

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/11/7 G308 2120031-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.11.2019

## Entscheidungsdatum

07.11.2019

## Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §410

ASVG §44

ASVG §49

ASVG §5

ASVG §7

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §28 Abs3 Satz 2

## Spruch

G308 2120031-1/17E

Schriftliche Ausfertigung des am 29.10.2019 mündlich verkündeten Erkenntnisses:

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1. Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin MMag. Angelika PENNITZ als Vorsitzende sowie den fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas MÜLLER als Beisitzer und die fachkundige Laienrichterin Mag. Judith SPEER-FLORA als Beisitzerin über die Beschwerde von XXXX KG vertreten durch PARTNER TREUHAND Wirtschaftstreuhand GmbH, in 4600 Wels,(1) und HASLINGER/NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, in 1010 Wien (2) gegen den Bescheid der Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK) vom 17.12.2015, Zl. XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 29.10.2019 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde gegen Spruchpunkt I des bekämpften Bescheides wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

BESCHLUSS

2. Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin MMag. Angelika PENNITZ als Vorsitzende sowie den fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas MÜLLER als Beisitzer und die fachkundige Laienrichterin Mag. Judith SPEER-

FLORA als Beisitzerin über die Beschwerde von XXXX KG vertreten durch PARTNER TREUHAND Wirtschaftstreuhand GmbH, in 4600 Wels,(1) und HASLINGER/NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, in 1010 Wien (2) gegen den Bescheid der Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK) vom 17.12.2015, Zl. XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 29.10.2019 zu Recht:

A)

In Erledigung der Beschwerde wird der bekämpfte Bescheid hinsichtlich des Spruchpunktes II. aufgehoben und die Angelegenheit gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Kärntner Gebietskrankenkasse zurückverwiesen.

B)

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

### **Text**

#### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

##### **I. Verfahrensgang:**

Mit Bescheid der Kärntner Gebietskrankenkasse (im Folgenden: belangte Behörde oder GKK) vom 17.12.2015, Zl. XXXX, wurde in (Spruchpunkt I.) ausgesprochen, dass die in Anhang A. dieses Bescheides genannten Personen in den dort genannten Zeiträumen aufgrund ihrer Tätigkeit für die XXXX KG (im Folgenden: Beschwerdeführerin oder kurz BF) gemäß § 410 Abs. 1 Z 2 iVm § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG 1977 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen, dass die in Anhang B. dieses Bescheides genannten Personen in den dort genannten Zeiträumen gemäß § 410 Abs. 1 Z 2 iVm § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2, § 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterliegen sowie in Spruchpunkt II., dass die BF wegen der im Zuge der GPLA (Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben) festgestellten Meldedifferenzen gemäß § 410 Abs. 1 Z 7 iVm § 44 Abs. 1, § 49 Abs. 1 und Abs. 2, § 53a Abs. 1 und § 54 Abs. 1 ASVG sowie gemäß § 1 DAG verpflichtet sei, die in der Beitragsabrechnung vom 10.07.2014 und im dazugehörigen Prüfbericht vom 11.07.2014 zur genannten Dienstgeberkontonummer angeführten Sozialversicherungsbeiträge, Fondsbeiträge, Umlagen, Sonderbeiträge, und Beiträge zur Mitarbeitervorsorge von EUR 47.697,08 und für die jeweils näher bezeichneten Zeiten sowie Verzugszinsen von EUR 12.716,60 nachzuentrichten habe. Die Beitragsvorschreibung und der dazugehörige Prüfbericht würden einen integrierenden Bestandteil des Bescheids bilden.

Begründend wurde nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts im Wesentlichen ausgeführt, dass die BF als Franchisenehmerin ein Nachhilfeeinstitut betreibe und mit den dort beschäftigten Nachhilfelehrerinnen und Nachhilfelehrern (im Folgenden: NHL) freie Dienstverträge abgeschlossen habe. Nach Darstellung des Einstellungsverfahrens der NHL, des organisatorischen Ablaufs von Einteilung und Abhaltung der Kurse, insbesondere auch zur Verwendung der Administrationssoftware ICAS und zur Vertretungsmöglichkeit der NHL kam die belangte Behörde zu dem Schluss, dass die NHL ihre Leistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbrachten und somit die Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 2 ASVG festzustellen und die BF zur Nachzahlung der Beiträge zu verpflichten sei.

2. Gegen diesen Bescheid erhob der Vertreter (1) der BF mit Schreiben vom 11.01.2016 fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde und führte zusammengefasst aus, dass die Umqualifizierung der freien Dienstverhältnisse in echte Dienstverhältnisse nicht nachvollziehbar sei, zumal eine persönliche Abhängigkeit der Dienstnehmer nicht vorliege. Die NHL seien in der Gestaltung des Unterrichts vollkommen frei und bei der Einteilung der Kurse zeitlich flexibel. Es sei unrichtig, dass alle Dienstnehmer eine Hospitation zu absolvieren hätten und wäre die absolvierte Matura auch nicht Voraussetzung der Tätigkeit. Die Feststellungen der belangten Behörde zur ISO Zertifizierung seien mangelhaft und stellten eine Mutmaßung dar. Zwar sei man aufgrund eines Franchisevertrages sicherlich an die Vorgaben des Franchisegebers gebunden, doch betreffe das angewandte Zertifikat bloß das Franchiseunternehmen. Die Zertifizierung nach ISO sei nämlich zweigeteilt und komme das zweite Zertifikat, welches ausschließlich die NHL betreffe, in keinem der Franchiseunternehmen in Österreich zur Anwendung. Die Befragung der NHL durch die belangte Behörde sei subjektiv gewesen und habe eindeutig in eine Richtung lenken wollen. Der bekämpfte Bescheid nehme keinen Bezug zur Niederschrift der Schlussbesprechung der GPLA vom 07.07.2014, obwohl diese aber in das Verfahren eingeflossen sei. Zur Vertretungsmöglichkeit wurde ausgeführt, dass ein generelles Vertretungsrecht

vertraglich vereinbart worden sei und die von der BF angebotene Unterstützung und die damit verbundene Liste der "vertretungswilligen" freien Dienstnehmer nur organisatorische Notwendigkeiten habe. Die Vertretungsbefugnis werde gelebt und sei zur Erfüllung der Verpflichtung gegenüber den Endkunden unumgänglich. Das Vorhandensein wesentlicher Betriebsmittel stelle kein taugliches Abgrenzungsmerkmal zum echten Dienstverhältnis dar, sondern komme vielmehr für eine Abgrenzung zum Werkvertrag zur Anwendung. Zudem fehle die betriebliche Eingliederung.

