

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/5/7 2006/08/0276

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.05.2008

## Index

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

## Norm

AIVG 1977 §1 Abs1 lit a;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §471a;  
ASVG §471b;  
ASVG §471c;  
ASVG §5 Abs2 Z1;  
ASVG §7 Z3 lit a;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Köller, Dr. Moritz und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der W GmbH in A, vertreten durch die Dr. Martin Brandstetter Rechtsanwalt GmbH in 3300 Amstetten, Bahnhofstraße 2, Hofmann Center, gegen den Bescheid der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 10. August 2006, Zl. BMSG-229470/0002- II/A/3/2006, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. M in S; 2. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77;

3. Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 4. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert Stifter Straße 65), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Gesellschaft hat dem Bund (Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen zu ersetzen:

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Warenpräsentationstätigkeit für die beschwerdeführende Gesellschaft im Zeitraum

von 9. Mai 2003 bis 31. Mai 2003 nicht als "geringfügige Dienstnehmerin" der Teilversicherungspflicht in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z. 3 lit. a ASVG unterlegen sei sowie dass sie an näher genannten Tagen im Zeitraum vom 13. Juli 2001 bis zum 18. Dezember 2003 gemäß §§ 471a, 471b und 471c ASVG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei.

In der Begründung gab die belangte Behörde den Spruch des vom Landeshauptmann von Oberösterreich bestätigten erstinstanzlichen Bescheides der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 22. April 2004 wieder, wonach die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Warenpräsentationstätigkeit für die beschwerdeführende Gesellschaft in der Zeit vom 9. Mai 2003 bis 31. Mai 2003 als geringfügige Dienstnehmerin der Teilversicherung in der Unfallversicherung und vom 13. Juli 2001 bis 16. Februar 2002, vom 11. April 2002 bis 13. Juli 2002, vom 19. September 2002 bis 24. Dezember 2002, vom 1. Juni 2003 bis 19. Juli 2003, vom 18. September bis 19. September und am 18. Dezember 2003 als Dienstnehmerin der Pflichtversicherung in der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) unterlegen sei.

Nach Darstellung des weiteren Ganges des Verwaltungsverfahrens und der Rechtslage traf die belangte Behörde folgende Feststellungen:

"(Die Erstmitbeteiligte) war für die (beschwerdeführende Gesellschaft) ... als Werbedame tätig und hat in diesem Zusammenhang Marken wie Landhof, Dark Dog etc. in Kaufhäusern beworben. Es wurde zwischen (der Erstmitbeteiligten) und der (beschwerdeführenden Gesellschaft) ein Vertrag, bezeichnet als Werkvertrag (dieser weist jedoch kein Datum und keine Unterschrift der (beschwerdeführenden Gesellschaft) auf!!) abgeschlossen.

Laut diesem Vertrag übernimmt der Werkvertragnehmer die Ausführung dieses Werkvertrages. Bei Durchführung dieser Arbeiten ist er hinsichtlich der zeitlichen Einteilung, der Dauer und des Ablaufs der Arbeit, außer an die örtlichen Gepflogenheiten, an keine Weisungen gebunden. Gegen ähnliche Tätigkeiten für andere Firmen - mit Ausnahme des Hauptmitbewerbers - bestehen keine Einwände. Die Tätigkeit unterliegt keiner direkten Beaufsichtigung. Wir behalten uns jedoch das Recht vor, die Erfüllung der vertraglichen Tätigkeiten zu überprüfen.

Der Werkvertragnehmer ist berechtigt sich zu Erfüllung seiner Tätigkeiten anderer, geeigneter Personen zu bedienen bzw. sich vertreten zu lassen. Sollte der Werkvertragnehmer verhindert sein seine Verpflichtungen im Rahmen des Vertrages zu erfüllen, so hat dieser auch keinen Anspruch auf Honorierung. Bei nicht erfolgreicher Erbringung der Leistung dem Kunden gegenüber, wird das Honorar nur aliquot bzw. nicht fällig.

