

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/2/8 91/08/0020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.02.1994

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Liska und die Hofräte Dr. Knell, Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Knecht, über die Beschwerde des S in G, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in G, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 19. Dezember 1990, Zl. 123.688/3-7/90, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und AIVG (mP: 1. K in G;

2. Stmk GKK; 3. PVA; 4. AUVA Landesstelle Graz), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.120,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 18. April 1989 stellte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse fest, daß der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner für den Beschwerdeführer, Funktransport- und Botendienstunternehmen, in der Zeit vom 1. Oktober 1987 bis 30. September 1988 verrichteten Tätigkeit als Kraftfahrer, der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen sei. Nach der Begründung habe der Beschwerdeführer mit dem Erstmitbeteiligten zwar einen als "Werkvertrag" bezeichneten Vertrag abgeschlossen, das Ermittlungsverfahren habe jedoch ergeben, daß der Erstmitbeteiligte als Dienstnehmer tätig gewesen sei. Die Tätigkeit eines Kraftfahrers könne schwerlich als Verpflichtung zur Herstellung eines bestimmten Erfolges bzw. Werkes angesehen werden. Zudem habe der Erstmitbeteiligte vom Beschwerdeführer Weisungen erhalten, zu deren Einhaltung er verpflichtet gewesen sei. Im Falle wiederholter Nichteinhaltung dieser Weisungen wären disziplinare Konsequenzen eingetreten. Der Erstmitbeteiligte sei ferner nicht berechtigt gewesen, sich hinsichtlich seiner Tätigkeit als Kraftfahrer ohne Rücksprache beim Beschwerdeführer bzw. ohne dessen Wissen von einer anderen Person vertreten zu lassen. Überdies sei dem Erstmitbeteiligten das zur Verrichtung der gegenständlichen Arbeiten benötigte Kraftfahrzeug vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden.

Der Beschwerdeführer erhob einen als Berufung bezeichneten Einspruch, wobei er darauf verwies, er selbst habe mit

der Funktrans-Botendienstges.m.b.H. einen Werkvertrag abgeschlossen, wobei er Verpflichtungen teilweise an den erstmitbeteiligten "Subwerkvertragsunternehmer" überbunden habe. Dieser habe sich verpflichtet, sein eigenes unternehmerisches Potential, nämlich ein geliehenes Kraftfahrzeug und "seine eigene Leistungszeit", zur Verfügung zu stellen. In der Praxis laufe die Sache so ab, daß sich der jeweilige Werkvertragspartner beim Funktrans-Botendienst, je nach Bereitschaft zu arbeiten, anmelde und ihm dann verschiedene Fahrten angeboten würden, welche er berechtigt sei, wiederum nach eigener Beurteilung anzunehmen oder abzulehnen. Die einzelnen Fahrten beruhten auf dem unternehmerischen Risiko des Subwerkvertragsunternehmers, für Ausfälle in der Form der nicht gezahlten Prozentanteile habe er keinen Ersatzanspruch, auch keinen Fortzahlungsanspruch. Dies gelte auch für jene Zeit, in der er nach eigenem Willen keine Tätigkeit entfalte. Der Erstmitbeteiligte sei berechtigt gewesen, sich ohne Zustimmung des Beschwerdeführers vertreten zu lassen. Es sei nur vereinbart gewesen, daß eine diesbezügliche Mitteilung erfolgen müsse, um abklären zu können, ob das zur Verfügung gestellte Fahrzeug gestohlen worden sei oder berechtigterweise von einer anderen Person gelenkt werde. Für den Erstmitbeteiligten habe auch keinerlei zeitliche Bindung bzw. Bindung an eine vorgegebene Arbeitszeit bestanden.

