

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/3/23 W229 2005438-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.03.2018

## Entscheidungsdatum

23.03.2018

## Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §33

## Spruch

W229 2005438-1/47E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag.a Elisabeth WUTZL als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX , geb. XXXX , vertreten durch RA Dr. Georg LEHNER, Südtirolerstraße 12a, 4600 Wels, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 27.12.2013, GZ XXXX ., nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht:

A)

I. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 18.05.2017 gegen die Versäumung der mündlichen Verhandlung am 04.05.2017 wird gem. § 33 Abs. 1 VwGVG abgewiesen.

II. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die Wiener Gebietskrankenkasse (im Folgenden: WGKK) hat beim Dienstgeber XXXX (im Folgenden:

Beschwerdeführer) über den Prüfzeitraum 01.01.2006 bis 31.12.2010 eine Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) durchgeführt. Im Zuge dieser Prüfung wurden Pizzazusteller, die nicht gemeldet waren, so auch Herr XXXX (im Folgenden R.M.), als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 2 ASVG nachgemeldet.

2. R.M. wurde am 24.07.2013 niederschriftlich von der WGKK einvernommen. Der Beschwerdeführer wurde zweimal zur Niederschrift eingeladen, ist aber nicht erschienen. Nach Aufforderung der WGKK und anschließender mehrmaliger Fristerstreckung übermittelte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 18.11.2013 eine Stellungnahme, in der er im Wesentlichen ausführte, dass es sich bei den angeführten Personen [Anm. darunter auch R.M.] nicht um Dienstnehmer handle, sondern um Werkvertragsnehmer.

3. Die WGKK hat mit Bescheid vom 27.12.2013, GZ XXXX, festgestellt, dass R.M., VSNR XXXX, aufgrund seiner Tätigkeit für den Beschwerdeführer, in der Zeit vom 01.02.2009 bis zum 31.03.2009 der Voll-(Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit a AIVG unterliege.

4. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer über seinen Rechtsvertreter mit Schriftsatz vom 30.01.2014 fristgerecht Beschwerde.

Zusammengefasst führte der Beschwerdeführer in rechtlicher Hinsicht aus, der Zusteller sei zu keiner Zeit persönlich und/oder wirtschaftlich vom Beschwerdeführer abhängig gewesen und somit zu keiner Zeit Dienstnehmer des Beschwerdeführers gewesen. Der Zusteller sei an keinen Standort gebunden gewesen. Auch hinsichtlich Zeiteinteilung und Tätigkeitsablauf sei der Zusteller an keine Weisungen gebunden gewesen. Der Zusteller sei berechtigt gewesen, sich ohne Zustimmung des Beschwerdeführers geeigneter Vertreter zu bedienen; weiters habe er sich seines eigenen PKW bedient. Es sei daher offensichtlich, dass der Zusteller das für Zustellungen maßgebliche und wesentliche Betriebsmittel selbst zur Verfügung gestellt habe. Der Zusteller sei nicht in die Unternehmensorganisation des Beschwerdeführers ein- bzw. untergeordnet gewesen. Für die Zustelltätigkeit hätten eigene Gewährleistungs- und Haftungsregelungen gegolten. Auch habe der Beschwerdeführer keinen Einfluss darauf gehabt, wie der Zusteller seine Zeiteinteilung vorgenommen habe. Die Entlohnung sei pro Bestellung vereinbart gewesen. Die Anzahl der Zustellungen und damit auch das davon abhängige Entgelt sei für keinen der Beteiligten von vornherein absehbar gewesen. Der Zusteller habe jederzeit einen Auftrag ablehnen können und es sei ausdrücklich vereinbart gewesen, dass er zum Beispiel im Falle einer Erkrankung eine Ersatzkraft schicken habe können. Der Zusteller habe auch für andere Unternehmer tätig werden können und habe in gewissem Umfang eine eigene unternehmerische Organisation gehabt. Er sei keinesfalls in das Betriebssystem des Dienstgebers eingebunden gewesen. Insgesamt gesehen sei davon auszugehen, dass die typischen Merkmale eines Dienstverhältnisses nicht vorliegen würden. Zum Beweis seines gesamten Vorbringens stelle der Beschwerdeführer ausdrücklich die Beweisanträge auf Einvernahme der Zusteller unter Beiziehung des Beschwerdeführers, seines Rechtsvertreters sowie eines Dolmetschers, auf Einholung eines betriebswirtschaftlichen und eines berufskundigen Sachverständigengutachtens, auf Einsichtnahme in den Gewerbeschein sowie auf seine eigene Einvernahme. Der Beschwerdeführer beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

5. Mit Schreiben vom 20.02.2014 legte die WGKK die Beschwerde sowie den bezughabenden Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

6. Das Bundesverwaltungsgericht erließ am 09.02.2015 ein Erkenntnis, GZ: W145 2005438-1/2E und wies damit die Beschwerde als unbegründet ab.

7. Der Verfassungsgerichtshof lehnte die Behandlung der Beschwerde des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 18.09.2015 ab.

