



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23-889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

E N T S C H E I D U N G S D A T U M

2 2 . 1 2 . 2 0 2 2

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 2 2 8 2 2 3 8 5 8 3 - 1 / 1 3 E

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald WÖGERBAUER als Einzelrichter über die Beschwerden der 1. XXXX Immobilienmanagement GmbH & Co KG, sowie des 2. XXXX , beide vertreten durch die XXXX GmbH, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse vom 27.10.2020, Zl. XXXX , zu Recht erkannt:

A)

Den Beschwerden wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG stattgegeben und es wird festgestellt, dass XXXX im Zeitraum von 08.01.2019 bis 02.04.2020 weder der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG noch der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG unterlag. Er unterlag sohin auch nicht der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 27.10.2020, Zl. XXXX , hat die Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK), festgestellt, dass Herr XXXX (in der Folge: BF2), VSNR XXXX , hinsichtlich der für die XXXX Immobilienmanagement GmbH & Co KG (in der Folge: BF1) ausgeübten Tätigkeit als Immobilienmakler im Zeitraum von 08.01.2019 bis laufend der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass die BF1 im Geschäftszweig „Vermittlung und Verwaltung von Immobilien“ tätig sei. Der BF2 sei am 30.04.2019 als Kommanditist der BF1 im Firmenbuch eingetragen worden. Er habe als Kommanditist weder Einfluss auf die Geschäftsführung der BF1 gehabt noch seien ihm vertraglich als Kommanditist über das UGB hinausgehende Rechte und Pflichten eingeräumt worden. Der BF2 sei für die BF1 als Immobilienmakler tätig gewesen. Er sei im Außenverhältnis im Namen und im Auftrag der BF1 aufgetreten. Der BF2 habe sowohl selbst akquirierte Aufträge als auch Aufträge der BF1 über die BF1 abgerechnet. Sämtliche von ihm verwendeten Formulare hätten von der BF1 gestammt und habe es sich um Vordrucke gehandelt, die das Logo der BF1 enthalten. Sämtliche Werbemittel seien von der BF1 zur Verfügung gestellt worden. Der BF2 habe seine Tätigkeit überwiegend vor Ort bei den Immobilien bzw. Kunden durchgeführt; daneben habe er von zuhause gearbeitet. Am Firmensitz der BF1 seien ihm ein Gemeinschaftsraum sowie Büroräumlichkeiten für Besprechungen zur Verfügung gestanden. Eine strikte Bindung an Arbeitszeit und –ort habe es nicht gegeben, zumal sich der BF2 seine Arbeitszeit – bedingt durch die Vereinbarung von Terminen mit den Kunden – grundsätzlich selbst einteilen konnte. Der BF2 habe aber faktisch 80 Stunden/Woche für die BF1 gearbeitet. Er habe sich nicht generell von externen Dritten vertreten lassen können. Die BF1 habe dem BF2 die Maklersoftware „Justimmo“ zur Verfügung gestellt und habe dafür die Lizenzgebühren bezahlt. Für den erfolgreichen Abschluss von Rechtsgeschäften und nach Bezahlung des Maklerhonorars durch den Kunden an die BF1 habe der BF2 von der BF1 Provisionen nach dem in der Vereinbarung getroffenen Abrechnungsschlüssel ausbezahlt erhalten. Der BF2 habe keine Immobilientätigkeiten für andere Auftraggeber übernommen. In einer Gesamtschau habe keine eigene markttaugliche

