

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

28.01.2015

**Geschäftszahl**

L504 2003674-1

**Spruch**

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. R. Engel über die Beschwerde von XXXX, vertreten durch PRESSL ENDL HEINRICH BAMBERGER Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse, vom 13.02.2012, GZ: 046-Mag.Kurz/CF 09/12, beschlossen:

A)

In Erledigung der Beschwerde wird der bekämpfte Bescheid behoben und die Angelegenheit gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG zurückverwiesen.

B)

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

**Text**

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Die Salzburger Gebietskrankenkasse (im Folgenden auch kurz bezeichnet als GKK) hat mit oa. Bescheid ausgesprochen, dass XXXX im Zeitraum von 27.11.2011 bis 03.03.2012; XXXX im Zeitraum von 26.11.2011 bis 18.04.2012 und XXXX im Zeitraum von 27.11.2011 bis 18.04.2012, aufgrund der für die XXXX [im Folgenden kurz "bP" (beschwerdeführende Partei)] in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübten entgeltlichen Tätigkeit der Pflicht(Voll)-Versicherung in der Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung unterlegen habe. Die Pflichtversicherung werde gemäß §§ 4 Abs 1 und 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs 1 lit a AIVG begründet.

Zum Sachverhalt führte die belangte Behörde Folgendes aus:

"Im gegenständlichen Fall wurden im Rahmen einer Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem ASVG bzw dem LSDB-G durch Organe des Finanzamtes St.Johann/Tamsweg/Zell am See, Team FinPol, und Organe der Salzburger Gebietskrankenkasse am 06.02.2012 festgestellt, dass oben angeführte Personen im Betrieb XXXX tätig sind, ohne sozialversicherungsrechtlich angemeldet zu sein.

Die bP ist im Handelsregister des Amtsgerichts Münster zu XXXX eingetragen; seit 01.01.1999 ist im Firmenbuch des Landesgerichtes XXXX zu FN XXXX eine Zweigniederlassung eingetragen; dies an der Adresse des XXXX. Eine Gewerbeberechtigung liegt lediglich mehr für den Standort Hotel XXXX vor. Die handelsrechtlichen Geschäftsführer der GmbH in Deutschland sind XXXX und XXXX. Gewerbeberechtigten Geschäftsführer für den Standort XXXX gibt es laut Auskunft im Gewerberegister keinen.

Die bP betreibt in Deutschland keine Hotel- Gast-, oder sonstige Beherbergungsbetriebe, sondern ist am Sektor Reiseveranstaltung, Reisevermittlung Reiseausschreibung, Katalogerstellung, Personalschulung etc. tätig. Die (Hotel-)Betriebe in Österreich werden von der bP saisonal im Winter und teilweise auch im Sommer geführt.

Festgehalten wird, dass die bP europaweit Arbeitnehmer entsendet (nach Griechenland, nach Frankreich, nach Italien, Schweiz etc.). Siehe hier auch den Internetauftritt der bP [www.XXXX](http://www.XXXX).

Die bP verfügt in Münster über ein Stammpersonal von 7 Mitarbeitern und einem Auszubildenden. In Österreich werden (neben entsendeten Arbeitnehmern) auch Personen eingesetzt, welche in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet werden. Bei der Kontrolle wurde festgestellt, dass die drei im Spruch genannten Personen weder entsendet, noch zur Sozialversicherung in Österreich angemeldet wurden.

Der Hausleiter des XXXX ist XXXX. Er ist in Österreich angemeldet.

Es gibt im XXXX zwei Sorten an Personal; das österreichische (XXXX) und das deutsche (entsendete) Personal; das deutsche Personal sind ungefähr 12-13 Personen. Das Personal wird vor Ort eingeschult. Einen Unterschied in der Tätigkeit gibt es nicht.

Die überwiegende Anzahl der Arbeitnehmer wird in den Bereichen Service/Küche/Reinigung/Zimmerdienst (Mischttätigkeit) eingesetzt, die nach einem Dienstplan (Wochenplan) ihre ihnen zugewiesenen Arbeiten zu erledigen haben. Die Dienst-Wochenpläne werden vor Ort durch den Hausleiter, XXXX bzw der jeweiligen Serviceleiterin (gegenständlich XXXX) erstellt. Das Tätigkeitsprofil befindet sich im Arbeitsvertrag. Die Arbeiten werden vom Hausleiter kontrolliert. Das Personal gibt krankheitsbedingte Abwesenheiten dem Hausleiter bekannt; dieser meldet das weiter nach Münster. Ebenso wenn jemand einen Unfall hat.