Da das von der BF betriebene Nachhilfeinstitut keine Bildungsinhalte iSd SchoG vermittele und auch keine Einrichtung zur Nachholung von Schulbildung sei, könne der Mindestlohtarif (MLT) nicht angewendet werden. Der belangten Behörde seien durch rechtswidrige Ermessenausübung, Außerachtlassung des Grundsatzes der Officialmaxime und der materiellen Wahrheit, unrichtige Feststellungen und Rechtswidrigkeit des Inhalts des Bescheides grobe Verfahrensfehler unterlaufen.

Es wurde beantragt, den Bescheid ersatzlos zu beheben, die NHL als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren, die geringfügig beschäftigten NHL als Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren, die vorgeschriebenen Abgaben mit 0 festzusetzen, in eventuelle die nach MLT ermittelten Berechnungsgrundlagen wegen Nicht-Anwendbarkeit des MLT zu berichtigen, in eventuelle die NHL zu Beschäftigungsgruppe 4 zuzuordnen, falls wider Erwarten die Anwendbarkeit des MLT angenommen werde, in eventuelle den angefochtenen Bescheid aufzuheben und das Verfahren an die belangte Behörde zurückzuverweisen. Außerdem wurde eine Entscheidung durch einen Senat und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Zeugeneinvernahme namentlich genannter Personen beantragt.

3. Am 27.08.2015 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Vorlagebericht und Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vor.

4. In der Folge wurden sowohl von der belangten Behörde als auch von der BF Stellungnahmen nachgereicht.

5. Am 29.10.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Nach Schluss der Verhandlung wurde das gegenständliche Erkenntnis samt Beschluss mündlich verkündet. Der steuerliche Vertreter beantragte die schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die BF betrieb im gegenständlich relevanten Prüfungszeitraum (01.01.2009 bis 31.12.2011) ein Nachhilfeinstitut u.a. an dem Standort XXXX nach dem Franchisekonzept der XXXX. Sie bot Nachhilfe für Lehrlinge und Schüler aller Schularten von der 5. Schulstufe bis zum Maturaniveau an.

Der Komplementär und Geschäftsführer der BF, XXXX (im Folgenden: WL), betrieb das Nachhilfeinstitut als Franchisenehmer. Das Franchiseunternehmen war nach ISO 9001 zertifiziert. Dies diene der Qualitätssicherung des Nachhilfeinstituts und betraf beispielsweise die Auswahl der Unterrichtsräumlichkeiten, die Dokumentation über das Verhalten der Schüler und die Erfassung der Qualifikation der NHL.

Für die Qualitätssicherung wurde vom Franchisegeber ein Handbuch erstellt, dessen Anwendung für die BF verpflichtend war. Das Handbuch enthielt unter anderem "Tipps für NHL".

Die in Anhang A und B des angefochtenen bzw. berichtigten Bescheides angeführten Personen waren in den verfahrensrelevanten Zeiträumen als NHL für die BF tätig. Die als NHL tätigen Personen wurden von der BF als freie Dienstnehmer zur Pflichtversicherung angemeldet. Die NHL hielten Nachhilfestunden in verschiedenen Unterrichtsfächern, wie beispielsweise Rechnungswesen, Deutsch, Englisch und Mathematik für Kleingruppen ab.

Die NHL wurden durch Inserate und Mundpropaganda rekrutiert. Die meisten bewarben sich schriftlich. Vor Beginn der Tätigkeit wurde von der BF mit den NHL ein Bewerbungsgespräch geführt. Den Bewerbern wurde mitgeteilt, dass Voraussetzung für die Tätigkeit als NHL die Absolvierung der Matura wäre.

Bevor der Vertrag unterschrieben wurde, hatten die NHL in der Regel eine Hospitation zu absolvieren, bei welcher die Bewerber mit bereits beschäftigten NHL gemeinsam eine Nachhilfestunde zu halten hatten. Die Einschätzung des NHL über den Bewerber wurde sodann der BF mitgeteilt.

Die NHL unterstützten die Kursteilnehmer bei der Vorbereitung von Prüfungen und gaben Hilfestellung bei der Bearbeitung des Lehrstoffs. Sie vermittelten Kenntnisse, die sich die Kursteilnehmer in der Schule nicht ausreichend

aneigneten. Der Inhalt der Nachhilfestunden orientierte sich an den öffentlichen Lehrplänen und den konkreten Wünschen der Nachhilfeschüler. In der Gestaltung ihres Unterrichts waren die NHL grundsätzlich frei. Auf Wunsch der Eltern wurden Hausübungen gegeben und gab die BF bei Intensivkursen vor, wöchentliche Tests zur Überprüfung des Lernfortschritts abzuhalten.

Im Betrieb der BF wurden Ganzjahreskurse in Form von Wochenkursen und Intensivkursen zur Vorbereitung von bestimmten Prüfungen angeboten. Die Einteilung der Kurse erfolgte durch die BF in Absprache betreffend die zeitliche Verfügbarkeit mit den NHL. Auch die Zuteilung der Schüler erfolgte durch die BF, wobei in Einzelfällen die NHL die Möglichkeit hatten, bestimmte Schüler abzulehnen. Vereinbarte Kurszeiten mussten von den NHL grundsätzlich eingehalten werden. Die Änderung der Kurszeiten oder die Verschiebung einer Kurseinheit war nur schwer möglich und wurde vom Büro der BF abgewickelt.

