

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

23.12.2015

Geschäftszahl

W167 2003130-1

Spruch

W167 2003130-1/31E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Einzelrichterin über die Beschwerde (vormals: Einspruch) von XXXX, vertreten durch XXXX, gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom XXXX, betreffend die Dienstnehmereigenschaft von XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, in Anwendung des § 414 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Absatz 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) in Verbindung mit § 4 Absatz 1 Ziffer 1 und Absatz 2 ASVG und § 1 Absatz 1 litera a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Artikel 133 Absatz 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Text**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:****I. Verfahrensgang:**

1. Bei XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer) erfolgte eine gemeinsame Prüfung lohnabhängiger Abgaben (GPLA) für den Prüfzeitraum 01.01.2006 bis 31.12.2009. Aufgrund der Buchhaltung wurde festgestellt, dass Personen nicht zur Sozialversicherung gemeldet waren, die histologische Präparate befundeten bzw. zytologische Präparate (PAPS) screeneten. Die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) hat weitere Auskünfte über Fragebögen und ergänzend über niederschriftliche Befragung eingeholt. Im Ergebnis hat die WGKK bei fünf Personen ein Dienstverhältnis gemäß § 47 Einkommenssteuergesetz (EStG) bzw. § 4 Absatz 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), bei weiteren drei Personen freie Dienstverhältnisse gemäß § 4 Absatz 4 ASVG festgestellt. Dies wurde XXXX, dem Bevollmächtigten des Beschwerdeführers, und Herrn XXXX, dem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater des Beschwerdeführers im Rahmen der Schlussbesprechung am 12.03.2012 mitgeteilt. Der Beschwerdeführer stellte in weiterer Folge einen Antrag auf Bescheiderlassung.

2. Mit Bescheid vom XXXX stellte die WGKK fest, dass XXXX (im Folgenden: mitbeteiligte Ärztin) aufgrund ihrer Tätigkeit (histologische Befundung von Operationspräparaten und Obduktionen) beim Beschwerdeführer vom 01.01.2006 bis 31.12.2009 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlag. Die mitbeteiligte Ärztin sei als begutachtende und befunderstellende Ärztin für den Beschwerdeführer tätig gewesen. Sie habe diese Tätigkeit persönlich im Labor des Beschwerdeführers mit dessen Betriebsmitteln ausgeübt und sei leistungsbezogenen entlohnt worden. Aus dem Gesamtbild ihrer Beschäftigung ergebe sich,

dass sie in einem Verhältnis der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt gewesen sei.

3. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch seinen Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, im XXXX Einspruch (nunmehr: Beschwerde). In diesem machte er die Verletzung von Verfahrensvorschriften und die Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts mit näheren Ausführungen geltend.

4. Am 01.01.2014 ging die Zuständigkeit zur Entscheidung der vorliegenden Rechtssache gemäß Artikel 151 Absatz 51 Ziffer 8 B-VG auf das damals neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht über. Der Landeshauptmann von Wien legte daher den Akt im Jahr 2014 dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

5. Die Beschwerdeverfahren betreffend die fünf von der WGKK als DienstnehmerInnen festgestellten Personen wurden für die Verhandlung verbunden. Die erste mündliche Verhandlung fand am XXXX statt. Befragt wurden Beschwerdeführer, zwei Ärztinnen sowie drei Zeuginnen. Die Verhandlung wurde vertagt und am XXXX fortgesetzt. Befragt wurden eine Veterinärmedizinerin, die mitbeteiligte Ärztin und eine Zytologin sowie zwei ZeugInnen. Die Verhandlung wurde neuerlich vertagt und am XXXX fortgesetzt. In ihr wurden drei ZeugInnen befragt. Der Beschwerdeführer und seine VertreterInnen waren bei allen Verhandlungen anwesend und hatten Gelegenheit Fragen zu stellen bzw. wurden zu allfälligen (scheinbaren) Widersprüchen befragt. Die mitbeteiligte Ärztin war bei den ersten beiden Verhandlungsterminen anwesend und hat sich für die Verhandlung am

XXXX entschuldigt, war aber durch ihre Anwältin vertreten und hat zur Verhandlung Stellung genommen. An den Verhandlungen nahmen auch Vertreter der WGKK teil.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Im Laboratorium von XXXX (Beschwerdeführer) waren im Zeitraum 2006 bis 2009 im Bereich der klinischen Pathologie mehrere FachärztInnen für Pathologie und Zytodiagnostik, VeterinärpathologInnen und diplomierte ZytologInnen tätig. Diese untersuchten im Wesentlichen medizinische Proben auf Auffälligkeiten, manche befundeten auch.

1.2. XXXX (mitbeteiligte Ärztin) ist Fachärztin für Pathologie mit dem Zusatzgebiet Zytodiagnostik. Von 2006 bis 2009 war mitbeteiligte die Ärztin hauptberuflich in einem Krankenhaus angestellt.

