jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/8/21 W156 2111043-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.08.2018

Entscheidungsdatum

21.08.2018

Norm

AlVG §1 Abs1 lita
ASVG §4 Abs1 Z1
ASVG §4 Abs2
B-VG Art.133 Abs4

Spruch

W156 2111043-1/15E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Vorsitzende und den fachkundigen Laienrichterinnen Mag. Christa Marischka und Mag. Christa Kocher im Beschwerdeverfahren der C XXXX XXXX GmbH, vertreten durch RAE Knittl Nigl Winkelmayr, 1090 Wien, Porzellangasse 22a/7, gegen die Beschwerdevorentscheidung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse, Hauptstelle St. Pölten, XXXX vom 22.06.2015, betreffend Feststellung der Voll- (Kranken-, Unfall, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht für den Zeitraum 20.11.2010 bis 06.04.2012 betreffend O XXXX B XXXX als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.04.2018 zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und die Beschwerdevorentscheidung vom 22.06.2015 wird bestätigt.

B) Die Revision ist nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft übermittelte der NÖGKK (in weiterer Folge: belangte Behörde) eine mit 28.10.2011 datierte Versicherungsbestätigung mit dem Ersuchen, eine versicherungsrechtliche Prüfung vorzunehmen.

2. Am 31.03.2015 erließ die belangte Behörde einen Bescheid, in dem die Voll- (Kranken-, Unfall, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht für den Zeitraum 20.11.2010 bis 06.04.2012 betreffend O XXXX B XXXX als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AlVG festgestellt wurde.

Nach dem durchgeführten Ermittlungsverfahren stehe folgender Sachverhalt fest:

Herr B XXXX (in weiterer Folge: Mitbeteiligter) sei in der Zeit vom 20.11.2010 bis 06.04.2012 für die Beschwerdeführer tätig gewesen, dies in verschiedenen Bereichen hinsichtlich des Küchenbetriebs (z.B. Organisation, Menüerstellung, Einkauf, Koch). Das hiefür ausbezahlte Entgelt sei über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze gelegen. Er sei Vorgaben hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort unterlegen und habe im Wesentlichen seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Wesentliche Betriebsmittel (z.B. Computer, Waren für Speisen) seien nicht von ihm bereitgestellt worden, er habe keine damit verbundenen Aufwände zu tragen gehabt. Grundsätzlich sei er persönlich tätig gewesen, es habe eine Vertretungsmöglichkeit durch Herrn F XXXX bestanden, diese sei jedoch nicht gelebt worden. Der Mitbeteiligter habe zu keiner Zeit einen wesentlichen Einfluss auf die Gestion der Beschwerdeführerin, an welcher er vom 20.11.2010 bis 28.02.2012 mit 49 % am Stammkapital beteiligt gewesen sei, ausüben können. Er sei am Geschäftskonto dieser Gesellschaft nicht zeichnungsberechtigt gewesen und es sei auch keine Gewinnbeteiligung für ihn vorgesehen gewesen.

3. Die C XXXX XXXX GmbH (in weiterer Folge: BF) erhob im Wege ihrer ausgewiesenen Vertretung am 04.05.2015 fristgerecht Beschwerde.

Der Mitbeteiligter habe die Tätigkeit eigenverantwortlich erbracht, habe in seinem Verantwortungsbereich weisungsfrei hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsweise agieren können, habe auch über eigene Betriebsmittel verfügt, er habe vom 01.07.2009 bis 31.03.2011 über einen Gewerbeschein verfügt, sei demnach nach dem GSVG pflichtversichert gewesen. Es sei erst ab 08.03.2012 ein Dienstverhältnis vorgelegen und sei der gegenständliche Zeitraum demnach auf den 01.04.2011 bis 07.03.2012 einzuschränken.

