

TE Bvwg Erkenntnis 2019/8/27 W178 2133677-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.08.2019

Entscheidungsdatum

27.08.2019

Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §410

ASVG §42

B-VG Art. 133 Abs4

1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996
1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022

3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 410 heute

2. ASVG § 410 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2013

3. ASVG § 410 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2004

4. ASVG § 410 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998

5. ASVG § 410 gültig von 01.01.1973 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 31/1973

1. ASVG § 42 heute

2. ASVG § 42 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2025

3. ASVG § 42 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015

4. ASVG § 42 gültig von 01.08.1996 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W178 2133677-1/41E

W178 2166438-1/37E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch TPA Steuerberatungs GmbH, gegen die Bescheide der Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) vom 21.07.2016, Zl. VA-VR 1924468916-Mag.BI, und vom 28.06.2017, Zl. VA-VR 19244689/17-Mag.BI, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Einzelrichterin über die Beschwerde der römisch 40 GmbH, vertreten durch TPA Steuerberatungs GmbH, gegen die Bescheide der Wiener

Gebietskrankenkasse (WGKK) vom 21.07.2016, Zl. VA-VR 1924468916-Mag.BI, und vom 28.06.2017, Zl. VA-VR 19244689/17-Mag.BI, zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben und festgestellt, dass die XXXX GmbH an die WGKK den Betrag von € 282.063,28? zu entrichten hat. Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben und festgestellt, dass die römisch 40 GmbH an die WGKK den Betrag von € 282.063,28? zu entrichten hat.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die WGKK hat nach Durchführung einer GPLA (gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben) auf Bescheidantrag der Beschwerdeführerin vom 18.9.2008 mit Bescheid vom 21.07.2016 die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin verpflichtet, für die in der Anlage namentlich genannten Dienstnehmer und für die dort bezeichneten Zeiten, Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen in der Gesamthöhe von Euro 122.073,16 zu entrichten. Dieser Bescheid bezieht sich auf den Beschäftigungszeitraum vom 1.1.2008 bis 31.12.2010.

Die in der Anlage genannten Personen seien überwiegend als Fahrer tätig gewesen. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Beitragsgrundlage für den gewerberechtlichen Geschäftsführer XXXX dahingehend berichtigt worden sei, dass sie zum Wert der Dienstleistung in einem angemessenen Verhältnis stehe, ebenso die Sonderzahlungen; dies auch für den bis 31.3.2009 beschäftigten gewerberechtlichen Geschäftsführer XXXX. Die in der Anlage genannten Personen seien überwiegend als Fahrer tätig gewesen. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Beitragsgrundlage für den gewerberechtlichen Geschäftsführer römisch 40 dahingehend berichtigt worden sei, dass sie zum Wert der Dienstleistung in einem angemessenen Verhältnis stehe, ebenso die Sonderzahlungen; dies auch für den bis 31.3.2009 beschäftigten gewerberechtlichen Geschäftsführer römisch 40.

Mit den Mietwagenfahrern seien freie Dienstverträge abgeschlossen worden. Es sei aber nach dem tatsächlich verwirklichten Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit vorgelegen. Weiters seien etliche Berichtigungen betreffend verschiedene Dienstnehmer vorzunehmen gewesen. Auch Frau XXXX sei tatsächlich im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses tätig gewesen. Für Frau Sabine XXXX (Aushilfskraft) sei nachträglich eine Anmeldung zur Sozialversicherung durchzuführen gewesen. Bezüglich Herrn XXXX seien überwiegende Merkmale eines freien Dienstvertrages festgestellt worden. Die belangte Behörde habe am 11.7.2014 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, dort sei seitens der Dienstgeberin die Beitragsnachbelastung für Diäten (Taggelder) außer Streit gestellt worden. Ebenso seien die Feststellungen bezüglich der Berichtigung der Abmeldung für Herrn XXXX außer Streit gestellt worden. Die in der Anlage des Bescheides als Personenbeförderer bezeichneten Personen hätten in den dort genannten Zeiträumen Fahrdienstleistungen als Personenbeförderer für die Beschwerdeführerin erbracht und diese unter den Rubriken "Nachverrechnung- Allgemeine Beitragsgrundlage und Nachverrechnung-Beitragsgrundlage Sonderzahlungen" ausgewiesen. Mit den Mietwagenfahrern seien freie Dienstverträge abgeschlossen worden. Es sei aber nach dem tatsächlich verwirklichten Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit vorgelegen. Weiters seien etliche Berichtigungen betreffend verschiedene Dienstnehmer vorzunehmen gewesen. Auch Frau römisch 40 sei tatsächlich im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses tätig gewesen. Für Frau Sabine römisch 40 (Aushilfskraft) sei nachträglich eine Anmeldung zur Sozialversicherung durchzuführen gewesen. Bezüglich Herrn römisch 40 seien überwiegende Merkmale eines freien Dienstvertrages festgestellt worden. Die belangte Behörde habe am 11.7.2014 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, dort sei seitens der Dienstgeberin die Beitragsnachbelastung für Diäten (Taggelder) außer Streit gestellt worden. Ebenso seien die Feststellungen bezüglich der Berichtigung der Abmeldung für Herrn römisch 40 außer Streit gestellt worden. Die in der Anlage des Bescheides als Personenbeförderer bezeichneten Personen hätten in den dort

genannten Zeiträumen Fahrdienstleistungen als Personenbeförderer für die Beschwerdeführerin erbracht und diese unter den Rubriken "Nachverrechnung- Allgemeine Beitragsgrundlage und Nachverrechnung-Beitragsgrundlage Sonderzahlungen" ausgewiesen.

Frau XXXX habe von August bis Februar 2008 Rundfahrten mit russischen Kunden durchgeführt, ab März 2008 habe sie Bürotätigkeiten erledigt. Frau XXXX habe vom 1.7.2010 bis 13.08.2010 Aushilfstätigkeiten erbracht, die sie von Zuhause aus auf ihrem Computer ausgeführt habe. Frau römisch 40 habe von August bis Februar 2008 Rundfahrten mit russischen Kunden durchgeführt, ab März 2008 habe sie Bürotätigkeiten erledigt. Frau römisch 40 habe vom 1.7.2010 bis 13.08.2010 Aushilfstätigkeiten erbracht, die sie von Zuhause aus auf ihrem Computer ausgeführt habe.