Der Werkvertragnehmer bestätigt, dass er das Honorar aus diesem Vertrag selbst beim zuständigen Finanzamt veranlagen wird und eventuelle Steuern selbst zu tragen hat.

Der Werkvertragnehmer erbringt die vertragliche Leistung mittels Gewerbeschein bzw. als 'Neuer Selbstständiger' ohne Gewerbeschein und unterliegt nicht dem Angestelltengesetz. Er hat eine eventuelle Sozialversicherungspflicht selbst dem zuständigen Sozialversicherungsträger zu melden und eventuelle Sozialversicherungsbeiträge selbst zu tragen.

Das Rechtsverhältnis kann jederzeit aufgelöst werden.

Das Entgelt wird individuelle mit dem Werkvertragnehmer vereinbart und am 15. des darauf folgenden Monats nach Einlangen der Honorarnote ausbezahlt. Wir behalten uns das Recht vor, das Honorar erst nach Vorliegen sämtlicher Unterlagen und gegebenenfalls Rückgabe der Theke und aller zur Verfügung gestellten Werbemittel auszubezahlen.

Der Ablauf der Tätigkeit gestaltete sich tatsächlich wie folgt:

Ein bis zweimal im Monat präsentierte (die Erstmitbeteiligte) zwischen 9 und 18 Uhr für einen Stundenlohn von EUR 7,- - und einer etwaigen Wegpauschale Waren in einem Kaufhaus in W oder V. Ab 3. Oktober 2002 erhielt sie eine tägliche Pauschale in der Höhe von EUR 66,--.

Den Einsatzort, den Tag und die Arbeit (die Aufträge) erhielt sie jeweils telefonisch von der (beschwerdeführenden Gesellschaft) zugeteilt. (Die Erstmitbeteiligte) war verpflichtet, während der Geschäftszeit anwesend zu sein, dies war jedoch nicht zwingend von 9 bis 18 Uhr, sondern richtete sich nach den jeweiligen Öffnungszeiten der Kaufhäuser. Wenn sie Mittagspause gemacht hat, hat sie einen Zettel mit der Dauer der Mittagspause auf den Pult gelegt, worauf die Zeit der Abwesenheit eingetragen wurde. Dies wird auch durch die Berufungswerberin in ihrem Einspruch bestätigt."