Die Nachhilfeeinheiten fanden in den mit Tafeln, Stiften, Blöcken und (kostenfrei benutzbarem) Kopierer ausgestatteten Räumlichkeiten der BF grundsätzlich während der Bürozeiten der BF statt. Für einzelne Kurse außerhalb dieser Zeiten bekamen die NHL Schlüssel, um Zugang zu den Räumlichkeiten haben. Die Räumlichkeiten wurden von der BF für den Nachhilfeunterricht immer entsprechend vorbereitet. Die BF stellte auch Bücher zur Verfügung. Die NHL verwendeten aber teils auch eigene mitgebrachte Bücher und Lehrmaterialien bzw. mitgebrachte Übungsbeispiele der Schüler. Die NHL konnten auch das Internet der BF verwenden.

Die Administration der Kurse erfolgte im Betrieb der BF über die Computersoftware ICAS. Die BF war durch ihren Franchisevertrag - unter anderem - zur Anwendung des ICAS Computersystems verpflichtet. Mittels personalisierten Zugangsdaten konnten sich die NHL in dieses Programm einloggen und wurden die ihnen zugeteilten Kurse von der BF für diese freigeschaltet. Die NHL waren verpflichtet, Informationen wie Anwesenheit, Lerninhalt, Schularbeiten- und Testtermine, Noten und Verhalten jedes einzelnen Schülers in dieses Programm einzutragen und galt die Nachhilfestunde mit dieser Eintragung als abgehalten. Auch die Abrechnung erfolgte über diese Software. Die NHL konnten mit ihrem Zugang aber keine Änderung der Kurseinteilung im ICAS bewirken und war diese Funktion nur für die BF freigeschaltet.

Die NHL konnten sich zwar laut Dienstvertrag generell durch eine geeignete Person vertreten lassen, jedoch kam faktisch nur die sogenannte Pool-Vertretung zur Anwendung. Eine Vertretung durch eine andere geeignete Person, also außerhalb des Nachhilfelehrerpools, wurde nur in einem sehr geringen Ausmaß gelebt. Die NHL hatten die Möglichkeit, sich in eine sogenannte Vertreterliste einzutragen. Bei Verhinderung wurden die Stunden in der Regel durch andere NHL abgehalten, eine Verschiebung des Termins fand nur in Ausnahmefällen und nach Absprache mit der BF statt, welche sodann die Räumlichkeiten und die Mitteilung an die Schüler organisierte. Auch wenn keine formelle Informationspflicht an die BF bestand, informierten die NHL die BF bzw. das Sekretariat über die Verhinderung. Das Büro buchte sodann den Kurs im ICAS auf den vertretenden NHL um, damit dieser die Eintragungen im ICAS vornehmen konnte und erfolgte auch die Abrechnung direkt mit dem vertretenden NHL. Die Information über die Verschiebung einer Kurseinheit an die BF war auch notwendig, damit diese allenfalls freiwerdende Räumlichkeiten für andere Kurse einteilen konnte.

Der Kontakt mit den Eltern der Schüler erfolgte in der Regel über die BF und fand ein direkter Informationsaustausch zwischen Eltern und NHL nur in wenigen Einzelfällen statt. Die BF konnte das Verhalten und den Lernfortschritt des einzelnen Schülers über die Eintragungen der NHL dem ICAS entnehmen.

Am Ende eines Kurses hatten die Schüler Feedbackbögen über das Nachhilfeinstitut im Allgemeinen und den jeweiligen NHL auszufüllen, welche von der BF ausgewertet wurden. Diese Feedbackbögen hatten in der Regel Lob von der BF an die NHL zur Folge bzw. wurden allfällige Kritikpunkte besprochen. In manchen Fällen nahmen Mitarbeiter der BF zur Evaluierung der NHL an Unterrichtseinheiten teil.

Die BF veranstaltete ein- bis zweimal jährlich ein sogenanntes Teammeeting um Organisatorisches zu besprechen und um den Informationsaustausch der NHL zu gewährleisten. Die Teilnahme an diesem Treffen war zwar von der BF erwünscht, aber nicht verpflichtend.

Die NHL wurden pro Unterrichtseinheit (90 Minuten) entlohnt, wobei sich das Honorar zwischen EUR 12,- und EUR 17,- pro Unterrichtseinheit bewegte. Diese Entlohnung umfasste auch die von den NHL aufgebrachte Vor- und Nachbereitungszeit. Im Zuge von bestandenen Nachprüfungen der Schüler wurden Prämien an die NHL ausbezahlt.

Die BF beschäftigte die NHL als freie Dienstnehmer und schloss mit ihnen jeweils als freie Dienstverträge titulierte schriftliche Vereinbarungen ab. In diesen fand sich unter anderem die Erklärung, ob die NHL in die Liste der möglichen Vertreter aufgenommen werden möchten oder nicht.

Die BF betreibt ihr Nachhilfeinstitut als Franchise-Unternehmen und hat sich mit einem Franchisevertrag zur Einhaltung der durch den Franchise-Geber getroffenen Vorgaben verpflichtet. Im Folgenden werden die für das gegenständliche Verfahren maßgebliche Vertragsinhalte auszugsweise wiedergegeben:

#### "§ 1 Gewährung der Franchise

1. ....

Der Franchise-Partner ist verpflichtet, diese Kurse in seiner XXXX auf der Grundlage des ihm vom Franchise-Geber überlassenen Know-hows (§ 9) anzubieten und durchzuführen.

.....

4. Die Franchise wird dem Franchise-Partner persönlich gewährt.

Diese ist weder ganz noch teilweise auf Dritte übertragbar, es sei denn, der Franchise-Geber erteilt hierzu seine schriftliche Einwilligung.

.....

#### § 2 Leistungen des Franchise-Gebers

1. Neben den schon in der Präambel aufgeführten Leistungen des Franchise-Gebers werden u.a. folgende zusätzliche Dienstleistungen angeboten:

.....

