

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/10/28 G302 2003449-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.10.2019

## Entscheidungsdatum

28.10.2019

## Norm

ASVG §35

ASVG §4

ASVG §410

ASVG §44

ASVG §471a

ASVG §49

ASVG §5

ASVG §539a

B-VG Art. 133 Abs4

## Spruch

G302 2003449-1/8E

Schriftliche Ausfertigung des am 25.10.2019 mündlich verkündeten Erkenntnisses:

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Manfred ENZI als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX, Inhaber XXXX, vertreten durch Rechtsanwälte XXXX, gegen den Bescheid der XXXXGebietskrankenkasse vom 11.04.2013, Zi. XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.10.2019 zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid der XXXX Gebietskrankenkasse (im Folgenden: belangte Behörde) vom 11.04.2013, Zi. XXXX, wurde ausgesprochen, dass XXXX (im Folgenden: CW), XXXX (im Folgenden: DW) und XXXX (im Folgenden: WW) in den genannten Zeiträumen aufgrund ihrer Tätigkeit für die XXXX, Inhaber XXXX (im Folgenden: BF) gemäß § 410 Abs. 1 Z 2 iVm § 471a ff ASVG in der damals geltenden Fassung und § 1 Abs. 1 lit a AlVG der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen und die entsprechenden Versicherungsmeldungen von Amts wegen

vorgenommen werden würden (Spruchpunkt I.). Weiters wurde ausgesprochen, dass die BF gemäß §§ 44 Abs. 1 und 49 Abs. 1 ASVG wegen der im Zuge der GPLA festgestellten Meldedifferenzen verpflichtet sei, die in der Beitragsabrechnung vom 04.10.2012 und im dazugehörigen Prüfbericht vom 04.10.2012 zu Dienstgeberkontonummer XXXX ausgewiesenen allgemeinen Beiträge, Nebenumlagen, Sonderbeiträge und Zuschläge nach den jeweils angeführten Beitragsgrundlagen und für die jeweils näher bezeichneten Zeiten nachzuentrichten (Spruchpunkt II.).

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass die genannten Personen, welche von der BF als geringfügig beschäftigte Dienstnehmer angemeldet worden seien, nach Bedarf und in unregelmäßiger Folge an den unterschiedlichsten Einsatzorten tageweise zum Einsatz gekommen seien und hierfür jeweils ein Entgelt erhalten hätten, welches die Geringfügigkeitsgrenze überstiegen hätte.

Dagegen wurde mit Schriftsatz der damaligen Vertretung der BF am 10.05.2013 fristgerecht das Rechtsmittel des Einspruches erhoben.

Mit Schreiben vom 23.08.2013 wurde der Einspruch und der dazugehörige Verwaltungsakt dem seinerzeit zuständigen Landeshauptmann XXXX (im Folgenden: LH) vorgelegt.

Mit Bescheid des LH vom 26.09.2013, GZ. XXXX wurde dem Antrag der BF auf aufschiebende Wirkung Folge gegeben.

Mit Wirksamkeit vom 01.01.2014 ging die Zuständigkeit zur Weiterführung dieses oben bezeichneten, zum 31.12.2013 beim LH anhängigen Verfahrens, gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG auf das nunmehr zuständige Bundesverwaltungsgericht über. Das nun gegenständliche Beschwerdeverfahren wurde der Gerichtsabteilung G302 zugewiesen.

Am 25.10.2019 wurde am Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung im Beisein des Inhabers der BF, seines Rechtsvertreters und einer Vertreterin der belangten Behörde durchgeführt.

Nach Schluss der Verhandlung am 25.10.2019 wurde das gegenständliche Erkenntnis mündlich verkündet. Der rechtsfreundliche Vertreter beantragte die schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen

Die BF betreibt ein Unternehmen, welches Wach- und Sicherheitsdienste anbietet.

Neben ihren drei Hauptarbeitsgebieten Baubewachung, Hotel- und Diskothekenbewachung sowie Eventbewachung bietet die BF auch ein Serviceangebot für Garderobenservice, Kassendamen und Parkplatzeinweiser.