Einige Arbeitnehmer sind sogenannte "Ski-Reiseleiter". Diese sind für die Organisation von diversen Events (z.B. Hütten-, Rodelabende), für die Begrüßung und Begleitung der Gäste beim Skifahren etc. zuständig. Weiters gibt es Arbeitnehmer, die direkt als Skilehrer eingesetzt werden.

Die Verträge des Stammpersonals in Österreich (abgeschlossen mit der Zweigniederlassung als Arbeitgeber) und auch deren Entlohnung unterscheiden sich inhaltlich nicht von jenen, welche mit den entsandten Arbeitnehmern abgeschlossen werden. Mit den Skilehrern werden "Honorarverträge" abgeschlossen.

XXXX ist "Beiköchin" und XXXX ist Stubenmädchen. XXXX ist Stubenmädchen und in der Serviceleitung tätig. Sie betreut auch das deutsche Personal, Das deutsche Personal ist das Service/Küchen/Reinigungspersonal, sowie das Skilehrerpersonal.

Die Unterscheidung zwischen österreichischem und deutschem Personal wurde insofern getroffen, als in Österreich seitens des Dienstgebers jenes Personal angemeldet wird, welches jede Saison wieder kommt und immer fix im Winter tätig ist. Jenes Personal, welches wechselt wird entsendet. In der Tätigkeit an sich ist kein Unterschied.

Den Arbeitnehmern wird für den gesamten Aufenthalt der Skipass, sowie Verpflegung und Unterkunft zur Verfügung gestellt; dies vor Ort direkt im Hotel.

XXXX arbeitet an der Bar; sie ist seit 26.11.2011 in XXXX tätig. XXXX ist Skilehrer, ist seit 27.11.2011 tätig. XXXX ist ebenso Skilehrer und ebenso seit 27.11.2011 tätig. Sämtliche im Spruch angeführten Dienstnehmer finden sich in den Dienstplänen vor Ort wieder.

Die vor Ort ausgestellten A1 Formulare, mit welchem die Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften festgelegt wurde, stellen einen integrierten Bestandteil dieses Bescheides dar."

Beweiswürdigend argumentierte die belangte Behörde:

"Die Feststellungen beruhen auf den im Rahmen des bei der Betretung festgestellten Sachverhalts vor Ort, den niederschriftlichen Angaben des Hausleiters, XXXX, der Dienstnehmer (XXXX), weiters auf den Angaben auf der Homepage [www.XXXX](http://www.XXXX), sowie auf den vorgelegten Dienstplänen.

Eine tatsächliche abhängige Tätigkeit der im Spruch angeführten Personen ist evident und unbestritten. Es handelt sich gegenständlich um eine reine Rechtsfrage hinsichtlich der Zuständigkeit. Angesichts dass

gegenständlich keine Entsendung vorliegt, eine Tätigkeit in Österreich vorliegt, ist österreichische Zuständigkeit hinsichtlich der Einbeziehung in die Pflichtversicherung gegeben. Da kein A1- Formular vorliegt können die Dienstnehmer in die Pflichtversicherung einbezogen werden. Siehe hierzu weiters sogleich unter Punkt III."

Rechtlich wurde argumentiert:

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

Laut Abs 2 der vorerwähnten Bestimmung ist Dienstnehmer im Sinne des ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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

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

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

- a) Unterwerfung des Arbeitenden unter betriebliche Ordnungsvorschriften,
- b) Verpflichtung des Dienstnehmers zur Befolgung der Weisungen des Dienstgebers,
- c) Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber,
- d) disziplinarische Verantwortlichkeit des Dienstnehmers.

Wirtschaftliche Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn liegt dann vor, wenn der Dienstnehmer an den Betriebsmitteln nicht als Eigentümer beteiligt ist oder

nur in einem solchen Ausmaß, welches die Möglichkeit, die Geschicke des Betriebes zu lenken, im Wesentlichen ausschließt.

Gemäß Art. 11 Abs 1 der VO 883/04 unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel. Gemäß Abs 3 lit a) unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats."