##### Lehr- und Hilfsmittel

- Bereitstellung eigener Unterrichtsmaterialien (Lernbox, Poster, etc.) und einer eigenen Buchreihe
- Zusammenarbeit mit verschiedenen Verlagen

##### Service-Leistungen

- Buchhaltungs-Software
- gemeinsame Website
- Gemeinschaftseinkauf
- Service-Telefon
- systemeigenes Intranet

##### Kommunikation und Information

- lokale Meetings
- regionale Meetings
- Jahresmeeting
- Mitwirkung über Gebietsvertreter im Werbe- und Systemausschuss
- XXXX Partnerzeitung

#### § 4 XXXX des Franchise-Partners

1. Der Franchise-Partner wird die von ihm angemieteten Räume auf eigene Kosten einrichten und ausgestalten, wobei er sich im Interesse des gemeinsamen Images aller XXXXn an die Empfehlungen des Franchise-Gebers halten wird.

2. Die Räumlichkeiten für die XXXXn werden vom Franchise-Partner angemietet. Mit der Unterzeichnung des Franchise-Vertrages versichert der Franchise-Partner, dass die von ihm angemieteten oder anzumietenden Räumlichkeiten zum Betreiben einer XXXX geeignet sind.

.....

3. Der Franchise-Partner ist nur berechtigt, die von ihm angemieteten Räumlichkeiten zum Betreiben einer XXXX zu nutzen.

Jegliche Nutzungsänderung bei Fortbestehen des XXXX-Franchise-Vertrages bedarf der schriftlichen Einwilligung (§ 183 BGB) des Franchise-Gebers.

.....

7. Der Franchise-Partner ist berechtigt und verpflichtet, seine XXXX unter Verwendung der Bezeichnung und des Namens "XXXX" sowie aller der in der Präambel aufgeführten Kennzeichnungen zu führen.

.....

#### § 6 Schulungen

1. Vor Eröffnung der 1. XXXX wird der Franchise-Geber den Franchise-Partner gründlich schulen. Bei der Schulung werden unter anderem folgende Kenntnisse vermittelt:

- \* Verkaufs- und Beratungsgespräche
- \* Kundenverwaltung
- \* Grundkenntnisse der Buchhaltung
- \* Personalführung
- \* Verwaltungsvorschriften
- \* Werbung und Wettbewerbsrecht
- \* Einsatz rationeller Organisationshilfen.

2. Im Übrigen wird dem Franchise-Partner während der Schulung die Betreuungs- und Unterrichtskonzeption vermittelt. Soweit der Franchise-Partner nicht vorher Mitarbeiter bei dem Franchise-Geber oder einem Franchise-Partner gewesen ist, wird er vor Eröffnung seiner XXXX in ausreichendem Maße in den XXXX der Franchise-Partner des Franchise-Gebers hospitieren.

3. Darüber hinaus ist der Franchise-Partner verpflichtet, während der Vertragslaufzeit pro Vertragsjahr an der jährlichen Franchise-Tagung und dem Regional-Meeting teilzunehmen. Die Teilnahme an diesen Veranstaltungen ist verpflichtend.

.....

#### § 7 Gegenseitige Unterrichtung / Geheimhaltungspflicht

.....

2. Der Franchise-Partner darf Geschäftsgeheimnisse, die ihm während der Zusammenarbeit bekannt geworden sind oder bekannt werden, ohne Einwilligung (§ 183 BGB) vom Franchise-Geber weder verwerten noch Dritten mitteilen. Dies gilt auch für die Zeit nach Beendigung des Franchise-Vertrages, soweit diese Geschäftsgeheimnisse nicht frei zugänglich sind.

3. Der Franchise-Partner wird diese Geheimhaltungs- und Schadensersatzverpflichtung auch seinen Mitarbeitern auferlegen.

.....

#### § 9 Franchise-Handbuch

1. Der Franchise-Geber wird dem Franchise-Partner sein gesamtes Know-how zum Betreiben einer XXXX zur Verfügung stellen und dieses nicht nur nach Abschluss des Franchise-Vertrages, sondern während der gesamten Laufzeit dieses Franchise-Vertrages. Das Know-how wird durch Übergabe des XXXX-Franchise-Handbuchs sowie die Schulungen des Franchise-Partners (§ 6) transferiert.

Dieses Know-how betrifft zum einen die praktische Durchführung der Tätigkeit des Franchise-Partners und hat zum Ziel, die Organisation und das äußere Erscheinungsbild der XXXX entsprechend dem Markenimage des Franchise-Gebers zu vereinheitlichen. Das XXXX-Franchise-Handbuch umfasst zum anderen auch Anweisungen für die vom Franchise-Partner zu vermittelnden Produkte des XXXX-Franchise-Systems und die in diesem Zusammenhang von diesem zu erbringenden Dienstleistungen.

Der Franchise-Partner ist verpflichtet, seine XXXX entsprechend den Regelungen des Franchise-Handbuchs zu betreiben.

Der wesentliche Inhalt des XXXX-Franchise-Handbuchs stellt sich derzeit wie folgt dar:

1. Das Franchise-System
2. Das XXXX Franchise-System
3. Der Markt-Überblick
4. Der Franchise-Partner: Aufgaben und Leistungen
5. Das informations- und Kommunikations-System
6. Das Förder- und Betreuungs-Konzept
7. Marketing
8. Die XXXX
9. Personal und Weiterbildung
10. Die buchhalterische Führung einer XXXX
11. Das XXXX-Management-Informationen-Programm
12. Die juristischen Besonderheiten der XXXX
13. Eigenkontrolle - Ziele - Expansion

.....

#### § 11 Software-Nutzungs-Programm

1. Der Franchise-Partner verpflichtet sich, das aktuelle XXXX Management- Informationssystem, welches für die Steuerung des Betriebes notwendig ist, ab Eröffnung seiner XXXX einzusetzen.

.....

#### § 17 Haftung des Franchise-Gebers

.....

