jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 1990/9/25 89/08/0334

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.09.1990

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
40/01 Verwaltungsverfahren;
62 Arbeitsmarktverwaltung;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

Norm

ABGB §1152;
AlVG 1977 §1 Abs1 lita;
ASVG §4 Abs1 Z1;
ASVG §4 Abs2;
AVG §56;
AVG §66 Abs4;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Liska und die Hofräte Dr. Knell, Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Mizner als Richter, im Beisein der Schriftführerin Kommissär Dr. Schnizer-Blaschka, über die Beschwerde der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse in Graz,

vertreten durch Dr. Helmut Destaller, Rechtsanwalt in 8010

Graz, Grazbachgasse 5 (Dietrichsteinplatz), gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 12. Oktober 1989, Zl. 122.795/5-7/89, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und AlVG (mitbeteiligte Parteien: 1. Franz F; 2. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten in 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1;

3. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

Spruch

Der Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 12. Oktober 1989 wird im angefochtenen Umfang (Bejahung der Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen von S 10.110,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.0. Der Erstmitbeteiligte beantragte am 10. Juni 1983 mittels einem zunächst an die Wiener Gebietskrankenkasse gerichteten, jedoch in der Folge an die Beschwerdeführerin weitergeleiteten Antrag die Feststellung seiner Versicherungspflicht als "Handelsreisender" bzw. "Fahrverkäufer" der X-GmbH (in der Folge "Gesellschaft") für die Zeit von Juli 1965 bis 17. Dezember 1981, wobei er zusammengefaßt vorbrachte, anläßlich eines Verfahrens betreffend Invaliditätspension erfahren zu haben, daß ihn dieser Dienstgeber offensichtlich nicht zur Sozialversicherung angemeldet habe.

Die bei der Gesellschaft als Sekretärin tätige Zeugin Hanna K hat am 9. August 1983 von der Wiener Gebietskrankenkasse niederschriftlich einvernommen angegeben, daß der Erstmitbeteiligte vom 1. Juni 1977 bis 31. August 1977 kurzfristig als Provisionsvertreter bei dieser Gesellschaft angestellt gewesen sei. Sonst sei er immer als selbständiger Handelsvertreter tätig gewesen, wie sich aus den (unter einem vorgelegten) Provisionsabrechnungen mit ausgewiesener Mehrwertsteuer und der Korrespondenz mit dem Finanzamt ergebe. Dem Erstmitbeteiligten sei wohl zeitweise ein Auto zur Verfügung gestellt worden, dies jedoch gegen Verrechnung.

Am 5. Jänner 1984 gab die Zeugin im Zuge einer mittels eines Fragebogens der Beschwerdeführerin durchgeführten Einvernahme im wesentlichen an, daß der Erstmitbeteiligte als selbständiger Handelsvertreter für die Gesellschaft tätig gewesen sei und daher auch einen Firmenstempel gehabt habe. Es sei daher denkbar, daß er einen mit Datum vom 29. März 1979 ausgestellten und von der Gesellschaft gestempelten Krankenschein (dessen Existenz ihr von der Beschwerdeführerin vorgehalten wurde) selbst ausgestellt habe. Die Zeugin habe diesen Krankenschein nicht ausgestellt. Die Anmeldung für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. August 1977 sei auf Verlangen des Erstmitbeteiligten erfolgt; die Abmeldung deshalb, weil diesem Fixum und Provision eines Vertreters (gemeint offenbar: eines angestellten Vertreters) zu niedrig erschienen sei. Der Erstmitbeteiligte sei als selbständiger Handelsvertreter mit (einer dadurch höheren) Abschlußprovision für die Gesellschaft tätig gewesen. Es sei ihm auch bekannt gewesen, daß er nicht zur Pflichtversicherung angemeldet worden sei, wie auch aus den Abrechnungen als selbständiger Handelsvertreter und der Korrespondenz mit dem Finanzamt Radkersburg hervorgehe. Er habe niemals die Erstattung einer Versicherungsmeldung (ausgenommen für die Zeit vom 1. Juni 1977 bis 31. August 1977) verlangt. Ein Dienstvertrag (im Sinne eines schriftlichen Vertrages) sei mit dem Erstmitbeteiligten nicht abgeschlossen worden; er habe keine Weisungen erhalten, es habe für ihn keine Verpflichtung bestanden, Weisungen einzuhalten und er sei auch nicht überwacht worden. Der Erstmitbeteiligte sei auch nicht regelmäßig für die Gesellschaft tätig geworden, sondern nur fallweise. Er sei insbesondere wochenlang nicht tätig gewesen, dann habe er wieder einen Abschluß erbracht. Eine Vereinbarung über die Arbeitszeit sei nicht getroffen worden und er sei nicht verpflichtet gewesen, eine Arbeitszeit einzuhalten. Es habe auch keine Überwachung diesbezüglich stattgefunden. Fallweise habe er für seine Tätigkeit Adressenmaterial von der Gesellschaft erhalten, jedoch sei ihm die Wahl der Kunden freigestellt gewesen. Er habe weder ein bestimmtes Arbeitsgebiet zugewiesen erhalten, noch einen bestimmten Reiseweg einhalten müssen. Neben seiner Tätigkeit als Handelsreisender habe er keine anderen Arbeiten verrichtet. Es sei ihm aber gestattet gewesen, Geschäftsabschlüsse für andere Firmen zu tätigen. Überdies sei er berechtigt gewesen, Zahlungen von Kunden entgegen zu nehmen. Er habe keine eigenen Geschäftseinrichtungen oder Betriebsmittel zur Verfügung gestellt; die Gesellschaft habe ihm fallweise einen LKW zur Verfügung gestellt; diesen habe er in Y, Hotel S (einem anderen Unternehmen des Eigentümers und Geschäftsführers der Gesellschaft), rückstellen müssen. Als Entlohnung sei lediglich Provision in der Höhe von 8 bis 10 % der Auftragssumme, fällig nach Abschluß (gemeint offenbar: des jeweiligen Rechtsgeschäftes) vereinbart gewesen. Es seien überdies freiwillig fallweise Benzinrechnungen des Erstmitbeteiligten zur Zahlung übernommen worden, es seien aber keine Diäten bezahlt worden. Meist habe der Erstmitbeteiligte seinen eigenen PKW benützt. Der Geschäftsführer der Gesellschaft, Karl S, sei am 24. Dezember 1983 verstorben.

