, was als weiteres Element persönlicher Abhängigkeit zu werten ist.

Darüber hinaus ergibt sich aus den in der Informationsbroschüre (der Beschwerdeführerin) enthaltenen detaillierten Vorschriften über das Verhalten am Verkaufsort, wie etwa der Verpflichtung zum "aktiven Verkauf", der Verpflichtung zum Tragen der Ausrüstung sowie zur Sorge für ein "gepflegtes Äußeres" und andererseits aus der Verpflichtung, die von der (Beschwerdeführerin) bestimmten Produkte zu verkaufen, hiebei einen von der (Beschwerdeführerin) für jede davon betroffene Zeitung bzw. Zeitschrift detailliert vorgegebenen Mindestverkauf einzuhalten, bzw. aus der Befugnis der (Beschwerdeführerin) diesen anzuheben und schließlich aus der festgestellten Einführung des Konkurrenzverbotes eine weitgehende Ausschaltung der das ARBEITSBEZOGENE VERHALTEN betreffenden Bestimmungsfreiheit (des K.) und ein damit einhergehendes WEISUNGSRECHT der (Beschwerdeführerin). Zu der Frage, ob (K.) den Verkauf einzelner Produkte ablehnen konnte, muß angesichts der oben festgestellten Folgen (Beendigung des Vertragsverhältnisses, Verlust der Existenzgrundlage und des Aufenthaltsrechtes) angenommen werden, daß (K.) eine solche Möglichkeit nicht real zur Verfügung stand.

Zur Frage der AUFSICHT ergibt sich im gegenständlichen Fall rechtlich folgendes:

Wie festgestellt, unternahm die (Beschwerdeführerin) regelmäßige Kontrollfahrten bzw. -gänge, um die Einhaltung von Arbeitszeit, Arbeitsort sowie das Verhalten am Arbeitsplatz zu überprüfen und nicht entsprechendes Verkaufsverhalten zu erörtern, bzw. Mängel zu sanktionieren. (K.) wurde im Rahmen dieser Kontrolle wie oben beschrieben beaufsichtigt. Eine - mittelbare - Beaufsichtigung des Verkaufsverhaltens ist ferner darin zu sehen, daß die (Beschwerdeführerin), wie festgestellt, einem wenig erfolgreichen Kolporteur einen zweiten zur Seite stellte, um zu erfahren, ob der Grund der Erfolglosigkeit im Verkaufsverhalten lag. Dem diesbezüglichen Einwand der (Beschwerdeführerin), die Überwachung der Kolporteurs sei mit der eines Bauherrn vergleichbar, der die Durchführung seines Bauvorhabens überwacht, kann (die belangte Behörde) nicht folgen. Insbesondere die festgestellten Inhalte der Kontrolle, aber auch das erwähnte Schreiben der (Beschwerdeführerin) vom 2.5.89 sowie die zitierten Passagen der vorgelegten Broschüre ergeben ein weit ins Detail gehendes Weisungs- und Beaufsichtigungsrecht der (Beschwerdeführerin), welches mit dem Anweisungsrecht eines Auftraggebers hinsichtlich des von ihm in Auftrag gegebenen Werkes nicht zu vergleichen ist.

Zum Einwand der (Beschwerdeführerin), das festgestellte KONKURRENZVERBOT beziehe sich nur auf einen kleinen Teil der Konkurrenzprodukte, und die (von K.) vorgebrachten Fälle von Entlassungen seien eine verschwindend kleine

Minderheit, ist anzuführen, daß für die ho. Wertung des Konkurrenzverbotes als Ausfluß der Weisungs- und Kontrollbefugnis der (Beschwerdeführerin) als Dienstgeberin nicht der Umfang des Konkurrenzverbotes oder die Häufigkeit der Entlassungen entscheidungsrelevant sein kann, sondern allein die Tatsache, daß das Konkurrenzverbot tatsächlich Inhalt des Vertragsverhältnisses war.

Zur Frage der DISZIPLINÄREN VERANTWORTUNG ergibt sich folgendes:

