

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Ingrid Mainhart in der Beschwerdesache C, M, gegen die Bescheide des FA Spittal Villach vom 30. April 2010 betreffend Festsetzung von Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) für die Jahre 2005 bis 2008 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Die Abgabenbescheide der Jahre 2005 bis 2008 werden wie folgt abgeändert:

Der Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen (in der Folge DB) sowie der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (in der Folge DZ) für das Jahr 2005 werden mit € 10.667,83 bzw. € 995,66 festgesetzt.

Der DB und DZ für das Jahr 2006 werden mit € 12.326,44 bzw. € 1.150,47 festgesetzt.

Der DB und DZ für das Jahr 2007 werden mit € 13.735,59 bzw. € 1.281,99 festgesetzt.

Der DB und DZ für das Jahr 2008 werden mit € 15.104,28 bzw. € 1.376,17 festgesetzt.

Die Bemessungsgrundlagen sowie die Abgabenbeträge sind am Ende dieses Erkenntnisses dargestellt und bilden einen Spruchbestandteil.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

C. (in der Folge C. und Bf.) war in den Streitjahren Inhaber eines Transportunternehmens. Im Jahr 2009 fand bei ihm eine Außenprüfung nach § 147 BAO über den Zeitraum 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2008 statt. Dabei stellte der Prüfer u.a. fest, dass die an J.G. (in der Folge J.G. oder G.) vom Bf. ausgezahlten Beträge in der Gesamthöhe von € 127.569,68 (€ 34.024,8/2005, € 34.539,60/2006 und 2007 sowie € 4.465,64/2008)

der Bemessungsgrundlage für den Dienstgeberbeitrag sowie dem Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (in der Folge DB und DZ) hinzuzurechnen seien, weil J.G. als Dienstnehmer einzustufen sei.

Das Finanzamt folgte der Auffassung des Prüfungsorganes, erließ gegenüber dem Bf. für die Jahre 2005 bis 2008 am 30. April 2010 entsprechende Haftungs- und Abgabenbescheide, woraus sich u.a. eine Abgabennachforderung von insgesamt € 5.740,52/DB und € 533,40/DZ ergab und wies in der Begründung auf den Außenprüfungsbericht vom 30. April 2010 hin. Begründend findet sich darin, dass J.G. bei der Vorprüfung als Dienstnehmer eingestuft worden sei und sich der Bf. auf das Verfahren bei der Kärntner Gebietskrankenkasse berufe. Dem Bericht über die Vorprüfung vom 4. Oktober 2005 (hinsichtlich der Jahre 2000 bis 2004) ist zu entnehmen, dass J.G. von der Gebietskrankenkasse als Dienstnehmer eingestuft worden sei.

In der Berufung (nunmehr Beschwerde) vom 4. Juni 2010, gerichtet gegen die „Bescheide Lohnsteuer, Dienstgeberbeitrag und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag 2005, 2006, 2007, 2008“ führte der steuerliche Vertreter des Bf. aus, dass sich diese gegen die Abgabennachforderung hinsichtlich J.G. richte, die restlichen Abgabenforderungen hingegen nicht strittig seien. J.G. sei im Prüfungszeitraum als freier Dienstnehmer beschäftigt gewesen, die abgabenbehördliche Prüfung habe ihn jedoch als echten Dienstnehmer eingestuft. Bereits bei der vorhergehenden abgabenbehördlichen Prüfung habe sich dieses Rechtsproblem ergeben. Gegen den Bescheid der Kärntner Gebietskrankenkasse (im Folgenden KGKK) sei Berufung beim Amt der Kärntner Landesregierung eingebracht worden. Die Berufungsbehörde habe der Berufung stattgegeben und J.G. als freien Dienstnehmer eingestuft. Die KGKK habe jedoch die Berufungsentscheidung nicht akzeptiert und den Akt dem Sozialministerium vorgelegt, deren Entscheidung bis heute noch ausstehe. Es werde ersucht, die Berufung (nunmehr Beschwerde) gegen die Abgabenbescheide bis zur rechtskräftigen Erledigung auszusetzen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 5. August 2010 wurde die Berufung (nunmehr Beschwerde) als unbegründet abgewiesen. Darin wurde begründend angeführt, dass die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit deutlich Ausschlag gebend für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sei. Laut freiem Dienstvertrag sei angeführt, dass die wesentlichen Betriebsmittel wie Telefon- und EDV-Anlage vom Dienstgeber bereitgestellt würden. Ebenso sei einvernehmlich eine pauschale Dienstzeit von 40 Stunden pro Woche vereinbart worden. Die persönliche Abhängigkeit dokumentiere auch die verbindliche Vorlage von Auftragsberichten an den Dienstgeber (Wochenplaner-Auftragsberichte). Ergänzend und entscheidend komme dazu die Gewährung des gesetzlichen Erholungsurlaubes sowie Fortzahlung des vereinbarten Entgelts analog dem Entgeltfortzahlungsgesetz in Verhinderungsfällen (Urlaub, Krankheit). Ebenso zu den Merkmalen persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zähle die Tatsache, dass J.G. in den Betrieb eingebunden sei, wobei in diesem Zusammenhang das zeitliche Ausmaß seiner Tätigkeit und die Einhaltung von bestimmten Arbeitsstunden von Bedeutung

seien. Die Verpflichtung zur Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit spreche deutlich für ein Dienstverhältnis. Wesentliches Merkmal eines Dienstverhältnisses sei es auch, dass fortlaufende im Wesentlichen gleich bleibende Arbeiten mit einem fortlaufenden gleichbleibenden Betrag entlohnt würden. Insgesamt werde festgestellt, dass es sich nach Ansicht des Finanzamtes im gegenständlichen Fall um ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG handle. Zum Antrag, die Berufung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens bei der KGKK auszusetzen, werde auf § 116 BAO hingewiesen; liege eine Vorfrage vor, über die von der zuständigen Verwaltungsbehörde (vom zuständigen Gericht) noch nicht entschieden ist, so sei die Abgabenbehörde nach § 116 Abs. 1 berechtigt, diese Rechtsfrage nach eigener Anschauung zur beurteilen.

Mit Eingabe vom 10. September 2010 wurde vom Bf. im Wege seines steuerlichen Vertreters der Antrag auf Entscheidung über die Berufung (nunmehr Beschwerde) durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz (nunmehr Bundesfinanzgericht, im Folgenden BFG) gestellt und darin auf die Begründung in der Berufungs- (Beschwerde)-schrift hingewiesen.