Die seitens der Kasse festgestellte nicht durchsetzbare Einflussmöglichkeit (des Mitbeteiligten) betreffe lediglich die Gesellschafterebene und nicht die die schuldrechtliche Ebene, nach welcher er eigenverantwortlich nach eigenem Gutdünken tätig gewesen sei.

Der Mitbeteiligter habe auf Grund seiner 49 %igen Beteiligung an der Beschwerdeführerin seine gesamte Arbeitskraft auf diese Tätigkeit gerichtet und habe damit ein beträchtliches Unternehmerwagnis bestanden, wobei sein Risiko auf Grund der Rechtsform mit seinem eingezahlten Stammkapital beschränkt gewesen sei.

Es habe eine stille Autorität, entgegen den Ausführungen der Kasse nicht vorgelegen und sei die belangte Behörde schuldig für eine solche eine schlüssige Begründung zu liefern.

Es wurden die Anträge gestellt auf

• Aufhebung des angefochtenen Bescheids wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts respektive

Zurückverweisung zur Ergänzung den Sozialversicherungsträger,

• Vernehmung von Herrn B XXXX und Herrn F XXXX (in Folge GF der BF) als Auskunftspersonen,

• Vernehmung von S XXXX W XXXX und E XXXX C XXXX als Zeuginnen,

• Entscheidung durch den gesamten Senat,

• Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

4. Die belangte Behörde erließ am 22.06.2015 eine Beschwerdevorentscheidung, in welcher die Beschwerde als unbegründet abgewiesen wurde.

Für die belangte Behörde sei es erwiesen, dass der Mitbeteiligte sein Agieren nicht nur während des durch die BF als Dienstnehmer gemeldeten Zeitraumes welcher auch unstrittig sei (08.03.2012 bis 06.04.2012), sondern bereits ab dem 20.11.2010 in persönlicher Abhängigkeit erbracht habe. Eine die Pflichtversicherung als Dienstnehmer ausschließende generelle Vertretungsbefugnis habe im vorliegenden Fall nicht vorgelegen und sei auch nicht gelebt worden. Das behauptete Vertretungsrecht durch den GF der BF habe lediglich ein eingeschränkter Vertretungsrecht dargestellt, welches der Dienstnehmereigenschaft nicht entgegenstehe. Zudem sei der Mitbeteiligte tatsächlich nicht vertreten worden und sei auch das eingeschränkte Vertretungsrecht somit nicht gelebt worden. Dass die stille Autorität durch den Mehrheitsgesellschafter vorgelegen hat, sei unzweifelhaft. Dies deshalb da der Mitbeteiligte infolge seiner Beteiligung keine Möglichkeit gehabt hätte Entscheidungen gegen den Willen des Mehrheitsgesellschafters und handelsrechtlichen Geschäftsführers durchzusetzen.

4. Die BF brachte am 13.07.2015 fristegerecht einen Vorlageantrag ein und verwies auf die Ausführungen in der Beschwerde.

5. Am 16.01.2018 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt.

An der Verhandlung nahmen teil:

* Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsvertreterin

* Mitbeteiligter (mbP)

* Zeuge GF der BF (Z)

* Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (belangte Behörde)

Auf die Vernehmung der Frau S XXXX W XXXX und der Frau E XXXX C XXXX wurde von Seiten der Beschwerdeführerin verzichtet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Mitbeteiligte und der GF der BF unterfertigten am 11.11.2010 einen Notariatsakt über einen Gesellschaftsvertrag betreffend die XXXX GmbH. Unternehmensgegenstand ist die Verwertung und Verwaltung von Immobilien, Betrieb von Hotels und Gastgewerbebetrieb, Personentransport, Vermietung von Fahrzeugen und Abstellplätzen, Handel mit Waren aller Art und Vermittlung der genannten Geschäfte. Die Eintragung der GmbH in das Firmenbuch erfolgte am 20.11.2010. Der Gesellschaftsvertrag wurde mit 20.12.2012 beendet.