(K.) war im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses jedenfalls für die Einhaltung von Arbeitszeit und Arbeitsort, für das Tragen der Jacke sowie für das Verhalten am Verkaufplatz und die Einhaltung des festgestellten Konkurrenzverbotes der (Beschwerdeführerin) als Dienstgeberin disziplinär verantwortlich. (K.) wurde tatsächlich wegen Verstöße gegen einzelne dieser Verhaltensvorschriften mit Sanktionen, wie Abzug des Werbekostenpauschales und Beendigung der Belieferung, belegt. Die festgestellten Sanktionen sind nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit als disziplinäre Maßnahmen infolge von weisungswidrigem Verhalten anzusehen. Welche Terminologie hierfür verwendet wurde, ist für die ho. Beurteilung irrelevant. Ferner ergibt sich daraus, daß (K.) im Falle des Nichtmeldens einer Verhinderung den Verlust seines Standplatzes zu erwarten hatte, seine disziplinäre Verantwortlichkeit gegenüber der (Beschwerdeführerin) als Dienstgeberin. Darüber hinaus unterlag (K.) insofern disziplinären Sanktionen, als immer dann, wenn er den oben beschriebenen Mindestverkauf nicht einhalten konnte, dieser als erfüllt fingiert wurde und sich rechnerisch zum Nachteil (des K.) niederschlug, bzw. daß er bei Nichteinhalten der Verhaltensvorschriften beim Verkauf eine Anhebung des Mindestverkaufs zu erwarten hatte. Dies ist auch dem von (der Beschwerdeführerin) wiederholt vorgebrachten Argument entgegenzuhalten, das aktive Anbieten und die näheren Ausführungen hiezu seien reine Empfehlungen, eventuelle Verstöße gegen den "aktiven Verkauf" und das "gepflegte Äußere" würden lediglich erörtert und hätten keine weiteren Konsequenzen (gehabt) - gemeint war damit eine eventuelle Eintragung in die Arbeitslisten und der Abzug des Werbekostenpauschales. Allein daraus, daß das Werbekostenpauschale nicht abgezogen wurde, kann nicht geschlossen werden, daß auch keine sonstigen disziplinären Maßnahmen verhängt wurden: Auch die festgestellte Verwendung des Mindestverkaufs - die Verrechnung von nicht verkauften Zeitungen als verkauft, wodurch dem Kolporteur das Risiko des Verkaufsausfalles aufgebürdet wurde, - muß im gegenständlichen Zusammenhang als disziplinäres Mittel gewertet werden. Daß dies auch der (Beschwerdeführerin) bewußt ist, zeigen die bereits zitierten Passagen der erwähnten Broschüre, die bei Beanstandungen die "Aberkennung von Retouren (bis zum Mindestverkauf)" und eine "Erhöhung des Mindestverkaufs" vorsehen. Ob die Verhängung der festgestellten Sanktionen arbeitsrechtlich zulässig war oder nicht, wäre gesondert zu prüfen. Für die Frage der Versicherungspflicht ist dies jedoch irrelevant. Dies sei dem Einwand der (Beschwerdeführerin) im Schreiben vom 5.10.1990 entgegenzuhalten, worin argumentiert wird, der Abzug des Werbekostenpauschales als disziplinäre Maßnahme sei im Rahmen eines Dienstverhältnisses "keinesfalls üblich und auch rechtlich keineswegs einfach" und spreche gegen das Vorliegen einer unselbstständigen Tätigkeit. Ebenso wenig kann aus dem im Anschluß daran vorgebrachten Argument, die Leistung einer Kautions im Rahmen eines Dienstverhältnisses sei nicht bekannt, auf das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit geschlossen werden. Vielmehr wäre die Forderung des Dienstgebers auf Leistung einer Kautions auf ihre arbeitsrechtliche Zulässigkeit etwa im Sinne des Kautionschutzgesetzes zu prüfen. Dem Einwand der (Beschwerdeführerin), der Abzug des Werbekostenpauschales sei eine Nichtbezahlung der (nicht erbrachten) Werbeleistung, ist schließlich entgegenzuhalten, daß die den Kolporteurs aufgetragene Werbeleistung in Verbindung mit der bereits festgestellten Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort keineswegs als Inhalt einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden kann.

Zur Frage der PERSÖNLICHEN ARBEITSPFLICHT ergibt sich rechtlich, daß eine Vertretung - bei entsprechender Meldung - nur in einem zeitlich auf maximal 2 Wochen beschränktem Ausmaß und nur aus besonderen Gründen (wie Spitalsaufenthalt) auf längere Zeit möglich war. Die Möglichkeit, sich beliebig vertreten zu lassen, kann aufgrund dieser Feststellungen rechtlich nicht als gegeben angenommen werden, dies insbesondere unter Heranziehung der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.4.91, Zl. 90/08/0117, wonach die Vertretungsbefugnis im Urlaubsfall oder zu bestimmten Arbeiten die rechtliche Schlußfolgerung, es habe eine generelle Vertretungsmöglichkeit bestanden, nicht zu tragen vermag. Dem diesbezüglichen Einwand der (Beschwerdeführerin), die o.a. Unterbrechungen des Kolportageverhältnisses bei Abwesenheit eines Kolporteurs würden in dessen Interesse erfolgen - dieser müsse dann keine Steuern zahlen - bzw. die Unterbrechung geschehe auf Wunsch des abgabenrechtlichen Erhebungsdienstes, da dieser übersichtliche Unterlagen wünsche, ist entgegenzuhalten, daß diese Argumente für die ho Beurteilung der persönlichen Arbeitspflicht keine Bedeutung haben: Die gegenwärtige

steuerrechtliche Behandlung des Kolportageverhältnisses ist zur Beurteilung der Versicherungspflicht nicht heranzuziehen (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.5.87, Zl. 83/08/0128). Schließlich ist dem Einwand der (Beschwerdeführerin), es sei zur Vertretung keine ausdrückliche Zustimmung erforderlich, vielmehr müsse diese lediglich gemeldet werden, und behalte (sie) sich ein Widerspruchsrecht gegen untüchtige Vertreter vor, folgendes zu entgegnen: Angesichts der im folgenden festzustellenden wirtschaftlichen Abhängigkeit des Kolporteurs ist das von der (Beschwerdeführerin) vorgebrachte System vom Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung inhaltlich so gut wie nicht zu unterscheiden.

Die WIRTSCHAFTLICHE ABHÄNGIGKEIT (des K.) im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses ergab sich aufgrund folgender Merkmale:

(K.) war im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses ausschließlich mit den Betriebsmitteln der (Beschwerdeführerin) tätig. (K.) war in seinen wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeiten, was Art und Anzahl der verkauften Produkte betraf, erheblich eingeschränkt. (Die Beschwerdeführerin) setzte diesbezüglich Vorgaben nach den für (sie) wesentlichen wirtschaftlichen Überlegungen. (K.) konnte eine Änderung dieser Vorgaben, wie oben ausgeführt, nur unter bestimmten Bedingungen erreichen. Daß (K.) im Zuge des beschriebenen Mindestverkaufs das Risiko des Verkaufsausfalles zu tragen hatte, kann nicht zur Untermauerung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit herangezogen werden. da der Risikotragung keine entsprechenden Dispositionsmöglichkeiten gegenüberstehen. Vielmehr wäre zu prüfen, ob es sich hiebei um eine arbeitsrechtlich unzulässige Abwälzung des Unternehmerrisikos auf einen Arbeitnehmer handelt. (K.) bezog seinen Lebensunterhalt aus den Einkünften der gegenständlichen Tätigkeit. Daß eine Nebenbeschäftigung nicht meldepflichtig war, wäre zwar für sich als Merkmal wirtschaftlicher Selbständigkeit zu werten. Angesichts der festgestellten Arbeitszeit von mind. 85 Stunden wöchentlich - ob diese arbeitsrechtlich zulässig war, wäre gesondert zu prüfen - kommt diesem Merkmal wirtschaftlicher Selbständigkeit jedoch keine Bedeutung zu, da (K.) schon aus diesem Grund keine Möglichkeit hatte, einer Nebenbeschäftigung nachzugehen. Schließlich war die Aufenthaltsberechtigung (des K.) an seine Tätigkeit als Kolporteur gebunden, was nach ho. Ansicht als zusätzliches Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit gewertet werden muß. Nachweislich wurde weiters wöchentlich - somit regelmäßig - abgerechnet, was das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses untermauert. Ferner ergibt sich aus dem festgestellten Konkurrenzverbot eine - wenn auch nicht erwiesenermaßen unbeschränkte - Verpflichtung des Kolporteurs, für die wirtschaftlichen Interessen der (Beschwerdeführerin) als Dienstgeberin tätig zu sein.

Zur Frage des ENTGELTS ist zunächst rechtlich anzuführen, daß die von der (Beschwerdeführerin) als Beweis für eine selbständige Tätigkeit der Kolporteurs vorgebrachte - vom Verkauf abhängige - Provision lt. vorgelegten Abrechnungen - offenbar infolge des o.a. Systems des Mindestverkaufs, welches eine Mindestanzahl an verkauften Exemplaren fingierte, - wiederum den Charakter eines relativ starren, nur geringen Schwankungen unterlegenen Entgeltes erhält und schon aus diesem Grund nicht als Honorierung der einzelnen Verkaufserfolge gewertet werden kann. Abgesehen davon ist hiezu jedoch anzuführen, daß die Form des tatsächlich ausbezahlten Entgeltes (Provision oder Fixum) für die Frage der Sozialversicherungspflicht nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist. Entgeltlichkeit i.S.d. ASVG liegt unabhängig davon vor, ob der Arbeitnehmer tatsächlich das ihm aufgrund seiner Arbeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit arbeitsrechtlich zustehende Entgelt erhalten hat. Das an (K.) bezahlte Entgelt wurde unbestritten für die Erbringung der festgestellten Arbeitsleistungen bezahlt. Ob es tatsächlich jenem Entgelt entspricht, worauf der Kolporteur arbeitsrechtlich Anspruch hat oder nicht, ist für die Frage der Entgeltlichkeit im Sinne des ASVG bedeutungslos (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.4.1985, Zl. 84/08/0073) ...

Zum Einwand der (Beschwerdeführerin), daß das System fixer Standorte, die Verhaltensvorschriften bezüglich des Werbe- und Präsentierverhaltens und deren Überwachung sowie die Einhaltung eines Konkurrenzverbotes und der Bezug eines Fixums AUCH IN ANDEREN VERTRIEBSSYSTEMEN zu finden seien, deren Vertreiber als selbständige Unternehmer gelten, ist einzuwenden, daß die (Beschwerdeführerin) hiebei nur einzelne Merkmale eines Kolportageverhältnisses herausgegriffen hat. Auf die ho. Beurteilung, die sämtliche Merkmale des gegenständlichen Sachverhaltes abwägen muß, kann allein der Verweis auf einzelne Elemente anderer Vertriebssysteme keinen Einfluß üben.

Zu folgen ist (K.) darin, daß den ERKENNTNISSEN DES VERWALTUNGSGERICHTSHOFES VOM 31.3.1965, ZLEN. 773/64, 177/65, VWSLG. NR. 6646/A, UND VOM 2.6.1982, 81/13/0190, 82/13/0053, Sachverhalte zu Grunde liegen, die sich vom gegenständlichen Sachverhalt wesentlich unterscheiden.

Abschließend ist daher festzuhalten, daß im Rahmen des gegenständlichen Vertragsverhältnisses eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vorlag.

Schließlich wird noch darauf hingewiesen, daß mit dem gegenständlichen Bescheid über die konkrete Beschäftigung des (K.) aufgrund seiner Tätigkeit als Kolporteur bei der (Beschwerdeführerin) im streitgegenständlichen Zeitraum abgesprochen wird."

4.1. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

4.2. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm aber ebenso wie die zweitmitbeteiligte Gebietskrankenkasse von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand. Die übrigen mitbeteiligten Parteien beantragten in ihren Gegenschriften die Abweisung der Beschwerden, wobei allerdings nur der Erstmitbeteiligte einen Kostenantrag stellte.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

5.1. Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung aufgrund dieses Bundesgesetzes die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet. Nach § 4 Abs. 2 leg. cit. ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG sind für den Fall der Arbeitslosigkeit Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, versichert (arbeitslosenversichert), soweit sie in der Krankenversicherung aufgrund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert oder selbstversichert (§ 19a ASVG) und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind. Die Arbeitslosenversicherungspflicht nach dieser Bestimmung knüpft an ein "Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt" im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG an und endet mit ihm (vgl. das Erkenntnis vom 29. November 1984, VwSlg. Nr. 11.600/A).