Mittlerweile gibt es im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren (hinsichtlich der Qualifizierung der Tätigkeit in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht des J.G. für den Bf.) eine rechtskräftige Entscheidung (Bescheid) des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (GZ. XY) mit folgendem wortwörtlichen Inhalt:

„B E S C H E I D

I. Der Berufung des Kärntner Gebietskrankenkasse, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 17.02.2009, Zl. AB , wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG keine Folge gegeben und in Bestätigung des angefochtenen Bescheides festgestellt, dass Herr J.G., VSNR Z , auf Grund seiner Tätigkeit als Disponent für Herrn C. jun. in der Zeit vom 01.03.2001 bis 13.09.2008 der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG unterlag.

II. Weiters wird in Abänderung des Bescheides des Landeshauptmannes von Kärnten vom 17.02.2009, Zl. AB , festgestellt, dass Herr J.G. nur vom 01.01.2008 bis 13.09.2008 der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit a AIVG unterlag.

Begründung: Mit Bescheid vom 13.03.2003 stellte die Kärntner Gebietskrankenkasse fest, dass Herr G. J. hinsichtlich seiner Tätigkeit als Disponent für Herrn C., CC Transporte, seit 01.03.2001 als Dienstnehmer auf Grund der Bestimmung § 4 Abs. 2 ASVG der Pflichtversicherung in der Vollversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit a AIVG unterliegt. Herr G. sei als Disponent tätig gewesen und habe im Zuge dieser Tätigkeit Vermittlungs- und Transportaufträge zu lukrieren gehabt. Die Mindesttarife für Vermittlungs- und Transportaufträge seien vom Dienstgeber vorgegeben bzw. seien von den Vertragspartnern einvernehmlich festgesetzt worden. Weiters seien die wesentlichen Betriebsmittel wie Telefon und EDV-Anlage vom Dienstgeber beigestellt worden. Als Entgelt seien pauschal ATS 36.695,-- vereinbart worden. Neben dem Entgelt sei eine Reisekostenentschädigung bis zu ATS

4.800,-- gegen Vorlage der Reisekostenrechnung vereinbart worden. Festgehalten werde, dass der vorgelegte „freie Dienstvertrag“ immer von dem Begriff „Dienstnehmer“ und „Dienstgeber“ ausgehe und diese beiden Begriffe im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 ASVG verwendet werden würden. Das Merkmalschema für die Kriterien zur Abgrenzung des Dienstverhältnisses von anderen Formen rechtlicher Gestaltung der Beschäftigung, wie jener des freien Dienstvertrages, habe in der Rechtsprechung des VwGH für die Beurteilung der Tätigkeit eines Vertreters als unselbstständige Tätigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG eine besondere Ausformung erfahren. Insbesondere seien in diesem Zusammenhang die Zuweisung eines bestimmten Tätigkeitsgebietes oder Kundenkreises, die Weisungsgebundenheit in einer bestimmten Art, das Konkurrenzverbot, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Berichterstattungspflicht sowie die mangelnde Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel als für die Beurteilung der Versicherungspflicht von Vertretern maßgebliche Merkmale zu bezeichnen (VwGH 19.03.1984, 82/08/0111). Bei einem Zusammentreffen von Merkmalen der Abhängigkeit und solchen die auf eine Unabhängigkeit hinweisen, sei das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale entscheidend. Aus dieser klaren Entscheidung des VwGH sei zweifelsfrei erkennbar, dass Herr G. in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt gewesen sei, weshalb er im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG zu Geschäftszahl: BMASK-CD Pflichtversicherung in der Vollversicherung und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit a AlVG unterliege. Gegen diesen Bescheid er hob Herr C., vertreten durch Mag. Thomas Mairitsch, Steuerberater in Villach, fristgerecht Einspruch. Begründend ausgeführt wurde, dass im Arbeitsablauf keine persönliche Abhängigkeit – weil Vertretbarkeit – und keine Weisungsbindung für den Dienstgeber bestanden habe. Dies drücke sich auf Grund des großen Erfahrungs- und Bekanntheitsgrades im vorhandenen eigenen Kundenstock und in der vorhandenen eigenen unternehmerischen Infrastruktur wie auch durch das Arbeiten und Beherrschen des Steiner-Transport EDV-Programmes aus. Für die Besorgung der Vermittlungs- und Transportaufträge würden dem Dienstnehmer ein Telefon und eine EDV-Anlage beigestellt werden. Diese Geräte würden dem Dienstnehmer bereitgestellt werden, da kein Konkurrenzverbot bestehe, damit die Aufträge nicht mit anderen Auftraggebern möglicherweise vermischt werden können. Es sei weder eine fixe Arbeitszeit noch ein bestimmter Arbeitsort vereinbart, auch keine persönliche Anwesenheit. Vielmehr seien die Aufträge fortlaufend über das ganze Jahr zu erbringen und nicht als einzelner Großauftrag in einem kurzen Zeitrahmen. Bei der Entgeltsabrechnung werde auch keine Lohnsteuer in Abzug gebracht, vielmehr werde das Entgelt der Einkommensteuer unterworfen. Der Dienstnehmer habe beim Finanzamt Spittal eine eigene Steuernummer und werde zur Einkommensteuer veranlagt. Des Weiteren sei der freie Dienstvertrag im Auslaufen begriffen, da Herr G. und Herr C. eine Personengesellschaft gegründet hätten und nunmehr ein Gesellschaftsverhältnis bestehe. Mit Bescheid vom 17.02.2009, Zi. AB , gab der Landeshauptmann von Kärnten dem Einspruch insofern Folge, als festgestellt wurde, dass Herr J. G. hinsichtlich seiner Tätigkeit als Disponent für Herrn C. jun., CC Transporte, seit 01.03.2001 infolge eines freien Dienstverhältnisses als

Dienstnehmer auf Grund der Bestimmung des § 4 Abs. 4 ASVG der Pflichtversicherung in der Vollversicherung und Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 zu Geschäftszahl: BMASK-CD Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt. Der Spruchteil hinsichtlich der Nachtragsvorschreibung vom 09.12.2002 wurde gemäß § 38 AVG ausgesetzt. Um Wiederholungen zu vermeiden wird bezüglich des festgestellten Sachverhaltes auf den Bescheid selbst verwiesen.