1.2. Das Stammkapital betrug 35.000 Euro, davon entrichtete der GF der BF 17.850 Euro (51%), der Mitbeteiligte 17.150 Euro (49%), wobei dessen Anteil vom GF der BF zur Verfügung gestellt wurde.

1.3. Der GF der BF wurde beginnend mit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch zum Geschäftsführer mit selbständigem Vertretungsrecht bestellt.

1.4. Ebenfalls am 11.11.2010 unterfertigten die oben Genannten einen Treuhandvertrag, in dem festgehalten wurde, dass der Geschäftsanteil des Mitbeteiligten nicht für eigene Rechnung erworben wurde, sondern als Treuhänder des GF der BF, der ihm diesen Betrag zur Verfügung gestellt hat. Im genannten Treuhandvertrag verpflichtete sich der Mitbeteiligte als Treuhänder, dass er bei Generalversammlungen nur entsprechend der erteilten Aufträge des GF der BF als Treugeber sein Stimmrecht ausüben werde. Zudem wurde eine Verschwiegenheit über den Namen des Treugebers vereinbart.

1.5. Monatlich erhielt bzw. entnahm der Mitbeteiligte eine Barauszahlung aus der Hotelkasse. Es bestand eine mündliche Vereinbarung zwischen dem GF der BF und dem Mitbeteiligten, dass sich dieser selbst "so viel Geld, wie er benötigt" aus der Kasse entnehmen könne. Im Schnitt lagen die Beträge bei 1.000 Euro monatlich. Als Belege wurden sogenannte "Bierzettel" verwendet.

1.6. Die Tätigkeit des Mitbeteiligten bestand in der Arbeit in der Rezeption, Erstellung von Dienstplänen, Einkauf, Küche etc. Der Mitbeteiligte verfügte im verfahrensrelevanten Zeitraum über eine Gewerbeberechtigung. Der Mitbeteiligte stellte keine Betriebsmittel bereit.

1.7. Der Mitbeteiligte war am Firmenkonto nicht zeichnungsberechtigt. Dem Mitbeteiligten wurde vom GF der BF der Zentralschlüssel für die Registrierkasse, die Kaffeemaschine und die Zapfanlage abgenommen. Der Mitbeteiligte verfügte über keine Unterschriftenbevollmächtigung. Der Steuerberater wurde vom GF der BF ausgewählt, der Mitbeteiligte hätte diesen nicht selbsttätig wechseln können.

1.8. Mit 21.12.2012 wurde der Mitbeteiligte bei einem dem GF der BF zuzurechnenden Unternehmen als Dienstnehmer angemeldet, dieses Dienstverhältnis wurde in weiterer Folge am 07.03.2012 wieder einvernehmlich gelöst. Am 08.03.2012 wurde der Mitbeteiligte bei der BF als Dienstnehmer bis zum 06.04.2012 angemeldet.

1.9. Der Mitbeteiligte war an Arbeitszeiten gebunden. Im Zeitraum der Tätigkeit für die BF konnte eine Vertretung nicht festgestellt werden.

1.10. Der Mitbeteiligte war im verfahrensrelevanten Zeitraum Inhaber einer Gewerbeberechtigung (Gastgewerbe und selbständiger Koch).

1.11. Laut GF der BF erfolgte eine Anmeldung des Mitbeteiligten nur aufgrund einer telefonischen Falschauskunft durch die GKK nicht.

2. Beweiswürdigung:

Aufgrund der vorliegenden Beweismittel und des Aktes der belangten Behörde ist das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) in der Lage, sich vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung ein ausreichendes Bild zu machen. Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 16.01.2018.

Die Feststellungen zur BF dem Tätigkeitsbereich der BF, der Bestellung des Geschäftsführers und der Höhe der Stammeinlagen ergeben sich aus dem Notariatsakt (Gesellschaftsvertrag) vom 11.11.2010. Dass der Betrag der Stammeinlage des Mitbeteiligten vom GF der BF vorgestreckt wurde, ergibt sich aus der mündlichen Verhandlung vom 24.04.2018 (Seite 16).