und tatsächlich eingesetzte betriebliche Organisation des BF2 festgestellt werden können. Er sei daher als Dienstnehmer der BF1 anzusehen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Rechtsvertretung der BF1 und des BF2 mit (gleichlautenden) Schriftsätzen vom 23.11.2020 fristgerecht Beschwerde. Darin wurde zusammengefasst ausgeführt, dass im Bescheid eine Pflichtversicherung von 08.01.2019 bis laufend angeführt werde. Der BF2 sei jedoch bereits mit 02.04.2020 als Kommanditist der BF1 ausgetreten und sei seitdem nicht mehr für die BF1 tätig geworden. Eine Pflichtversicherung nach dem ASVG bzw. AIVG könne daher ab 02.04.2020 schon per se nicht mehr bestehen. Die Rechtsansicht der ÖGK, dass der mittätige Kommanditist bei selbständiger Ausübung der Maklertätigkeit über eine eigene Gewerbeberechtigung verfügen müsse, sei nicht haltbar. Der BF2 habe sich uneingeschränkt vertreten lassen können und habe er dies am 25.03.2020 auch nachweislich getan. Er sei nicht verpflichtet gewesen, Aufträge anzunehmen; er hätte auch monatelang nicht für die BF1 arbeiten können. Er habe keinerlei Vorgaben betreffend die Arbeitszeit gehabt. Die örtliche Vorgabe habe sich aus dem Standort der Immobilien ergeben und habe mit einer „Vorgabe des Arbeitsortes“ nichts zu tun gehabt. Der BF2 sei nicht weisungsgebunden gewesen. Ein Konkurrenzverbot sei nicht vorgelegen und Auslagen seien nicht ersetzt worden. Der BF2 habe über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügt. Provisionen seien bei erfolgreicher Vermittlung und ausschließlich erst bei Bezahlung durch den Kunden ausbezahlt worden. Die Gewinnanteile hätten von Monat zu Monat erheblich geschwankt. Der BF2 habe ein Unternehmerrisiko getragen, da er nur einen Teil der Provisionen ausbezahlt bekommen habe und der größere Teil für Infrastrukturmaßnahmen bei der BF1 verwendet worden sei. Der BF2 habe für allfällige Verluste, die bei der BF1 entstehen, haftet. In einer Gesamtschau sei die Einbeziehung in die Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG und in die Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit a AIVG daher zu Unrecht erfolgt. Die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 ASVG sei aufgrund des Vorhandenseins eigener wesentlicher Betriebsmittel ebenfalls ausgeschlossen.

Die Beschwerdesache wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 14.01.2021 zur Entscheidung vorgelegt.

Am 07.09.2022 langte eine mit 05.09.2022 datierte Stellungnahme der ÖGK beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde in der gegenständlichen Rechtssache am 28.09.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die BF1 und der BF2,

beide im Beisein ihrer Rechtsvertretungen, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie eine Vertreterin der SVS teilnahmen.

Am 12.10.2022 übermittelt die Rechtsvertretung des BF2 eine Urkundenvorlage an das Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 18.10.2022 der ÖGK sowie der SVS die Urkundenvorlage der Rechtsvertretung des BF2 vom 12.10.2022 übermittelt.

Am 08.11.2022 langte eine Stellungnahme der SVS beim Bundesverwaltungsgericht ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die BF1 ist im Geschäftszweig „Vermittlung und Verwaltung von Immobilien“ tätig. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der BF1 ist die XXXX Immobilienmanagement GmbH, FN XXXX .

Alleingesellschafterin der XXXX Immobilienmanagement GmbH ist die XXXX Holding GmbH, deren Geschäftsführer ist Herr XXXX . Die GmbH ist ebenso im Geschäftszweig „Vermittlung und Verwaltung von Immobilien“ tätig. An der XXXX Holding GmbH sind zu je 50% Herr XXXX und Herr XXXX beteiligt, die auch beide Geschäftsführer der XXXX Holding GmbH sind.

Die BF1 verfügt über die Gewerbeberechtigung „Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger), eingeschränkt auf Immobilienmakler“. Der BF2 verfügt über keinen eigenen Gewerbeschein.

Der BF2 war im Zeitraum 01.12.2018 bis 07.01.2019 als Angestellter der XXXX Immobilienmanagement GmbH zur Sozialversicherung nach dem ASVG gemeldet. Er war in diesem Zeitraum im Innendienst (Backoffice) tätig und führte ausschließlich Bürotätigkeiten durch. Er hat in diesem Zeitraum keine Objekte vermittelt.