1.3. Die mitbeteiligte Ärztin war von 01.01.2006 bis 31.12.2009 für den Beschwerdeführer tätig. Der Beschwerdeführer und die mitbeteiligte Ärztin haben einen als "Konsulentenvertrag" betitelten schriftlichen Vertrag geschlossen. Als Aufgaben der mitbeteiligten Ärztin wurden im Vertrag die Befundung von histologischen Präparaten, die Durchführung von Gefrierschnitten in den vom Beschwerdeführer bekannt gegebenen Spitälern, die Makroskopie von histologischen Präparaten und Obduktionen aufgezählt. Der Vertrag sieht eine einmonatige Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalendermonats vor. Darüber hinaus ist ein näher beziffertes Honorar pro Stunde vorgesehen, welches mittels Stundenabrechnung vergütet wird. Unter Punkt "IV. Weisungsfreiheit" findet sich folgende Regelung: "Die Konsulentin unterliegt, soweit dies nicht in der Natur des Konsulentenvertrages vorgegeben ist, bei der Erfüllung des Vertrages hinsichtlich Gestaltung des Tätigkeitsablaufes, Tätigkeitsort und der Zeiteinteilung keinerlei Weisungen vom Auftraggeber. Eine diesbezügliche Abstimmung mit dem Auftraggeber ist aber aus administrativen Gründen notwendig. Sofern die Tätigkeit in den Räumlichkeiten des Bestellers abgewickelt wird, ist die jeweils gültige Hausordnung einzuhalten." Darüber hinaus ist eine Geheimhaltungspflicht betreffend Geschäftsvorgänge, interne Betriebsverhältnisse, Betriebsergebnisse und technische Verfahren vorgesehen. "VI. Konkurrenzverbot: Der Konsulentin ist es untersagt, bestehende Einsender bzw. Zuweiser des Auftraggebers abzuwerben. ...". Im Falle des Zuwiderhandelns ist eine Vertragsstrafe vereinbart. Unter Punkt VII. finden sich Bestimmungen betreffend die Beendigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund. Unter Punkt VIII ist die Zuständigkeit des für 1010 Wien sachlich zuständigen Gerichts vereinbart, Punkt IX. enthält sonstige Bestimmungen (u.a. dass sämtliche Steuern und Sozialversicherung von der Konsulentin selbst zu erklären und abzuführen sind).

1.4. Die mitbeteiligte Ärztin war von in den Jahren 2006 bis 2009 mehrere Tage die Woche für den Beschwerdeführer im Labor während der Laborzeiten tätig. An den vereinbarten Tagen (Donnerstag und Freitag, teilweise auch Montag) ist sie automatisch ins Labor gekommen, sofern ihr nicht telefonisch ein Einsatzort in einem Krankenhaus bekannt gegeben wurde. Entlohnt wurde sie nach Stunden, wobei sie diese monatlich in der Honorarnote unter Angabe von Datum und Uhrzeit auflistete. Die Honorarnoten wurden auf rechnerische Richtigkeit geprüft und mit dem Stundensatz multipliziert. Im gesamten Zeitraum lag ihr Verdienst über der jeweiligen Geringfügigkeitsgrenze.

1.5. Die mitbeteiligte Ärztin hat sich nie vertreten lassen. Eine Vertretung durch eine laborfremde Person war weder vereinbart, noch konnte ernsthaft damit gerechnet werden. Im Falle ihrer Verhinderung hat sich die mitbeteiligte Ärztin entweder direkt beim Beschwerdeführer oder im Sekretariat gemeldet. Im Falle einer vorhersehbaren Abwesenheit, hat die mitbeteiligte Ärztin dies dem Beschwerdeführer mitgeteilt und dann ein Formular ("Abwesenheitsankündigung") ausgefüllt, das im Sekretariat ausgehängt wurde. Darüber hinaus wurden ihre Abwesenheiten auch von ihr selbst oder dem Sekretariat im Sekretariatskalender vermerkt.

1.6. Die mitbeteiligte Ärztin hat Gefrierschnitte und Obduktionen in den jeweiligen Krankenhäusern durchgeführt, im Labor des Beschwerdeführers hat sie makroskopische Beschreibungen vorgenommen und histologische Präparate befundet. Eine fachliche Einschulung war aufgrund ihrer Qualifikation nicht erforderlich. Dienstbesprechungen konnten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht festgestellt werden, es gab allerdings gelegentlich fachliche Besprechungen zwischen dem Beschwerdeführer und der mitbeteiligten Ärztin. Im Rahmen einer sogenannten "Resteliste" wurden unerledigte Präparate in Evidenz gehalten. Die Existenz eines Labordienstplans im beschwerdegegenständlichen Zeitraum konnte nicht festgestellt werden. Die mitbeteiligte Ärztin hatte die Möglichkeit, die Tätigkeit für bestimmte Operateure abzulehnen, wovon sie auch vereinzelt Gebrauch gemacht hat.

1.7. Die mitbeteiligte Ärztin hatte im Labor einen Arbeitsplatz mit PC (im beschwerdegegenständlichen Zeitraum handelte es sich um das Besprechungszimmer). Im Makrolabor erfolgten Handreichungen an die mitbeteiligte Ärztin durch Studierende.

1.8. Die mitbeteiligte Ärztin hatte im verfahrensrelevanten Zeitraum einen Schlüssel, der sowohl die Haustür als auch das Labor gesperrt hat.

Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Akt der Gebietskrankenkasse, den Einspruch und die weiteren Eingaben der Parteien im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie durch Befragung der Parteien und ZeugInnen (Geschäftsführer sowie von den Parteien namhaft gemachte weitere MitarbeiterInnen des Beschwerdeführers) im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Es besteht kein Grund an der Richtigkeit der Angaben des Beschwerdeführers und der mitbeteiligten Ärztin sowie an der Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen zu zweifeln.