Die Feststellungen zum Treuhandvertrag ergeben sich aus der im Akt erliegenden Kopie. Die unter Pkt. 1.4. genannten Vereinbarungen sind im Treuhandvertrag unter den Punkten 2., 3.c) und 7. angeführt.

Laut Angaben des GF der BF in der mündlichen Verhandlung wurde der Treuhandvertrag errichtet, damit Gläubiger des Mitbeteiligten nicht auf seinen Geschäftsanteil zugreifen könnten (mündliche Verhandlung).

Die Barauszahlung bzw. Selbstentnahme eines Betrages aus der Hotelkasse ergibt sich aus den Angaben des Mitbeteiligten und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Im Gerichtsakt sind Kopien der "Bierzettelbelege" mit den entnommenen Beträgen vorhanden (versehen mit dem Namen des Mitbeteiligten, Betrag und Datum).

Die Tätigkeiten des Mitbeteiligten ergeben sich aus seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung und sind unbestritten. Dass der Mitbeteiligte selbst keine Betriebsmittel verwendet hat, ergibt sich aus den Angaben des Mitbeteiligten in seiner Erstbefragung. Diese Angaben wurden von Seiten der BF im Fragebogen vom 29.06.2012 nicht bestritten, es wurde darauf verwiesen, den Mitbeteiligten selbst zu fragen. Erst in der Beschwerde wurde geltend gemacht, dass der Mitbeteiligte über Betriebsmittel laut Aufstellung verfügt hätte. Da den ersten Angaben in einem laufenden Verfahren der Wahrheit am nächsten kommen (vgl Hauer/Leukauf, Handbuch des öst. Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, § 45 E Nr 64a) ist davon auszugehen, dass es sich bei den diesbezüglichen Angaben der BF um eine Schutzbehauptung handelt und die bei der Betriebsgründung möglicherweise vorhandenen Betriebsmittel von der neu gegründeten Gesellschaft übernommen wurden.

Der GF der BF gab in der mündlichen Verhandlung an, dass dem Mitbeteiligten der Zentralschlüssel für die Registrierkasse, die Kaffeemaschine und die Zapfanlage abgenommen wurde, damit er damit die Getränke nicht mehr "schwarz" verkaufen kann. Dass der Mitbeteiligter am Firmenkonto nicht zeichnungsberechtigt war, ergibt sich aus den Angaben des Mitbeteiligten und des GF der BF in der mündlichen Verhandlung vom 24.04.2018 (zB Seite 17). In der mündlichen Verhandlung gab der GF der BF weiter an, dass der Mitbeteiligte keine Unterschriftenvollmacht hatte und dass dieser nicht den Steuerberater aussuchen oder wechseln konnte. Ein gewisses Maß an Einbindung in Entscheidungen der BF mögen durchaus erkennbar sein, jedoch ändert dies nichts an der Tatsache, dass dem Mehrheitsgesellschafter, dem GF der BF, - nicht zuletzt auch aufgrund des Treuhandvertrages - die wesentliche Entscheidungsmacht zukam.

Der Zeitraum der Tätigkeit als Gesellschafter und der anschließenden Tätigkeit als Dienstnehmer ist unbestritten. Dass der Mitbeteiligte Inhaber einer Gewerbeberechtigung war, ergibt sich aus dem Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem GISA.

Die Anmeldung des Mitbeteiligten am 21.12.2012 in einem Unternehmen des GF der BF und die Anmeldung am 08.03.2012 bei der BF als Dienstnehmer ergibt sich aus dem Angaben des GF der BF in der mündlichen Verhandlung am 24.04.2018, Seite 18/19. Die Anmeldung erfolgte nach dessen Angaben, da der Mitbeteiligte eine Krankenversicherung benötigte. Zu den Gründen der Anmeldung bei der BF vermochte der GF der BF keine Angaben zu machen.

