

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

02.11.2015

Geschäftszahl

W145 2010659-1

Spruch

W145 2010659-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daniela HUBER-HENSELER als Einzelrichterin über die Beschwerde (vormals: Berufung) von XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt XXXX gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 20.06.2011, GZ XXXX, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) idGF als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die Wiener Gebietskrankenkasse (im Folgenden: WGKK) hat mit Bescheid vom 21.07.2010, GZ VA-VR 19424217/10-Mag.Pa/Szi, im Spruchpunkt I. festgestellt, dass XXXX, aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer), in der Zeit vom 01.02.2006 bis zum 28.02.2006 und ab dem 01.04.2006 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 unterliege. Im Spruchpunkt II. wurde festgestellt, dass Frau XXXX aufgrund ihrer Beschäftigung beim Beschwerdeführer in der Zeit vom 01.02.2006 bis zum 28.02.2006 und ab dem 01.04.2006 nicht der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 ASVG iVm § 4 Abs. 4 ASVG unterliege. Im Spruchpunkt III. wurde festgestellt, dass Frau XXXX aufgrund ihrer Beschäftigung beim Beschwerdeführer in der Zeit vom 01.01.2006 bis 31.01.2006 gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 ASVG iVm § 5 Abs. 2 Z 2 ASVG von der Voll- (Kranken-, Unfall- und Pensions-)versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit a AIVG ausgenommen sei. Sie unterliege in dieser Zeit nur der Teilversicherung in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG. Im Spruchpunkt IV. wurde festgestellt, dass Frau XXXX aufgrund ihrer Beschäftigung beim Beschwerdeführer in der Zeit vom 01.01.2006 bis 31.01.2006 nicht der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm § 4 Abs. 4 ASVG unterliege.

Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass sich aus dem vorliegenden Sachverhalt eindeutig ergebe, dass Frau XXXX für eine Tätigkeit als Pflegehelferin aufgenommen worden sei. Eine Vertretungsmöglichkeit sei vom betrieblichen Ablauf her auszuschließen. Frau XXXX habe zudem nie eine Vertretung benötigt. Es sei grundsätzlich von persönlicher Arbeitspflicht und in Folge von persönlicher Abhängigkeit auszugehen. Die Gebundenheit von Frau XXXX hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit sowie auch die strenge

Geheimhaltungspflicht seien weitere Hinweise für diese Abhängigkeit. Frau XXXX habe ihre Tätigkeit ausschließlich mit den Betriebsmitteln des Beschwerdeführers und nur in den Räumlichkeiten des Beschwerdeführers durchgeführt. Die Versicherungspflicht als freier Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG sei somit auszuschließen. Frau XXXX habe ihre Tätigkeit vielmehr in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeführt, welche die Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG begründe.

2. Gegen diesen Bescheid der WGKK vom 21.07.2010 hat der rechtfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 27.08.2010 fristgerecht Einspruch erhoben.

Im Vorbringen wurde ausgeführt, dass die Einstufung der PflegehelferInnen als freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs. 4 ASVG in den letzten zehn Jahren von der WGKK geteilt worden sei. Die anzuwendenden Bestimmungen des § 4 ASVG und die Judikatur dazu hätten sich nach dem Jahr 1998 nur mehr geringfügig geändert. Auch das in Rede stehende Beschäftigungsverhältnis habe seit dessen Beginn keine Änderung erfahren. Es erscheine völlig unbillig und jeglicher Rechtskontinuität und dem gerechtfertigten Vertrauen des Einspruchswerbers hierauf zu widersprechen, nunmehr erstmalig das gegenständliche Dienstverhältnis nicht als freien Dienstvertrag zu beurteilen. Die beträchtlichen Nachzahlungen könnten für den Einspruchswerber als existenzgefährdend bezeichnet werden. Unabhängig davon sei die nunmehr vertretene Rechtsansicht, das Dienstverhältnis zwischen Frau XXXX und dem Einspruchswerber unterliege nicht der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 ASVG, aus folgenden Gründen unrichtig: Die zu pflegenden Personen befänden sich aufgrund alters- und/oder krankheitsbedingter Gebrechen im ständigen Aufenthalt im Pflegeheim des Arbeitgebers. Dementsprechend ergebe sich daraus, dass deren Betreuung nur im Pflegeheim stattfinden könne. Da sie einer täglichen Pflege bedürften, könne diese nicht zu irgendeinem Tageszeitpunkt erfolgen. Es bestehe also hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit ein Sachzwang, der kein unterscheidungskräftiges Merkmal darstelle. Wenn darüber hinaus die WGKK feststelle, dass Frau XXXX im Hinblick auf die von ihr verwendeten Betriebsmittel in den Betriebsorganismus eingebunden sei, so halte bereits der Gesetzestext des § 4 Abs. 4 ASVG fest, dass der genannten Bestimmung Dienstnehmer unterliegen, wenn sie über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen. Die Tätigkeit von Frau XXXX erfolge aber praktisch ohne Betriebsmittel. Der schriftliche Vertrag mit Frau XXXX sei nicht nur als freier Dienstvertrag bezeichnet, sondern auch so gelebt worden. Frau XXXX habe keine Verpflichtung gehabt, monatlich eine gewisse Stundenanzahl an Pflegediensten zu erbringen, sondern sich lediglich grundsätzlich zur Leistung einer Gesamtstundenzahl von 30 Stunden pro Monat bereit erklärt. Ihre Bestimmungsfreiheit sei mit Sicherheit nicht ausgeschlossen gewesen. Frau XXXX habe sich bei jeglicher Verhinderung vertreten lassen können. Angenommene Pflegedienste hätten bei Verhinderung ohne Einschränkung innerhalb bestimmter Frist abgelehnt werden können. Zusammenfassend sei festzustellen, dass zwar die Bestimmungsfreiheit von Frau XXXX eingeschränkt, jedoch nicht derart ausgeschlossen gewesen sei, dass von einer persönlichen Abhängigkeit auszugehen sei.