2.1. Die Feststellungen zum Tätigkeitsbereich des Labors basieren auf dem Vorbringen des Beschwerdeführers im Einspruch sowie den Ausführungen des Beschwerdeführers, der mitbeteiligten Ärztin sowie der vernommenen ZeugInnen in der mündlichen Verhandlung. Diese ergeben sich daher aus der Aktenlage und sind überdies unstrittig.

2.2. Der Fachbereich der mitbeteiligten Ärztin und ihre hauptberufliche Tätigkeit wird nicht bestritten und ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und den Aussagen in der mündlichen Verhandlung.

2.3. Der Zeitraum der Tätigkeit der mitbeteiligten Ärztin wurde bereits dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt und ist auch aus den vorgelegten Honorarnoten ersichtlich. Im Verwaltungsakt befindet sich eine Kopie des Konsumentenvertrages.

2.4. Dass die mitbeteiligte Ärztin an vereinbarten Tagen im Labor während der Laborzeiten (wegen der Erreichbarkeit für externe telefonische Rückfragen) anwesend war und diese Anwesenheit auch vom Beschwerdeführer angenommen wurde, ergibt sich einerseits aus der glaubhaften Aussage der mitbeteiligten Ärztin in der Verhandlung und auch daraus, dass sie im Gegensatz zu weiteren befragten Ärztinnen telefonisch allenfalls für Gefrierschnitte angefragt wurde, was nach der nachvollziehbaren Aussage der mitbeteiligten Ärztin in der Verhandlung den Sinn hatte, dass sie gleich direkt ins Spital fahren sollte ohne Zeit dadurch zu verlieren, dass sie zuerst ins Labor musste. Zudem hat sie als einzige der befragten Ärztinnen ein Formular ausgefüllt ("Abwesenheitsankündigung") und darüber hinaus ihre Abwesenheiten auch im vom Beschwerdeführer vorgelegten Sekretariatskalender entweder selbst vermerkt oder vermerken lassen. Dass die mitbeteiligte Ärztin an den in den Honorarnoten angeführten Tagen grundsätzlich im bzw. für das Labor tätig war, ist im Beschwerdefall nicht strittig. Die Entlohnung nach Stunden, die Art der Auflistung sowie die Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze ergeben sich ebenfalls nachvollziehbar aus den Honorarnoten. Dass die Honorarnoten nur auf ihre rechnerische Richtigkeit geprüft worden sind wurde vom Beschwerdeführer bzw. dessen Geschäftsführer glaubhaft angegeben. Dieses Vorbringen wird dadurch untermauert, im Dezember 2007 bzw. September 2008 die Gesamtstundenanzahl rechnerisch einmal zu Ungunsten, einmal zu Gunsten der mitbeteiligten Ärztin korrigiert wurde.

2.5. Aus dem Verwaltungsakt (insbesondere dem "Konsulentenvertrag") und den Befragungen in der Verhandlung ergibt sich, dass keine Vertretungsregelung vereinbart war. In der mündlichen Verhandlung hat die mitbeteiligte Ärztin darüber hinaus glaubhaft angegeben, dass sie sich einmal bemüht habe im Kollegenkreis eine Vertretung zu finden und daraufhin gebeten wurde dies zu unterlassen, da sich der Beschwerdeführer die Vertretungen erforderlichenfalls selbst aussucht. Dem wurde seitens des Beschwerdeführers nicht widersprochen. Dieses Vorbringen ist auch vor dem Hintergrund, dass es um eine sensible Tätigkeit im Labor des Beschwerdeführers ging, nachvollziehbar.

2.6. Wie die WGKK kommt auch das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass die mitbeteiligte Ärztin ihre Tätigkeit üblicherweise im Labor des Beschwerdeführers oder in den jeweiligen Krankenhäusern mit den Betriebsmitteln des Beschwerdeführers ausgeübt hat. Dies wurde im Übrigen auch nicht bestritten. Eine Einschulung wurde nicht behauptet, der Beschwerdeführer hat auch in der Verhandlung angegeben, dass er sich gerade qualifizierte Mitarbeiterinnen ausgesucht habe, weshalb keine Einschulung erforderlich gewesen sei. Die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Funktion der "Resteliste" in der Verhandlung waren schlüssig und nachvollziehbar und wurden auch von den anwesenden Ärztinnen nicht bestritten. Die Existenz eines Labordienstplans im beschwerdegegenständlichen Zeitpunkt konnte nicht festgestellt werden. Dessen Vorliegen wurde von der mitbeteiligten Ärztin behauptet ("In der Makroskopie hat es einen Labordienstplan gegeben, wann sich die Ärzte einzufinden haben."), war aber den anderen Ärztinnen und der Veterinärmedizinerin nicht bekannt, weshalb seine Existenz im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht festgestellt werden konnte.

2.7. Die mitbeteiligte Ärztin hatte im Labor einen Büro-Arbeitsplatz (im beschwerdegegenständlichen Zeitraum handelte es sich dabei um das Besprechungszimmer des Labors). Die Handreichungen durch Studierende im Labor wurden vom Beschwerdeführer und der mitbeteiligten Ärztin übereinstimmend angegeben.

