

# TE Bvwg Erkenntnis 2017/11/7 I404 2004976-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.11.2017

## Entscheidungsdatum

07.11.2017

## Norm

AIVG §1 Abs1 lit a

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §4 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

I404 2004976-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin MMag. Alexandra JUNKER als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch die AWT Treuhand Partner Steuerberater GmbH & Co KG, gegen den Bescheid der Tiroler Gebietskrankenkasse vom 29.08.2013 betreffend die Feststellung, dass Herr XXXX im Zeitraum 01.07.2009 bis 31.12.2011 als Geschäftsführer bei der Dienstgeberin XXXX gemäß § 4 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) i.V.m. § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 vollversicherungs- und arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als festgestellt wird, dass Herr XXXX im Zeitraum 01.07.2009 bis 31.12.2011 bei der Dienstgeberin XXXX gemäß § 4 Abs. 4 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) i.V.m. § 1 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 vollversicherungs- und arbeitslosen-versicherungspflichtig beschäftigt war.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid der Tiroler Gebietskrankenkasse (im Folgenden: belangte Behörde) vom 29.08.2013 wurde festgestellt,

dass XXXX (in der Folge: Mitbeteiligter) im Zeitraum 01.07.2009 bis 31.12.2011 als Geschäftsführer bei der Dienstgeberin XXXX (in der Folge: Beschwerdeführerin) gemäß § 4 Abs. 2 ASVG i.V.m. § 1 Abs. 1 lit. a AlVG vollversicherungs- und arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Mitbeteiligte als Geschäftsführer für die Beschwerdeführerin tätig sei. In dieser Funktion sei der Mitbeteiligte seit 17.07.2002 im Firmenbuch eingetragen. Eine vertragliche Regelung bezüglich der Geschäftsführung sei befristet bis 31.10.2003 abgeschlossen und stillschweigend fortgeführt worden. Alleinige Gesellschafterin der Beschwerdeführerin sei die Mutter des Beschwerdeführers, Frau Marianne K. Gemäß dem Vertrag umfasse der Aufgabenbereich der Geschäftsführung die Beratung der Gesellschaft, die Anbahnung bzw. Vermittlung von Kontakten zu Gästen und Reisebüros, die Betreuung sämtlicher Beziehungen zu Gästen und Reisebüros sowie wesentlicher Lieferanten und Fremdleistern und die Beratung in Personalangelegenheiten insbesondere die Akquisition des Personals. Am 1.11.2003 sei ein neuer Vertrag über die Besorgung der Geschäftsführung zwischen der Beschwerdeführerin und der Firma XXXX (in der Folge L GmbH & Co KG) abgeschlossen worden. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin sei die Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligte Kommanditist. Dieser Vertrag sei bis 31.10.2004 befristet gewesen und ab 1.11.2004 durch einen gleichlautenden Vertrag ersetzt worden, der bis 31.10.2005 befristet gewesen sei. Der Mitbeteiligte habe angegeben, dass die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co KG durch Frau Marianne K durchgeführt werde. Der Mitbeteiligte sei im XXXX als Geschäftsführer tätig. Seine Tätigkeiten würden die Kontaktpflege zu den Reisebüros und die Vermarktung des Hotelangebotes umfassen. Außerdem stehe er Frau Marianne K in beratender Funktion zur Verfügung. Die endgültigen Entscheidungen treffe Frau Marianne K. Personaleinstellungen und Dienstverträge würden sie gemeinsam durchbesprechen, Vorstellungsgespräche führe Frau Marianne K alleine. Der Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co KG über die Besorgung der Geschäftsführung sei stillschweigend fortgeführt worden. Der Mitbeteiligte würde für seine Tätigkeit im Jahr € 30.000 aufgeteilt in 12 Teilbeträgen erhalten. Rechtlich führte die belangte Behörde aus, dass die Weisungsgebundenheit sich daraus ergebe, dass die endgültige Entscheidungsgewalt bei Frau Marianne K liege, da Dienststellungen, Dienstverträge und Personaleinstellungen durchgesprochen und der Mitbeteiligte aber dadurch in seiner Entscheidungsfreiheit wesentlich eingeschränkt sei. Es sei unstrittig, dass der Geschäftsführer kontinuierlich und über einen längeren Zeitraum die Aufgaben der Geschäftsführung und der operativen Tätigkeit nach außen hin erkennbar und auf Dauer angelegt erfüllt habe und durch diese Tätigkeit der Unternehmenszweck der Gesellschaft, für welche die Gesellschafterbeschlüsse getätigt werden, verwirklicht werde. Dabei sei es unerheblich, ob der Gesellschafter nur als Geschäftsführer oder im operativen Bereich tätig werde. Somit könnte eine bestehende Eingliederung nach dem Verständnis der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht in Zweifel gezogen werden. Die bestehende Weisungsgebundenheit ergebe sich aus dem Geschäftsführervertrag. Im Übrigen spreche es nicht gegen das Vorliegen einer Weisungsgebundenheit, wenn der Arbeitgeber dem für ihn tätigen Mitarbeiter einen entsprechenden Freiraum in der Einteilung und Durchführung der geschuldeten Tätigkeit einräume, dies jedoch letztlich die Entscheidung des Arbeitgebers und nicht die freie Entscheidung des Arbeitnehmers sei. Die vom Arbeitgeber bestimmte und hinsichtlich der konkreten Aufgaben entsprechend seinem Bedarf auch immer wieder anpassbare und abänderbare Tätigkeit werde über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum für das Unternehmen ausgeübt und sei somit eine organisatorische Eingliederung im funktionalen Sinn gegeben. Die Vorgaben des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitsinhalt und Arbeitsumfang seien zu erfüllen, auch wenn aufgrund der Entscheidung des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort größere Freiräume eingeräumt werden würden.