Der Mitbeteiligte gab in der mündlichen Verhandlung an, dass er sich nicht durch beliebige Personen hätte vertreten lassen können. Im besten Fall wäre eine Vertretung durch "irgendeinen Kellner" möglich gewesen (Protokoll mV, Seite 7).

Im Fragebogen vom 29.06.2012, befüllt durch den GF der BF, führte dieser aus, dass sich der Mitbeteiligte durch den GF der BF vertreten lassen konnte. Eine Vertretung habe aber nicht stattgefunden (Seite 5/6).

Dass der Mitbeteiligte an bestimmte Arbeitszeiten gebunden war, ergab sich aus der Zusammenarbeit mit verschiedenen Personen (Köchen, Rezeptionistin, Servicepersonal) und zudem aus den Öffnungszeigen des Betriebes (Fragebogen Mitbeteiligter vom 24.10.2012).

Der GF der BF brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass durch eine telefonische Falschauskunft der Hotline der GKK eine Anmeldung des Mitbeteiligten als Dienstnehmer unterblieben ist, da von dort die Auskunft erteilt wurde, dass ein 49%iger Gesellschafter nicht angemeldet werden kann (Protokoll Seite 17).

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat.

Da ein Antrag auf Senatsentscheidung gestellt wurde, liegt gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und der angefochtenen Weisung aufgrund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder aufgrund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Artikel 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG dann in der Sache selbst entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

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

3.1. Zu Spruchpunkt A)

1. Die Bezug habenden Bestimmungen des ASVG lauten:

§ 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; (.....)

§ 10. (1) Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer, der Personen hinsichtlich einer geringfügigen Beschäftigung nach § 5 Abs. 2, der in § 4 Abs. 4 bezeichneten Personen, ferner der gemäß § 4 Abs. 1 Z 9, 10 und 13 Pflichtversicherten, der gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen, der in einem Lehr- oder Ausbildungsverhältnis stehenden Personen, der Personen, denen eine Leistung der beruflichen Ausbildung gewährt wird, sowie der Heimarbeiter und der diesen gleichgestellten Personen beginnt unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw. des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses (.....)

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

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

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

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

(5) Die Grundsätze, nach denen 1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,

2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie

3. die Zurechnung

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

3.1.1. Auf den Beschwerdefall bezogen bedeutet dies:

Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung 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 unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer - im Regelfall freilich auch vorliegender - Umstände (wie z. B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Hat die Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den vorgegebenen Terminen, sodass schlussendlich die Bedürfnisse des Arbeitgebers für die Arbeitserbringung maßgeblich sind, liegt persönliche Abhängigkeit vor. Dass durch diese Beschäftigung nur ein geringer Teil der dem Beschäftigten an sich zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch genommen wird, schließt seine persönliche Abhängigkeit während dieser und durch diese Beschäftigung nicht von vornherein aus.

Wie bereits oben erwähnt ist bei der Beurteilung der Pflichtversicherung - insbesondere der Abgrenzung zwischen Dienstnehmern, freien Dienstnehmern und selbstständiger Tätigkeit - der wahre wirtschaftliche Gehalt gemäß § 539a ASVG und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Es ist unerheblich, welche Bezeichnung die vertragliche Gestaltung dieses Verhältnisses hat. Auch wenn die vertragliche Beziehung als Werkvertrag bezeichnet wird, bedeutet dies noch nicht, dass damit keine Pflichtversicherung als Dienstnehmer oder freier Dienstnehmer vorliegen könnte. Wenn die tatsächlichen Verhältnisse nicht einem Werkvertrag und somit keiner selbstständigen Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne entsprechend, wird trotzdem ein Dienstverhältnis begründet werden und die Anmeldung zur Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG durch den Dienstgeber zu erfolgen haben. Entscheidend ist immer, wie die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien des Beschäftigungsverhältnisses in Aussicht genommenen

Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung relevant sein können; die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. dazu Erkenntnis vom 8. Oktober 1991, Zl. 90/08/0057).