5.2.1. Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale PERSÖNLICHER ABHÄNGIGKEIT des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. außer dem von der belangten Behörde zitierten Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A, u.a. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A, und aus der letzten Zeit etwa die Erkenntnisse vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0349, und vom 16. November 1993, Zl. 92/08/0223) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (z.B. in einem Werk- oder freien Dienstverhältnis) - nur beschränkt ist. Daß durch diese Beschäftigung nur ein geringer Teil der dem Beschäftigten während dieser Zeit an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch genommen wird, schließt seine persönliche Abhängigkeit während dieser und durch diese Beschäftigung nicht von vornherein aus.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings 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 unterscheidungskräftigen 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 (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 23. Mai 1985, Slg. Nr. 11.778/A), von maßgebender Bedeutung sein.

5.2.2. Die WIRTSCHAFTLICHE ABHÄNGIGKEIT im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG darf 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. Es kann somit zwar wirtschaftliche Abhängigkeit bei persönlicher Unabhängigkeit bestehen, nicht aber persönliche Abhängigkeit ohne wirtschaftliche Abhängigkeit im genannten Sinn (vgl. die Erkenntnisse vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A, vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0349, und vom 16. November 1993, Zl.92/08/0223).

5.2.3. Beruht die Beschäftigung auf einem VERTRAG, so ist nicht allein der Vertrag maßgebend, sondern es sind die "wahren Verhältnisse" entscheidend, das heißt, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß vereinbarten) Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Dem Vertrag (nicht in erster Linie der Bezeichnung, sondern der inhaltlichen Gestaltung) kommt allerdings zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, das heißt die Annahme, daß er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit die tatsächlichen Gegebenheiten vom Vertrag nicht abweichen (das heißt soweit es sich nicht um einen Scheinvertrag handelt), ist der Vertrag als Teil der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (anhand der obgenannten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden läßt. Dabei ist zu beachten, daß es den Parteien eines Vertrages, mit dem die Erbringung von Arbeiten bzw. Werkleistungen vereinbart wird, zwar (im Rahmen der in Betracht kommenden zivilrechtlichen Normen) freisteht, ihre Rechtsbeziehungen entweder als Arbeitsverhältnis im Sinne des § 1151 ABGB und damit eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG oder als (keine Pflichtversicherung begründendes) Rechtsverhältnis (z.B. als Werkvertrags- oder freies Dienstverhältnis) auszugestalten (vgl. zur Abgrenzung zwischen Werkverträgen, freien Dienstverträgen und abhängigen Dienstverträgen das Erkenntnis vom 20. Mai 1980, VwSlg. 10.140/A, sowie Löschnigg - Wittmann in Hummel, Die Situation der Zeitungskolportiere, Österreichische Gesellschaft für Kommunikationsfragen, Wien 1992, Seite 82 ff, und Ritzberger - Moser, RdA 1993, Seite 150, jeweils mit ausführlichen Judikatur- und Schrifttumshinweisen); es steht ihnen aber kein isolierter Zugriff auf die Rechtsfolge "Arbeitsverhältnis" bzw. "versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis" dahin zu, diese ungeachtet der inhaltlichen Vertragsgestaltung ausschließen zu können (vgl. dazu das Erkenntnis vom 15. Dezember 1992, Zl. 91/08/0077, mit weiteren Judikaturhinweisen).

5.3.1. Die Beschwerdeführerin pflichtet in ihrer RECHTSRÜGE diesen allgemeinen Grundsätzen, insbesondere jenen über die Mitberücksichtigung der inhaltlichen Gestaltung in Verträgen (des sich "in den Verträgen äussernden Willens") bei, stellt auch - mit Recht - nicht in Abrede, daß K. von ihr im genannten Sinn wirtschaftlich abhängig gewesen sei, bekämpft aber aus den nachstehend zusammenfassend wiedergegebenen Gründen die Rechtsauffassung der belangten Behörde, daß K., ausgehend von den getroffenen Feststellungen, von ihr im genannten Sinn persönlich abhängig gewesen sei:

5.3.2. Die Beschwerdeführerin meint zunächst zum "ARBEITSORT" und zur "ARBEITSZEIT" - unter erkennbarem Bezug auf die Ausführungen in dem (zwar keinen Zeitungskolporteur, aber ebenfalls eine außerhalb des Betriebes beschäftigte Person betreffenden) Erkenntnis vom 18. Dezember 1990,

Zlen. 85/08/0151, 86/08/0193 -, daß die angeführten unterscheidungskräftigen Kriterien für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit zunächst und in erster Linie mit dem Hauptinhalt der vertraglich vereinbarten Tätigkeit zu konfrontieren seien. Als Schwergewicht der Tätigkeit in diesem Sinne, sowohl zeitlich als auch nach dem Inhalt der Leistungserbringung gesehen, sei im konkreten Fall der Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften aufzufassen. Demgegenüber trete die Verpflichtung des K., die Zeitungen zu bestimmten Zeiten abzuholen und sich am Standort bzw. in seinem Gebiet zu bestimmten Zeiten aufzuhalten und die Zeitungen wieder zu bestimmten Zeiten zurückzubringen, eindeutig in den Hintergrund. Die genannten Termine steckten nämlich bloß einen äußeren zeitlichen Rahmen ab, innerhalb dessen die Leistung zu erbringen sei, und stellten - im Verhältnis zum gesamten Zeitbedarf für die Leistungserbringung - bloß einen äußerst geringen Zeitraum dar, der zur Entgegennahme und zur Abgabe der Zeitungen und Zeitschriften unmittelbar von der Beschwerdeführerin beeinflußt und festgelegt werde.