2. Im Übrigen haftet der Franchise-Geber auf Ersatz von Schäden des Franchise- Partners, die er im Rahmen der vertraglichen Zusammenarbeit verursacht, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit sowie im Falle sonstiger Fahrlässigkeit, wenn Pflichten verletzt werden, deren Erfüllung die

ordnungsgemäße Durchführung des Franchise-Vertrages erst ermöglicht. Die Haftung bei nicht grober Fahrlässigkeit geht jedoch keinesfalls über den Schaden hinaus, der angesichts der jeweils vereinbarten vertraglichen Leistungen typischerweise vorhersehbar war.

#### § 18 Überprüfung durch den Franchise-Geber

1. Um die Verpflichtungen des Franchise-Partners aus diesem Franchise-Vertrag zu überprüfen, hat der Franchise-Geber das Recht zu Kontrollbesuchen. Der Franchise-Partner ist verpflichtet, dem Franchise-Geber in einem solchen Fall Einblick in den Betrieb und die Betriebsunterlagen zu gewähren, soweit dadurch der Geschäftsbetrieb nicht wesentlich behindert wird. Werden bei Kontrollbesuchen vom Franchise-Geber bzw. seinem Beauftragten Empfehlungen oder Auflagen ausgesprochen, so sind diese im Interesse des einheitlichen Funktionierens des Schülerhilfe-Franchise-Systems und seines Images zu befolgen. Die Überprüfung des Franchise-Gebers erstreckt sich auch darauf, ob die XXXX vom Franchise-Partner entsprechend den Regelungen des Franchise- Handbuchs (§ 9) betrieben wird.

.....

#### § 19 Vertragsstrafe

1. Verstößt der Franchise-Partner gegen eine der von ihm nach diesem Franchise-Vertrag übernommenen Verpflichtungen, so hat dieser für jede schuldhafte Zuwiderhandlung eine vom Franchise-Geber nach billigem Ermessen festzusetzende, im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe zu zahlen.

2. Unabhängig davon stehen dem Franchise-Geber weiterhin die Rechte zu, den Franchise-Vertrag fristlos aus wichtigem Grund wegen der Verstöße gegen den Franchise-Vertrag zu kündigen sowie seine Ansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz durchzusetzen.

....."

#### 2. Beweiswürdigung:

Der oben angeführte Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus dem diesbezüglich unbedenklichen und unzweifelhaften Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakten sowie des nunmehr dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Gerichtsakts, sowie aus der am 29.10.2019 stattgefundenen öffentlichen mündlichen Verhandlung. Im Zuge dessen wurden WL und XXXX (in der Folge: MK) sowie zwei ehemalige NHL zum Sachverhalt vernommen sowie die Beweismittel und der vorliegende Akteninhalt (darunter insbesondere die als "freier Dienstvertrag" titulierten schriftlichen Verträge, die zwischen dem Franchisegeber und der BF ausbedungenen Franchiseverträge und dem Gerichtsakt inliegenden Handbüchern, die vor der belangten Behörde aufgenommenen Niederschriften, Sachverhaltsdarstellung an die belangte Behörde, die Stellungnahme und rechtliche Ergänzung der BF, die Beschwerdeschrift sowie die sonstigen Stellungnahmen) erörtert.

Von der belangten Behörde wurden im Ermittlungsverfahren insgesamt 5 der 64 im gegenständlichen Prüfungszeitraum beschäftigten NHL befragt, welche ein einheitliches Bild über Einstellungsverfahren, Gestaltung des Unterrichts, Einteilung der Kurse, Vertretungsmöglichkeiten, Dokumentationspflicht, Abhaltung von Teambesprechungen, Feedbackbögen der Schüler und Abrechnungsmodalitäten zeichnen.

Von der beantragten Einvernahme des von der BF namentlich genannten Geschäftsführers des Bundeseinigungsamtes wurde Abstand genommen, dies einerseits aus zeitlichen Gründen (Beantragung erfolgte zu kurzfristig), andererseits da eine inhaltliche Klarstellung über die bereits erfolgte hinaus nicht zu erwarten war. Bezüglich Einstufung in den MLT zeichnete sich auch keine Entscheidungsreife ab.

Seitens des erkennenden Senates sind keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der aufgenommenen Niederschriften aufgekommen. Die im gesamten Verfahren aufgenommenen Niederschriften bilden vollen Beweis iSd § 88 BAO bzw. § 15 AVG über Gegenstand und Verlauf der Einvernahme. Der Beweis des Gegenteils konnte nicht geführt werden. Die nochmalige Befragung der genannten Personen erscheint im Interesse der Wahrheitsfindung nicht notwendig und trägt nicht zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts bei (vgl. VwGH vom 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

Im Gesamten gesehen waren die Ausführungen der von der belangten Behörde niederschriftlich einvernommenen NHL glaubhaft.



Die Feststellungen betreffend die ISO-Zertifizierung des Nachhilfeinstituts ergeben sich aus den Vorbringen der BF und insbesondere aus der niederschriftlichen Befragung des Geschäftsführers vor dem Finanzamt XXXX am 30.01.2015.

Die Feststellungen zur Aufnahme neuer NHL beruhen insbesondere auf den niederschriftlichen Einvernahmen durch die belangte Behörde.

Die von der belangten Behörde einvernommenen Zeugen gaben entgegen den Einwänden der BF überwiegend an, dass Voraussetzung für die Tätigkeit der positive Maturaabschluss sei.

Dass die NHL auch eine Hospitation absolvieren mussten, ergibt sich ebenso aus den niederschriftlichen Angaben, wonach 5 der 5 Befragten, also alle, angaben, eine Hospitation absolviert zu haben und viele vorbrachten, auch neue Bewerber in ihre Unterrichtseinheiten mitgenommen zu haben. Auch der Geschäftsführer der BF gab in seiner niederschriftlichen Befragung vor dem Finanzamt XXXX am 30.01.2015 an, dass vor Beginn des Dienstverhältnisses eine Art Schnupperstunde im Beisein eines NHL abgehalten werde.