8. Am 17.03.2016 hob der Verwaltungsgerichtshof, RA 2016/08/0007, nach Erhebung der außerordentlichen Revision durch den Beschwerdeführer das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf und führte begründend aus:

„Es gehört gerade im Fall widersprechender prozessrelevanter Behauptungen zu den grundlegenden Pflichten des Verwaltungsgerichts, dem auch im § 24 VwGVG verankerten Unmittelbarkeitsprinzip Rechnung zu tragen, um sich als Gericht einen persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit von Zeugen bzw. Parteien zu verschaffen und

insbesondere darauf seien Beweiswürdigung zu gründen (vgl. zum Erfordernis einer sogar amtswegigen Durchführung der mündlichen Verhandlung das hg. Erkenntnis vom 14. Oktober 2015, Ra 2015/08/0101, sowie das hg. Erkenntnis vom 27. April 2015, Ra 2015/11/0004).“

9. Das Bundesverwaltungsgericht setzte für den 15.09.2016 eine mündliche Verhandlung an, die wegen eines Krankenstandes des Beschwerdeführers abberaumt wurde. In weiterer Folge führte das Bundesverwaltungsgericht am 07.03.2017 und am 28.03.2017 Verhandlungen durch, die jedoch unter anderem wegen der krankheitsbedingten Vertagungsanträge des Beschwerdeführers vertagt wurden.

10. Bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 04.05.2017 war ein Vertreter der belangten Behörde anwesend. Weder R.M., noch der Beschwerdeführer oder sein Vertreter nahmen an der Verhandlung teil. Die Verhandlung erfolgte nach fast einstündigem Zuwarten auf das Eintreffen des Beschwerdeführervertreters in Abwesenheit.

11. Mit Schreiben vom 18.05.2017, betitelt „Eidesstattliche Erklärung“, gab der Beschwerdeführervertreter an, durch schlechte Verkehrsbedingungen auf der Fahrt von XXXX zum Bundesverwaltungsgericht, Standort Galaxy Tower, 1020 Wien und anschließender schwieriger Parkplatzsuche und somit durch ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis an der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung gehindert gewesen zu sein. Beiliegend übermittelte der Vertreter einen Ausdruck aus Google Maps, eine ÖAMTC Routenempfehlung und ein Schreiben des Vertreters an den Beschwerdeführer vom 31.03.2017, in welchem er ihn bittet, am Verhandlungstermin vom 04.05.2017 teilzunehmen.

12. Nach Aufforderung durch das Bundesverwaltungsgericht teilte der Beschwerdeführervertreter in einer Stellungnahme mit, dass er mit dem Schriftsatz vom 18.05.2017 einen Antrag auf Wiedereinsetzungsantrag in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Verhandlung vom 04.05.2017 sowie einen Antrag auf Wiedereröffnung des Beweisverfahrens eingebracht habe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Spruchpunkt I.

Der Beschwerdeführervertreter gibt an, am Morgen des 04.05.2017 um 06:40 Uhr mit seinem PKW von seinem Wohnort in XXXX nach Wien gefahren zu sein. Durch schwierige Verkehrsbedingungen, darunter im Baustellenbereich vor Melk, der Autobahnausfahrt Wien-Aufhof und im Bereich Uraniastraße, ergaben sich Zeitverzögerungen. Der Beschwerdeführer gibt Staus in den genannten Bereichen bzw. zähes Verkehrsgeschehen an. In eine in unmittelbarer Nähe zum Gerichtsgebäude befindlichen Parkgaragen konnte er – ohne hierzu nähere Gründe anzugeben – nicht einfahren. In einer weiteren Parkgarage fand er keinen Parkplatz. Schließlich stellte er das Fahrzeug in einer gebührenpflichtigen Kurzparkzone ohne Parkschein ab, da er weder über einen Parkschein verfügte, noch in unmittelbarer Umgebung eine Trafik zu finden gewesen sei.

Der Beschwerdeführervertreter traf nach 11:00 Uhr bei Gericht ein.

1.2. Zu Spruchpunkt II.

1.2.1. Der Beschwerdeführer wurde mit Schreiben vom 29.03.2017 über seinen Rechtsvertreter über ERV zur Verhandlung am 04.05.2017 geladen. Die Ladung enthielt die erforderlichen Angaben über Zeit und Ort der Verhandlung. In der Ladung wies das Bundesverwaltungsgericht auch darauf hin, dass die Verhandlung bei unentschuldigtem Nichterscheinen in Abwesenheit der Parteien geführt werden kann. Der Beschwerdeführer stellte keinen Vertagungsantrag.

1.2.2. Am 04.05.2017 fand in der gegenständlichen Rechtssache am Bundesverwaltungsgericht, 1020 Wien, Praterstraße 31/GALAXY TOWER, VH Saal 4 eine öffentliche mündliche Verhandlung mit ausgeschriebenem Beginn 10:00 Uhr statt. Aufgrund der angekündigten Parkplatzsuche des Beschwerdeführervertreters begann die Verhandlung um 10:45 Uhr. Zu dieser Zeit war der Vertreter der belangten Behörde anwesend. R.M. wurde durch persönliche Verständigung ordnungsgemäß geladen und ist unentschuldig nicht erschienen. Um 10:48 Uhr waren weder der Beschwerdeführervertreter noch der Beschwerdeführer anwesend. Es wurde weitere 10 Minuten zugewartet. Nach neuerlichem und deutlichem Aufruf der Sache um 10:58 Uhr waren weder der Beschwerdeführervertreter noch der Beschwerdeführer noch R.M. anwesend. Die Verhandlung erfolgte in Abwesenheit und wurde um 10:59 Uhr geschlossen.