Rechtlich ausgeführt wurde, dass bei einer Gesamtbetrachtung der von Herrn G. mit Herrn C. jun. vereinbarten Tätigkeitsbereiche im Hinblick auf Abhängigkeit und Unabhängigkeit der Arbeitsleistungen davon ausgegangen werden könne, dass die Vorgabe der Mindesttarife, die Vertretung durch Personen, die dem Dienstgeber bekannt seien, die Vereinbarung einer Dienstleistung von pauschal 40 Stunden die Woche für eine persönliche Abhängigkeit von Herrn G. bei Erbringung seiner Auftragsdienstleistungen für Herrn C. jun. sprechen und demgegenüber die freie Wahl des Arbeitsortes, die Selbstregelung des Arbeitsablaufes, die Weisungsfreiheit, die freie Einteilung der Arbeitszeit, die Nichtkontrolle der Arbeitsleistung Elemente persönlicher Unabhängigkeit aufweisen. Die im freien Dienstvertrag vereinbarte Konsumierung des Erholungsurlaubes und die Weiterzahlung des Entgeltes bei Krankheit und Arztbesuch würden entgegen der Meinung der Gebietskrankenkasse dadurch einer Einschränkung unterliegen, als im Punkt 5 des Dienstvertrages der Passus enthalten sei: „Hierbei bleibe jedoch die Erbringung der Vermittlungs- und Transportaufträge im unter Punkt 3 angeführten Ausmaß unbenommen.“ Herr G. habe der Einspruchsbehörde gegenüber erklärt, dass die Abwesenheitszeiten bei Urlaub, Arztbesuch und Krankheit toleriert worden seien, jedoch hätte er hierfür eine Vertretung auf seine Kosten organisieren müssen bzw. sei seine Tätigkeit so gelagert, dass er immer im Voraus Dispositionen getroffen habe und eine kurzzeitige Abwesenheit von ein bis zwei Tagen nicht ins Gewicht gefallen sei. Für Herrn C. jun. sei der Umstand, dass er anwesend gewesen sei oder nicht, nicht von entscheidender Relevanz, sondern vielmehr der Umstand, dass laufend genügend Transportaufträge hereinkommen würden. Überdies sei keine Arbeitsverpflichtung vereinbart worden, sondern lediglich ein Maß für die Honorierung der laufend erbrachten Transportaufträge. Der Einspruchswerber habe vorgebracht, dass das vereinbarte Entgelt nicht nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages ausgerichtet gewesen sei, sondern laut Kostenrechnung des Betriebs errechnet worden sei und insgesamt 1,27% der Transportaufträge betrage, was zur Folge habe, dass sich bei Veränderung des Auftragsvolumens auch das Entgelt entsprechend geändert hätte. Zusammenfassend werde daher seitens der Einspruchsbehörde festgestellt, dass eine sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten, wie sie sich im Dienstvertrag von Herrn G. darstellen würden, zum Ergebnis geführt habe, dass ein Tätigwerden von Herrn G. in Form eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG erfolgt sei und daher entgegen der Annahme der belangten Gebietskrankenkasse von Seiten der Einspruchsbehörde eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG angenommen werde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Berufung der Kärntner Gebietskrankenkasse. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass die von der Behörde behauptete freie Wahl des Arbeitsortes nicht als ausschlaggebendes Merkmal

für einen freien Dienstnehmer gewertet werden könne, da nach der Rechtsprechung des VwGH der Gebundenheit an einen Arbeitsort dann keine wesentliche Bedeutung zukommen könne, wenn eine Leistung schon der Natur der Sache nach nur an einem ganz bestimmten Ort verrichtet werden könne. Die Tätigkeit als Disponent könne nur vor Ort mit den Kunden erbracht werden. Das Ausüben von Tätigkeiten am Betriebsstandort sei gemäß der Aussage von Herrn G. zweifellos gegeben, welches sich auch in der Einrichtung eines Büros am vorliegenden Betriebsstandort ergebe. Bezuglich der Zeiteinteilung werde entgegnet, dass nach der Rechtsprechung des VwGH die Bindung an eine fixe Arbeitszeit auch dann angenommen werden könne, wenn der Beginn festgelegt und im Übrigen ein entsprechender Arbeitsumfang zugeteilt werde, der als solcher die Arbeitszeit vorgibt. Selbst eine innerhalb der Grenzen mögliche Befugnis, Beginn und Ende der Arbeitszeit festzulegen, schließe die durch diese und während dieser Beschäftigung gegeben Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit nicht aus. Bezuglich der Erteilung von Weisungen werde auf die stille Autorität des Dienstgebers verwiesen. Beim Vorliegen der Tätigkeit eines Disponenten entspreche es dem berufsspezifischen Verständnis, dass sich die Abläufe der Tätigkeiten vorwiegend nach den Geschäftszeiten der Vertragspartner zu richten hätten. Auch die eigenständige Regelung des Arbeitsablaufes werde von einem Disponenten erwartet, wobei auch eine Kontrolle der Arbeitsleistungen an den Standorten der Kunden in der Praxis nicht möglich sei. Da er bereits seit siebzehn Jahren als Disponent tätig sei, könne auf Grund seiner fachlichen Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten davon ausgegangen werden, dass sich Weisungen über die Reihenfolge und den näheren Inhalt der verrichtenden Tätigkeiten erübrigen. Bezuglich des Vertretungsrechts werde ausgeführt, dass der Dienstnehmer gegenständlich für die Zeit seiner Abwesenheit in jedem Fall den Dienstgeber informieren habe müssen, was einem generellen Vertretungsrecht entgegensteht.

Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz hat über die vorliegende Berufung wie folgt erwogen:

I. Gesetzliche Grundlagen: Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind aufgrund dieses Bundesgesetzes die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis 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. 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. Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen Dienstnehmern 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 bäuerlichen 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, sofern sie auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 bzw. § 3 Abs. 3 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes oder gemäß § 2 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Sozialversicherung freiberuflich selbstständig Erwerbstätiger versichert sind oder sofern es sich nicht um eine (Neben)Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f des Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes handelt oder sofern diese Personen nicht eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausüben. Gemäß § 4 Abs. 6 ASVG schließt eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus. Gemäß § 1. Abs 1 lit a AIVG sind Dienstnehmer für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert), die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind; gemäß Abs. 8 leg cit sind freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, Dienstnehmern gleich gestellt.