Am 07.01.2019 hat der BF2 den Gesellschaftsvertrag der BF1 vom 24.03.2015 mit seiner Unterschrift zur Kenntnis genommen. Der BF2 war ab 08.01.2019 für die BF1 als Immobilienmakler (im Außendienst) tätig. Die Vertragsgrundlage für die Tätigkeit des BF2 als Immobilienmakler war eine zwischen der BF1 und dem BF2 abgeschlossene „Vereinbarung Kommanditisten“.

Der BF2 wurde am 30.04.2019 als Kommanditist der BF1 im Firmenbuch eingetragen. Mit Firmenbuchgesuch vom 02.04.2020 ist der BF2 als Kommanditist ausgeschieden und hat mit 02.04.2020 seine Anteile abgetreten.

Die Höhe der Einlage des BF2 bei der BF1 belief sich auf € 1.000,00. Der BF2 haftete mit seiner Vermögenseinlage als Kommanditist; seine Haftung war auf den Betrag der Hafteinlage beschränkt. Der BF2 war laut Gesellschaftsvertrag am Vermögen und an stillen Reserven, sowie auch an allfälligen Verlusten der BF1 beteiligt. Der Gewinn sowie der allfällige Verlust wurden auf die Kommanditisten im Verhältnis ihrer fixen Kapitalkonten aufgeteilt.

Der BF2 war im verfahrensrelevanten Zeitraum ab 08.01.2019 für die BF1 als Immobilienmakler (im Außendienst) tätig. Zu seinen Aufgaben gehörten u.a. die Durchführung von Terminen, Beratungen, Besichtigungen, Fotografieren von neuen und bestehenden Liegenschaften inkl. Lage, die Erstellung des Inserations- und Exposétextes und des Anfragenbeantwortungstexts, die Übersendung von Miet- und Kaufanboten an die Buchhaltung inklusive der Provisionsbestätigungen aus „Justimmo“ sowie Lichtbildausweiskopien, die Weitergabe von Kontaktdaten für Finanzierungen an die entsprechende Abteilung der Auftraggeberin, die Weitergabe von Kontaktdaten für Haus- und Subverwaltungen an die Hausverwaltung, die laufende Überarbeitung von den Objekten/Projekten, die zusätzliche Aktualisierung von den Objekten/Projekten, das Nachtelefonieren der Telefonliste, die Überprüfen der Projekthomepages auf Richtigkeit und Funktionstüchtigkeit.

Der BF2 war als Vertriebspartner auf der Homepage der BF1 ausgewiesen.

Der BF2 akquirierte Objekte zum Teil selbst und zum Teil bekam er Objekte von der BF1 vorgeschlagen, welche er aber nicht annehmen musste. Einmal pro Woche fand ein Treffen bei der BF1 statt, bei welchem dem BF2 Objekte von der BF1 angeboten wurden. Der BF2 hat in der Folge geprüft, ob er Zeit hat bzw. die örtliche Gegebenheit des Objekts für ihn passt und hat dann entschieden, ob er die Vermittlung der vorgeschlagenen Objekte übernehmen möchte. Eine Ablehnung der angebotenen Objekte blieb ohne Sanktionen. Wenn der BF2 bereits genug Objekte zu vermitteln hatte, besuchte er die wöchentlichen Treffen nicht; er war sohin bei diesen wöchentlichen Treffen nicht regelmäßig anwesend. Das Verhältnis der Vermittlung selbst akquirierter Objekte zu Objekten, welche der BF2 von der BF1 zur Vermittlung angenommen hat, belief sich auf ca. 25% zu 75%. Der BF2 rechnete sowohl selbst akquirierte Objekte als auch von der BF1 vorgeschlagene Objekte über die BF1 ab.