In der Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, dass dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft, die Erstmitbeteiligte habe ihre Tätigkeit nach Belieben zwischen 9.00 Uhr und 18.00 Uhr erbringen können, nicht gefolgt werden könne, da es im Interesse der Auftraggeber der beschwerdeführenden Gesellschaft gewesen sei, die Produkte einer möglichst breiten Kundenschicht zu präsentieren und Rückmeldungen über die Reaktion der Verbraucher zu den jeweiligen Produkten zu erhalten. Somit sei es aber auch notwendig gewesen, die Bewerbung der Produkte über einen längeren Zeitraum durchzuführen, was am ehesten während der Öffnungszeiten der jeweiligen Kaufhäuser möglich gewesen sei. Eine "kurzweilige" (gemeint wohl: kurzzeitige) Bewerbung der Produkte über wenige Stunden sei nicht im Interesse der Auftraggeber gelegen. Die beschwerdeführende Gesellschaft habe in ihrem Einspruch angegeben, dass "Pausen am Pult hinterlegt" werden müssten, um die Kunden zu informieren, dass in Kürze wieder eine Beratung stattfinden werde bzw. sie in Kürze wieder eine Probe erhalten könnten. Es sei demnach davon auszugehen, dass die Erstmitbeteiligte ihre Tätigkeit nicht nach ihrem eigenen Gutdünken habe erbringen können und an Anwesenheitszeiten gebunden gewesen sei. Die einzelnen Beschäftigungstage seien gesondert vereinbart worden und es sei im Belieben der Erstmitbeteiligten gestanden, entweder zu- oder abzusagen. Die beschwerdeführende Gesellschaft habe dies dann auch zur Kenntnis genommen. Nach den Angaben der beschwerdeführenden Gesellschaft sei bei Absagen manchmal eine "Ersatzdame" gefunden worden, in einem anderen Fall sei die Präsentation entfallen. Es gebe eine gewisse Anzahl an "Werbedamen (Pool)", die öfters von der beschwerdeführenden Gesellschaft beauftragt worden seien, wobei die Anzahl der "Werbedamen" und der Mitglieder des "Pools", die über einen gewissen Zeitraum zum Einsatz gelangt seien, sich verändert habe. Im Einsatzgebiet W und V seien damals ca. 15 "Werbedamen" zur Verfügung gestanden. Es werde von der belangten Behörde ausgeschlossen, dass sich die Erstmitbeteiligte von einer Bekannten bzw. einer fremden Person habe vertreten lassen können; im Vertretungsfall habe die beschwerdeführende Gesellschaft eine "Werbedame" aus dem "Pool" genommen. Diese hätte auf ein konkretes Produkt geschult sein müssen, weshalb ein gewisses Qualitätserfordernis der Tätigkeit seitens der beschwerdeführenden Gesellschaft gefordert worden sei. Dazu habe auch das positive Erscheinungsbild für die Werbewirkung gehört. Habe die Erstmitbeteiligte einen Auftrag angenommen, habe die konkrete Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestanden. Die Erstmitbeteiligte sei zwar nicht verpflichtet gewesen, jeden Auftrag zu übernehmen; habe sie einen Auftrag übernommen, sei sie in die Organisation des Unternehmens eingebunden gewesen. Mit Abschluss einer Zusage habe sie sich zur Durchführung in der von der beschwerdeführenden Gesellschaft nach Art und Ort vorgegebenen Weise verpflichtet und habe dabei auch die von der beschwerdeführenden Gesellschaft erstellten organisatorischen Richtlinien zu beachten gehabt. Bei der jeweiligen Arbeitsaufnahme habe sie sich beim zuständigen Verkaufsleiter des jeweiligen Kaufhauses zu melden gehabt, der auch am Ende der Tätigkeit die Arbeitszeit mit Stempel und Unterschrift abgezeichnet habe. Pausen habe sie auf einem Vordruck eingetragen und sichtbar an der Theke hinterlegt. Sie sei dazu verpflichtet gewesen, Einsatzberichte hinsichtlich Verkaufs- und Verkostzahlen, Kundenreaktionen etc. zu erstellen. Die Betriebsmittel (Werbeunterlagen, Werbestand, Plastikbecher, Servietten) seien von der beschwerdeführenden Gesellschaft zur Verfügung gestellt worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, es liege kein Werkvertragsverhältnis vor, weil die von der Erstmitbeteiligten durchgeführten Präsentationstätigkeiten ihrer Natur nach als Dienstleistungen zu qualifizieren seien. Ein Erfolg sei nicht geschuldet worden. Es liege auch kein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vor, weil weder aus dem schriftlichen Vertrag noch aus der Durchführung der Tätigkeit eine im Vorhinein vereinbarte Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen in einem bestimmten Ausmaß oder Umfang ableitbar sei. Es sei vielmehr im Belieben der beschwerdeführenden Gesellschaft gestanden, die Erstmitbeteiligte je nach Anfall der von deren Auftraggebern bestellten Werbetätigkeiten abzurufen. Es sei ein "Arbeitskräftepool" von ungefähr 15 "Werbedamen" zur Verfügung gestanden und es sei gleichgültig gewesen, von welcher Arbeitskraft aus dem zur Verfügung stehenden Kreis die Arbeiten verrichtet worden seien. Im Falle einer Absage der Erstmitbeteiligten sei eine andere Person kontaktiert worden. Die Erstmitbeteiligte sei nicht verpflichtet gewesen, bei Abruf zu arbeiten, es sei ihr vielmehr freigestanden, ab- oder zuzusagen. Ihre Arbeitsleistung sei nicht im Sinne einer periodisch wiederkehrenden Leistungspflicht durch ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarung im Voraus bestimmt gewesen. Es sei auch keine bindende Vereinbarung über den Arbeitseinsatz getroffen worden. Es sei auch keine Rahmenvereinbarung über eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit oder einen Fixlohn vorgelegen. Die beschwerdeführende Gesellschaft habe nicht im Vorhinein mit der Arbeitskraft der Erstmitbeteiligten rechnen können. Daraus ergebe sich, dass nur die reinen Beschäftigungszeiten als "Beschäftigungsverhältnisse" anzusehen seien. Die tageweise Beschäftigung der Erstmitbeteiligten habe sich eindeutig als fallweise Beschäftigung im Sinne des