Die Feststellungen zur inhaltlichen Tätigkeit der NHL ergeben sich aus einer Gesamtschau des Vorbringens der BF und den niederschriftlichen Einvernahmen der Zeugen vor der belangten Behörde. Demnach sind die NHL in der Gestaltung ihres Unterrichts grundsätzlich frei. Dass die BF für die Abhaltung des Nachhilfeunterrichts keine Vorgaben in nur irgendeiner Weise erteile, erweist sich aber insofern als unglaubwürdig, als viele NHL bei der Befragung vor der belangten Behörde angaben, dass bei Intensivkursen wöchentliche Tests abzuhalten gewesen wären.

Die Feststellung zur anfallenden Vor- und Nachbereitungszeit beruht zunächst auf dem Umstand, dass die NHL verpflichtet waren, ihre Unterrichtseinheiten ausführlich zu dokumentieren, insbesondere den Lehrstoff einzutragen und Vermerke über jeden einzelnen Schüler einzutragen. Der Umstand, dass die NHL zumindest zeitweise Bücher und andere Lehrmaterialien und nicht bloß von Schülern mitgebrachte Übungsbeispiele verwendeten, weist auf eine entsprechende Vorbereitungstätigkeit hin. Auch wenn nicht alle Fächer und nicht alle NHL gleich viel Zeit an Vor- und Nachbereitungszeit bedurften, kann eine solche bejaht werden und ist das Fehlen jeglicher Vor- und Nachbereitungszeit nur schwer vorstellbar.

Für eine qualitativ anspruchsvolle Nachhilfe erscheint das Fehlen jeglicher Vor- und Nachbereitungszeit nur schwer vorstellbar.

Entsprechend dem Vorbringen in der Beschwerdeschrift, dass die NHL bestimmte Informationen im ICAS eintragen mussten, gaben alle befragten Zeugen an, ICAS für die Dokumentation der Unterrichtseinheiten zu verwenden und geht auch aus den Einvernahmen der NHL hervor, dass erst mit Eintragung ins ICAS die Einheit als abgehalten galt und nur so Niederschlag in der auch über ICAS eingebrachten Honorarnote Berücksichtigung fand. Dass, wie die Beschwerde ausführt, die Unterlassung der Eintragung keine Konsequenzen gehabt hätte, steht somit im Widerspruch mit den gleichbleibenden Angaben der Zeugen. Außerdem war eine Eintragung ins ICAS notwendig, damit die BF bei den Elterngesprächen Informationen über das Verhalten und den Lernfortschritt der einzelnen Schüler abrufen konnte. Somit sind die Ausführungen, dass ICAS nicht angewendet werden musste, nicht glaubhaft.

Die Feststellung, wonach ein generelles Vertretungsrecht nicht gelebt worden ist, gründet auf den übereinstimmenden Angaben der niederschriftlich Befragten. Die überwiegende Mehrheit gab an, sich bei Verhinderung an die BF gewandt zu haben, welche eine Vertretung aus dem Vertreterpool organisiert habe.

Nur zwei Personen gaben befragt vor der belangten Behörde an, Vertreter außerhalb des Nachhilfeinstituts selbst organisiert zu haben, wobei beide angaben, ihre Verhinderung und die Vertretung an die BF gemeldet zu haben. Der eine führte dazu aus, dass er seinen Bekannten der BF beschrieben habe und die andere gab an, dass sie sich von ihrem Freund, der selbst zuvor bei der BF beschäftigt gewesen wäre, vertreten lassen habe. Überdies gab die steuerrechtliche Vertretung im Zuge einer niederschriftlichen Einvernahme einer NHL an, dass die Information über eine Vertretung von der BF erwünscht sei. Wenn die BF nun vorbringt, dass ihr dieser Wortlaut "in den Mund gelegt worden sei", ist auszuführen, dass das Protokoll von der Vertreterin mit diesem Wortlaut unterzeichnet wurde.

In der Verhandlung gab eine NHL an, ihren Mann, über den sie zur BF gekommen war, als Vertretung geschickt zu haben, die andere, dass entweder ihr Mann, der aber nicht NHL bei der XXXX war, oder jemand aus dem Pool sie vertreten habe.

Gegen ein generelles Vertretungsrecht spricht auch die Tatsache, dass die Dokumentation der Unterrichtseinheiten über das Programm ICAS verpflichtend war und nur bei der BF beschäftigte NHL Zugang zu diesem Programm hatten.

Die Feststellungen, wonach die Nachhilfestunden in den Institutsräumlichkeiten der BF stattgefunden haben und die NHL ua. von der BF zur Verfügung gestelltes Unterrichtsmaterial der BF verwendeten, ergeben sich aus den niederschriftlichen Aussagen und findet hinsichtlich der Räumlichkeiten auch Deckung mit den Aussagen des Geschäftsführers der BF vor dem Finanzamt XXXX am 30.01.2015. Die Bereitstellung von Lehrbüchern, Kopierern etc. wurde in der Beschwerde auch nicht bestritten.

Dass die BF regelmäßig Teammeetings veranstaltete, ergibt sich aus den Aussagen der befragten Zeugen und den Angaben des Geschäftsführers der BF, wonach er 1 -2 Mal jährlich Teambesprechungen einberufen habe. Entgegen den Feststellungen der belangten Behörde kann eine Verpflichtung der NHL zur Teilnahme an diesen Besprechungen den Zeugenaussagen aber nicht entnommen werden.

Die Feststellungen zu den Feedbackbögen und der Überprüfung des Unterrichts durch die BF ergeben sich aus den niederschriftlichen Befragungen der NHL als auch aus den Angaben in der Beschwerdeschrift, wonach diese Mittel zur Prüfung über Einhaltung der vorgegeben Arbeitsverfahren gedient hätten.