2.8. Die mitbeteiligte Ärztin und der Geschäftsführer haben in der Verhandlung übereinstimmend bestätigt, dass die Ärztin über einen Schlüssel verfügt hat.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Allgemeines:

3.1.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

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.

Im konkreten Fall ist die Zuständigkeit zur Entscheidung über den Einspruch (nunmehr Beschwerde) mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

3.1.2. EinzelrichterInnenzuständigkeit

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch EinzelrichterIn, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 414 Absatz 2 ASVG ist in bestimmte Fällen Senatszuständigkeit auf Antrag einer Partei vorgesehen. Da im vorliegenden Fall kein derartiger Antrag gestellt wurde, liegt EinzelrichterInnenzuständigkeit vor.

3.1.3. Verfahren

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). 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.

3.1.4. Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis

§ 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], Anmerkung 1 zu § 27 VwGVG).

Die zentrale Regelung zur Frage der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bildet § 28 VwGVG. Das Verwaltungsgericht hat die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist (Absatz 1). Über Bescheidbeschwerden hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht (Absatz 2 Ziffer 1) oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Absatz 2 Ziffer 2).

3.2. Zu A) Abweisung der Beschwerde

3.2.1. Maßgebliche Bestimmungen des ASVG

Gemäß § 4 Absatz 1 Ziffer 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund des ASVG die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer 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 Absatz 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinne des ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 4 Absatz 2 3. Satz ASVG gilt als Dienstnehmer jedenfalls auch, wer nach § 47 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, eine der beiden angeführten Ausnahmen ist erfüllt.

Gemäß § 4 Absatz 4 Ziffer 1 und litera c ASVG stehen den Dienstnehmern im Sinne des ASVG Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für 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, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn, (bis 31.07.2009) dass eine freiberufliche Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) begründet, ausgeübt wird bzw. (seit dem 01.08.2009) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird.

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

Gemäß § 35 Absatz 1 1. Satz ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

§ 539a ASVG regelt die Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung:

(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.

3.2.2. Maßgebliche Bestimmung des AIVG

Gemäß § 1 Absatz 1 litera a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) sind Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert).

3.2.3. Die mitbeteiligte Ärztin unterlag aufgrund Ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer der Versicherungspflicht gemäß ASVG und AIVG

Im Beschwerdefall ist strittig, ob die mitbeteiligte Ärztin aufgrund Ihrer Tätigkeit für den Beschwerdeführer der Versicherungspflicht gemäß § 4 ASVG und § 1 Absatz 1 litera a AIVG unterlag.

3.2.3.1. Werkvertrag oder Dauerschuldverhältnis

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH; zuletzt VwGH 20.03.2014, 2012/08/0024 mwN) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Der Werkvertrag begründet grundsätzlich ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können.

Im Jahr 2014 hat der VwGH (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233) das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages verneint: "Ungeachtet der Überschrift "Werkvertrag" bezieht sich die zwischen dem Beschwerdeführer und der [Steuerberaterin] getroffene Vereinbarung nicht auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als in sich geschlossene Einheit einer individualisierten, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung. Es handelt sich vielmehr um laufend zu erbringende, qualifizierte (Dienst)leistungen (...). Dies zeigt sich neben der kontinuierlichen Leistungserbringung, die auf ein Dauerschuldverhältnis hindeutet, auch daran, dass die Leistungen der [Steuerberaterin] nach den dafür aufgewendeten (dem Kunden durch den Beschwerdeführer verrechenbaren) Arbeitsstunden abgegolten worden sind."

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (zuletzt VwGH 14.02.2013, 2011/08/0391) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls

liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt.

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Der Beschwerdeführer hat mit der mitbeteiligten Ärztin einen Vertrag über die Befundung von histologischen Präparaten, die Durchführung von Gefrierschnitten in den vom Beschwerdeführer bekannt gegebenen Spitälern, die Makroskopie von histologischen Präparaten und Obduktionen abgeschlossen. Der Beschwerdeführer argumentiert Vertragsinhalt sei die entgeltliche Herstellung eines Werkes (= "Herstellung eines ordnungsgemäßen Befundes des Präparates bzw. der Obduktion") gewesen, was "in jedem Fall abgrenzbar, überprüfbar und einer Gewährleistung bzw. Haftung zugänglich" gewesen wäre; überdies liege bei der Herstellung von Befunden nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84) ein Werkvertrag vor. Diese Argumentation trifft im Beschwerdefall aus folgenden Gründen nicht zu: Der OGH hat sich im zitierten Erkenntnis unter anderem mit der rechtlichen Einordnung eines Behandlungsvertrags beschäftigt (welchen er als freien Dienstvertrag qualifizierte) und ausgeführt:

"Die Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patienten können nur insoweit den Regeln des Werkvertrages unterstellt werden, als nicht die Behandlung sondern nur die Herstellung von Befunden Vertragsinhalt ist." Im Beschwerdefall handelt sich allerdings um eine Vertragsbeziehung zwischen zwei Ärzten und die Durchführung von Befundungen war nur ein Teil der vielfältigen Tätigkeiten der mitbeteiligten Ärztin für den Beschwerdeführer. Zudem ist auch kein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit der mitbeteiligten Ärztin (weder beim Befunden, noch bei ihren anderen Tätigkeiten) ersichtlich, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Darüber hinaus deutet auch die kontinuierliche gattungsmäßige Leistungserbringung, die Abgeltung nach Stunden sowie die laufende Zuweisung von Präparaten, Gefrierschnittterminen und Obduktionen vor allem auch während der Anwesenheit der mitbeteiligten Ärztin an den vorgesehenen Tagen auf ein Dauerschuldverhältnis hin. Daher ist bei einer Gesamtbetrachtung der Tätigkeit der mitbeteiligten Ärztin für den Beschwerdeführer davon auszugehen, dass ein Dauerschuldverhältnis vorlag.

