

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/1/22 89/08/0349

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.01.1991

## **Index**

40/01 Verwaltungsverfahren;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## **Norm**

AVG 1977 §1 Abs1;  
ASVG §4 Abs1;  
ASVG §4 Abs2;  
AVG §45 Abs1;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde der S gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 20. Oktober 1989, Zl. 124.697/10-7/1989, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem AVG (mitbeteiligte Parteien: 1. M, 2. Wiener Gebietskrankenkasse in Wien X, Wienerbergstraße 15-19, 3. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter in Wien IX, Roßauer Lände 3, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in Wien XX, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

## **Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest, daß der Erstmitbeteiligte M in der Zeit vom 5. Mai 1986 bis 30. Juni 1986, vom 15. September 1986 bis 30. November 1986 und vom 5. Jänner 1987 bis 31. März 1987 auf Grund seiner Beschäftigung als Botendienstfahrer bei der Beschwerdeführerin gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AVG der Versicherungspflicht in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung unterlegen sei. Dieser Bescheid wurde wie folgt begründet:

"Die Wiener Gebietskrankenkasse hat anlässlich einer Beitragsprüfung bei der von S bevollmächtigten Steuerberatungskanzlei G, festgestellt, daß M in den im Spruch dieses Bescheides angeführten Zeiträumen als Botendienstfahrer im Kleintransportunternehmen der S beschäftigt gewesen sei.

Mit Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 5. Februar 1988 wurde entschieden, daß M aufgrund dieser Beschäftigung der Vollversicherungspflicht in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung und der

Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei. In der Bescheidbegründung wurde insbesondere ausgeführt, daß S auf ihre alleinige Rechnung und Gefahr ein Kleintransportunternehmen betreibe und dafür einen mit Funk ausgerüsteten Fuhrpark (LKW unter 3,5 t) unterhalte. M habe am 9.2.1987 zu Protokoll gegeben, daß er an der Universität Wien Sportwissenschaft studiere und unter Berücksichtigung der Vorlesungstermine durch S gemäß den mit ihr geschlossenen Verträgen seit Mai 1986 als Botendienstfahrer beschäftigt werde. Für den ihm von S beigestellten Kleinbus mit Funkausrüstung erhalte er über eine Funkzentrale Transportaufträge. Bei einer Arbeitszeit von

ca. 35 Wochenstunden sei er für ein monatliches Entgelt von S 6.500,-- tätig.

Gegen diesen Bescheid erhab S, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. D Einspruch. Die Einspruchswerberin führte insbesondere aus, daß keine der vom Verwaltungsgerichtshof als Voraussetzung für die Annahme eines Dienstverhältnisses geforderten Voraussetzungen im gegenständlichen Fall vorlägen. Keiner der Acquisiteure sei betrieblichen Ordnungsvorschriften unterlegen oder hätte Weisungen zu befolgen gehabt. Das ergebe sich aus den übereinstimmenden Aussagen aller vernommenen Zeugen. Es sei ihnen völlig freigestanden, angebotene Transporte anzunehmen oder abzulehnen. Abhängige Beschäftigungsverhältnisse seien nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Slg. 4495 A) regelmäßig auf Dauer angelegt. Auch dieses Kriterium treffe nicht zu, da sämtliche Verträge auf die Dauer eines Kalendermonats abgeschlossen worden seien und für beide Seiten die Möglichkeit einer vorzeitigen Aufkündigung bestanden habe.