Mit Bescheid vom 23. April 1990 gab der Landeshauptmann der Steiermark der "Berufung" Folge und stellte in Abänderung des Bescheides der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse fest, daß der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner für den Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. Oktober 1987 bis 30. September 1988 verrichteten Tätigkeit nicht der Vollversicherungspflicht unterlegen sei. Der Landeshauptmann ging dabei in seiner Begründung von folgenden Sachverhaltsfeststellungen aus: Der Erstmitbeteiligte habe bei seinen Einvernahmen vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse am 14. und 21. November 1988 erklärt, daß mit dem Beschwerdeführer keine bestimmte Arbeitszeit vereinbart worden sei, so auch keine Folgen bei deren Nichteinhaltung. Er habe Beginn und Ende der Arbeit selbst bestimmen können. Arbeitsanweisungen (Fahraufträge) habe er von der Funktrans-Botendienstges.m.b.H. erhalten, und zwar im Funk per Auto oder auch zu Hause; er sei verpflichtet gewesen, diese einzuhalten. Die Nichtdurchführung von Aufträgen wäre sicher ein Kündigungsgrund bzw. ein Bruch des Werkvertrages gewesen. Er hätte sich durch andere geeignete Personen vertreten lassen können, eine Vertretung sei aber nie erfolgt. Das benützte Kraftfahrzeug sei von der Firma des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt worden, diese sei auch für dessen Erhaltung aufgekommen. Als Entgelt sei ein bestimmter Prozentsatz vom Umsatz vereinbart gewesen. Er habe zwischen S 8.000,-- und S 13.000,-- im Monat erhalten, je nachdem wieviel er gefahren sei. Am 11. April 1989 habe der Erstmitbeteiligte angegeben, er sei nicht berechtigt gewesen, sich ohne Rücksprache beim Beschwerdeführer bzw. ohne dessen Wissen von einer anderen Person vertreten zu lassen. Er nehme an, daß er mit disziplinären Konsequenzen zu rechnen gehabt hätte, wenn er sich geweigert hätte, Aufträge zu erledigen. Es sei nicht in seinem Ermessen gestanden, einzelne Aufträge nicht durchzuführen.

Demgegenüber habe der Beschwerdeführer am 3. Mai 1988 unter anderem angegeben, daß mit dem Erstmitbeteiligten keine Arbeitszeit vereinbart worden sei. Aufträge würden von der Funktrans-Botendienstges.m.b.H. erteilt. Dem Erstmitbeteiligten sei es gestattet, die erteilten Aufträge selbst zu regeln. Dem Beschwerdeführer komme keine Kontroll- und Weisungsbefugnis zu. Dem Erstmitbeteiligten sei es auch gestattet, die erteilten Aufträge an andere Personen abzutreten.

Auf Grund dieser Ermittlungsergebnisse gelange die Einspruchsbehörde zur Auffassung, daß ein Überwiegen der Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten im Beschwerdefall nicht gegeben sei: Der Erstmitbeteiligte sei auf Grund der seiner Tätigkeit zugrundeliegenden Vereinbarung zum einen verpflichtet gewesen, seine Steuer- und Versicherungspflichten wahrzunehmen, zum anderen das gegen Bezahlung zur Verfügung gestellte Fahrzeug zu warten bzw. ein Fahrtenbuch zu führen. Die von der Firma Funktrans übermittelten Transportaufträge hätte er zu übernehmen und auszuführen gehabt. Der Darstellung des Beschwerdeführers zufolge habe der Erstmitbeteiligte die Durchführung bereits übernommener Aufträge nicht mehr ablehnen können. Der Erstmitbeteiligte hätte aber eigenständig und ohne damit vertragswidrig zu handeln, darüber entscheiden können, ob er sich überhaupt zur Übernahme von Aufträgen bereit erkläre. Er sei ausschließlich während solcher Zeiträume, die er selbst habe bestimmen können und auch bestimmt habe, verpflichtet gewesen, einen einmal übernommenen Auftrag auszuführen. Dieser Umstand sei lediglich als Beschränkung der persönlichen Unabhängigkeit zu werten, nicht aber als deren Ausschluß. Der Erstmitbeteiligte hätte z.B., ohne disziplinäre Konsequenzen fürchten zu müssen, nach Erledigung auch nur eines Auftrages seine Bereitschaft zurückziehen können, weitere zu übernehmen. Daß der Erstmitbeteiligte von dieser Dispositionsmöglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht habe, zeigten die unterschiedlichen