Insofern sei diese zeitliche Beschränkung durchaus der Vereinbarung von Lieferterminen vergleichbar, wie dies bei selbständig Erwerbstätigen und bei anderen aufgrund von Werkverträgen Tätigen üblich sei, und die - für sich allein gesehen - nicht eine die persönliche Abhängigkeit bewirkende zeitliche Bindung bedeute.

5.3.3. Auch sei es nicht ungewöhnlich, daß K. seine Verkaufstätigkeit an einem vereinbarten STANDORT auszuüben habe. Ein verzweigtes Vertriebssystem baue nämlich zwingend auf bestimmten Verkaufsstellen bzw. Verkaufsplätzen auf; dies vor allem deshalb, um den weitverzweigten Vertrieb einer Ware sicherzustellen und um den einzelnen Verschleissern ein Mindestmaß an Geschäftsumfang zu ermöglichen. Dies sei keineswegs ein Indiz für Unselbstständigkeit, sondern etwa ganz typisch für Verträge, die im Franchise-Bereich abgeschlossen würden. Für solche Verträge sei es kennzeichnend, daß "der Franchise-Nehmer die Waren oder Dienstleistungen innerhalb eines ihm zugewiesenen Vertragsgebietes absetzen dürfe (vgl. Martinek, Franchising, Heidelberg 1987, S 437 f). Dies sei lediglich die Kehrseite des Gebietsschutzes, der zu strikten Gebietsbindungen führe. Daher komme dem Franchise-Geber sogar die Möglichkeit zu, einem Interessenten nach Maßgabe des Vertriebsnetzes einen bestimmten Standort zuzuweisen. Der Franchise-Nehmer habe nur die Möglichkeit, diesen Standort anzunehmen oder nicht. Insoweit bestehe daher auch für diesen vergleichbaren Dienstleistungsbereich keine "freie Wahl" des Standortes. In bezug auf Zeitungskolporteure sei es notwendig, bestimmte Standorte zu vereinbaren, um zu gewährleisten, daß nicht mehrere miteinander unmittelbar konkurrierende Kolporteure an einem Standplatz arbeiteten. Der Vergleich der Beschäftigung des K. mit dem Franchise-System sei nicht abwegig; er werde nur durch die scheinbare "Minderwertigkeit" der Tätigkeit verdeckt. Während der Vertrieb von Modewaren (Benetton) bzw. das Gastgewerbe (Mac Donald's) als vergleichsweise "gehobene" Tätigkeit erscheine, die darüberhinaus eine Gewerbeberechtigung des Franchise-Nehmers erfordere, sei der Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften als Kleinhandel mit periodischen Druckschriften ausdrücklich von der Gewerbeordnung ausgenommen (§ 2 Abs. 1 Z. 18 GewO 1973) und daher eine Gewerbeberechtigung entbehrlich. Dennoch sei die Tätigkeit des K. als unternehmerische zu qualifizieren, habe er doch auch das unternehmerische Risiko - in concreto: das Risiko des Verkaufsausfalles - zu tragen. Dabei müsse man auch die tatsächlichen Verhältnisse im Franchise-System, insbesondere im Subordinations-Franchising, in Betracht ziehen, die bei Martinek, Franchising, Seite 159 f, dargestellt würden. Diese tatsächlichen Formen des Subordinations-Franchising und die daraus resultierende wirtschaftliche Unselbstständigkeit des Franchise-Nehmers führe dazu, daß er zwar selbständiger Unternehmer bleibe, jedoch als arbeitnehmerähnlich anzusehen sei.

5.3.4. Zur "WEISUNGSGEBUNDENHEIT" des K. meint die Beschwerdeführerin, es sei die von der belangten Behörde aus den "detaillierten Vorschriften" über das Verhalten des K. am Verkaufsort gezogene Schlußfolgerung, daß dadurch nämlich seine Bestimmungsfreiheit weitgehend ausgeschaltet gewesen sei, unzutreffend. Diese Vorschriften stellten nicht einmal ein Indiz für eine Unselbstständigkeit des K. dar. Es handle sich dabei nur um "sachliche" Weisungen im Sinne der Rechtsprechung und Lehre, die auch bei Werkverhältnissen sowie Dauerschuldverhältnissen mit Angehörigen der freien Berufe regelmäßig vorkämen. Den diesbezüglichen Einwand der Beschwerdeführerin, die Überwachung des K. "sei mit der eines Bauherrn vergleichbar", habe die belangte Behörde deshalb für verfehlt erachtet, weil im vorliegenden Fall ein weit ins Detail gehendes Weisungs- und Beaufsichtigungsrecht vorliege. Gerade daraus sei jedoch ersichtlich, daß der Vergleich mit dem Bauherrn, der die Durchführung seines Bauvorhabens überwache, nicht weit hergeholt sei, werde jedoch bekanntlich dabei die Ausführung minutiös und bis ins Detail vorgegeben (z.B. von der Art der Türen bis zur Beschaffenheit der Türklinke) und auch überwacht. Abgesehen davon, daß das Vertragsverhältnis zu einem Bauherrn auf einem Werkvertrag beruhe, dem Weisungen des Bestellers nicht fremd seien, sei das im Beschwerdefall zu beurteilende Verhältnis des K. zur Beschwerdeführerin wohl eher als freies Dienstverhältnis zu bezeichnen. Das werde bereits daraus ersichtlich, daß etwa der Kommissionsvertrag nach der Judikatur und Lehre eher einem freien Dienstvertrag als einem Werkvertrag entspreche. Betrachte man nun die Tätigkeit des K., der überwiegend die Zeitschriften zum Verkauf in Kommission übernommen habe, abgesehen von dem sogenannten "Mindestverkauf", so zeige sich wohl die Berechtigung, den zugrundeliegenden Vertrag als einen Kommissionsvertrag und sohin als freien Dienstvertrag zu betrachten. Dabei sei zu berücksichtigen, daß gerade die Verpflichtung, eine bestimmte Mindestmenge an Zeitschriften abzusetzen, mehr werkvertragliche als kommissionsvertragliche Elemente enthalte; insgesamt sei es jedoch nicht abwegig, das Vertragsverhältnis in die Nähe des Kommissionsverhältnisses zu rücken. Sohin wäre unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Einstufung des Vertrages als zwischen Franchise-Vertrag und Kommissionsvertrag gelegen die Frage des freien Dienstvertrages zu klären gewesen.

