

TE Bvwg Erkenntnis 2019/2/14 L510 2110736-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.02.2019

Entscheidungsdatum

14.02.2019

Norm

ASVG §10

ASVG §11

ASVG §33

ASVG §35

ASVG §4

ASVG §42

ASVG §5

ASVG §539a

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs5

Spruch

L510 2110736-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. INDERLIETH als Vorsitzenden, sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. BRANDSTETTER und Mag. MERTEN als Beisitzer, über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch WTSB Steuerberatungs GmbH, gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 05.06.2015, GZ: XXXX , zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 5 VwGVG i.d.g.F. stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

1. Die Salzburger Gebietskrankenkasse (im Folgenden auch kurz bezeichnet als "GKK") hat mit im Spruch angeführten Bescheid vom 05.06.2015 festgestellt, dass XXXX (folgend auch kurz: "Herr R."),

XXXX, vom 01.01.2009 bis 31.12.2013 aufgrund der für die beschwerdeführende Partei (folgend auch kurz "bP"), XXXX, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten Tätigkeit als Angestellter der Pflicht(Voll)-versicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung unterlegen sei.

Verwiesen wurde auf die Rechtsnormen der §§ 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2, 10 Abs. 1, 11, 33, 35 Abs. 1, 41a, 42 Abs. 3, 43, 44, 49, 410 und 539a ASVG sowie § 1 Abs. 1 lit. a AIVG.

Zum Sachverhalt führte die GKK folgend aus:

"[1.] Allgemeines

Im gegenständlichen Fall wurden im Betrieb der XXXX (in der Folge auch Dienstgeberin genannt) im Rahmen einer Sozialversicherungsprüfung gem § 41a ASVG (kurz GPLA), über den Zeitraum vom 01.01.2009 bis 31.12.2013, ua Melde- und Beitragsdifferenzen, betreffend des Beschäftigungsverhältnisses von XXXX, XXXX, festgestellt.

Die GPLA wurde durch das Finanzamt XXXX durchgeführt. Sie begann am 17.03.2014 zunächst für den Prüfzeitraum 2009 bis 2012 und wurde am 10.06.2014 auf das Jahr 2013 ausgedehnt. Die Schlussbesprechung iSd § 149 Abs 1 BAO fand am 21.08.2014 statt.

Mit Schreiben vom 30.10.2014 beantragte die steuerliche Vertretung der Dienstgeberin die bescheidmäßige Ausfertigung des Prüfergebnisses - eingeschränkt auf die Umqualifizierung der Pflichtversicherung von XXXX.

Sämtliche Abkürzungen, genauso wie alle anderen Bezeichnungen im Text, die entweder nur männlich oder weiblich formuliert sind, sind geschlechtsneutral zu verstehen.

[2.] Die Gesellschaftsverhältnisse

Die XXXX ist im Firmenbuch des Landesgerichts XXXX zu XXXX eingetragen. Sie tritt mit dem Zusatz " XXXX " auf. Es handelt sich um ein Unternehmen, welches Hoch- und Tiefbauarbeiten anbietet. Die Gesellschaft wurde am XXXX gegründet.

XXXX war vom 05.06.2001 bis zum 22.05.2003 alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft. Während des gesamten Prüfzeitraums war alleiniger Geschäftsführer der XXXX Ing. XXXX.

Mit Abtretungsvertrag vom 18.07.2005 trat Ing. XXXX seinen bisherigen Geschäftsanteil in Höhe von 49% an XXXX ab. Mit neuerlichem Abtretungsvertrag vom 04.01.2013 übertrug XXXX den Geschäftsanteil wieder an Ing. XXXX. Die restlichen 51 % am Kapital der Gesellschaft hält XXXX.

XXXX hatte während des Prüfzeitraums 2009 bis 2013, innerhalb dessen er als Minderheitsgesellschafter beteiligt war, keine Sperrminorität. Er konnte auf die Gestion der Gesellschaft sohin keinen maßgeblichen Einfluss ausüben.

[3.] Dienstverhältnis von XXXX

[3.1.] Allgemeines

XXXX betrieb neben seiner Beschäftigung für die XXXX als Einzelunternehmer ein Handelsunternehmen namens " XXXX ". Für den Baugeräteverleih verfügte er seit dem 01.08.2002 über eine Gewerbeberechtigung. Zum Anbieten von Büroservice,¹ ist ebenfalls eine Berechtigung erforderlich, welche XXXX auf Grund seiner Anmeldung am 09.07.2014 erhielt.

XXXX beschäftigte keine Dienstnehmer. Seit dem 01.06.2001 war XXXX bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) kranken- und pensionsversichert.

[3.2.] Zur Tätigkeit für die Dienstgeberin

Die Tätigkeit von XXXX für die XXXX umfasste während des gesamten Prüfzeitraums die Administration der Gesellschaft sowie Sekretariatsarbeiten, soweit diese nicht von XXXX erledigt wurden. Zu den administrativen Tätigkeiten zählten ua die gesamte kaufmännische Verwaltung, die Einstellung von Personal, Maschinenankauf und -verkauf sowie die Annahme und Abwicklung von Bauaufträgen. Er trat sohin nach außen als Handlungsbevollmächtigter der Dienstgeberin auf und schloss Verträge im Namen der XXXX. XXXX korrespondierte auch im Auftrag der

1. Zurverfügungstellung bürotechnischer Einrichtungen und die Durchführung von Büroarbeiten, eingeschränkt auf Schreibarbeiten, die Adressierung, Kuvertierung, Paketierung von Poststücken, die Durchführung von Botengängen sowie die Entgegennahme und Weitergabe von telefonischen oder im Wege anderer Kommunikationsmittel eingelangten Nachrichten.

Gesellschaft und verfügte über eine entsprechende E-Mail-Adresse (XXXX).

XXXX wurde seitens der Dienstgeberin ein großer Handlungsspielraum überlassen, er war letztlich jedoch an die Weisungen des Geschäftsführers, XXXX, gebunden. Im Prüfzeitraum erbrachte XXXX fast ausschließlich für die Dienstgeberin persönliche Dienstleistungen. Der von ihm geführte Handelsbetrieb verlieh fortlaufend Baustellenfahrzeuge, Anhänger und Geräte an die Dienstgeberin. Weitere Auftraggeber gab es kaum. Pro Woche war XXXX durchschnittlich ca 45 - 50 Stunden mit den oa administrativen Tätigkeiten beschäftigt. Er hatte nur wenige Wochen im Jahr frei.