Der Landeshauptmann von Wien gab dem Einspruch der S mit Bescheid vom 18. Mai 1989 Folge und hob den angefochtenen Bescheid gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 auf. In der Begründung wurde insbesondere ausgeführt, daß M als Vertragsfahrer der S zu dieser in keinem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit gestanden sei. Die als Vertragsfahrer bezeichneten Botendienstfahrer seien weder zu einer bestimmten Arbeitszeit verpflichtet gewesen, noch sei Einfluß auf Dauer und Zeitpunkt ihrer Tätigkeit genommen worden. Sie hätten über eine Funkzentrale (Funk-Trans), die nicht von S betrieben wird und für die sie lediglich aus dem Erlös Gebühren entrichtet, Angebote (Funkaufträge) erhalten, die sie annehmen oder ablehnen konnten. Sie seien keiner Weisungsgebundenheit oder Disziplinargewalt unterstanden. Arbeitsrechtliche Vereinbarungen über Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder Urlaub hätten nicht bestanden und es seien auch keine diesbezüglichen Zahlungen geleistet worden. Das Interesse der Vertragsfahrer an der Annahme eines Auftrages habe in der prozentuellen Beteiligung am Erlös bestanden. Zwischen S und dem Vertragsfahrer habe somit ein partnerschaftliches Verhältnis bestanden. S habe in dieses Vertragsverhältnis die Beteiligung am Funkdienst, den Kleinkosten und Dienstleistungen (Abdeckung, Kalkulation, Know how) eingebracht. Der Vertragsfahrer habe als selbständiger Arbeiter seine Arbeitskraft beigesteuert. Es liege somit ein Verhältnis wirtschaftlicher Gebundenheit mit persönlicher Unabhängigkeit vor. Die persönliche Erbringung der Arbeitsleistung durch den Vertragsfahrer habe sich aus der Überlassung des Fahrzeuges und dem vertraglich vereinbarten Verbot, das Fahrzeug einem Dritten zu überlassen, ergeben. Sie stelle somit im gegebenen Zusammenhang kein Kriterium persönlicher Abhängigkeit dar.

Gegen diesen Bescheid des Landeshauptmannes von Wien erhab die Wiener Gebietskrankenkasse die vorliegende Berufung. Die Berufungswerberin führt insbesondere aus, daß M von Montag bis Freitag (sporadisch auch zum Wochenende) ca. 35 Stunden pro Woche gegen ein monatliches Entgelt von S 6.500,-- die Beschäftigung als Botenfahrer ausgeübt habe. Die Tätigkeit sei ausschließlich persönlich zu erbringen gewesen, wobei die erforderlichen Betriebsmittel der Dienstgeber zur Verfügung gestellt habe. Vom Dienstgeber sei er dazu verhalten worden, das Fahrzeug größtmöglich zum Einsatz zu bringen und es bei längerer Unterbrechung der Beschäftigung zurückzustellen. Die Abrechnung sei wöchentlich erfolgt.

Im Hinblick darauf, daß M das Betriebsmittel von S auf deren Kosten zur Verfügung gestellt worden sei, daß er die Aufträge über eine Funkzentrale erhalten und Wochenberichte zu führen gehabt habe und schließlich, daß er seine Tätigkeit persönlich habe erbringen müssen, sei eindeutig Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 ASVG gegeben.

Gemäß § 4 Abs. 2 AVG 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.

Der Beschäftigung des M lagen jeweils zwei Vertragsmuster zugrunde, die ihm vom Kleintransportunternehmen S zur Unterschrift vorgelegt wurden. Nach den so zustandegekommenen schriftlichen Verträgen übertrug die Firma Herrn M

'die Agentur für das Gebiet Wien und Umgebung als freien, weisungsungebundenen Acquisiteur auf die Dauer von vorerst einem Kalendermonat, wobei dieser Vertrag von beiden Teilen bei Fehlen einer schriftlichen Kündigung laufend verlängert wird, aber auch vorzeitig aufgekündigt werden kann.' Dafür erhielt Herr M laut schriftlichem Vertrag 'von der Firma S aus den per Funk einlangenden Geschäften, die er abschließt und erledigt, eine Provision von 30 Prozent.' Die im Vertragsmuster vorgesehene Rubrik 'b) für selbst acquirierte Geschäfte eine Provision von ....Prozent' wurde bei Vertragsabschluß nicht ausgefüllt. Mit einem weiteren Vertrag, der als 'Leihvertrag' bezeichnet wurde, bestätigte M, das Kraftfahrzeug mit dem Kennzeichen W NN in einwandfreiem Zustand leihweise zur unentgeltlichen Benützung übernommen zu haben. Das Gebrauchsrecht wurde ausdrücklich nur dem Entlehrer selbst zugestanden. Demgemäß verpflichtete sich M, den Wagen einem Dritten nicht zu überlassen. Weiters wurde in diesem 'Leihvertrag' unter lit. c und d insbesondere festgehalten, daß der Entlehrer verpflichtet ist, Benzin und Öl bei einer von der Firma S namhaft gemachten Tankstelle zu beziehen, wobei diese Kosten und die Kosten von Reparaturen von der Firma S getragen werden und daß die Firma S auch Versicherung und Steuer trägt. M gab dazu am 9. Februar 1987 bei der Wiener Gebietskrankenkasse an, daß er Student an der Universität Wien sei und für Frau S arbeite. Er komme mit einem Citroen-Kleinbus zum Einsatz. Sämtliche Arbeitsleistungen würden durch ihn selbst erbracht. Alle Betriebsmittel erhalte er unentgeltlich von Frau S. Jeden Freitag der Woche erfolge mit Frau S eine Abrechnung über die erzielten Fuhren. Er erhalte an diesem Tag eine Akonto-Zahlung, die Endabrechnung erfolge am Monatsletzten. Überwiegend sei er von Montag bis Freitag im Einsatz, fallweise, sporadisch auch am Wochenende. Die Funkzentrale sei auch am Wochenende besetzt. Im Durchschnitt bringe er bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit von ca. 35 Wochenstunden monatlich S 6.500 bis S 7.000 ins Verdienen. Er selbst entscheide, ob er einen Auftrag der Funkzentrale annehme. Frau S nehme darauf keinen Einfluß. Seine Arbeitseinteilung erfolge unter Berücksichtigung der Vorlesungen an der Universität. Frau S sei wegen der Einnahmen bemüht, daß er den Kleinbus so oft wie möglich zum Einsatz bringe. Wenn er länger abwesend sei, werde der Kleinbus an Frau S zur weiteren Verfügung überstellt.