Für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sind allerdings die "wahren Verhältnisse" maßgeblich, d. h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Soweit der Inhalt eines Vertrages von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist der Vertrag als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (anhand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (vgl. z. B. das Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/08/0131). Weichen die "wahren Verhältnisse" jedoch vom Vertrag ab, dann ist dies ein Indiz dafür, dass nur ein Scheinvertrag vorliegt. Eine Scheinvereinbarung ist von vornherein als Grundlage für die Beurteilung der Versicherungspflicht nicht geeignet. Insoweit kommt es daher auf die tatsächlichen Verhältnisse an.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert.

Als Dienstnehmer ist nach § 4 Abs. 2 leg.cit. zu qualifizieren, 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Im gegenständlichen Fall lag ein Gesellschaftsvertrag vor, wonach der Mitbeteiligte (offiziell) mit 49% an der GmbH beteiligt war.

Der Mitbeteiligte war jedoch weder zeichnungsberechtigt für das Firmenkonto, noch hatte er eine Unterschriftenvollmacht. Durch den Treuhandvertrag wurde seine Mitbestimmungsmöglichkeit gänzlich ausgeschlossen, da er verpflichtet war, bei Beschlussfassungen nur entsprechend der ihm erteilten Aufträge des Treugebers, den mit 51% an der BF beteiligten GF der BF, sein Stimmrecht auszuüben.

Der Mitbeteiligte hatte kein Mitbestimmungsrecht bei der Auswahl des Steuerberaters und auch die Personalentscheidungen wurden in erster Linie vom Geschäftsführer vorgenommen, da der Mitbeteiligte aufgrund fehlender Vollmacht keine Möglichkeit gehabt hätte, selbst Personal anzumelden. Durch die Abnahme des Zentralschlüssels für die Registrierkasse, die Kaffeemaschine und die Zapfanlage hatte der Mitbeteiligte auch keinen umfassenden Zugriff mehr auf die zentralen Betriebselemente des Gastronomiebetriebes.

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des§ 4 Abs. 2 ASVG (und damit ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist zunächst die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. VwGH 17.10.2012, 2009/08/0188; 15.10.2003, 2000/08/0020).

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann. Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient (vgl. VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233; 16.05.2001, 96/08/0200).

Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen (VwGH 07.05.2008, 2005/08/0142) beziehungsweise ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen.

Nur bei genereller Vertretungsmöglichkeit, die im Ermessen des Beschäftigten liegt und ohne einen bestimmten Grund

ausgeübt werden darf, liegt kein DVerh vor (VwGH 2005/08/0142, ARD 5928/8/2009; wobei es auch darauf ankommt, ob das Vertretungsrecht genutzt wird bzw eine Nutzung zumindest ernsthaft zu erwarten ist) (Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 115 (Stand 1.3.2015, rdb.at).

Im Verfahren vor dem BVwG ist hervorgekommen, dass es dem Mitbeteiligten nicht möglich war, sich von einer beliebigen Person vertreten zu lassen. Vielmehr wäre eine Vertretung nur aus seinem Arbeitsumfeld (zB "irgendein Kellner") bzw durch den Geschäftsführer möglich gewesen. Diese Vertretungsmöglichkeiten wurden in der Realität zudem nicht tatsächlich gelebt.

In der Gesamtschau ist daher von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist weiter zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen von persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

Dies hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. Nr. 12.325/A). Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233).

Die Weisungsunterworfenheit ist ein zentrales Merkmal persönlicher Abhängigkeit, deren Fehlen eine selbständige Tätigkeit indiziert. Dabei sind nicht fachliche, sondern persönliche Weisungen in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten zu verstehen.