Für die ausbezahlten Tagesgelder bzw. Diäten gebe es keine Reisekosten-Abrechnungen bzw. entsprechen diese nicht den Tatsachen. Es sei jeweils eine monatliche Diätenabrechnung unterzeichnet worden, die darauf angeführten Dienstfahrten seien jedoch nicht absolviert worden. Es seien daher die Sozialversicherungsbeiträge diesbezüglich nachverrechnet worden.

Nach einer umfangreichen rechtlichen Würdigung geht die belangte Behörde davon aus, dass die Fahrer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt gewesen seien. Es sei daher jeweils ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 2 ASVG festzustellen. Nach einer umfangreichen rechtlichen Würdigung geht die belangte Behörde davon aus, dass die Fahrer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt gewesen seien. Es sei daher jeweils ein Dienstverhältnis nach Paragraph 4, Absatz 2, ASVG festzustellen.

Bezüglich der Geschäftsführer XXXX und XXXX gehe man - nach Würdigung der verschiedenen Aussagen dazu - von einem Entgelt von 360 € für 4 Stunden pro Woche aus, sodass hochgerechnet auf eine 22,4 Stundenwoche ein monatlicher Entgeltanspruch in der Höhe von € 1.923,75 festzustellen ist. Bezüglich der Geschäftsführer römisch 40 und römisch 40 gehe man - nach Würdigung der verschiedenen Aussagen dazu - von einem Entgelt von 360 € für 4 Stunden pro Woche aus, sodass hochgerechnet auf eine 22,4 Stundenwoche ein monatlicher Entgeltanspruch in der Höhe von €

1.923,75 für Herrn XXXX und € 1.923,75 für Herrn XXXX der Beitragsnachverrechnung zugrunde gelegt worden seien. 2.923,75 für Herrn römisch 40 und € 1.923,75 für Herrn römisch 40 der Beitragsnachverrechnung zugrunde gelegt worden seien.

Dem Bescheid ist eine umfangreiche und detaillierte Anlage angefügt, aus dieser ergibt sich nachvollziehbar die Höhe der Beitragsnachforderung.

2. Gegen diesen Bescheid wurde von der XXXX GmbH jeweils Beschwerde erhoben. 2. Gegen diesen Bescheid wurde von der römisch 40 GmbH jeweils Beschwerde erhoben.

Darin wird Folgendes zur Begründung vorgebracht: Die beiden Geschäftsführer seien tatsächlich nur 4 Stunden pro Woche tätig gewesen, die Anmeldung für 20 Stunden sei aus gewerberechtlichen Gründen erfolgt. Es entspreche nicht den Tatsachen, dass sie 20 bzw. 22,5 Wochenstunden anwesend gewesen seien; bis einschließlich 2011 habe kein Kollektivvertrag für Geschäftsführer vorgelegen. Nach den tatsächlichen Verhältnissen sei eine 4- Stundenwoche mit einem Gehalt von € 360 bzw. € 340 vereinbart gewesen und grundsätzlich habe kein Anspruch auf einen kollektivvertraglichen Lohn bestanden.

Zu den Chauffeuren:

Die Auftragnehmer hätten selbst entscheiden können, an welchen Tagen und für welche Aufträge sie tätig wurden. Es sei auch vorgekommen, dass ein Fahrer kurzfristig für bestimmte Tage - aus welchen Gründen auch immer - die schon mitgeteilte Bereitschaft zur Übernahme von Aufträgen zurückgezogen hätte. Die Fahrer hätten die Aufträge per SMS bekommen, und es sei dann nochmals am Fahrer selbst gelegen, zu entscheiden, wo er den Auftrag annehmen oder ablehnen wolle. Die Vertretung der Beschwerdeführerin habe die Fahrer zu ihrer Beschäftigung befragt, die belangte Behörde habe dies verabsäumt. Aus diesen Befragungen ergebe sich, dass manche Fahrer bestimmte Kunden aus persönlichen Gründen nicht fahren wollten; wurde ihnen ein solcher Auftrag angeboten, so haben sie ihn abgelehnt oder an einen anderen Fahrer weitergereicht. Konsequenzen habe es seitens der Beschwerdeführerin in dem Fall nicht gegeben.

Es sei branchenüblich, dass ein Fahrer Anzug und ein helles Hemd trage. Auch eine längere Abwesenheit, wie z.B. Urlaub, sei ausschließlich mitgeteilt worden und es sei keine Genehmigung des Auftraggebers notwendig gewesen.

In der Beweiswürdigung seien nur Aussagen im Sinne der WGKK herangezogen worden.

Die Beschwerdeführerin verfüge über einen genügend großen Pool aus Arbeitskräften, der es ihr erlaubt hätte, im Falle einer (überraschenden) Absage des in Aussicht genommenen Fahrers jeweils eine andere Arbeitskraft rechtzeitig abzurufen. Es handle sich hier um keine derartige qualifizierte Arbeit wie dem von der belangten Behörde zitierten VwGH-Erkenntnis 2005/08/0137 zugrunde lag. Der Arbeitskräftepool habe aus den Auftragnehmern einerseits und andererseits aus anderen Kooperationspartnern (Fremdunternehmen) bestanden. Bei Vorliegen eines entsprechend großen Arbeitskräftepools sei ein Ablehnungsrecht mit der Unternehmensorganisation vereinbar. Es habe daher ein generelles Vertretungsrecht bzw. sanktionsloses Ablehnungsrecht bestanden und damit lägen die Grundvoraussetzungen für die Annahme persönliche Arbeitspflicht nicht vor.

Die meisten der befragten Fahrer hätten gerade die große Flexibilität und Selbstbestimmtheit als Grund für die Tätigkeit angeführt. Einige seien nebenbei anderen Tätigkeiten nachgegangen. Alle von der Bf befragten Fahrer hätten das angebotene echte Dienstverhältnis abgelehnt.