Abgesehen von einer zweistündigen Einschulung betreffend das Programm „Justimmo“, hat der BF2 keine Einschulung für seine Tätigkeit als Makler von der BF1 erhalten. Das Programm „Justimmo“ wird benötigt um Objektdaten, Bilder und Texte zu den jeweiligen Inseratenplattformen zu transferieren.

Bei den Inseraten, die auf den Plattformen geschaltet waren, fand sich zwar ein Logo der BF1, jedoch waren ausschließlich die Kontaktdaten des BF2 angegeben. Auf den vom BF2 verwendeten Visitenkarten waren die Kontaktdaten sowohl der BF1 als auch des BF2 angeführt. Schriftstücke (Übergabeprotokoll, Angebot, Auftrag) trugen das Logo der BF1.

Der BF2 erhielt von der BF1 keine Vorgaben betreffend seine Arbeitszeit, er musste keine Aufzeichnungen über seine Arbeitszeit führen und sich in kein Zeiterfassungssystem eintragen. Es gab keine Vorgabe der BF1 bezüglich Fristen für die Vermittlung von Immobilien.

Der BF2 führte seine Tätigkeit bei sich zuhause bzw. bei der Immobilie durch. Die Besprechungen mit dem Kunden wurden meistens vor Ort beim Objekt abgehalten, hin und wieder nutzte der BF2 für Besprechungen mit den Kunden den Gemeinschaftsraum bei der BF1.

Der BF2 erhielt von der BF1 keine Vorgaben bezüglich des Arbeitsablaufs, des Umgangs mit Kunden oder den Ablauf von Besichtigungen. Er unterlag bei seiner Tätigkeit keiner Kontrolle durch die BF1.

Der BF2 benützte für seine Tätigkeit als Makler seinen eigenen Laptop, Büromaterial, Handy, Internetzugang sowie sein Auto. Ihm stand die Möglichkeit offen, am Standort der BF1 den Gemeinschaftsraum zu nutzen. Überdies benutzte er den „Justimmo“-Zugang der BF1 mit einem eigenen Account. Die Lizenzgebühr für „Justimmo“ bezahlt die BF1. Weiters hat der BF2 für seine Tätigkeit diverse, von der BF1 zur Verfügung gestellte, Formulare und Vorlagen (Arbeitsvorlagen, Übergabeprotokoll, Vermittlungsaufträge, Schlüsselübergabeprotokoll) benutzt.

Der BF2 erhielt sein Honorar von der BF1 nach Eingang der Maklerprovision. Die Provision wurde nach dem in der „Vereinbarung Kommanditisten“ festgelegten Abrechnungsschlüssel berechnet und wurde dem BF2 nach Zahlung der Maklerprovision durch den Kunden an die BF1 überwiesen. Wenn der BF2 eine Vermittlung tätigte und der Kunde die Provision nicht bezahlte, erhielt der BF2 keine Provision. Der BF2 bekam 30-42% der Provision ausbezahlt; der Differenzbetrag zur Gesamtprovision wurde als Geldleistung für die Infrastrukturnutzung (Verwendung der Formulare, Nutzung von „Justimmo“, Benützung des Gemeinschaftsraums,

...) der BF1 verwendet. Der BF2 leistete sohin Kostenzahlungen um die Infrastruktur der BF1 mitnutzen zu können.

Im Falle eines längeren Nicht-Tätigwerdens des BF2 für die BF1 hätte der BF2 auch einen Unkostenbeitrag an die BF1 zu leisten gehabt.

Im verfahrensrelevanten Zeitraum hat sich der BF2 bei seiner Tätigkeit am 25.03.2020 von XXXX vertreten lassen. XXXX war ebenfalls für die BF1 als Immobilienmakler tätig.

Der BF2 hat bei seinen Einkommenssteuerklärungen Betriebsvermögen (Telefon, Auto und Laptop) ins Anlageverzeichnis aufgenommen. Festzustellen ist, dass der BF2 sein Anlagevermögen der BF1 als Sonderbetriebsvermögen gewidmet hat.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur Rechtsperson der BF1 sind nicht strittig.