Der Erstmitbeteiligte wurde (ebenfalls anhand eines Fragebogens der Beschwerdeführerin) am 1. November 1984 einvernommen. Er gab an, er sei am 1. Juli 1965 bei der Gesellschaft eingetreten. Über Vorhalt einer Fotokopie eines am 20. Februar 1980 ausgestellten Krankenscheines, welcher die Stampiglie "Hotel W", Y, aufgewiesen habe, gab der Erstmitbeteiligte an, er sei als Kraftfahrer in diesem Hotel beschäftigt gewesen; Karl S (der Geschäftsführer der Gesellschaft) sei bei beiden Betrieben Eigentümer gewesen. Die Beschäftigung (gemeint: bei der Gesellschaft) habe vom 1. Juli 1965 bis 17. Dezember 1981 gedauert; er sei als Kraftfahrer und Verkäufer tätig gewesen, es sei ihm aber unbekannt gewesen, daß er nicht zur Pflichtversicherung angemeldet worden sei. Es habe sich um eine regelmäßige

Beschäftigung gehandelt. Auf die Frage, an welchen Tagen in der Woche und wie viele Stunden wöchentlich er beschäftigt gewesen sei, gab der Erstmitbeteiligte an: "Nach Bedarf, öfter 50 bis 60 Stunden wöchentlich". Die Ausstellung eines Krankenscheines durch die Gesellschaft erklärte der Erstmitbeteiligte damit, er sei der Meinung gewesen, voll sozialversichert zu sein. Auf den Vorhalt, er sei von einem Unternehmen in Graz für die Zeit vom 24. August 1981 bis 28. August 1981 mit einer Arbeitszeit von fünf Tagen und vierzig Stunden in der Woche als Kraftfahrer angemeldet gewesen, erklärte der Erstmitbeteiligte, er habe wegen einer Auseinandersetzung den Betrieb der Gesellschaft verlassen und diese Beschäftigung als Kraftfahrer aufgenommen. Einen Gewerbeschein als selbständiger Handelsagent habe er nicht besessen. Er habe während seiner Tätigkeit bei der Gesellschaft Einkommensteuer entrichet, und zwar ab 1967; Unterlagen seien keine vorhanden. Ein Dienstvertrag sei mit ihm mündlich vereinbart worden und er sei bei seiner Tätigkeit den Weisungen des Firmenchefs (offenbar gemeint: des Geschäftsführers S) und der Sekretärin unterworfen und zur Einhaltung dieser Weisungen verpflichtet gewesen; diese sei vom Firmenchef überwacht worden. Er sei regelmäßig verpflichtet gewesen, wöchentlich Bericht zu erstatten, und zwar "je nach Lage" schriftlich oder mündlich. Es habe sich um eine regelmäßige Tätigkeit gehandelt. Auf die Frage, an wieviel Tagen in der Wochen und wieviel Stunden durchschnittlich der Erstmitbeteiligte beschäftigt gewesen sei, erklärte er:

"Unregelmäßig, nach Bedarf, meistens mehr als 45 Stunden in der Woche". Es sei mit ihm eine Vereinbarung über eine bestimmte Arbeitszeit "nach Bedarf" sowie über Einsatz "nach Abruf" vereinbart worden. Er sei verpflichtet gewesen, die Arbeitszeit einzuhalten. Die Einhaltung der Arbeitszeit sei überwacht worden, und zwar durch den "Firmenchef, durch Vorlage von Fahrtenbüchern und telefonische Verbindungen". Es sei ihm auch vorgeschrieben worden, welche Kunden er zu besuchen hatte. Das Adressenmaterial habe er von der Gesellschaft und "nach Verständigung durch Kunden" erhalten. Die Wahl der Kunden, die er zu besuchen hatte, seien ihm teilweise freigestellt gewesen. Der Reiseweg habe auf einer Anordnung der Gesellschaft beruht. Er habe neben seiner Tätigkeit als Handelsreisender noch andere Tätigkeiten für diese Gesellschaft verrichtet, nämlich als "Kraftfahrer, Inkasso und bei der Reparatur (Kundendienst)". Diese Arbeiten seien nicht gesondert entlohnt worden. Es sei ihm nicht gestattet gewesen, Geschäftsabschlüsse für andere Firmen zu tätigen, er sei jedoch berechtigt gewesen, Zahlungen von Kunden entgegenzunehmen. Eigene Geschäftseinrichtungen oder Betriebsmittel habe er nicht zur Verfügung gestellt. Als Entlohnung sei lediglich Provision vereinbart gewesen, die nach Geschäftsabschluß und "kraftfahrerischer Tätigkeit" erfolgt sei. Auf die Frage, in welchen Zeiträumen die Provision verrechnet worden sei, gab der Erstmitbeteiligte an:

"jährlich". Reisekosten und sonstige Spesen seien ebenfalls vergütet worden, und zwar für Benzinverbrauch, Nächtigung und Verpflegung. Er habe neben dem Firmenkraftfahrzeug kein eigenes Kraftfahrzeug benützt. Es seien auch Diäten bezahlt worden. Spesenabrechnungen, Provisionsabrechungen und Fahrtenbücher seien "fallweise vorhanden" und würden nach Bedarf vorgewiesen. Es sei ihm nicht bekannt, daß er vom 1. Juni 1977 bis 31. August 1978 zur Pflichtversicherung angemeldet gewesen sei. Ebensowenig sei ihm bekannt gewesen, daß er außer diesem Zeitraum während der übrigen Tätigkeit nicht zur Pflichtversicherung angemeldet worden sei. Den Umstand, während seines sechzehnjährigen Beschäftigungsverhältnisses nicht gewußt zu haben, daß er nicht zur Pflichtversicherung angemeldet worden war, erklärte der Erstmitbeteiligte damit, er sei im Glauben gewesen, immer versichert zu sein. Aufgrund der mündlichen Erklärung "des Chefs", angemeldet zu sein, habe er auch nie früher etwas unternommen. Es sei ihm nicht bekannt gewesen, daß er als selbständiger Handelsvertreter angesehen worden sei.

In einer schriftlichen Eingabe an die Beschwerdeführerin vom 10. April 1984 erklärte der Erstmitbeteiligte, er sei für seine Tätigkeit als Provisionsverkäufer vom Finanzamt zur Einkommensteuer veranlagt worden. Nebenbei sei er auch als Kraftfahrer eingesetzt worden, wofür er jedoch nicht bezahlt worden sei, sondern nur Spesenersatz erhalten habe "und vor allem, damit die Firma mich bei der Sozialversicherung anmeldet". Er habe Fahrten für das Hotel W, Karl S, persönlich und in erster Linie Zustellfahrten bei den Kunden, sowie Eismaschinentransporte aus Italien und Kegelbahntransporte aus der Schweiz mit dem firmeneigenen LKW durchgeführt. Er sei der einzige Kraftfahrer der Gesellschaft gewesen, der einen Führerschein der Gruppe "C" besessen habe und es seien ständig zwei LKWs bei ihm zu Hause gestanden. Er besitze noch einige Fahrtenbücher mit der Unterschrift der Sekretärin. Er habe ohne weiteres Krankenscheine ausgefüllt bekommen, die er jedoch nie gebraucht habe. Weiters führte der Erstmitbeteiligte eine Reihe von Personen an, die seine kraftfahrerische Tätigkeit bestätigen könnten.