3. Am 15.11.2010 wurde dem Landeshauptmann von Wien der Einspruch vorgelegt. In beiliegender Stellungnahme der WGKK wurde ausgeführt, dass die Merkmale des freien Dienstvertrages heute in der Rechtsprechung im Vergleich mit den 90er Jahren weit intensiver und genauer herausgearbeitet worden seien. Die WGKK sei von einer Betrachtung des Gesamtbildes der Tätigkeit ausgegangen. Die Tätigkeit eines Pflegers bedeute unbedingt die Gebundenheit zum Arbeitsort. Die Konstruktion eines freien Dienstvertrages sei aufgrund der Arbeitsverpflichtungen in einem Pflegeheim und vor allem aufgrund der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, vor allem aber auch aufgrund des persönlichen Bezuges zu den Pflegenden nicht anzunehmen.

4. In einer Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters des Beschwerdeführers vom 27.01.2011 wurde ausgeführt, dass die Kasse im August 1999 bei einem nicht mehr bestehenden Schwesternverein idente Dienstverhältnisse als freie Dienstverhältnisse eingestuft und die Ummeldung selbst vorgenommen habe. Aus den Gründen der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung müsse eine Bindungswirkung gegeben sein. Die Gebundenheit an einen Arbeitsort sei für die Abgrenzung eines Dienstvertrages zum freien Dienstvertrag nicht wesentlich. Die Kasse sei auch nicht in der Lage, ihre Ansicht, dass das vereinbarte Vertretungsrecht nicht tatsächlich zum Vertragsinhalt geworden sei, zu beweisen. Sie übersehe, dass Frau XXXX den Hauptteil ihrer Einkünfte aus einem anderen Dienstverhältnis zu einem anderen Dienstgeber beziehe. Eine für die Beurteilung relevante wirtschaftliche Abhängigkeit bestehe daher nicht. Der Einspruchswerber habe auch keine Dispositionsmöglichkeit über den Umfang der Arbeitsleitung von Frau

XXXX gehabt, sondern habe jene selbst vorab bis zum 15. des Vormonats bekannt gegeben, wann sie zur Erbringung von Dienstleistungen im Folgemonat bereit sei.

5. Der Landeshauptmann von Wien hat mit Bescheid vom 20.06.2011, Zl. XXXX, den Einspruch als unbegründet abgewiesen und den angefochtenen Bescheid bestätigt. In diesem Bescheid wurde ausgeführt, dass - da sich Frau XXXX nur von Pflegehelfern aus dem Pool des Einspruchswerbers vertreten lassen können - nach der Judikatur des VwGH keine echte und damit die persönliche Abhängigkeit ausschließende Vertretungsbefugnis vorliege. Dass sie sich von einem beliebigen Dritten bei ihrer Pflgetätigkeit vertreten habe lassen, sei nicht vorgekommen. Insbesondere sei auch die gesetzlich und vertraglich normierte

Verschwiegenheitspflicht nicht mit der vom Einspruchswerber behaupteten generellen Vertretungsbefugnis in Einklang zu bringen. Des Weiteren dürften nach der eindeutigen Anordnung des Gesetzgebers pflegerische Maßnahmen nur nach Anordnung und unter Aufsicht von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege erfolgen. Dadurch sei Frau XXXX einem die Bestimmungsfreiheit ausschaltenden Weisungs- und Kontrollrecht von Seiten des Einspruchswerbers unterlegen. Soweit der Dienstplan den Ort und die Arbeitszeiten vorgegeben habe und Frau XXXX bereits aufgrund der vertraglichen Vereinbarung diesen grundsätzlich einzuhalten gehabt habe, sei diesbezüglich eine Bindung von Frau

XXXX nicht anzuzweifeln. Zum Einwand, die WGKK habe in den vorangegangenen Jahren die Beurteilung von Pflegehelfern als freie Dienstnehmer nie beanstandet, sei zu bemerken, dass die Einspruchsbehörde nicht an allfällige frühere von der WGKK vertretene Rechtsauffassungen gebunden sei.

6. Gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Schriftsatz vom 08.07.2011 fristgerecht Beschwerde (vormals: Berufung) erhoben.