Wenn der Zeuge MK ausführt, dass es bis dato zu keinen Sanktionen bei Verstößen gegen den Franchisevertrag gekommen sei, ist jedoch ausdrücklich festzuhalten, dass laut den § 9 des Franchise-Vertrages vom 01.10.2004, der Franchise-Partner verpflichtet ist, seine XXXX entsprechend den Regelungen des Franchise-Handbuchs zu betreiben. Gemäß § 11 des o.a. Vertrages ist der Franchise-Partner verpflichtet, das aktuelle XXXX Management - Informationssystem, welches für die Steuerung des Betriebes notwendig ist, ab Eröffnung seiner XXXX einzusetzen. Aus diesem Management - Informationssystem hat sich ICAS entwickelt. Nach § 18 hat der Franchise-Geber ein Überprüfungsrecht und werden bei Kontrollbesuchen vom Franchisegeber bzw. seinem Beauftragten Empfehlungen oder Auflagen ausgesprochen, so sind diese im Interesse des einheitlichen Funktionierens des XXXX-Franchise-Systems und seines Images zu befolgen. Die Überprüfung des Franchisegebers erstreckt sich auch darauf, ob die XXXX vom Franchise-Partner entsprechend den Regelungen des Franchise- Handbuchs (§ 9) betrieben wird. Eine Vertragsstrafe wurde gemäß § 19 des Vertrages vereinbart. Schon aus diesem Regelwerk hätte der Franchise-Geber jederzeit die Einhaltung des Vertrages sanktionieren können.

Wenn in der Beschwerde ausgeführt wird, dass die Befragung der Zeugen durch die belangte Behörde zu subjektiv und teilweise unrichtig erfolgt sei, ist zu entgegnen, dass sämtliche Protokolle von den Befragten unterzeichnet wurden. Überdies erfolgten einige Befragungen im Beisein von WL sowie der steuerlichen Vertretung und wurden die aufgenommenen Niederschriften auch von diesen unterfertigt. Schlussendlich ergeben die mit der Beschwerdeschrift vorgelegten Stellungnahmen der Befragten, dass die Protokolle über ihre Befragungen inhaltlich der Wahrheit entsprachen.

Im gegenständlichen Fall ist dem angefochtenen Bescheid ein umfassendes Ermittlungsverfahren durch die belangte Behörde vorangegangen und wurde den Grundsätzen der Amtswegigkeit, der Erforschung der materiellen Wahrheit und des Parteiengehörs entsprochen. Die belangte Behörde ist ihrer Ermittlungspflicht durch detaillierte Recherche nachgekommen.

Das Bundesverwaltungsgericht erachtet das bisherige Ermittlungsverfahren als hinreichend, um den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen. Aus den angeführten Gründen konnte der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegende Akteninhalt dem gegenständlichen Erkenntnis im Rahmen der freien Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden.

### 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 das Bundesverwaltungsgericht in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG auf Antrag einer Partei durch einen Senat. Der Senat besteht aus einer/einem vorsitzenden Richter/in und zwei fachkundigen Laienrichter/inne/n, von denen eine/r dem Kreis der Dienstnehmer/innen und eine/r dem Kreis der Dienstgeber anzugehören hat. Der Antrag ist gleichzeitig mit der Beschwerde oder dem Vorlageantrag oder binnen vier Wochen ab Zustellung der Beschwerde einzubringen.

Der BF hat die Entscheidung durch einen Senat beantragt. Entsprechend der dargestellten und maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen ist im gegenständlichen Fall somit Senatszuständigkeit gegeben und obliegt in der

gegenständlichen Rechtssache die Entscheidung demnach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Vorsitzenden sowie zwei fachkundigen Laienrichtern.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, 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 § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, 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.

Zu Spruchteil A): Abweisung der Beschwerde:

Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheids:

### 3.1. Maßgebliche Bestimmungen des ASVG und AIVG

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgeschlossen ist noch nach § 7 eine Teilversicherung begründet.

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.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 14 leg. cit. gilt die Vollversicherungspflicht in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auch für die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen, sohin für freie Dienstnehmer.

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen Personen, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für 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, den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes gleich, 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.

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 ASVG sind von der Vollversicherung nach § 4 Dienstnehmer ausgenommen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag nach Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen).

Die monatliche Geringfügigkeitsgrenze nach § 5 Abs. 2 ASVG betrug 2009 EUR 357,74; 2010 EUR 366,33 und 2011 EUR 374,02.

Gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG sind von den im § 4 genannten Personen auf Grund dieses Bundesgesetzes die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten nur in der Unfallversicherung versichert (teilversichert).

Als Dienstgeber gilt gemäß § 35 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht) geführt wird, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in den Dienst genommen hat, oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher

Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Nach Abs. 3 leg. cit. ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind gemäß Abs. 4 leg. cit. 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.

Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind gemäß § 1 Abs. 1 AIVG Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, (...) soweit sie in der Krankenversicherung auf Grund gesetzlicher Vorschriften pflichtversichert sind oder Anspruch auf Leistungen einer Krankenfürsorgeanstalt haben und nicht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen versicherungsfrei sind.

Gemäß § 1 Abs. 8 leg. cit. sind freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG Dienstnehmern gleichgestellt.

3.2. Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die NHL als echte Dienstnehmer der BF, also in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden (§ 4 Abs. 2 ASVG) beziehungsweise ob - wie der BF verneint - auf Grund eines freien Dienstvertrages zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet und als solche pflichtversichert sind (§ 4 Abs. 4 ASVG).

Verfahrensgegenständlich haben sich die betroffenen Personen zur (wiederholten) Dienstleistung (Nachhilfeunterricht) als NHL im Nachhilfeinstitut verpflichtet.

Es bleibt somit zu prüfen, ob die NHL im Rahmen der vorliegenden Tätigkeit zur Erbringung von Dienstleistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von der BF verpflichtet waren.

3.2.1. Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden (VwGH vom 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093).

Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden (vgl. VwGH vom 15.05.2013, Zl. 2013/08/0051, und vom 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN). Weiters spielt die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich - unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen (die in der Realität des Arbeitsverhältnisses nicht immer erwartet werden können) - mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert (VwGH vom 11.06.2014, Zl. 2012/08/0157).