Sämtliche erbrachten Leistungen wurden über die Einzelfirma von XXXX verrechnet. Die administrativen Tätigkeiten der Gesellschaft wurden nach geleisteten Stunden abgerechnet. 2012 wurde der Stundensatz auf EUR 26,75 bzw 27,90 (inkl gefahrener Kilometer) angehoben, wobei der Anteil des Kilometergeldes nicht gesondert ausgewiesen wurde. 2013 schwankte der Stundensatz zwischen EUR 27,50 und EUR 28,70 inkl gefahrener Kilometer. Eine schriftliche Leistungsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und XXXX konnte nicht vorgelegt werden.

XXXX besaß lediglich einen PC (von der Dienstgeberin am 02.03.2011 erworben), ein Mobiltelefon und einen PKW. Sogar verfügte er über keine wesentlichen Betriebsmittel und im Hinblick auf die administrativen Tätigkeiten über keine eigene Unternehmensorganisation bzw -Infrastruktur. Er nutzte zB den Telefax-Anschluss der Dienstgeberin und das Schließfach XXXX bei der XXXX. Für seinen Handelsbetrieb mietete er bei Bedarf einen Bürocontainer am XXXX an. Für seine administrative Tätigkeit bei der XXXX mietete er im Jahr 2009 das Büro samt Lager an der Geschäftsadresse XXXX an. Die Geschäftsanschrift der Dienstgeberin befindet sich bereits seit 1998 (Eintragung ins Firmenbuch am 01.08.1998) an dieser Adresse. XXXX verrechnete im Jahr 2009 pro Monat EUR 874,20 inkl USt für die Büronutzung an die Dienstgeberin und überwies EUR 754,00 Miete (inkl BK, ohne Strom) monatlich an den Vermieter. XXXX hatte auch Stromverträge mit der XXXX abgeschlossen. In den Jahren 2010 bis 2013 stellte die Dienstgeberin EUR 360,00 pro Monat an die XXXX, in Rechnung. Die Zahlung erfolgte durch Gegenverrechnung."

Beweiswürdigend legte die GKK folgend dar:

"Die Feststellungen beruhen insbesondere auf dem im Rahmen der GPLA festgestellten Sachverhalt, den vorgelegten Buchhaltungs- und Lohnkonten, den Rechnungen, Auszügen aus dem Firmenbuch und dem Gewereregister sowie der Korrespondenz.

Die festgestellten Gesellschaftsverhältnisse ergeben sich aus dem Firmenbuch. XXXX war vom 05.06.2001 bis 22.05.2003 Alleingeschäftsführer. Diese Position hatte er von XXXX übernommen und auch wieder an diesen abgegeben. Ing. XXXX wiederum war zunächst mit 50% am Gesellschaftskapital beteiligt, vorübergehend Alleingesellschafter, im Anschluss zu 49% beteiligt und schied danach gänzlich als Gesellschafter aus. Im Prüfzeitraum war zunächst Ing. XXXX überhaupt nicht beteiligt, bis er wieder den Geschäftsanteil von XXXX am 04.01.2013 übernahm.

XXXX konnte weder als Minderheitsgesellschafter noch auf Grund einer Sperrminorität beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. Es gab auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass XXXX von der Geschäftsführung oder über Weisung der Generalversammlung an den Geschäftsführer weisungsfrei gestellt worden wäre. Es war also zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Beschäftigungsverhältnis iSd ASVG Vorlagen.

Aus den vorgelegten Rechnungen war ersichtlich, dass XXXX nicht nur persönliche Dienstleistungen an die Dienstgeberin erbrachte, sondern auch Baufahrzeuge und -geräte an diese verlieh. Er verfügte im Prüfzeitraum lediglich über eine Gewerbeberechtigung für ein Handelsgewerbe, jedoch nicht über eine Gewerbeberechtigung für die Erbringung von Bürodienstleistungen. Diese beantragte er erst während der laufenden GPLA. Festzuhalten ist jedoch, dass ein Gewerbeschein lediglich zur Ausübung des Gewerbes berechtigt, ein Dienstverhältnis jedoch nicht per se ausschließt. Ebenso wenig schließt eine selbstständige Tätigkeit, eine zusätzliche unselbstständige Tätigkeit aus.

Aus den Rechnungen, mit denen XXXX seine administrative Tätigkeit sowie die verliehenen Baufahrzeuge und

Gerätschaften verrechnete ging hervor, dass er seine Arbeitskraft fast gänzlich der Dienstgeberin zur Verfügung stellte. Er arbeitete in der Regel mehr als 40 Stunden pro Woche. Zudem brachte auch der Baugeräteverleih an die Dienstgeberin einen zusätzlichen Arbeitsaufwand mit sich. Aus den vorgelegten Rechnungen bzw der fortlaufenden Rechnungsnummern ging hervor, dass XXXX kaum andere Auftraggeber hatte.

XXXX war im Prüfzeitraum schon seit Langem für die Dienstgeberin tätig und übte - wie oben ausgeführt - auch über fast zwei Jahre die Position des Geschäftsführers aus. XXXX gab in seiner E-Mail vom 10.02.2012 an, dass er viele Entscheidungen für die Firma eigenständig treffen könne. An gewisse Regeln müsse er sich nur insofern halten, als Ing. XXXX natürlich das letzte Wort habe. Es lag aus Sicht der Salzburger Gebietskrankenkasse auf der Hand, dass er auf Grund seiner langjährigen Erfahrung wusste, wie die Aufträge iSd Gesellschaft abzuwickeln und welches Personal und Maschinen dafür erforderlich waren. Es war sohin nicht notwendig, dass er seitens des Geschäftsführers Ing. XXXX oder des Mehrheitsgesellschafters XXXX angewiesen wurde, was im Einzelnen zu tun war. Mit seiner E-Mail vom 20.08.2014 schränkte er die Weisungsbefugnis von Ing. XXXX zwar auf die Bautätigkeit ein, was jedoch im Hinblick auf die laufende GPLA als unglaubwürdig erschien.

Im Rahmen seiner Tätigkeit korrespondierte XXXX nicht im Namen seines Einzelunternehmens, sondern im Auftrag der Dienstgeberin und verfügte über eine dementsprechende E-Mail-Adresse samt Signatur der Dienstgeberin (vgl E- Mails vom 16.12.2014,16.09.2014).

XXXX erwähnte in seiner E-Mail vom 09.02.2012 an den Betriebsprüfer des Betriebsfinanzamtes, dass er sich frei nehme, wann er wolle, er habe keine fixe Dienstzeit, der "Laden soll halt laufen" und verstehe er sich in dieser Hinsicht mit den XXXX gut. Da XXXX in manchen Wochen sogar rund 60 Stunden arbeitete, blieb kaum Zeit, diese Arbeit "frei" einzuteilen, musste er sich doch auch noch um den Baugeräteverleih an die Dienstgeberin kümmern.