Die genannten drei Personen waren in den unten angeführten Tagen für die BF im Rahmen des Unternehmensbereiches vollversicherungspflichtig tätig:

CW am 08.10.2009, 21.11.2009, 28.11.2009, 12.12.2009, 15.12.2009, 19.12.2009, 25.12.2009, 26.12.2009, 02.01.2010, 08.01.2010, 09.01.2010, 05.02.2010, 12.02.2010, 05.03.2010, 12.03.2010, 27.03.2010, 01.04.2010, 01.05.2010, 01.06.2010 und am 02.12.2010.

DW am 05.09.2009, 11.09.2009, 17.09.2009, 18.09.2009, 19.09.2009, 23.10.2009, 24.10.2009, 25.10.2009, 31.10.2009, 07.05.2010, 18.06.2010, 19.06.2010, 01.07.2010, 01.08.2010, 04.09.2010, 16.10.2010, 12.11.2010, 13.11.2010, 19.11.2010, 20.11.2010, 27.11.2010, 04.12.2010, 10.12.2010, 11.12.2010, 18.12.2010 und am 31.12.2010.

WW am 04.09.2009, 11.09.2009, 12.09.2009, 17.09.2009, 18.09.2009, 19.09.2009, 23.10.2009, 24.10.2009, 25.10.2009, 31.10.2009, 06.11.2009, 07.11.2009, 13.11.2009, 14.11.2009, 29.11.2009, 02.12.2009, 03.12.2009, 04.12.2009, 05.12.2009, 02.01.2010, 08.01.2010, 09.01.2010, 06.02.2010, 12.02.2010, 13.02.2010, 06.03.2010, 12.03.2010, 13.03.2010, 03.04.2010, 10.04.2010, 07.05.2010, 18.06.2010, 19.06.2010, 01.07.2010, 01.08.2010, 04.09.2010, 16.10.2010, 12.11.2010, 13.11.2010, 19.11.2010, 20.11.2010, 26.11.2010, 04.12.2010, 10.12.2010, 11.12.2010 und am 18.12.2010.

Die angeführten Personen kamen dabei jeweils nach Bedarf in unregelmäßiger Folge an den unterschiedlichsten Einsatzorten, jedoch zumeist in XXXX in der XXXX, tageweise zum Einsatz. Dabei wurden diese per Anruf verständigt. Die Dienstnehmer hatten das Recht die Aufträge abzulehnen.

Sie erhielten dafür jeweils ein Entgelt, welches die Geringfügigkeitsgrenze überstieg.

Von der BF wurden CW, DW und WW im verfahrensgegenständlichen Zeitraum als geringfügig beschäftigte Dienstnehmer zur Pflichtversicherung angemeldet. Wurde in einem Kalendermonat kein Auftrag erteilt, wurde den oben angeführten Personen EUR 20,00 auf dem Lohnkonto verrechnet.

Es kann nicht festgestellt werden, dass das Beschäftigungsverhältnis auf unbestimmte Zeit vereinbart wurde. Vielmehr bestand keine Regelmäßigkeit bei der Auftragsvergabe.

## 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 25.10.2019 stattgefundenen öffentlichen mündlichen Verhandlung. Im Zuge dessen wurde die BF, Inhaber XXXX (in der Folge: IH), zum Sachverhalt vernommen sowie die Beweismittel und der vorliegende Akteninhalt (darunter insbesondere die GPLA, der Bescheid der belangten Behörde und die dagegen eingebrachte Beschwerde) erörtert.

Die drei Dienstnehmer (CW, DW und WW) konnten nicht zur Verhandlung geladen werden, weil deren Aufenthalt nicht bekannt ist.

Die BF konnte den Ausführungen der belangten Behörde nicht substantiiert entgegentreten und war nicht in der Lage arbeitsrechtliche Unterlagen, wie z.B. einen Dienstzettel, eine Vereinbarung über die Änderung des Ausmaßes der Arbeitszeit bzw. eine Urlaubskartei vorzulegen. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass diese Unterlagen im Betrieb nicht vorhanden sind.

Aus dem Inhalt der drei in der Verhandlung vorgelegten Dienstverträge ergibt sich lediglich, dass eine geringfügige Beschäftigung mit einer monatlichen Arbeitszeit von einer Stunde vereinbart worden sei. Dabei ist auszuführen, dass eine Arbeitszeit von einer Stunde pro Kalendermonat recht ungewöhnlich erscheint und mit den tatsächlichen Verhältnissen (Arbeitszeit pro Auftrag drei bis acht Stunden) nicht vereinbar ist.