Die Berufungsbehörde ist bei Würdigung der schriftlichen Vereinbarungen im Zusammenhalt mit den zitierten Angaben des M zu der Auffassung gelangt, daß die Sachverhaltsdarstellung des M als erwiesen anzunehmen ist und daß sich daraus ein Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Anhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit ergibt.

Unternehmer - im Sinne einer konkurrierenden Beteiligung am Wirtschaftsleben - ist, wer in eigener Betriebsstätte, die mit eigenen Betriebsmitteln ausgestattet ist, die oberste Geschäfts- und Betriebsleitung inne hat (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.10.1952, Slg. Nr. 2747/A und vom 4.12.1957, Zl. 1836/56). Diese Unternehmensposition umfaßt nicht nur betriebliche Vermögensmacht, sondern auch die Gewalt, eigene oder fremde Fähigkeiten mit eigenen Mitteln nach eigenem Gutdünken zum eigenen Nutzen zu verwerten.

Das Korrelat dieser innerbetrieblichen Unternehmerposition ist die Stellung des Dienstnehmers im betrieblichen Lebensbereich. Sie wird dadurch gekennzeichnet, daß der Dienstnehmer an den Betriebsmitteln nicht als Eigentümer beteiligt ist, daß ein Dienstnehmer zwar an der obersten Geschäfts- und Betriebsleitung teilnehmen kann, aber nicht kraft eigener Vermögensmacht, sondern nur als delegiertes Organ des Unternehmers; endlich daß der Dienstnehmer seine Fähigkeiten - Wissen, Erfahrung, Unternehmungsgeist, Organisationsgabe, technische oder wirtschaftliche Talente - mangels eigener Betriebsmittel und eigener Verfügungsgewalt nicht zu seinem eigenen Nutzen verwenden kann, sondern sie dem Unternehmen, in dem er beschäftigt ist, dienstbar machen muß. Das sind die negativen Merkmale, die in der Wechselbeziehung den positiven Merkmalen entsprechen, die die innerbetriebliche Unternehmerposition kennzeichnen. Diese negativen Merkmale in ihrer Gesamtheit ergeben - vom konkreten Unternehmen losgelöst - das Bild einer Persönlichkeit, der eine freie wirtschaftliche Entfaltung versagt ist (Verwaltungsgerichtshof Erkenntnis vom 4.12.1957, Zl. 1836/56).

Da M weder über eine eigene Betriebsstätte noch über andere Betriebsmittel verfügte, ist er nicht als Unternehmer in der dargelegten Bedeutung anzusehen. Er besaß zu der in Betracht zu ziehenden Zeit keine anderen der Verwertung am Arbeitsmarkt fähigen Güter als seine Arbeitseignung und seine Arbeitszeit. Er mußte daher in Abhängigkeit geraten, sobald er die freie Verfügung über seine einzige marktfähige Habe durch seine Vereinbarung mit S einbüßte. Während in einem solchen Fall ein Unternehmer - z.B. der Frachtführer, der für einen Spediteur regelmäßig die Beförderung von Gütern durchführt - zufolge seines Eigentums an Betriebsmitteln an seiner Unabhängigkeit keine Einbuße erleidet, hat ein selbständiger Arbeiter - z.B. ein Gepäckträger, der sich für längere Dauer zur regelmäßigen

Beförderung von Lasten verpflichtet - mit der Übernahme derartiger Verpflichtungen seine Selbständigkeit verloren, weil er außer seiner Arbeitseignung und seiner Arbeitszeit keine anderen Güter besitzt, die imstande wären, seine Unabhängigkeit zu gewährleisten.