Der als Zeuge im Wege des Magistrates der Stadt Wien vernommene Johann M gab am 5. November 1984 an, daß er mit einigen Unterbrechungen von 1976 bis 11. Mai 1984 bei der Gesellschaft beschäftigt gewesen sei, und zwar als Automatenmechaniker im Außendienst. Er sei als Dienstnehmer unselbständig beschäftigt gewesen; der

Erstmitbeteiligte sei ihm als ehemaliger Mitarbeiter der Gesellschaft bekannt, nicht jedoch seine Tätigkeit. Er sei seines Wissens als Vertreter tätig gewesen, ob selbständig oder unselbständig sei ihm nicht bekannt. Seines Wissens habe der Erstmitbeteiligte auch Lieferungen durchgeführt. Näheres sei ihm unbekannt. Ob er weisungspflichtig gewesen sei und eine bestimmte Arbeitszeit einzuhalten gehabt hatte, sei ihm nicht bekannt.

1.1. Mit BESCHEID VOM 28. DEZEMBER 1984 stellte die Beschwerdeführerin gemäß § 410 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG in den jeweils geltenden Fassungen fest, daß der Erstmitbeteiligte in der Zeit vom 1. Juli 1965 bis 31. Mai 1977 und in der Zeit vom 1. September 1977 bis 17. Dezember 1981 bei der Gesellschaft in keinem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt tätig gewesen und daher die Kranken-, Arbeitslosen-, Pensions- und Unfallversicherungspflicht für diese Zeiträume zu verneinen sei. Nach einer Wiedergabe des Verfahrensganges begründet die Beschwerdeführerin ihren Bescheid damit, daß sie im Rahmen der Beweiswürdigung zur Auffassung gelangt sei, die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten sei in keinem Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG erfolgt.

1.1.1. Gegen diesen Bescheid wendete sich der Erstmitbeteiligte mit folgendem an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben:

"Betrifft: Bescheid vom 4.1.1985, VSNr. 3575051136

Ich, Herr Franz F, habe im Vorverfahren angegeben, daß ich bei der Firma X-GmbH, Wien als Kraftfahrer und Fahrverkäufer regelmäßig beschäftigt war und habe die Richtigkeit dieser Tätigkeit durch Angabe von Zeugen bestätigt. Sollten die angegebenen Zeugen nicht ausreichen, könnte ich noch eine Menge weiterer Zeugen anführen, die die Unwahrheiten, die gegen mich ausgesagt wurden, widerlegen können. Ich beantrage eine Gegenüberstellung mit der Sekretärin, Frau Johanna K, um ihr die falschen Aussagen zu widerlegen. Erstens habe ich nie einen Firmenstempel besessen und auch keine Krankenschein selbst ausgestellt. Die Krankenscheine hat Herr Karl S persönlich ausgestellt und unterschrieben. Weiters war ich nur dann berechtigt Zahlungen entgegenzunehmen, wenn ich eine ausdrückliche und schriftliche Vollmacht von Herrn S bekam. Die beiden LKWs wurden mir vom Firmeninhaber ständig zur Verfügung gestellt und nicht nur fallweise, wie es Frau K behauptet. Ich war außerdem der einzige Fahrer der Firma, der einen Führerschein Klasse C hatte und deshalb standen immer beide Fahrzeuge bei mir zu Hause, die mit Wechselkennzeichen in Wien angemeldet waren. Ich habe in dieser Zeit auch keinen eigenen PKW besessen, wie es mir angelastet wird. Im übrigen die Wahl der Kunden war mir keineswegs freigestellt. Ich mußte mich telefonisch bei Herrn S melden und er erteilte mir die Weisung, welche Kunden ich besuchen mußte; und ich berichtete über die Geschäftserfolge. Es war natürlich notwendig, die Kunden mehrmals aufzusuchen bis es zu einem Geschäftsabschluß kam, denn es waren ja Verträge über hohe Geldbeträge, die einer reiflichen Überlegung des Kunden bedurften. Natürlich war Herr S froh, wenn ich einen neuen Kunden werben konnte, aber grundsätzlich war ich bei der Wahl der Kunden nicht frei. Bezüglich der Benzinrechnungen mußte ich feststellen, daß ich nur solche selbst bezahlte, die ausschließlich bei meinen Reisen als Verkäufer für die Firma anfielen; jedoch bei Warenzustellungen, Serviceleistungen und Kegelbahnabholungen aus der Schweiz wurden selbstverständlich immer die Benzinkosten und Spesen von der Firma übernommen. Es ist mir unerklärlich, wie Frau K behaupten kann, daß ich nur als Handelsvertreter tätig war und keine anderen Arbeiten verrichtet hätte, wenn ich doch der einzige Kraftfahrer der Firma war und die LKWs - wie bereits erwähnt - bei mir zu Hause standen und ich sämtliche Warenzustellungen, nicht nur für meine Verkäufe sondern auch die meiner Mitarbeiter erledigte. Außerdem müßte doch Herr R (Kegelbahnfirma, Schweiz) bestätigen können, daß ich all die Jahre hindurch die Kegelbahnen in der Schweiz mit dem LKW abgeholt habe. Um es nochmals festzuhalten, für die kraftfahrerischen Tätigkeiten wurde ich nicht entlohnt, sondern tat es nur wegen der mündlichen Vereinbarung mit Herrn S, daß ich dafür bei der Firma sozialversichert bin."

1.1.2. Die Beschwerdeführerin legte dieses Schreiben als Einspruch dem Landeshauptmann für Steiermark vor und bekräftigte in ihrem Vorlagebericht vom 30. Jänner 1985, daß ihrer Meinung nach ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Erstmitbeteiligten im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht vorliege. In einer Stellungnahme zu diesem Vorlagebericht verwies der Erstmitbeteiligte im wesentlichen auf die bereits bisher von ihm gemachten Angaben, insbesondere, daß er für die Tätigkeit als Kraftfahrer keine Entlohnung bekommen habe, da er mit dem Geschäftsführer vereinbart hätte, daß dieser für ihn die Sozialleistungen zu entrichten habe. Weisungen seien ihm immer vom Geschäftsführer erteilt worden. Seine Arbeit als Kraftfahrer habe das Abholen von Kegelbahnen in der Schweiz, von Eismaschinen in Italien sowie die Zustellung dieser Waren und sämtlicher anderer Waren, die von der Gesellschaft vertrieben wurden, an die einzelnen Kunden umfaßt. Schon darin, daß er als einziger einen Führerschein

der Klasse "C" besessen habe, liege ein Beweis, daß ein Dienstverhältnis vorgelegen sei. Er habe nachweislich keinen eigenen PKW besessen. Nach Vorhalt des Schreibens des Finanzamtes Radkersburg vom 3. September 1984, wonach er im Rahmen der vorgenommenen Veranlagung zur Einkommensteuer nur Einkünfte aus selbständiger, nicht aber Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielt habe, wiederholte der Erstmitbeteiligte erneut, daß er für seine Tätigkeit als Kraftfahrer keine Entlohnung erhalten, dafür aber mit dem Geschäftsführer vereinbart habe, daß er für ihn die Sozialleistungen trage.