2. Gegen diesen Bescheid wurde rechtzeitig und zulässig das Rechtsmittel des Einspruchs (nunmehr als Beschwerde behandelt) eingebracht und zusammengefasst wie folgt vorgebracht: Die durch die belangte Behörde fälschlicherweise herangezogene Bemessungsgrundlage sei ein Entgelt, das auf Basis eines Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH und Co KG geleistet werde. Der Mitbeteiligte als Kommanditist der Auftragnehmerin L GmbH und Co KG nehme gewisse durch den Vertrag umfasste ausführende Tätigkeiten zum Teil persönlich war: Diese seien beispielsweise Gespräche mit Frau Marianne K zu personal- und betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten, Kontaktpflege zu Key Accounts, wobei die inhaltliche Aufbereitung durch Mitarbeiter der L GmbH & Co KG erfolge (zB Personalempfehlungen, Informationsbereitstellung im Sinne von Officeprogramm und dergleichen). Es handle sich hierbei um beratende Tätigkeiten, die der Mitbeteiligte als Vertreter der L GmbH & Co KG wahrnehme. Für die Ausarbeitung von Aufgabenstellungen in diesem Zusammenhang greife der Mitbeteiligte auf Dienstnehmer der L GmbH & Co KG zu. Beispielsweise würden folgende Punkte durch Dienstnehmer der L GmbH und Co KG wahrgenommen werden: Aktives Einbringen bei der Mitarbeitersuche, Informationsbereitstellung zum Front Office

Programm, Ausgabe von Benchmarks, Marktbeobachtungen im Sinne Key Accounts bzw. potentielle Key Accounts, Überbuchungsmanagement; der Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co KG begründe ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften, die sich für ein Tätigwerden zwangsläufig natürlicher Personen bedienen müssten. Die Bearbeitung des Auftrags erfolge durch Mitarbeiter der L GmbH & Co KG. Aufgrund der Einbindung von Mitarbeitern und anderen betrieblichen Ressourcen, sei eine unmittelbare Zurechnung des Auftragshonorars an den Mitbeteiligten nicht nur zivilrechtlich sondern auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten unzulässig. Da die L GmbH & Co. KG über einen eigenständigen sich von der natürlichen Person abhebenden geschäftlichen Betrieb verfüge, welcher branchengleiche Tätigkeiten ausführe und daher das Auftragsverhältnis mit der Beschwerdeführerin Ausfluss der eigenbetrieblichen Tätigkeit der L GmbH & Co KG sei, habe die Zurechnung der Einkünfte an eben diese zu erfolgen. Die L GmbH & Co KG wäre im Auftrag der Beschwerdeführerin tätig und trage insofern Unternehmensrisiko wie jedes andere beratend tätige Unternehmen. In diesem Zusammenhang würde insbesondere auf die Kündigungsbestimmungen verwiesen, wonach die Gesellschafterin Marianne K den Geschäftsbesorgungsvertrag jeweils zu Monatsletzten kündigen könne. Wie die L GmbH & Co. KG die vertraglich vereinbarten Aufgaben erfülle, liege in deren Ermessen und unterliege auch keiner Weisung der Auftraggeberin. Es werde darauf verwiesen, dass Leistungserbringer die L GmbH und Co. KG sei und die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten weisungsfrei durch diese erbracht werden würden (vergleiche Punkt 3 des Geschäftsbesorgungsvertrages). Die Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co. KG könne selbstverständlich nur im Einverständnis beider Parteien abgeändert werden. Aufgrund der Leistungserbringung durch die L GmbH & Co. KG erübrige sich eine Diskussion über die Weisungsgebundenheit der Person des Mitbeteiligten im Rahmen der Geschäftsführungsfunktion für die Beschwerdeführerin. Im Rahmen der GPLA sei die Zurechnung der Einkünfte an die L GmbH & Co. KG anerkannt worden, jedoch die Abfuhr von Lohnnebenkosten gefordert worden. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin liege ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben insbesondere darin, dass im Jahr 2007 eine intensive Befassung der Abgabenprüfer mit diesem Geschäftsführer Verhältnis stattgefunden habe und eine Versicherungspflicht nach dem GSVG als rechtlich richtig beurteilt worden sei. Im Zuge der nun stattfindenden GPLA sei diese Rechtsauslegung rückwirkend geändert worden, wobei bisher nicht erläutert worden sei, welche Sachverhaltsänderung seither eingetreten sei, die eine Änderung der Rechtsansicht erklären würde.

3. Dem BVwG wurde der Einspruch (nunmehr als Beschwerde behandelt) samt Verwaltungsakt vorgelegt und folgende zusammengefasste Stellungnahme abgegeben: Bezuglich der Ausführungen, dass der Mitbeteiligte über die Möglichkeit verfügt habe, die ihm übertragenen Tätigkeiten noch andere Dienstnehmer durchführen zu lassen, bedeute dies lediglich, dass der Mitbeteiligte die Möglichkeit gehabt habe, anderen Arbeitskräften als Geschäftsführer Anordnungen zu erteilen. Feststehe auch, dass dem Mitbeteiligten das Entgelt ausbezahlt worden sei, welches über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen sei, so dass es Entscheidung unerheblich sei, in welcher Form dies geschehen sei. Es sei unstrittig, dass der Mitbeteiligte als Geschäftsführer kontinuierlich und über einen längeren Zeitraum die Aufgaben der Geschäftsführung und der operativen Tätigkeit nach außen hin erkennbar und auf Dauer angelegt erfüllt habe. Somit könne eine bestehende Eingliederung nach dem Verständnis der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht in Zweifel gezogen werden. Für seine Tätigkeit sei zudem keinerlei Vorhandensein eines Unternehmensrisiko zu erkennen. Letztlich treffe auch Frau Marianne K als alleinige Gesellschafterin der Beschwerdeführerin alle endgültigen Entscheidungen alleine. Bezuglich des Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sei auszuführen, dass dieser Grundsatz nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Tragen komme. Insbesondere könne der Grundsatz nur insoweit Auswirkungen zeigen, als das Gesetz der Vollziehung einen Vollzugsspielraum einräume. Ein derartiger Vollzugsspielraum bestehe jedoch bei der Feststellung der Pflichtversicherung nicht, da diese ex lege eintrete. Es bedürfe weder einer Meldung des Dienstgebers noch eines Ausspruchs der Gebietskrankenkasse.