Bezüglich Frau XXXX wird darauf hingewiesen, dass diese während ihres Auftragsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin mit Herrn XXXX ein Konkurrenzunternehmen aufgebaut habe und daher bestrebt sei, die Beschwerdeführerin in ihrem wirtschaftlichen Weiterkommen zu verhindern. Auch bei ihr lägen die Grundvoraussetzungen für die Annahme persönliche Arbeitspflicht und damit persönliche Abhängigkeit nicht vor. Bezüglich Frau römisch 40 wird darauf hingewiesen, dass diese während ihres Auftragsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin mit Herrn römisch 40 ein Konkurrenzunternehmen aufgebaut habe und daher bestrebt sei, die Beschwerdeführerin in ihrem wirtschaftlichen Weiterkommen zu verhindern. Auch bei ihr lägen die Grundvoraussetzungen für die Annahme persönliche Arbeitspflicht und damit persönliche Abhängigkeit nicht vor.

Bezüglich Frau XXXX wird darauf hingewiesen, dass diese zeitlich und örtlich ungebunden gearbeitet habe und auch keine Betriebsmittel der Beschwerdeführerin genutzt habe; auch sei sie in die Organisation nicht eingegliedert gewesen. Die einzige Vorgabe sei die Erfüllung des übernommenen Auftrages zu einem bestimmten Zeitpunkt gewesen; somit sei ein klar definiertes Zielschuldverhältnis und damit ein Werkvertrag vorgelegen. Bezüglich Frau römisch 40 wird darauf hingewiesen, dass diese zeitlich und örtlich ungebunden gearbeitet habe und auch keine Betriebsmittel der Beschwerdeführerin genutzt habe; auch sei sie in die Organisation nicht eingegliedert gewesen. Die einzige Vorgabe sei die Erfüllung des übernommenen Auftrages zu einem bestimmten Zeitpunkt gewesen; somit sei ein klar definiertes Zielschuldverhältnis und damit ein Werkvertrag vorgelegen.

Die WGKK habe im Jahre 2008 in einer Besprechung selbst die Beschäftigungen als freie Dienstverhältnisse eingeschätzt und die Bf zur Meldung nach § 4 Abs 4 ASVG aufgefordert, was geschehen sei. Auch sei 2011 in einem Bescheid bezüglich eines einzelnen Fahrers ein freies Dienstverhältnis festgestellt worden. Die WGKK habe im Jahre 2008 in einer Besprechung selbst die Beschäftigungen als freie Dienstverhältnisse eingeschätzt und die Bf zur Meldung nach Paragraph 4, Absatz 4, ASVG aufgefordert, was geschehen sei. Auch sei 2011 in einem Bescheid bezüglich eines einzelnen Fahrers ein freies Dienstverhältnis festgestellt worden.

Da keine Dienstverhältnisse vorlägen, wären auch die Nachverrechnungen für Urlaubersatzleistung, Überstunden etc. nicht gerechtfertigt.

3. Die WGKK hat nach Durchführung einer weiteren GPLA (gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben) auf Bescheidantrag der Beschwerdeführerin vom 01.12.2014 mit Bescheid vom 28.06.2017 die Beschwerdeführerin als Dienstgeberin verpflichtet, für die in der Anlage namentlich genannten Dienstnehmer und für die dort bezeichneten Zeiten, Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen in der Gesamthöhe von Euro 190.090,84 zu entrichten, der schon bezahlte Betrag von € 225.761,63 sei bereits angerechnet worden. Dieser Bescheid bezieht sich auf den Beschäftigungszeitraum 01.01.2011 bis 31.12.2012.

Die wesentlichen Begründungselemente decken sich im Wesentlichen mit der Begründung des unter 1. genannten Bescheides. Hinsichtlich einzelner Beschäftigter wurden konkrete Nachverrechnungs-Sachverhalte in die Feststellungen aufgenommen.

Dem Bescheid ist eine umfangreiche und detaillierte Anlage angefügt, aus dieser ergibt sich nachvollziehbar die Höhe der Beitragsnachforderung.

4. Auch gegen diesen Bescheid wurde Beschwerde erhoben.

Es wurde wiederum bestritten, dass die Nachverrechnung für die Geschäftsführer XXXX und XXXX, die nur 4 Stunden

wöchentlich beschäftigt gewesen seien, rechtmäßig wäre. Im Übrigen decken sich die Beschwerdeausführungen in der Beschwerde vom 18.6.2016 mit jenen gegen die Nachverrechnung aufgrund der GPLA für die Jahre 2008 bis 2010 (vgl.2.).Es wurde wiederum bestritten, dass die Nachverrechnung für die Geschäftsführer römisch 40 und römisch 40 , die nur 4 Stunden wöchentlich beschäftigt gewesen seien, rechtmäßig wäre. Im Übrigen decken sich die Beschwerdeausführungen in der Beschwerde vom 18.6.2016 mit jenen gegen die Nachverrechnung aufgrund der GPLA für die Jahre 2008 bis 2010 (vgl.2.).

5. Mit Beschluss des BVwG vom 28.05.2018 wurden die Verfahren W178 2133677-1 und W178 2166438-1 verbunden und fortan gemeinsam geführt.

6. Am 03.07.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Als Vertreter der Beschwerdeführerin wurde Herr XXXX einvernommen. Weiters wurden als Zeuginnen und Zeugen vernommen: XXXX6. Am 03.07.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Als Vertreter der Beschwerdeführerin wurde Herr römisch 40 einvernommen. Weiters wurden als Zeuginnen und Zeugen vernommen: römisch 40

Seitens der Bf und der belangten Behörde wurden weitere Unterlagen vorgelegt. Seitens des BVwG wurde eine ergänzende Stellungnahme der Bf vom 07.08.2019 eingeholt, ebenso von der belangten Behörde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Die Verfahren W178 2133677-1 und W178 2166438-1 werden gemeinsam geführt.

Gegenstand der Verfahren sind jeweils Beitragsnachverrechnungen, sodass die Beschäftigten nicht als Parteien des Verfahrens gelten.

1. Feststellungen:

1.1 Streitgegenständlich sind die Zeiträume vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 und vom 01.01.2010 bis 31.12.2011.

Die XXXX GmbH ist unter dieser Firma seit Februar 2014 im Firmenbuch (XXXX) eingetragen, im streitgegenständlichen Zeitraum lautete die Firma anfangs XXXX XXXX GmbH, ab November 2009 XXXX GmbH, ab 2010 XXXX GmbH. Alleinige Gesellschafterin war im streitgegenständlichen Zeitraum die XXXX GmbH, ab Februar 2010 die XXXX GmbH.Die römisch 40 GmbH ist unter dieser Firma seit Februar 2014 im Firmenbuch (römisch 40) eingetragen, im streitgegenständlichen Zeitraum lautete die Firma anfangs römisch 40 römisch 40 GmbH, ab November 2009 römisch 40 GmbH, ab 2010 römisch 40 GmbH. Alleinige Gesellschafterin war im streitgegenständlichen Zeitraum die römisch 40 GmbH, ab Februar 2010 die römisch 40 GmbH.