1.2. Nach Einholung von Stellungnahmen der Beschwerdeführerin, sowie der zweit- und drittmitbeteiligten Parteien hat die Einspruchsbehörde mit BESCHEID VOM

2. MÄRZ 1987 dem Einspruch des Erstmitbeteiligten keine Folge gegeben und den Bescheid der Beschwerdeführerin bestätigt.

1.2.1. Gegen diesen Bescheid erhob der Erstmitbeteiligte BERUFUNG. Im Zuge der Aufnahme einer Niederschrift vom 14. Oktober 1987 legte er sechs Fahrtenbücher vor, die er nach seinen Angaben in der Zeit von 1966 bis 1973 geführt habe und erklärte dazu, daß er in den Zeiten, für die er keine Fahrtenbücher besitze, im Durchschnitt sicher gleich oft unterwegs gewesen sei, wie in den durch Fahrtenbücher belegten Zeiten. Die Fahrten zu den Kunden hätten im Schnitt mindestens 48 Arbeitsstunden pro Woche betragen. Größere Fahrten zum Einkauf der Waren, insbesondere ins Ausland, seien unterschiedlich oft angefallen, der Schnitt dürfte bei zweibis dreimal pro Monat liegen. Ziel dieser Fahrten seien vor allem die Schweiz und Italien gewesen. Geliefert habe er vor allem Automaten, Eismaschinen und Kegelbahnen und dafür mindestens 48 Stunden an Arbeitszeit aufgewendet. Der Firmenchef persönlich habe ihn darüber informiert, welche Fahrten durchzuführen seien und im voraus das "Fahrtengeld" bezahlt. Die Abfahrtszeit sei ihm vorgeschrieben worden und er sei auch an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden gewesen, wobei diese schwer vorzugeben gewesen sei, da die Dauer der Fahrten durch Verkehrsverhältnisse, Wünsche der Kunden und Abfertigungszeiten der Ämter stark beeinflußt worden sei. Es sei ihm nicht möglich gewesen, eigenmächtig eine Fahrt zu unterbrechen; sobald der Auftrag ausgeführt gewesen sei, habe er wieder zurückfahren und sich nach der Rückkehr im Betrieb "beim Chef oder bei der Sekretärin" zurückmelden müssen. Er sei jederzeit für Fahrten zur Verfügung gestanden und habe sich täglich im Hotel W in Y, am Wohnsitz seines "Chefs", melden müssen. Unter anderem habe er den Messeverkauf übergehabt und sei in dieser Zeit nur für die Gesellschaft tätig gewesen.

1.2.2. Die Zeugin K hat anläßlich einer niederschriftlichen Einvernahme vom 30. Juni 1988 u.a. angegeben, daß sie als Sekretärin des Geschäftsführers mit dem Erstmitbeteiligten in Verbindung gestanden sei. Die mit dem Erstmitbeteiligten getroffenen Vereinbarungen hätten sich nur auf die selbständige Vertretertätigkeit, ausgenommen Transporte von Geräten aus der Schweiz und Italien, bezogen. Bei den LKWs habe es sich um Kleintransporter mit 3,5 t gehandelt; einige Angestellte seien damit auch gefahren. Wie oft und wieviele Stunden diese Transporte durchgeführt worden seien, sei ihr nach mehr als zehn Jahren nicht mehr bekannt. Die Aufträge zu den Fahrten habe der Erstmitbeteiligte von ihr oder vom Geschäftsführer erhalten. An Weisungen sei er nicht gebunden gewesen. Fahrtenbücher seien geführt worden, diese seien auch von der Krankenkasse und vom Finanzamt kontrolliert worden. Der Erstmitbeteiligte habe durch seine andere Berufstätigkeit nicht immer sofort zur Verfügung stehen können. Die Krankenscheine der anderen Angestellten seien im allgemeinen in Vollmacht des Geschäftsführers von ihr ausgestellt worden. Die Unterschrift auf dem Krankenschein, der vom Hotel W ausgestellt worden sei, stamme vom Geschäftsführer, der Krankenschein der Gesellschaft trage eine ihr unbekannte Unterschrift. Das Hotel W habe mit dieser Gesellschaft nichts zu tun gehabt; dem Geschäftsführer habe das Hotel zwar gehört, es sei aber eine andere Firma gewesen. Der Erstmitbeteiligte sei selbständiger Provisionsvertreter und nicht Kraftfahrer der Gesellschaft gewesen. Die anlaufenden Spesen seien jeweils nach Absprache mit dem Geschäftsführer ersetzt worden. Als selbständiger Vertreter habe der Erstmitbeteiligte auch auf Abruf die Transporte von der Schweiz und Italien durchgeführt. Auf diese Angaben replizierte der Erstmitbeteiligte in einer (im wesentlichen seine bisherigen Behauptungen wiederholenden) schriftlichen Stellungnahme vom 19. Mai 1989. 1.2.3. Mit Schreiben vom 3. Juli 1989 legte der Erstmitbeteiligte der belangten Behörde maschinschriftliche Aufstellungen vor, in denen nach Datum, Bestimmungsort, Zweck der Fahrt, Eigenschaft des Erstmitbeteiligten als Kraftfahrer oder Fahrverkäufer, Auftraggeber (Firma oder Hotel) sowie Zeit und Art des Beförderungsmittels Fahrten in der Zeit von Mai 1966 bis September 1981 aufgelistet sind. Zu diesen Aufstellungen bringt der Beschwerdeführer in diesem Schreiben vor:

"Auf den folgenden 14 Seiten ersehen sie eine chronologische Auflistung der Fahrten aus den beigelegten Autobüchern, Lieferscheinbüchern und Spesenabrechnungszetteln. Ich möchte nochmals betonen, daß das

vorhandene Material nicht vollständig ist und der Zeitraum von 1966 bis 1981 daher nur zum Teil belegt werden kann. Wie ich schon in meinem Schreiben vom 10. Mai 1989 erwähnte, war meine Tätigkeit bei der Firma X-GmbH das Abholen der Geräte von den Herstellern, Zustellung und Montage bei den Kunden sowie deren Wartung und Inkasso. Es ist jetzt natürlich schwer, eine Trennung zwischen den rein kraftfahrerischen Tätigkeiten und die eines Fahrverkäufers, was ich als meine Berufsbezeichnung sehe, zu machen. Ich bin bei der Aufstellung wie folgt vorgegangen: Ich habe alle Kundenbesuche ohne Warenzustellungen, alle Fahrten für Inkasso und jene Warenzustellungen, bei denen der Kunde von mir ausfindig gemacht wurde, in der Spalte Fahrverkäufer angekreuzt. Alle Fahrten, wo ich Waren von den Herstellern abgeholt habe, Retourwaren ins Lager transportiert, Störungsdienste und Reparaturen gemacht habe und vor allem Warenzustellungen, wo ich mit der Verkaufsabwicklung nichts zu tun hatte - d.h. Herr S oder andere Mitarbeiter die Waren verkauft hatten, habe ich in der Spalte Kraftfahrer angekreuzt. Ich habe versucht, diese Aufstellung nach bestem Wissen und Gewissen zu machen, wie es eben nach so langer Zeit und bei so unvollständigen Aufzeichnungen noch möglich ist."

1.3. Mit dem BESCHEID VOM 12. OKTOBER 1989 hat die belangte Behörde der Berufung des Erstmitbeteiligten teilweise Folge gegeben und in Abänderung des bekämpften Bescheides festgestellt, daß der Erstmitbeteiligte "auf Grund seiner Beschäftigung als Dienstnehmer bei der X-GmbH in der Zeit vom 1. Juli 1965 bis 31. Mai 1977 und vom 1. September 1977 bis 17. Dezember 1981 nur in" (insgesamt 64 im Bescheid angeführten) "Monaten nicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG vollversichert und gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG arbeitslosenversichert" gewesen sei. Nach einer Darstellung des Verfahrensganges und der von ihr angewendeten Rechtsvorschriften begründet die belangte Behörde ihren Bescheid im wesentlichen damit, daß kein Anhaltspunkt für eine Unrichtigkeit der in den vom Erstmitbeteiligten vorgelegten "Autobüchern" enthaltenen Angaben erkennbar und daher davon auszugehen sei, daß der Erstmitbeteiligte diese Fahrten tatsächlich durchgeführt habe und die Fahrten den angegebenen Zweck gehabt hätten. Da der Erstmitbeteiligte selbst angegeben habe, daß er immer genaue Fahrtenbücher zu führen gehabt hätte, sei auch anzunehmen, daß die vorgelegten "Autobücher" alle Fahrten des Mitbeteiligten für die Gesellschaft in den von ihnen umfaßten Zeiten, somit in den Monaten Mai 1966, Juli 1966 bis Juli 1969 und Jänner bis Juni 1973, enthielten. Es bestehe weiters kein Grund, die Angaben des Erstmitbeteiligten in seinem Schreiben vom 3. Juli 1989 über die Dauer der einzelnen Fahrten zu bezweifeln, wobei die von ihm angeführte Fahrdauer "1 Tag" in diesem Zusammenhang nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als Arbeitszeit von acht Stunden anzusehen sei. Nachdem sich die Beantwortung der Frage, ob die Fahrten vom Erstmitbeteiligten als Kraftfahrer und für die Gesellschaft durchgeführt worden seien, häufig bereits aus dem Zweck der Fahrten ergebe und seine Angaben darüber keinen Widerspruch erkennen ließen, seien sie somit ebenfalls durchaus glaubwürdig. Aus den - von der belangten Behörde für jeden Monat im Detail festgestellten - Stunden in Verbindung mit den "zwischen der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Sektion Handel und der Gewerkschaft Handel, Transport, Verkehr, Sektion Handel abgeschlossenen Kollektivverträgen in der jeweils geltenden Fassung" habe der Erstmitbeteiligte trotz seiner Behauptung, es sei für seine Tätigkeit als Kraftfahrer kein Entgelt vereinbart worden, für die in den "Autobüchern" festgehaltenen Fahrten einen Entgeltanspruch, der nur in insgesamt 14 (im Bescheid angegebenen) Monaten die jeweils geltende Geringfügigkeitsgrenze nicht überstiegen habe. Der Entgeltanspruch des Erstmitbeteiligten sei von den durch die "Autobücher" belegten 44 Monaten somit in 14 Monaten, im Durchschnitt also ungefähr in jedem dritten Monat, unter der Geringfügigkeitsgrenze gewesen. Nachdem außer den Angaben des Erstmitbeteiligten, er sei in der übrigen Zeit ungefähr gleich oft unterwegs gewesen, keine Anhaltspunkte über die Arbeitszeiten in der übrigen Zeit vorlägen und kein Grund bestehe, an der Richtigkeit dieser Angaben des Erstmitbeteiligten zu zweifeln, sei bei der Lösung der Frage, wann dessen Entgeltanspruch in der übrigen Zeit die Geringfügigkeitsgrenze überstiegen habe, von dem sich aus den belegten Zeiten ergebenden Durchschnitt auszugehen. Danach sei es "in den im Spruch angeführten, jeweils dritten Monaten abstrakt am wahrscheinlichsten", daß die Beschäftigung des Erstmitbeteiligten als geringfügig anzusehen sei. Bereits aus dem Umstand, daß der Erstmitbeteiligte längere Zeit, wenn auch nur nach Bedarf, als Kraftfahrer beschäftigt gewesen sei und die Fahrzeuge der Gesellschaft gehörten, sei auf seine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit zu schließen. Auch wenn der Erstmitbeteiligte möglicherweise bei der Entscheidung darüber, welche Fahrten er durchzuführen hatte, mitwirken konnte und die Arbeitszeit nicht im vorhinein festgesetzt wurde, so bestehe kein Anhaltspunkt dafür, warum die Gesellschaft ihm ein Fahrzeug ohne entsprechende zeitliche Bindung überlassen und im vorhinein auf das Recht verzichtet haben sollte, in die Tätigkeit des Erstmitbeteiligten durch Weisungen einzugreifen. Es bestehe daher kein Grund, an der Glaubwürdigkeit der Angaben des Erstmitbeteiligten, er habe sich beim Geschäftsführer der Gesellschaft melden müssen, habe von ihm erfahren, welche Fahrten er zu welcher Zeit durchzuführen habe, sei nicht berechtigt

gewesen, die Fahrt eigenmächtig zu unterbrechen und habe sich nach der Rückkehr zurückmelden müssen, zu zweifeln. Es sei auch nicht anzunehmen, daß die Gesellschaft es ihm überlassen habe, ihre Fahrzeuge einem Dritten als Vertreter des Erstmitbeteiigten zu überlassen.