XXXX teilte zudem mit, dass er sich beliebig vertreten lassen könne. Tatsächlich mangelt es ihm jedoch an eigenen Mitarbeitern, die ihn hätten vertreten können. Die Dienstgeberin konnte sich gem seinen Angaben die Bürokraft XXXX nicht durchgehend leisten, so dass er nach deren Ausscheiden zum 31.05.2011 auch die Sekretariatsaufgaben übernehmen musste. Daraus ergab sich wiederum, dass er zumindest zu den Bürozeiten für Kunden, Lieferanten, Planer und andere Vertragspartner erreichbar sein musste, da das Büro sonst unbesetzt gewesen wäre. Daher war es nicht nachvollziehbar, dass er sich seine Arbeitszeit völlig frei einteilen konnte. Er gab auch in seiner E-Mail vom 09.02.2012 an, dass er bereits seit 17 Monaten keinen Urlaub mehr gemacht hätte, weil er für die Dienstgeberin - sinngemäß - unabkömmlich war. Die durchgehende Leistung ist auch aus seinen Rechnungen an die Dienstgeberin nachvollziehbar. Tatsächlich kam es also zu keiner Vertretung.

Zur Untermauerung seiner Selbstständigkeit brachte XXXX in seiner E-Mail vom 20.08.2014 vor, dass er bei der Hausbank "unterschreiben" musste, weil er das Ganze (gemeint wohl die Beantragung eines Kredites) abgewickelt habe. Da XXXX kein Kreditvermittler war lag es wohl näher, dass er in seiner Funktion als Mitgesellschafter persönlich von der Bank in Haftung genommen wurde (vgl Schreiben der XXXX vom 25.04.2013). Über eine allfällige Selbstständigkeit sagt dies jedoch nichts aus. Im Hinblick auf die vermeintliche Weisungsfreiheit widerspricht es jeglicher Lebenserfahrung, dass XXXX den gegenständlichen Kredit völlig weisungsfrei beantragte. Viel naheliegender ist es, dass XXXX sich im Auftrag des Geschäftsführers um die Beantragung des kümmerte, zumal XXXX Mitkreditnehmer hatte.

Im Hinblick auf die von XXXX angeführten Betriebsmittel wie Computer, PKW und angemietetes und weiter- bzw gegenverrechnetes Büro ist festzuhalten, dass es sich bei einem Computer und PKW um keine wesentlichen Betriebsmittel handelt. Hinsichtlich des Büros ist festzuhalten, dass dieses bereits seit 1998 von der Dienstgeberin genutzt wurde und sich durch die Weiter- und Gegenverrechnung zwischen Dienstnehmer und Dienstgeberin an den faktischen Verhältnissen nichts geändert hatte, sondern dies - aus Sicht der Salzburger Gebietskrankenkasse - nur zum Schein der Selbstständigkeit vorgenommen wurde. Inwieweit der Strom weiterverrechnet wurde, konnte mangels detaillierter Ausweisung in der Rechnung nicht festgestellt werden. Er verrechnete für die Büronutzung im Jahr 2009 einen Betrag von brutto EUR 874,20 inkl USt und überwies seinerseits einen Betrag von EUR 754,00 inkl BK an den Vermieter.

In einer weiteren E-Mail an die Direktion der SVA am 20.08.2014 schrieb XXXX , dass ihm die Dienstgeberin noch einiges schulde. Er trage ein großes Unternehmerrisiko, da in der Bauwirtschaft ja bekanntlich Zahlungsausfälle an der Tagesordnung stünden. Deshalb sei er von der Markt- und Auftragslage abhängig. Er stellte jedoch nicht klar, ob es

sich dabei um Rechnungen über den Baugeräteverleih oder seine Verwaltungstätigkeit handelte. XXXX verrechnete seine Leistungen monatlich oder zweimonatlich an die Dienstgeberin. Er war lediglich - wie jeder andere Dienstnehmer - auf die Zahlung von der Dienstgeberin abhängig, nicht jedoch unmittelbar von der Markt- und Auftragslage. Gerade in "schlechten Zeiten" ist oft ein erhöhter administrativer Aufwand erforderlich, wie zB die Beantragung eines Kredites.

Es wurde von XXXX weder behauptet noch konnte festgestellt werden, dass er als Einzelunternehmer werbend auf dem Markt auftrat. Die " XXXX " unterhielt im Prüfzeitraum nicht einmal eine Homepage oder eine Firmen-E-Mail-Adresse. Es gab auch keinen Festnetzanschluss. Im Telefonbuch war ebenfalls kein Eintrag zu finden. Die auf den Rechnungen 2013 angeführte Faxnummer XXXX ist eine Durchwahlnummer des Festnetzanschlusses der Dienstgeberin und erscheint auch auf deren Rechnungen als Telefaxnummer auf (vgl Rechnung vom 31.08.2012).

Zur Stellungnahme der SVA vom 22.08.2014 ist Folgendes festzuhalten:

Zunächst wird bestätigt, dass XXXX lediglich über einen Gewerbeschein für ein Handelsgewerbe verfügt. Zudem wird festgestellt, dass er bis zu seinem Ausscheiden im Jänner 2013 Mitgesellschafter war. Es ergäben sich keine Anhaltspunkte für eine unselbstständige Tätigkeit, weil XXXX nach freiem Ermessen für die Firma tätig sei, Unternehmensrisiko trage und über eigene Betriebsmittel verfüge. Die Ausführungen der SVA beruhten einzig auf den Angaben von XXXX (E-Mail vom 20.08.2014 an die SVA); weitere Ermittlungen wurden nicht geführt. Es ist auch nicht nachvollziehbar, worauf sich die Rechtsansicht der SVA gründet, dass sich XXXX auf die Aussagen des Betriebsprüfers berufen könne, dessen Beurteilung ebenfalls nur auf den Angaben von XXXX beruhte.

Die SGKK kommt daher bei der Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigungsverhältnisse des Dienstnehmers zu dem Ergebnis, dass dieser seine Leistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für die XXXX erbrachte. Der Dienstnehmer XXXX war im Prüfzeitraum vollbeschäftigt.

Bei der Qualifizierung der angeführten Tätigkeit als abhängiges Dienstverhältnis handelt es sich im Übrigen um eine reine Rechtsfrage, die im Folgenden in der rechtlichen Beurteilung zu erörtern sein wird."

Rechtlich führte die GKK folgend aus:

"Einleitend ist die Beschwerdeführerin hinsichtlich des Grundsatzes von Treu und Glauben, auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auf Grund des Legalitätsprinzips (Art 18 B-VG) der Grundsatz von Treu und Glauben nur dort Auswirkungen zeitigen kann, wo das Gesetz der Verwaltung einen Vollzugsspielraum einräumt (VwGH 15.09.2011, 2011/15/0126; 23.09.2010, 2010/15/0135; 26.01.2006, 2002/15/0188). Ein derartiger Vollzugsspielraum besteht aber bei der Feststellung einer Pflichtversicherung nicht (VwGH 29.06.2005, 2001/08/0053). Sohine konnte sich die Beschwerdeführerin nicht auf die Beurteilung des Betriebsfinanzamtes berufen.