§ 471b ASVG dargestellt. An Beschäftigungstagen habe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestanden. Die Erstmitbeteiligte habe ihre Tätigkeit als "Werbedame" stets in einem Kaufhaus in W oder V ausgeübt, der Ort sei ihr jeweils von der beschwerdeführenden Gesellschaft zugeteilt worden. Eine Bindung an den Arbeitsort sei gegeben gewesen. Die Erstmitbeteiligte sei auch an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden gewesen, die sich im Wesentlichen nach den Öffnungszeiten der jeweiligen Kaufhäuser gerichtet habe. Am Morgen habe sie sich beim jeweiligen Verkaufsleiter melden müssen, der auch bei Beendigung der Tätigkeit ihre Anwesenheit und die Arbeitszeit bestätigt habe, daher war auch eine Bindung an die Arbeitszeit gegeben. Zur Weisungs- und Kontrollbefugnis sei auszuführen, dass die Erstmitbeteiligte ihren Arbeitsbeginn und die Beendigung ihrer Tätigkeit habe melden müssen und das Recht bestanden habe, die Erfüllung der vertraglichen Tätigkeit zu überprüfen. Die Erstmitbeteiligte habe Einsatzberichte hinsichtlich Verkaufs- und Verkostzahlen, Kundenreaktionen etc. zu erstellen gehabt, weshalb auch von einer Weisungs- und Kontrollunterworfenheit auszugehen sei. Die Erstmitbeteiligte sei verpflichtet gewesen, bei Annahme der Tätigkeit diese auch auszuführen. Zwar habe keine durchgehende Arbeitszeit bestanden, allerdings eine solche nach einer Zusage. Im Vertretungsfall habe sie sich nach Rücksprache mit der beschwerdeführenden Gesellschaft durch eine andere "Werbedame" vertreten lassen. Eine generelle Vertretungsbefugnis sei darin nicht zu sehen. Das Entgelt an einem Beschäftigungstag habe jeweils die Geringfügigkeitsgrenze überschritten. Die Erstmitbeteiligte sei daher auf Grund ihrer fallweisen Beschäftigung an den angeführten Tagen der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt und - wie die mitbeteiligte Unfallversicherungsanstalt - von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse hat eine Gegenschrift erstattet und die Abweisung der Beschwerde beantragt; dazu hat die beschwerdeführende Gesellschaft eine Gegenäußerung erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 471a Abs. 1 ASVG sind fallweise beschäftigte Personen - das sind nach § 471b ASVG Personen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist -

in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes versichert (vollversichert), sofern nicht die Bestimmungen über die Versicherung der unständig beschäftigten Arbeiter in der Land- und Forstwirtschaft (Abschnitt I) anzuwenden sind. Nach § 471a Abs. 2 ASVG wird die Versicherung der fallweise beschäftigten Personen, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt wird, in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach den sonstigen Vorschriften über diese Versicherungen durchgeführt.

Die Pflichtversicherung tritt gemäß § 471c ASVG nur ein, wenn das dem Dienstnehmer im betreffenden Beitragszeitraum für einen Arbeitstag im Durchschnitt gebührende Entgelt den nach § 5 Abs. 2 Z. 1 ASVG geltenden Betrag übersteigt.

