



**Rechtsservice- und Schlichtungsstelle des Fachverbandes
der Versicherungsmakler**

Johannesgasse 2, Stiege 1, 2. Stock, Tür 28, 1010 Wien
Tel: 01- 955 12 00 – 42 (Fax DW 70)
schlichtungsstelle@ivo.or.at

RSS-0059-08-15

=RSS-E 4/09

Die Schlichtungskommission des Fachverbandes der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten Österreichs hat durch seinen Vorsitzenden Dr. Ekkehard Schalich und die Beisitzer Mag. Reinhard Schrefler, KR Siegfried Fleischacker und Dr. Helmut Tenschert in seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 16. April 2009 in der Schlichtungssache [REDACTED]

[REDACTED], vertreten durch VC [REDACTED]
[REDACTED], gegen [REDACTED]
[REDACTED], beschlossen:

Der Antrag des Antragstellers, der antragsgegnerischen Versicherung die Deckung der Kosten aus der Bekämpfung des Bescheides des [REDACTED] Gebietskrankenkassa vom [REDACTED], zu empfehlen, wird zurückgewiesen.

Begründung

Der Antragsteller ist Taxiunternehmer mit mehreren Fahrzeugen. Die [REDACTED] mit [REDACTED] 18.3.2003 [REDACTED] ausgestellte Rechtsschutzversicherungspolizze umfasst auch Rechtsschutz für gerichtliche Streitigkeiten mit dem Sozialversicherungsträger. Mit Bescheid vom 29.10.2008 verpflichtete die [REDACTED] Gebietskrankenkassa den Antragsteller zur Nachentrichtung von € 305.750,30 an rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen. Sie begründete diese Nachforderung damit, dass der Antragsteller frühere, nach § 4 Abs 2 ASVG zur Pflichtversicherung angemeldete Dienstnehmer in den Jahren 2003 bis 2006 gemäß § 4 Abs 4 ASVG als freie Dienstnehmer

angemeldet habe, diese Dienstnehmer aber trotzdem in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gemäß § 4 Abs 2 ASVG gestanden seien. Der Antragsteller hat gegen diesen Bescheid anwaltlich vertreten am 20.11.2008 Einspruch erhoben, in dem er die Behebung des angefochtenen Bescheides begehrt. Die von der Gebietskrankenkassa ihrem Bescheid zugrunde gelegte Annahme, die Taxilenker seien normale Arbeitnehmer gewesen, für die Sozialversicherungsgebühren vom Arbeitnehmer zu bezahlen gewesen wären, sei unzutreffend und die Gebietskrankenkassa habe nur 5 Fälle ihrem Bescheid über die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für 72 Personen zugrunde gelegt. Für dieses Rechtsmittelverfahren begehrt der Antragsteller den Rechtsschutz der antragsgegnerischen Versicherung.

Die antragsgegnerische Versicherung beantragt die Abweisung des Schlichtungsantrages mit der Begründung, es liege ein nicht versicherter Dauerverstoß gegen gesetzliche Vorschriften vor, der vor Vertragsbeginn, und zwar seit 1.1.2003 vorliege. Damit sei Leistungsfreiheit gegeben.

Aufgefordert eine eidesstattliche Erklärung abzugeben, teilte der Antragsteller mit:

„Ich erkläre an Eides statt, sämtliche Angaben in Bezug auf den Freien Dienstnehmer wiederzugeben.

im Jahre 2002 wurde in [REDACTED] erstmals ein neuer Kollektivvertrag für das Taxigewerbe eingeführt. Dieser stellte eine extreme Verschlechterung (Dienstzeiten, Bezahlung) für die Dienstnehmer dar.

Ende 2002 wurde mir von Seiten einiger Mitarbeiter mitgeteilt, Sie würden gerne als Freie Dienstnehmer beschäftigt werden, um der Tätigkeit als Taxilenker weiter nachgehen zu können.

Da zu dieser Zeit der Freie Dienstvertrag für Taxilenker von der Wirtschaftskammer [REDACTED], Sektion Verkehr, befürwortet

wurde, kam ich den Bitten der Mitarbeiter nach, und stellte Sie als Freie Dienstnehmer in meinem Betrieb ein.

Es war mir bekannt, dass bei Prüfungen der [REDACTED], Frei Dienstverträge anerkannt wurden. Im Laufe des Jahres 2003 wollten immer mehr Mitarbeiter als Freie Dienstnehmer ihrer Tätigkeit als Taxilenker nachgehen. Sämtliche Freien Dienstnehmer waren in ihrer Tätigkeit weder weisungsgebunden, noch mussten Sie Arbeitsaufzeichnungen führen. Sie konnten sanktionslos Aufträge ablehnen und von Ihnen vereinbarte Dienste nicht antreten. Auch konnten Sie sich von Dritten Taxilenkern vertreten lassen.

Da die Vorteile des Freien Dienstvertrages im Taxigewerbe überwiegen (freie Dienstenteilung, flexible Dienstzeiten, Umsatzabhängige Bezahlung), wollten sich neue Taxilenker nur als Freie Dienstnehmer anmelden lassen.

Weiters wäre es nicht möglich gewesen vielen Dienstnehmern die Arbeitszeit vorzugeben, da Sie diese Tätigkeit als Zweitjob ausübten.

Es wurden aber im Prüfungszeitraum der [REDACTED] auch Dienstverträge laut KV (siehe [REDACTED] etc.) auf Wunsch des Dienstnehmers, abgeschlossen.

Des Weiteren wurden keine Nebenabreden zu den Freien Dienstverträgen (AK [REDACTED]) sowie Gespräche sozialversicherungsrechtlicher Konsequenzen mit den Fahrern geführt.