Aus den von der BF selbst vorgelegten Zeitaufzeichnungen bzw. Gehaltsabrechnungen der drei Dienstnehmer ergibt sich eindeutig, dass diese an den oben angeführten Tagen für die BF tätig waren und dafür über die tägliche Geringfügigkeitsgrenze entlohnt wurden.

Bei Betrachtung der einzelnen Tage ergibt sich entgegen dem Vorbringen der BF keine periodisch wiederkehrende Leistung.

Ebenso ergibt sich aus den vorgelegten Gehaltsabrechnungen, dass EUR 20,00 auf dem Lohnkonto verrechnet wurden, wenn es zu keinem Einsatz gekommen ist.

Auch daraus ergibt sich, dass keine Regelmäßigkeit bei der Auftragsvergabe bestand.

Keinem Lohnkonto ist zu entnehmen, dass ein Mehrstundenzuschlag gemäß AZG bezahlt wurde. Dies wurde von IH auch selbst eingeräumt.

IH gab gegenüber der GPLA Prüferin mehrmals an, dass Dienstnehmer vor jedem Einsatz per SMS verständigt wurden (siehe Protokoll Schlussbesprechung vom 09.07.2012). In der mündlichen Verhandlung führte er aus, dass er CW, DW und WW telefonisch verständigt hätte.

In der Beschwerde wird von der BF selbst ausgeführt, dass es klar auf der Hand liege, dass Veranstaltungen (allgemein Events) nicht in regelmäßiger Reihenfolge an jeweils demselben Ort stattfinden, sondern werden Festveranstaltungen zu jeweils bestimmten Zeitpunkten an verschiedenen Orten veranstaltet. Dass Festveranstaltungen nur tageweise (oft auch nur ein Tag) stattfinden, liege auf der Hand. Aus den eigenen Angaben in der Beschwerde ergibt sich somit, dass die BF für diese Veranstaltungen Dienstnehmer rekrutieren musste und dies wurde von der BF in Form von Verständigung mittels Anruf durchgeführt, wobei die Dienstnehmer das Recht hatten Einsätze abzulehnen.

Aufgrund der Ausführungen von IH in der mündlichen Verhandlung gelangt der erkennende Richter zum Schluss, dass die BF den Sachverhalt lediglich in ein für sie besseres Licht rücken wollte, um den Sanktionen (Verpflichtung zur Beitragsnachzahlung) zu entgehen.

Im Gesamten gesehen sind die Ausführungen der belangten Behörde nachvollziehbarer als die der BF.

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:

#### 3.1. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht

Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBI. Nr. 1/1930, geht die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31.12.2013 bei den Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, auf die Verwaltungsgerichte über.

Im konkreten Fall ist somit die Zuständigkeit des LH mit 01.01.2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBI. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen eine Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Da in den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen eine Senatszuständigkeit nicht vorgesehen ist, obliegt in der gegenständlichen Rechtssache die Entscheidung dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter.

Gemäß § 17 VwVG 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, BGBI. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBI. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBI. 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):

3.2. Für die Beurteilung der Versicherungspflicht ist das ASVG in der im jeweiligen zu beurteilenden Zeitraum in Geltung stehenden Fassung - zeitraumbezogen - anzuwenden; dies betrifft die materiell die Versicherungspflicht regelnden Bestimmungen, nicht jedoch - sofern nicht anderes angeordnet ist oder sich aus Übergangsbestimmungen ergibt - jene Bestimmungen, die das von der Behörde einzuhaltende Verfahren regeln (VwGH 24.01.2006, 2003/08/0231).

Die maßgebenden Bestimmungen des ASVG lauten in der für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Fassung wie folgt:

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

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBI. I Nr. 45/2005, entlohnt werden.

§ 5 (2) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens (2009: 27,47 € und 2010: 28,13 €), insgesamt jedoch von höchstens (2009: 357,74 € und 2010: 366,33 €) gebührt oder 2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als (2009: 357,74 € und 2010: 366,33 €) gebührt.

§ 35 (1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt 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 Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

§ 44 (1) Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) ist für Pflichtversicherte, sofern im folgenden nichts anderes bestimmt wird, der im Beitragszeitraum gebührende auf Cent gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinne gilt: 1. bei den pflichtversicherten Dienstnehmern und Lehrlingen das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1, 3, 4 und 6;

§ 49 (1) Unter Entgelt sind 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.