[1.] Zur gesellschaftsrechtlichen Stellung

Grundsätzlich können an Unternehmen beteiligte Gesellschafter auf Grund der ihnen durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zukommenden Rechte und Pflichten die Geschicke des Unternehmens in unterschiedlichem Ausmaß beeinflussen. Ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt ist demzufolge in jenen Fällen auszuschließen, in denen eine beschäftigte Person auf das Unternehmen in rechtlicher Hinsicht einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Seitens der Dienstgeberin wurde jedoch nicht vorgebracht, dass XXXX im Zeitraum 01.01.2009 - 04.01.2013 eine beherrschende Stellung bekam; ganz im Gegenteil, der Namenszusatz " XXXX " ließ darauf schließen, dass das Unternehmen von den XXXX beherrscht wurde.

Sofern also ein maßgeblicher Einfluss auf die Gestion des Unternehmens zu verneinen ist, ist im Anschluss zu klären, ob die eigentliche, vom beteiligten Gesellschafter ausgeübte Tätigkeit die Kriterien eines Dienstverhältnisses erfüllt. Dies erfolgt anhand der gesetzlichen Prüfreihenfolge. Überwiegen die Dienstnehmermerkmale, liegt ein Beschäftigungsverhältnis iSd ASVG vor.

[2.1] Zur Dienstnehmereigenschaft

Wie § 4 Abs 1 Z 1 ASVG ausführt, unterliegen die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer der Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach dem ASVG.

Laut Abs 2 der vorerwähnten Bestimmung ist Dienstnehmer im Sinne des ASVG, 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.

Persönliche Abhängigkeit tritt ein, wenn die übernommene Verpflichtung zur Arbeitsleistung entweder auf Grund ausdrücklicher Abrede oder zufolge der Arbeitsbeschaffenheit die Arbeitszeit derart in Anspruch nimmt, dass der Arbeitende über sie auf längere Sicht nicht frei verfügen kann.

Die den Inhalt der Arbeitsbedingungen kennzeichnenden, nach außen hin in Erscheinung tretenden Merkmale persönlicher Abhängigkeit sind gegeben, wenn die Arbeit unter der Leitung des Dienstgebers erfolgt und eine persönliche Arbeitspflicht des Dienstnehmers besteht.

Dies steht im Einklang mit den Forderungen, die Lehre und Rechtsprechung für das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis erhoben haben und von denen als besonders kennzeichnend hervorgehoben seien:

-

Unterwerfung des Arbeitenden unter betriebliche Ordnungsvorschriften,

-

Verpflichtung des Dienstnehmers zur Befolgung der Weisungen des Dienstgebers,

-

Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber und

-

disziplinäre Verantwortlichkeit des Dienstnehmers.

Wirtschaftliche Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn liegt dann vor, wenn der Dienstnehmer an den Betriebsmitteln nicht als Eigentümer beteiligt ist oder nur in einem solchen Ausmaß, welches die Möglichkeit, die Geschicke des Betriebes zu lenken, im Wesentlichen ausschließt.

Dem Vorbringen von XXXX, dass er nicht in das betriebliche Ordnungs- und Weisungsgefüge eingebunden gewesen sei, die Gestaltung der Arbeitsabfolge alleine in seinem Ermessen gelegen und er nicht an Weisungen der Dienstgeberin gebunden gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens unterbleibt in der Regel, wenn und sobald der Dienstnehmer von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu bewegen und zu verhalten hat (vgl. VwGH 25.02.1988, 86/08/0242). In diesen Fällen äußert sich das Weisungsrecht in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers", vgl. VwGH 17.12.2002, 99/08/0102). Das Fehlen von Weisungen fachlicher Art, wie sie für die Ausübung einer Tätigkeit die in weitgehender Eigenverantwortung verrichtet werden muss, kennzeichnend ist, schließt das Vorliegen von Weisungsbindungen nicht aus (vgl. VwGH 21.11.2001, 97/08/0169).

Auf Grund seiner Tätigkeit lag es in der Natur der Sache, dass XXXX nicht der ständigen Aufsicht des Geschäftsführers unterlag, sondern lediglich bei Bedarf von Ing. XXXX kontrolliert und angewiesen wurde. Dies spiegelt sich in der Sachverhaltsdarstellung von XXXX wieder, indem er schrieb, dass das letzte Wort der Geschäftsführer XXXX habe. Vielmehr handelt es sich um einen typischen Fall der "stillen Autorität" des Geschäftsführers, welcher bei Bedarf das letzte Wort hat und somit seine Kontrollfunktion ausüben kann.

Ebenso ist es für eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs 2 ASVG nicht von Bedeutung, dass XXXX Personal einstellt oder Aufträge abwickelt, da dies lediglich eine Frage der Bevollmächtigung im Innenverhältnis der Gesellschaft ist. Es lässt sich daraus weder ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft noch sonst ein Kriterium für eine selbständige Tätigkeit erkennen. Vielmehr entspricht es dem täglichen Arbeitsleben, dass Dienstnehmer mit Handlungsvollmachten ausgestattet werden.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass die Aussage, der "Laden soll halt laufen", einerseits eine sachliche Zielsetzung, nämlich das Funktionieren des Geschäftsbetriebes, zum Inhalt hat, und andererseits wieder durch das Wort "soll" dahingehend eingeschränkt wird, dass lediglich ein Bemühen ausreicht. Auch beim Bemühen, welches ein Arbeitnehmer seinem Dienstgeber auf Grund des Dienstvertrages schuldet, handelt es sich um ein typisches Element einer unselbständigen Tätigkeit. Daraus lässt sich auch der Schluss ziehen, dass es sich nicht um ein Zielschuldverhältnis, sondern um ein Dauerschuldverhältnis handelte.

Im Hinblick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit ist festzuhalten, dass zwischen notwendigen Arbeitsmitteln und

wesentlichen Betriebsmitteln zu unterscheiden ist. Notwendige Arbeitsmittel sind zur Verrichtung einer Tätigkeit erforderlich. Das bedeutet jedoch noch nicht, dass es sich dabei um wesentliche Betriebsmittel handelt, welche vorwiegend dadurch gekennzeichnet sind, dass sie spezifisch für diese Tätigkeit angeschafft wurden, für einen Marktauftritt notwendig sind und es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt (VwGH 15.05.2013, 2012/08/0163).