Auf die zitierten Normen stützte die belangte Behörde die Pflichtversicherung der Erstmitbeteiligten an den festgestellten Tagen, wobei sie von einem jeweils abhängigen Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ausgegangen ist. Nach dieser Bestimmung 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.

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 (vgl. diese zusammenfassend das Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0221, mwN) 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 - nur beschränkt ist.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der zitierten Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im

eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen grundsätzlich die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

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, 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 von maßgebender Bedeutung sein.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, ist allerdings nicht primär der Vertrag maßgeblich, auf Grund dessen die Beschäftigung ausgeübt wird, sondern es sind die "wahren Verhältnisse" entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Dabei kann zunächst davon ausgegangen werden, dass der Vertrag seinem Wortlaut entsprechend durchgeführt wird. Soweit der Inhalt eines Vertrages von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist der Vertrag als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (anhand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt.

Von einer - der Annahme einer persönlichen Arbeitspflicht entgegenstehenden - generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit (wenn auch "nach Rücksprache" oder - unter bestimmten eingeschränkten Umständen - sogar nach Zustimmung des Empfängers der Arbeitsleistung) und nach Gutdünken (d.h. ohne bestimmten Grund) irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Falle der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Falle einer Krankheit oder eines Urlaubes oder bei bestimmten Arbeiten vertreten zu lassen, ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen.

Bei Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können; entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (zu dem zuletzt Ausgeführten vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A).

Zunächst ist den Beschwerdebehauptungen, es läge ein Werkvertrag vor, zu entgegnen, dass es in der als "Werkvertrag" bezeichneten Vereinbarung verabsäumt worden ist, näher darzulegen, worin das konkrete Werk, das die Erstmitbeteiligte hätte erbringen sollen, bestanden hat. Die zu erbringenden Leistungen wurden nicht schon im Vertrag selbst konkretisiert und individualisiert (vgl. etwa das Erkenntnis vom 19. Oktober 2005, Zl. 2002/08/0264, mwN). Geschuldet war von der Erstmitbeteiligten nicht ein einzelnes Werk, sondern eine Dienstleistung, nämlich die Präsentation von Waren.

Die vertragliche Grundlage der Tätigkeit der Erstmitbeteiligten in Form des festgestellten Rahmenvertrages ergänzt um die Feststellungen über die praktische Durchführung der tageweisen Beschäftigung, zeigt, dass bei dieser jeweils die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwogen haben: Hatte sich die Erstmitbeteiligte zu einer konkreten Warenpräsentation verpflichtet, was sie nach dem Rahmenvertrag nicht musste, war sie an diesem Tag an den Arbeitsort und die Arbeitszeit gebunden. Aber auch hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens bestand mit Blick auf die dargestellte Rechtsprechung eine Bindung, weil die Erstmitbeteiligte nach den Feststellungen die von der beschwerdeführenden Gesellschaft erstellten organisatorischen Richtlinien zu beachten und sich bei der jeweiligen Arbeitsaufnahme beim zuständigen Verkaufsleiter des jeweiligen Kaufhauses zu melden gehabt hat, der auch am Ende der Tätigkeit die Arbeitszeit mit Stempel und Unterschrift abzeichnete; Pausen hat sie auf einem Vordruck eingetragen und sichtbar an der Theke bekannt gegeben. Sie war auch verpflichtet, Einsatzberichte hinsichtlich Verkaufs- und Verkostzahlen, sowie hinsichtlich der Kundenreaktionen etc. zu erstellen; die Betriebsmittel (Werbeunterlagen, Werbestand, Plastikbecher, Servietten) wurden von der beschwerdeführenden Gesellschaft zur Verfügung gestellt.

Eine generelle Vertretungsbefugnis oder ein generelles Ablehnungsrecht hat schon nach der schriftlichen Vereinbarung nicht bestanden. Im Vertretungsfall hat die beschwerdeführende Gesellschaft eine "Werbedame" aus dem "Pool" genommen, was nach der dargestellten Rechtsprechung jedoch einer generellen Vertretungsbefugnis nicht gleichkommt. Die belangte Behörde ist daher zu Recht vom Bestehen einer Arbeitsverpflichtung an den jeweiligen Tagen der Beschäftigung der Erstmitbeteiligten ausgegangen.