Dieser hiedurch herbeigeführte Zustand faktischer Abhängigkeit kann sich sowohl auf die wirtschaftliche, als auch auf die persönliche Sphäre des Arbeitenden erstrecken. Wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich aus dem bereits gekennzeichneten Mangel an Sachgütern und daraus, daß alle vorhandenen Güter immaterieller Art dem Arbeitszwecke gewidmet werden müssen. Persönliche Abhängigkeit dagegen tritt ein, wenn die übernommene Verpflichtung zur Arbeitsleistung entweder aufgrund ausdrücklicher Abrede oder zufolge der Arbeitsbeschaffenheit die Arbeitszeit derart in Anspruch nimmt, daß der Arbeitende über sie - sofern er der übernommenen Verpflichtung treu bleibt - auf längere Sicht nicht frei verfügen kann (Verwaltungsgerichtshof Erkenntnis vom 26.11.1952, Z 1592/51, Slg. Nr. 2747).

Im Bereich der Sozialversicherung kommt es nicht darauf an, ob dem Beschäftigungsverhältnis ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag zugrundeliegt, sondern nur darauf, ob die Arbeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden vom Empfänger der Arbeitsleistung vor sich geht. Die Vereinbarungen, die M mit S abgeschlossen hat, haben dessen Arbeitszeit jedenfalls so in Anspruch genommen, daß er über sie auf längere Sicht nicht anderweitig verfügen konnte. Der Umstand, daß er die Arbeitsteilung weitgehend frei gestalten und Zeit zum Besuch von Vorlesungen freihalten konnte, steht zu dieser Feststellung nicht im Widerspruch. Denn selbst, wenn M in seiner Arbeitszeit nur einige Stunden im Tage gebunden gewesen wäre, könnte dies an der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nichts ändern (Verwaltungsgerichtshof Slg. Nr. 2747).

Bei der überragenden Bedeutung der Gebundenheit in Arbeitszeit und Arbeitskraft, durch die die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des M gekennzeichnet ist, kann die Frage, ob alle Kriterien, die üblicherweise als Indizien für ein Beschäftigungsverhältnis in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit in Betracht zu ziehen sind, auch auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles zutreffen, vernachlässigt werden. Insbesondere spricht der Umstand, daß M keinen anderen Ordnungsvorschriften unterworfen war als jenen, die in den Vereinbarungen mit S von vornherein festgelegt wurden und daß er bei der Durchführung der übernommenen Arbeiten keine Weisungen erhielt, nicht gegen die begründete Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit.

Im arbeitsbezogenen Verhalten ist eine mit den festgestellten Arbeiten, großteils in Abwesenheit des Empfängers der Arbeitsleistung, beschäftigte Person nicht schon dadurch persönlich unabhängig, daß sich aufgrund ihrer Erfahrungen und/oder der Natur der zu verrichtenden Arbeiten Weisungen über die Reihenfolge und den näheren Inhalt dieser Arbeiten erübrigen, der Beschäftigte somit den Arbeitsablauf selbst bestimmt, sofern er nur der stillen Autorität des Empfängers der Arbeitsleistung, d.h. seinem Weisungs- und Kontrollrecht unterliegt. Unter diesen Umständen kann ein Beschäftigungsverhältnis auch vorliegen, wenn 'der Dienstgeber praktisch überhaupt nicht in den Arbeitsablauf eingreift' (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.1987, Zl. 87/08/0104 und vom 25.2.1988, Zl. 86/08/0242).