Den zwischen den Beschäftigten und der beschäftigenden Partei getroffenen, als "Vertrag für freie Dienstnehmer" bezeichneten Vereinbarungen lässt sich u.a. entnehmen, dass die Dienstnehmer in der Gestaltung des Unterrichtes grundsätzlich frei sind, sie lediglich die für den unterrichteten Gegenstand gültigen Vorgaben der öffentlichen Lehrpläne zu berücksichtigen haben, ihre Leistungen unter Bedachtnahme auf den Vertragszweck erbringen und an Weisungen hinsichtlich des Arbeitsablaufes nicht gebunden sind, diese persönliche Weisungsfreiheit auch für die Arbeitszeit gilt, wobei sich aus der Natur der Sache (etwa Schulzeiten) ergebende Bindungen zu beachten sind und ein generelles Vertretungsrecht vorliegt.

Dem stehen die Feststellungen über die tatsächliche Ausübung ihrer Tätigkeiten gegenüber, die zeigen, dass die Vertragsverhältnisse, insbesondere was die Dienstzeiten (entsprechen grundsätzlich den Bürozeiten der BF), den Arbeitsort im Betrieb der BF und die Vertretung betrifft, anders gelebt wurden als schriftlich vereinbart. Der genannte Vertrag kann daher bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) nicht einem Deutungsschema, wonach dieser die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, zu Grunde gelegt werden.

3.2.2. Somit hat vorliegend die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung und der für die Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit entwickelten Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems zu erfolgen (vgl. VwGH vom 11.06.2014, Zl. 2012/08/0157).

Die Ermittlungen zeichnen folgendes Gesamtbild: Die betroffenen NHL haben sich zur wiederholten Dienstleistung - dem Nachhilfeunterricht - im Nachhilfeinstitut verpflichtet. Die Leistungen wurden wöchentlich mehrmals wiederkehrend oder im Rahmen von Intensivkursen geblockt für einen bestimmten Zeitraum im Institut der BF erbracht. Auch wenn die NHL den Zeitrahmen der Nachhilfe selbst frei entscheiden konnten - sie gaben der BF bekannt, an welchen Tagen sie Zeit hätten - waren sie im Grunde nach den Anforderungen der BF unterworfen. Sie mussten sich nicht nur an die normalen Schulzeiten halten, sondern waren auch im Organisatorischen an die freien Räumlichkeiten und somit zeitlichen Vorgaben der BF gebunden. Diese Koordination der Räumlichkeiten erfolgte über das Sekretariat der BF. Daher war es für die BF von großer Wichtigkeit, dass sie von Verhinderungen der NHL ehestmöglich Kenntnis erlangen konnte. Auch wurden die NHL zur Eintragung ins ICAS System angehalten. Durch die Eintragung ins ICAS System hatte die BF - auch wenn sie angibt, keine Kontrolle ausgeübt zu haben - die Möglichkeit, die Tätigkeit der NHL (Inhalt des Nachhilfeunterrichtes, Schwierigkeiten, Verhalten der Schüler) zu kontrollieren und im Anlassfall einzugreifen.

Einzig die Art der Bezahlung - es wurden nur die tatsächlich abgehaltenen Stunden von der BF abgegolten - weist in Richtung freier Dienstvertrag.

3.3. Der VwGH führte in seiner Entscheidung vom 01.10.2015, Ro 2015/08/0020 Folgendes aus: Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (VwGH vom 25.04.2007, Zl. 2005/08/0137, VwSlg 17185 A/2007). Die persönliche Arbeitspflicht fehlt dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (VwGH vom 17.11.2004, Zl. 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 einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. Die "generelle Vertretungsbefugnis" spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten eine Rolle. 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 bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (VwGH vom 16.11.2011, Zl. 2008/08/0152, mwN)."

Selbst die Vereinbarung eines generellen Vertretungsrechts kann - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich geübt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (VwGH vom 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256).

Die Dienstnehmer des Institutes waren berechtigt, sich durch eine "geeignete" Person vertreten zu lassen. Im Verhinderungsfall, der praktisch nur in Ausnahmefällen erfolgte, sorgten sie selbst für eine Vertretung, vorwiegend aus dem "Nachhilfelehrerpool" des Franchise-Institutes oder meldeten ihre Verhinderung an das Sekretariat der BF, welche sodann eine Vertretung aus der Vertreterliste organisierte. Jedenfalls wurde über jede Verhinderung die BF bzw. das Sekretariat des Institutes informiert. Diese Vorgehensweise entspricht auch Punkt 9 der schriftlich ausbedungenen Vereinbarungen, wonach die NHL das Institut zu verständigen hatten, wenn es der "Sache nach notwendig oder zweckmäßig" war. Die NHL hatten somit im Wesentlichen ihre Dienstleistung persönlich zu erbringen.

Eine Vertretung durch eine Person aus einem "Pool" von Mitarbeitern des Unternehmens kommt einer generellen Vertretungsbefugnis nicht gleich (VwGH vom 07.05.2008, Zl. 2006/08/0276). Die belangte Behörde ist daher zu Recht

vom Bestehen einer persönlichen Arbeitsverpflichtung an den jeweilig vereinbarten Tagen der NHL ausgegangen. Dass es im Verhinderungsfall vereinzelt dennoch zu Vertretungen außerhalb der Vertreterliste gekommen ist, ändert nichts daran (vgl. VwGH vom 20.02.2018, ZI. Ro 2018/08/0003).

Auch erscheint es nachvollziehbar, dass wie auch in der mündlichen Verhandlung seitens des BF angegeben wurde, dieser namentlich informiert wurde, wer die Stunde abhält, allein schon um seiner Aufsichts- und Kontrollpflicht gegenüber den ihm anvertrauten Kindern nachzukommen.

Da kein generelles Vertretungsrecht gelebt wurde, ist somit die persönliche Arbeitspflicht der NHL der BF zu bejahen.

3.4. Nach der Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht ist zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jene 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 Beschäft

**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)