Im Vorbringen wurde ausgeführt, dass die belangte Behörde in ihrer Entscheidung auf die Argumentation der Berufungswerberin sowohl im Einspruch als auch in der Stellungnahme nicht eingegangen sei, sondern lapidar festgestellt habe, dass sie an allfällig frühere von der WGKK vertretene Rechtsauffassungen nicht gebunden sei. Wenn die belangte Behörde ausführe, dass pflegerische Maßnahmen nur nach Anordnung und unter Aufsicht von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege erfolgen dürften, Frau XXXX einem ihre Bestimmungsfreiheit ausschaltenden Weisungs- und Kontrollrecht unterliege und dadurch eine persönliche Abhängigkeit entstehe, welche die Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG nach sich ziehe, so werde dem entgegengehalten, dass die Eingebundenheit in die Struktur des Betriebes nach Ansicht des VwGH nicht jenes Kriterium sei, bei dessen Vorliegen zwingend eine Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 2 ASVG bestehe. Die belangte Behörde hätte bei rechtrichtiger Anwendung der vom VwGH aufgestellten Kriterien zu dem Ergebnis kommen müssen, dass auf Grund der Art der Arbeitsaufgabe - nämlich der Erbringung von Pflegedienstleistungen - eine Bindung des Dienstnehmers an den Arbeitsort und an die Arbeitszeit indiziert werde, welche nicht zu einer persönlichen Abhängigkeit führe. Weiters habe die Berufungswerberin mehrfach im Ermittlungsverfahren vorgebracht, dass es allein dem Beschäftigten obliege, das Ausmaß seiner Tätigkeit zu bestimmen und über seine Zeit frei zu verfügen. Die belangte Behörde stütze ihre Entscheidung in einem nicht unwesentlichen Ausmaß darauf, dass Frau XXXX keine generelle Vertretungsbefugnis zugekommen wäre. Bei richtigem Verständnis der höchstgerichtlichen Judikatur diene die Feststellung der persönlichen Arbeitspflicht jedoch zur Trennung von Werkverträgen, welche ohne persönliche Arbeitspflicht zu erfüllen seien, auf der einen Seite und Dienstverträgen - seien es freie oder nicht -, bei deren Erfüllung eine persönliche Arbeitspflicht vorliegen müsse, andererseits. Dass der Beschäftigte nicht wahllos irgendeiner dritten Person die von ihm übernommenen Verpflichtungen überbinden dürfe, stehe jedenfalls der vertraglich vereinbarten Vertretungsberechtigung nicht entgegen. Die von der Berufungswerberin aufgestellten Kriterien hinsichtlich einer Vertretung seien sachgerecht und stünden der vom VwGH entwickelten Judikatur zur Frage der Vertretungsbefugnis der freien Dienstnehmer nicht entgegen. Unklar bleibe auch, warum die Aussage von XXXX, dass in Fällen, in denen ein freier Dienstnehmer nicht selbst für eine Ersatzkraft Sorge, der Dienstgeber eine solche namhaft zu machen habe, einer Vertretungsbefugnis entgegenstehen solle. Es könne wohl dem Betreiber einer Pflegeeinrichtung nicht zugesonnen werden, bei Kenntnis vom Ausfall eines freien Dienstnehmers untätig zu bleiben und es zu unterlassen, die Pflege der ihm anvertrauten Personen sicher zu stellen. Folge man der Ansicht der belangten Behörde, verlaufe die Abgrenzung zwischen der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 ASVG und jener gemäß § 4 Abs. 4 ASVG dort, wo selbstständige von unselbstständiger Tätigkeit abgegrenzt werde. Damit verkenne die belangte Behörde jedoch den Bedeutungsinhalt der Bestimmung des § 4 Abs. 4 ASVG. Wer eine selbstständige Tätigkeit mit unternehmerischer Struktur ausübe, unterliege entgegen der Annahme der belangten Behörde nicht § 4 Abs. 4 ASVG, sondern überhaupt nicht der Versicherungspflicht des § 4

ASVG.

7. Mit Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 13.07.2011 wurde Frau XXXX der Beschwerdeschriftsatz übermittelt und ihr die Möglichkeit eingeräumt eine Stellungnahme abzugeben. Von dieser Stellungnahmemöglichkeit hat Frau XXXX keinen Gebrauch gemacht.

6. Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz legte die Beschwerde sowie die bezughabenden Verwaltungsakten (einlangend) am 11.08.2014 dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

7. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25.08.2015 wurde sowohl der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers als auch Frau XXXX aufgefordert ergänzende Fragen zu beantworten.

8. Nach Fristerstreckung teile der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers mit Schriftsatz vom 23.09.2015 mit, dass Frau XXXX seit 01.04.2006 bis dato für den Beschwerdeführer als Pflegehelferin tätig sei. Frau XXXX sei seit 01.04.2006 als Dienstnehmerin des Beschwerdeführers gemäß § 4 Abs. 2 ASVG zur Sozialversicherung gemeldet. Das monatliche Entgelt zum Zeitpunkt der Anmeldung am 01.04.2006 habe € 1.433,70 brutto betragen und das derzeitige Entgelt betrage € 2.328,80 brutto (ohne Zulagen). In den letzten neun Jahren habe sich weder an der Art der Tätigkeit noch an deren Ausübung eine Änderung ergeben. Unter einem beantragte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Seitens Frau XXXX blieb das Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes unbeantwortet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die WGKK führte beim Beschwerdeführer über den Zeitraum 01.01.2006 bis 31.12.2007 eine GPLA-Prüfung durch. Im Zuge dieser Erhebung wurde auch die Versicherungspflicht von Frau Luca XXXX, SVNR XXXX, überprüft. Seitens der WGKK wurde die Ansicht vertreten, dass die als Pflegehelferin beschäftigte und (zum damaligen Zeitpunkt) als freie Dienstnehmerin gemeldete Frau XXXX in einem echten Dienstverhältnis zum Beschwerdeführer stand und wurde sie aufgrund dessen als echte Dienstnehmerin gemäß § 4 Abs. 2 ASVG umgemeldet bzw. nachverrechnet. Im Zuge der Erhebungen durch die WGKK wurde Frau XXXX am 23.04.2009 niederschriftlich einvernommen. Am 19.03.2009 wurde Herr XXXX, der Verantwortliche für Personalangelegenheiten beim Beschwerdeführer, niederschriftlich einvernommen.