Die beschwerdeführende Gesellschaft rügt unter dem Aspekt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften die Feststellung, dass die Erstmitbeteiligte verpflichtet gewesen sei, während der Öffnungszeiten im Kaufhaus anwesend zu sein.

Abgesehen davon, dass die beschwerdeführende Gesellschaft kein Beweismittel zu nennen vermag, das der gerügten Feststellung entgegen steht, hat die belangte Behörde diese Tatsache schon deshalb in schlüssiger Weise angenommen, weil Warenpräsentationen, die sich an die Kaufhauskunden richten, zwangsläufig während der Öffnungszeiten des Kaufhauses stattfinden.

Auch gegen die Feststellung, eine Vertretung der Erstmitbeteiligten hätte nur aus dem "Pool" der beschwerdeführenden Gesellschaft gestellt werden können, vermag die beschwerdeführende Gesellschaft kein Beweisergebnis ins Treffen zu führen; selbst die beschwerdeführende Gesellschaft führt nach dem angefochtenen Bescheid in ihrem Schreiben vom 2. Mai 2006 aus, dass für den Fall, dass keine "Ersatzdame" gefunden worden sei, die Präsentation entfallen sei, wobei in der Folge erklärt wird, dass es sich bei dem "Pool" um die "Werbedamen" handle.

Soweit sich die beschwerdeführende Gesellschaft gegen die Ausführung der belangten Behörde wendet, die Erstmitbeteiligte sei in den Betrieb des Unternehmens der beschwerdeführenden Gesellschaft eingebunden gewesen, handelt es sich dabei um eine zutreffende rechtliche Beurteilung der belangten Behörde. Die Werbestände in den Kaufhäusern sind als Bestandteile des Betriebs der beschwerdeführenden Gesellschaft zu betrachten, in den die Erstmitbeteiligte organisatorisch eingebunden war (vgl. dazu das Erkenntnis vom 20. September 2006, Zl. 2003/08/0274, mwN).

Rügt die beschwerdeführende Gesellschaft das Fehlen einer Feststellung betreffend die Möglichkeit der Erstmitbeteiligten, auch für andere Unternehmen tätig sein zu dürfen, ist sie darauf zu verweisen, dass die belangte Behörde die schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien festgestellt hat, in der der Erstmitbeteiligten die Möglichkeit eingeräumt wurde, auch für andere Unternehmen dieser Art - mit Ausnahme des Hauptmitbewerbers - tätig zu werden. Aus dem Umstand einer solchen Einschränkung des die Erstmitbeteiligte sonst treffenden Konkurrenzverbotes lässt sich jedoch angesichts der von der belangten Behörde insgesamt festgestellten Umstände der Beschäftigung für sie nichts gewinnen (vgl. das Erkenntnis vom 2. April 2008, Zl. 2005/08/0197).

Unklar bleibt, unter welchem Aspekt die beschwerdeführende Gesellschaft die Feststellung bemängelt, wonach die Betriebsmittel von ihr zur Verfügung gestellt worden seien, wenn sie in der Folge ausführt, dass die Werbeunterlagen, der Werbestand, Plastikbecher, Servietten vom jeweiligen Auftraggeber an die beschwerdeführende Gesellschaft übermittelt und von letzterer an die Erstmitbeteiligte ausgehändigt worden sei. Dass sie der Erstmitbeteiligten damit im Ergebnis von der beschwerdeführenden Gesellschaft (und nicht von der Erstmitbeteiligten) zur Verfügung gestellt wurden, wird mit diesem Argument nicht entkräftet.

Insgesamt ist es der beschwerdeführenden Gesellschaft nicht gelungen, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen; die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 7. Mai 2008

**Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2006080276.X00

**Im RIS seit**

20.06.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

05.11.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

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