Ein PC ist daher kein wesentliches Betriebsmittel, da es sich um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt. Darüber hinaus ist zu erwähnen, dass XXXX keinerlei spezifische Software zur Verrichtung seiner Tätigkeit anschaffte bzw den Nachweis darüber beigebracht hat. Hinsichtlich des PKWs ist zu erwähnen, dass kein spezieller Umbau behauptet wurde, sodass die Nutzung sowohl für betriebliche als auch private Zwecke möglich ist. Ebenso wurde dem Prüforgan von XXXX mitgeteilt, dass die Kosten für die betriebliche Nutzung des PKWs im Stundensatz einkalkuliert sind. XXXX belegte jedoch nicht, dass dieser PKW eigens für diese Tätigkeit angeschafft wurde. Es ist daher auch in diesem Fall nicht von einem wesentlichen Betriebsmittel auszugehen (vgl Zehetner in Sonntag (Hrsg), ASVG, § 4 Rz 89f).

Hinsichtlich der Büromiete ist zunächst festzuhalten, dass die Dienstgeberin ihr Büro dort seit 1998 führte. Die Konstruktion, dass im Jahr 2009 XXXX das Büro mietete und die Kosten für die Büronutzung an die Dienstgeberin weiterverrechnete, wirtschaftlich nicht nachvollziehbar ist. Die gegenständliche Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse kann anders als mit der Absicht der Umgehung gesetzlicher Verpflichtungen nicht erklärt werden (vgl § 539a ASVG).

[3.1] Zur Abgrenzung zum Werkvertrag

Zum Einwand von XXXX , er habe mit XXXX vereinbart, dass er die kaufmännische Verwaltung selbstständig, also im Rahmen eines Werkvertrags erbringe, ist darauf hinzuweisen, dass § 1151 ABGB die Verpflichtung zur Dienstleistung für einen anderen auf eine gewisse Zeit der Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegenüberstellt. Beim Werkvertrag kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, dass ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis, die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit Erbringung der Leistung endet auch das Vertragsverhältnis (VwGH 19.02.2003, 99/08/0146, BVwG 10.10.2014, W145 2004492-1).

Im vorliegenden Fall ist schon deshalb kein Werkvertrag gegeben, weil es an der vertragsmäßigen Konkretisierung des Werkes fehlt. Es wurde "die kaufmännische Verwaltung" vereinbart bzw der "Laden soll halt laufen", ohne nähere Ausführung, welche Arbeiten zu erledigen sind. Außerdem ist kein Maßstab ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Erfüllungsansprüche bei Nichtherstellung oder Gewährleistungsansprüche bei mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Ein der für den Werkvertrag essenzielle Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg einer Administration eines Betriebes ist nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren "Werk" nicht die Rede sein kann. Es liegt vielmehr eine Vereinbarung über Dienstleistungen vor (vgl VwGH 04.06.2008, 2007/08/0179; VwGH 25.04.2007, 2005/08/0162).

Der Umstand, dass XXXX , auf Grund der aus der Inhabung des Gewerbescheins für das Handelsgewerbe entstehenden Mitgliedschaft bei der Wirtschaftskammer gern § 2 Abs 1 Z 1 GSVG Beiträge an einen anderen Sozialversicherungsträger als an die Gebietskrankenkasse geleistet hat, schließt eine Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG nicht aus (VwGH 11.07.2012, 2012/08/0121).

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 (vgl VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). 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 seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. Genau dies war bei XXXX nicht der Fall. Er verfügte über kein eigenes Personal und kam es faktisch nicht zu Vertretungen; er war über Monate unabhkömmlich.

Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht (das heißt soweit es sich nicht um einen Scheinvertrag handelt), ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (an Hand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen

des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (VwGH 15.12.1992, 91/08/0077). Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung vom Vertrag ab, ist nicht der Vertrag maßgebend, sondern sind die "wahren Verhältnisse" entscheidend, das heißt, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß vereinbarten) Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (VwGH 26.05.2004, 2001/08/0026). Wie in den Feststellungen und der Beweiswürdigung ausgeführt, haben XXXX und XXXX zwar vereinbart, dass XXXX seine Tätigkeit als Unternehmer ausführen soll, doch entsprach dies nicht den tatsächlichen Verhältnissen.

Für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist gemäß § 539a Abs 1 ASVG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gern § 539a Abs 2 ASVG können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht nicht umgangen oder gemindert werden. Gern § 539a Abs 3 ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

Gern § 539a Abs 4 ASVG sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen 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.

[4.] Zum Dienstgeber

Der Dienstgeber ist gemäß § 33 Abs 1 ASVG verpflichtet, jeden von ihm Beschäftigten, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung Pflichtversicherten (Voll- und Teilversicherte) bei Beginn der Pflichtversicherung unverzüglich beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden.

Gemäß § 35 Abs 1 ASVG gilt als Dienstgeber iS dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Zweifelsfrei wurde das Baugewerbe auf Rechnung und Gefahr der XXXX geführt und nicht auf Rechnung von XXXX, denn er schloss laufend Geschäfte auf deren Namen und Rechnung im Rahmen seines Dienstverhältnisses ab.

In der Sozialversicherung hat die Meldung als solche nur eine deklarative Wirkung. Unabhängig von der Erstattung beginnt die Pflichtversicherung mit dem Tag, an dem die Beschäftigung tatsächlich aufgenommen wird. Eine nicht erstattete Meldung kann also den Beginn bzw. das Ende der Pflichtversicherung nicht beeinflussen, wie auch das Fehlen einer Beschäftigungsbewilligung nicht für den Bestand einer Pflichtversicherung hinderlich ist.

Im Hinblick auf obige Ausführungen war sohin spruchgemäß zu entscheiden."

2. Mit Schriftsatz der Vertretung der bP vom 06.07.2015 wurde innerhalb offener Frist Beschwerde gegen den verfahrensgegenständlichen Bescheid erhoben.

Im Wesentlichen wurde dem Grunde nach bestritten, dass die Tätigkeit des Herrn R. für die bP unter die Pflichtversicherung nach ASVG falle.

Herr R. sei seit 05.06.2001 für die bP auf Werkvertragsbasis tätig. Der Inhalt und Umfang des Werkvertrages sei anlässlich bereits früher durchgeführter Betriebs- und Lohnabgabenprüfungen von der Finanzbehörde tiefgreifend geprüft und beurteilt worden, sodass dieser Aspekt im Hinblick auf Aussagen und verlässliche Meinungen der Behörden ebenfalls von großer Relevanz sei. Daneben sei er seit 01.08.2002 bei der SVA pflichtversichert, da er ein selbständiges Handelsgewerbe mit Baumaschinenhandel- und Verleih führe.