Der Mitbeteiligte war zur Erbringung seiner Tätigkeit an den vorgegebenen Arbeitsort, nämlich den Gastronomie- und Hotelbetrieb gebunden.

Von einer stillen Autorität des Dienstgebers ist in der Rechtsprechung (VwGH 21.11.2007,2005/08/0051) dann die Rede, wenn die Überwachung iSd Weisungs- und Kontrollrechtes des Dienstgebers von diesem nicht stets nach außen erkennbar ausgeübt wird. Es muss aber für den Arbeitgeber zumindest die Möglichkeit der Ausübung des Weisungs- und Kontrollrechtes bestanden haben. 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- und 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 zu Tage tritt, sondern nur in Form von Anhaltspunkten für Kontrollrechte erkennbar wird.

Weisungsbindung und Kontrollunterworfenheit kann sich auch aus faktischen Vorkehrungen des Arbeitgebers herleiten, die diesem ein Weisungs- und Kontrollrecht für den Bedarfsfall sichern (VwGH 04.06.2008, 2004/08/0190, ebenso 90/08/0152, 17.09.1991).

Obwohl der Mitbeteiligte Gesellschafter der Beschwerdeführerin mit einem Anteil von 49% war, war ihm de facto die tatsächliche Mitbestimmung im Unternehmen zur Gänze entzogen. Auch wenn eine Weisungsgebundenheit nicht auf

den ersten Blick erkennbar ist, so ist es aufgrund der fallbezogenen Umstände doch lebensnah, dass der Mitbeteiligte letztlich den Vorgaben der Gesellschaft unterlegen ist. Dies nicht zuletzt, da der Mitbeteiligte keine Möglichkeit hatte, gegen den Willen des Geschäftsführers unternehmensbezogene oder seine Tätigkeit betreffende Entscheidungen zu treffen.

Der Mitbeteiligte stand daher bei der Verrichtung seiner Tätigkeiten - wenn auch nur indirekt - unter der Aufsicht der BF.

Da der Mitbeteiligte mit mehreren Personen zusammenarbeitete (Servicekräfte, Köche, Rezeptionistin) sowie an die vorgegebenen Öffnungszeiten des Restaurants gebunden war, hatte er seine Arbeitszeit mit den anderen Dienstnehmer abzustimmen bzw. im Rahmen der Öffnungszeiten zu erbringen. Insofern war der Mitbeteiligte bei der Wahl seiner Arbeitszeiten nicht völlig frei. Atypische Umstände, die der Beurteilung als Dienstverhältnis in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG entgegenstehen würden, sind im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich.

Dem Mitbeteiligten war es aufgrund der oben angeführten Umstände in keiner Weise möglich, wesentliche eigene unternehmerische Entscheidungen treffen zu können.

Ein Unternehmerrisiko liegt dann vor, wenn der Leistungserbringer die Möglichkeit hat, im Rahmen seiner Tätigkeit sowohl die Einnahmen- als auch die Ausgabenseite maßgeblich zu beeinflussen, und solcherart den finanziellen Erfolg seiner Tätigkeit weitgehend selbst gestalten kann. Ein derartiges unternehmerisches Risiko ist fallbezogen jedenfalls zu verneinen.

Gegen Entgelt ist eine Person dann beschäftigt, wenn sie aus dem Dienstverhältnis einen Entgeltanspruch hat, gleichgültig, ob ihr ein Entgelt tatsächlich ausbezahlt wird oder nicht. Bei der Beurteilung dieser Frage ist von den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auszugehen. Die Entgeltlichkeit ist kein bloßes Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses, sondern eine weitere Voraussetzung der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG (VwGH 18.01.2012, 2008/08/0252). Entgelt iSd § 4 Abs. 2 ist das beitragspflichtige Entgelt nach § 49. In diesem Sinne bezeichnet Entgelt sämtliche Leistungen, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dafür erhält, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Für die Beurteilung, ob eine Zuwendung des Dienstgebers an den Dienstnehmer nach dem Parteiwillen als Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Dienstnehmers geleistet wurde, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Das Dienstverhältnis ist im Zweifel entgeltlich.