Handelsrechtlicher Geschäftsführer war im gesamten Zeitraum Herr XXXX gewerberechtlicher Geschäftsführer Herr XXXX und ab März 2009 Herr XXXX . Die Letztgenannten waren im Betrieb nur geringfügig anwesend und wurden bestellt, um den gewerberechtlichen Vorschriften Genüge zu tun. Ihr Entgelt betrug Euro 340 bzw. 360.Handelsrechtlicher Geschäftsführer war im gesamten Zeitraum Herr römisch 40 gewerberechtlicher Geschäftsführer Herr römisch 40 und ab März 2009 Herr römisch 40 . Die Letztgenannten waren im Betrieb nur geringfügig anwesend und wurden bestellt, um den gewerberechtlichen Vorschriften Genüge zu tun. Ihr Entgelt betrug Euro 340 bzw. 360.

1.2 Eingangs ist anzuführen, dass die belangte Behörde ein umfangreiches Ermittlungsverfahren durchgeführt und Beweise erhoben hat. Weitere Einvernahmen von Fahrern als Zeugen wurden durch das Gericht nachgeholt.

Die Feststellungen im angefochtenen Bescheid sind ausführlich. Abgesehen von den in der Folge angeführten geänderten Feststellungen hat das ergänzende Ermittlungsverfahren, insbesondere die Einvernahme der Zeuginnen und Zeugen keine Änderung in wesentlichen Punkten ergeben; das Gericht übernimmt daher im Wesentlichen die nachvollziehbar und plausibel im Bescheid dargelegten Feststellungen:

Zusammengefasst geht auch das Gericht davon aus, dass die Limousinen-Fahrer im Vorhinein bei den Disponenten (u.a. Frau XXXX und Herr XXXX) bekannt gaben, wann und in welchem Umfang sie arbeiten wollten. Es wurde auf Basis dieser Daten eine Dienstenteilung erstellt. Bei Vorliegen einer Auftragsfahrt wurden die Fahrer per SMS verständigt und haben in der Regel diese Fahrt angekommen und durchgeführt. Ablehnungen waren nur aus spezifischen Gründen möglich. Es wurde aufgrund der Meldungen der Fahrer aufgezeichnet, wann jemand am Tag begonnen hat und wann er aufgehört hat zu arbeiten. Auch nach Erfüllung eines Auftrags mussten sich die Fahrer per SMS melden.

Konnte ein Auftrag mit eigenen Fahrern nicht erfüllt werden, wurden Subunternehmer herangezogen. Zusammengefasst geht auch das Gericht davon aus, dass die Limousinen-Fahrer im Vorhinein bei den Disponenten (u.a. Frau römisch 40 und Herr römisch 40) bekannt gaben, wann und in welchem Umfang sie arbeiten wollten. Es wurde auf Basis dieser Daten eine Dienstenteilung erstellt. Bei Vorliegen einer Auftragsfahrt wurden die Fahrer per SMS verständigt und haben in der Regel diese Fahrt angekommen und durchgeführt. Ablehnungen waren nur aus spezifischen Gründen möglich. Es wurde aufgrund der Meldungen der Fahrer aufgezeichnet, wann jemand am Tag begonnen hat und wann er aufgehört hat zu arbeiten. Auch nach Erfüllung eines Auftrags mussten sich die Fahrer per SMS melden. Konnte ein Auftrag mit eigenen Fahrern nicht erfüllt werden, wurden Subunternehmer herangezogen.

Die Fahrer hatten Vorschriften über Bekleidung zu beachten. Sie benutzen die Betriebsmittel der Bf (Fahrzeuge etc.) und zum Teil die Kleidung der Bf.

Die Tätigkeit ist für alle Fahrer im Wesentlichen gleich abgelaufen.

Frau XXXX war im Wesentlichen als Disponentin im Büro tätig und zu einer regelmäßigen Arbeitszeit und Anwesenheit verpflichtet. Im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens wurde (als Vorfrage) in einem Vergleich von der Angestellteneigenschaft ausgegangen. Frau römisch 40 war im Wesentlichen als Disponentin im Büro tätig und zu einer regelmäßigen Arbeitszeit und Anwesenheit verpflichtet. Im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens wurde (als Vorfrage) in einem Vergleich von der Angestellteneigenschaft ausgegangen.

Frau XXXX und Herr XXXX (unterstützt von anderen Beschäftigten) haben die Aufträge der Kunden entgegengenommen und die Einteilung der Fahrer organisiert (Disposition). Frau römisch 40 und Herr römisch 40 (unterstützt von anderen Beschäftigten) haben die Aufträge der Kunden entgegengenommen und die Einteilung der Fahrer organisiert (Disposition).

Die Buchhaltung hat die als Zeugin vernommene Frau XXXX erledigt. Die Buchhaltung hat die als Zeugin vernommene Frau römisch 40 erledigt.

Die in der Buchhaltung angeführten Dienstreisen wurden nicht absolviert.

Urlaub (ohne Entgelt) musste mit dem Unternehmen koordiniert werden. Sonderzahlungen wurden entsprechend der Auffassung der Bf, dass freie Dienstverhältnisse vorliegen, nicht gewährt. Bei Erkrankung war die Bf (Disposition) zu verständigen.

1.3 In folgenden Fällen werden die Feststellungen der belangten

Behörde nicht geteilt:

1.3.1 Zur Nachverrechnung betreffend die gewerberechtlichen

Geschäftsführer Herr XXXX und Herr XXXX Geschäftsführer Herr römisch 40 und Herr römisch 40 :

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die zu gewerberechtlichen Geschäftsführern bestellten Herren XXXX und XXXX nur formal bestellt und im Unternehmen nur sporadisch anwesend waren. Es lag somit keine wöchentliche Beschäftigung von 20 bzw. 22,5 Stunden vor. Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die zu gewerberechtlichen Geschäftsführern bestellten Herren römisch 40 und römisch 40 nur formal bestellt und im Unternehmen nur sporadisch anwesend waren. Es lag somit keine wöchentliche Beschäftigung von 20 bzw. 22,5 Stunden vor.