Die Angaben der Zeugin K stünden der Glaubwürdigkeit der Angaben des Erstmitbeteiligten in Wahrheit nicht entgegen:

Diese habe sich zwar darauf berufen, daß der Erstmitbeteiligte nicht Dienstnehmer, sondern "selbständiger Provisionsvertreter" gewesen sei, ihren Angaben läge aber weitgehend lediglich eine vom Vorbringen des Erstmitbeteiligten abweichende Beurteilung von Rechtsfragen zugrunde, wobei der maßgebliche Sachverhalt aus ihren Angaben kaum erkennbar sei. Dies gelte auch für die Behauptung, der Erstmitbeteiligte sei nicht an Weisungen gebunden gewesen. Es sei zwar durchaus anzunehmen, daß eine Weisungsbefugnis der Gesellschaft nicht ausdrücklich vereinbart worden sei und dem Erstmitbeteiligten nach der Einschätzung der Zeugin nie Weisungen erteilt worden seien, es sei aber kein Grund dafür erkennbar, warum der Erstmitbeteiligte entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung bei den Fahrten, zu denen er nach den Angaben der Zeugin vom Geschäftsführer oder von ihr selbst beauftragt worden sei, als Kraftfahrer nicht zumindest einer "stillen Autorität" unterlegen sein sollte. Die Behauptung, der Erstmitbeteiligte habe keine Arbeitszeit einzuhalten gehabt, sei insofern unbestritten, als er an keine für eine längere Zeit festgesetzte gleichbleibende Arbeitszeit gebunden gewesen sei. Die Annahme, daß es ihm überlassen gewesen wäre, die Transporte der Waren und die Servicearbeiten bei den Kunden nach seinem Belieben durchzuführen, sei aber lebensfremd. Letzlich widerspreche nur die Aussage der Zeugin, der Erstmitbeteiligte habe neben seiner Vertretertätigkeit nur Transporte von Geräten aus der Schweiz und aus Italien durchgeführt, den Angaben des Erstmitbeteiligten. Dem stünden aber die Aufzeichnungen in den "Autobüchern" entgegen. Abschließend sei festzuhalten, daß sowohl die vom Erstmitbeteiligten als auch die von der Zeugin als Vertreterin der Gesellschaft gebotenen Darstellungen der getroffenen Vereinbarungen schon deshalb als äußerst zweifelhaft erschienen, weil der Erstmitbeteiligte nach den Aufzeichnungen in den "Autobüchern" durchaus nicht nur als Handelsvertreter beschäftigt gewesen sei, sondern sehr wohl zahlreiche Warentransporte und Servicearbeiten bei Kunden durchgeführt habe, es andererseits aber nicht einzusehen sei, warum er dafür nicht entsprechend entlohnt worden sein sollte. Da es aber bei Beurteilung der Frage nach dem Bestehen einer Pflichtversicherung auf die tatsächlichen Verhältnisse ankomme und Entgeltlichkeit der Beschäftigung bereits durch einen kollektivvertraglichen Entgeltanspruch begründet werde, sei von diesen Umständen abzusehen und der maßgebliche Sachverhalt aufgrund der oben dargestellten Erwägungen festzustellen gewesen.

1.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes erhobene Beschwerde die sich - wie ihr gesamtes Vorbringen zeigt - nur gegen jenen Bescheidspruch wendet, mit welchem die Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten bejaht wird. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, jedoch - ebenso wie die mitbeteiligten Parteien - keine Gegenschrift erstattet.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. Die im Vordergrund des vorliegenden Beschwerdefalles stehende Frage, ob die Dienstleistungen des Erstmitbeteiligten im beschwerdegegenständlichen Zeitraum im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG eher das Gepräge persönlicher Abhängigkeit aufgewiesen oder ob die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit überwogen haben (vgl. dazu und zum folgenden das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1984, Slg. 11361/A, mit zahlreichen Hinweisen und Belegstellen, auf dessen Rechtsausführungen insoweit gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird), ist danach zu beantworten, in welche Richtung vor allem die dafür entscheidungskräftigen Kriterien deuten, nämlich, ob eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten durch seine Bindung an Ordungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten und die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, sowie die (damit eng verbundene) persönliche Arbeitspflicht vorliegt, bzw. ob dies nicht der Fall ist. Das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers) schließt dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht aus. 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 von maßgebender

Bedeutung sein (vgl. dazu das grundlegende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A, sowie das bereits erwähnte Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11361/A).

2.2. Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind zwei verschiedene Dienstleistungen des Erstmitbeteiligten Beurteilungsgegenstand dieses Verfahrens, nämlich eine Vertretertätigkeit gegen Provision (für die der Erstmitbeteiligte die Versicherungspflicht reklamiert, während die Beschwerdeführerin meint, daß es sich um eine selbständige Erwerbstätigkeit gehandelt habe) und die Tätigkeit als Kraftfahrer mit bestimmten Transportaufgaben (von der der Erstmitbeteiligte wieder behauptet, sie sei unentgeltlich, bloß gegen Spesenersatz erfolgt, wofür sich aber die Gesellschaft verpflichtet habe, ihn zur Sozialversicherung zu melden).

2.2.1. Die belangte Behörde setzt sich mit der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten als Vertreter nicht auseinander, gelangt aber aufgrund seiner Tätigkeit als Kraftfahrer zur Bejahung der Versicherungspflicht im verfahrensgegenständlichen Zeitraum, allerdings mit Unterbrechungen im Ausmaß von (insgesamt) 64, als "geringfügig entlohnt" (und daher von der Vollversicherungspflicht gemäß § 5 Abs. 1 Z. 2 iVm Abs. 2 AlVG als ausgenommen) angesehenen Monaten. Die belangte Behörde erschließt hinsichtlich der (von ihr aufgrund der Angaben des Erstmitbeteiligten als erwiesen angenommenen) Transportfahrten das Vorliegen eines Verhältnisses persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit aus dem Umstand, daß der Erstmitbeteiligte "längere Zeit - wenn auch nur nach Bedarf" als Kraftfahrer beschäftigt gewesen sei und daraus, daß die Fahrzeuge der Gesellschaft gehörten. Daran knüpft die belangte Behörde die Erwägung, daß selbst dann, wenn der Erstmitbeteiligte "möglicherweise bei der Entscheidung darüber, welche Fahrten er durchzuführen hatte" hätte mitwirken können und die "Arbeitszeit nicht im vorhinein festgesetzt" worden sei, doch kein Anhaltspunkt dafür bestünde, warum die Gesellschaft ihm ein Fahrzeug ohne entsprechende zeitliche Bindung überlassen und im vorhinein "auf das Recht verzichtet haben sollte, in seine Tätigkeit durch Weisungen einzugreifen".