5.3.5. Bei der Behandlung der "VERTRETUNGSBEFUGNIS" des K. habe die belangte Behörde Wesentliches übersehen. K. habe nämlich entweder seine Tätigkeit selbst verrichten, einen Vertreter namhaft machen oder - das sei das Entscheidende - zur Abholung der Zeitschriften nicht erscheinen oder eben nicht am Platz sein können, was dazu geführt habe, daß von der Beschwerdeführerin dieser Platz einem anderen Kolporteur angeboten worden sei. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließe aber schon die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, seine persönliche Abhängigkeit vom Empfänger der Arbeitsleistung aus.

5.3.6. Bei der Beurteilung der Freiheit der Erwerbstätigkeit des K. durch "NEBENBESCHÄFTIGUNG" habe die belangte Behörde übersehen, daß K. berechtigt gewesen sei, gleichzeitig mit dem Vertrieb der Zeitungen und Zeitschriften für die Beschwerdeführerin mit Ausnahme unmittelbarer Konkurrenzschriften auch sonstige am Markt erhältliche Medienprodukte sowie sonstige Waren zu vertreiben. Eine derartige Dispositionsfreiheit während der Zeiten, in denen er auch für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei, spreche wohl eindeutig gegen eine persönliche Abhängigkeit des K. von ihr.

5.4.1. Der Ausgangspunkt dieser rechtlichen Überlegungen ist zutreffend.

Obwohl nämlich nach den obigen rechtlichen Grundsätzen zur Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit unter dem Gesichtspunkt der bloßen Beschränkung oder weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten während der Beschäftigung und durch sie in zeitlicher, örtlicher und vor allem inhaltlicher Hinsicht das Gesamtbild dieser konkreten Beschäftigung zugrunde zu legen ist, sind doch bei dieser Beurteilung im allgemeinen innerhalb des Inhaltes der Beschäftigung wesentliche und unwesentliche oder doch weniger wichtige Teilinhalte zu unterscheiden.

Bezogen auf die festgestellten Beschäftigungen des K., nämlich die Verrichtung der von ihm in zwei mündlichen "Werkverträgen" übernommenen, zunächst zu unterscheidenden, Kolportagen, nämlich der Morgen- und Abendkolportage, ist es deshalb durchaus sinnvoll, "zunächst und in erster Linie" zu prüfen, ob durch die festgestellte tatsächliche (unbestritten mit der vereinbarten übereinstimmende) Art der Verrichtung des Hauptinhaltes (des Schwergewichtes) dieser Beschäftigungen, nämlich des Vertriebes von Zeitungen und Zeitschriften, die Bestimmungs(Gestaltungs)freiheit des K. in der genannten Art nur beschränkt oder weitgehend ausgeschaltet war. Hätten nämlich diesbezüglich die unterscheidungskräftigen Merkmale persönlicher Abhängigkeit nicht überwogen, hätte K. also die Gestaltung der eigentlichen Verkaufstätigkeiten in zeitlicher, örtlicher und vor allem inhaltlicher Hinsicht selbst bestimmen können, so hätten die von der Beschwerdeführerin angesprochenen, zum Teil vom Hauptinhalt der vereinbarten Tätigkeiten geforderten, örtlichen und zeitlichen Bindungen des K. durch die übernommenen Verpflichtungen zum Abholen und zur Zurückgabe der Zeitungen und Zeitschriften keine Bewertung des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und der Beschwerdeführerin als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gerechtfertigt.

5.4.2. Es ist aber auch in bezug auf die Verrichtung des genannten Hauptinhaltes der Beschäftigungen des K. nicht unrichtig, daß selbst seine Verpflichtungen, "sich am Standort bzw. in seinem Gebiet zu bestimmten Zeiten aufzuhalten", bei der genannten Beurteilung "in den Hintergrund" zu treten haben; dies allerdings - unter Beachtung der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach auch Tätigkeiten in anderen Rechtsverhältnissen als abhängigen Beschäftigungsverhältnissen in engen örtlichen und zeitlichen Bindungen ausgeübt werden können und daher selbst längerfristige Bindungen einer Person an Arbeitsort und Arbeitszeit nicht notwendigerweise ihre Abhängigkeit vom Empfänger der Arbeitsleistung indizieren (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 19. März 1984, VwSlg. 11.361/A, und vom 25. Jänner 1994, Zl. 92/08/0264) - nur insofern, als nicht schon deshalb die persönliche Abhängigkeit des K. in und durch seine Beschäftigungen zu bejahen war, weil er den Verkauf der Zeitungen und Zeitschriften an einem bestimmten Standort bzw. in einem bestimmten Gebiet und jeweils in einer bestimmten "Mindestzeit" vorzunehmen hatte. Es ist vielmehr überdies zu untersuchen, ob zu diesen zeitlichen und örtlichen Beschränkungen seiner Bestimmungs(Gestaltungs)freiheit in bezug auf den Hauptinhalt der von ihm übernommenen Verpflichtungen auch solche in bezug auf deren inhaltliche Gestaltung hinzukamen, die - dann freilich unter Mitberücksichtigung aller übrigen beschränkenden Umstände (nicht nur in bezug auf den Hauptinhalt der Beschäftigungen) - bei der gebotenen Gewichtung der tatsächlichen Merkmale eine persönliche Abhängigkeit des K. von der Beschwerdeführerin bewirkten.