1.3.2 Zur festgestellten Höhe des Trinkgelds:

Unter Heranziehung der Schätzungskriterien, in diesem Fall sind diese die Festsetzungen der Wiener Gebietskrankenkasse vom Oktober 2017, ist diese mit € 50 monatlich anzusetzen.

1.3.3 Betreffend Versicherungspflicht und Nachverrechnung von Frau

XXXX : römisch 40 :

Frau XXXX war nicht im Betrieb anwesend, sie hatte- vermittelt über ihren Vater, der dort tätig war - das Korrekturlesen von bestimmten Texten übernommen; diese hat sie zu Hause erledigt; klassische Bürotätigkeit wie auf den Honorarnoten angegeben, hat sie nicht erledigt. Frau römisch 40 war nicht im Betrieb anwesend, sie hatte- vermittelt über ihren Vater, der dort tätig war - das Korrekturlesen von bestimmten Texten übernommen; diese hat sie zu Hause erledigt; klassische Bürotätigkeit wie auf den Honorarnoten angegeben, hat sie nicht erledigt.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den umfangreichen Akten der WGKK, insbesondere aus den Ergebnissen der GPLA für den Zeitraum 2008 bis 2010 (vgl. Prüfbericht vom 08.08.2013) und aus der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 08.04.2014 (4-teilig) und aus dem Prüfbericht vom 08.05.2014 für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.12.2012, auch aus dem weiteren Prüfbericht vom 04.03.2013 für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011. Die Feststellungen ergeben sich aus den umfangreichen Akten der WGKK, insbesondere aus den Ergebnissen der GPLA für den Zeitraum 2008 bis 2010 (vergleiche Prüfbericht vom 08.08.2013) und aus der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 08.04.2014 (4-teilig) und aus dem Prüfbericht vom 08.05.2014 für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.12.2012, auch aus dem weiteren Prüfbericht vom 04.03.2013 für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011.

Weiters stützen sich die Feststellungen auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 03.07.2018 und den ergänzend vorgelegten Dokumenten.

Das BVWG hat aufgrund des in der Beschwerde angeführten Einwands, es wären die Fahrer nicht einvernommen worden und die belangte Behörde habe die Aussagen einseitig interpretiert, eine mündliche Verhandlung durchgeführt und u.a. eine repräsentative Auswahl an Fahrern einvernommen, vgl. u.a. VwGH Ra 2019/08/0035 vom 25.04.2019. Das BVWG hat aufgrund des in der Beschwerde angeführten Einwands, es wären die Fahrer nicht einvernommen worden und die belangte Behörde habe die Aussagen einseitig interpretiert, eine mündliche Verhandlung durchgeführt und u.a. eine repräsentative Auswahl an Fahrern einvernommen, vergleiche u.a. VwGH Ra 2019/08/0035 vom 25.04.2019.

Die Beschränkung der Einvernahme von Zeugen auf ausgewählte Personen aus der Gruppe der Fahrer, die nach den Feststellungen die Tätigkeit in gleicher Weise ausgeübt haben, ist als Grundlage für die Sachverhaltsermittlung ausreichend; hier war unbestritten, dass die Fahrer in gleicher Weise- soweit es die hier interessierenden Umstände betrifft- tätig waren. Dies wurde auch vom Zeugen XXXX in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt. Die Beschränkung der Einvernahme von Zeugen auf ausgewählte Personen aus der Gruppe der Fahrer, die nach den Feststellungen die Tätigkeit in gleicher Weise ausgeübt haben, ist als Grundlage für die Sachverhaltsermittlung ausreichend; hier war unbestritten, dass die Fahrer in gleicher Weise- soweit es die hier interessierenden Umstände betrifft- tätig waren. Dies wurde auch vom Zeugen römisch 40 in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt.

Seitens der Zeugen wurde übereinstimmend bestätigt, dass eine - sanktionslose- Ablehnung eines per SMS übersandten Auftrages nicht vereinbart und damit nicht zulässig war. Diesbezüglich wurde der von der belangten Behörde angenommene Sachverhalt durch die Aussagen der Fahrer bestätigt.

Hinsichtlich der betrieblichen Abläufe und der vereinbarten Rechte und Pflichten der Fahrer hat sich im Ermittlungsverfahren ein einheitliches Bild ergeben:

Bezüglich der davon zu unterscheidenden Beschäftigten (Frau XXXX , Frau XXXX) wurden weitere Einvernahmen durchgeführt. Bezüglich der davon zu unterscheidenden Beschäftigten (Frau römisch 40 , Frau römisch 40) wurden weitere Einvernahmen durchgeführt.

Herr XXXX , der als einer der gewerblichen Geschäftsführer geladen war, war an seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung entschuldigt verhindert; die Aussage des Herrn XXXX als Vertreter der Bf zu den Geschäftsführern, dass es eine rein formale Bestellung war, ist plausibel und glaubhaft. Er wurde in keiner Aussage als für die Diensterteilung zuständig genannt. Herr römisch 40 , der als einer der gewerblichen Geschäftsführer geladen war, war an seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung entschuldigt verhindert; die Aussage des Herrn römisch 40 als Vertreter der Bf zu den Geschäftsführern, dass es eine rein formale Bestellung war, ist plausibel und glaubhaft. Er wurde in keiner Aussage als für die Diensterteilung zuständig genannt.

Die Aussage des Herrn XXXX in der Niederschrift vor der WGKK vom 02.07.2008, dass er dort für die Diensterteilung zuständig sei, ist eine vereinzelte Aussage dazu, die Mehrheit der Aussagen spricht von einer geringen Anwesenheit im Betrieb. Der Aussage XXXX wird vom Gericht eine geringe Beweiskraft zuerkannt; Herr XXXX war offensichtlich bemüht, keine rechtswidrige Handlung seinerseits und des Unternehmens zuzugeben. Die Aussage des Herrn römisch 40 in der Niederschrift vor der WGKK vom 02.07.2008, dass er dort für die Diensterteilung zuständig sei, ist eine vereinzelte

Aussage dazu, die Mehrheit der Aussagen spricht von einer geringen Anwesenheit im Betrieb. Der Aussage römisch 40 wird vom Gericht eine geringe Beweiskraft zuerkannt; Herr römisch 40 war offensichtlich bemüht, keine rechtswidrige Handlung seinerseits und des Unternehmens zuzugeben.