Daß im vorliegenden Fall trotz des weitgehenden faktischen Verzichtes auf Weisungen ein Weisungsrecht der S als Dienstgeberin bestand und M auch Ordnungsvorschriften unterlag, geht schon daraus hervor, daß das zur Verfügung gestellte Kraftfahrzeug zur anderweitigen Verfügung zurückzustellen war, wenn es wegen längerer Abwesenheit nicht vereinbarungsgemäß benutzt wurde, obwohl dies in den schriftlichen Vereinbarungen nicht ausdrücklich vorgesehen war.

Aus den angeführten Gründen war der Berufung der Wiener Gebietskrankenkasse Folge zu geben."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend machende Beschwerde. Darin verweist die Beschwerdeführerin zunächst darauf, daß nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Fehlen eigener Betriebsmittel nicht automatisch auch das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit bedeute. Im gegenständlichen Fall sei aber bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung weder die persönliche noch die wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben. Die belangte Behörde habe den von der Einspruchsbehörde festgestellten Sachverhalt übernommen. Daraus ergebe sich aber, daß der Erstmitbeteiligte weder an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort noch über die Arbeitszeit gebunden gewesen sei und daß die Beschwerdeführerin ihm gegenüber keine Weisungs- und Kontrollbefugnisse gehabt habe. Auch eine Arbeitspflicht sei nicht vorgelegen, weil es ihm freigestanden sei, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Im Gegensatz zur Auffassung der belangten Behörde

sei somit keines der Kriterien gegeben, das nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Merkmal einer persönlichen Abhängigkeit darstelle. Es könnte aber auch von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht gesprochen werden. Das ergebe sich schon aus den Zeiträumen der Beschäftigung. Aus ihnen folge auch das Fehlen eines anderen Merkmals der Abhängigkeit, nämlich daß Beschäftigungsverhältnisse üblicherweise langfristig eingegangen würden. Dagegen spreche auch die jederzeitige Lösungsmöglichkeit des Beschäftigungsverhältnisses.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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 in der Begründung des angefochtenen Bescheides zitierten § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A, und die von der Beschwerdeführerin zitierten Erkenntnisse vom 10. Dezember 1987, Zl. 87/08/0104, und vom 25. Februar 1988, Zl. 86/08/0242) 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. auf Grund eines Werkvertrages, eines freien Dienstvertrages oder im Rahmen bloß familiärer Beziehungen) - nur beschränkt ist. Daß durch diese Beschäftigung nur ein geringer Teil der dem Beschäftigten 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 der Beschäftigung 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 von maßgebender Bedeutung sein.

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. u.a. das Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A, unter Hinweis auch auf das in der Begründung des angefochtenen Bescheides zitierte Erkenntnis vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A).

Mit diesem Verständnis des Begriffes der wirtschaftlichen Abhängigkeit steht die Auffassung der Beschwerdeführerin, es könne schon wegen der kurzen Zeiträume der Beschäftigung nicht von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten gesprochen werden, nicht im Einklang. Die belangte Behörde hat vielmehr aus den unbestrittenen Feststellungen zu den die Ausübung der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ermöglichen wesentlichen organisatorischen Einrichtungen (nämlich vor allem die Beteiligung der Beschwerdeführerin am Funkdienst) und Betriebsmittel (nämlich die unentgeltliche Zurverfügungstellung des Kleinbusses und die Tragung des

Betriebsaufwandes) mit Recht abgeleitet, daß dem Erstmitbeteiligten über diese Einrichtungen und Betriebsmittel keine im eigenen Namen auszuübende Verfügungsmacht zukam und er somit bei Erbringung seiner Arbeitsleistungen von der Beschwerdeführerin im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG wirtschaftlich abhängig war.

Was die Frage der persönlichen Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten von der Beschwerdeführerin in den genannten Zeiträumen betrifft, so ist zunächst - zu dem nach den obigen Darlegungen richtigen Beschwerdevorbringen, es bedeute das Fehlen eigener Betriebsmittel nicht automatisch auch das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit - anzumerken, daß die einleitenden Darlegungen der belangten Behörde im Erwägungsteil des angefochtenen Bescheides durchaus in diesem Sinne mißverstanden werden könnten. Denn daraus könnte der Rechtssatz abgeleitet werden, jemand, der "keine anderen der Verwertung am Arbeitsmarkt fähigen Güter als seine Arbeitseignung und seine Arbeitszeit" besitze, könne diese Güter einem anderen nur in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zur Verfügung stellen. Daß die belangte Behörde aber einen solchen unrichtigen Rechtsatz nicht aufstellte, ergibt sich aus den späteren Ausführungen in der Bescheidbegründung, wonach sich dieser (durch die fehlende Verfügung über andere als die genannten Güter) "herbeigeführte Zustand faktischer Abhängigkeit ... sowohl auf die wirtschaftliche als auch auf die persönliche Sphäre des Arbeitenden erstrecken" könne.