Frau Luca XXXX (geborene XXXX) schloss am 02.01.2006 einen als "freien Dienstvertrag" bezeichneten unbefristeten Vertrag mit dem Beschwerdeführer. Vertragsinhalt war die Ausübung des Berufs eines Pflegehelfers/einer Pflegehelferin. Im Vertrag wurde zudem im Wesentlichen wie folgt festgelegt: Es wird eine grundsätzliche Arbeitsbereitschaft des freien Dienstnehmers von 30 Stunden pro Monat vereinbart. Der freie Dienstnehmer hat bis zum 15. des Vormonats bekanntzugeben, an welchen Tagen und mit welcher Arbeitszeit er bereit wäre, Dienst zu übernehmen. Der Dienstgeber hat dem freien Dienstnehmer mitzuteilen, welche der vorgeschlagenen Arbeitszeiten er annimmt, womit jeweils die Dienstzeit vereinbart ist. Der freie Dienstnehmer kann einen Dienst jederzeit binnen 24 Stunden ab Bekanntgabe ablehnen, ansonsten er sich zu diesem Dienst verpflichtet hat. Im Falle, dass der Dienst innerhalb von 72 Stunden zu erbringen ist, muss er sein Ablehnungsrecht unverzüglich ausüben. Die Mittel zur Ausübung der Tätigkeit hat der Dienstgeber dem freien Dienstnehmer bei Dienstantritt zur Verfügung zu stellen. Der freie Dienstnehmer hat die Pflegehilfe im vereinbarten und gesetzlich geregelten Umfang zu erbringen. Der freie Dienstnehmer ist grundsätzlich bei Erbringung seiner Leistungen nicht weisungsgebunden, soweit eine Weisung nicht nach den Bestimmungen des GuGK durch die pflegerische und ärztliche Aufsicht vorgeschrieben ist. Soweit dies möglich ist, kann er die ihm übertragenen Arbeiten selbst organisieren und abwickeln, er unterliegt aber einer Ergebniskontrolle. Diese wird vom Dienstgeber und von jeder Einrichtung ausgeübt, wo er seinen Dienst gerade versieht. Wenn der freie Dienstnehmer einen eingeplanten Dienst nicht termingemäß abgelehnt hat, ist er zu dieser Pflegehilfe verpflichtet. Bei jeglicher Verhinderung eines bereits zugesagten Dienstes, insbesondere bei Krankheit, ist der freie Dienstnehmer verpflichtet, unverzüglich den Dienstgeber zu verständigen. Der freie Dienstnehmer ist berechtigt, sich durch eine andere Person, die über gleiche oder höhere Qualifikation verfügt, im Falle seiner Verhinderung vertreten zu lassen, sofern der Dienstgeber diese Person, die vom freien Dienstnehmer innerhalb einer bestimmten Frist bekanntzugeben ist, aus berechtigtem Grund ablehnt. Im Jahresdurchschnitt haben sich die Vertretungen in einem Ausmaß von unter 15% der angefallenen Dienste zu halten. Das Entgelt für jede tatsächlich geleistete Pflegedienstleistung (10 Stunden) beträgt €

100.-- abzüglich gesetzlich vorgeschriebener Sozialversicherungsabgaben. Der freie Dienstnehmer verpflichtet sich, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Dienstgebers zu wahren sowie die ihm zur Verfügung gestellten bzw. bei den Diensten bekannt gewordenen Informationen hinsichtlich Dritter, insbesondere bei denen er Dienst versieht, Patienten und Berufskollegen geheim zu halten. Die Weitergabe etwaiger Informationen an Dritte ist ihm somit untersagt. Diese Verpflichtung gilt auch über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus. Für den Fall einer Verletzung dieser Geheimhaltungspflicht wird eine Konventionalstrafe von € 4.000.-- vereinbart. Die Kündigung ist zum Ende eines Kalendermonats möglich, wobei eine sechswöchige Kündigungsfrist einzuhalten ist.

Frau Luca XXXX war aufgrund des am 02.01.2006 geschlossenen, oben näher beschriebenen, Vertrages ab 02.01.2006 als Pflegehelferin für den Beschwerdeführer tätig. Die von Frau XXXX zu leistenden Dienste wurden jeweils bis zum 15. des Vormonats im Vorhinein für ein Monat im Einvernehmen mit der Pflegedienstleitung/Stationsschwester vereinbart. Eine Pflegedienstleistung dauerte sechs Stunden (07:00 bis 13:00 Uhr - kurzer Dienst), wobei auch die Möglichkeit bestand, eine doppelte Dienstleistung (12 Stunden/07:00

bis 19:00 Uhr - langer Dienst) zu versehen. Frau XXXX leistet zwölfstündige Pflegedienstleistungen. Als Entlohnung für ihre Tätigkeit erhielt sie ursprünglich einen fixen Stundensatz in Höhe von € 10,- netto; das Entgelt in der Zeit vom 01.01.2006 bis 31.01.2006 lag unter und in der Zeit vom 01.02.2006 bis 28.02.2006 über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze. Die Möglichkeit, Dienste individuell ohne vorherige Rücksprache selbst festzulegen bzw. die Arbeitszeit zu verändern, bestand nicht. Im Falle der Verhinderung hatte Frau XXXX unverzüglich den Beschwerdeführer zu verständigen. Es bestand in der Folge die Möglichkeit, nach Rücksprache mit der Pflegedienstleitung den Dienst zu tauschen. Frau XXXX konnte sich im Verhinderungsfall ausschließlich durch die anderen beim Beschwerdeführer als freie Dienstnehmer versicherten Personen (Pflegekräftepool) vertreten lassen und war für eine solche Vertretung die Zustimmung des Beschwerdeführers erforderlich. Zu Beginn ihrer Tätigkeit beim Beschwerdeführer wurde Frau XXXX als Aushilfe für erkrankte Pflegehelfer eingesetzt; die diesbezüglichen Dienstzeiten wurden ihr von der Stationschwester bekannt gegeben. Frau XXXX verrichtete ihre Tätigkeit ausschließlich in den Räumlichkeiten/Pflegeheim der Beschwerdeführer. Sie unterlag bei ihrer Tätigkeit einer Ergebniskontrolle durch den Beschwerdeführer. In der tatsächlichen Ausübung der Pflegetätigkeit durch Frau Trifunovic bestand kein - auch kein für die Pfleglinge erkennbarer - Unterschied zu ihren Kollegen, welche als echte Dienstnehmer beschäftigt und versichert waren; angestellte und freie Dienstnehmer arbeiteten zusammen und entschieden beispielsweise in der Gruppe wer welches Stockwerk betreute.

Seit 01.04.2006 ist Frau XXXX als Dienstnehmerin des Beschwerdeführers gemäß § 4 Abs. 2 ASVG zur Sozialversicherung gemeldet. Das monatliche Entgelt zum Zeitpunkt der Anmeldung am 01.04.2006 betrug € 1.433,70 brutto; das derzeitige Entgelt beträgt € 2.328,80 brutto (ohne Zulagen).

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und die Sachverhaltsfeststellungen konnten unmittelbar aufgrund der Aktenlage getroffen werden.

Unstrittig ist, dass Frau XXXX im verfahrensgegenständlichen Zeitraum als Pflegehelferin für den Beschwerdeführer am Standort dessen Pflegeheimes tätig war. Unbestritten blieb auch, dass das monatliche Entgelt von Frau XXXX in der Zeit vom 01.01.2006 bis 31.01.2006 unter und in der Zeit vom 01.02.2006 bis 28.02.2006 über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze lag.