§ 471a (1) Fallweise beschäftigte Personen sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes versichert (vollversichert), sofern nicht die Bestimmungen über die Versicherung der unständig beschäftigten Arbeiter in der Land- und Forstwirtschaft (Abschnitt I) anzuwenden sind.

(2) Die Versicherung der fallweise beschäftigten Personen wird, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt wird, in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung nach den sonstigen Vorschriften über diese Versicherungen durchgeführt.

§ 471b Unter fallweise beschäftigten Personen sind Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist.

§ 471c Die Pflichtversicherung tritt nur ein, wenn das dem Dienstnehmer im betreffenden Beitragszeitraum für einen Arbeitstag im Durchschnitt gebührende Entgelt den nach § 5 Abs. 2 Z 1 geltenden Betrag übersteigt.

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

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

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

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

(5) Die Grundsätze, nach denen 1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise, 2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie 3. die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind."

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.

§ 2 AVRAG lautete:

"(1) Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer unverzüglich nach Beginn des Arbeitsverhältnisses eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag (Dienstzettel) auszuhändigen. Solche Aufzeichnungen sind von Stempel- und unmittelbaren Gebühren befreit.

(2) Der Dienstzettel hat folgende Angaben zu enthalten:

1. Name und Anschrift des Arbeitgebers,
  2. Name und Anschrift des Arbeitnehmers,
  3. Beginn des Arbeitsverhältnisses,
  4. bei Arbeitsverhältnissen auf bestimmte Zeit das Ende des Arbeitsverhältnisses,
  5. Dauer der Kündigungsfrist, Kündigungstermin,
  6. gewöhnlicher Arbeits(Einsatz)ort, erforderlichenfalls Hinweis auf wechselnde Arbeits(Einsatz)orte,
  7. allfällige Einstufung in ein generelles Schema,
  8. vorgesehene Verwendung,
  9. Anfangsbezug (Grundgehalt, -lohn, weitere Entgeltbestandteile wie zB Sonderzahlungen), Fälligkeit des Entgelts,
  10. Ausmaß des jährlichen Erholungsurlaubes,
  11. vereinbarte tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit des Arbeitnehmers, sofern es sich nicht um Arbeitsverhältnisse handelt, auf die das Hausbesorgergesetz, BGBl. Nr. 16/1970, anzuwenden ist, und
  12. Bezeichnung der auf den Arbeitsvertrag allenfalls anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung (Kollektivvertrag, Satzung, Mindestlohtarif, festgesetzte Lehrlingsentschädigung, Betriebsvereinbarung) und Hinweis auf den Raum im Betrieb, in dem diese zur Einsichtnahme aufliegen,
  13. Name und Anschrift der Betrieblichen Vorsorgekasse (BV-Kasse) des Arbeitnehmers oder für Arbeitnehmer, die dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG), BGBl. Nr. 414/1972, unterliegen, Name und Anschrift der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse.
- 6) Jede Änderung der Angaben gemäß Abs. 2 und 3 ist dem Arbeitnehmer unverzüglich, spätestens jedoch einen Monat nach ihrem Wirksamkeitsbeginn schriftlich mitzuteilen, es sei denn, die Änderung erfolgte durch Änderung von Gesetzen oder Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, auf die gemäß Abs. 5 verwiesen wurde."

§ 19d AZG lautete:

"(1) Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die vereinbarte Wochenarbeitszeit die gesetzliche Normalarbeitszeit oder eine durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte kürzere Normalarbeitszeit im Durchschnitt unterschreitet. Einer Norm der kollektiven Rechtsgestaltung ist gleichzuhalten, wenn eine durch Betriebsvereinbarung festgesetzte kürzere Normalarbeitszeit mit anderen Arbeitnehmern, für die kein Betriebsrat errichtet ist, einzelvertraglich vereinbart wird.

(2) Ausmaß und Lage der Arbeitszeit und ihre Änderung sind zu vereinbaren, sofern sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt werden. Die Änderung des Ausmaßes der regelmäßigen Arbeitszeit bedarf der Schriftform. § 19c Abs. 2 und 3 sind anzuwenden. Eine ungleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Tage und Wochen kann im Vorhinein vereinbart werden."