4. Am 12.9.2017 fand vor dem BVwG, Außenstelle Innsbruck, eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

1.1. Der Mitbeteiligte ist seit 17.07.2002 als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer bei der Beschwerdeführerin im Firmenbuch des Landesgerichtes Innsbruck eingetragen und auch tätig. An der Beschwerdeführerin ist der Mitbeteiligte nicht beteiligt.

Die Beschwerdeführerin ist die Komplementär-GmbH sowohl der XXXX (in der Folge K GmbH & Co KG) als auch der L GmbH & Co KG. Die K GmbH & Co KG und die L GmbH & Co KG betreiben jeweils ein Hotel.

Der Mitbeteiligte ist weiters Kommanditist der L GmbH & Co KG (Einlage von € 10.000), an der XXXX ist er nicht beteiligt.

1.2. Zunächst schloss die Beschwerdeführerin mit dem Mitbeteiligten einen Vertrag über die Besorgung der Geschäftsführung per Datum 1. November 2002 ab.

Am 7.8.2003 wurde dieser ansonsten wortgleich formulierte Vertrag über die Besorgung der Geschäftsführung per 1. November 2003 zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co. KG abgeschlossen.

Im Vertrag sind unter anderen folgenden Bestimmungen enthalten:

1. Dieser Geschäftsführungsbesorgungsvertrag wird für die Zeit bis zum 31.10.2004 abgeschlossen und kann vom Auftragnehmer und von der Gesellschaft (vertreten durch die alleinige Gesellschafterin Frau Marianne K [ ]) jeweils zu Monatsletzten gelöst werden.

2. der Aufgabenbereich des Auftragnehmers umfasst insbesondere:

\*die Beratung der Gesellschaft im betrieblichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten;

\*die Anbahnung bzw. Vermittlung von Kontakten zu Gästen und Reisebüros zu Gunsten der Gesellschaft;

\*die Betreuung sämtlicher Beziehungen zu Gästen und Reisebüros sowie der Beziehungen zu den für die Gesellschaft wesentlichen Lieferanten und Fremdleistern;

\*die Beratung in Personalangelegenheiten, insbesondere bei der Akquisition des Personals.

3. Der Auftragnehmer ist dabei keinerlei Weisungen hinsichtlich der einzelnen zu ergreifende Maßnahme in seinem Aufgaben Bereich gebunden.

4. Der Auftragnehmer ist bei Erbringung seiner Tätigkeit für die Gesellschaft an keinen Arbeitsort und keine Arbeitszeit gebunden. Er entscheidet frei darüber, wann seine Arbeitszeit notwendig oder zweckmäßig ist.

5. bei der Erfüllung seiner Aufgaben kann sich der Auftragnehmer eines geeigneten Vertreters bedienen, allerdings dürfen daraus der Gesellschaft keine zusätzlichen Kosten erwachsen.

7. Als Honorar für seine Tätigkeit erhält der Auftragnehmer einen jährlichen Betrag von derzeit

€ 60.000.- zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer von derzeit 20%.

1.3. Am 20.8.2004 wurde ein weiterer Vertrag über die Besorgung der Geschäftsführung mit selben Vertragsinhalten bis zum 31.10.2005 zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co KG abgeschlossen.

Dieser Vertrag wurde in der Folge konkludent verlängert. Eine Änderung erfolgte hinsichtlich der Höhe des Honorars für die Geschäftsführertätigkeit, dieses wurde jedenfalls schon vor dem Jahr 2009 auf € 30.000 (inkl. Mwst) herabgesetzt.

1.4. Der Mitbeteiligte hat in der Folge als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin vor allem die unter Punkt 2. im Vertrag angeführten Tätigkeiten ausgeübt. Die Beratung der Gesellschaft in betrieblichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten erfolgte meist im Rahmen eines gemeinsamen Frühstücks mit der Alleingesellschafterin. Der Punkt "Anbahnung bzw. Vermittlung von Kontakten zu Gästen und Reisebüros zu Gunsten der Gesellschaft" war kaum relevant und bsp. Wechsel der Lieferanten erfolgten in Absprache mit dem Mitbeteiligten, die Entscheidung traf aber die Alleingesellschafterin. Wenn neues Personal gesucht wurde, war insbesondere eine Mitarbeiterin des L GmbH & Co KG mit der Ausarbeitung der Stellenausschreibung beauftragt. Der entsprechende Auftrag kam dann entweder vom Mitbeteiligten oder der Alleingesellschafterin. Bilanzbesprechungen waren vom Mitbeteiligten selbst wahrzunehmen. Weiters bedurften auch bsp. Autokaufe oder neue Zinsvereinbarungen mit der Bank die Unterschrift des Mitbeteiligten.

Bei anstehenden Entscheidungen bsp. betreffend Einstellung von neuem Personal oder Beendigung von Arbeitsverträgen erfolgte vorab eine Besprechung im Team, also zusammen mit Mitarbeitern der L GmbH & Co KG. Die Entscheidung fällt dann aber der Mitbeteiligte oder die Alleingesellschafterin. Ebenso holte der Mitbeteiligte bei

auftretenden Problemen wie bsp. schlechte Buchungslage die Meinung bzw. Vorschläge der Mitarbeiter der L GmbH & Co KG ein.