II. Im gegenständlichen Fall ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Zwischen Herrn C. jun., Transportunternehmer in M. als Dienstgeber einerseits und Herrn J.G., Disponent als Dienstnehmer andererseits wurde nachstehender „freier Dienstvertrag“ gemäß § 4 Abs. 4 ASVG geschlossen. 1. Der Dienstgeber betreibt am Standort M. das Handels- und Transportunternehmen mit Besorgung und Vermittlung von Transportaufträgen an Subunternehmer. 2. Der Dienstnehmer ist ausgebildeter Disponent mit großem Erfahrungs- und Bekanntheitsgrad. 3. Der Dienstnehmer besorgt ab 05. März 2001 im Rahmen seiner Disponententätigkeit Vermittlungs- und Transportaufträge für den Dienstgeber im Ausmaße von rund 45 Millionen Schilling per anno. Die Mindesttarife für Vermittlungs- und Transportaufträge werden vom Dienstgeber vorgegeben bzw. werden von den Vertragspartnern einvernehmlich festgesetzt. 4. Der Dienstnehmer kann den Arbeitsablauf selbst regeln und gestalten und die Arbeitszeit selbst bestimmen. Gegebenenfalls kann sich der Dienstnehmer bei der Erfüllung seiner Aufgaben durch Personen, die dem Dienstgeber bekannt sind, auf seine Kosten vertreten lassen. Im Arbeitsablauf sind keine persönliche Abhängigkeit und keine Weisungsbindung für den Dienstnehmer gegeben. Die wesentlichen Betriebsmittel werden dem Dienstnehmer wie Telefon, EDV-Anlage vom Dienstgeber bereitgestellt. 5. Für die Bewältigung der übernommenen Dienstleistungen werden einvernehmlich pauschal 40 Stunden pro

Woche vereinbart. Fällt in einem Monat eine unabdingbare Mehrleistung an, so ist diese im darauffolgenden Monat auszugleichen (Zeitausgleich). Die durchgeführten Dienstleistungen sind per Wochenplaner- Auftragsberichte dem Dienstgeber vorzulegen und zu quittieren. Das Entgelt beträgt auf Basis des freien Dienstvertrages brutto ATS 36.695,--. Der Dienstnehmeranteil bei der Gebietskrankenkasse beträgt 13,5% und wird, sowie die Einkommensteuer, vom Bruttoentgelt in Abzug gebracht. Die Vorauszahlung an Einkommensteuer wird vom Dienstgeber auf das Konto des Dienstnehmers beim Finanzamt zur Einzahlung gebracht. Neben dem Entgelt werden Reisekostenentschädigungen bis ATS 4.800,-- gegen Vorlage der Reisekostenrechnung per Monat vom Dienstgeber vergütet. Sonstige Bezüge fallen nicht mehr an. Lediglich der gesetzliche Erholungsurlaub wird gewährt, sowie im Falle von Arztbesuch und Krankheit die Fortzahlung des vereinbarten Entgelts analog dem Entgeltsfortzahlungsgesetzes. Hier bleibt jedoch die Erbringung des Vermittlungs- und Transportaufträge im unter Punkt 3 angeführten Ausmaß unbenommen. 6. Das Entgelt ist auf Grundlage des Verbraucherindexes (VPI 96) wertgesichert. Basismonat ist der Kalendermonat März 2001. Schwankungen bis zu 3% werden nicht berücksichtigt. Bei Überschreiten der Schwankungsgrenze kommt die Veränderung zur Gänze zu tragen. 7. Das Dienstverhältnis wird auf Basis des freien Dienstvertrages gemäß § 4 Abs. 4 ASVG auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es kann unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist jeweils zum Monatsende aufgekündigt werden. [...]

In der Niederschrift des Amtes der Kärntner Landesregierung vom 19.09.2007 hat Herr J.G. Folgendes zu Protokoll gegeben: „Die Tätigkeit habe ich am 05.03.2001 aufgenommen und wird diese seither unverändert ausgeübt. Herr C. besitzt ein internationales Transportunternehmen mit 11 eigenen LKW. Weiters gibt es 11 Subunternehmer, die für Herrn C. tätig sind und eingeteilt werden können. Es wurde ein freier Dienstvertrag abgeschlossen. Mir war von Anfang an klar, dass ich ein solches Dienstverhältnis eingehen will. Ich war vor der Tätigkeit bei Herrn C. als Disponent in einem Dienstverhältnis tätig und hat meine Erfahrung gezeigt, dass bei meiner Art der Tätigkeit eine vollkommene Flexibilität erforderlich ist, insbesondere was die Arbeitszeiten anlangt, da die Auftraggeber verschiedene Geschäftszeiten haben und darauf Rücksicht zu nehmen ist. Eine fixe Dienstzeit als Dienstnehmer wäre daher für die Ausübung der Disponententätigkeit von großem Nachteil. Ich kann meine Tätigkeit sowohl von zu Hause aus als auch vom Betriebsstandort des Herrn C. ausüben. Deshalb habe ich auch ein Büro in der Firma C. und eines zu Hause eingerichtet. Des Weiteren bin ich aber oft bei den Kunden direkt unterwegs, z.B. in Italien oder in Deutschland oder in Slowenien. Als Betriebsmittel stehen mir ein Büro in der Firma C. und zu Hause zur Verfügung sowie eine EDV Anlage in der Firma. Zu Hause habe ich eine eigene EDV und einen eigenen Laptop. Es ist für mich keine fixe Arbeitszeit bestimmt. Diese wird von mir selbst wahrgenommen, weil ich vorwiegend auf die Kundengegebenheiten angewiesen bin. Ich bin deshalb auch erforderlichenfalls samstags im Arbeitseinsatz, z.B. arbeitet die Industrie in Italien bis 18 Uhr und sind die Gespräche mit der Logistik erst danach zu führen. In Deutschland sind die Industriezeiten im Regelfall zwischen 6 und 14 Uhr. Wenn ich die Tätigkeit vom

Büro der Firma ausübe, ist es nicht erforderlich mich bei irgendeiner Person zu melden oder abzumelden. Ich teile mir die Arbeitszeit vollkommen nach eigenem Bedarf ein. Vereinbart ist, dass ich zumindest wöchentlich die Umsätze Herrn C. bekannt gebe, dazu wird eine Liste der Aufträge, die EDV-mäßig erfasst werden, ausgedruckt und übergeben. Wenn ich durch Krankheit, Urlaub und der gleichen verhindert sein sollte, gebe ich meine Verhinderung Herrn C. bekannt und müsste eine Person als Vertretung nennen. Während meines Kuraufenthaltes von 3 Wochen musste ich dies in Anspruch nehmen, für diese Zeit müsste ich die Vertretungskosten übernehmen. Meine Tätigkeit ist aber so gelagert, das ich immer einige Tage voraus disponiere und eine kurzzeitige Erkrankung von 1 bis 2 Tagen nicht so ins Gewicht fällt.“