Es ist unstrittig, dass der BF2 im Zeitraum 01.12.2018 bis 07.01.2019 als Angestellter der XXXX Immobilienmanagement GmbH zur Sozialversicherung nach dem ASVG gemeldet war.

Ebenso unstrittig ist, dass der BF2 über keinen Gewerbeschein verfügt.

Der Gesellschaftsvertrag vom 24.03.2015 sowie die „Vereinbarung Kommanditisten“ liegen im Akt ein.

Die am 30.04.2019 erfolgte Eintragung des BF2 als Kommanditist der BF1 im Firmenbuch sowie das Ausscheiden des BF2 als Kommanditist mit 02.04.2020 sind nicht strittig.

Die Feststellungen zur Höhe der Einlage des BF2 bei der BF1, zur Haftung sowie zur Vermögensbeteiligung und Verlustbeteiligung ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag in Zusammenschau mit den Ausführungen des BF2.

Die Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit des BF2 als Immobilienmakler ergeben sich aus einer Zusammenschau der Angaben des BF2 sowie des XXXX im Verfahren vor der belangten Behörde und vor dem Bundesverwaltungsgericht, welche in den wesentlichen Punkten gleichlautend und übereinstimmend waren. Der BF2 und XXXX tätigten im Wesentlichen gleichlautende Ausführungen dazu, wie der BF2 zu den zu vermittelnden Objekten kam, zum Programm „Justimmo“, zur Arbeitszeit, zum Arbeitsort und zu den vom BF2 verwendeten Betriebsmitteln.

Die Feststellungen zur Provision ergeben sich aus den übereinstimmenden Ausführungen des BF2 und der BF1 in Zusammenschau mit der „Vereinbarung Kommanditisten“.

Die Feststellung, wonach im Falle eines längeren Nicht-Tätigwerdens des BF2 für die BF1 der BF2 einen Unkostenbeitrag an die BF1 zu leisten gehabt hätte, ergibt sich aus der Aussage des XXXX in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, wo er angab, dass im Jahr 2019 eine Kommanditistin ein gesamtes Kalenderjahr aufgrund ihrer Untätigkeit keine Ausschüttungen erhalten habe, weshalb die BF1 am Ende des Jahres auch entsprechend einen Unkostenbeitrag fakturiert habe.

Die Feststellung, wonach sich der BF2 am 25.03.2020 von XXXX vertreten ließ, ergibt sich aus der Vereinbarung zwischen dem BF2 und XXXX vom 02.04.2020. Dass XXXX ebenfalls für die BF1 als Immobilienmakler tätig war, ergibt sich aus der Aussage des BF2 in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Feststellung, wonach der BF2 bei seinen Einkommenssteuerklärungen Betriebsvermögen (Telefon, Auto und Laptop) ins Anlageverzeichnis aufgenommen hat, ergibt sich aus der in der Verhandlung vorgelegten Saldenliste Sachkonten, aus denen die betriebliche Aufnahme mit 80% hervorgeht, sowie aus den dem Bundesverwaltungsgericht am 12.10.2022 übermittelten Unterlagen.

Die Feststellung, wonach der BF2 sein Anlagevermögen der BF1 als Sonderbetriebsvermögen gewidmet hat, ergibt sich aus der Einkommenssteuerklärungsbeilage zum Formular E6a für das Jahr 2019 betreffend die XXXX Immobilienm. GmbH.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

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 nur in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG und nur auf Antrag einer Partei durch einen Senat.