1.5. Bei seinen Tätigkeiten als Geschäftsführer unterlag der Mitbeteiligte keinen Weisungen bezüglich des Arbeitsortes oder der Arbeitszeit. Weiters hatte er auch keine Aufzeichnungen über seine Tätigkeiten zu machen oder unterlag sonstigen Berichtspflichten gegenüber der Alleingesellschafterin. Urlaub konnte er ohne Rücksprache mit der Alleingesellschafterin nehmen.

1.6. Für seine Tätigkeit als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin hat der Mitbeteiligte monatlich € 2.500 bekommen. Damit war die Geschäftsführerfunktion sowohl für die Hotel K GmbH & Co KG als auch die L GmbH & Co KG abgegolten.

1.7. Die Geschäftsführerfunktion hat er im Wesentlichen persönlich ausgeübt. Eine Vertretung als Geschäftsführer ist nur durch die Mutter und Alleingesellschafterin der Beschwerdeführerin erfolgt, was etwa bei Urlaub des Mitbeteiligten der Fall war.

1.8. Der Mitbeteiligte verwendete für seine Tätigkeit an Betriebsmitteln insbesondere ein Handy und einen PKW, welche im Betriebsvermögen der L GmbH & Co KG standen. Über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügte er nicht.

1.9. Die Beschwerdeführerin verfügte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum über keine Gewerbeberechtigung und war daher nicht Mitglied der Wirtschaftskammer. Weiters verfügte auch der Mitbeteiligte selbst im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht über eine Gewerbeberechtigung.

## 2. Beweiswürdigung

2.1. Die Feststellungen, dass der Mitbeteiligte seit 17.07.2002 als Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen ist und die Feststellungen zu den einzelnen Gesellschaften basieren auf Abfragen aus dem Firmenbuch und sind unstrittig.

2.2. Dass der Mitbeteiligte einen Vertrag mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen hat und die Inhalte des Vertrages wurden der diesbezüglich im Akt der belangten Behörde befindlichen Kopie entnommen.

2.3. Die Feststellungen zu den Verträgen, die zwischen der Beschwerdeführerin und der L GmbH & Co KG abgeschlossen wurden, basiert ebenfalls auf den diesbezüglichen im Akt einliegenden Vertragskopien. Dass es zu einer Änderung des Honorars gekommen ist, hat der Mitbeteiligte in der Verhandlung angegeben und wird durch Kontoauszüge belegt.

2.4. Welche Tätigkeiten der Mitbeteiligte ausgeübt hat, wurde aufgrund der Angaben des Mitbeteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung getroffen.

2.5. Dass er bei seinen Tätigkeiten keinen Weisungen hinsichtlich Arbeitsort oder Arbeitszeit unterlag, hat der Mitbeteiligte im Rahmen der mündlichen Verhandlung so angegeben. Diesbezüglich gab es weder widersprechende Beweismittel noch hat die belangte Behörde Gegenteiliges vorgebracht. Im Übrigen stimmt dies auch mit dem Inhalt des Vertrages über die Geschäftsführung überein.

2.6. Dass der Mitbeteiligte € 30.000 als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin erhält und damit auch seine Tätigkeit für die L GmbH & Co KG, deren Komplementärin ja wiederum die Beschwerdeführerin ist, abgegolten ist, hat der Mitbeteiligte ebenfalls im Rahmen der mündlichen Verhandlung angegeben.

2.7. Die Feststellung, dass er sich bei seiner Geschäftsführerfunktion nur von seiner Mutter der Alleingesellschafterin der Beschwerdeführerin bsp. im Urlaub hat vertreten lassen, hat der Mitbeteiligte in der Verhandlung angegeben.

2.8. Dass der Mitbeteiligte für seine Tätigkeit an Betriebsmitteln insbesondere ein Handy und einen PKW, welche im Betriebsvermögen der L GmbH & Co KG standen, verwendete, hat er selbst in der mündlichen Verhandlung angegeben.

2.9. Dass weder die Beschwerdeführerin noch der Mitbeteiligte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Mitglied der Wirtschaftskammer waren, ergab eine schriftliche Anfrage an die Wirtschaftskammer Tirol.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Zuständigkeit und anwendbares Recht

Art. 151 Abs. 51 Z 8 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) lautet:

Mit 1. Jänner 2014 werden die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, das Bundesvergabeamt und der unabhängige Finanzsenat (im Folgenden: unabhängige Verwaltungsbehörden) aufgelöst; ferner werden die in der Anlage genannten Verwaltungsbehörden (im Folgenden: sonstige unabhängige Verwaltungsbehörden) aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei diesen Behörden anhängigen Verfahren sowie der bei den Aufsichtsbehörden anhängigen Verfahren über Vorstellungen (Art. 119a Abs. 5) geht auf die Verwaltungsgerichte über; dies gilt auch für die bei sonstigen Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, mit Ausnahme von Organen der Gemeinde.

§ 6 BVwGG lautet wie folgt:

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

§ 414 Abs. 2 ASVG sieht zwar Senatzuständigkeiten vor, dies jedoch nur auf Antrag und nur für Rechtssachen nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG. Ein solcher Antrag wurde nicht gestellt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht in der vorliegenden Rechtssache durch eine Einzelrichterin entscheidet.