In der Stellungnahme vom 20.06.2003 wurde seitens Herrn C. angeführt, „dass Herr G. als „ausgebildeter Disponent mit großem Erfahrungs- und Bekanntheitsgrad“ die alleinige Aufgabe hat Vermittlungs- und Transportaufträge im Ausmaß von rund 45 Millionen Schilling per anno zu besorgen. Andere Aufgaben sind weder aus dem Dienstvertrag noch aus der faktischen Arbeitsleistung abzuleiten und können auch nicht eingefordert werden. Er kann den Arbeitsablauf selbst regeln und gestalten und die Arbeitszeit selbst bestimmen. Er ist daher keinen Weisungen des Dienstgebers unterlegen. Herr G. hat einen eigenen Kundenstock und lässt sich in seinem Aufgabengebiet auch nichts „dreinreden“ oder gar die Kontaktaufnahme zu seinen Kunden durch den Dienstgeber. Dem Dienstgeber spielt lediglich das Faktum eine wesentliche Rolle, dass die Aufträge 1. laufend und 2. entsprechend den Mindesttarifen hereinkommen. Die wöchentlichen Auftragsberichte sind für die Abwicklung der Transporte unumgänglich. Mit der Abgabe der Wochenplaner – Auftragsberichte wird hier nicht der Arbeitsnachweis, sondern vielmehr der Auftragsnachweis erbracht. Herr G. kann den Arbeitsort – er hat zu Hause auch ein Büro eingerichtet – und die Arbeitszeit selbst bestimmen. Den Arbeitsablauf kann er selbst regeln und verändern. Für ihn besteht kein Konkurrenzverbot. Er ist in den Betriebsorganismus nicht eingegliedert. Der Umstand, ob Herr G. anwesend ist oder nicht, ist nicht von entscheidender Relevanz, sondern vielmehr der Umstand, dass laufend genügend Transportaufträge hereinkommen. Für die Tätigkeit des Herrn G. sind keine besonderen Betriebsmittel Voraussetzung.“

Laut Stellungnahme vom 19.03.2004 wurde weiters angegeben, dass „Herr G. als Disponent den Auftrag hat für ihn Vermittlungs- und Transportaufträge im Ausmaß von rund € 3,270 Millionen zu besorgen. Hierzu hat Herr G. freie Hand und trifft die Entscheidungen selbst, lediglich die Vorgaben wie Mindesttarife und der fortlaufende Transporteinsatz sind zu gewährleisten.“ Wiederholt wurde, dass „Herr G. seinen Arbeitsort selbst wählen kann (entweder der Betrieb oder zu Hause in seinem Büro). Die Einteilung trifft Herr G. nach seinem Belieben und der Zweckmäßigkeit. Zumindest wöchentlich werden die Transportaufträge an ihn übergeben, hierbei ist auf eine kontinuierliche Transportabwicklung Sorge zu tragen. Das Entgelt für Herrn G. wird laufend ausbezahlt, solange er mit seinen Vermittlungs- und Transportaufträgen „im Plan“ ist. Sollte sich das Ausmaß der Aufträge ändern, so ändert sich auch das Entgelt

entsprechend. Ein Konkurrenzverbot wurde nicht vereinbart. Herr G. hat auf Grund seines Bekanntheitsgrades einen gesicherten Kundenstock. Er fragt bei den Kunden in regelmäßigen Abständen nach Transportaufträgen. Bei größeren Firmen sind ihm diese bereits über Wochen und Monate im Voraus bekannt (täglicher – wöchentlicher Einsatz einer bestimmten Anzahl von LKW Ladungen mit Auf- und Abladeort). Für Komplementierungen werden dann andere Kunden noch angerufen. Bei größeren Firmen ist der persönliche Besuch in kürzeren Zeitabständen üblich. Die Frachttarife sind ihm bekannt und die Mindesttarife vorgegeben. Im Grenzfall kann er entscheiden, ob der Mindesttarif bei einer Fracht noch unterschritten werden darf.

Die Aussagen des Herrn G. und des Herrn C. bezüglich der tatsächlich gestalteten Tätigkeit des Herrn G. stimmen überein und ergibt sich somit ein übereinstimmendes Bild der Beschäftigung. Die Berufungsbehörde sieht zusammenfassend keinen Grund diese übereinstimmenden Aussagen in Zweifel zu ziehen. Festgehalten wird, dass der Sachverhalt an sich auch nicht strittig ist, sondern nur die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Herrn G.. Laut Telefonat mit dem Finanzamt Spittal am 09.12.2010 wurden die Einkünfte des Herrn G. auf Grund seiner Tätigkeit für Herrn C. als Einkünfte aus Gewerbebetrieb veranlagt und liegt kein Bescheid betreffend Lohnsteuerpflicht vor. Laut übereinstimmender Auskunft sowohl der KGKK als auch des Berufungsgegner selbst war Herr G. bis 13.09.2008 als Disponent für Herrn C. tätig.