Der belangten Behörde ist darin beizupflichten, daß es bei der Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit nicht entscheidend darauf ankommt, auf welche Weise ein Beschäftigungsverhältnis vertraglich fundiert ist und wie es von den Vertragspartnern angesehen oder bezeichnet wird, sondern, ob die (auf Grund des Vertrages durchgeführte) Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung vor sich geht (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 25. Mai 1987, Zl. 83/08/0128, und vom 27. März 1990, Zl. 85/08/0099). Dennoch ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in diese Beurteilung miteinzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Vertragspartnern in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden läßt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der (entsprechend dieser vertraglichen Gestaltung durchgeführten) Beschäftigung relevant sein können (vgl. Erkenntnis vom 11. Dezember 1990, Zl. 88/08/0269).

Den obigen Darlegungen zum Begriff der persönlichen Abhängigkeit entspricht auch die Auffassung der belangten Behörde, es müßten nicht "alle Kriterien, die üblicherweise als Indizien für ein Beschäftigungsverhältnis in ... persönlicher Abhängigkeit in Betracht zu ziehen sind, auch auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles zutreffen", um persönliche Abhängigkeit bejahen zu können. Denn da für ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG schon das Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit genügt, läßt das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmals persönlicher Abhängigkeit noch keinen zwingenden Schluß darauf zu, daß die zu beurteilende Tätigkeit deshalb nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände (also nach dem Gesamtbild und innerhalb desselben nach dem Zusammenspiel der einzelnen Momente) die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet (vgl. unter anderem die Erkenntnisse vom 23. Mai 1985, Zlen. 84/08/0070, 85/08/0011, und vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208).

Der Verwaltungsgerichtshof vermag aber - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem Beschwerdevorbringen - aus nachstehenden Gründen nicht die Auffassung der belangten Behörde zu teilen, daß sich aus der als erwiesen angenommenen Sachverhaltsdarstellung des Erstmitbeteiligten "ein Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit" ergebe:

Der Erstmitbeteiligte hatte zwar nach seinen Aussagen (vom 9. Februar 1987 vor der zweitmitbeteiligten Partei und vom 18. Mai 1989 vor der Einspruchsbehörde) die ihm von der Funkzentrale angebotenen und von ihm angenommenen, im Namen und für Rechnung der Beschwerdeführerin durchgeführten Transportaufträge dritter Personen persönlich zu erbringen und erbrachte sie auch so.

Eine solche Verpflichtung, der der Beschäftigte auch nachkommt, indiziert aber nicht notwendig seine persönliche Abhängigkeit; sie ist auch mit Formen einer Beschäftigung, die nach ihrer Gesamtbeurteilung eindeutig in persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt werden (z.B. auf Grund eines Werkvertrages mit einer Person, auf deren persönliche Arbeitsleistung der Besteller Wert legt) vereinbar; wegen der gebotenen Beurteilung der Beschäftigung nach dem Zusammenspiel ihrer einzelnen Momente unter dem Gesichtspunkt der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung kommt es vielmehr darauf an, ob durch das an sich (in

abstrakto) unterscheidungs kräftige Kriterium der persönlichen Arbeitspflicht im Zusammenhang mit den übrigen Merkmalen der konkreten Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten weitgehend ausgeschaltet wird. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A, vom 25. Mai 1987, Zl. 83/08/0128, und vom 19. Juni 1990, Zl. 88/08/0200) dann nicht der Fall, wenn der Beschäftigte im Rahmen der übernommenen (persönlich durchzuführenden) Gesamtverpflichtung zur sanktionslosen Ablehnung einzelner ihm vom Empfänger der Arbeitsleistung aufgetragener Arbeitsleistungen berechtigt und dadurch in der Disposition über seine Arbeitskraft weitgehend frei ist, der Empfänger der Arbeitsleistung hingegen deshalb nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen und darüber entsprechend disponieren kann. Daraus darf aber (wegen des schon mehrfach angesprochenen Erfordernisses der Gesamtbeurteilung der jeweiligen Beschäftigung) nicht der Schluß gezogen werden, daß andere Fallkonstellationen undenkbar seien, in denen trotz bestehender persönlicher Arbeitspflicht persönliche Abhängigkeit nicht angenommen werden dürfe.