Der Argumentation des Beschwerdeführers, dass eine freiberufliche und daher selbständige Ausübung der Tätigkeit von Ärzten und Tierärzten im Gegensatz zu anderen Tätigkeiten zweifellos möglich und fest im Gesetz verankert sei (unter Verweis auf § 22 Absatz 1 litera b Einkommenssteuergesetz) ist entgegen zu halten, dass es sich dabei um eine steuerrechtliche Bestimmung handelt und die ärztliche Tätigkeit grundsätzlich eben auch im Rahmen eines Dienstverhältnisses möglich ist, sofern die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen (vergleiche VwGH 21.11.2001, 97/08/0169 mit weiteren Nachweisen, sowie VwGH 17.10.2012, 2009/08/0188 mit Verweis auf das zuvor genannte Erkenntnis und die Kommentierung des Ärztegesetzes).

Auch wenn die Honorarlegung, die steuerliche Veranlagung als Selbständige und die nachgewiesene Versicherung in der Pensions- und Unfallversicherung nach dem Freiberuflichen Sozialversicherungsgesetz (FSVG) darauf hindeutet, dass sich die mitbeteiligte Ärztin als Selbständige verstanden hat, ist dies für die rechtliche Beurteilung nicht wesentlich, da nach ständiger Judikatur des VwGH nicht der Parteienwille, sondern die tatsächlich ausgeübte Beschäftigung und deren nähere Umstände im Rahmen der Beurteilung eines Gesamtbildes entscheidend sind.

3.2.3.2. Persönliche Abhängigkeit der mitbeteiligten Ärztin

Es ist zu prüfen, ob die mitbeteiligte Ärztin ihre Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Beschwerdeführer oder im Rahmen eines freien Dienstvertrags erbracht hat. Die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einer Tätigkeit im Rahmen eines freien Dienstvertrags hat nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung zu erfolgen.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Absatz 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser

Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (zB aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist (VwGH vom 31.07.2014, 2013/08/0247 mit Verweis auf das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A).

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Absatz 2 ASVG durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. VwGH vom 24.01.2006, 2004/08/0101, mit weiteren Nachweisen).

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 z. B. 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 (vergleiche unter vielen VwGH 27.04.2011, 2009/08/0123).

Persönliche Arbeitspflicht

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits 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. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, ZI. 2001/08/0131). Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0233, GRS wie 2013/08/0093 E 25. Juni 2013 RS 1)

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 Vertretungsbefugnis 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. etwa das hg. Erkenntnis vom 16. November 2011, ZI. 2008/08/0152, mwN). (VwGH 26.05.2014, ZI. 2012/08/0233, GRS wie 2013/08/0093 E 25. Juni 2013 RS 1)

Selbst die Vereinbarung eines 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 (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2012, ZI. 2010/08/0256, mwN). (VwGH 26.05.2014, ZI. 2012/08/0233)

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt auch dann, wenn einem Beschäftigten ein "sanktionsloses Ablehnungsrecht" zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung stehen werde. (VwGH 26.05.2014, ZI. 2012/08/0233).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Befugnis, Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu können, stünde aber im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (vgl. §§ 539 und 539a ASVG). Anders wäre ein solcher Sachverhalt aber z.B. dann zu beurteilen, wenn der Dienstgeber einfache Aushilfsarbeiten derart organisiert, dass für deren Durchführung mehrere abrufbare Arbeitskräfte zur Verfügung stehen ("Arbeitskräftepool"), und es ihm - nicht zuletzt wegen der Einfachheit der Arbeiten - gleichgültig ist, von welcher - gleichwertigen - Arbeitskraft aus dem potenziell zur Verfügung stehenden Kreis er die Arbeiten verrichten lässt. Steht ihm also die Möglichkeit offen, im Falle der Absage der von ihm in Aussicht genommenen Person, aus dem "Pool" die jeweils nächste Arbeitskraft abzurufen und stehen genügend Arbeitskräfte zur Verfügung, kann der einzelne Teilnehmer am "Pool", mit dem dies vereinbart wurde oder dem dies bekannt ist, tatsächlich davon ausgehen, einzelne Arbeitsleistungen sanktionslos ablehnen zu dürfen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2002, Zl. 99/08/0008). (VwGH 04.07.2007, Zl. 2006/08/0193)