Bezüglich Herrn XXXX wird auch auf das Schreiben der Bf vom 25.04.2013 an die belangte Behörde verwiesen. Bezüglich Herrn römisch 40 wird auch auf das Schreiben der Bf vom 25.04.2013 an die belangte Behörde verwiesen.

Hinsichtlich der Frage, ob die in der Buchhaltung angeführten Dienstreisen samt Diäten der Beschäftigten tatsächlich stattgefunden haben, wurde von den Parteien und Zeuginnen und Zeugen übereinstimmend angegeben, dass diese tatsächlich nicht durchgeführt wurden und die Dienstreisen samt Diäten fingiert waren. Diese Aussage hat bereits der Vertreter der Beschwerdeführerin im Zuge des Verfahrens vor der Gebietskrankenkasse eingeräumt, es ist jedoch im Zuge des amtswegigen Ermittlungsverfahrens diese Aussage durch Ermittlungen zu überprüfen.

Die Aussage von Frau XXXX, dass sie keine Aushilfstätigkeit im Büro - wie auf den Honorarnoten angeführt - erbracht hat, sondern von zu Hause Texte korrekturgelesen hat, ist glaubhaft. Diese Aussagen der Zeugin in der mündlichen Verhandlung decken sich mit jenen in der Niederschrift vor der WGKK vom 14.04.2015. Die Aussage von Frau römisch 40, dass sie keine Aushilfstätigkeit im Büro - wie auf den Honorarnoten angeführt - erbracht hat, sondern von zu Hause Texte korrekturgelesen hat, ist glaubhaft. Diese Aussagen der Zeugin in der mündlichen Verhandlung decken sich mit jenen in der Niederschrift vor der WGKK vom 14.04.2015.

Die Kriterien für die Höhe der Trinkgelder ergeben sich aus den Festlegungen betreffend das pauschalisierte Trinkgeld für Taxilenker/-innen gemäß § 44 Abs 3 ASVG, veröffentlicht in den Amtlichen Verlautbarungen der österreichischen Sozialversicherung, www.ris.gv.at, Verlautbarung Nr. :126/2017 der WGKK, gültig ab 01.10.2017. Die Kriterien für die Höhe der Trinkgelder ergeben sich aus den Festlegungen betreffend das pauschalisierte Trinkgeld für Taxilenker/-innen gemäß Paragraph 44, Absatz 3, ASVG, veröffentlicht in den Amtlichen Verlautbarungen der österreichischen Sozialversicherung, www.ris.gv.at, Verlautbarung Nr. :126/2017 der WGKK, gültig ab 01.10.2017.

3. Rechtliche Beurteilung:

zu A)

3.1 Gesetzliche Bestimmungen:

Gemäß § 4. Abs 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung 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. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den Paragraphen 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach Paragraph 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 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. Gemäß Paragraph 4, Absatz 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 gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 45 aus 2005,, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach Paragraph 47, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält. Gemäß Paragraph 49, Absatz eins, ASVG

sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

(2) Sonderzahlungen, das sind Bezüge im Sinne des Abs. 1, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden, wie zum Beispiel ein 13. oder 14. Monatsbezug, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Gewinnanteile oder Bilanzgeld, sind als Entgelt nur nach Maßgabe der Bestimmungen des § 54 und der sonstigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, in denen die Sonderzahlungen ausdrücklich erfasst werden, zu berücksichtigen. (2) Sonderzahlungen, das sind Bezüge im Sinne des Absatz eins., die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden, wie zum Beispiel ein 13. oder 14. Monatsbezug, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Gewinnanteile oder Bilanzgeld, sind als Entgelt nur nach Maßgabe der Bestimmungen des Paragraph 54 und der sonstigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, in denen die Sonderzahlungen ausdrücklich erfasst werden, zu berücksichtigen.

3. 2 Prüfung, ob ein Dienstverhältnis nach § 4 Abs 2 ASVG vorliegt 3. 2 Prüfung, ob ein Dienstverhältnis nach Paragraph 4, Absatz 2, ASVG vorliegt

Hinsichtlich der Judikatur zur persönlichen Abhängigkeit wird vor allem auf die im angefochtenen Bescheid zitierte ständige Judikatur des VwGH verwiesen.

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist nach der ständigen Judikatur des VwGH, vgl. zuletzt Ra 2015/08/0130 vom 10.10.2018, stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Die persönliche Arbeitspflicht ist dann nicht gegeben, wenn dem zur Leistung Verpflichteten entweder ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt (er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann), oder wenn ihm ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt (er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann) (vgl. VwGH 26.8.2014, 2012/08/0100). Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist nach der ständigen Judikatur des VwGH, vergleiche zuletzt Ra 2015/08/0130 vom 10.10.2018, stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon deshalb nicht vor. Die persönliche Arbeitspflicht ist dann nicht gegeben, wenn dem zur Leistung Verpflichteten entweder ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt (er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann), oder wenn ihm ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt (er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann) (vergleiche VwGH 26.8.2014, 2012/08/0100).

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts war ein sanktionsloses Ablehnungsrecht ausgeschlossen, ebenso wie ein generelles Vertretungsrecht. Damit fehlt dem Hauptargument in den Beschwerden die Grundlage im Tatsächlichen. Es bestand eine Verpflichtung zur Annahme der Fahrtaufträge, ein Mitspracherecht bestand hinsichtlich der Lagerung der Dienstzeiten vor der Einteilung durch die Disponenten.