1.2.3. Im Zuge einer GPLA-Prüfung beim Beschwerdeführer über den Zeitraum 01.01.2006 bis 31.12.2010 wurde anhand von Buchhaltungsunterlagen bzw. Honorarnoten festgestellt, dass dieser Pizzazusteller beschäftigt hat. Mit Schreiben vom 18.11.2013 beantragte der Beschwerdeführer im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung die Entscheidung mittels Bescheid betreffend R.M.

R.M. war von 01.02.2009 bis zum 31.03.2009 in der Firma des Beschwerdeführers in der Filiale XXXX tätig ohne zur Sozialversicherung gemeldet gewesen zu sein. R.M. wurde versprochen, dass er angemeldet werde. In seinen Aufgabenbereich fiel einerseits die Zustellung von Speisen, Getränken und sonstigen Waren sowie andererseits in der Filiale auch die Vorbereitung von Speisen sowie Hilfsdienste in der Küche. Zudem hat R.M. in der Filiale Getränke und Speisen geholt und für den Kellner auf die Theke gestellt. Die von R.M. durchgeführten Zustellungen erfolgten mit einem von ihm selbst beigestellten PKW. Die Wärmetasche für die auszuliefernden Pizzen wurde vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. Der Beschwerdeführer oder einer seiner Mitarbeiter hat R.M. die Tasche mit den bestellten Speisen inklusive Zustelladressen und Telefonnummer übergeben. Die Arbeitszeit war R.M. durch einen Dienstplan vorgegeben. Vom Beschwerdeführer wurden ihm Arbeitsanweisungen erteilt. Die Entlohnung erfolgte pro Arbeitsstunden nach Stundenaufzeichnungen. Auf vorbereitete Speisen oder auf die nächsten Aufträge wartete R.M. im Lokal selbst. R.M. erledigte die Lieferaufträge selbst. Im Krankheitsfall hatte der Beschwerdeführer selbst für eine Vertretung zu sorgen. R.M. hat sich im verfahrensrelevanten Zeitraum nicht vertreten lassen.

## 2. Beweiswürdigung:

### 2.1. Zu Spruchpunkt I.

Die Feststellungen ergeben sich aus den zur gegenständlichen Rechtssache vorliegenden Verfahrensakten der WGKK und des Bundesverwaltungsgerichts.

Die Feststellungen zur Fahrt des Beschwerdeführervertreters von XXXX nach Wien ergeben sich aus dem Anruf der Kanzleikraft bei Gericht, seinem Vorbringen im Schreiben vom 18.05.2017 und dem Aktenvermerk der zuständigen RichterIn vom 04.05.2017, 11:10 Uhr in welchem die zuständige RichterIn ein Gespräch mit dem Beschwerdeführervertreter nach Schluss der Verhandlung festhielt.

### 2.2. Zu Spruchpunkt II.

2.2.1. Die Feststellung zur Ladung des Beschwerdeführer und seines Vertreters ergibt sich aus den im Akt einliegenden Ladungsschreiben sowie der Kanzleibestätigung über die ERV- Zustellung und ist unstrittig.

2.2.2. Die Feststellungen zum Ablauf der Verhandlung vom 04.05.2017 ergeben sich aus der Niederschrift der mündlichen Verhandlung.

2.2.3. Dass R.M. im verfahrensgegenständlichen Zeitraum mit seinem eigenen PKW für den Beschwerdeführer die Zustellung von Speisen und Getränken vorgenommen hat, ist unstrittig. Ebenfalls unstrittig ist der Zeitraum, in welchem R.M. die Tätigkeit für den Beschwerdeführer ausgeübt hat. Dass R.M. versprochen wurde, ihn anzumelden, ergibt sich aus der Niederschrift vom 24.07.2013 und wurde dem insbesondere in der Stellungnahme vom 18.11.2013 nicht dezidiert entgegengetreten, was jedoch aufgrund der darin vertretenen Ansicht der Sach- und Rechtslage zu erwarten gewesen wäre. Dass R.M. im Betrieb des Beschwerdeführers neben der Zustellung zusätzlich auch Hilfstätigkeiten ua in der Küche (zB Vorbereitung von Speisen, Bereitstellen von Getränken für den Kellner an der Theke) verrichtet hat, ergibt sich aus den konkreten und glaubhaften Angaben der handschriftlich unterschriebenen Niederschrift von R.M. („...Ich musste aber auch ab und zu Speisen vorbereiten (Salate, Tiramisu und dergleichen) und in der Küche helfen. Weiters wurden von mir auch Getränke und Speisen für den Kellner herbeigeholt und auf die Theke gestellt.“). Zwar werden in der Beschwerde Ermittlungsmängel betreffend die Befragung des R.M. moniert, dem Umstand, dass dieser neben der Tätigkeit als Zusteller im Betrieb Hilfstätigkeiten durchführte, wird darin jedoch nicht entgegengetreten. Die Feststellungen zur Arbeitszeit, zum Arbeitsort und zum arbeitsbezogenen Verhalten, und zur Entlohnung stützen sich ebenfalls auf die von R.M. im Zuge seiner Einvernahme getätigten Aussagen. Die Feststellung betreffend die grundsätzliche Organisation der Vertretung bzw. dass R.M. sich nicht vertreten hat lassen, ergibt sich einerseits aus der Niederschrift der Aussage von R.M. vom 24.07.2013 sowie der Beschwerde selbst, in der zum Ausdruck gebracht wird, dass sich R.M. tatsächlich nicht hat vertreten lassen. Daraus ergibt sich ein Gesamtbild der wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnisse. Schließlich ergibt sich aus der Niederschrift über die Schlussbesprechung gemäß § 149 Abs. 1 BAO vom 21.08.2012, dass bei den Pizzazustellern im Zuge der GPLA-Prüfung