In der vorliegenden Angelegenheit wurde in der Beschwerde des BF2 ein Antrag auf Entscheidung durch einen Senat gestellt und liegt daher gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt. Gemäß § 59 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, 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) Stattgabe der Beschwerde:

Einleitend ist zur Festlegung des verfahrensgegenständlichen Zeitraumes festzuhalten, dass in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Umstandes, dass der BF2 mit 02.04.2020 als Kommanditist ausgeschieden ist und seine Anteile abgetreten hat, der Zeitraum bis zum 02.04.2020 als verfahrensrelevanter Zeitraum außer Streit gestellt wurde. Somit wirkt diese Entscheidung (wie auch der Ausgangsbescheid durch den bescheidersetzenden Charakter) nur bis zum zuletzt genannten Datum.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung 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.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG sind die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert).

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird;

hiezuh gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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 bäuerlichen 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.

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht.

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 (vgl. VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). 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 (vgl. VwGH 16.11.2011, 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 17.10.2012, 2010/08/0256, mwN).

Wie festgestellt, hat sich der BF2 im verfahrensrelevanten Zeitraum bei seiner Tätigkeit am 25.03.2020 von XXXX vertreten lassen.

Von einer die persönliche Leistungspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis ist unter den gegebenen Umständen nicht auszugehen, zumal sich der BF2 im gesamten verfahrensrelevanten Zeitraum nur ein einziges Mal vertreten ließ und es sich bei dieser einmaligen Vertretung zudem um eine Person handelte, welche ebenfalls als Immobilienmakler für die BF1 tätig war. Es kam sohin bloß zu einer Vertretung zwischen vom selben Vertragspartner beschäftigten Personen, sohin zu einer internen Vertretung.

Ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, 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 Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. auf Grund eines freien Dienstvertrages im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. VwGH (verstärkter Senat) 10.12.1986, 83/08/0200, VwSlg. 12.325/A).

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt 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 ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa VwGH 15.5.2013, 2013/08/0051).

Die von der Rechtsprechung hervorgehobenen personenbezogenen Weisungs- und Kontrollbefugnisse des Dienstgebers gehen über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und betreffen das Verhalten des Erwerbstätigen und die Art und Weise, wie er seine Tätigkeiten verrichtet (zB Pünktlichkeit, Verlässlichkeit, persönliches Erscheinungsbild, Benehmen, Kommunikationskultur, Arbeitseifer, Sorgfalt, Lernbereitschaft, Teamfähigkeit, Lenkbarkeit, Einfüfungsbereitschaft in vorgegebene Strukturen des Arbeitsablaufs usw). Sie sind Mittel des Dienstgebers, unter Beachtung der Fürsorgepflicht auf das persönliche Verhalten des Dienstnehmers Einfluss zu nehmen und dieses im betrieblichen Interesse (laufend) zu steuern. Der daraus erwachsende personenbezogene Anpassungsdruck (VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003) schränkt die Bestimmungsfreiheit des Erwerbstätigen maßgeblich ein und begründet seine persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG.

Im Unterschied dazu geht es dem Dienst- bzw. Auftraggeber bei einem freien Dienstnehmer oder bei einem selbständigen Erwerbstätigen (nach dem Gesamtbild der Tätigkeit) nicht um eine solche (laufende) Steuerung des persönlichen Verhaltens, sondern in erster Linie um die sachlichen Ergebnisse der Tätigkeit (VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185, 0192; 17.10.2012, 2010/08/0256) bzw. darum, ob die (Geschäfts)Beziehung zu einem - in persönlichen Belangen selbstbestimmten - Partner zufriedenstellend verläuft oder nicht. Der Dienst- bzw. Auftraggeber beschränkt sich - soweit dies bei solchen Tätigkeiten, die meist eine besondere

Qualifikation erfordern, möglich ist - auf eine Steuerung der Ergebnisse der Tätigkeit und ist im Übrigen darauf beschränkt, die Zusammenarbeit mit dem selbstbestimmten Partner aufrecht zu erhalten oder sie zu beenden (sachliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse).