Aus denselben Gründen genügt es für die Annahme des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Beschäftigung auch nicht, daß sie wegen ihres zeitlichen Ausmaßes oder wegen sehr enger Zeitvorgaben dem Beschäftigten praktisch keine Möglichkeit läßt, die Arbeitszeit frei einteilen zu können. Denn auch ein solches Merkmal einer Beschäftigung stellt nur ein mögliches Indiz der persönlichen Abhängigkeit dar, die aber in einem konkreten Fall dennoch fehlen kann, wenn der so Beschäftigte z.B. in seinem arbeitsbezogenen Verhalten nicht abhängig ist (vgl. dazu das Erkenntnis vom 29. September 1986, Zl. 82/08/0208, sowie Dusak in einer Entscheidungsanmerkung ZAS 1986, 121). Deshalb kann der von der belangten Behörde in dem mit "Im Bereich der Sozialversicherung ..." eingeleiteten Begründungsteil offensichtlich vertretenen Auffassung, es genüge für die Bejahung der persönlichen Abhängigkeit schon der Umstand, daß der Erstmitbeteiligte für die Beschwerdeführerin durchschnittlich 35 Stunden wöchentlich tätig war, unabhängig davon, "daß er die Arbeitseinteilung weitgehend frei gestalten und Zeit zum Besuch von Vorlesungen freihalten konnte", nicht geteilt werden.

In bezug auf die Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten in bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten und die zeitliche Lagerung seiner Beschäftigung ist - nach seinen Aussagen - von folgendem Sachverhalt auszugehen: Der Erstmitbeteiligte führte seine Tätigkeit neben seinem Studium aus und nahm sie nach seiner Zeiteinteilung (Vorlesungsbesuch) vor. Es oblag ihm allein die Entscheidung darüber, ob er einen Auftrag von der Funkzentrale annehme oder nicht. Die Beschwerdeführerin nahm darauf auch in tatsächlicher Hinsicht keinen Einfluß. Er erhielt von ihr "keine Weisungen bezüglich der Annahme eines Auftrages" ebensowenig wie "über eine allfällige Reihenfolge von Fuhren". Obwohl die Beschwerdeführerin ebenso wie der Erstmitbeteiligte selbst "wegen der Einnahmen .... bemüht" war, daß er "den Kleinbus so oft als möglich zum Einsatz bringe", erfolgte doch von ihrer Seite keine "Einflußnahme hinsichtlich höherer Auslastung" des Fahrzeuges.

Diese Darstellung steht im Einklang mit dem abgeschlossenen Vertrag, wonach dem Erstmitbeteiligten "die Agentur für das Gebiet Wien und Umgebung als freien, weisungsgebundenen Aquisiteur" übertragen wurde, und mit den Aussagen der Beschwerdeführerin vor der zweitmitbeteiligten Gebietskrankenkasse am 19. Jänner 1987 und in der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsbehörde am 18. Mai 1989.

Wenn sie in der zuletzt genannten Aussage bekundete, sie habe hinsichtlich eines anderen Botendienstfahrers den Vertrag deshalb lösen müssen, weil er "das Fahrzeug tagelang nicht in Betrieb nahm und unter diesen Voraussetzungen nicht einmal die Kosten des Fahrzeuges hereinzubringen wären", so kommt darin zwar das vom Erstmitbeteiligten angesprochene "Bemühen" um eine möglichst hohe Auslastung der Fahrzeuge zum Ausdruck. Diese vertraglich zulässige Reaktion läßt aber ebensowenig wie der von der belangten Behörde diesbezüglich herangezogene Umstand, daß der Erstmitbeteiligte das ihm zur Verfügung gestellte Fahrzeug zur anderweitigen Verfügung der Beschwerdeführerin zurückzustellen hatte, wenn es wegen längerer Abwesenheit nicht vereinbarungsgemäß genutzt wurde, den Schluß zu, daß - entgegen dem Vertrag und den Aussagen des Erstmitbeteiligten sowie der Beschwerdeführerin - und "trotz des weitgehenden faktischen Verzichtes auf Weisungen" ein Weisungs- und Kontrollrecht der Beschwerdeführerin im Sinne einer "stillen Autorität" (vgl. dazu unter anderem die Erkenntnis vom 25. Mai 1987, Zl. 83/08/0128, vom 10. Dezember 1987, Zl. 87/08/0104, und vom 25. Februar 1988, Zl. 86/08/0242) bestanden habe. Denn in der erfolgten Auflösung des Vertragsverhältnisses eines anderen Botendienstfahrers aus den genannten Gründen kann im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung nicht mehr als die vertraglich zulässige Reaktion der Beschwerdeführerin auf die Enttäuschung ihrer Erwartung, daß der Fahrer das überlassene