2. Dagegen hat die beschwerdeführende Partei durch ihren Rechtsfreund innerhalb offener Frist Einspruch [Beschwerde] erhoben und dies mit materieller Rechtswidrigkeit sowie auf einer unrichtigen Tatsachenfeststellung und unrichtiger Beweiswürdigung gestützt. Bei den genannten Personen würde es sich um keine Dienstnehmer der bP iSd § 4 Abs 1 u. 2 ASVG handeln. Unter näherer Ausführung auf das Nichtvorliegen entscheidender Merkmale für die Annahme einer Dienstnehmereigenschaft wird argumentiert, dass mit diesen, entgegen der Behauptung der belangten Behörde, eine selbständige Tätigkeit vereinbart worden sei. Zum Beweis legte die bP Verträge mit XXXX ("Befristeter Honorarvertrag-Änderung" als Skistationsleiter), XXXX("Befristeter Honorarvertrag" als Skilehrer) - diese Verträge befinden sich nicht im vorgelegten Verwaltungsakt der Kasse -, XXXX ("Bar-Pachtvertrag" als Pächterin) vor.

3. Im Vorlagebericht verweist die belangte Behörde vollumfänglich auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid. Es sei festzuhalten, dass nicht mit dem Vorliegen einer Entsendung, vielmehr mit dem Vorliegen von arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnissen (freie Dienstnehmern bzw. selbständige Tätigkeit) argumentiert würde. Die österr. Zuständigkeit werde nicht bestritten. Der festgestellte Sachverhalt schließe eine selbständige Tätigkeit aus, es handle sich um abhängige Dienstnehmer. Auch eine Qualifizierung gem. § 4 Abs 4

ASVG (freie Dienstnehmer) komme hier nicht in Frage, ist doch bereits das Kriterium des Arbeitens mit im Wesentlichen eigenen Betriebsmitteln nicht vorhanden und können sich die Mitarbeiter auch nicht vertreten lassen. Ganz klar würden auch die Niederschriften mit den Dienstnehmern bzw. die Niederschrift mit dem Hausleiter XXXXergeben, dass die Mitarbeiter in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit für die Dienstgeberin tätig seien. Es werde beantragt den Einspruch abzuweisen.

4. Am 10.03.2014 wurde der Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes.

1. Feststellungen:

Die GKK hat im angefochtenen Bescheid die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes unterlassen und sind ergänzende Ermittlungsschritte erforderlich.

2. Beweiswürdigung:

Der für die gegenständliche Zurückverweisung des Bundesverwaltungsgerichtes relevante Sachverhalt ergibt sich aus der vorliegenden Aktenlage zweifelsfrei.

3. Rechtliche Beurteilung:

a) 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 gegenständlich als Einzelrichter. Zudem erging auch kein Antrag einer Partei auf Entscheidung durch einen Senat.

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

Gemäß § 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 A) Zurückverweisung

1.

§ 28 VwGVG

1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

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

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

(4) Hat die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben, hat das Verwaltungsgericht, wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

(5) Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

(6) [...]

(7) [...]

(8) [...]

§ 37. Zweck des Ermittlungsverfahrens ist, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben. Nach einer Antragsänderung (§ 13 Abs. 8) hat die Behörde das Ermittlungsverfahren insoweit zu ergänzen, als dies im Hinblick auf seinen Zweck notwendig ist.

#### § 45 AVG

(1) Tatsachen, die bei der Behörde offenkundig sind, und solche, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises.

(2) Im übrigen hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

(3) Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen.

#### § 58 AVG

(1) Jeder Bescheid ist ausdrücklich als solcher zu bezeichnen und hat den Spruch und die Rechtsmittelbelehrung zu enthalten.

(2) Bescheide sind zu begründen, wenn dem Standpunkt der Partei nicht vollinhaltlich Rechnung getragen oder über Einwendungen oder Anträge von Beteiligten abgesprochen wird.

(3) Im Übrigen gilt auch für Bescheide § 18 Abs. 4.

#### § 60 AVG

In der Begründung sind die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen.

2. Die belangte Behörde stellte im angefochtenen Bescheid fest, dass im jeweils angeführten Zeitraum alle 3 im Spruch angeführten Personen "Dienstnehmer" iSd § 4 Abs 2 ASVG der bP gewesen wären. Konkret wären XXXX und XXXX "Skilehrer" gewesen und XXXX habe für die bP "an der Bar gearbeitet".