Die §§ 1, 17, 28 Abs.1 und 2 VwGVG lauten wie folgt:

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

§ 17. Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

3.2. Zu Spruchpunkt A) – Teilweise Stattgebung der Beschwerde

3.2.1. Die gegenständlich maßgebliche Bestimmung des ASVG in der hier anzuwendenden Fassung lautet wie folgt:

Pflichtversicherung

Vollversicherung

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

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

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

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

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

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

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der 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; es sei denn,

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

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

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

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

§ 2 Abs. 1 GSVG, in der Fassung BGBl. I Nr. 131/2006, lautet wie folgt:

Pflichtversicherung in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung

§ 2. (1) Auf Grund dieses Bundesgesetzes sind, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen pflichtversichert:

1. die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft;

2. die Gesellschafter/Gesellschafterinnen einer offenen Gesellschaft und die unbeschränkt haftenden Gesellschafter/Gesellschafterinnen einer Kommanditgesellschaft, sofern diese Gesellschaften Mitglieder einer der in Z 1 bezeichneten Kammern sind;

3. die zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sofern diese Gesellschaft Mitglied einer der in Z 1 bezeichneten Kammern ist und diese Personen nicht bereits aufgrund ihrer Beschäftigung (§ 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes) als Geschäftsführer der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz unterliegen oder aufgrund dieser Pflichtversicherung Anspruch auf Kranken- oder Wochengeld aus der Krankenversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz haben, auch wenn dieser Anspruch ruht, oder auf Rechnung eines Versicherungsträgers Anstaltpflege erhalten oder in einem Genesungs-, Erholungs- oder Kurheim oder in einer Sonderkrankenanstalt untergebracht sind oder Anspruch auf Ersatz der Pflegegebühren gemäß § 131 oder § 150 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes einem Versicherungsträger gegenüber haben;

4.

### 3.2.2. Lohnsteuerpflicht

Die belangte Behörde hat im bekämpften Bescheid die Versicherungspflicht des Mitbeteiligten mit dem Vorliegen der Lohnsteuerpflicht begründet.

Die wesentliche Bedeutung der Verweisung auf die Lohnsteuerpflicht nach dem EStG 1988 in § 4 Abs. 2 ASVG liegt darin, dass für jene Zeiträume, für welche die Lohnsteuerpflicht der betreffenden Person nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 mit Bescheid der Finanzbehörde festgestellt ist, auch die Sozialversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG bindend feststeht. Eine solche bindende Wirkung kommt aber nur Bescheiden zu, die über die Lohnsteuerpflicht als Hauptfrage absprechen, in erster Linie also Haftungsbescheiden gemäß § 82 EStG 1988.

Da im gegenständlichen Verfahren ein Bescheid über die Lohnsteuerpflicht nicht vorliegt, war das Vorliegen der Lohnsteuerpflicht vorfragemäßig selbst zu beurteilen.

Gemäß § 22 Z. 2 EStG 1988 sind Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit die Gehälter und sonstigen Vergütungen jeder Art, die von einer Kapitalgesellschaft an wesentlich Beteiligte für ihre sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses (§ 47 Abs. 2) aufweisende Beschäftigung gewährt werden. Eine Person ist dann wesentlich beteiligt, wenn ihr Anteil am Grund- oder Stammkapital der Gesellschaft mehr als 25% beträgt.

Gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 EStG 1988 sind Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (Arbeitslohn) Bezüge und Vorteile von Personen, die an Kapitalgesellschaften nicht wesentlich im Sinne des § 22 Z 2 beteiligt sind, auch dann, wenn bei einer sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses (§ 47 Abs. 2 EStG) aufweisenden Beschäftigung die Verpflichtung, den Weisungen eines anderen zu folgen, auf Grund gesellschaftsvertraglicher Sonderbestimmung fehlt.

Ein Dienstverhältnis liegt nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 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.

Die vertragliche Stellung auch eines Fremdgeschäftsführers kann so gestaltet sein, dass sie persönliche Abhängigkeit trotz grundsätzlich vertretungsfeindlicher Funktion und organschaftlichem Weisungsrecht der Generalversammlung ausschließt und er damit freier Dienstnehmer ist (VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185).

Im vorliegenden Fall war der Mitbeteiligte im Prüfungszeitraum nicht an der Beschwerdeführerin beteiligt und übte (ohne Unterbrechung) seit dem Jahr 2002 bis laufend die Funktion als Geschäftsführer aus.

Demnach ist für die Frage der Lohnsteuerpflicht zum einen entscheidend, ob der Mitbeteiligte bei seiner Tätigkeit als Geschäftsführer in den betrieblichen Organismus des Unternehmens der Gesellschaft eingegliedert ist. Diese Eingliederung ist durch jede nach außen hin als auf Dauer angelegt erkennbare Tätigkeit hergestellt, mit welcher der Unternehmenszweck der Gesellschaft verwirklicht wird.

Zum anderen ist aber auch erforderlich, dass Weisungsgebundenheit vorliegt. Hierzu kommt es entscheidend auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft an (vgl. VwGH vom 19.12.2012, Zl. 2010/08/0240, mwN).

Die für das Vorliegen von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit wesentliche Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schon dann gegeben, wenn der Steuerpflichtige auf Dauer einen Teil des rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Organismus bildet und seine Tätigkeit im Interesse dieses Organismus ausüben muss. Vor diesem Hintergrund hat der VwGH im Erkenntnis vom 28.6.2006, 2002/13/0175, ausgesprochen, dass weder der Umstand, dass die Geschäftsführerverträge (Werkverträge zur Unternehmenssanierung) jeweils auf ein Jahr befristet waren, noch die Bezugnahme auf die vorrangige Aufgabenstellung des Geschäftsführers im Bereich der Unternehmenssanierung gegen die Eingliederung des Geschäftsführers in den betrieblichen Organismus der Gesellschaft spricht (vgl. dazu auch das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. November 2004, 2003/13/0018). Wie der VwGH in dem zuletzt angeführten Erkenntnis unter Hinweis auf seine Vorjudikatur ausgeführt hat, wird von einer Eingliederung eines Geschäftsführers einer GmbH jedoch in aller Regel auszugehen sein, weil dieses Merkmal bereits durch jede nach außen hin als auf Dauer angelegt erkennbare Tätigkeit hergestellt wird, mit welcher der Unternehmenszweck der Gesellschaft verwirklicht wird. Unerheblich ist dabei, ob der Geschäftsführer im operativen Bereich der Gesellschaft oder im Bereich der Geschäftsführung tätig ist (vgl. VwGH vom 23.02.2005, 2004/14/0056). Im vorliegenden Fall ist das Merkmal der Eingliederung des Mitbeteiligten in den Organismus des Betriebes durch die kontinuierliche und laut Firmenbuch vom 01.07.2002 bis laufend erfolgte Ausübung der Geschäftsführungstätigkeit gegeben.