Kraftfahrzeug so oft als (ihm nach seiner freien Entscheidung) möglich zum Einsatz bringen werde, gesehen werden. Die Verpflichtung zur Rückstellung des Fahrzeugs bei längerer Nichtbenützung stellt kein Indiz für ein Weisungs- und Kontrollrecht in bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten dar; damit war offenkundig nur bezweckt, der Beschwerdeführerin die anderweitige Verfügung über das nicht benützte Kraftfahrzeug zu ermöglichen. Ein Kontrollrecht (in bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten des Erstmitbeteiligten) kann schließlich (was im übrigen auch die belangte Behörde nicht tut) auch nicht aus der Verpflichtung des Erstmitbeteiligten zur wöchentlich einmal vorzunehmenden "Abrechnung über die erzielten Fuhren" abgeleitet werden; sie diente vielmehr zunächst einmal der Überprüfung der Richtigkeit der vom Erstmitbeteiligten namens der Beschwerdeführerin ausgestellten Rechnungen, der Abfuhr der Erlöse und als Grundlage der Errechnung der Provision des Erstmitbeteiligten. Schließlich kann für das von der belangten Behörde angenommene, für die "stille Autorität" der Beschwerdeführerin wesentliche Weisungs- und Kontrollrecht auch nicht die allgemeine Überlegung ins Treffen geführt werden, es widerspreche ihr Fehlen unter Bedachtnahme darauf, daß die Beschwerdeführerin an einer möglichst hohen Auslastung der von ihr zur Verfügung gestellten Fahrzeuge interessiert war, der allgemeinen Lebenserfahrung. Es könnten vielmehr der (zweifellos unüblichen) Gestaltung auch Erwartungen der Beschwerdeführerin zugrunde gelegen sein, die sich nicht erfüllten. In diese Richtung deutet ihre Aussage vom 18. Mai 1989: "Die mangelnde Einflußmöglichkeit auf das Verhalten mancher Vertragsfahrer hat in der Vergangenheit zu Schwierigkeiten geführt, weil Beschwerden an die Funk-Trans gegangen sind, für die wir uns nur entschuldigen können, aber keinerlei Sanktionsmöglichkeiten hatten. Es hat sich auch gezeigt, daß diese Art der Betriebsführung nicht nur keinerlei Gewinn, sondern sogar Verluste einbrachte, die dazu geführt haben, daß wir derzeit nur mehr einen Kleinlaster haben, der abwechselnd von mir und von einem Angestellten benutzt wird." Zum Vorbringen der belangten Behörde und der zweitmitbeteiligten Gebietskrankenkasse in ihren Gegenschriften schließlich, der Erstmitbeteiligte habe das Kraftfahrzeug am Wochenende am Firmengelände abzustellen gehabt und von der Beschwerdeführerin auch Anweisungen hinsichtlich der Acquisition von Aufträgen erhalten, ist zu bemerken, daß - unabhängig von der Relevanz für die Annahme persönlicher Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten - sich derartige Ermittlungsergebnisse lediglich in bezug auf die Beschäftigung anderer Botendienstfahrer, nicht aber des Erstmitbeteiligten in den Akten finden.

Da somit die belangte Behörde die Rechtslage in der aufgezeigten Art verkannte, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Ein Aufwandersatz an die Beschwerdeführerin war mangels eines hiefür erforderlichen Antrages (§ 59 VwGG) nicht zuzuerkennen.

### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Sozialversicherung Zivilrecht Vertragsrecht Dienstnehmer Begriff Einzelne Berufe und Tätigkeiten Diverses

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1991:1989080349.X00

### **Im RIS seit**

18.10.2001

### **Zuletzt aktualisiert am**

27.10.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.at>