2.2.2. Abgesehen davon, daß diese Argumentation ein Gemenge aus rechtlichen Überlegungen und Beweiswürdigungselementen darstellt, worin die Behörde letztlich offenläßt, ob und inwieweit nun eine Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Erstmitbeteiligten vorliegt oder nicht, ist dem Verwaltungsgerichtshof auch nicht erkennbar, woraus die belangte Behörde das Weisungsrecht der Gesellschaft gegenüber dem Erstmitbeteiligten ableitet, welches sie - wie die Ausführungen zum (zumindest erwogenen) Verzicht der Gesellschaft auf dasselbe zeigen - offenbar als vorgegeben ansieht. Vor allem aber ist schon der diesen Erwägungen zugrundeliegende Ansatz verfehlt, wonach dem Umstand, daß der Erstmitbeteiligte nur nach Bedarf beschäftigt gewesen sei, für die Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit keine Bedeutung zukomme. Entgegen der dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Annahme, daß schon die "längere Zeit", während derer der Erstmitbeteiligte "nach Bedarf" Arbeitsleistungen erbrachte, einen Schluß auf seine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit zulasse, kommt es bei nicht durchgehend, sondern "nach Bedarf" wiederkehrend verrichteten Tätigkeiten zunächst darauf an, ob überhaupt EIN DURCHGEHENDES BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNIS im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vorliegt. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine im voraus bestimmte (oder bestimmbare) periodisch wiederkehrende Leistungspflicht (täglich, wöchentlich, monatlich) vereinbart wurde (vgl. das Erkenntnis vom 23. September 1970, Slg. 7859/A), wobei bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung die im nachhinein tatsächlich feststellbare, periodisch wiederkehrende Leistung ein Indiz für eine im vorhinein zumindest SCHLÜSSIG getroffene Vereinbarung darstellt (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 16. Jänner 1990, Zl. 88/08/0260, und vom 27. März 1990, Zl.89/08/0204). Läßt sich entweder eine Periodizität in diesem Sinne nicht feststellen oder bestand für den Erstmitbeteiligten die Möglichkeit einer sanktionslosen Ablehnung der einzelnen Transportaufträge, wodurch er in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei gewesen wäre und daher die Gesellschaft nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Erstmitbeteiligten rechnen und darüber ensprechend disponieren hätte können (vgl. dazu die bereits erwähnten Erkenntnisse vom 4. Dezember 1957, Slg. Nr. 4495/A, und vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11061/A), so kämen (nur) die reinen Beschäftigungszeiten als versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse in Betracht.

2.2.3. Es ist aber auch rechtsirrig, wenn die belangte Behörde schon aus dem Umstand, daß der Erstmitbeteiligte Leistungen als Kraftfahrer für die Gesellschaft erbracht hat, unter Heranziehung von (im Bescheid - entgegen der in den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 8. Oktober 1987, Zl.87/08/0126, vom 23. Mai 1989, Zl. 88/08/0161 u.a. zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung - nicht näher bezeichneten) Kollektivverträgen auf die Entgeltlichkeit der Leistungserbringung schließt. Wie der Verwaltungsgerichtshof u. a. in seinem Erkenntnis vom 10. Oktober 1980, Slg.10258/A, ausgesprochen hat, ist die Entgeltlichkeit kein bloßes Merkmal des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, sondern eine weitere Voraussetzung der Vollversicherungspflicht im Sinne des § 4 Abs. 2

ASVG. Gemäß § 1152 ABGB gilt für den Arbeitsvertrag ein angemessenes Entgelt u.a. dann als bedungen, wenn nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist. Das Dienstverhältnis ist daher zwar im Zweifel entgeltlich (vgl. OGH vom 7. Februar 1978, Arb. 9665), eine Vereinbarung der Unentgeltlichkeit kann aber ausdrücklich oder schlüssig erfolgen (vgl. OGH vom 6. Oktober 1970, Arb. 8817 u.a.), sofern nur in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise Unentgeltlichkeit gewollt ist (vgl. dazu etwa WILHELM, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse, in:

Tomandl, Hrsg., Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1 ff, insbesondere 16 f). Wurde zulässigerweise Unentgeltlichkeit vereinbart, dann könnte eine Verpflichtung zur Entgeltleistung auch nicht durch Kollektivvertrag begründet werden (so TOMANDL, Arbeitsrecht 2, 50; ebenso SPIELBÜCHLER in:

Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht I3, 41; AA BERGER, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht4, 1988, 29). Wenngleich unentgeltliche Dienstverhältnisse in diesem Sinne eher selten sein, und wenn, dann aus ganz bestimmten, die (sonst das Arbeitsverhältnis dominierende) Erwerbsabsicht substituierenden Motiven entspringen werden (vgl. WILHELM, aaO, 16 f; KOCEVAR, Unentgeltliche Dienstleistungen, DRdA 1975, 77 ff), so durfte die belangte Behörde die während des gesamten Verwaltungsverfahrens immer wieder bekräftigte Behauptung des Erstmitbeteiligten, es habe für seine Tätigkeit als Kraftfahrer kein Entgeltanspruch bestanden, sondern es sei lediglich der Ersatz der tatsächlichen Spesen vereinbart gewesen, nicht unter Hinweis auf Kollektivverträge, deren Anwendung jedenfalls die Feststellung voraussetzen würde, daß die Unentgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses nicht zweifelsfrei feststeht, unerörtert lassen. Die belangte Behörde hätte insbesondere die Frage prüfen müssen, ob tatsächlich eine Vereinbarung der Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung vorliegt, wie der Erstmitbeteiligte behauptet oder ob in der Abrede, daß der Erstmitbeteiligte "dafür" (nämlich offenbar, daß er kein Entgelt für die Transportfahrten erhielt) zur Sozialversicherung gemeldet werden sollte, lediglich teils eine arbeitsrechtlich unzulässige Überwälzung des gemäß § 51 Abs. 3 ASVG vom Dienstgeber zu tragenden Anteils an den Sozialversicherungsbeiträgen auf den Dienstnehmer, im übrigen aber eine sozialversicherungsrechtlich unbeachtliche Verkürzung des Anspruchslohnes (sei es des noch festzustellenden kollektivvertraglichen Mindestlohnes oder des angemessenen Lohns im Sinne des § 1152 ABGB) gelegen ist. Von einer Vereinbarung der Unentgeltlichkeit könnte im übrigen auch dann nicht die Rede sein, wenn der Erstmitbeteiligte und der Geschäftsführer der Gesellschaft übereingekommen wären, den Erstmitbeteiligten (als Gegenleistung für die Erbringung der Transportleistungen ohne gesondertes Entgelt) zur Sozialversicherung anzumelden, um dadurch eine (aus der damaligen Sicht der Beteiligten nicht bestehende) Sozialversicherungspflicht bloß vorzutäuschen: Eine solche Vereinbarung wäre gemäß § 879 ABGB wegen Verstoßes gegen die einschlägigen Rechtsvorschriften des ASVG über die Versicherungspflicht zwar (teil-)nichtig, würde aber für den Fall, daß - entgegen den rechtlichen Vorstellungen der Partner dieser Abrede - doch ein abhängiges Dienstverhältnis vorgelegen wäre, den Anspruch des Erstmitbeteiligten auf Entgelt nach § 1152 ABGB unberührt lassen.