5.4.3. Dies wäre allerdings, wie die Beschwerdeführerin im Grundsatz richtig erkennt, nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedenfalls (also auch bei einer sonst bestehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des K.) zu verneinen, wenn K. entweder berechtigt gewesen wäre, im Rahmen der übernommenen Gesamtverpflichtung (d.h. im Rahmen seiner Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, die übernommene Arbeitsverpflichtung generell durch geeignete Dritte vornehmen zu lassen oder schließlich ohne weitere Verständigung der Beschwerdeführerin (also generell) zur Verrichtung der bedungenen Arbeitsleistungen Hilfskräfte (Gehilfen) beizuziehen (vgl. dazu u.a. die Erkenntnisse vom 19. März 1984, VwSlg. 11.361/A, vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200, und vom 25. Jänner 1994, Zl.92/08/0226).

Ausgehend von den getroffenen Feststellungen kam dem K. aber keine dieser Berechtigungen zu:

Denn weder die in der Beschwerde angeführte "Berechtigung", "zur Abholung der Zeitschriften nicht zu erscheinen oder eben nicht am Platz zu sein, was dazu führte, daß von (der Beschwerdeführerin) dieser Platz einem anderen Kolporteur angeboten wurde" (und - nach dem Sachverhalt zu ergänzen - K. an diesen Standplatz nicht mehr zurückkehren konnte), noch die festgestellte "Berechtigung", die Beschäftigung ohne Anspruch auf denselben Standort bzw. dasselbe Gebiet länger als durch zwei Wochen hindurch zu "unterbrechen" (worunter ebenfalls eine Beendigung der Vertragsverhältnisse verstanden werden muß), ist als Unterfall der erstgenannten Befugnis, "im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung" (d.h. bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses) "sanktionslos" (d.h. ohne die Konsequenz einer Auflösung oder Verschlechterung des Vertragsverhältnisses) grundsätzlich einzelne Arbeitsleistungen abzulehnen, zu werten. Eine derartige Befugnis wäre auch mit der festgestellten Beschäftigung des K. im Rahmen des straff organisierten Vertriebssystems der Beschwerdeführerin nicht vereinbar gewesen. Aus der bloßen Berechtigung des K. aber, seine Vertragsverhältnisse (im übrigen mit den für ihn im Falle eines Interesses an einer Wiederaufnahme der Beschäftigung unter Umständen ungünstigen Folgen) zu beenden, kann aber nicht auf eine persönliche Unabhängigkeit in den aufrechten Rechtsverhältnissen geschlossen werden.

K. war aber - unter Zugrundelegung der Feststellungen - auch nicht berechtigt, sich im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes generell, d.h. sachverhaltsbezogen u.a. nicht nur in bestimmten Einzelfällen und/oder nur durch eine bestimmte kurze Zeit, durch eine geeignete Person vertreten zu lassen (vgl. dazu zuletzt die zusammenfassenden Rechtsätze in den Erkenntnissen vom 25. Jänner 1994, Zl. 92/08/0226, und Zl. 93/08/0154, sowie vom 22. November 1994, Zl.93/08/0257). Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall maßgebend von dem dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 31. März 1965, VwSlg. 6.646/A, auf das im Verwaltungsverfahren wiederholt hingewiesen wurde, zugrundeliegenden, in dem der Gerichtshof von einer rechtswirksamen generell Vertretungsbefugnis des damaligen Zeitungskolporteurs ausging und "schon unter diesem Gesichtspunkt" das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG verneinte.

Zum diesbezüglichen Beschwerdevorbringen, es sei (so wie bei der erstgenannten Befugnis) auch in diesem Zusammenhang nicht entscheidend, ob der Beschäftigte von der Berechtigung, sich generell vertreten zu lassen, auch Gebrauch mache, ist ein Zweifaches zu bemerken:

Erstens war K. eben, wie ausgeführt, nicht berechtigt, sich generell vertreten zu lassen. Zweitens ist aber - zur Vermeidung von Mißverständnissen - dazu zu bemerken, daß, ungeachtet einer grundsätzlichen Richtigkeit dieser rechtlichen Überlegung, ein festgestellter Nichtgebrauch von der einem Beschäftigten verbal eingeräumten Berechtigung, sich generell vertreten zu lassen, dennoch bei der (unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles vorzunehmenden) Klärung der Frage mitzuberücksichtigen ist, ob dem Beschäftigten auch tatsächlich rechtswirksam eine generelle Vertretungsbefugnis eingeräumt wurde, oder ob es sich hiebei nur um eine "Scheinvereinbarung" handelte (vgl. dazu u.a. das Erkenntnis vom 25. Jänner 1994, Zl. 92/08/0226, Löschnigg - Wittmann, Zeitungskolporteurs, Seite 86).

Da dem K. auch nicht die Berechtigung zustand, generell Hilfskräfte (Gehilfen) beizuziehen, ist die belangte Behörde mit Recht von seiner grundsätzlich persönlichen Arbeitspflicht ausgegangen.