keine unternehmerische Struktur festgestellt werden konnte. Was das Vorbringen in der Beschwerde anbelangt, dass die von R.M. im Zuge seiner Einvernahme getätigten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen würden, ist darauf hinzuweisen, dass die von R.M. getätigten Aussagen vor der belangten Behörde in sich nicht widersprüchlich sind sowie ein zeitliches Naheverhältnis zur Tätigkeit aufweisen und somit glaubhaft sind. Verstärkend tritt hinzu, dass der Beschwerdeführer selbst, obwohl ihn eine Mitwirkungspflicht an der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts trifft, die Gelegenheit, sein Vorbringen in der mündlichen Verhandlung zu untermauern, nicht wahrgenommen hat (zur Berücksichtigung des unentschuldigten Fernbleibens von der Verhandlung im Rahmen der Beweiswürdigung vgl. zB VwSlg. 15.139 A/1999).

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind. In Ermangelung eines entsprechenden Antrages liegt Einzelrichterzuständigkeit vor.

3.2. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idFBGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3.3.1. Die im gegenständlichen Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) BGBl. I Nr. 33/2013 idGF lauten:

„Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

§ 33 (1) Wenn eine Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis – so dadurch, dass sie von einer Zustellung ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat – eine Frist oder eine mündliche Verhandlung versäumt und dadurch einen Rechtsnachteil erleidet, so ist dieser Partei auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.

[...]

(3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist in den Fällen des Abs. 1 bis zur Vorlage der Beschwerde bei der Behörde, ab Vorlage der Beschwerde beim Verwaltungsgericht binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen. In den Fällen des Abs. 2 ist der Antrag binnen zwei Wochen

1. nach Zustellung eines Bescheides oder einer gerichtlichen Entscheidung, der bzw. die das Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen hat, bzw.

2. nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Stellung eines Antrags auf Vorlage Kenntnis erlangt hat,

bei der Behörde zu stellen. Die versäumte Handlung ist gleichzeitig nachzuholen.“

3.3.2. Die im gegenständlichen Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idGF, lauten wie folgt:

„Vollversicherung

§ 4. (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1.-die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer; (...)

14.-die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen.

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1.-Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2.-Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder

3.-Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

-1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,

-2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

-a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder

-b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder

-c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

-d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

Dienstgeber

§ 35. (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

(...)

Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

(5) Die Grundsätze, nach denen

1.-die wirtschaftliche Betrachtungsweise,

2.-Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie

3.-die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

3.3.3. Die im gegenständlichen Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AIVG) BGBl. Nr. 609/1977 idGF lauten:

„Umfang der Versicherung

§ 1. (1) Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind

a)-Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind,

soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.“

Zu A.I.)

3.4. Abweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

3.4.1. Mit eidesstattlicher Erklärung vom 18.05.2017 wurde zur Versäumung der Verhandlung vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vorgebracht, dass dieser durch ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis in Form von mehreren Verkehrsstaun und nicht vorhersehbaren Problemen bei der Parkplatzsuche unverschuldet an der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vom 04.05.2017 gehindert worden sei.

Zwar spricht § 71 Abs. 2 AVG explizit von einem "Antrag auf Wiedereinsetzung", das Begehren ist auch als solcher zu bezeichnen, eine fehlende oder falsche Bezeichnung des Schriftsatzes schadet jedoch nicht, wenn sich der Wunsch auf Wiedereinsetzung aus seinem Inhalt ableiten lässt (Hengstschläger/Leeb, AVG2 § 71, Rz 110). Da § 33 VwGVG grundsätzlich dem § 71 AVG nachgebildet ist, wird der Ansicht zu § 71 AVG folgend davon ausgegangen, dass die fehlende Bezeichnung auch im vorliegenden Fall nicht schadet, da sich der Wunsch auf Wiedereinsetzung aus dem Inhalt des vorliegenden Schreibens ableiten lässt. Auch wurde dies mit Schreiben vom 08.06.2017 entsprechend bestätigt.

3.4.2. Nach der zu § 71 Abs. 1 AVG ergangenen und – insoweit auf § 33 Abs. 1 VwGVG 2014 übertragbaren – Rechtsprechung ist das Verschulden des Vertreters dem Verschulden des vertretenen Wiedereinsetzungswerbers gleichzusetzen. Es hat dieselben Rechtswirkungen wie das Verschulden der Partei. Der Machtgeber muss sich das Verschulden des Machthabers zurechnen lassen. Das Verschulden, welches den Bevollmächtigten der Partei trifft, ist so zu behandeln, als wäre es der Partei selbst unterlaufen, gleichgültig ob der Wiedereinsetzungswerber von einem Rechtsanwalt oder sonst einer Vertrauensperson vertreten wird (vgl. VwGH 30.05.2017, Ra 2017/19/0113).