Weiters geht aus dem Schriftsatz des Rechtsvertreters vom 23.09.2015 hervor, dass Frau XXXX seit 01.04.2006 (bis laufend) als (echte) Dienstnehmerin des Beschwerdeführers gemäß § 4 Abs. 2 ASVG zur Sozialversicherung gemeldet ist. Das monatliche Entgelt zum Zeitpunkt der Anmeldung am 01.04.2006 € 1.433,70 brutto betrug und das derzeitige Entgelt € 2.328,80 brutto (ohne Zulagen) beträgt.

Die oben getroffenen Feststellungen stützen sich vor allem auf die zeitnahe zur GPLA-Prüfung bzw. zum verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahren getätigten Aussagen von Frau XXXX im Zuge ihrer Einvernahme am 23.04.2009, getätigten Ausführungen von Herrn XXXX in seiner Einvernahme am 19.03.2009 und auf den Vertrag vom 02.01.2006, welche in einer Gesamtschau ein Gesamtbild der wirtschaftlichen Vorgänge, Tatsachen und Verhältnisse ergeben. Zudem führt der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in seinem Schriftsatz vom 23.09.2015 aus, dass sich in den letzten neun Jahren weder an der Art der Tätigkeit noch an deren Ausübung eine Änderung ergeben hat. Dies lässt für das erkennende Gericht den Schluss zu, dass Frau XXXX seit Abschluss des als freien Dienstvertrag bezeichneten Vertrages am 02.01.2015 bis dato ein und dieselbe Tätigkeit für den Beschwerdeführer ausübt; dh dass, Frau XXXX auch in der Zeit vom 01.01.2006 bis 28.02.2006, in der sie laut Beschwerdeführer als freie Dienstnehmerin gelten sollte, keine anders gelagerte Tätigkeit für den Beschwerdeführer ausführt wie als echte Dienstnehmerin iSd § 4 Abs. 2 ASVG ab 01.04.2006.

Zur Arbeitszeit ist auszuführen, dass die Bestimmungsfreiheit hinsichtlich der Arbeitszeiteinteilung von Frau XXXX dahingehend eingeschränkt war, als sich aus dem Vertrag eine Vereinbarung einer grundsätzlichen Arbeitsbereitschaft von 30 Stunden pro Monat ergibt; allerdings aus dem Vertrag hervorgeht, dass die Dauer einer einzelnen Pflegedienstleistung von Frau XXXX nicht selbst frei gewählt werden konnte, sondern ist die Dauer einer solchen Einheit mit ca. 10 Stunden vorgegeben. Zusätzlich führte XXXX aus, dass es entweder lange oder kurze Dienste mit seitens des Beschwerdeführers genau festgelegten Uhrzeiten (07:00 bis 13:00 Uhr oder 07:00 bis 19:00 Uhr) gab. Zudem wurde Frau XXXX zu Beginn ihrer Tätigkeit als Pflegeaushilfskraft für erkrankte PflegehelferInnen eingesetzt und bekam die diesbezüglichen Dienstzeiten von der Stationschwester bekannt gegeben. Es ist daher insofern sehr wohl davon auszugehen, dass Frau XXXX an Arbeitszeitvorgaben des Beschwerdeführers bedingt durch die Betriebsstruktur iS einer Dienstleistung (tägliche Pflege) an hilfsbedürftigen Menschen gebunden war. Zur Arbeitszeit ist weiters auszuführen, dass die von ihr zu leistenden Dienste jeweils bis zum 15. des Vormonats im Vorhinein für ein Monat (Eingliederung in einen Dienstplan) im Einvernehmen mit der Pflegedienstleitung vereinbart wurden und Frau XXXX insofern an Arbeitszeiten gebunden war, als sie, sobald diese Dienstzeiteinteilung vorgenommen war, verpflichtet war, ihren Dienst

anzutreten. Diese im Voraus vorgenommene Diensteinteilung samt Verpflichtung zur Dienstverrichtung diene somit nach Ansicht des erkennenden Gerichtes zur Koordinierung der Pflegedienstleistungen und sollte dadurch ein ordentlicher, qualitativ hochwertiger und menschlicher Betrieb, wie von jedem Unternehmensführer gewünscht und insbesondere vor allem im Gesundheits- und Krankenpflegebereich durch die Arbeit an Menschen/Patienten wertvoll, erforderlich und üblich, sichergestellt werden. Das Bundesverwaltungsgericht verkennt nicht, dass eine pflegerische Tätigkeit an älteren und gebrechlichen Menschen eine große Herausforderung und Verantwortung für einen Betrieb darstellt und es genauer Personal-/Dienstplanung bedarf. Dem Vorbringen von Herrn XXXX in seiner Einvernahme, wonach für die freien Dienstnehmer - und somit für Frau XXXX - keine Arbeitsverpflichtung gelte, kann aus dem oben beschriebenen Blickwinkel nicht gefolgt werden; zumal diese Angabe auch im Widerspruch zu seiner ebenfalls im Zuge der Einvernahme getätigten Aussage steht, wonach die Dienstnehmer angehalten seien, die Arbeitszeiten einzuhalten.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass Frau XXXX nicht in die Unternehmensorganisation eingebunden sei, ist nicht nachvollziehbar. So spricht die vom Beschwerdeführer ausgeübte Ergebniskontrolle, welcher Frau XXXX unterliegt, für eine Eingliederung von Frau XXXX in die Arbeitsorganisation des Beschwerdeführers. Die Angabe von XXXX, dass die angestellten und freien Dienstnehmer des Beschwerdeführers zusammenarbeiten und beispielsweise in der Gruppe entscheiden, wer welches Stockwerk betreut, lässt den Schluss ableiten, dass es keine Unterscheidung in der betrieblichen Einbindung von freien und angestellten Pflegekräften seitens des Beschwerdeführers gibt. Dass es in der tatsächlichen Ausübung der Pflegetätigkeit keinen Unterschied zwischen der Tätigkeit eines angestellten und einen mit freien Dienstvertrag tätigen Pflegehelfers gibt, geht aus den übereinstimmenden Angaben der beiden Einvernommenen hervor; das bedeutet auch, dass für die zu pflegenden Personen keine Unterscheidung möglich bzw. ersichtlich war/ist. Am vorliegenden Fall ist wie bereits oben ausgeführt klar ersichtlich, dass es in der tatsächlichen Ausübung der Pflegetätigkeit und organisatorischen Einbindung in den Betrieb des Beschwerdeführers von Frau XXXX in der Zeit vom 01.01.2006 bis 28.02.2006 als freie Dienstnehmerin keine Unterscheidung zu ihrem ab 01.04.2006 angestellten Dienstverhältnis gibt. Der von Herrn XXXX in seiner Einvernahme getätigten Aussage, wonach es keiner gesonderten Überprüfung der von den freien Dienstnehmern erledigten Arbeiten bedürfe, kann nicht gefolgt werden, zumal diese Aussage im Widerspruch zum Vertragsinhalt steht, in welchem die Ergebniskontrolle ausdrücklich festgehalten ist. Auch die Eingliederung in einen Dienstplan ist als Einordnung in den Betrieb des Beschwerdeführers zu werten. Des Weiteren verwendete Frau XXXX bei Ausübung ihrer Tätigkeit keine eigenen Betriebsmittel, sondern werden die wesentlichen Betriebsmittel wie Bett, Pflegeutensilien etc. vom Beschwerdeführer bereitgestellt. Frau XXXX stehen somit bei der Erfüllung ihrer Aufgabe die organisatorischen Ressourcen des Beschwerdeführers zur Verfügung. In einer Gesamtschau ist somit von einer Eingliederung von Frau XXXX in den Betrieb und in die Arbeitsorganisation/-abläufe des Beschwerdeführers ab 01.01.2006 auszugehen.