monatlichen Einkünfte. Für die Annahme eines Unternehmerwagnisses von seiten des Erstmitbeteiligten spreche unzweifelhaft die erfolgte Entlohnung. Auf Grund der prozentuellen Beteiligung am Umsatz sei der Erfolg der Tätigkeit bzw. die Höhe der erzielten Einnahmen weitgehend von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der Ausdauer und persönlichen Geschicklichkeit des Erstmitbeteiligten abhängig gewesen. Daß dieser einer disziplinären Verantwortung unterlegen gewesen sei, habe nicht festgestellt werden können. Auch ein Werkvertragsunternehmer wäre grundsätzlich zur Erbringung des Erfolges verpflichtet bzw. würde dieser bei Nichtleistung Gefahr laufen, keinen Auftrag mehr zu erhalten. Ebenso sei eine Eingliederung in eine Betriebsorganisation nicht vorgelegen. Eine Bindung an Arbeitsort oder ein arbeitsbezogenes Verhalten habe nicht bestanden. Eine persönliche Arbeitspflicht sei nach den übereinstimmenden Parteienangaben nicht gegeben gewesen. Der Erstmitbeteiligte sei etwa verpflichtet gewesen, eine Vertretung dem Beschwerdeführer anzuzeigen, jedoch habe es keiner ausdrücklichen Zustimmung dafür bedurft, weshalb eine echte, die Sozialversicherungspflicht ausschließende Vertretungsmöglichkeit gegeben gewesen sei.

Der Erstmitbeteiligte erhob Berufung, wobei er insbesondere vorbrachte, verpflichtet gewesen zu sein, jeden ihm zugeteilten Auftrag auszuführen. Im übrigen sei der Beschwerdeführer auch für sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb des überlassenen Fahrzeuges verbunden gewesen seien, aufgekommen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung Folge gegeben und festgestellt, daß der Erstmitbeteiligte auf Grund seiner Beschäftigung durch den Beschwerdeführer der Versicherungspflicht unterlegen sei. Nach zusammenfassender Wiedergabe des bisherigen Verfahrensgeschehens vertrat die belangte Behörde im wesentlichen die Auffassung, es sei anzunehmen, daß derjenige, der seine Fahrzeuge anderen dazu überlasse, für sein Unternehmen Botendienstfahrten durchzuführen, auch dazu berechtigt sei, zu bestimmen, in welchem Ausmaß die Fahrzeuge für sein Unternehmen eingesetzt würden und wer die Fahrzeuge tatsächlich verwende. Er werde auch berechtigt sein, das Verhalten der tätigen Personen - wenn er es für erforderlich halte - durch Weisungen zu lenken. Die Absicht, sich Sozialversicherungsbeiträge für die beschäftigten Personen zu ersparen, könne zwar der Grund für die Formulierung eines Werkvertrages sein, es sei aber nicht anzunehmen, daß dieser Grund dafür ausreiche, auf die angeführten Einflußmöglichkeiten tatsächlich zu verzichten. Da im Beschwerdefall ein anderes Motiv für die Vereinbarung eines Werkvertrages nicht erkennbar sei und für die Behauptung des Beschwerdeführers - außer seinen eigenen Angaben - kein Beweismittel vorläge oder angeboten worden sei, bestehe kein Grund, von den angeführten Annahmen abzugehen. Der Erstmitbeteiligte sei daher - auch wenn keine Weisungen erteilt worden seien - doch grundsätzlich an eine "Weisungsbefugnis des Beschwerdeführers gebunden" und nicht berechtigt gewesen, sich ohne Zustimmung des Beschwerdeführers bei den Botendienstfahrten vertreten zu lassen. Da die "Bindung an eine Weisungsbefugnis" eine selbständige Erwerbstätigkeit ausschließe, sei die Versicherungspflicht des Erstmitbeteiligten auszusprechen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen. Von den mitbeteiligten Parteien hat lediglich die Steiermärkische Gebietskrankenkasse eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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

Welche Umstände bei Beantwortung der Frage zu berücksichtigen sind, ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit überwiegen, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt, so etwa in dem von der belangten Behörde zitierten Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A, aber auch im Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A, auf deren Begründung gemäß § 43 Abs. 2 VwGG insoweit verwiesen wird.