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Ereignis dann unabwendbar, wenn es durch einen Durchschnittsmenschen nicht objektiv verhindert werden konnte. Es ist als unvorhergesehen zu werten, wenn die Partei es tatsächlich nicht einberechnet hat und deren Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die zumutbare Aufmerksamkeit und Vorsicht nicht erwarten konnte (VwGH 17.02.1994, 93/16/0020 sowie Hengstschläger/Leeb, AVG § 71 [Stand 01.04.2009, rdb.at], Rz. 37ff). Die Wiedereinsetzung ist auch dann möglich wenn die Partei „ein milderer Grad des Versehens“ trifft, worunter „leichte Fahrlässigkeit“ zu verstehen ist (VwGH 24.05.2005, 2004/01/0558;

26.05.2010, 2010/08/0081). Dabei ist an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen als an rechtsunkundige, bisher noch nie an gerichtlichen Verfahren beteiligte Personen (VwGH 23.06.2008, 2008/05/0122). Der Verwaltungsgerichtshof hat festgehalten, dass grundsätzlich die in der Rechtsprechung zu § 71 AVG entwickelten Grundsätze auf § 33 VwGVG 2014 übertragbar sind (vgl. betreffend § 33 Abs. 1 VwGVG 2014 VwGH vom 25.11.2015, Ra 2015/06/0113, und vom 08.06.2015, Ra 2015/08/0005, sowie in diesem Sinn VwGH vom 17.03.2015, Ra 2014/01/0134).

Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, es habe sich bei den von ihm genannten Staus um unvorhersehbare bzw. unabwendbare Ereignisse gehandelt, ist er darauf zu verweisen, dass es notorisch ist, dass in Baustellenbereichen Verkehrsbehinderungen auftreten können und es sich bei der Autobahnausfahrt Wien-Auhof gerade im Morgenverkehr um eine verkehrsreiche Straße handelt, auf der es zu nicht unbeträchtlichen Verzögerungen kommen kann. Ebenso ist es als notorisch anzusehen, dass in einer Großstadt gerade auf Durchfahrtsstraßen aber auch im innerstädtischen Bereich im Morgenverkehr mit erheblichen Verkehrsverzögerungen zu rechnen ist (vgl. hierzu auch Liebhart, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung einer Verhandlung, Wiedereinsetzungs[gründe] bei Versäumen einer Verhandlung im Zivil- und Verwaltungsverfahren, ÖJZ 2013/55, S 536). Ebenso wenig kann in Verzögerungen bei der Parkplatzsuche im innerstädtischen Gebiet ein unvorhersehbares Ereignis gesehen werden. Hierbei ist ins Treffen zu führen, dass der Rechtsvertreter in der eidesstattlichen Erklärung auch nicht ausführt, weshalb er nicht in die Parkgarage in unmittelbarer Nähe des Gerichtsgebäudes einfahren konnte.

Insoweit der Beschwerdeführer zwar die Einhaltung eines Zeitpuffers vorbringt, wäre es im Hinblick auf die Parkplatzsuche, welche nach den zeitlichen Angaben des Beschwerdeführers in der eidesstattlichen Erklärung zu beträchtlichen Verzögerungen geführt hat, an ihm gelegen gewesen, sich über entsprechende Parkplatzmöglichkeiten in 1020 Wien im Umkreis des Gerichtsgebäudes im Vorfeld zu informieren. So hätte sich ein durchschnittlicher Autofahrer über Parkmöglichkeiten vorab informiert und dies bei der Planung auch ins Kalkül gezogen. Dass er sich im Vorfeld über etwaige Baustellenbereiche auf der A1 in Richtung Wien, welche bekanntermaßen zu Verzögerungen führen können, etwa auf der von ihm bezüglich der Routenplanung ins Treffen geführten Homepage informiert und dementsprechend disponiert hat, bringt der Beschwerdeführer ebenso wenig vor. Der Beschwerdeführer hätte jedoch nach vorheriger Information über die Begebenheiten die Fahrt so früh antreten müssen, dass ein Zeitpuffer für sämtliche genannten Vorkommnisse einkalkuliert wäre und er rechtzeitig den Verhandlungsort erreicht hätte. Darüber hinaus wäre es ihm – zur Vermeidung weiterer Verzögerungen durch zähen Stadtverkehr und notorischer Parkschwierigkeiten im innerstädtischen Bereich – auch zumutbar gewesen, das Auto in einem Außenbezirk (etwa in einem Park an Ride) zu parken und auf öffentliche Verkehrsmittel umzusteigen; dies zumal das Gerichtsgebäude in unmittelbarer Nähe einer U-Bahnstation gelegen ist. Es kann somit nicht gesehen werden, dass gerade die Verzögerungen durch den zähen Stadtverkehr sowie die Parkplatzschwierigkeiten nicht durch ein zumutbares Verhalten hätten abgewendet werden können, weshalb von einer auffallenden Sorglosigkeit auszugehen ist (vgl. Hengstschlager/Leeb, AVG § 71 [Stand 01.04.2009, rdb.at], Rz. 41).