Zu einer allfälligen Vertretungsbefugnis ist auszuführen, dass im gegenständlichen Fall von einer generellen Vertretungsbefugnis nicht ausgegangen werden kann. So ergibt sich aus dem Vertrag als auch aus der Niederschrift mit XXXX, dass Frau XXXX bei jeglicher Verhinderung eines bereits zugesagten Dienstes verpflichtet ist, den Beschwerdeführer unverzüglich zu verständigen. Im Falle einer Verhinderung ist zwar die Möglichkeit gegeben, sich vertreten zu lassen, allerdings kann Frau XXXX keine beliebige dritte Person als ihre Vertretung heranziehen, sondern darf sie sich ausschließlich durch andere beim Beschwerdeführer als freie Dienstnehmer versicherte Personen (Pflegekräftepool) vertreten lassen. Zusätzlich hätte der Beschwerdeführer das Recht gehabt, die namhaftgemachte Vertretungsperson abzulehnen. Weiters ist zu berücksichtigen, dass es Frau XXXX nicht offen steht, sich beliebig oft vertreten zu lassen, sondern ist vertraglich festgelegt, dass sich die Vertretungen im Jahresdurchschnitt in einem Ausmaß von unter 15% der angefallenen Dienste zu halten haben. Zu dem Vorbringen in der Beschwerde, wonach es dem Betreiber einer Pflegeeinrichtung nicht zuzugunsten werden könne, bei Kenntnis vom Ausfall eines freien Dienstnehmers untätig zu bleiben und es zu unterlassen, die Pflege der ihm anvertrauten Personen sicher zu stellen, ist auszuführen, dass dieses Argument, nämlich die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des pflegerischen Betriebes, und insbesondere auch der persönliche Bezug zwischen Pflegekraft und Pflegling geradezu gegen die Möglichkeit einer generellen Vertretungsbefugnis spricht.

Die sich aus dem Vertrag ergebende umfassende Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht samt Konventionalstrafe und Kündigungsbestimmung inkl. Kündigungsfristen wurden von keinen der Verfahrensparteien widersprochen.

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG Abstand genommen werden, weil der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde und dem Schriftsatz vom 23.09.2015 geklärt erscheint, eine mündliche Erörterung die weitere Klärung der Rechtsache nicht erwarten lässt. Dem Entfall der Verhandlung stehen auch weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958 noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C83 vom 30.03.2010, S. 389, entgegen.

Wenn in der Beschwerde ausgeführt wird, dass die belangte Behörde in ihrer Entscheidung lediglich lapidar festgestellt habe, dass sie an allfällig frühere von der WGKK vertretene Rechtsauffassungen nicht gebunden sei, so ist dazu auszuführen, dass sozialversicherungsrechtliche Verfahren betreffend die Feststellung der Versicherungspflicht stets Einzelfallentscheidungen sind und bei der Prüfung der Versicherungspflicht stets individuell auf den individuellen Dienstnehmer und die konkreten Umstände des Falles abgestellt wird.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs. 51 Z 6 B-VG) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet.

Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG geht die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei sonstigen Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, mit Ausnahme von Organen der Gemeinde, auf die Verwaltungsgerichte über.

§ 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 kein derartiger Antrag gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache der nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichterin.

Nach § 9 Abs. 2 Z 1 VwGVG ist belangte Behörde in den Fällen des Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG jene Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat.

3.2. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG 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.

3.3. Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 27 VwGVG legt den Prüfungsumfang fest und beschränkt diesen insoweit, als das Verwaltungsgericht (bei Bescheidbeschwerden) prinzipiell (Ausnahme: Unzuständigkeit der Behörde) an das Beschwerdevorbringen gebunden ist (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 1 zu § 27 VwGVG). Konkret normiert die zitierte Bestimmung: "Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen."

Die zentrale Regelung zur Frage der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bildet § 28 VwGVG. Die vorliegend relevanten Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung lauten wie folgt:

"§ 28. (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."