Vgl. zu diesem Thema: Müller in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg) Der SV-Komm § 4 ASVG Rz 113ff.: Bei Rahmenverträgen, die die Bedingungen des einzelnen Arbeitseinsatzes regeln, kommt es zunächst darauf an, ob - nach dem Vertrag oder faktisch - eine Pflicht besteht, das jeweilige Einsatzangebot anzunehmen. Ist dies der Fall und überwiegen auch bei den einzelnen Arbeitseinsätzen die Elemente persönlicher Abhängigkeit, liegt ein durchgängiges DVerh vor (Rebhahn in ZellKomm2 § 1151 ABGB Rz 94). Vgl. zu diesem Thema: Müller in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg) Der SV-Komm Paragraph 4, ASVG Rz 113ff.: Bei Rahmenverträgen, die die Bedingungen des einzelnen Arbeitseinsatzes regeln, kommt es zunächst darauf an, ob - nach dem Vertrag oder faktisch - eine Pflicht besteht, das jeweilige Einsatzangebot anzunehmen. Ist dies der Fall und überwiegen auch bei den einzelnen Arbeitseinsätzen die Elemente persönlicher Abhängigkeit, liegt ein durchgängiges DVerh vor (Rebhahn in ZellKomm2 Paragraph 1151, ABGB Rz 94).

Von der Rahmenvereinbarung mit von vornherein fehlender Arbeitsverpflichtung ist der Vertrag zu unterscheiden, bei dem die Arbeitspflicht dadurch eingeschränkt wird, dass im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung einzelne Arbeitsaufträge aufgrund einer im Vorhinein getroffenen Vereinbarung abgelehnt werden dürfen. In der Praxis verschwimmen freilich die Grenzen. Auch hier wird zunächst zu prüfen sein, ob das Ablehnungsrecht nur im Vertrag steht oder ob von ihm tatsächlich Gebrauch gemacht wird bzw bei objektiver Betrachtung ein Gebrauch zu

erwarten ist (vgl auch oben Rz 75 ff). Rechnet der Auftraggeber faktisch mit der Arbeitsleistung, wird der Ablehnungsklausel keine Bedeutung zukommen. Eine wichtige Rolle spielt, ob die Vereinbarung den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation widerspricht (zB VwGH 2013/08/0093, infas 2013, S 50 - nebenberufliche Krankenpflegerin, wobei keine ausreichende organisatorische Vorkehrung für den Fall der Ablehnung getroffen wurde; vgl auch Rebhahn, Vermittlung von Poolkräften 31) oder mehrere abrufbereite Arbeitskräfte ("Pool") zur Verfügung stehen und es dem Leistungsempfänger gleichgültig ist, wer die Arbeit tatsächlich verrichtet (VwGH 99/08/0008, VwSlg 15.981 A; 2006/08/0193, infas 2008, S 1; 2013/08/0124, infas 2013, S 49). Dabei muss die Möglichkeit bestehen, bei Ablehnung eine andere Person aus dem "Pool" zu beschäftigen, was auch voraussetzt, dass der Arbeitskraft von vornherein bewusst ist, dass der "Pool" entsprechend groß ist und sie deshalb sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen ablehnen darf (VwGH 99/08/0008, VwSlg 15.981 A; 2004/08/0109, ARD 5612/15/2005; 2002/08/0242, infas 2006, S 26). Von der Rahmenvereinbarung mit von vornherein fehlender Arbeitsverpflichtung ist der Vertrag zu unterscheiden, bei dem die Arbeitspflicht dadurch eingeschränkt wird, dass im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung einzelne Arbeitsaufträge aufgrund einer im Vorhinein getroffenen Vereinbarung abgelehnt werden dürfen. In der Praxis verschwimmen freilich die Grenzen. Auch hier wird zunächst zu prüfen sein, ob das Ablehnungsrecht nur im Vertrag steht oder ob von ihm tatsächlich Gebrauch gemacht wird bzw bei objektiver Betrachtung ein Gebrauch zu erwarten ist (vergleiche auch oben Rz 75 ff). Rechnet der Auftraggeber faktisch mit der Arbeitsleistung, wird der Ablehnungsklausel keine Bedeutung zukommen. Eine wichtige Rolle spielt, ob die Vereinbarung den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation widerspricht (zB VwGH 2013/08/0093, infas 2013, S 50 - nebenberufliche Krankenpflegerin, wobei keine ausreichende organisatorische Vorkehrung für den Fall der Ablehnung getroffen wurde; vergleiche auch Rebhahn, Vermittlung von Poolkräften 31) oder mehrere abrufbereite Arbeitskräfte ("Pool") zur Verfügung stehen und es dem Leistungsempfänger gleichgültig ist, wer die Arbeit tatsächlich verrichtet (VwGH 99/08/0008, VwSlg 15.981 A; 2006/08/0193, infas 2008, S 1; 2013/08/0124, infas 2013, S 49). Dabei muss die Möglichkeit bestehen, bei Ablehnung eine andere Person aus dem "Pool" zu beschäftigen, was auch voraussetzt, dass der Arbeitskraft von vornherein bewusst ist, dass der "Pool" entsprechend groß ist und sie deshalb sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen ablehnen darf (VwGH 99/08/0008, VwSlg 15.981 A; 2004/08/0109, ARD 5612/15/2005; 2002/08/0242, infas 2006, S 26).

Die Nachverrechnung von Entgeltteilen, die sich aus der Ummeldung von einem freien Dienstverhältnis in ein echtes nach § 4 Abs 2 ASVG ergeben, wurden im Einzelnen nicht in Frage gestellt. Die Nachverrechnung von Entgeltteilen, die sich aus der Ummeldung von einem freien Dienstverhältnis in ein echtes nach Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ergeben, wurden im Einzelnen nicht in Frage gestellt.

Sie sind nach Prüfung entsprechend den arbeitsrechtlichen Ansprüchen von Dienstnehmern nachverrechnet worden.

3.3 Nachverrechnung von Beiträgen für Trinkgelder:

§ 42 Abs 3 ASVG bestimmt dazu Folgendes: Paragraph 42, Absatz 3, ASVG bestimmt dazu Folgendes:

Reichen die zur Verfügung stehenden Unterlagen für die Beurteilung der für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände nicht aus, so ist der Versicherungsträger berechtigt, diese Umstände aufgrund anderer Ermittlungen oder unter Heranziehung von Daten anderer Versicherungsverhältnisse bei demselben Dienstgeber sowie von Daten gleichartiger oder ähnlicher Betriebe festzustellen. Der Versicherungsträger kann insbesondere die Höhe von Trinkgeldern, wenn solche in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich sind, anhand von Schätzwerten ermitteln.