Es ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin gegenüber dem Mitbeteiligten auch ein persönliches Weisungsrecht zustand.

Weisungsunterworfenheit bedeutet, dass der Arbeitgeber durch individuell-konkrete Anordnungen das Tätigwerden des Dienstnehmers beeinflussen kann. Nicht beteiligte Geschäftsführer sind auf gesellschaftsrechtlicher Ebene jedenfalls der Generalversammlung gegenüber weisungsgebunden, beteiligte Geschäftsführer solange sie die die gewöhnliche Geschäftsführung betreffenden Beschlüsse (§ 20 Abs. 1 GmbHG), für die eine einfache Mehrheit erforderlich ist (§ 39 Abs. 1 GmbHG), auf Grund ihrer Beteiligung nicht verhindern können. Eine Verhinderung ist dann

möglich, wenn die Beteiligung 50 % und mehr beträgt oder, wenn sie darunter liegt, eine gesellschaftsvertragliche Sonderbestimmung (Sperrminorität) besteht. Nur in diesen Fällen sind Geschäftsführer schon auf Grund ihrer Beteiligung der Generalversammlung gegenüber nicht weisungsgebunden.

Der Mitbeteiligte war an der Beschwerdeführerin nicht beteiligt, weshalb er daher grundsätzlich der Generalversammlung gegenüber gemäß § 20 Abs. 1 GmbHG weisungsgebunden ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21.11.2007, Zl.2005/08/0051, ausgesprochen, dass hinsichtlich der zu unterscheidenden Gegenstände der Weisungsbefugnis, nämlich des gesellschaftsrechtlichen und des arbeitsrechtlichen, der Verwaltungsgerichtshof mit der herrschenden Lehre stets davon ausgegangen ist, dass zwar das kraft Gesetzes bestehende Weisungsrecht der Generalversammlung nach § 20 Abs. 1 GmbHG nicht notwendig auch die Berechtigung zur Erteilung persönlicher Weisungen (also von Weisungen in den für die persönliche Abhängigkeit maßgebenden Belangen) umfasst; es ist aber andererseits die Möglichkeit einer vertraglichen Einordnung des Geschäftsführers in die Gesellschaft in persönlicher Abhängigkeit von ihr, in der gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Form vertreten durch die Gesellschafter, auch nicht ausgeschlossen (so schon das Erkenntnis vom 20. Mai 1980, 2397/79, VwSlg 10140 A/1980, sowie ferner das Erkenntnis vom 30. März 1993, Zl. 92/08/0084, unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Literatur, ebenso aus jüngerer Zeit das Erkenntnis vom 20. Dezember 2006, Zl. 2004/08/0041). Solche zusätzlichen, rein schuldrechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft können zwischen der Gesellschaft, vertreten durch die Gesellschafter, und dem Geschäftsführer durch einen Anstellungsvertrag geregelt werden; sein Hauptinhalt im Hinblick auf die Pflichten des Geschäftsführers ist die nähere Ausgestaltung der durch das Organschaftsverhältnis vorgezeichneten Verpflichtungen zur Dienstleistung und zur Geschäftsbesorgung.

Im Geschäftsführervertrag, welcher zwischen der L GmbH & Co. KG und der Beschwerdeführerin abgeschlossen wurde, ist ausdrücklich vereinbart, dass keinerlei Weisungsbindung hinsichtlich der einzelnen zu ergreifende Maßnahme im Aufgabenbereich besteht und bei Erbringung der Tätigkeit für die Gesellschaft keine Vorgaben an einen Arbeitsort und oder Arbeitszeit bestehen. Der Geschäftsführer entscheidet frei darüber, wann seine Arbeitszeit notwendig oder zweckmäßig ist. Wie im Sachverhalt weiter dargelegt, wurde der Vertrag auch so gelebt.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass es eine Berechtigung der Beschwerdeführerin zur Erteilung persönlicher Weisungen tatsächlich nicht gegeben hat. Eine Lohnsteuerpflicht, wie sie von der belangten Behörde angenommen wurde, besteht daher nach Ansicht der erkennenden Richterin nicht.

### 3.2.5. Persönliche und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG:

Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszüübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, hängt 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 nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, während das Fehlen anderer, im Regelfall freilich auch vorliegender Umstände, wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers, dann, wenn die unterschiedungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Unterbleibt die Erteilung von (nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterschiedungskräftigen) Weisungen betreffend die Arbeitszeit, den Arbeitsort und das arbeitsbezogene Verhalten, z.B. aus dem Grund, dass

der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich "im Betrieb" des Dienstgebers zu bewegen und zu verhalten hat, so lässt sich die-*se* Weisungsgebundenheit z.B. aus den damit korrespondierenden Kontrollrechten (insbesondere der Art und Weise von deren tatsächlicher Ausübung durch den Dienstgeber oder die von ihm Beauftragten) erkennen. Dieses, durch Kontrollrechte zwar abgesicherte, sich aber zufolge der dargelegten Umstände nicht immer in konkreter Form äußernde (aber dennoch für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit relevante) Weisungsrecht des Arbeitgebers wird von der Rechtsprechung mit der Bezeichnung "stille Autorität des Arbeitgebers" umschrieben (vgl. z. B. VwGH vom 17.09. 1991, Zl. 90/08/0152, mit weiteren Judikatur-hinweisen).