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Wie in den Feststellungen ausgeführt war ein Vertretungsrecht weder vereinbart, noch wurde ein solches ausgeübt. Darüber hinaus ging der Beschwerdeführer davon aus, dass die mitbeteiligte Ärztin an den bekannt gegebenen Tagen für ihn tätig wurde, da sie ihre Abwesenheiten dem Beschwerdeführer bekannt gab, im Falle ihrer Verhinderung eine "Abwesenheitsankündigung" ausfüllte und entsprechende Vermerke im Kalender des Sekretariats machte bzw. machen ließ. Darüber hinaus wurde die mitbeteiligte Ärztin üblicherweise nur dann vom Sekretariat telefonisch kontaktiert, wenn sie an den vorgesehenen Tagen gleich in eines der Krankenhäuser fahren sollte. Abwesenheiten an den vereinbarten Tagen im Falle von Krankheit, Fortbildung, Urlaub oder Terminkollisionen mit ihrer Haupttätigkeit, hat die mitbeteiligte Ärztin dem Beschwerdeführer bekannt gegeben. In diesen Fällen ist - mit Ausnahme der Terminkollisionen - auch Dienstnehmern die Abwesenheit zu bewilligen.

Daher lag weder ein generelles Vertretungsrecht im Sinn der angeführten Judikatur vor, noch ein sanktionsloses Ablehnungsrecht der mitbeteiligten Ärztin. Somit bestand für sie persönliche Arbeitspflicht.

Arbeitszeit und Arbeitsort

Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Ob dem Beschäftigten eine solche Berechtigung aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die allein in seiner Sphäre liegen, eingeräumt wurde, ist hiebei irrelevant (VwGH 31.01.2007, 2005/08/0176; VwGH 25.05.1997, 83/08/0128; VwGH 16.09.1997, 93/08/0171).

Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258; VwGH 11.12.2013, Zl. 2011/08/0322; VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129, mwN).

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Wie festgestellt ist der Beschwerdeführer von einer Anwesenheit der mitbeteiligten Ärztin an bestimmten Tagen ausgegangen; im Falle ihrer Verhinderung hat sie diese bekannt gegeben. Auch die fehlende Kontaktaufnahme durch das Labor betreffend zusätzliche Zeiten zeigt, dass die regelmäßige Anwesenheit der mitbeteiligten Ärztin vom Beschwerdeführer vorausgesetzt wurde. Bei ihrer Arbeitszeitgestaltung war die mitbeteiligte Ärztin zwar grundsätzlich zeitlich flexibel, hatte aber die Laborzeiten wegen allfälliger telefonischer Anfragen von extern zu beachten. Darüber hinaus wurden die Prioritäten bei der Bearbeitung der Präparate vom Labor des Beschwerdeführers im Rahmen der "Restliste" vorgegeben.

Hinsichtlich des Arbeitsorts war die mitbeteiligte Ärztin unstrittig an das Labor des Beschwerdeführers für die Makrokopie bzw. an die Einsatzorte in den Krankenhäusern gebunden. Dieser Umstand ist jedoch im Hinblick darauf, dass ein Makrotisch für die Beschreibung von Operationspräparaten erforderlich war und diese daher nur in einem Labor ausgeübt werden konnte bzw. dass Gefrierschnitte und Obduktionen nur vor Ort in den Krankenhäusern durchgeführt werden konnten, nicht unterscheidungskräftig, da dieser durch die Natur der Sache bestimmt wird (vergleiche auch VwGH 14.03.2013, 2010/08/0229).

Nur die Befundungen hätten auch außerhalb des Labors erfolgen können, da die mitbeteiligte Ärztin dafür nur ein Mikroskop und ein Diktaphon benötigte. Allerdings bestand im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer erwartete telefonische Erreichbarkeit für Auskünfte zu Befunden eine Bindung der mitbeteiligten Ärztin an die Laboröffnungszeiten (siehe oben) und den Arbeitsort Labor im Interesse des Beschwerdeführers. Insofern hat der Beschwerdeführer zumindest für die Tätigkeit der Befundung den Arbeitsort vorgeben.

Eingliederung in die Betriebsabläufe

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Dienstnehmereigenschaft aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Weisungsgebundenheit und Kontrollunterworfenheit des Dienstnehmers dar (beispielsweise VwGH 12.09.2012, 2009/08/0141).

Nach der Rechtsprechung kommt die Erteilung von Weisungen betreffend die eigentliche Arbeitsleistung im Wesentlichen in zwei (voneinander nicht immer scharf zu trennenden) Spielarten in Betracht, nämlich in Bezug auf das Arbeitsverfahren einerseits und das arbeitsbezogene Verhalten andererseits (VwGH 25.04.2007, Zl. 2005/08/0137). Die Weisungen über das arbeitsbezogene Verhalten betreffen in erster Linie die Gestaltung des Arbeitsablaufes und der Arbeitsfolge und die damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Maßnahmen.

Da ÄrztInnen unabhängig davon ob sie als DienstnehmerInnen tätig werden oder nicht - hinsichtlich ihrer medizinischen Beurteilung in der Regel weisungsfrei sind und ihre Tätigkeit lege artis unter Einhaltung der internationalen Vorgaben und Standards durchzuführen haben, handelt es sich dabei um kein unterscheidungskräftiges Kriterium (vergleiche auch VwGH 10.11.1988, 85/08/0171 "Dem Fehlen von Weisungen an den Arzt, die sich im Hinblick auf dessen Fachkenntnisse erübrigen, wenn er trotzdem der stillen Autorität des Dienstgebers unterliegt, kommt für die Frage der Sozialversicherungspflicht keine ausschlaggebende Bedeutung zu.")