§ 8 UrlG lautete:

"(1) Der Arbeitgeber hat Aufzeichnungen zu führen, aus denen hervorgeht 1. der Zeitpunkt des Dienstantrittes des Arbeitnehmers, die angerechneten Dienstzeiten und die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden bezahlten Urlaubes; 2. die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer seinen bezahlten Urlaub genommen hat; 3. das Entgelt, das der Arbeitnehmer für die Dauer des bezahlten Urlaubes erhalten hat, und der Zeitpunkt der Auszahlung; 4. wenn das Urlaubsjahr nicht nach dem Arbeitsjahr berechnet wird, der Zeitpunkt, ab dem die Umstellung gilt, und die Norm, auf Grund der die Umstellung erfolgt ist, sowie das Ausmaß der dem Arbeitnehmer für den Umstellungszeitraum gebührenden Urlaubsansprüche und der Zeitraum, in dem dieser Urlaub verbraucht wurde.

(2) Die Verpflichtung nach Abs. 1 ist auch dann erfüllt, wenn diese Angaben aus Aufzeichnungen hervorgehen, die der Arbeitgeber zum Nachweis der Erfüllung anderer Verpflichtungen führt."

3.3. Im gegenständlichen Verfahren ist strittig, ob es sich bei der Tätigkeit der drei im angefochtenen Bescheid genannten Personen für die BF, um eine fallweise bzw. tageweise Beschäftigung oder um periodisch wiederkehrende und somit durchgehende Beschäftigung handelte.

3.3.1. 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 maßgebend.

Die Zulässigkeit des Durchgriffs auf den wahren wirtschaftlichen Sachverhalt setzt an sich voraus, dass zwar durch die äußere rechtliche Gestaltung eines Rechtsverhältnisses versucht wurde, eine bestimmte Rechtsfolge (Versicherungspflicht, Beitragspflicht) zu vermeiden, diese Gestaltung aber im Ergebnis darauf hinausläuft, dass die faktischen Verhältnisse, v.a. die wirtschaftlichen Auswirkungen annähernd dieselben sind, wie bei der vermiedenen Konstruktion. Der Begriff des "wahren" ist insoweit ein Gegensatz zu einem "falschen" Sachverhalt, als durch die Rechtsgestaltung der wahre Sachverhalt verschleiert werden sollte. Der "wahre" Sachverhalt ist jener, der die Rechtsfolgen des Sozialversicherungsrechts auslöst, auch wenn er nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, weil die rechtliche Gestaltung vorübergehend den Blick verstellt.

Der Durchgriff auf den wahren wirtschaftlichen Sachverhalt ist also in Fällen von Bedeutung, in denen der Gesetzgeber an bestimmte zivilrechtliche Umstände anknüpft, eine derartige zivilrechtliche Gestaltung zwar nicht unmittelbar vorliegt, jedoch mit Hilfe meist komplexer rechtlicher Gestaltungen eine möglichste Annäherung an den vermiedenen Rechtszustand in wirtschaftlicher Hinsicht erreicht wurde. In diesem Fall wird jener rechtliche Zustand fingiert, der den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht (Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 539a ASVG Rz 18 f.).

Ein Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts im Sinn des § 539a ASVG wäre dann gegeben, wenn die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse anders als mit der Absicht der Umgehung gesetzlicher Verpflichtungen nicht erklärt werden kann. In einem solchen Fall tritt nach Abs. 3 der genannten Bestimmung an die Stelle der unbeachtlichen Rechtskonstruktion jene, die den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessen wäre; Scheingeschäfte bleiben nach Abs. 4 der erwähnten Bestimmung ohne Bedeutung (vgl. VwGH 27.08.2019, Ra 2016/08/0074).

3.3.2. Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber 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 Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. VwGH 24.02.2016, 2013/08/0058).

Für die Beantwortung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, ist maßgeblich, ob jene Person, deren Versicherungs- bzw. Beitragspflicht zu beurteilen ist, aus der Betriebsführung im Außenverhältnis (also im Verhältnis zu Dritten) berechtigt und verpflichtet wird. Wer aus der Betriebsführung in diesem Sinne berechtigt und verpflichtet wird, ist eine Rechtsfrage, die nicht nach bloß tatsächlichen Gesichtspunkten, sondern letztlich nur auf Grund rechtlicher Gegebenheiten beantwortet werden kann (vgl. VwGH 07.09.2017, Ra 2017/08/0063).

