

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/9/4 W156 2225853-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.09.2020

## Entscheidungsdatum

04.09.2020

## Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W156 2225853-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Einzelrichterin über die Beschwerden von 1. Dr. XXXX und 2. Mag. XXXX , beide vertreten durch Dr. Christian Fink, Rechtsanwalt in 1010 Wien, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 25.10.2019, Zl. XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 06.07.2020 zu Recht erkannt:

A) Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid behoben.

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Im Zuge einer gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben (kurz GPLA genannt) durch Prüfer des Finanzamtes für Wien XXXX , in XXXX Wien, XXXX , wurde festgestellt, dass Frau Mag. XXXX , in Folge als BF2 bezeichnet, bei Rechtsanwalt Dr. XXXX , in Folge als BF1 bezeichnet, beschäftigt ist, ohne zur Sozialversicherung gemeldet worden zu sein.

2. Am 27.05.2019 stellte der BF1 einen Antrag auf Ausstellung eines Bescheides.

3. Mit angefochtenem Bescheid wurde festgestellt, dass die BF2 auf Grund ihrer Beschäftigung BF1 vom 01.05.2015 bis 31.12.2018 der Voll- (Kranken-, Unfall-,

Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

(ASVG) und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit a Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVG) unterliege. Begründet wurde dies, dass die BF2 im Zeitraum von 01.05.2015 bis 31.12.2018 beim BF1 beschäftigt gewesen sei und diverse Hilfstätigkeiten wie Botengänge ausgeführt habe und für das Mahnwesen der Rechtsanwaltskanzlei verantwortlich gewesen sei. Hierfür habe sie Kilomergeld erhalten, welches als Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zu werten sei.

4. Dagegen erhoben der BF1 und die BF2 im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung fristgerecht Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

5. Am 06.07.2020 führte das Bundesverwaltungsgericht in Anwesenheit der belangten Behörde, des BF1, der BF2 und der Frau Mag. XXXX als Zeugin eine mündliche Verhandlung durch.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die BF2 ist die Mutter der Zeugin und Schwiegermutter des BF1.

Der BF1 war im verfahrensrechtlichen Zeitraum Inhaber einer Rechtsanwaltskanzlei, in der die Zeugin im verfahrensrelevanten Zeitraum bis zur Gründung der Gesellschaft am 18.09.2018 bürgerlichen Rechts als Konzipientin tätig war, ab der Gründung als Partnerin in der Kanzlei.

Zeitgleich mit der Beschäftigung der Zeugin als Konzipientin begann die BF2 nach ihrer Pensionierung mit 30.04.2015 ihre Mitarbeit in der Kanzlei zu Unterstützung der Zeugin, wobei das Hauptaugenmerk der Unterstützungstätigkeit der BF2 in der Betreuung der Kinder des BF1 und der Zeugin lag. Der Zeitaufwand für Tätigkeit für die Kanzlei lag wöchentlich durchschnittlich bei zwischen 2 und 5 Stunden.

Die BF2 war im Bereich der Forderungsbetreibungen im Betrieb der Rechtsanwaltskanzlei tätig. Sie tätigte die erforderlichen Botengänge, wobei diese immer mit dem Holen und Bringen der Enkelkinder verbunden waren. Sie hatte keinen Arbeitsplatz in der Kanzlei, sondern erledigte die Arbeiten über ihren privaten PC, mit welchem sie sich mittels einer Remotedesktopverbindung ohne Passwort zu dem PC ihrer Tochter verbinden konnte. Die BF2 hatte keinen Schlüssel oder andersartige Zutrittsmöglichkeiten zur Kanzlei. Weitere Betriebsmittel wurden ihr nicht gestellt.

Die BF2 übte die Tätigkeit lediglich dann aus, wenn es ihre Zeit zuließ. Eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung konnte nicht festgestellt werden.