Für die Annahme des Vorliegens einer "stillen Autorität des Dienstgebers" bedarf es daher der Feststellung von konkreten Anhaltspunkten, die zumindest einen Schluss auf das Vorliegen solcher Weisungs- oder Kontrollrechte zulassen. Dabei ist auch in Betracht zu ziehen, dass in Fällen, in denen der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu bewegen und zu verhalten hat, in der Regel das Weisungsrecht überhaupt nicht zutage tritt, sondern nur in Form von Anhaltspunkten für Kontrollrechte erkennbar wird (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 25.02.1988, Zl. 86/08/0242, vom 17.09.1991, Slg. Nr. 13.473/A, - und aus jüngerer Zeit - vom 23.05.2005, Zl. 2002/08/0220).

Dass die Beschwerdeführerin dem Mitbeteiligten keine persönliche Weisungen erteilen konnte, wurde bereits zur Frage der Lohnsteuerpflicht ausgeführt. Dafür, dass der Beschwerdeführerin Kontrollrechte zugestanden wären, gibt es ebenfalls keine Anhaltspunkte. So hatte der Mitbeteiligte auch keinerlei Berichte über seine Tätigkeit der Beschwerdeführerin vorzulegen.

Die bloße (sachliche) Kontrolle von Arbeitsergebnissen steht mit dem Vorliegen eines freien Dienstvertrags nicht im Widerspruch und ist kein Nachweis dafür, dass der Dienstnehmer in Bezug auf den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten Weisungen des Dienstgebers unterworfen gewesen wäre (vgl. VwGH vom 19.10.2015, Zl. 2013/08/0185).

Insgesamt kommt die erkennende Richterin daher zu dem Ergebnis, dass keine persönliche Abhängigkeit des Mitbeteiligten vorliegt.

### 3.2.6. Freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG:

Da keine persönliche Abhängigkeit des Mitbeteiligten vorliegt, ist zu prüfen, ob sein Vertragsverhältnis zur Beschwerdeführerin als freies Dienstverhältnis nach § 4 Abs. 4 ASVG an-gesehen werden kann.

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleis-tungen verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen.

Gemäß § 4 Abs. 4 lit. a ASVG kommt eine Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs. 4 ASVG jedoch nicht in Frage, sofern auf Grund dieser Tätigkeit bereits eine Versicherungs-pflicht gemäß § 2 Abs. 1 Z. 3 GSVG vorliegt.

Natürliche Personen sind gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG pflichtversichert, wenn sie Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft sind. Gemäß § 2 Abs. 1 Z. 3 GSVG sind die zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sofern diese Gesellschaft Mitglied einer der in § 2 Abs. 1 Z. 1 bezeichneten Kammern ist und diese Personen nicht bereits aufgrund ihrer Beschäftigung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG als Geschäftsführer der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterliegen, pflichtversichert.

Wie im Sachverhalt näher ausgeführt, hatte weder die Beschwerdeführerin noch der Mitbeteiligte eine Gewerbeberechtigung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum, weshalb eine Versicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 oder Z. 3 GSVG aufgrund der Geschäftsführertätigkeit des Mitbeteiligten für die Beschwerdeführerin nicht in Frage kommt.

Es war daher zu prüfen, ob der Mitbeteiligte über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügte.

Ein eigenes Betriebsmittel ist grundsätzlich dann für die (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden

steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist (vgl. VwGH vom 19.10.2015, Zl. 2013/08/0185).

Der Mitbeteiligte brauchte für seine Tätigkeit nach seinen eigenen Angaben insbesondere sein Mobiltelefon und seinen PKW. Diese Betriebsmittel stehen im Eigentum der L GmbH & Co KG, an welcher der Mitbeteiligte nur als Kommanditist beteiligt ist.

Von einem Einsatz wesentlicher eigener Betriebsmittel im Sinne des negativen Tatbestandsmerkmals in § 4 Abs. 4 ASVG kann daher nicht die Rede sein. Die angeführten Betriebsmittel sind zunächst nicht von vornherein in erster Linie zur betrieblichen Verwendung bestimmt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwieweit sich der Mitbeteiligte mit den genannten Betriebsmitteln eine eigene unternehmerische Struktur geschaffen haben soll.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Mitbeteiligte aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrages in Verbindung mit seiner Bestellung zum Geschäftsführer verpflichtet war, für die Beschwerdeführerin Dienstleistungen gegen Entgelt zu erbringen. Er hat seine Leistungen im Wesentlichen persönlich erbracht und über keine eigene wesentliche unternehmerische Struktur verfügt.

Das Vorliegen einer qualifizierten Dienstgebereigenschaft als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Pflichtversicherung als freier Dienstnehmer wird ebenfalls bejaht, zumal der Mitbeteiligte als Geschäftsführer bei der Beschwerdeführerin beschäftigt gewesen ist, was jedenfalls zu deren beruflicher Sphäre zählt.

Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, dass die Betriebsmittel nicht von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt wurde, sondern von der L GmbH & Co KG, weshalb keine wirtschaftliche Abhängigkeit vorliege, ist darauf hinzuweisen, dass dies für die Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG nicht relevant ist, da nur die Frage zu prüfen ist, ob der Mitbeteiligte selbst über eine eigene wesentliche unternehmerische Struktur verfügt.

Schließlich ist zu dem Vorbringen in der Beschwerde, dass ein Verstoß gegen Treu und Glauben insbesondere deshalb vorliege, da bei einer vorhergehenden Prüfung die Versicherung des Mitbeteiligten nach dem GSVG nicht beanstandet wurde und sich der Sachverhalt nicht geändert habe, Folgendes auszuführen:

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass über die Versicherungspflicht des Mitbeteiligten bescheidmäßig abgesprochen wurde. Dazu gibt es auch keiner Hinweise aus den vorgelegten Akten. Insofern war die belangte Behörde auch nicht verpflichtet, eine Änderung des Sachverhalts darzulegen.