Weder aus dem Bescheid noch aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt ist - abgesehen vom "Bar-Pachtvertrag" - ersichtlich welche konkrete Vertragsgestaltung zwischen diesen Personen und der bP galt, noch gibt es konkrete Hinweise, wie sich deren Arbeit hinsichtlich des wahren wirtschaftlichen Gehaltes in der Realität gestaltete, um beurteilen zu können, dass diese 3 Personen tatsächlich in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt bei der bP als Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG beschäftigt wurden, wovon aber die belangte Behörde im Bescheid in nicht nachvollziehbarer Weise ausgeht.

Auch aus der rechtlichen Begründung des Bescheides ist hinsichtlich des Sachverhaltes keine Erkenntnis zu gewinnen, da sich diese ausschließlich in der Zitierung von Gesetzestext und von Judikatur - ohne nähere Quellenangabe - erschöpft. Eine Subsumtion mit einem Sachverhalt erfolgt dabei nicht.

Soweit sich die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auf die Niederschrift mit dem Hausleiter XXXX als Erkenntnisquelle stützt, ist anzumerken, dass sich daraus nichts Näheres über die vertragliche Gestaltung und die tatsächliche Ausgestaltung der Arbeit von diesen 3 Personen in der Praxis wieder findet.

Auch die im Verwaltungsakt befindlichen "Arbeitsverträge" betreffen im Wesentlichen andere Berufsgruppen von Beschäftigten.

Soweit die belangte Behörde ihre gewonnene Erkenntnis auf Niederschriften mit XXXX (Arbeitsvertrag als Service-u. Küchenkraft), XXXX (Arbeitsvertrag als Serviceleitung), XXXX (Arbeitsvertrag als Reiseleiter), XXXX (Arbeitsvertrag als Serviceleitung), XXXX (Arbeitsvertrag als Reiseleiterin), XXXX (Arbeitsvertrag als Stubenmädchen), XXXX (Arbeitsvertrag als Service-Küche-Reinigung) stützt, ist anzumerken, dass deren Verträge im Gegensatz zu den gegenständlichen schon als "Arbeitsvertrag" bezeichnet werden und deren Aussagen sich auf Berufe bzw. Berufsgruppen beziehen, die nicht der Beschäftigung der gegenständlichen 3 Personen entsprechen und somit keine taugliche Grundlage darstellen, um die vertragliche und tatsächliche Ausgestaltung von deren Arbeit zu beweisen.

Auch der Verweis auf die Homepage der bP und dass sich die Namen auf Dienstplänen wiederfinden ist nicht hinreichend.

Aus dem Inhalt des Verwaltungsaktes ist nicht ersichtlich, dass die belangte Behörde in Bezug auf dieses Verfahren der bP im Rahmen des Parteiengehörs vor Bescheiderlassung die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt und diese im Bescheid berücksichtigt hätte. Die Stellungnahme der bP ist aber Teil des maßgeblichen Sachverhaltes. Die bP war somit erstmals im Einspruchs- bzw. Beschwerdeverfahren in der Lage, sich in diesem Verfahren zum von der belangten Behörde ermittelten Sachverhalt zu äußern.

Aus den von der bP mit dem Einspruch [der Beschwerde) vorgelegten Beweismitteln bzw. Verträgen ist ersichtlich, dass mit XXXX ein Honorarvertrag mit selbständiger freiberuflicher Tätigkeit als "Skistationsleiter" abgeschlossen wurde. Die belangte Behörde geht - ohne dies näher zu begründen - (lediglich) von "Skilehrer" aus. Mit XXXX wurde demnach vertraglich eine selbständige freiberufliche Tätigkeit als "Skilehrer" vereinbart. XXXX ging einen "Bar-Pachtvertrag" mit der bP ein.

Den Verträgen betreffend Skilehrer und Skistationsleiter ist ua. gemeinsam, dass Weisungsfreiheit und Vertretungsmöglichkeit vereinbart wird. Der Bar-Pachtvertrag hat die "XXXX-Bar" zum Pachtgegenstand und ist demnach eine gestaffelte Umsatzpacht zu entrichten. Eine Weiter- bzw. Unterverpachtung durch XXXX ist grds. möglich. Ein konkretes persönliches und sachliches Weisungsrecht wie bei einem Dienstvertrag üblich, kann dem Bar-Pachtvertrag nicht entnommen werden.