Für den Fall der Bejahung der Entgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses des Erstmitbeteiligten wären bei Prüfung der Frage einer geringfügigen Beschäftigung im Sinne des § 5 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG - in Abhängigkeit davon, ob ein durchlaufendes Beschäftigungsverhältnis oder ob jeweils kürzere Beschäftigungsverhältnisse (jeweils für Tage, Wochen oder aber auch für einzelne Monate) vorlagen - die entsprechenden Geringfügigkeitsgrenzen des § 5 Abs 2 ASVG auf die jeweils in Betracht kommenden Zeitabschnitte anzuwenden.

2.2.4. Die belangte Behörde hat schließlich auch für die von den Aufzeichnungen des Erstmitbeteiligten nicht erfaßten Zeiträume die Versicherungspflicht bejaht. Dabei hat sie zunächst für alle Monate jene Zahl von Arbeitsstunden als erbracht angenommen, welche sie als Durchschnitt für jene Zeiträume ermittelt hat, die von den Aufzeichnungen des Erstmitbeteiligten erfaßt waren; sodann hat die belangte Behörde (in Entsprechung des rein RECHNERISCHEN Anteils der als geringfügig entlohnt festgestellten Monate an der Gesamtzahl der "belegten" Beschäftigungsmonate) jeden (in der Reihenfolge) dritten Monat der von den Aufzeichnungen nicht erfaßten Zeiträume als geringfügig entlohnt im Sinne des § 5 Abs. 2 ASVG behandelt. Die gegen diese Vorgangsweise in der Beschwerde vorgebrachten Argumente sind berechtigt: Die Frage der Versicherungspflicht ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 4. Mai 1977, Slg. Nr. 9315/A, und das hg. Erkenntnis vom 14. März 1989, Zl. 88/08/0249) hinsichtlich der maßgeblichen Sach- und Rechtslage ZEITRAUMBEZOGEN zu beurteilen. Schon aus diesem Grund verbietet sich die Vorgangsweise der belangten Behörde, dem konkret zu beurteilenden Zeitraum Tatsachenfeststellungen (etwa den Umfang der erbrachten Arbeitsstunden betreffend) zugrunde zu legen, die auf andere Zeiträume bezogen sind, auch wenn es sich - wie hier die Arbeitsstunden - um Größen handelt, die einer

mathematischen Durchschnittsrechnung zugänglich wären. Dies gilt im besonderen Maße jedoch für die Feststellung einer geringfügig entlohnten Beschäftigung, die eine ZEITRAUMBEZOGENE Gegenüberstellung des im fraglichen Zeitraum zustehenden bzw. tatsächlich erzielten täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitsverdienstes mit den in § 5 Abs.2 lit. a und b ASVG (lit. c kommt nach der Sachlage nicht in Betracht) genannten Grenzbeträgen erfordert.

2.3. Da die belangte Behörde diese Rechtslage verkannt hat, war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

3.0. Im Hinblick auf das nunmehr fortzusetzende Berufungsverfahren wird aus verfahrensökonomischen Gründen ergänzend auf folgendes hingewiesen:

3.1. Die belangte Behörde sucht einer abwägenden Würdigung den Angaben der Zeugin K dadurch zu entgehen, daß sie die Angaben der Zeugin als von einer (unrichtigen) Rechtsauffassung (der Zeugin) abgeleitet darstellt und ihnen aus diesem Grund offenbar die Eignung, einen (der Beweiswürdigung zugänglichen) Sachverhalt wiederzugeben, abspricht. Angesichts des tatsächlichen (eingangs wiedergegebenen) Inhaltes der verschiedenen Aussagen dieser Zeugin verstößt diese Auffassung der belangten Behörde ist unzutreffend und beruht auf einer Fehlinterpretation dieser Aussagen.

3.2. Die Beweiswürdigung der belangten Behörde ist auch insoweit unschlüssig, als sie (davon ausgehend, daß eine Weisungsbefugnis der Gesellschaft nicht ausdrücklich vereinbart und dem Erstmitbeteiligten auch keine Weisungen erteilt wurden) schon aus der Beauftragung des Erstmitbeteiligten mit einer Transportfahrt und aus der "allgemeinen Lebenserfahrung" auf das Vorliegen einer "stillen Autorität" der Gesellschaft schließt. Dementgegen ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung weder auszuschließen, daß der Beschwerdeführer die Transportfahrten zumindest zum Teil als "Serviceleistung" im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Vertreter verrichtet hat, noch ist auszuschließen, daß der Erstmitbeteiligte hinsichtlich seiner gesamten Arbeitsleistung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt war. Da somit vorliegendenfalls die Berufung auf die allgemeine Lebenserfahrung allein zur Beurteilung der Sachlage weder in der einen noch in der anderen Richtung ausreicht, wird die belangte Behörde (gemäß ihrer sich aus § 60 AVG 1950 ergebenden Verpflichtung) im fortzusetzenden Verfahren in der Begründung ihres Bescheides den von ihr als erwiesen angenommenen Sachverhalt (darunter sind alle für die Beurteilung der Versicherungspflicht einer Beschäftigung erforderlichen Umstände zu verstehen) darzulegen und sodann (unter Einbeziehung sämtlicher Verfahrensergebnisse) anzugeben haben, aufgrund welcher für die Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen sie gerade zu diesem Sachverhalt gelangt ist (vgl. dazu schon das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 1948, Slg. N.F. 285/A, sowie die Erkenntnisse vom 9. Juni 1972, Zl. 1482/71, vom 20. April 1979, Zl. 1222/78, und vom 5. Juni 1981, Zl. 08/0085/80).

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

Schlagworte

Dienstnehmer Begriff Beschäftigung gegen EntgeltAnzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beachtung einer Änderung der Rechtslage sowie neuer Tatsachen und BeweiseDienstnehmer Begriff Persönliche AbhängigkeitDienstnehmer Begriff Verfahrensrecht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1990:1989080334.X00

Im RIS seit

18.10.2001

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2014

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2024 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at