Die belangte Behörde ist im wesentlichen davon ausgegangen, daß derjenige, der sein Fahrzeug jemandem dazu überläßt, für sein Unternehmen Botendienstfahrten durchzuführen, auch dazu berechtigt sei, zu bestimmen, in

welchem Ausmaß die Fahrzeuge für sein Unternehmen eingesetzt werden und wer die Fahrzeuge tatsächlich verwendet. Daraus ergebe sich auch die Berechtigung, das Verhalten der Beschäftigten durch Weisungen zu lenken. Die belangte Behörde hat damit die persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten als zwangsläufige Folge seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit angenommen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der in eigenem Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Bei ihrer Schlußfolgerung hat die belangte Behörde übersehen, daß wirtschaftliche Abhängigkeit bei persönlicher Unabhängigkeit bestehen kann, nicht aber persönliche Abhängigkeit ohne wirtschaftliche Abhängigkeit im genannten Sinn (vgl. außer dem bereits zitierten Erkenntnis vom 19. März 1984 das ebenfalls Botendienstfahrten betreffende Erkenntnis vom 22. Jänner 1991, Zl. 89/08/0349).

Was die persönliche Abhängigkeit des Erstmitbeteiligten anlangt, so hat die belangte Behörde - ausgehend von ihrer unrichtigen Rechtsansicht - außer acht gelassen, daß diesbezüglich widersprüchliche Ermittlungsergebnisse vorliegen. Anlässlich seiner Einvernahme vor der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse hat der Erstmitbeteiligte am 14. und 21. November 1988 unter anderem niederschriftlich angegeben, er habe sich von anderen geeigneten Personen vertreten lassen können. Er sei jedoch verpflichtet gewesen, die ihm von der Firma Funktrans-Botendienstges.m.b.H. erteilten Aufträge durchzuführen, da ansonsten ein Bruch des Werkvertrages (der Erstmitbeteiligte vertritt in diesem Zusammenhang auch die Auffassung, daß dies "sicher ein Kündigungsgrund gewesen" sei) vorgelegen sei. In einer Niederschrift vom 11. April 1989 gab der Erstmitbeteiligte hingegen an, er sei nicht berechtigt gewesen, sich ohne Rücksprache beim Dienstgeber bzw. ohne dessen Wissen von einer anderen Person vertreten zu lassen. Er nehme an, daß er - wenn er sich wiederholt geweigert hätte, Aufträge zu erledigen -, mit disziplinären Konsequenzen zu rechnen gehabt hätte. Es sei somit nicht in seinem Ermessen gestanden, einzelne Aufträge nicht durchzuführen.

Demgegenüber hat der Beschwerdeführer in einer Äußerung vom 12. Juli 1989 angegeben, der Erstmitbeteiligte hätte Fahraufträge nach eigener Auswahl annehmen können, ohne daß der Beschwerdeführer eine Sanktion hätte setzen können. Der Erstmitbeteiligte hätte seinen Verdienst auch einzig und allein selbst bestimmen können, je nachdem, wieviele Fahrten er übernommen habe. Die Vereinbarung, daß er im Falle einer Vertretung diese zu melden habe, besage nicht, daß sich der Beschwerdeführer gegen eine Vertretung hätte aussprechen können. Sinn und Zweck der Vereinbarung sei gewesen, daß im Falle eines Unfalles bzw. einer Rückfrage vom Kunden jederzeit feststellbar gewesen sei, ob auch ein Berechtigter das Fahrzeug lenke und den Transport durchführe. Eine Einschränkung der Vertretungsmöglichkeit bzw. der freien Wahl eines Vertreters sei dadurch nicht gegeben gewesen. Im übrigen sei für das beigestellte Fahrzeug ein prozentueller Anteil des erzielten Umsatzes als Leihgebühr zu bezahlen gewesen.

Die belangte Behörde hat es allerdings wegen ihrer verfehlten Rechtsansicht, daß wirtschaftliche Abhängigkeit schon persönliche Abhängigkeit bedinge, unterlassen, sich mit diesen Verfahrensergebnissen auseinanderzusetzen und in einer für den Verwaltungsgerichtshof überprüfbaren Weise darzulegen, aus welchen Gründen sie das eine Beweismittel dem anderen vorgezogen hat. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

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

ECLI:AT:VWGH:1994:1991080020.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

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