Der Mitbeteiligte war unbestritten entgeltlich für die Beschwerdeführerin tätig, pro Monat erhielt bzw entnahm der Mitbeteiligte einen Geldbetrag von ca 1.000 Euro aus der Hotelkasse.

Nach der Rechtsprechung (VwGH 04.06.2008, 2007/08/0179; 31.01.1995, 92/08/0213) ist die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 02.12. 2013, 2013/08/0191; 21.02.2001, 96/08/0028). Es kann zwar wirtschaftliche Abhängigkeit bei persönlicher Unabhängigkeit bestehen, nicht aber persönliche Abhängigkeit ohne wirtschaftliche Abhängigkeit im genannten Sinn. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich im Allgemeinen bereits aus dem Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit. Sie findet ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel.

Warum die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten - und nach ihrer Ansicht dem Mitbeteiligten zuzurechnenden - Betriebsmittel nach Auffassung des BVwG nicht dem Mitbeteiligten zuzuordnen sind, wurde bereits oben unter Pkt. 2 dargelegt.

Selbst wenn man die Betriebsmittel dem Mitbeteiligten zuordnen könnte (zB Dämpfer, Geschirr, Besteck, Küchenausstattung etc.), so käme im Endergebnis hervor, dass es sich dabei nicht um wesentliche Betriebsmittel für seine eigene Tätigkeit gehandelt hat, sondern diese Betriebsmittel für den Hotelbetrieb der BF darstellen.

Auch die Innehabung einer Gewerbeberechtigung stellt kein Merkmal für das Fehlen eines Verhältnisses persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit dar (VwGH 0150/63, 2009/08/0145).

Gesamtheitlich betrachtet liegt im gegenständlichen Fall ein Überwiegen der Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeit vor. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist sohin die zwangsläufige Folge. Demnach ist im gegenständlichen Verfahren auch die zweite Voraussetzung des § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses erfüllt.

§ 4 Abs. 6 legt nicht nur die Reihenfolge der Prüfung der Frage der Pflichtversicherung nach

§ 4 fest, sondern macht die Einordnung des Sachverhaltes unter eine von mehreren in Betracht kommenden Bestimmungen auch zum Gegenstand eines einzigen Verfahrens, verknüpft jedoch die Verfahrensgegenstände des § 4 Abs. 1, § 4 Abs. 4 zu einer Rechtssache. Über die Pflichtversicherung nach § 4 ist somit in einem (umfassenden) Verfahren abzusprechen, und zwar mit der Konsequenz, dass beispielsweise bei Feststellung der Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 gilt, dass eine solche nach Abs. 4 ausgeschlossen ist (VwGH 03.07.2002, 2000/08/0161; 03.07.2002, 99/08/0173).

Der Mitbeteiligte ist im verfahrensrelevanten Zeitraum in der Gesamtbetrachtung aller Umstände und im Lichte der höchstgerichtlichen Judikatur als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG der Beschwerdeführerin anzusehen.

Ungeachtet einer behaupteten Falschauskunft durch eine Hotline der GKK darf angemerkt werden, dass eine Pflichtversicherung als Dienstnehmer bereits dann eintritt, wenn die im Gesetz normierten Voraussetzungen vorliegen.

Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

3.2. Zu Spruchpunkt 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 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 (vgl. VwGH vom 24.04.2014, Zl. Ra 2014/01/0010; VwGH vom 24.03.2014, Zl. Ro 2014/01/0011) 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.

Schlagworte

Dienstnehmereigenschaft, persönliche Abhängigkeit,
Pflichtversicherung, wirtschaftliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W156.2111043.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.10.2018

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at