Herr R. und Herr XXXX (Ing. M.) hätten sich durch ihre jeweiligen Aktivitäten im Baugewerbe kennen gelernt. Herr Ing. M. verfüge über bautechnisches Spezialwissen, Herr R. dagegen sei finanziell besser fundiert und verfüge er über ausgezeichnete kaufmännische Kenntnisse. Diese würden ihm erlauben, neben der Betreuung und Verwaltung der von ihm am Bau verliehenen Geräte, die Lohnverrechnung, die Buchführung, die Personalakquisition und die Baustellenabrechnungen nach den Kriterien eines selbständigen Bilanzbuchhalters abzuwickeln. Die gegenseitige Unterstützung habe zur positiven Entwicklung der Gesellschaft geführt. Herr R. habe sein eigenes Büro gemietet und

unterhalte eigene Computer, Telefone, Faxe, Kopiergeräte etc., für seine gewerbliche Aktivität, sowie für die bP. Herr R. habe die Buchhaltung und Lohnverrechnung im Rahmen der vom Gesetzgeber oder den Bauherren vorgegebenen Fristen zu erledigen gehabt. Ansonsten habe es keine Weisungsbindung gegeben. Es sei kein bestimmter Arbeitsort vereinbart gewesen und auch keine bestimmte Arbeitszeit. Es habe auch keine Kontrollrechte gegeben. Aufgrund seines finanziellen Einflusses und seiner kaufmännischen Kompetenz habe Herr R. vollkommene Freiheit in Sachentscheidungen gehabt. Herr R. hab ein eigenes Unternehmerrisiko gehabt, da er in schwierigen finanziellen Situationen Haftungen für Betriebskredite übernommen habe und nachträgliche Nachlässe für Werkvertragsleistungen gewährt habe. Herr R. habe auch seit ca. 13 Jahren eine eigene E-Mail-Adresse verwendet. Er habe auch solange es zeitgemäß war einen Festnetzanschluss mit Faxfunktion gehabt. Er habe maßgebliche eigenen Betriebsmittel gehabt. Insgesamt wurde auf die Beilagen zur Beschwerde verwiesen, in welchen die Beschwerdeangaben durch entsprechende Unterlagen untermauert wurden.

3. Mit Schreiben der GKK vom 16.07.2015 erfolgte die Beschwerdevorlage.

Die GKK gab zu den Beschwerdeangaben folgende Stellungnahme ab:

"... XXXX erbrachte für die Beschwerdeführerin im Prüfzeitraum folgende Leistungen:

-

Verleih von Baumaschinen und -fahrzeugen und

-

administrative Dienstleistungen

Beide Leistungen rechnete er über sein Einzelunternehmen, XXXX , ab (siehe im Akt einliegende Rechnungen 2009 - 2013). Gegenstand der Nachversicherung und Nachverrechnung im Rahmen der GPLA war nun das Erbringen der administrativen Dienstleistungen. Neben den in der Beschwerde angeführten Dienstleistungen, leistete er auch Sekretariatsarbeiten wie Korrespondenz und Entgegennahme von Telefonaten. Zudem schloss er Verträge im Namen und auf Rechnung der Beschwerdeführerin ab.

Soweit die Sozialversicherungsgesetze keine Subsidiaritätsverhältnisse anordnen, kommt das Prinzip der Mehrfachversicherung zum Tragen. Das heißt, dass im Fall der gleichzeitigen Erfüllung mehrerer Pflichtversicherungstatbestände auch mehrfache Pflichtversicherungen begründet werden (VwGH 30.05.2001, 96/08/0080). Daher schließt die gewerbliche Tätigkeit des Baumaschinenverleihs die Qualifizierung als Dienstnehmer für die Erbringung der administrativen Leistungen nicht aus.

Die Pflichtversicherungen von XXXX begründeten sich ex lege auf Grund der Innehabung des Gewerbescheins nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG und auf Grund seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin iSd § 4 Abs 2 ASVG. Die Zahlungen an die SVA (Beilagen 2-5) stellen daher kein geeignetes Abgrenzungskriterium dar. Die Vertragsparteien, also die XXXX und XXXX konnten sich zwar inhaltlich auf die zu erbringenden administrativen Arbeiten einigen, nicht jedoch, wie dieser Vertrag zu qualifizieren ist.

Grundsätzlich liegt im gegenständlichen Fall ein Dauerschuldverhältnis und nicht wie im Falle eines Werkvertrags ein Zielschuldverhältnis vor. Aus dem mit der Beschwerde vorgelegten "Werkvertrag" vom 23.11.2014 (Beilage 7) geht ebenfalls hervor, dass es sich auch nach dem Prüfzeitraum um ein Dauerschuldverhältnis handeln soll. Allerdings wurde das "Honorar" von dem bisherigen Stundensatz auf eine Pauschale geändert. Aus Sicht der SGKK liegt eine Vereinbarung über Dienstleistungen und kein Werkvertrag vor (siehe dazu die Ausführungen im angefochtenen Bescheid XXXX).

Die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass der Baumaschinenhandel und -verleih von XXXX über mehrere Kunden verfügt. Dies mag sein; festzuhalten ist jedoch, dass auf Grund der nahezu fortlaufenden Rechnungsnummern (im Jahr 2010 wurden zB 32 Rechnungen an die Beschwerdeführerin ausgestellt, drei Rechnungsnummern fehlten) seine Leistungen fast ausschließlich an die Beschwerdeführerin erbrachte. Letztlich ist jedoch der Baumaschinenverleih von der Erbringung der Dienstleistung zu unterscheiden. Die Unterscheidung wurde seitens XXXX offenkundig auch getroffen, da er seine administrativen Tätigkeit gesondert in Rechnung stellte.

ad 2) Zum wiederholten Vorhalt der Beschwerdeführerin, dass es Vorprüfungen (Beilage 6) gegeben habe und eine Stellungnahme der SVA vorliege (Beilage 1), die das gegenständliche Vertragsverhältnis genau untersucht und als

Werkvertrag zur Kenntnis genommen hätten ist auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid XXXX , S 9 zu verweisen. Zu ergänzen ist, dass kein allfälliger Schutz auf die Rechtsbeständigkeit einer unrichtigen Beurteilung für die Vergangenheit besteht (vgl VwGH 15.09.2011; 2011/15/0248; 29.07.2010, 2007/15/0248).