Im Vorlagebericht behauptet die belangte Behörde, dass sich diese 3 gegenständlichen Personen nicht vertreten lassen können. Woher diese dem Vertrag widersprechende Erkenntnis stammt, nennt die Behörde nicht.

Angesichts des in § 28 VwGVG 2014 insgesamt verankerten Systems stellt die nach § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG 2014 bestehende Zurückverweisungsmöglichkeit eine Ausnahme von der grundsätzlichen meritorischen Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte dar. Nach dem damit gebotenen Verständnis steht diese Möglichkeit bezüglich ihrer Voraussetzungen nicht auf derselben Stufe wie die im ersten Satz des § 28 Abs 3 VwGVG 2014 verankerte grundsätzliche meritorische Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte. Vielmehr verlangt das im § 28 VwGVG 2014 insgesamt normierte System, in dem insbesondere die normative Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung bzw der Berücksichtigung einer angemessenen Verfahrensdauer ihren Ausdruck findet, dass von der Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei krassen bzw besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht wird. Eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen wird daher insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat,

wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts (vgl § 37 AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde somit festgestellt, dass diese 3 Personen Dienstnehmer der bP iSd § 4 Abs 2 ASVG sind, obwohl der dazu gehörige Sachverhalt nicht hinreichend festgestellt bzw. ermittelt wurde.

Die vertragliche Gestaltung alleine legt die von der Behörde angenommene Dienstnehmereigenschaft grds. nicht nahe und bedarf es, auch unter der Prämisse des im Verwaltungsverfahrens geltenden Grundsatzes der materiellen Wahrheit, hier für die Beurteilung des Sachverhaltes der Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Tätigkeit und ist nicht bloß die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes als maßgeblich zu erachten (§ 539a ASVG).

Das Vorliegen der Dienstnehmereigenschaft in Bezug auf die im Spruch genannten Personen wird im Beschwerdeverfahren durch die bP substantiiert bestritten und ist damit streitig. Wo widersprechende Beweisergebnisse vorliegen und dabei der Glaubwürdigkeit von Personen für die Beweiswürdigung besondere Bedeutung zukommt, ist es im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit erforderlich, diese Personen förmlich als Zeugen oder Parteien niederschriftlich zu vernehmen ([vgl VwGH 12. September 2012, ZI 2009/08/0139, uva] VwGH 15.05.2013, 2011/08/0226).

Gegenständlich wird es seitens des Bundesverwaltungsgerichtes zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes als erforderlich erachtet, jedenfalls die im Spruch genannten "Dienstnehmer" (Skistationsleiter, Skilehrer, Bar-Pächterin) hinsichtlich des wahren wirtschaftlichen Gehaltes ihrer gegenständlichen Tätigkeit niederschriftlich als Parteien einzuvernehmen. Da schon die belangte Behörde dem Hausleiter zentrale Bedeutung bei der Sachverhaltsermittlung beimaß, ist sie wohl selbst der Ansicht dieser könnte zur Aufhellung des Sachverhaltes maßgeblich beitragen und wird dieser - soweit zur Erhellung des Sachverhaltes nach Einvernahme der im Spruch genannten Personen noch erforderlich - auch als Zeuge über eigene Wahrnehmungen in Bezug auf die reale Gestaltung der Arbeit in Bezug auf die gegenständlichen Personen einzuvernehmen sein.

Die belangte Behörde hat nur ansatzweise ermittelt bzw. keine geeigneten Ermittlungsschritte gesetzt. Zudem entsteht durch diese Verfahrensführung der Eindruck, dass sie eine wesentliche Tätigkeit an die Rechtsmittelinstanz delegieren wollte.

Anzumerken ist, dass der Entscheidung der GKK im folgenden Verfahren nur jene Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden dürfen, zu denen sich die Partei in diesem Verfahren auch im Rahmen des Parteiengehörs äußern konnte (Hengstschläger/Leeb, AVG, Manz Kommentar, Rz 30 zu § 45 mwN). Ohne diesen Verfahrensschritt, also die Einholung und Berücksichtigung einer allfälligen Stellungnahme zu den künftigen Ermittlungsergebnissen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Kasse den maßgeblichen Sachverhalt feststellte.

Als Prozessgrundrecht soll dieses Mitwirkungsrecht sicherstellen, dass die erlassene Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrages der Partei haben. Ohne Gewährung von Parteiengehör kann nach VwSlg 206A/147 nicht von einem Ermittlungsverfahren iSd AVG gesprochen werden. Die belangte Behörde hat vor neuerlicher Entscheidung hinsichtlich deren Aussagen bzw. der Ermittlungsergebnisse das rechtliche Gehör zu wahren, zumal die Stellungnahme Teil des maßgeblichen Sachverhaltes ist.