Von besonderer Aussagekraft ist, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch "stille Autorität" substituiert werden (VwGH 15.05.2013, Zl. 2013/08/0051; VwGH 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN).

Die (notwendige) Freiheit von Weisungen fachlicher Art, wie sie für die Ausübung einer Tätigkeit, die in weitgehender Eigenverantwortung verrichtet werden muss, kennzeichnend ist, schließt daher das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus (vgl. etwa das Erkenntnis vom 07.07.1992, 88/08/0180 - Wirtschaftstreuhänder).

Dem Fehlen von Weisungen an den Arzt, die sich im Hinblick auf dessen Fachkenntnisse erübrigen, wenn er trotzdem der stillen Autorität des Dienstgebers unterliegt, kommt für die Frage der Sozialversicherungspflicht keine ausschlaggebende Bedeutung zu (vgl. VwGH 10.11.1988, 85/08/0171).

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse ist maßgebend, sondern nur jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten der mitbeteiligten Ärztin. Auch wenn die mitbeteiligte Ärztin nach eigenen Angaben selbst gegenüber den Mitarbeitern des Labors darauf hingewiesen hat, dass sie nicht angestellt sei und auch nicht weisungsgebunden (und daher im beschwerdegegenständlichen Zeitpunkt von keiner Dienstnehmereigenschaft ausgegangen ist), stellt sich die tatsächliche Ausgestaltung ihrer Tätigkeit jedoch so dar, dass es Anweisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten gab. So wurde sie beispielsweise angewiesen, direkt in die Krankenhäuser zu fahren.

Eine "stille Autorität" des Beschwerdeführers war schon deshalb gegeben, da die mitbeteiligte Ärztin ihrer Tätigkeit des Befundens hauptsächlich im Labor des Beschwerdeführers nachging und die dort anwesenden MitarbeiterInnen des Beschwerdeführers v.a. auch die dort angestellte Ärztin (HR) im Rahmen von Absprachen über die Arbeitsaufteilung ihre Anwesenheit und Tätigkeit mitbekamen. Die Anwesenheit der Studierenden, welche nach den Vorgaben der mitbeteiligten Ärztin dieser zuarbeiteten, ist allerdings kein Ausdruck der "stillen Autorität" des Beschwerdeführers, sondern eine fachliche Notwendigkeit um eine effektive makroskopische Arbeit zu gewährleisten. Demgegenüber hätte es bei ihren Einsätzen in den Krankenhäusern zumindest eine Rückmeldung an den Beschwerdeführer gegeben, wenn die mitbeteiligte Ärztin vereinbarungswidrig nicht aufgetaucht wäre, was wieder auf "stille Autorität" hindeutet. Die Einbindung der mitbeteiligten Ärztin in die Betriebsorganisation des Beschwerdeführers hatte auch zur Folge, dass sie den insoweit vorgegebenen Ablauf

der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern konnte. Auch die Tatsache, dass die mitbeteiligte Ärztin Wünsche bezüglich bestimmter Operateure abgeben hat, ist nicht geeignet, etwas daran zu ändern.

Nebenkriterien:

Die im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung heranzuziehenden Nebenkriterien runden das Bild einer abhängigen Beschäftigung ab. Die Gewährung eines nach Zeiträumen bemessenen Entgeltes (Zeitlohn) spricht für das Bestehen einer Versicherungspflicht nach § 4 Absatz 1 Ziffer 1 iVm Absatz 2 ASVG. Die Erstmitbeteiligte verfügte über keine eigene Betriebsstätte bzw. keine eigene betriebliche Organisation und sie stellte lediglich einen Arbeitsmantel, Einmalhandschuhe und Desinfektionsmittel bei, was aber keine Verfügung über wesentliche eigene Betriebsmittel darstellt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. Februar 2008, Zl. 2006/08/0001, und vom 4. Juni 2008, Zl. 2004/08/0190). Der Einsatz der eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten liegt im Wesen des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft und stellt gerade keine Verwendung eigener Betriebsmittel im Sinne der Rechtsprechung dar (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2007, Zl. 2003/08/0232). Eine Abwägung iSd § 4 Absatz 2 ASVG ergibt, dass bei ihrer Tätigkeit die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Die Erstmitbeteiligte war in den wesentlichen Aspekten unter denselben Umständen tätig, wie jene mobile Krankenpflegerinnen, deren Tätigkeit der Verwaltungsgerichtshof in den Erkenntnissen vom 20. Oktober 2004, Zl. 2001/08/0020, und nochmals Zl. 2006/08/0193, zu beurteilen hatte. Der von der beschwerdeführenden Partei aufgezeigte Unterschied, dass es im vorliegenden Fall "sehr wohl eine Vielzahl von angestellten Pflegerinnen und nur daneben zur Abdeckung von Spitzenzeiten, Krankenständen, Urlauben, etc. einen Pool von selbständigem Pflegepersonal" gäbe, hat für die Beurteilung der Ausübung einer Beschäftigung der Springerinnen in persönlicher Abhängigkeit keine Bedeutung. (VwGH 25.06.2013, 2013/08/0093)

Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Wie im genannten Erkenntnis des VwGH hat auch die mitbeteiligte Ärztin einen Zeitlohn nach Rechnungslegung im Nachhinein ausgezahlt bekommen, was für das Bestehen der Versicherungspflicht nach § 4 Absatz 1 Ziffer 1 iVm Absatz 2 ASVG spricht. Diese Vorgangsweise wurde in der Verhandlung allerdings nachvollziehbar damit erklärt, dass dadurch eine fairere Bezahlung als aufgrund von stückweiser Abrechnungen der teilweise unterschiedlich aufwendigen Präparate erreicht werden sollte.