Gegenständlich steht der maßgebliche Sachverhalt im Sinne von § 28 Abs. 2 Z 1 VwGVG fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat folglich in der Sache selbst zu entscheiden.

3.4. Die im vorliegenden Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) und Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AIVG) jeweils idGF lauten:

ASVG:

Vollversicherung

§ 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;

(...)

14. die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen.

(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), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder

3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(4) Den Dienstnehmern stehen 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.

(5) (aufgehoben)

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

Ausnahmen von der Vollversicherung

§ 5. (1) Von der Vollversicherung nach § 4 sind unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung ausgenommen:

1. (...)

2. Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

(...)

(2) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn es

1. (...)

2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als (2006) 333,16 € und (2007) 341,16 € gebührt.

Teilversicherung von im § 4 genannten Personen

§ 7. Nur in den nachstehend angeführten Versicherungen sind von den im § 4 genannten Personen auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (teilversichert):

1. und 2. (...)

3. in der Unfallversicherung hinsichtlich der nachstehend bezeichneten Tätigkeiten (Beschäftigungsverhältnisse):

a) die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten;

(...)

Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung

§ 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.

AIVG:

Umfang der Versicherung

§ 1. (1) Für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert) sind

a) 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.

3.5. Zu A) Abweisung der Beschwerde:

Vorliegend ist die Frage zu beurteilen, ob ein Dienstvertrag iSd § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG oder ein freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs. 4 ASVG vorliegt.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Dienstverhältnis 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.

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weit gehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften

über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein. (vgl. unter vielen das Erkenntnis des VwGH vom 27. April 2011, Zl. 2009/08/0123).

Bei Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können; entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. das Erkenntnis vom 11. Dezember 1990, Slg. Nr. 13.336/A). Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. das Erkenntnis vom 19. März 1984, Slg. Nr. 11.361/A). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Vertrag eine eindeutige Antwort darauf, welche Art von Vertrag gewollt war, zulässt oder nicht. Im letzteren Fall kommt der tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung für die Frage der Pflichtversicherung entscheidende Bedeutung zu (vgl. das Erkenntnis vom 20. Februar 2008, Zl. 2007/08/0053).

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. VwGH vom 24. Jänner 2006, Zl. 2004/08/0101, mwN).

Die Bindung an die Arbeitszeit oder den Arbeitsort sind dann hinsichtlich des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht unterscheidungskräftig, wenn sie sich gleichsam aus der Natur der Sache ergeben, ein selbständig Erwerbstätiger also ebensolchen Sachzwängen bei einer bestimmten Tätigkeit unterläge wie ein unselbständig Beschäftigter (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 21. September 1993, Zl. 92/08/0186, mwN). In einem solchen Fall kommt anderen Merkmalen der Abgrenzung besondere Bedeutung zu, wie etwa der Kontrollbefugnis des Dienstgebers oder dem einzelnen gestalterischen Spielraum des Tätigen. (vgl. VwGH vom 04.06.2008, Zl. 2006/08/0206).

Im vorliegenden Fall ergibt sich die Bindung an den Arbeitsort aus der Natur der Sache, da die Pflgetätigkeit nur in den Räumlichkeiten (Pfleheim) des Beschwerdeführer, in denen sich die Pflegebefohlenen aufhalten, ausgeführt werden kann.

Die Arbeitszeit hingegen hat einen entsprechenden Unterscheidungswert, hat sie sich doch nicht nur aus der Dauer des Pflegebedarfes ergeben, sondern war Frau XXXX vertraglich zur Leistung einer gewissen Stundenanzahl verpflichtet. Überdies war die Bestimmungsfreiheit der Arbeitszeiteinteilung von Frau XXXX aufgrund des Umstandes, dass die von ihr zu leistenden Dienste jeweils bis zum 15. des Vormonats im Vorhinein für ein Monat iS eines Dienstplanes im Einvernehmen mit der Pflegedienstleitung/Stationsschwester vereinbart wurden, und der seitens des Beschwerdeführers fix vorgegebenen Dienst-/Uhrzeiten eingeschränkt. Auch hatte Frau XXXX zu Beginn ihrer Tätigkeit beim Beschwerdeführer keine Bestimmungsfreiheit der Arbeitszeit, weil diese aufgrund der bloßen Bekanntgabe durch die Stationsschwester von Aushilfsdiensten für erkrankte PflegehelferInnen ausgeschalten war. Zudem war Frau XXXX, wenn ein Pflegedienst einmal übernommen wurde, auch verpflichtet, diesen auch durchzuführen.

Maßgeblich für das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit ist die Eingliederung der als "freie" Dienstnehmerin tätigen Pflegehelferin in die Arbeitsorganisation und die Arbeitsabläufe der Pflegeeinrichtung. So hat Frau XXXX innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit wie seine angestellten Kollegen im Rahmen der betrieblichen Erfordernisse (zB Stockwerkseinteilung) Pflegebeholfene betreut und im Rahmen ihrer gesetzlichen Vorgaben Dokumentationen und Berichte gelesen und geschrieben. Für die Pflegebeholfenen war nicht erkennbar, dass sie von einer freien Dienstnehmerin gepflegt werden, die nicht zum Stammpersonal gehört. Weiters sprechen das Bestehen eines monatlichen Dienstplanes, die Rücksprache bei Dienstaustausch bzw. verpflichtende Meldung im Verhinderungsfall an die Pflegedienstleitung, die Ergebniskontrolle, welche Frau

XXXX unterlag, die Bereitstellung der wesentlichen Betriebsmittel durch den Beschwerdeführer sowie die vertraglich vereinbarten umfassenden Geheimhaltungsklauseln - samt Vertragsstrafen - für das Bestehen einer organisatorischen Eingliederung in den Betrieb des Beschwerdeführers (vgl. VwGH vom 22.03.2010, Zl. 2009/15/0200) und sohin für das Vorliegen einer persönlichen Anhängigkeit von Frau XXXX vom Beschwerdeführer.