Im vorliegenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einbindung des BF2 in den Betrieb der BF1. Der BF2 führte seine Tätigkeit bei sich zuhause bzw. bei der Immobilie durch. Die Besprechungen mit dem Kunden wurden meistens vor Ort beim Objekt abgehalten, hin und wieder nutzte der BF2 für Besprechungen mit den Kunden den Gemeinschaftsraum bei der BF1. Er leistete Kostenzahlungen um die Infrastruktur der BF1 mitnutzen zu können. Er war darüber hinaus in der Einteilung seiner Arbeitszeit völlig frei. Der BF2 erhielt von der BF1 keine Vorgaben betreffend seine Arbeitszeit, er musste keine Aufzeichnungen über seine Arbeitszeit führen und sich in kein Zeiterfassungssystem eintragen. Es gab keine Vorgabe der BF1 bezüglich Fristen für die Vermittlung von Immobilien. Der BF2 war in seiner Tätigkeit keinen persönlichen Weisungen unterworfen.

Kann eine Einbindung in den Betrieb nicht festgestellt werden, so ist für die Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit zu prüfen, ob sonstige personenbezogene Kontrollbefugnisse bestehen, die eine persönliche Abhängigkeit bewirken (VwGH 14.11.2018, Ra 2018/08/0172, 0173). Diese gehen wie erwähnt über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und zielen auf eine Steuerung des persönlichen arbeitsbezogenen Verhaltens des Erwerbstätigen. Als Kontrollmechanismen kommen in erster Linie personenbezogene Berichterstattungspflichten in Frage. Die Berichte müssen einer über die sachliche Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinausgehenden persönlichen Kontrolle des Erwerbstätigen dienen. Wie festgestellt, bestand keine die persönliche Bestimmungsfreiheit des BF2 einschränkende Kontrollmöglichkeit durch die BF1.

Gegen das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit spricht zudem der Umstand, dass ein sanktionsloses Ablehnungsrecht des BF2 bestand.

Zur Art der Entlohnung ist auszuführen, dass der BF2 sein Honorar von der BF1 nach Eingang der Maklerprovision erhielt. Ihm wurde das Geld von der BF1 nach Zahlung der Maklerprovision durch den Kunden an die BF1 überwiesen. Wenn der BF2 eine Vermittlung tätigte und der Kunde die Provision nicht bezahlte, erhielt der BF2 keine Provision.

Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Fall in einer Gesamtbetrachtung von einem Überwiegen der Merkmale persönlicher Unabhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Abhängigkeit iSd. § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen.

Da somit keine persönliche Abhängigkeit des BF2 vorlag, bleibt zu prüfen, ob die Tätigkeit des BF2 für die BF1 eher "dienstnehmerähnlich" oder "unternehmerähnlich" war. Freie Dienstnehmer, welche sowohl entgeltlich als auch für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbereichs die Dienstleistung im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen Betriebsmittel verfügen, also dienstnehmerähnlich sind, werden nach § 4 Abs. 4 ASVG pflichtversichert, wohingegen jene, die mangels Vorliegens der Kriterien des § 4 Abs. 4 ASVG in der Regel als "Neue Selbständige" (subsidiär) nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG pflichtversichert sind.

Ein Betriebsmittel ist dann wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist (vgl. VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185). Es ist eine Gesamtbetrachtung aller eingesetzten Betriebsmittel vorzunehmen, wobei diese darauf hin zu beurteilen sind, ob sie für die vom Erwerbstätigen erbrachte Wirtschaftsleistung wesentlich waren und ob er sich damit eine eigene betriebliche Struktur geschaffen hat (vgl. idS VwGH 15.5.2013, 2012/08/0163; 19.10.2015, 2013/08/0185).