Darüber hinaus verfügte die mitbeteiligte Ärztin über keine eigene Betriebsstätte bzw. keine eigene betriebliche Organisation. Sie war vielmehr auf die Nutzung des Makrotisches im Labor des Beschwerdeführers, das Obduktionsbesteck und die technischen Vorrichtungen im Krankenhaus angewiesen. Die von diesem im Einspruch argumentierte Apparategemeinschaft wird als Schutzbehauptung gewertet, da sich im gesamten Verfahren keine Anzeichen darauf ergeben haben. Darüber hinaus hat die mitbeteiligte Ärztin keinerlei eigene Betriebsmittel beigesteuert, ihr wurden auch Sezierbesteck, Mikroskop, Arbeitsmantel und Diktafon vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. Die mitbeteiligte Ärztin hat im Wesentlichen ihre fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten eingesetzt, was nach der Rechtsprechung gerade keine Verwendung eigener Betriebsmittel darstellt. Die Betriebsmittel wurden ihre vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. Wie im genannten Erkenntnis des VwGH ausgeführt, ist die Frage, ob angestellte Ärztinnen dieselbe Tätigkeit wie die mitbeteiligte Ärztin erbrachten, für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit der mitbeteiligten Ärztin nicht von Bedeutung.

Vertragliche Vereinbarung

Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag ist zwar grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden (VwGH, 25.06.2013, 2013/08/0093).

Wie festgestellt wurde, bestand zwischen dem Beschwerdeführer und der mitbeteiligten Ärztin ein als "Konsulentenvertrag" bezeichneter schriftlicher Vertrag. Aus den Feststellungen und den oben gemachten Ausführungen, ist ersichtlich, dass die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit der mitbeteiligten Ärztin erheblich vom schriftlichen Vertrag abwich. Daher konnte der Vertrag nicht für die Beurteilung herangezogen werden, ob ein Dienstvertrag oder ein freier Dienstvertrag vorlag. Es kommt ihm daher auch nicht die genannte Richtigkeitsvermutung zugute.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich die mitbeteiligte Ärztin, wie sich aus ihren Äußerungen in der Verhandlung ergab bzw. aus ihrer Versicherung nach dem Freiberuflichen Sozialversicherungsgesetz, im beschwerdegegenständlichen Zeitpunkt gerade nicht als Dienstnehmerin gesehen hat.

b) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH vom 02.12.2013, Zl. 2013/08/0191, mwN).

Somit lag im Beschwerdefall auch wirtschaftliche Abhängigkeit der mitbeteiligten Ärztin vor.

Im Verfahren betreffend die Feststellung der Pflichtversicherung ist es ausreichend, darzulegen, dass jedenfalls ein über der Geringfügigkeitsgrenze liegender Entgeltanspruch bestand (vergleiche VwGH 04.09.2013, 2013/08/0110).

Dies ergibt sich im Beschwerdeverfahren bereits aus den vorgelegten Honorarnoten.

3.2.3.3. Zusammenfassung

Zusammengefasst liegt daher - wie bereits von der WGKK angenommen - ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und somit ein Dienstverhältnis der mitbeteiligten Ärztin gemäß § 4 Absatz 1 Ziffer 1 in Verbindung mit Absatz 2 ASVG vor, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen war.

Daher erübrigt sich auch die Überprüfung der Dienstnehmereigenschaft gemäß § 4 Absatz 4 ASVG (§ 4 Absatz 6 ASVG) und damit auch ein Eingehen auf das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers und seine Verweise auf die Judikatur zu freien Dienstverträgen.

Darüber hinaus wird festgehalten, dass der Verweis des Beschwerdeführers auf die Judikatur des VwGH zu keiner Änderung der rechtlichen Beurteilung im Beschwerdefall führen kann. So bezieht sich beispielsweise VwGH 21.11.2013, 2011/15/0122, zwar auf das Tätigwerden von Vertretungsärztinnen für einen Facharzt (die belangte Behörde hatte Dienstverhältnisse im Sinn des § 47 Absatz 2 Einkommenssteuergesetz 1988 angenommen), allerdings hat der VwGH den angefochtenen Bescheid nur mit dem Hinweis der mangelnden Sachverhaltsfeststellung gehoben.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

Abschließend wird festgehalten, dass einer rechtzeitig eingebrachten und zulässigen Beschwerde gemäß § 13 VwGVG grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt. Da im Materiengesetz keine Ausnahme vorgesehen ist, kommt auch der vorliegenden Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu. Es war daher nicht gesondert über den Antrag auf aufschiebende Wirkung abzusprechen.

3.3. 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. Die einschlägige Rechtsprechung des VwGH ist oben unter 3.2. aufgeführt. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVVG:2015:W167.2003130.1.00