3.4.3. Da vorliegend – wie dargelegt – weder ein unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis glaubhaft gemacht werden konnten, noch aufgrund der Unterlassung der genannten Maßnahmen ein bloß milderer Grad des Versehens erkannt werden kann, war dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand somit nicht nachzukommen.

Zu A.II)

### 3.5. Abweisung der Beschwerde

#### 3.5.1. Zur Verhandlung in Abwesenheit

Das Bundesverwaltungsgericht hat in Abwesenheit des Beschwerdeführers sowie der mitbeteiligten Partei verhandelt. Der Beschwerdeführer hat sich somit seiner Gelegenheit, zum Sachverhalt und zu den Beweismitteln noch einmal im Rahmen einer mündlichen Beschwerdeverhandlung persönlich Stellung zu nehmen, durch ungerechtfertigtes Fernbleiben von der Verhandlung begeben:

Versäumt die Partei die Verhandlung, so kann sie in ihrer Abwesenheit durchgeführt werden (vgl. Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensgesetz, 291; weiters § 45 Abs. 2 VwGVG sowie die auch für das Administrativverfahren darauf Bezug nehmende Rechtsprechung des VwGH 18.06.2015, Ra 2015/20/0110; 10.11.2015, Ra 2014/19/0166). Gemäß (dem nach § 17 VwGVG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anwendbaren) § 19 Abs. 3 AVG hat einer Ladung Folge zu leisten, "wer nicht durch Krankheit, Behinderung oder sonstige begründete Hindernisse vom



Erscheinen abgehalten ist". Voraussetzung für die Durchführung der mündlichen Verhandlung in Abwesenheit der Partei ist eine "ordnungsgemäße Ladung". Davon kann dann nicht gesprochen werden, wenn einer der im § 19 Abs. 3 AVG genannten – das Nichterscheinen des Geladenen rechtfertigenden – Gründe vorliegt (VwGH 26.02.2014, 2012/02/0079; 29.04.2004, 2001/09/0068, uva.).

Die Behörde (das Verwaltungsgericht) hat das Vorliegen eines Hinderungsgrundes nach § 19 Abs. 3 AVG von Amts wegen zu erforschen. Dabei befreit jedoch der Verfahrensgrundsatz, dass die Behörde von Amts wegen vorzugehen hat, die Partei nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen und Verzögerungen des Verfahrens hintanzuhalten (VwGH 03.09.2003, 2001/03/0178 mwH). Die geladene Partei hat somit im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht, wenn sie in ihrer persönlichen Sphäre gelegene Verhinderungsgründe betreffend das Erscheinen zur Verhandlung geltend macht, das Vorliegen der Verhinderungsgründe gegenüber der Behörde zur Beurteilung im Rahmen des § 19 Abs. 3 AVG glaubhaft zu machen (vgl. VwGH 14.06.2005, 2005/02/0049, 26.06.2009, 2008/02/0001). Die Triftigkeit der vorgebrachten Gründe des Nichterscheinens muss überprüfbar sein (VwGH 20.10.2010, 2009/02/0292; 31.01.2014, 2013/02/0260).

Vorliegend wurde der Beschwerdeführer durch wirksame Zustellung der Ladung an den Rechtsvertreter ordnungsgemäß geladen. In der Ladung wurde darauf hingewiesen, dass die Verhandlung in Abwesenheit des Beschwerdeführers geführt werden kann, wenn er die Verhandlung unentschuldigt versäumt. Dies trifft auch auf die Ladung der mitbeteiligten Partei zu.

Weder wurden vorliegenden vom Beschwerdeführer selbst Hinderungsgründe vorgebracht noch rechtfertigen die vom Rechtsvertreter vorgebrachten Hinderungsgründe – wie zäher Verkehr und Parkplatzsuche (siehe hierzu die Ausführungen unter Pkt. 3.4.) – das Nichterscheinen des Beschwerdeführers bzw. dessen Rechtsvertreters in der mündlichen Verhandlung. Das Bundesverwaltungsgericht durfte daher in Abwesenheit verhandeln.

### 3.6. Zu Spruchpunkt A.II

3.6.1. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seiner Judikatur zur Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits aus, dass es darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt (VwGH vom 14.02.2013, Zl. 2011/08/0391).

Ein Werkvertrag liegt somit lediglich vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln müsse. Die gegenständlichen Tätigkeiten – nämlich die Verrichtung "bloßer" Speisenzustellfahrten sowie Hilfstätigkeiten im Gastronomiebetrieb – sind nicht dazu geeignet, dieses zentrale Kriterium zu erfüllen. Die Vorgabe der vermeintlich selbständigen Tätigkeiten wird als bloßes Scheinkonstrukt beurteilt und erfüllt somit nicht die Voraussetzungen für eine "Werkverktragskette". Worin ein von R.M. zu erbringendes Werk bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist die Zustellung von Speisen nicht als Werk im Sinne einer geschlossenen Einheit, sondern als Bemühen im Sinn einer Dienstleistung zu verstehen. Im vorliegenden Fall liegt auch deshalb kein Werkvertrag vor, weil kein Maßstab ersichtlich ist, nach dem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Es liegt vielmehr eine Vereinbarung über Dienstleistungen nämlich Hilfstätigkeiten im Gastronomiebetrieb des Beschwerdeführers sowie Zustelldienste vor.