III. Aus rechtlicher Sicht ist der vorliegende Sachverhalt wie folgt zu beurteilen: Dienstvertrag/freier Dienstvertrag: Für die Beurteilung des Pflichtversicherungstatbestandes und somit die richtige sozialversicherungsrechtliche Zuordnung ist folgende Prüfungsreihenfolge maßgebend: Es ist zu prüfen, ob ein Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG vorliegt; dabei handelt es sich um den „klassischen“ Dienstnehmerbegriff im sozialversicherungsrechtlichen Sinne. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist zu prüfen, ob die Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 zweiter Satz ASVG gegeben ist. Hierbei handelt es sich um die Dienstnehmereigenschaft auf Grund steuerrechtlicher Anknüpfungen. Führt auch diese Prüfung zu einem negativen Ergebnis, ist zu untersuchen, ob die im § 4 Abs. 4 ASVG angeführten gesetzlichen Ausnahmetatbestände zutreffen. Dienstnehmer ist, 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. Der Dienstnehmerbegriff hat drei Tatbestandsmerkmale, nämlich die persönliche Abhängigkeit, die wirtschaftliche Abhängigkeit und die Beschäftigung gegen Entgelt. 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 persönlichen Unabhängigkeit im 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 der Beschäftigung (z.B. auf Grund 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 eng verbundene (grundsätzliche) persönliche Arbeitspflicht. Ein Merkmal für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit ist die Gebundenheit des Beschäftigten an einen ihm vom Dienstgeber zugewiesenen Arbeitsort. Der Gebundenheit an den Arbeitsort kommt allerdings dann keine wesentliche Bedeutung zu, wenn eine Leistung schon der Natur der Sache nach nur an einen ganz bestimmten Ort verrichtet werden kann. Ein weiteres Kriterium für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit und ein Indiz für die Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit ist, wenn der Beschäftigte an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden ist. Es genügt dabei, wenn die konkrete Verpflichtung zu einer ihrer Art nach bestimmten Arbeitsleistung den Arbeitenden während dieser Zeit so in Anspruch nimmt, dass er über diese Zeit längere Zeit nicht frei verfügen kann und ihre Nichteinhaltung einen Vertragsbruch darstellen würde. Von einer Bindung an eine fixe Arbeitszeit ist auch dann auszugehen, wenn der Beginn festgelegt ist und im Übrigen ein entsprechender Arbeitsumfang zugeteilt wird, der als solcher die Arbeitszeit vorgibt. Die Bestimmungsfreiheit wird auch dann ausgeschlossen, wenn eine innerhalb enger Grenzen mögliche Befugnis, Beginn und Ende der Arbeitszeit festzulegen, vorhanden ist. Wesentlich für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit ist weiters eine vertraglich gebundene, grundsätzlich persönliche Arbeitspflicht. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt nur eine generelle Vertretungsbefugnis für sich allein genommen die Versicherungspflicht aus (vgl. die Verwaltungsgerichtshoferkenntnisse vom 29.09.1986, ZI. 82/08/0208 und vom 10.11.1988, ZI. 84/08/0163). Nach der Rechtsprechung des VwGH wird die persönliche Abhängigkeit nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass sich die betreffende Person fallweise mit oder ohne Zustimmung des Dienstgebers tatsächlich vertreten lässt, sondern nur dann, wenn ihr im Vorhinein eine uneingeschränkte Befugnis eingeräumt wurde, sich nach Belieben und nicht nur bei Krankheit oder Verhinderung) bei der Arbeitsleistung vertreten zu lassen, und diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch gelebt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.10.2010, ZI. 2007/08/0145). Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit (wenn auch nach Rücksprache – unter bestimmten einschränkenden 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. Auch das wechselseitige

Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber aufgenommenen Personen erfüllt nicht die Kriterien einer generellen Vertretungsbefugnis (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.04.1996, ZI. 94/08/0073). Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen z. B. im Falle einer Krankheit oder eines Urlaubes oder bei bestimmten Arbeiten vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. zuletzt das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.04.2004, ZI. 2000/08/0113). Im Gegensatz zu den Fällen einer Einbindung in eine Betriebsorganisation im engeren Sinne lässt sich in den Fällen einer Beschäftigung „im delegierten Aktionsbereich eines Unternehmens“ (vgl. Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis, 31) die nach der dargelegten Rechtsprechung entscheidende Frage nach der Weisungsgebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten nicht immer leicht beantworten; bei solchen Tätigkeiten (wie z.B. der eines Vertreters oder eines Außendienstmitarbeiters) tritt die ansonsten für die abhängigen Arbeitsverhältnisse typische, oben näher dargestellte Unterordnung nicht so auffällig zu Tage, sodass bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer solchen Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorgelegen ist, anderen Merkmalen eine ganz besondere Bedeutung zugemessen werden muss. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die Weisungsgebundenheit in einer bestimmten Art, das Konkurrenzverbot, der Bezug eines Fixums oder einer Spesenvergütung, die Berichterstattungspflicht sowie die mangelnde Verfügung über eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel als für die Beurteilung der Versicherungspflicht maßgeblichen Merkmale zu bezeichnen. Diese Grundsätze gebieten aber im Einzelfall die Auseinandersetzung mit der Frage, ob tatsächlich diese Kriterien vorliegen, wobei man dann bei einem Zusammentreffen von Merkmalen der Abhängigkeit und solchen, die auf eine Unabhängigkeit hinweisen, das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale entscheidend ist (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 21.12.1993, ZI. 90/08/0224, unter Hinweis auf jenes vom 20.10.1988, ZI. 85/08/0062 mit Hinweis auf die Vorjudikatur, sowie die Erkenntnisse vom 17.11.2004, ZI. 2001/08/0158 und vom 29.06.2005, ZI. 2001/08/0053). Es ist auf das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale abzustellen.

Für den gegenständlichen Fall ergibt sich daraus Folgendes:

Persönliche Arbeitspflicht: Laut dem oben wiedergegebenen Vertrag „*kann sich der Dienstnehmer bei der Erfüllung seiner Aufgaben gegebenenfalls durch Personen, die dem Dienstgeber bekannt sind, auf seine Kosten vertreten lassen*“). Eine im Vorhinein uneingeschränkte Befugnis sich nach Belieben (und nicht nur bei Krankheit oder Verhinderung) bei der Arbeitsleistung vertreten zu lassen, wurde ihm dadurch nicht eingeräumt. Es ist aus der Art der Beschäftigung („Disponent mit großem Erfahrungs- und Bekanntheitsgrad“) des Herrn G. zu ersehen, dass es gerade auf seine Person ankam (persönliche Kundenkontakte, eigener Kundenstock) und nicht auf andere, ihn zu vertretende Personen. Tatsächlich hat Herr C. diese Vertretungsregel nur einmal