Als Ausgleich für den Fahraufwand hat sie von 2015 bis 2017 lediglich Kilomergeld im Ausmaß des amtlichen Kilomergeldes erhalten, da sie die erforderlichen Fahrten mit ihrem Privatfahrzeug erledigt hat. Ab 2018 bezog sie auch kein Kilomergeld mehr.

Die unentgeltliche Ausübung der Tätigkeit erfolgte im beiderseitigen Einverständnis, die BF2 hätte die Tätigkeit auch ohne Abgeltung des amtlichen Kilomergeldes ausgeübt.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Verwaltungsakt, die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Unterlagen und die mündliche Verhandlung.

Der Sachverhalt ist im Wesentlichen unbestritten.

Dass die BF2 eine Tätigkeit für die Rechtsanwaltskanzlei des BF1 ausübte, ist unbestritten und ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben der BF2, des BF1 und der Zeugin im Verfahren.

Das durchschnittliche Zeitausmaß von 2 bis 5 Stunden pro Woche ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben der BF2 und der Zeugin.

Dass es keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung gab, ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben des BF1, der BF2 und der Zeugin, die in der mündlichen Verhandlung glaubhaft darlegten, dass es sich bei der Tätigkeit der BF2 um eine Unterstützungsleistung der BF2 für ihre Tochter handelte und diese von beiden Seiten mit keinerlei Erwartungshaltung verbunden war.

Dass die Tätigkeit ohne Erwartung einer finanziellen Gegenleistung erbracht wurde und somit stillschweigend Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, ergibt sich aus den Angaben der BF2 im Verfahren sowie den Angaben der Zeugin

in der mündlichen Verhandlung. Dafür sprich insbesondere, dass die BF2 auch ohne Abgeltung der gefahrenen Kilometer weiterhin ihre Tochter unterstützt hätte sowie, dass im Jahr 2018 kein Kilometergeld mehr ausbezahlt wurde.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Materiellrechtliche Bestimmungen:

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

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

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

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe,
2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

- a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder
- b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder
- c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder
- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

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

Gemäß § 49 Abs. 3 Z 1 ASVG gelten Vergütungen des Dienstgebers an den Dienstnehmer (Lehrling), durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Dienstgeber veranlaßten Aufwendungen des Dienstnehmers abgegolten werden (Auslagenersatz) nicht als Entgelt im Sinne des Abs. 1 und 2; hiezu gehören insbesondere Beträge, die den Dienstnehmern (Lehrlingen) als Fahrtkostenvergütungen einschließlich der Vergütungen für Wochenend(Familien)heimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder gezahlt werden, soweit sie nach § 26 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400, nicht der Einkommensteuer(Lohnsteuer)pflcht unterliegen. § 26 des

Einkommensteuergesetzes 1988 ist sinngemäß auch auf Vergütungen, die Versicherten nach § 4 Abs. 4 gezahlt werden, anzuwenden. Unter Tages- und Nächtigungsgelder fallen auch Vergütungen für den bei Arbeiten außerhalb des Betriebes oder mangels zumutbarer täglicher Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) verbundenen Mehraufwand, wie Bauzulagen, Trennungsgelder, Übernachtungsgelder, Zehrgelder, Entfernungszulagen, Aufwandsentschädigungen, Stör- und Außerhauszulagen u.ä.; sowie Tages- und Nächtigungsgelder nach § 3 Abs. 1 Z 16b des Einkommensteuergesetzes 1988;

### 3.2. Zu A) Stattgabe der Beschwerde:

3.2.1. Maßgebend ist im Beschwerdefall, ob die BF2 im Betrieb des BF1 in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt oder auf Grund familienrechtlicher Verpflichtungen oder in sonstiger Weise familienhaft oder entgeltlos beschäftigt war.

Die Beantwortung der Frage, ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages oder im Rahmen bloß familienhafter Beziehungen) - nur beschränkt ist. Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, während das Fehlen anderer (im Regelfall auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgebender Bedeutung sein (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1984, Zl. 81/08/0061, sowie das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Zl. 83/08/0200, Slg. Nr. 12325). Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Demnach kann zwar persönliche Abhängigkeit nicht ohne wirtschaftliche Abhängigkeit, wohl aber wirtschaftliche Abhängigkeit bei persönlicher Unabhängigkeit bestehen (Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1984, Zl. 81/08/0061 sowie vom 12. Februar 1988, Zl. 87/08/0036).