3.6.2. Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Dienstverhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) – nur beschränkt ist.

Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, 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 Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. hierzu VwGH vom 16. Mai 2001, Zl. 96/08/0200).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem oben zitierten Erkenntnis vom 16.05.2001, Zl. 96/08/0200, ausgesprochen, dass dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überwinden kann, es ebenso an der persönlichen Arbeitspflicht fehlt wie in dem Fall, in dem von vornherein die Leistungserbringung zur Gänze durch Dritte erfolgen darf. In beiden Fällen ist aber Voraussetzung für die rechtliche Ausschlusswirkung einer solchen Befugnis in Bezug auf die Annahme des Vorliegens der persönlichen Abhängigkeit, dass eine generelle, dh. nicht auf bestimmte Arbeiten, wie z.B. Schwerarbeiten oder Ereignisse, wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis vorliegt.

Wenn in der Beschwerde ausgeführt wird, dass R.M. nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet war und sich jederzeit beliebig vertreten habe lassen konnte, so kann diesem Vorbringen nicht gefolgt werden. In der Praxis wurden die jeweiligen Lieferaufträge, die er während der vereinbarten Zeit angenommen hat, von R.M. selbst erledigt. R.M. hat nach den Ausführungen in der Niederschrift niemals nach der Art eines selbständigen Unternehmers die von ihm übernommenen Zustellaufträge nach Gutdünken an Dritte delegiert und sich auch nie aus diesen Gründen durch Hilfspersonen oder Subunternehmer vertreten lassen. Diesbezüglich gab er im Rahmen der Niederschrift vor der WGKK auch an, dass im Krankheitsfall der Beschwerdeführer selbst für eine geeignete Vertretung sorgen haben müssen. Schließlich ergibt sich auch aus der Beschwerde, dass ein Vertretungsrecht nicht geübt wurde. In einer Gesamtschau kann der vorliegende Fall, in dem das Vertretungsrecht tatsächlich nicht geübt wurde, nicht als generelle Vertretungsbefugnis im Sinne der dargestellten Judikatur qualifiziert werden (zur Vertretungsbefugnis vgl. VwGH 25.06.2013, 2013/08/0078 mwN).

Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass R.M. weder hinsichtlich der Arbeitszeit durch einen Dienstplan noch des Arbeitsortes in das Unternehmen eingegliedert war, noch Weisungen unterlegen ist, kann bereits aus der Beweiswürdigung dargelegten Gründen nicht gefolgt werden. Hinzu kommt, dass R.M. nicht nur Zustelldienste verrichtete, sondern auch ab und zu Speisen zubereitete und in der Küche half, womit eine Eingliederung in die Betriebsorganisation unzweifelhaft gegeben ist. Nicht nur bezüglich der Hilfstätigkeit auch hinsichtlich der Tätigkeit als Pizzazusteller war R.M. an die Räumlichkeiten des Beschwerdeführers gebunden. So hat er Wartezeiten auf weitere Zustellaufträge im Geschäftslokal verbracht und Zustellungen ausschließlich ausgehend vom Geschäftslokal an vom Beschwerdeführer vorgegebenen Kundenadressen durchgeführt. Zwar ist zuzugestehen, dass die Erfassung der einzelnen Speisenzustellungen eine Eigenart des Bestellsystems war, dies ändert aber nichts daran, dass darüber eine Kontrollmöglichkeit über die Leistungen des R.M. gegeben war. Insgesamt betrachtet kann somit keine eigene unternehmerische Struktur mit eigenen Mitarbeitern und eigenen unternehmerischen Gestaltungsspielraum in der Ausgestaltung der Tätigkeit des R.M. gesehen werden.

Hinzu kommt, dass bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann (vgl. VwGH vom 26.01.2010, Zl. 2009/08/0269).

und 10.09.2014, Zl. Ro 2014/08/0069). Die von R.M. verrichteten Tätigkeiten, nämlich Hilfstätigkeiten im Gastronomiebetrieb bei der Zubereitung von Speisen sowie die Zustellung von Speisen und Getränken, sind als solche einfachen manuellen Tätigkeiten zu qualifizieren und hatte R.M. in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum. Aus den festgestellten Tätigkeitsmerkmalen – insbesondere dem Nichtbestehen einer generellen Vertretungsbefugnis, der Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung, der Eingliederung in den Betrieb des Beschwerdeführers und der grundsätzlichen Weisungs- und Kontrollunterworfenheit, – ist das Vorliegen einer durchgehenden Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit abzuleiten. Daran vermag auch die vorgebrachte Verwendung des eigenen Kraftfahrzeuges durch R.M. nichts zu ändern (vgl. nochmals VwGH vom 26.01.2010, Zl. 2009/08/0269, sowie vom 10.09.2014, Ro 2014/08/0069), zumal jedenfalls die Wärmetaschen für die Speisen vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt wurden. Insofern ist es nicht relevant, wer für das Fahrzeug und die damit verbundenen Kosten aufgekommen ist.