in Anspruch genommen, und zwar während eines Kuraufenthaltes von 3 Wochen. Ein generelles Vertretungsrecht war somit nicht gegeben. Herr G. war in der Ausübung seiner Tätigkeit als Disponent weder zeitlich noch örtlich weisungsgebunden. Es gab keine Vorgabe sich zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten einzufinden. Eine fixe Arbeitszeit wurde nicht vereinbart. Er war erforderlichenfalls auch Samstag im Arbeitseinsatz. In Bezug auf die Arbeitszeiten hat Herr G. angegeben, dass die Auftraggeber verschiedene Arbeitszeiten haben und darauf Rücksicht zu nehmen ist. So arbeitet z.B. die Industrie in Italien bis 18 Uhr und sind die Gespräche mit der Logistik erst danach zu führen. In Deutschland sind die Gespräche mit der Logistik erst danach zu führen. Er konnte seine Tätigkeit sowohl von zu Hause aus als auch vom Betriebsstandort des Herrn C. ausüben. Es bestand sowohl ein Büro in den Firmenräumlichkeiten der Firma C. als auch eines zu Hause. Des Weiteren war er oft direkt bei den Kunden (Italien, Deutschland und Slowenien). Größtenteils wurden die Aufträge telefonisch getätig, bei größeren Firmen sind Firmenbesuche erforderlich. Er verfügte über einen eigenen Kundenstock und erfolgte die Kontaktaufnahme mit den Kunden durch Herrn G. selbst. Es bestand keine Bindung in der Weise, dass er sich zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten einzufinden hatte, um von Herrn C. Anweisungen über die Art und Weise oder den Verlauf seiner Tätigkeit zu erhalten, es wurden ihm auch keine Routen vorgegeben, die er zu bestimmten Zeiten zu erledigen hatte. Er konnte sich die Vorgangsweise in Bezug auf die Erbringung von Vermittlungs- und Transportaufträgen sohin eigenständig organisieren. Eine Kontrolle in Bezug auf sein Kommen und Gehen in den Firmenräumlichkeiten bestand ebenfalls nicht. Es war nicht erforderlich sich bei jemandem ab- bzw. anzumelden. Herr G. hatte wöchentlich die Umsätze bekannt zu geben, dazu wurde eine Liste der Aufträge, die EDV-mäßig erfasst werden, ausgedruckt und übergeben. Die EDV-mäßige Erfassung der akquirierten Kunden bzw. die Bekanntgabe der wöchentlichen Umsätze ist nicht als Berichterstattungspflicht zu werten. Die wöchentliche Übergabe der Transportaufträge ergab sich aus der Art der Tätigkeit als Disponent und war in Bezug auf eine kontinuierliche Transportabwicklung unabdingbar. Ein Konkurrenzverbot wurde nicht vereinbart.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die persönliche Abhängigkeit des Herrn G. zu verneinen ist, da er weder an die Vorgaben des Herrn C. bezüglich Arbeitszeit, -ort oder –folge gebunden war, noch Weisungen des Herrn C. zu befolgen hatte oder dessen Kontrolle unterworfen war. Bezüglich seines Arbeitsverhaltens hat es keine weiteren Vorschriften gegeben, seine Tätigkeit wurde nicht überwacht, er konnte deren Intensität selber bestimmen und organisatorisch einteilen. Obgleich keine generelle Vertretungsbefugnis vorliegt, überwiegen eindeutig Merkmale, die das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit negieren. Da das erste Tatbestandsmerkmal des Dienstnehmerbegriffes - das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit - verneint wurde, kann es sich im gegenständlichen Fall nicht um eine Beschäftigung gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG handeln.

Dienstnehmer nach § 4 Abs. 2 letzter Satz ASVG: Da eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG verneint wurde, bedarf es einer Prüfung, ob nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 Lohnsteuerpflicht besteht. Nach Auskunft des Finanzamtes Spittal liegen betreffend Herrn G. in Bezug auf die Tätigkeit bei Herrn C. keine Bescheide in Bezug auf eine Lohnsteuerpflicht für den gegenständlichen Zeitraum vor. Seine Einkünfte wurden vielmehr als Einkünfte aus Gewerbebetrieb veranlagt. Folglich obliegt es der erkennenden Behörde, festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine Dienstnehmereigenschaft im steuerrechtlichen Sinne vorliegen oder nicht. Die Legaldefinition im § 47 Abs. 2 EStG 1988 enthält zwei Kriterien, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen. Dies sind die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in dessen geschäftlichen Organismus. Die Weisungsgebundenheit äußert sich in einem persönlichen Weisungsrecht des Dienstgebers in Bezug auf die Art der Ausführung der Arbeit, den Einsatz der Arbeitsmittel und die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten. Die organisatorische Eingliederung kommt in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel sowie in der unmittelbaren Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe zum Ausdruck. Um Wiederholungen hintanzuhalten, wird in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen beim „klassischen“ Dienstnehmer nach § 4 Abs. 2 erster Satz verwiesen und liegt demzufolge eine Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 letzter Satz ASVG nicht vor.

In weiterer Folge ist zu prüfen, ob die Merkmale nach § 4 Abs. 4 ASVG vorliegen: Die Merkmale des freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG sind, dass Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbracht werden, und der Dienstnehmer über keine wesentlichen Betriebsmittel verfügt hat (vgl. u. a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.04.2007, ZI. 2005/08/0082). Aus den o. a. Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass Herr G. die Disponententätigkeiten im Großen und Ganzen persönlich erbracht hat. Des Weiteren ist zu klären, welche Betriebsmittel zur Erbringung der Dienstleistung durch Herrn K. erforderlich waren und welche der erforderlichen Betriebsmittel für die Erbringung der Dienstleistung wesentlich waren, wobei wesentlich bedeutet, dass ohne Verwendung dieses Betriebsmittels (bei realitätsbezogener wirtschaftsorientierter Betrachtungsweise) die Dienstleistung nicht erbracht werden kann. Das Betriebsmittel muss weiters so gestaltet sein, dass es über Mittel des allgemeinen täglichen Gebrauches hinausgeht (z.B. unternehmerische Struktur, eigenes Personal, finanziell aufwendige Software etc.). Schließlich muss klargestellt werden, ob die wesentlichen Betriebsmittel vom Dienstgeber oder vom freien Dienstnehmer bereitgestellt werden, wobei in jenen Fällen, in denen die wesentlichen Betriebsmittel vom freien Dienstnehmer zur Verfügung gestellt werden, der Pflichtversicherungstatbestand des § 4 Abs. 4 ASVG nicht erfüllt ist. Laut dem festgestellten Sachverhalt übte Herr G. seine Tätigkeit teilweise im Betrieb des Herrn C. aus und wurde ihm dort die Infrastruktur zur Verfügung gestellt (PC, Telefon etc.) und arbeitete er teilweise zu Hause. Darüber hinaus erfolgten die Kundenbesuche mit seinem eigenen PKW und verfügte er überdies auch über ein