Dem Telos des § 60 AVG entsprechend muss zum Einen die Begründung eines Bescheides so gestaltet sein, dass der Bescheidadressat über die für die Entscheidung der Behörde maßgebenden Erwägungen ausreichend und nachvollziehbar informiert wird, sodass er in der Lage ist, sie eventuell zu entkräften und Gegenargumente vorzubringen, und andererseits eine nachprüfende Kontrolle ermöglichen. Der VfGH hat mehrfach betont, dass die Begründung des Bescheides aus diesem selbst hervorgehen muss und auch nicht dadurch beseitigt werden kann, dass die "Motivation" der Behörde aus den Verwaltungsakten erhellt werden kann. Ein Mangel in der Bescheidbegründung kann auch nicht durch - selbst umfangreiche - Ausführungen (einen Nachtrag) in der Gegenschrift [hier in der Beschwerdevorlage] behoben werden; diese Rechtsansicht lässt sich damit begründen, dass es der Partei mangels Kenntnis der Gründe bei Erhebung der Beschwerde unmöglich war, dazu Stellung zu nehmen.(vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG Kommentar, Rz 14 zu §60 mwN).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs muss die Begründung eines Bescheids erkennen lassen, welchen Sachverhalt die Behörde ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat, aus welchen Erwägungen sie

zur Ansicht gelangt ist, dass gerade dieser Sachverhalt vorliegt und aus welchen Gründen die Behörde die Subsumtion des Sachverhalts unter einen bestimmten Tatbestand für zutreffend erachtet (vgl. dazu etwa die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I, 2. Auflage, zu § 60 AVG unter E 19 angeführten hg. Erkenntnisse). Zu einer lückenlosen Begründung gehört nicht nur die Feststellung des Sachverhalts, sondern auch die Anführung der Beweismittel (im Einzelnen), auf die die Feststellungen gegründet werden (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2006/12/0115).

Die Beweiswürdigung darf erst nach Aufnahme aller Beweise erfolgen (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG Kommentar, Rz 19 zu § 45 mwN), wozu auch die Stellungnahme der Partei im Rahmen des zu wahrenden Parteiengehörs gehört.

Insbesondere angesichts der gerichtlichen Verfahrensführung durch einen einzelnen Richter, der Umstand, dass es sich hier um ein Mehrparteienverfahren handelt, der Beachtung des Unmittelbarkeitsprinzips bei der Beweisaufnahme und grundsätzlich gegebenen Verhandlungspflicht, dem eingeschränkten bzw. erschwerten Zugang zu den der GKK für ihre Tätigkeit zugänglichen Daten, kann gegenständlich auch nicht festgestellt werden, dass die zur Erforschung der materiellen Wahrheit ergänzenden Ermittlungen unter Wahrung des Parteiengehörs durch das Bundesverwaltungsgericht selbst, mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden wäre.

Dass die Zurückverweisung den gesamten Verfahrensverlauf - zumindest wenn man eine (denkmögliche aber nicht zwingende) neuerliche Beschwerde in Betracht zieht, was aber der allgemeinen Lebenserfahrung nach bei einem rechtskonformen Verwaltungsverfahren und rechtsrichtiger, nachvollziehbarer Entscheidung der Behörde wohl von geringerer Wahrscheinlichkeit sein würde - verlängert, ist bei der Zeit- und Kostenersparnis und im Hinblick auf eine EMRK-konforme angemessene Verfahrensdauer nicht unbeachtlich (vgl. VwGH 26.6.2014, 2014/03/0063), jedoch käme andererseits eine kassatorische Entscheidung nie in Frage wenn dies das entscheidende Kriterium wäre (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG Kommentar, Rz 20f zu § 66 mwN).

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

3. Gemäß § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG konnte eine mündliche Verhandlung unterbleiben, weil bereits auf Grund der Aktenlage feststand, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben war, worunter nach hL auch eine Kassation des Bescheides subsumiert werden kann (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG Kommentar, Rz 22 zu §67d)

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 hinsichtlich § 28 Abs 3 VwGVG von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer diesbezüglichen 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.

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2015:L504.2003674.1.00