In seinem Erkenntnis vom 03.04.2001, Zl. 96/08/0202, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass nach der stRsp des VwGH auch schon die Berechtigung eines Beschäftigten, im Rahmen einer übernommenen Gesamtverpflichtung (dh im Rahmen einer Verpflichtung, auf längere Dauer Arbeitsleistungen zu erbringen) sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, wodurch er trotz übernommener Gesamtverpflichtung in der Disposition über seine Arbeitszeit weitgehend frei ist und der Arbeitsempfänger nicht von vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren kann, wegen des in dieser Berechtigung zum Ausdruck kommenden Fehlens der Ausschaltung seiner Bestimmungsfreiheit durch die übernommene Arbeitspflicht seine persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger ausschließt (Hinweis E 19. März 1984, 81/08/0061; E 29. September 1986, 82/08/0208; E 10. November 1988, 85/08/0171). Die Annahme dieser Berechtigung setzt die Befugnis, sich in der Erbringung von Vertragsleistungen jederzeit durch Dritte vertreten zu lassen, nicht voraus (Hinweis E 30. September 1997, 95/08/0165). Es handelt sich dabei um vergleichbare, von einer generellen Vertretungsmöglichkeit aber zu unterscheidende Gründe für einen Ausschluss der persönlichen Abhängigkeit (Hinweis E 16. Dezember 1997, 95/08/0343; E 25. Jänner 1994, 92/08/0226, VwSlg 13987 A/1994).

Im gegenständlichen Fall konnte schon keine übernommene Gesamtverpflichtung der BF2 festgestellt werden. Eine Verpflichtung zur Übernahme von Tätigkeiten bestand nicht, sondern konnte die BF2 ihre Tätigkeit nach ihrem Gutdünken vornehmen und wurde die BF2 lediglich dann für den BF1 tätig, wenn es ihre Zeit zuließ. Hinzukommt, dass

die BF2 auch einzelne Leistungen sanktionslos ablehnen konnte. Daher war nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit der BF2 durch die Beschäftigung nicht ausgeschaltet, sondern im Rahmen der – zusätzlich auch - familienhaften Beziehung lediglich beschränkt. Eine Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung, die Voraussetzung für die Feststellung einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit ist, konnte daher nicht festgestellt werden.

### 3.2.2. Zum Entgelt:

Jede Zahlung an den Dienstnehmer, die aufgrund des Dienstverhältnisses aus welchen Gründen auch immer (auch ohne Rechtsanspruch) tatsächlich geleistet werden, stellt gemäß § 49 Abs. 1 ASVG beitragspflichtiges Entgelt dar, sofern nicht eine Ausnahme von der Beitragspflicht gemäß Abs. 3 vorliegt (vgl. VwGH vom 29.10.2008, Zl. 2005/08/0218).

Als Entgelt sind alle vermögenswerten Vorteile zu verstehen, die als Gegenleistung für abhängige Dienste gewährt werden (Vgl. VwGH vom 08.04.1975, Zl. 1009/73).

Wie unter Punkt 3.2.1. festgestellt, wurden im gegenständlichen Fall keine abhängigen Dienste geleistet, denen als Gegenleistung ein vermögenswerter Vorteil gewährt wurde, sondern lediglich durch die Abgeltung des Aufwandes im Rahmen des amtlichen Kilometergeldes ein Auslagenersatz gewährt.

Auf Grund der Sach- und Rechtslage war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### Schlagworte

Ablehnungsrecht Aufwandsersatz Kilometergeld Pflichtversicherung Unentgeltlichkeit

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W156.2225853.1.00

### Im RIS seit

19.11.2020

### Zuletzt aktualisiert am

19.11.2020

**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)