Zum Einwand der BF, dass im angefochtenen Bescheid die deutsche Dienstgeberadresse der BF angeführt sei und die drei Personen unter dieser Adresse nur bis 31.03.2010 beschäftigt gewesen wären, da mit 01.04.2010 die österreichische Dienstgeberadresse der BF im Dienstvertrag aufscheine, wird ausgeführt, dass es sich beim Dienstgeber um den Einzelunternehmer IH (natürliche Person) handelt und somit das Rechtssubjekt Dienstgeber ident ist. Ebenso ist es aus diesem Grund zu keiner Änderung der Beitragskontonummer der belangen Behörde gekommen und hat die BF z.B. den Dienstnehmer WW am 31.03.2010 bei der belangen eben unter dieser Beitragskontonummer umgemeldet. Aus diesem Grund gehen die Ausführungen des Rechtsvertreters ins Leere.

3.3.3. Bei einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG kommt - anders als im Falle einer Tätigkeit auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG - in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht begründet, kein durchgehendes, jedoch eventuell ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis in Frage. Liegt keine (für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche) ausdrückliche oder im Sinn des § 863 ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des

Dienstnehmers, d.h. über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbaren Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw. ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen, vor, oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, die Übernahme ihm angebotener einzelner Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen, sofern die zur Rede stehenden konkreten Arbeitsleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden. Eine tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist ein Indiz für die genannte schlüssige Vereinbarung (VwGH 17.12.2015, 2013/08/0222).

Die Vollversicherung auf Grund eines (über der Geringfügigkeitsgrenze entlohrten) tageweisen Beschäftigungsverhältnisses beginnt gemäß § 471a Abs. 2 iVm § 10 Abs. 1 ASVG mit dem Tag des Beginns der Beschäftigung und sie endet gemäß § 471a Abs. 2 iVm § 11 Abs. 1 ASVG (grundsätzlich) mit dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses (VwGH 22.02.2012, 2011/08/0361).

Der VwGH stellte in dem einen Botenfahrer betreffenden Erkenntnis klar, dass die Verneinung eines durchgehenden sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses wegen der Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen nicht ausschließe, dass während der wiederkehrenden kurzfristigen tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen jeweils tageweise versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zu Stande kommen könnten, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden tageweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist. Damit wird auch die Unterscheidung zwischen der sanktionslosen Ablehnung der Erbringung einzelner Leistungen, etwa bei deren Abruf im Zuge einer Rahmenvereinbarung bei verpflichtender Tätigkeit im Fall der Zusage, und einem generellen Ablehnungsrecht, das die persönliche Abhängigkeit ausschließt, deutlich (VwGH 21.02.2007, 2003/08/0232).

Trotz der Beachtlichkeit der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses in Grenzfällen können auch Personen, die nur tageweise Beschäftigungen ausüben (sofern dadurch nicht ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis während eines größeren Zeitraumes begründet wird), jedenfalls in den tatsächlichen Beschäftigungszeiten in versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen stehen, wenn nach dem Gesamtbild der jeweils konkret zu beurteilenden tageweisen Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet und nicht nur beschränkt ist (VwGH 21.12.2005, 2004/08/0066).

Eine der Anzahl der Stunden nach fixierte, wöchentliche (daher periodisch wiederkehrende) Arbeitsverpflichtung bei gleichzeitiger unbedingter Zahlungsverpflichtung des abrufberechtigten Dienstgebers begründet nicht bloß eine tageweise, sondern eine durchlaufende Versicherungspflicht für den gesamten Zeitraum. Für das Vorliegen eines durchlaufenden Beschäftigungsverhältnisses ist nicht Voraussetzung, dass die periodische Wiederkehr der Arbeitsleistung notwendigerweise regelmäßig an bestimmten Wochentagen erfolgt (VwGH 20.04.1993, 92/08/0237).

Bei einer vereinbarten "Arbeit auf Abruf" ist kein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis anzunehmen, wenn der Beschäftigte entweder berechtigt ist, im Rahmen der getroffenen Gesamtverpflichtung (auf Abruf Arbeit zu leisten) sanktionslos einzelne (abgerufene) Arbeitsleistungen abzulehnen oder zwar grundsätzlich verpflichtet ist, bei Abruf Arbeit zu verrichten, es aber im Belieben des Vertragspartners steht, ob überhaupt und wann er die Leistung abruft und davon der Entgeltanspruch des Beschäftigten abhängt (VwGH 25.04.1995, 93/08/0174).

Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 471c ASVG Rz 3 f. (Stand 1.1.2014, rdb.at):

"Die Sonderbestimmungen für fallweise beschäftigte Personen gelten nach § 471 b nur, wenn diese in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben DG beschäftigt werden und die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist. Daraus ergibt sich zunächst, dass die Vereinbarung eines Beschäftigungsverhältnisses für eine Woche oder länger eine fallweise Beschäftigung ausschließt, auch wenn die Tätigkeit nur an einem Tag bzw. einzelnen Tagen ausgeübt wird. Eine Vereinbarung auf zwei Wochen, jeweils einen Tag pro Woche, ist daher keine fallweise Beschäftigung. Auch periodisch wiederkehrende Arbeitseinsätze (zB jeden Montag von 8.00 bis 12.00 Uhr) fallen nicht darunter. Erst recht sind über eine Woche durchgängig beschäftigte DN nicht als fallweise beschäftigt anzusehen

(VwGH 2006/08/0285, SVSlg 56.370). Aus dem Wort "tageweise" ist ferner zu schließen, dass eine Beschäftigung von mehreren Tagen hintereinander auch dann nicht unter die §§ 471 a ff fällt, wenn das Beschäftigungsverhältnis weniger als eine Woche dauert.

Wird ein DN längerfristig immer wieder tageweise beschäftigt, kommt es darauf an, ob jeweils einzelne Beschäftigungsverhältnisse vereinbart werden oder ein durchgängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Der VwGH stellt bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung darauf ab, ob eine periodisch wiederkehrende Leistung feststellbar ist und diese im Vorhinein verbindlich (zB in einem Dienstplan) festgelegt wurde (zB VwGH 97/08/0395; 2002/08/0215, SVSlg 54.220 [mit ausführlicher Darstellung der Vorerkenntnisse]). Ist keine periodisch wiederkehrende Leistung vereinbart, handelt es sich um einzelne Beschäftigungsverhältnisse, auf die bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen die §§ 471 a - 471 e anwendbar sind (VwGH 2002/08/0215, SVSlg 54.220). Das ist va dann der Fall, wenn angebotene Aufträge grundlos abgelehnt werden können bzw dem Beschäftigten das Recht zukommt, den Leistungszeitpunkt weitgehend oder gänzlich selbst zu bestimmen (vgl etwa zu Poolarbeitskräften BMSG 323.168/0001-II/A/3/2007, SVSlg 54.223; zu einem Kontrollor eines Verkehrsverbunds, der sich vertreten lassen kann und telefonisch den Auftrag abruft, BMSGK 223.869/1-3/04, SVSlg 51.751)."

Bei einer vereinbarten "Arbeit auf Abruf" wie im gegenständlichen Fall ist kein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis anzunehmen, da es im Belieben des Dienstgebers stand, ob überhaupt und wann er die Leistung abgerufen hat und davon der Entgeltanspruch der Beschäftigten abhängt. Die Dienstnehmer war berechtigt sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen im Rahmen der getroffenen Gesamtverpflichtung (auf Abruf Arbeit zu leisten) abzulehnen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei einem vereinbarten Stundenlohn und bei Entlohnung gemäß den geleisteten Arbeitsstunden eine Willensübereinstimmung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, jeweils nur bis zum jeweiligen Arbeitsende in persönlicher Abhängigkeit Arbeiten zu erbringen bzw. Entgelt zu gewähren.

Somit hat die belangte Behörde zu Recht die Beschäftigung der oben angeführten Personen (CW, DW und WW) an den angeführten Tagen als fallweise im Sinne der §§ 471a ff SAVG qualifiziert.

3.3.4. Die Berechnung der Höhe der Beiträge ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des ASVG. Die Höhe der Beiträge ergibt sich daher aus der Subsumtion des festgestellten Sachverhaltes unter die gesetzlichen Bestimmungen. Der Berechnung selbst wurde nicht entgegengetreten.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchteil B): Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idG, 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 gegen die gegenständliche Entscheidung 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.

Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen.

## **Schlagworte**

Beitragsnachverrechnung, Beschäftigungsausmaß, Dienstverhältnis, Entgelt, Geringfügigkeitsgrenze, Vereinbarung, Versicherungspflicht

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:G302.2003449.1.00

## **Zuletzt aktualisiert am**

13.02.2020

**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)