5.4.4. Sohin ist doch die Prüfung der - angesichts der genannten Beschränkungen der Bestimmungs(Gestaltungs)freiheit des K. durch seine Beschäftigungen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht entscheidungswesentlichen-Frage erforderlich, ob und in welcher Intensität K. auch in bezug auf die inhaltliche

Gestaltung seiner Beschäftigungen, vorwiegend bei Verrichtung des Hauptinhaltes seiner Beschäftigungen, Beschränkungen unterlag.

5.4.5. Diesbezüglich ist es zwar richtig, daß für die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Werkvertrag und freien Dienstvertrag einerseits und abhängigen Dienstvertrag andererseits grundsätzlich die (wenn auch nicht immer in voller Schärfe vorzunehmende) Unterscheidung zwischen sachlichen (die Arbeitsziele bzw. Arbeitsergebnisse oder das dabei einzuhaltende Verfahren betreffenden) und persönlichen (das eigentlich arbeitsbezogene Verhalten, die Art und Weise der zu verrichtenden Tätigkeiten unmittelbar betreffenden) Weisungen und sich darauf beziehenden Kontrollbefugnissen bzw., wenn das Verhalten schon in dem der Beschäftigung zugrundeliegenden Vertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest zwischen im genannten Sinn sachlichen oder personbezogenen Kontrollrechten als bedeutsam erachtet wird (vgl. dazu das Erkenntnis vom 20. Mai 1980, VwSlg. 10.140/A), und daß auf diese Unterscheidung auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung einer Beschäftigung Bedacht genommen wird (vgl. dazu u.a. die Erkenntnisse vom 17. September 1991, Zl. 90/08/0152, vom 15. Dezember 1992, Zl. 91/08/0077, und vom 31. Mai 1994, Zl.93/08/0213).

5.4.6. Die belangte Behörde ist aber nicht nur von der Vorgabe von Arbeitszielen (nämlich der nach Erfahrungswerten am betreffenden Standort bzw. im betreffenden Gebiet eruierten Art und Zahl der zu vertreibenden Zeitungen und Zeitschriften) ausgegangen; sie hat auch - entgegen dem Beschwerdevorbringen zu Recht - die festgestellten "detaillierten Vorschriften" der Beschwerdeführerin "über das Verhalten am Verkaufsplatz" (gemeint: am Standort und im Gebiet), denen K. bei der Erfüllung seiner übernommenen Verpflichtungen zu entsprechen hatte und deren Einhaltung von der Beschwerdeführerin mit den festgestellten Sanktionen auch in der festgestellten Art kontrolliert wurde, nicht als bloße im obgenannten Sinn sachliche, sondern zugleich (und ununterscheidbar) als im angeführten Sinn persönliche Weisungen bewertet:

Denn durch diese verpflichtenden und in der festgestellten Weise kontrollierten und sanktionierten Vorschriften über die "Arbeitskleidung", durch die K. praktisch mit seiner Person zu einem Werbeträger der von der Beschwerdeführerin vertriebenen Produkte wurde, über das "aktive Anbieten" der Zeitungen und Zeitschriften und über das "gepflegte Äußere" wurden dem K. die Art und Weise der Durchführung der von ihm übernommenen Verkaufstätigkeiten (also das eigentliche "Wie" seiner "unternehmerischen" Tätigkeit) nicht nur im allgemeinen, sondern so detailliert vorgeschrieben, daß ihm einerseits unter Bedachtnahme darauf, daß sich die (verpflichtend übernommenen) Verkaufstätigkeiten auf die von der Beschwerdeführerin festgelegten Produkte beschränkte, hinsichtlich derer ihm keine freie Preisgestaltung zustand, deren Vertrieb keines eigenen Mitteleinsatzes und keiner Beratung oder Information bedurfte und die auch sonst keiner Veränderung zugänglich waren (vgl. Löschnigg - Wittmann, Zeitungskolporteur, Seite 86), und andererseits unter Mitberücksichtigung der Festlegungen von "Mindestverkaufszeiten" und eines Standortes bzw. Gebietes sowie der grundsätzlich persönlichen Arbeitspflicht und der Bestimmungen über das Abholen und die Rückgabe der Zeitungen und Zeitschriften, praktisch kein noch irgendwie relevanter Spiel(Frei)raum für eine eigene "unternehmerische" Gestaltung der Verkaufstätigkeiten zukam. Demgemäß unterschied er sich bei der Morgenkolportage nicht von einem (zum Tragen einer Firmenkleidung und zu einem bestimmten Verkaufsverhalten verpflichteten) gegen Fixum und Provision tätigen Angestellten in einer Außenstelle eines Betriebes und bei der Abendkolportage nicht von einem (in einer ähnlichen Weise in zeitlicher, örtlicher und vor allem inhaltlicher Hinsicht gebundenen) angestellten Vertreter.

Daß diese, die inhaltliche Gestaltung der Verkaufstätigkeiten praktisch ausschaltenden Vorschriften sowohl im Interesse der Beschwerdeführerin als auch des (zum Teil auch gegen Provision arbeitenden) K. auf möglichst gute Arbeitserfolge (Umsätze) abzielten, also werbe- und letztlich umsatzstrategischen Überlegungen entsprangen, änderte nichts daran, daß dadurch dem K. kein eigener unternehmerischer Spielraum mehr verblieb.

5.4.7. Deshalb läßt sich - entgegen dem Beschwerdevorbringen - auch aus der Verpflichtung des K. zu einem "beim Verkauf der Mehrzahl der Zeitungen und Zeitschriften" einzuhaltenden, von der Beschwerdeführerin aufgrund von Verkaufsdaten auf dem gegenständlichen Verkaufsplatz bzw. in dem gegenständlichen Gebiet (unter eingeschränkter Mitw

© 2026 JUSLINE

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

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