Anzumerken ist, dass im Rahmen der GPLA die Bürokräft XXXX vom 02.07.2009 - 31.05.2011 als geringfügige Dienstnehmerin nachversichert und nachverrechnet wurde. Sie hatte ebenfalls zunächst ihre Bürodienstleistungen mit Honorarnoten abgerechnet.

ad 3) persönliche Abhängigkeit: Aus Sicht der SGKK war XXXX völlig in die Organisation des Betriebes integriert. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass XXXX ebenfalls sein Büro in der XXXX betrieb. Seit 1998 befindet sich an dieser Adresse der Sitz der Beschwerdeführerin. Dort befand sich auch das Lager der Beschwerdeführerin und war die Adresse Anlaufstelle für Kunden und Lieferanten sowie Postzustelladresse (Beschwerde S 12). Gerade damit stellt die Beschwerdeführerin dar, dass XXXX , der zB die Baustellenabrechnungen durchführte, sich dort als Anlaufstelle für die Kunden der Beschwerdeführerin aufhalten musste und auch tatsächlich fast täglich dort war; auf Baustellen hingegen war er selten (vgl Fahrtenbuch 2013, Beilage 28 der Beschwerde). Vom Büro an der XXXX aus wurden auch der Schriftverkehr und die Telefonate der Beschwerdeführerin koordiniert. Unterlagen der Beschwerdeführerin wurden für Behörden von XXXX zusammengestellt bzw aufbereitet. Ebenso war die Anwesenheit von XXXX im Büro der Beschwerdeführerin erforderlich, um die interne Kommunikation zu gewährleisten. XXXX musste ja laufend die erbrachten Bauleistungen bekannt geben und allfällige Weisungen für die Rechnungslegung erteilen. Andererseits mussten auch Kundenreklamationen und Rechnungsabzüge besprochen werden. Ebenso war eine Koordination zwischen den Bauaufträgen an die Beschwerdeführerin und das davon abhängige Anbieten der dazu erforderlichen Baugeräte nötig zB Angebot für XXXX (Beilagen 8/3, 12).

XXXX gab an, dass er dafür Sorge zu tragen hatte, dass "der Laden halt läuft" (E-Mail von XXXX , 09.02.2012). Ein Werkvertragsunternehmer ist aber nur für sein eigenes abgrenzbares Werk verantwortlich. Dass Arbeitszeit- und ort nicht frei wählbar waren, ergibt sich auch aus dem jahrelangen erheblichen wöchentlichen Stundenausmaß (VwGH 08.03.1994, 92/08/0155). Zur persönlichen Arbeitspflicht bzw fehlende faktische Vertretung wird auf den angefochtenen Bescheid XXXX , S 6-7 verwiesen.

Die Information von XXXX in seiner E-Mail vom 09.12.2012, dass XXXX das letzte Wort habe, relativierte XXXX im Zuge der GPLA, dass dies im Hinblick auf die bautechnischen Angelegenheiten bezogen gewesen sei und nun wird im Rahmen der Beschwerde vorgebracht, dass XXXX damit die organschaftliche Position gemeint habe. Beide Relativierungen sind aus Sicht der SGKK Schutzbehauptungen, und war diese Information so gemeint, wie sie auch ein Außenstehender e-fassen würde, nämlich dass XXXX das letzte Wort bei Entscheidungen hatte. Dies ist insbesondere deshalb schlüssig, weil XXXX persönliche Haftungen für die Gesellschaft übernommen hatte und zwar bereits zu einem Zeitpunkt, als XXXX noch den 49%igen Geschäftsanteil hielt und XXXX nicht Gesellschafter war (siehe Bilanzen ab 2005, im Akt). Im Übrigen wird auf die ausführliche Beweiswürdigung des angefochtenen Bescheids XXXX , S 6-7 verwiesen.

Nicht nachvollziehbar ist das Beschwerdevorbringen, dass die vereinbarte Leistung gewährleistungstauglich gewesen sei. Es wird in diesem Zusammenhang nicht ausgeführt, an welchen Kriterien dies zu beurteilen wird oder wie die Dienstleistung im Sinne eines Werkes übergeben wurde (Beschwerde S 10).

Ebenso unschlüssig ist, wie XXXX im Rahmen der Erbringung seiner administrativen Tätigkeiten an Verlusten beteiligt war (S 10-11 der Beschwerde, Beschwerdebeilage 10). Zur Kredithaftung wird auf den Bescheid XXXX , S 7 verwiesen.

Ebenso wenig resultiert die Gutschrift (Beilage 11) "Umsatzbonus Eigengeräte 2008 - 2010" aus der hier gegenständlichen Beschäftigung. Die Risikotragung folgte ausschließlich auf Grund des Baugeräteverleihs. Dies geht insbesondere aus dem Schuldschein und der Pfandbestellungsurkunde vom 07.01.2013 (im Akt) hervor, worin lediglich eine Höchstbetragshypothek für die Anmietung der Baugeräte vereinbart wurde und diesbezüglich ein Betrag in Höhe von EUR 84.904,05 aushaftete; nicht jedoch für die seine administrative Dienstleistung (Abrechnung nach Stunden). Im Hinblick auf die hier gegenständliche Beschäftigung trug XXXX kein Unternehmensrisiko.

ad 4) wirtschaftliche Abhängigkeit: Die aus dem Anlageverzeichnis (Beilage 27 der Beschwerde) ersichtlichen Sachanlagen beziehen sich aus Sicht der SGKK vor allem auf den Baugeräteverleih. Bei dem Büromodul Recon handelt es sich um ein mobiles Baubüro. Es wurde nicht behauptet, dass XXXX dort seine administrativen Arbeiten erledigt. Es sind - wie bereits erwähnt der Baugeräteverleih an die Beschwerdeführerin und die administrative Tätigkeit für die Beschwerdeführerin zu unterscheiden.

Der gebrauchte Personalcomputer und Ersatzteile (RG Beilagen 22, 23) kann privat, für den Baugeräteverleih und/oder für die administrativen Tätigkeiten genutzt werden. Das gleiche gilt für die Mobiltelefone, Internetanschluss im Privathaushalt und mobiles Navigationssystem (Beilagen 24, 25, 26, 29). Das KFZ wurde ebenfalls privat genutzt und auch für den Baugeräteverleih (Beilage 28). Die Entwicklung eines Softwareprogrammes für die Bauabrechnungen (Beilagen 30, 31) stellt einen Einsatz eigener Kenntnisse und Fertigkeiten dar und stellt gerade keine Verwendung eigener Betriebsmittel dar (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm, § 4 Rz 125). Es wurde nicht vorgebracht, dass es sich dabei um ein lizenzfähiges Programm handelt, XXXX daraus Lizenzinnahmen erwirtschaftet oder es bei anderen Kunden einsetzt.