Weiters hat die belangte Behörde zu Recht darauf hingewiesen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur unter ganz bestimmten, im Beschwerdefall nicht gegebenen Voraussetzungen zum Tragen kommt. Insbesondere kann dieser Grundsatz nur insoweit Auswirkungen zeitigen, als das Gesetz der Vollziehung einen Vollzugsspielraum einräumt (Hinweis E 23. November 2010, 2010/15/0135, mwN). Ein derartiger Vollzugsspielraum besteht aber bei der Feststellung einer Pflichtversicherung nicht.

### 3.2.4. Wer ist Dienstgeber

Mit dem bekämpften Bescheid wurde ausgesprochen, dass der Mitbeteiligte bei der Beschwerdeführerin als Dienstgeberin vollversicherungs- und arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Da die Beschwerdeführerin mit der L GmbH & Co. KG den Geschäftsführervertrag abgeschlossen hat und nicht mit dem Mitbeteiligten selbst, war auch zu prüfen, wer als Dienstgeber des Mitbeteiligten im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG anzusehen ist.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber iSd ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgeltes verweist.

Der Mitbeteiligte hat - unbeschadet des formell zwischen der L GmbH & Co. KG und der Beschwerdeführerin bestehenden Vertragsverhältnisses - seine Dienstleistungen für den Betrieb der Beschwerdeführerin erbracht. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als "Komplementär-GmbH" gegenüber dem zu ihr in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit - somit in einem die Versicherungspflicht begründenden Dienstverhältnis - stehenden Dienstnehmer

Dienstgeber sein kann, da eine Wahrnehmung der Geschäftsführerfunktion durch die GmbH in einer KG ohne weiteres dem im § 35 Abs. 1 ASVG genannten Begriff "Tätigkeit" zugeordnet werden kann. Somit kommt es nur darauf an, daß die Gesellschaft mbH gegenüber ihrem Dienstnehmer - auch wenn dieser der Geschäftsführer dieser Gesellschaft mbH ist - die Funktion eines Dienstgebers entfaltet (vgl. VwGH 14.09.1979, Zl. 1304/77).

Die Geschäftsführerbestellung erfordert die Annahme der in Aussicht genommenen Person; sie erfolgt zweckmäßigerweise wenn auch die Bedingungen des Anstellungsvertrages feststehen. Ab diesem Zeitpunkt sind für den Geschäftsführer zwei verschiedene Rechtsverhältnisse maßgeblich: die (gesetzliche) Organstellung einerseits und das Anstellungsverhältnis andererseits, das die schuldrechtlichen Beziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft regelt. Die Anstellungsfunktion versteht sich also "intern" und ist im weitesten Sinne die Summe der arbeitsrechtlichen Vorschriften. Während im Hinblick auf den gesetzlich bestimmten zwingenden Pflichtenkreis bei der Ausgestaltung der Organstellung nur relativ wenig Gestaltungsspielraum besteht, ist der (fakultative) Anstellungsvertrag inhaltlich frei gestaltbar, soweit nicht zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften entgegenstehen (vgl. Fritz/Koch/Wildmoser, Mustersammlung zum GmbH-Recht Aufl. 2 (2016), Seite 3).

Der vom Bestellungsakt zum Geschäftsführer zu unterscheidende Anstellungsvertrag (der auch konkludent geschlossen werden kann) begründet keine vom Bestellungsvorgang verschiedene Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers, sondern regelt nur die näheren Umstände, unter denen die Leistung des Geschäftsführers zu erbringen ist. Daher ist es rechtlich gar nicht denkbar, die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers, den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten bei Erbringung der Geschäftsführungstätigkeit betreffenden Umstände als selbständigen Gegenstand des mit einem Dritten fortbestehen-den Arbeitsvertrages anzusehen (vgl. VwGH .

Aus diesem Grund wäre auch eine Arbeitskräfteüberlassung des Mitbeteiligten als (freier) Dienstnehmer durch die L GmbH & Co KG an die Beschwerdeführerin schon aus diesen Gründen nicht möglich.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bezüglich einer Arbeitnehmerüberlassung an einen Beschäftiger, bei dem die überlassene Arbeitskraft die Funktion eines Geschäftsführers ausüben soll, die sozialversicherungsrechtliche Dienstgebereigenschaft des Beschäftigerunternehmens (des "Entleihers") bejaht, da die Beschäftigergesellschaft ein Recht auf die Arbeitsleistung des Geschäftsführers auf Grund eigener Rechtsbeziehungen zu diesem aus dem Bestellungsakt zum Geschäftsführer der GmbH schon erworben hatte. Dieser ist daher seine Dienste auf Grund dieses Rechtsverhältnisses zu leisten schuldig, und nicht erst auf Grund seiner Rechtsbeziehung zur L GmbH & Co. KG.

Insofern hat die belangte Behörde zu Recht das Vorliegen eines Dienstverhältnisses zur Beschwerdeführerin geprüft.

Die erkennende Richterin gelangt daher zu dem Schluss, dass der Mitbeteiligte als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG im Zeitraum 01.07.2009 bis 31.12.2011 für die Beschwerdeführerin tätig wurde.

Da der Mitbeteiligte in dem angeführten Zeitraum in der Krankenversicherung als (freier) Dienstnehmer pflichtversichert war, unterliegt er für diesen Zeitraum auch gemäß § 1 Abs. 1 lit. a iVm Abs. 8 AlVG 1977 der Arbeitslosenversicherung.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) 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 zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil sich die gegenständliche Entscheidung zu den wesentlichen Fragen der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 ASVG auf eine einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stützen kann und die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt (vgl. die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes). Weder weicht diese 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.

**Schlagworte**

Dienstgebereigenschaft, Dienstnehmereigenschaft, freier  
Dienstnehmer, Geschäftsführer, Lohnsteuerpflicht,  
Pflichtversicherung, Weisungsfreiheit

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2017:I404.2004976.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

16.11.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

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