Dabei ist es in erster Linie in der Ingerenz eines (potentiellen) freien Dienstnehmers gelegen, ob er über eine unternehmerische Struktur verfügen möchte oder nicht, ob er also seine Tätigkeit grundsätzlich eher arbeitnehmerähnlich (d.h. keine Tätigkeit für den "Markt", sondern im Wesentlichen für einen Auftraggeber oder doch eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, ohne eigene betriebliche Struktur, gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen, wie zB durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.) ausführen möchte oder ob er eher unternehmerisch tätig sein und das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will (d.h. zB - losgelöst vom konkreten Auftrag - spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert). Auch in Fällen, in denen eine unternehmerische Organisation bestimmten Ausmaßes nicht klar zutage tritt, ist ein Betriebsmittel grundsätzlich dann für eine Tätigkeit wesentlich, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und die damit einhergehende steuerliche Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist.

Im gegenständlichen Fall hat der BF2 für seine Tätigkeit als Makler seinen eigenen Laptop, Büromaterial, Handy, Internetzugang sowie sein Auto benutzt. Er hat diese Betriebsmittel bei seiner Steuererklärung in die Anlage betreffend Betriebsvermögen aufgenommen. Der BF2 hat zwar sein Anlagevermögen der BF1 als Sonderbetriebsvermögen gewidmet; es ist dem BF2 aber – auch wenn er es der BF1 zur Verfügung stellte – als sein Anlagevermögen zurechenbar. Diesbezüglich ist auf den Rechtssatz 3 zur VwGH Entscheidung vom 25.09.2001, 96/14/0109, zu verweisen: "Der Umstand, dass ertragsteuerlich Wirtschaftsgüter, wenn sie einem Gesellschafter gehören, aber dem gemeinsamen Betrieb dienen, als Sonderbetriebsvermögen ebenfalls zum (notwendigen) Betriebsvermögen der Gesellschaft zählen, ändert nichts daran, dass diese Wirtschaftsgüter nicht zum Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft gehören. Eine im Namen des Gesellschafters erfolgende Veräußerung eines solchen Wirtschaftsgutes kann daher nicht der Gesellschaft als Umsatz zugerechnet werden (Hinweis Kranich/Siegl/Waba, Kommentar zur Mehrwertsteuer, Anm 90 zu § 12; E 20. April 1993, 93/14/0001)."

Im Ergebnis ist im konkreten Fall somit vom Vorhandensein wesentlicher eigener Betriebsmittel auszugehen.

In einer Gesamtschau ist das Vorliegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit daher zu verneinen.

Weitere Punkte, die im gegenständlichen Fall für das Vorliegen eines echten Unternehmerrisikos beim BF2 sprechen, und gegen eine Scheinkonstruktion, sind folgende:

Wie festgestellt, war der BF2 laut Gesellschaftsvertrag am Vermögen und an stillen Reserven, sowie auch an allfälligen Verlusten der BF1 beteiligt. Durch das Verlustrisiko trägt der BF2 daher auch ein Unternehmerrisiko.

Wie weiters festgestellt, wäre bei Nicht-Tätigwerden des BF2 für die BF1 auch ein Unkostenbeitrag an die BF1 zu leisten gewesen und stellt dieser Umstand ein weiteres Indiz für das Unternehmerrisiko dar.

Insolvenzrechtlich werden Gewinne anders behandelt als Lohn und unterliegt der BF2 daher auch aus diesem Blickwinkel einem Unternehmerrisiko.

Als Kommanditist kam dem BF2 ein Recht auf Bucheinsicht zu, mit welchem er beispielsweise Jahresabschlüsse erzwingen konnte.

Ein Kommanditist ist – gegen seinen Willen – nicht so einfach aus dem Gesellschaftsvertrag zu kündigen, wie ein Dienstnehmer, es bedarf eines gerichtlichen Vorgehens gegen diesen als

„lästigen Gesellschafter“. Die Kündigungsregelung beträgt zudem 6 Monate laut Gesellschaftsvertrag, bei einem Dienstnehmer ist die Kündigungsfrist kürzer.

Zusammengefasst lag daher beim BF2 im verfahrensrelevanten Zeitraum weder ein echtes Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG noch ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG vor.

Es 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.