Zudem ist, da dies in der Beschwerde übersehen wird, darauf hinzuweisen, dass für ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG schon das Überwiegen der Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit genügt und daher das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmal des persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit noch keinen zwingenden Schluss darauf zulässt, dass die zu beurteilende Tätigkeit der Pflichtversicherung nicht unterliegt. Es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall angegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit der Beschäftigten durch ihre Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist. (vgl. VwGH vom 20.02.1992, Zl. 89/08/0238 und vom 24.03.1992, Zl. 91/08/0117). Wie bereits dargelegt ist vorliegend ein solches Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben und somit ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit. Die Merkmale für das Bestehen persönlicher Abhängigkeit sind im gegenständlichen Fall somit als gegeben anzusehen. Soweit in der Beschwerde ein unternehmerisches Risiko vorgebracht wird, ist abschließend jedoch darauf hinzuweisen, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit ist. Eine Überprüfung der Dienstnehmereigenschaft gemäß § 4 Abs. 4 ASVG erübrigt sich, da ein "echtes" Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG bejaht worden ist.

3.6.3. Zu den in der Beschwerde angeführten Entscheidungen des OGH zur Qualifikation der Tätigkeit von Zustellern sowie eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes und der genannten Empfehlung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger zur einheitlichen Vollzugspraxis der Versicherungsträger im Bereich des Melde-, Versicherungs- und Beitragswesens (E-NVB), Punkt 004-ABC-Z-003 (betreffend „Zustelldienste-Pizza-Service“) genügt es auf die Ausführungen in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.09.2014, Ro 2014/08/0069 zu verweisen, wonach es sich jeweils um einzelfallbezogene Beurteilungen auf Grund der konkreten Merkmale der Tätigkeit handelt, die nicht ausschließen, dass in anderen, im Einzelnen unterschiedlich gelagerten Fällen abweichende Ergebnisse erzielt werden und davon, dass nach der genannten Empfehlung Pizza-Zusteller generell als „neue Selbständige“ anzuerkennen wären, keine Rede sein könne.

3.6.4. Dem Antrag auf Einholung eines betriebswirtschaftlichen sowie eines berufskundlichen Gutachten ist zu entgegnen, dass der Beschwerdeführer mit diesem Beweisantrag kein konkretes Beweisthema, nämlich welche konkreten Tatsachenbehauptungen im Einzelnen durch die beantragte Einholung der beiden Gutachten hätten erwiesen werden sollen, nennt (VwGH 7.7.2011, 2008/15/0010, mwN; VwGH 20.2.2014, 2012/17/0109). Durch diesen Beweisantrag ist die Einholung eines Erkundungsbeweises beabsichtigt, weil dieser Antrag – nach dem bereits Gesagten – nicht konkrete Behauptungen zum Gegenstand hat. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind Erkundungsbeweise im Verwaltungsverfahren unzulässig (VwGH 12.4.1985, 85/18/0203; VwGH 2.9.1992, 92/02/0194; VwGH 22.2.1994, 93/04/0064). Daher ist das Bundesverwaltungsgericht nicht gemäß §§ 37 iVm 39 Abs. 2 AVG zur Durchführung eines solchen Beweises (zur Entsprechung eines dahin gehenden Antrages) verpflichtet, sodass deren Unterlassung keinen Verfahrensmangel bedeutet (Hengstschläger/Leeb, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, AVG § 46 Rz 16 mwN). Ob R.M. über einen Gewerbeschein verfügt hat oder nicht, ist für gegenständliches Verfahren nicht von Relevanz, weil daraus nicht ableitbar ist, ob dieser im konkreten Fall in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig wurde oder nicht (VwGH vom 21.12.2011, 2010/08/0129 mwN). Es konnte daher auf den Beweisantrag der Einsichtnahme in den Gewerbeschein verzichtet werden.

3.6.5. In einer Gesamtschau des vorliegenden Falles ist somit – wie dargelegt – von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber Merkmalen selbständiger Ausübung der Tätigkeit auszugehen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.7. Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3.7.1. Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.7.2. Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

3.7.3. So stellt die Frage des Vorliegens eines Wiedereinsetzungsgrundes und insbesondere jene, ob Verschulden minderen Grades vorliegt eine Einzelfallbeurteilung dar, der keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (vgl. VwGH vom 06.10.2017, Ra 2017/01/0302 mHa VwGH vom 22.09.2015, Ra 2015/04/0070).

3.7.3. Weiters orientiert sich das Erkenntnis an der in Pkt. 3.6. wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Vgl insbesondere VwGH, 26.01.2010, Zl. 2009/08/0269, und die Entscheidung vom 10.09.2014, Zl. Ro 2014/08/0069, des Verwaltungsgerichtshofes betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG) und weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich bzw. war der Wortlaut der anzuwendenden Bestimmungen klar (vgl. VwGH 23.06.2015, Zl. Ra 2015/01/0098, unter Hinweis auf VwGH 28.05.2014, Zl. Ro 2014/07/0053, 02.09.2014, Zl. Ra 2014/18/0062 und VwGH 25.02.2015, Zl. Ra 2015/13/0001). Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor.

#### **Schlagworte**

Dienstnehmereigenschaft mündliche Verhandlung persönliche Abhängigkeit Pflichtversicherung Wiedereinsetzung wirtschaftliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W229.2005438.1.00

#### **Im RIS seit**

28.09.2021

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.09.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

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