Die Beschwerdeführerin verfügte hingegen nicht nur über eine Büroeinrichtung, sondern auch über Büromaschinen und EDV-Anlagen in einem wesentlich größeren Ausmaß. Daraus ist zu schließen, dass zur büromäßigen Abwicklung einer Baufirma mehr als die oa Betriebsmittel erforderlich sind (siehe AFA, Bilanz 2005, im Akt). Darüber hinaus wurden im Rahmen der GPLA und der nunmehrigen Beschwerde vorgebracht, dass monatlich Büromiete an XXXX in Höhe von EUR 754,00 im Jahr 2009 (Beilage 18) überwiesen wurde. Diese Kosten verrechnete XXXX jedoch der Beschwerdeführerin mit einem monatlichen Nettobetrag in Höhe von EUR 785,50 zuzgl 20% USt (siehe Rechnungen 2009 an die Beschwerdeführerin). Die Rechnungstellung erfolgte auf den Rechnungen über den Baugeräteverleih, nicht auf jenen für die administrativen Tätigkeiten. Auch aus der Gegenverrechnung (Beilage 20) ergibt sich weder, dass die anteiligen Mietkosten für die Monate Jänner bis März 2013 für die administrative Tätigkeit verrechnet wurden noch, dass XXXX diese tatsächlich wirtschaftlich getragen hat. Auf selbiger Rechnung werden jedenfalls auch Mietkosten für den Bauhof/Lagerplatz geltend gemacht. Betreffend der Stromrechnung (Beilage 21) wird auf die Ausführung des angefochtenen Bescheids S 7 verwiesen.

Aus dem vorgelegten Anlageverzeichnis (Beilage 27) geht nicht - wie in der Beschwerde S 7 behauptet - hervor, dass XXXX über mehrere Computer, Telefone, Faxgeräte und Kopiergeräte verfügte. Diesbezügliche Rechnungen wurden ebenfalls nicht vorgelegt. Ebenso mangelt es XXXX an Büromöbeln; es wurde weder behauptet noch bewiesen, dass er über solche verfügt oder dafür Miete an die Beschwerdeführerin zahlt. Soin ist festzuhalten, dass er keine Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen des Baubetriebes bzw des Baubüros hatte.

Zur zitierten Judikatur ist anzumerken, dass dieses Erkenntnis auf einem formalrechtlichen Fehler der bescheiderlassenden Behörde (BMAŠK) beruhte. XXXX war im Prüfzeitraum weder weisungsfrei gestellter Geschäftsführer noch Minderheitsgesellschafter mit Sperrminorität. Es war eine vollständige Eingliederung in den geschäftlichen Organismus der Beschwerdeführerin gegeben, in dem XXXX dauerhaft und im Interesse der Beschwerdeführerin seine Tätigkeit ausübte (vgl. VwGH 31.03.2004, 2004/13/0021; BVwG 17.03.2005, L501 2005836-1/15E).

ad 5) Zu den Beilagen: Es wird auf die bisherigen Ausführungen verwiesen. Hinsichtlich Referenzliste (Beilage 8/1 - 8/3), Einnahmen-Ausgabenrechnung XXXX 2014, E-Mail betreffend Angebote Baugeräte (Beilage 13), Telekomrechnung vom 22.10.2003 (Beilage 15), Firmenprofil (Beilage 16), Rechnung Bezirksblätter (Beilage 17), Mietaufwendungen (Beilage 19/1 - 19/2) ist anzuführen, dass diese teilweise nicht den Prüfzeitraum betreffen, sich auf den Baugeräteverleih beziehen oder nicht zur Untermauerung dienen, dass die administrativen Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin im Rahmen eines Werkvertrags erbracht wurden..."

4. Am 06.02.2019 wurde am BVwG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Gehört wurden XXXX , XXXX , die bP durch ihre Vertretung, der Behördenvertreter der GKK und Mag. XXXX von der SVA.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die XXXX war zum maßgeblichen Zeitpunkt im Firmenbuch des Landesgerichts XXXX eingetragen. Sie trat mit dem Zusatz " XXXX " auf. Es handelt sich um ein Unternehmen, welches Hoch- und Tiefbauarbeiten anbot. Die Gesellschaft wurde am XXXX gegründet.

XXXX war vom 05.06.2001 bis zum 22.05.2003 alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft. Während des gesamten Prüfzeitraums war alleiniger Geschäftsführer der XXXX XXXX .

Mit Abtretungsvertrag vom 18.07.2005 trat XXXX seinen bisherigen Geschäftsanteil in Höhe von 49% an XXXX ab. Mit neuerlichem Abtretungsvertrag vom 04.01.2013 übertrug XXXX den Geschäftsanteil wieder an XXXX . Die restlichen 51 % am Kapital der Gesellschaft hielt XXXX .

XXXX trat effektiv in der Gesellschaft nicht in Erscheinung. XXXX hatte während des Prüfzeitraums 2009 bis 2013, innerhalb dessen er als Minderheitsgesellschafter beteiligt war, keine Sperrminorität.

1.2. Herr R. betrieb neben seiner Beschäftigung für die bP als Einzelunternehmer ein Handelsunternehmen namens " XXXX ". Für den Baugeräteverleih verfügte er seit dem 01.08.2002 über eine Gewerbeberechtigung. Zum Anbieten von Büroservice erhielt er eine Berechtigung auf Grund seiner Anmeldung am 09.07.2014. Herr R. beschäftigte als Einzelunternehmer keine Dienstnehmer.

Seit dem 01.06.2001 war Herr R. bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) kranken- und pensionsversichert.

Die bP war ein Hauptkunde von Herrn R. in Bezug auf den Baugeräteverleih. Die Tätigkeit des Herrn R. als Einzelunternehmer im Rahmen seines Handelsunternehmens " XXXX " war nicht prüfungsgegenstand der GKK.

1.3. Die Tätigkeit des Herrn R. für die bP wurde zwischen Herrn R. und XXXX (auch kurz "Ing. M.") bereits im Jahr 2001 mündlich vereinbart. Aufgrund des gegenständlichen Verfahrens wurde dieses Vertragsverhältnis mit 23.11.2014 schriftlich als Werkvertrag festgehalten. Im Wesentlichen wurde die Tätigkeit des Herrn R. für die bP als kaufmännische Verwaltung zusammengefasst und im Einzelnen wie folgt bezeichnet:

-

Administrative Tätigkeiten

-

Erforderlicher Schriftverkehr

-

Telefonate bzw. Telefonkoordination,

-

Buchhaltung - Aufbereitung bis zur Rohbilanz (inkl. Erstellen der Ausgangsrechnungen nach korrekten steuerlichen Merkmalen sowie vorbereiten der Ausgangsrechnungen bis auf technische Abrechnungen, Überprüfung aller Eingangsrechnungen)

-

Erstellen und prüfen von Kaufverträgen sowie Geschäftsabschlüsse in Vertretung der Gesellschaft in kaufmännischer Hinsicht tätigen

-

Lohnverrechnung/Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten

-

Zuständig für sämtliche Personalangelegenheiten

-

Und alle in Zusammenhang mit oben angeführten Tätigkeiten notwendigen Abstimmungen mit Behörden, Geschäftspartnern, Steuerberater, Versicherungen, Banken, etc.

Das für die bP zu erbringende Werk sah Herr R. in der monatlich zu erbringenden kaufmännischen Leistung, er hatte die gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf die Rech

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at