eigenes Büro zu Hause. Für den Einsatz des eigenen PKWs gebührte Herrn G. eine Reisekostenentschädigung, sodass diesbezüglich nicht von einem Einsatz mit eigenen Betriebsmitteln auszugehen ist bzw. die Aufwendung des PKWs damit als abgegolten gilt. Laut Mosler/Glück (Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, RdW 1998, 78 ff) ist die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG zu bejahen, wenn die Ausstattung im Wesentlichen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird oder dieser die wirtschaftlichen Kosten des Mitteleinsatzes durch die Bezahlung von Aufwandersatz (Kilometergeld, Diäten etc.) trägt (vgl. auch Erkenntnis des VwGH vom 23.01.2008, ZI. 2007/08/0223). In Bezug auf die teilweise Verwendung des eigenen privaten PCs wird seitens der erkennenden Behörde ausgeführt, dass es sich hierbei um kein wesentliches Betriebsmittel handelt, das über den allgemeinen Gebrauch des täglichen Lebens hinausgeht.

Die Tätigkeit des Herrn G. als Disponent bei Herrn C. in der Zeit vom 01.03.2001 bis 13.09.2008 ist somit als freies Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren.

Zu Spruchpunkt II. Die KGKK hat neben der Vollversicherungspflicht auch die Arbeitslosenversicherungspflicht im streitgegenständlichen Zeitraum festgestellt. Der Landeshauptmann von Kärnten hat in seinem Bescheid, mit dem die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG bejaht wurde, auch festgestellt, dass Herr G. seit 01.03.2001 auch der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlag. Dieser Spruch ist einzuschränken, weil freie Dienstnehmer im Bereich der Arbeitslosenversicherung erst ab dem 01.01.2008 den echten Dienstnehmern gleichgestellt und in die Arbeitslosenversicherungspflicht einbezogen wurden.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden."

Diese Entscheidung wurde dem Finanzamt mit dem Ersuchen um allfällige Stellungnahme übermittelt. Eine solche erfolgte nicht.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich aus der Sicht des Bundesfinanzgerichtes Folgendes:

Nach § 41 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben alle Dienstgeber den Dienstgeberbeitrag zu leisten, die im Bundesgebiet Dienstnehmer beschäftigen.

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Nach Hofstätter/Reichel/Fellner/Fuchs/Zorn, Die Einkommensteuer, Kommentar, § 47 EStG 1988, Tz 4.3., ist die Definition des § 47 Abs. 2 EStG eine eigenständige des Steuerrechts, und weder dem bürgerlichen Recht, dem Sozialversicherungsrecht, noch anderen Rechtsgebieten entnommen. Die Absicht des historischen Gesetzgebers ging dahin, ein tatsächliches Verhältnis oder mit anderen Worten, einen Zustand zu

beschreiben (vgl. VwGH vom 22. Jänner 1986, 84/13/0015). Für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses kommt es nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung wie Dienstvertrag, freier Dienstvertrag oder Werkvertrag an. Entscheidend ist, dass die ausgeübte Tätigkeit in ihrer äußereren Erscheinungsform dem „Tatbild“ des § 47 Abs. 2 EStG entspricht (vgl. VwGH vom 23. März 1983, 82/13/0063).

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob das zwischen dem Bf. und J.G. bestehende Verhältnis als Dienstverhältnis nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 zu qualifizieren ist (Meinung des Finanzamtes) oder aber ein solches nicht gegeben ist (Meinung des Bf.), was im ersten Fall die in Streit stehenden Lohnabgaben auslöst bzw. im zweiten Fall nicht auslöst.

Die Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG enthält als Kriterien, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die im Zusammenhang mit der Weisungsgebundenheit formulierte Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Bf. .

Die Tatsache, dass das Einkommensteuergesetz selbst vorschreibt, was als ein Dienstverhältnis anzusehen ist, führt zwangsläufig dazu, dass ein- und derselbe Sachverhalt im Steuerrecht einerseits, im bürgerlichen Recht oder Sozialversicherungsrecht andererseits unterschiedlich beurteilt wird. Eine Bindung der Abgabenbehörde an Feststellungen der Gebietskrankenkasse gibt es nicht. Unterschiedliche Ergebnisse können daraus folgen, doch hat der VfGH dies nicht als unsachlich anerkannt (vgl. Erkenntnis vom 8. Juni 1985, B 488/80). Sehr wohl können die in einem anderen Verfahren getroffenen Feststellungen ein Indiz für das Abgabenverfahren darstellen.

Im gegenständlichen Fall wurde die Beurteilung, ob im gegenständlichen Fall eine Dienstnehmereigenschaft des J.G. im Verhältnis zum Bf. vorliegt, vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz in seinem Bescheid vom XY., vorgenommen. Das BFG schließt sich sowohl der darin vorgenommenen Beweiswürdigung wie auch der darin enthaltenen rechtlichen Beurteilung an, dass nämlich das im gegenständlichen Fall zwischen dem Bf. und J.G. bestehende Vertragsverhältnis so ausgestaltet ist, dass eine persönliche Abhängigkeit und damit auch eine Dienstnehmereigenschaft des J.G. nicht gegeben war.

Somit erfolgten die vom Finanzamt vorgenommenen Abgabenvorschreibungen (Dienstgeberbeitrag und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag für die Jahre 2005 bis 2008) zu Unrecht.

Es ergeben sich daraus folgende geänderte Bemessungsgrundlagen und Abgabenbeträge:

1. Bemessungsgrundlagen:

Jahr	Bemessungsgrundlage laut Bescheid vom 30. April 2010	Bemessungsgrundlage laut Erkenntnis BFG
2005	271.086,88	237.062,08
2006	308.460,44	273.920,84
2007	339.774,88	305.235,28
2008	360.116,22	335.650,58

2. Abgaben und Ergebnis:

Jahr	DB/Bescheid 30.4.2010	DB/ Erkenntnis	DZ/Bescheid 30.4.2010	DZ/Erkenntnis	Gutschrift DB/ DZ
2005	12.198,91	10.667,83	1.138,58	995,66	1.531,08/142,92
2006	13.880,72	12.326,44	1.295,53	1.150,47	1.554,28/145,06
2007	15.289,87	13.735,59	1.427,07	1.281,99	1.554,28/145,08
2008	16.205,23	15.104,28	1.476,49	1.376,17	1.100,95/100,32

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Klagenfurt am Wörthersee, am 4. März 2015