Alle Freien Dienstnehmer konnten ihrer Arbeit als Taxilenker laut Freien Dienstvertrag nachgehen.

Die Rechtsschutzversicherung bei [REDACTED] wurde von mir abgeschlossen, um mich gegen Rechtsansprüche Freier Dienstnehmer abzusichern.

Ansprüche seitens der [REDACTED] waren zu diesem Zeitpunkt nicht vorzusehen, da Freie Dienstverträge, wenn diese auch so in der Praxis gelebt wurden, meines Wissens bei Prüfungen von der [REDACTED] anerkannt wurden.“

Die antragsgegnerische Versicherung nahm dazu wie folgt Stellung:

„Zur Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden eidesstattlichen Erklärung des VN können wir keine Stellungnahme abgeben, zumal dies nicht unserer Funktion entspricht.“

Hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen eines Dauerverstoßes – vgl unser Deckungsablehnungsschreiben vom 26.11.2008 – möchten wir ergänzend insb. auf *Harbauer*, ARB-Kommentar (7. Aufl.), ARB 75 § 14, Rz 61 ff (insb Rz 63) verweisen. Die dortigen Ausführungen bestärken uns in der Ansicht, dass von einem einheitlichen Gefahrenverwirklichungsvorgang – wiederholt und gleichartig gesetzte bzw behauptete Verstöße – auszugehen ist, sodass die Ablehnung des Versicherungsschutzes wegen Vorvertraglichkeit (→ Verstoßbeginn 1.1.2003; Versicherungsbeginn 18.6.2003) zu Recht erfolgt ist.“

Rechtlich folgt:

In der Rechtsschutzversicherung bestimmt sich der Versicherungsfall nach einem „Verstoß“. Durch den Beginn des Verstoßes kann ein vertrags- oder gesetzwidriger Zustand geschaffen worden sein, der über einen kürzeren oder längeren Zeitraum ohne Unterbrechung andauert (Dauerverstoß, begrifflich dem strafrechtlichen Begriff „Dauerdelikt“ verwandt). Vom Dauerverstoß zu unterscheiden ist derjenige Verstoß, der sich in gewissen Abständen in gleichartiger oder ähnlicher Weise wiederholt. Hierbei kommt es jeweils auf die gesamten Umstände des Einzelfalles an, ob die einzelnen Verstöße rechtlich selbstständige und damit als „mehrere“ Verstöße oder nur als rechtlich unselbstständige Teilakte eines einheitlichen Verstoßvorganges zu werten sind, dessen Beginn dann als Beginn eines Dauerverstoßes zu werten ist (vgl Maier in *Harbauer*, *Rechtsschutzversicherung*⁷, § 14 Rn 60ff.).

Von der herrschenden deutschen Lehre wurde das Verhalten eines Arbeitgebers, der über einen längeren Zeitraum hinweg keine Sozialversicherungsbeiträge abführte, rechtlich als Dauerverstoß im Sinne des § 14 Abs 3 der vergleichbaren deutschen ARB gewertet. Dieses Verhalten unterscheidet sich aber von dem vom Antragsteller zugestandenen Verhalten darin, dass er aufgrund einer möglicherweise unzutreffenden Rechtsansicht diverse Mitarbeiter überhaupt nicht bei der Sozialversicherung anmeldete, weil er der Meinung war, diese müssten als selbstständige Unternehmer sich selbst gleich wie einem selbstständigen Wirtschaftstreibenden bei der Sozialversicherung anmelden. Zu prüfen wäre in diesem Zusammenhang, ob er neben diesen Mitarbeitern auch andere unselbstständige Arbeitnehmer in seinem Betrieb beschäftigte.

Nach der Darstellung des Antragstellers lag zu Beginn des Jahres 2003 seinem Handeln die Absicht zugrunde, nur mehr freie Dienstverträge, die nicht bei der Sozialversicherung anzumelden waren, abzuschließen. Dies wäre theoretisch rechtlich durchaus möglich gewesen. Ob mit seinem von der [REDACTED] GKK inkriminierten Verhalten mehrere rechtlich selbstständige Verstöße oder ein Dauerverstoß ab 1.1.2003 verwirklicht wurde, kann aufgrund der nicht ausreichenden Feststellungsgrundlage aber nicht beurteilt werden. Gegen das Deckungsbegehren des Antragstellers spräche allerdings bereits jetzt seine Erwähnung in der eidesstattlichen Erklärung, die vorliegende Rechtsschutzversicherung wegen erwarteter Streitigkeiten mit seinen „freien Mitarbeitern“ abgeschlossen zu haben. An Streitigkeiten wären nicht nur an Abrechnungsdifferenzen dabei zu denken, sondern auch unter Umständen der Einwand eines der „freien Mitarbeiter“, ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sei begründet worden.

Mangels einer unstrittigen Sachverhaltsgrundlage, die eine abschließende rechtliche Beurteilung zulässt, musste der vorliegende Schlichtungsantrag gemäß Punkt 3.3.2 zurückgewiesen werden. Die Beurteilung, ob der erste Verstoß vor Antrag auf Abschluss einer Rechtsschutzversicherung stattgefunden hat, ist eine Tatfrage. Nachdem die antragsgegnerische Versicherung die eidesstattliche Erklärung des Antragstellers in der Weise nicht anerkannte, indem sie jegliche Stellungnahme dazu ablehnte, kann nach ihrem bisherigen Standpunkt im Schlichtungsverfahren dies nicht als Anerkenntnis der Richtigkeit gewertet werden.

Für die Schlichtungskommission:

Dr. Schalich

Wien, am 16. April 2009