Dazu Feik in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 42 ASVG (Stand 1.3.2017, rdb.at), Rz.15. Dazu Feik in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm Paragraph 42, ASVG (Stand 1.3.2017, rdb.at), Rz.15

Zur Schätzung von Trinkgeldern: Kann die Höhe der eingenommenen Trinkgelder aufgrund diesbezüglicher Ermittlungen nicht zweifelsfrei festgestellt werden, so kann sie der VTr nach § 42 Abs 3 letzter Satz anhand von Schätzwerten ermitteln, wenn Trinkgelder in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich sind, was - so wie in allen Fällen von Schätzungen - dazu führen kann, dass das der Beitragsbemessung zugrunde gelegte Entgelt vom tatsächlich bezogenen abweicht; diese verfahrensrechtliche Ermächtigung darf aber nicht so verstanden werden, dass damit auch für Zeiten, in denen der DN bzw Lehrling gar keine Möglichkeit hat, Trinkgelder zu erhalten (wie zB in Zeiten des Urlaubs, der Krankheit, der Pflegefreistellung oder des Berufsschulbesuchs), Trinkgelder der Beitragsbemessung zugrunde gelegt werden dürften (VwGH 92/08/0064, ZfVB 1995/1408). Wenn aufgrund der Schätzung Zweifel an der

Tauglichkeit der Ermittlungsergebnisse bestehen, so muss die Behörde ihr Bild auch durch eine sachverständige Untersuchung hinsichtlich der Trinkgeldgewohnheiten der Gäste vergleichbarer Lokale objektivieren, VwGH 2742/80, ZfVB 1984/1082. Zur Schätzung von Trinkgeldern: Kann die Höhe der eingenommenen Trinkgelder aufgrund diesbezüglicher Ermittlungen nicht zweifelsfrei festgestellt werden, so kann sie der VTr nach Paragraph 42, Absatz 3, letzter Satz anhand von Schätzwerten ermitteln, wenn Trinkgelder in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich sind, was - so wie in allen Fällen von Schätzungen - dazu führen kann, dass das der Beitragsbemessung zugrunde gelegte Entgelt vom tatsächlich bezogenen abweicht; diese verfahrensrechtliche Ermächtigung darf aber nicht so verstanden werden, dass damit auch für Zeiten, in denen der DN bzw Lehrling gar keine Möglichkeit hat, Trinkgelder zu erhalten (wie zB in Zeiten des Urlaubs, der Krankheit, der Pflegefreistellung oder des Berufsschulbesuchs), Trinkgelder der Beitragsbemessung zugrunde gelegt werden dürften (VwGH 92/08/0064, ZfVB 1995/1408). Wenn aufgrund der Schätzung Zweifel an der Tauglichkeit der Ermittlungsergebnisse bestehen, so muss die Behörde ihr Bild auch durch eine sachverständige Untersuchung hinsichtlich der Trinkgeldgewohnheiten der Gäste vergleichbarer Lokale objektivieren, VwGH 2742/80, ZfVB 1984/1082.

Im konkreten Fall:

Es gibt keine Aufzeichnungen betreffend die Höhe der Trinkgelder. Nach Auffassung des BVwG ist es gerechtfertigt, auf die Festlegung der Trinkgelder für einen anderen Zeitraum (die der WGKK für 2017) zur Schätzung abzustellen und die Nachverrechnung auf diese Höhe (€ 50 monatlich) zu stützen.

3.4 Betreffend Frau XXXX :3.4 Betreffend Frau römisch 40 :

Für die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag kommt es entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet oder ob er die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernimmt, wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, wohingegen es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf dessen Bereitschaft zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt (vgl. etwa VwGH 11.12.2013, 2011/08/0322, mwN). Beim freien Dienstvertrag kommt es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die vom Besteller laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit an (vgl. VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089). Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen, mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit (vgl. VwGH 11.11.2011, 2011/09/0154). Bei der Abgrenzung kommt dem wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinn des § 539a ASVG besondere Bedeutung zu. Für die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag kommt es entscheidend darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet oder ob er die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernimmt, wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, wohingegen es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf dessen Bereitschaft zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt vergleiche etwa VwGH 11.12.2013, 2011/08/0322, mwN). Beim freien Dienstvertrag kommt es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die vom Besteller laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit an vergleiche VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089). Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung bis zu einem bestimmten Termin zu erbringen, mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit vergleiche VwGH 11.11.2011, 2011/09/0154). Bei der Abgrenzung kommt dem wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinn des Paragraph 539 a, ASVG besondere Bedeutung zu.

Nach den obigen Sachverhaltsfeststellungen wurde keine Dienstleistung geschuldet, sodass auch kein freies

Dienstverhältnis vorlag.

3.5 Betreffend die gewerberechtlichen Geschäftsführer:

Da keine Verpflichtung zur Dienstleistungen über das gemeldete Ausmaß hinaus bestand, ist auch die Nachverrechnung nicht gerechtfertigt.

3.6 Zur Gesamthöhe des festgestellten Nachverrechnungsbetrages:

Dieser setzt sich zusammen aus € 122.073,16, vorgeschrieben im Bescheid vom 21.07.2016 und € 190.090,84 aus dem Bescheid vom 28.06.2017, minus € 30.100,72 an Nachverrechnungsanteilen für Trinkgelder, für die Geschäftsführer XXXX und XXXX, für Frau XXXX, die entsprechend der Feststellungen in diesem Erkenntnis nicht geschuldet werden, vgl. Erhebungsbericht vom 13.09.2018, ON 36 im Akt des BVwG. Dieser setzt sich zusammen aus € 122.073,16, vorgeschrieben im Bescheid vom 21.07.2016 und € 190.090,84 aus dem Bescheid vom 28.06.2017, minus € 30.100,72 an Nachverrechnungsanteilen für Trinkgelder, für die Geschäftsführer römisch 40 und römisch 40, für Frau römisch 40, die entsprechend der Feststellungen in diesem Erkenntnis nicht geschuldet werden, vergleiche Erhebungsbericht vom 13.09.2018, ON 36 im Akt des BVwG.

Zu B) Zur Unzulässigkeit der Revision:

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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

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. Zur Frage der persönlichen Abhängigkeit liegt eine umfangreiche Judikatur des VwGH vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 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. Zur Frage der persönlichen Abhängigkeit liegt eine umfangreiche Judikatur des VwGH vor.

Schlagworte

Beitragsnachverrechnung, Berechnung, Dienstverhältnis, Herabsetzung, Teilstattgebung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W178.2133677.1.00

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2019

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