Im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 04.06.2008, Zl. 2006/08/0206 bejahte dieser die Dienstnehmereigenschaft von Heimhilfen, da die Pflegerinnen - wie auch im vorliegenden Fall - zum Pflegedienst verpflichtet waren, wenn sie einen solchen Dienst übernommen haben und die wesentlichen Betriebsmittel nicht selber zur Verfügung gestellt haben (vgl. Zehetner in Sonntag, ASVG (2015) § 4 RZ 66).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem oben zitierten Erkenntnis vom 16.05.2001, Zl. 96/08/0200, ausgesprochen, dass dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überwinden kann, es ebenso an der persönlichen Arbeitspflicht des fehlt wie in dem Fall, in dem von vornherein die Leistungserbringung zur Gänze durch Dritte erfolgen darf. In beiden Fällen ist aber Voraussetzung für die rechtliche Ausschlusswirkung einer solchen Befugnis in Bezug auf die Annahme des Vorliegens der persönlichen Abhängigkeit, dass eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten, wie z.B. Schwerarbeiten oder Ereignisse, wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis vorliegt. Eine generelle Vertretungsbefugnis hat auch mit einem wechselseitigen Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber beschäftigten Personen nichts zu tun (vgl. VwGH vom 04.06.2008, Zl. 2006/08/0206). Im gegenständlichen Fall beschränkte sich die Vertretungsmöglichkeit auf ein solches wechselseitiges Vertretungsrecht; eine generelle Vertretungsbefugnis bestand nicht. Eine Dienstverhinderung war dem Beschwerdeführer zu melden und hatte der Beschwerdeführer die Möglichkeit eine Vertretungsperson abzulehnen. Bei einer Gesamtbetrachtung all dieser Beschränkungen, organisatorischen Vorgaben und dem Umstand, dass hier Dienstleistung an pflegebedürftigen Menschen angeboten wird, kann im vorliegenden Fall nicht von einem von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes erforderlichen generellen Vertretungsrecht die Rede sein. Zusätzlich wird hinsichtlich der Vertretungsbefugnis seitens des Bundesverwaltungsgericht noch auf das Erkenntnis vom 18.02.2009, Zl. 2007/08/0041 des Verwaltungsgerichtshofes hingewiesen, welches ausführt, dass die Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen gegen eine umfassende Vertretungsbefugnis spricht. Verfahrensgegenständlich wurde Frau XXXX vertraglich verpflichtet, über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse strengste Verschwiegenheit, auch über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus, und unter Androhung einer Konventionalstrafe zu bewahren.

Die Vereinbarung eines Stundenhonorars stellt ein Indiz dafür dar, dass Frau XXXX dem Beschwerdeführer nicht einen bestimmten Arbeitserfolg schuldete, sondern ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellte. Die Abrechnung nach geleisteten Arbeitsstunden stellt keine erfolgsabhängige Entlohnung dar und bildet ein weiteres gewichtiges Indiz für eine - unstrittig vorliegende - nichtselbständige Tätigkeit. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Dienstverhältnisses zähle, dass der Dienstnehmer für seine Dienstleistungen laufend ein angemessenes Entgelt erhalte. Sozialleistungen, wie die Gewährung von Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Absicherung bei Verletzungen, könnten zwar Kennzeichen eines allgemein üblichen Dienstverhältnisses sein, ihr Fehlen bedeute aber nicht, dass Frau XXXX dem Beschwerdeführer ihre Arbeitskraft nicht persönlich (iSd § 4 Abs. 1 Z 1 iVm § 4 Abs. 2 ASVG) schuldete.

Aufgrund all dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass Frau XXXX in ihrer Funktion als Pflegehelferin beim Beschwerdeführer ab 01.01.2006 in mehrfacher Hinsicht in die betriebliche Struktur des Beschwerdeführers eingebunden, dem Beschwerdeführer weisungs- und kontrollunterworfen und persönlich arbeitspflichtig war. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes lag dadurch ein Ausdruck der Einschränkung der persönlichen Bestimmungsfreiheit von Frau XXXX vor.

In einer einzelfallbezogenen Gesamtschau sind somit die Merkmale einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit bereits ab 01.01.2006 als überwiegend zu beurteilen.

Unstrittig ist, dass ab 01.04.2006 die Pflegehelferin Frau XXXX als Dienstnehmerin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG vollversichert bei der Sozialversicherung gemeldet ist.

Die Merkmale für das Bestehen persönlicher Abhängigkeit sind im gegenständlichen Fall als gegeben anzusehen.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen

organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel finde, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Im Verfahren betreffend die Feststellung der Pflichtversicherung ist es ausreichend, darzulegen, dass jedenfalls ein über der Geringfügigkeitsgrenze liegender Entgeltanspruch bestand (vgl. VwGH vom 04.09.2013, Zl. 2013/08/0110). Dass das Entgelt Frau XXXX in der Zeit vom 01.02.2006 bis zum 28.02.2006 und ab dem 01.04.2006 über und in der Zeit vom 01.01.2006 bis 31.01.2006 unter der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze liegt/lag, wurde im gesamten Verfahren weder bestritten noch wurde Gegenteiliges behauptet.

Zusammenfassend spricht das Gesamtbild der zu beurteilenden Tätigkeit für ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit.

Gemäß § 4 Abs. 6 ASVG schließt sohin eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 ASVG für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 4 ASVG aus.

Weil in der Zeit vom 01.01.2006 bis 31.01.2006 das monatliche Entgelt unter der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze lag, kommt für dies Zeit gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 ASVG iVm § 5 Abs. 2 Z 2 ASVG nur eine Teilversicherung in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG zum Tragen.

Die Beschwerde vermag daher eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vom 20.06.2011 nicht darzutun.

3.6. 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.

Die Abweisung der Beschwerde ergeht in Anlehnung an die oben zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum ASVG; insbesondere wird auf das Judikat des Verwaltungsgerichtshofes vom 04.06.2008, Zl. 2006/08/0206 hingewiesen. Die gegenständliche Entscheidung weicht daher weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2015:W145.2010659.1.00